

## Öffentliches Recht

**Standort: Art. 13 GG**

**Problem: Betretungsrechte bei Geschäftsräumen**

BVERFG, BESCHLUSS VOM 15.03.2007  
1 BvR 2138/05 (NVWZ 2007, 1049)

### Problemdarstellung:

Der vorliegende Beschluss des BVerfG beschäftigt sich mit dem Betreten von Geschäftsräumen durch Bedienstete der Handwerkskammer gegen den Willen des Betriebsinhabers, wie sie in § 17 II HandwO geregelt ist. Dieses Thema hat eine lange Vorgeschichte:

I. Das BVerfG geht in st.Rspr. davon aus, dass sämtliche Geschäftsräume auch dem Begriff der "Wohnung" i.S.d. Art. 13 I GG unterfallen. Diese These ist zwar stark umstritten (vgl. Vertiefungshinweise), führt aber jedenfalls dazu, dass auch Eingriffe, die sich auf Geschäftsräume beziehen, der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung nach Art. 13 II-VII GG bedürfen. Probleme bereiten insoweit besonders die erwähnten Betretungsrechte, wie z.B. jenes in § 17 II HandwO. Diese stellen keine Durchsuchung i.S.d. Art. 13 II GG dar, weil sie gerade nicht dazu ermächtigen, nach Verborgenen zu suchen, Behältnisse zu öffnen udgl., sondern sich im bloßen Betreten (und der damit zwangsläufig verbundenen Augenscheinnahme von offen zutage Tretendem) erschöpfen. Dass sie zudem keine Überwachungsmaßnahmen i.S.d. Art. 13 III-VI GG darstellen, bedarf keiner Erklärung. Es bliebe somit nur ein "Eingriff im übrigen" i.S.d. Art. 13 VII GG übrig. Diese Tatsache stellt das BVerfG vor ein großes Problem, denn die strengen Voraussetzungen des Art. 13 VII GG für einen "Eingriff im übrigen" (Lebensgefahr, Raumnot, Seuchengefahr usw.) liegen bei Betretungsrechten in aller Regel offensichtlich nicht vor.

II. Dem BVerfG boten sich zwei Wege an, diesem Dilemma zu entgehen:

1. Das Gericht hätte seine Rspr. ändern und Geschäftsräume aus dem Schutzbereich des Art. 13 I GG herausnehmen können. Dazu war es aber nicht bereit.

2. Statt dessen hat das BVerfG in seiner - übrigens ebenfalls zu § 17 II HandwO ergangenen - Leitscheidung BVerfGE 32, 54 ausgeführt, speziell die Betretungsrechte bei Geschäftsräumen unterfielen nicht Art. 13 VII GG (damals: Art. 13 III GG). Das hieße aber nicht, dass sie ohne Weiteres zulässig seien; vielmehr müssten vier Voraussetzungen vorliegen, um sie zu rechtfertigen:

- es müsse eine gesetzliche Grundlage existieren,

- diese müsste einen legitimen Zweck verfolgen, der im Gesetz genannt werden müsse,

- das Betreten der Geschäftsräume müsse während der üblichen Geschäftszeiten erfolgen und

- auch sonst verhältnismäßig, d.h. zur Zweckerreichung geeignet, erforderlich und angemessen sein.

III. Das Ziel des Ganzen ist klar: Das BVerfG will einerseits nicht von seiner st.Rspr. ab, wonach Geschäftsräume "Wohnungen" sind, andererseits aber auch nicht alle Betretungsrechte für verfassungswidrig erklären. Der dogmatische Ansatz des Gerichts bleibt aber völlig im Dunkeln. In der Leitscheidung BVerfGE 32, 54 war noch ausdrücklich die Rede davon, bei Vorliegen der o.g. Voraussetzungen liege schon kein *Eingriff* vor (BVerfGE 32, 54, 75). Nunmehr geht das BVerfG aber anscheinend von einer Art ungeschriebener, besonderer *Schranke* zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung speziell für Betretungsrechte von Geschäftsräumen aus (vgl. Wißmann, JuS 2007, 324, 326; Lepsius, Jura 2002, 259, 260). Diese Interpretation legt jedenfalls auch der vorliegende Beschluss nahe, in dem es wörtlich heißt, das Nichtvorliegen der o.g. Voraussetzungen führe "im Ergebnis zu einem *nicht gerechtfertigten* Eingriff in das Grundrecht des Beschwerdeführers aus Art. 13 Abs. 1 GG".

IV. Im vorliegenden Beschluss, den man nur verstehen kann, wenn man die o.g. Vorgeschichte kennt, präzisiert das Gericht nun die Anforderungen an den "legitimen Zweck" (oben II.2., 2. Spiegelstrich) des § 17 II HandwO: Dieser dürfe nur darin bestehen zu klären, ob der Gewerbetreibende die Voraussetzungen für die Eintragung in die Handwerksrolle erfülle. Soweit dies nicht schon dem Wortlaut des § 17 II HandwO zu entnehmen sei, müsse die Norm entsprechend verfassungskonform ausgelegt werden. Einem generellen Betretungsrecht zur Gewinnung von Informationen über möglicherweise rechtswidrig tätige Gewerbetreibende, wie es die bisher ganz h.M. in Rspr. und Lit. annahm, erteilt das Gericht hingegen eine deutliche Absage.

### Prüfungsrelevanz:

Ist die Verfassungsmäßigkeit eines Betretungsrechts bei Geschäftsräumen zu überprüfen, muss zunächst im Schutzbereich des Art. 13 I GG streitig dargestellt

werden, ob und wann Geschäftsräume überhaupt "Wohnungen" sind (vgl. dazu die Vertiefungshinweise). Nimmt man mit dem BVerfG an, dass dies immer der Fall ist, ist unter "Eingriff" weiter festzustellen, dass es sich bei bloßen Betretungsrechten weder um eine Durchsuchung (Art. 13 II GG), noch um eine Überwachungsmaßnahme (Art. 13 IV-VII GG), noch um einen "Eingriff im übrigen" (Art. 13 VII GG) handelt. Andererseits ist ein Eingriff aber auch nicht zu verneinen; vielmehr handelt es sich (offenbar) um einen Eingriff eigener Art, der zu seiner Rechtfertigung bestimmten, in Art. 13 GG nicht genannten Schranken unterliegt. Sodann sind diese (o.g.) Schranken zu nennen und - quasi wie ein ungeschriebener "Art. 13 VIII GG" - auf ihre Einhaltung zu überprüfen.

Wichtig: Diese ganze Dogmatik gibt es nur bei der Betretung von Geschäftsräumen! Sobald eine Norm (auch) zur Betretung von Wohnraum ermächtigt, liegt ein "Eingriff im übrigen" i.S.d. Art. 13 VII GG vor, der zu seiner Rechtfertigung den dort genannten Anforderungen genügen muss. Ist jenen nicht genügt, muss ggf. verfassungskonform ausgelegt werden (vgl. Vertiefungshinweise).

#### **Vertiefungshinweise:**

❑ Entscheidung des Verwaltungsgerichts über die Feststellungsklage in diesem Fall: *VG Würzburg*, GewArch 2005, 259

❑ Literatur zu Betretungsrechten: *Wißmann*, JuS 2007, 324, 326; *Lepsius*, Jura 2002, 259, 260; zur Leitentscheidung BVerfGE 32, 54 vgl. *Battis*, JuS 1973, 28; *Schwan*, DÖV 1975, 662

❑ Geschäftsräume als "Wohnung": *BVerfGE* 32, 54, 68; 76, 83, 88; 97, 228, 265; *BAGE* 19, 217, 225 (dafür); *BVerwGE* 78, 251, 255 (differenzierend); *Lübbe-Wolf*, DVBl 1993, 762, 764 (dagegen)

❑ Verfassungskonforme Auslegung im Lichte des Art. 13 VII GG bei Betretung von Wohnraum: *BayVerfGH*, RA 2006, 626 = NVwZ-RR 2006, 585

❑ Rechtsprechung des BVerfG zum Betreten von Geschäftsräumen: *BVerfGE* 32, 54; 97, 228; *BVerfG*, DVBl 1998, 393

❑ Betretungsrechte im Gefahrenabwehrrecht und verfassungskonforme Auslegung: *OVG Bremen*, RA 2004, 74 = NordÖR 2003, 457

#### **Kursprogramm:**

❑ *Examenskurs*: "Steuerspitzelei"

#### **Leitsätze (der Redaktion):**

**1. § 17 II HandwO bedarf der verfassungskonformen Auslegung dahingehend, dass ein Betretungsrecht nur zur Prüfung der Frage erfolgen darf, ob die Voraussetzungen für eine Eintragung des Gewerbetreibenden in die Handwerksrolle vorliegen.**

**Steht von vornherein unzweifelhaft fest, dass dies nicht der Fall ist, besteht kein Betretungsrecht.**

**2. Zweck des Betretungsrechts kann es daher nicht sein, dass sich die Handwerkskammern auf diesem Weg Informationen über rechtswidrig tätige Gewerbetreibende verschaffen wollen, um bei der zuständigen Verwaltungsbehörde ein Ordnungswidrigkeitenverfahren herbeizuführen.**

#### **Sachverhalt:**

Der Beschwerdeführer ist gelernter Maler- und Lackierergeselle. Die Voraussetzungen für eine Eintragung in die Handwerksrolle erfüllt er nicht. Ihm war eine Reise-gewerbekarte für "Reparaturen und kleinere Handreichungen an Ort und Stelle" erteilt worden. Im Oktober 2003 versuchte ein Beauftragter der Handwerkskammer auf der Grundlage von § 17 II Handwerksordnung (HandwO), bei dem Beschwerdeführer einen "Betriebsbesuch" vorzunehmen. Es bestehe der Verdacht, dass der Beschwerdeführer unerlaubt dem Maler- und Lackiererhandwerk nachgehe. Der Beschwerdeführer erteilte den Bediensteten der Handwerkskammer Hausverbot und beantragte vor dem Verwaltungsgericht die Feststellung, dass die Handwerkskammer nicht berechtigt sei, bei ihm eine Haus- oder Betriebsbesichtigung vorzunehmen. Die Feststellungsklage wurde abgewiesen. Sein Rechtsmittel vor dem Verwaltungsgerichtshof war erfolglos. Mit der fristgerecht erhobenen Verfassungsbeschwerde rügt der Beschwerdeführer die Verletzung von Art. 2, Art. 3, Art. 12 Abs. 1, Art. 13, Art. 14, Art. 19 Abs. 4 und Art. 20 Abs. 3 GG.

#### **Aus den Gründen:**

Mit der Abweisung einer Feststellungsklage trifft das Urteil zugleich die positive Feststellung des mit der Klage bekämpften Rechts der Beklagten (vgl. *BVerwGE* 68, 306 [310]). Im Ausgangsfall haben die Fachgerichte demnach rechtskräftig festgestellt, dass die Handwerkskammer berechtigt ist, bei dem Beschwerdeführer eine Hausbesichtigung oder eine Betriebsbesichtigung durchzuführen. Dies ist mit dem Grundrecht des Beschwerdeführers aus Art. 13 Abs. 1 GG nicht zu vereinbaren.

#### **A. Schutzbereich des Art. 13 I GG betroffen**

Art. 13 Abs. 1 GG erklärt die "Wohnung" für unverletzlich. Die Verfassungsnorm soll die Privatsphäre in räumlicher Hinsicht schützen. In diese dürfen der Staat oder von ihm ermächtigte Dritte grundsätzlich nicht gegen den Willen der Bewohner eindringen. Im Interesse eines wirksamen Schutzes hat das Bundesverfassungsgericht den Begriff der "Wohnung" weit ausgelegt. Er umfasst auch Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräume (vgl. *BVerfGE* 32, 54 [68 ff.]; 76, 83 [88]; 97, 228 [265]). Die von der Besichtigung betroffenen Räumlichkeiten des Beschwerdeführers sind

damit vom Schutzbereich des Art. 13 GG umfasst.

### B. Eingriff

Die drohende Betriebsbesichtigung durch die Handwerkskammer stellt im Ergebnis eine Beeinträchtigung des Grundrechts des Beschwerdeführers auf Unverletzlichkeit seiner Wohnung aus Art. 13 Abs. 1 GG dar. Zwar ist das in einer Reihe von Gesetzen den Behörden der unmittelbaren oder mittelbaren Staatsverwaltung - wie namentlich den Handwerkskammern in § 17 Abs. 2 HandwO - eingeräumt, Recht, zu Kontrollzwecken Geschäftsräume zu betreten und darin Besichtigungen und Prüfungen verschiedener Art vorzunehmen, nicht als Eingriff im Sinne von Art. 13 Abs. 7 GG anzusehen (vgl. BVerfGE 32, 54 [73 ff.]). Allerdings müssen auch für solche Betretungs- und Besichtigungsrechte von Verfassungen wegen bestimmte Voraussetzungen erfüllt sein, um eine Beeinträchtigung des Rechts auf Unverletzlichkeit der Wohnung auszuschließen (vgl. BVerfGE 32, 54 [77]).

### C. Schranken

#### I. Gesetzesvorbehalt

Die zunächst notwendige besondere gesetzliche Vorschrift, die zum Betreten der Räume ermächtigt, liegt mit § 17 Abs. 2 Satz 1 HandwO vor.

#### II. Qualifizierte Anforderungen

##### 1. Zweckbestimmung im Gesetz enthalten

Diese Vorschrift genügt auch dem weiteren Erfordernis, den Zweck des Betretens, den Gegenstand und den Umfang der zugelassenen Besichtigung und Prüfung deutlich erkennen zu lassen. Zweck des Betretens ist die Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen in die Handwerksrolle. Um die Handwerksrolle korrekt führen zu können, müssen die Handwerkskammern über Informationen verfügen, die sie zur Prüfung befähigen, ob ein Betrieb einzutragen oder zu löschen ist. Der Gegenstand der Besichtigung ist im Gesetz mit den Grundstücken und Geschäftsräumen des Auskunftspflichtigen bestimmt. Auch der Umfang der Besichtigung und Prüfung ergibt sich aus § 17 Abs. 2 Satz 1 HandwO in Verbindung mit § 29 Abs. 2 GewO und zudem auch aus dem Zweck des Betretungsrechts. Schließlich ist durch den Verweis auf § 29 Abs. 2 GewO und die dortige Regelung sichergestellt, dass das Betreten und die Vornahme der Besichtigung und Prüfung nur in den Zeiten statthaft ist, zu denen die Räume normalerweise für die jeweilige geschäftliche oder betriebliche Nutzung zur Verfügung stehen.

##### 2. Legitimer Zweck

Allerdings müssen das Betreten der Räume und dortige Prüfungen und Besichtigungen auch einem erlaubten Zweck dienen und für dessen Erreichung erforder-

lich sein (vgl. BVerfGE 32, 54 [77]). Bereits an dem ersten Merkmal fehlt es im vorliegenden Fall.

#### a. Überprüfung des Vorliegens der Voraussetzungen für eine Eintragung in die Handwerksrolle

Bei dem Beschwerdeführer liegen die persönlichen Voraussetzungen für eine Eintragung in die Handwerksrolle erkennbar nicht vor. Er hat weder eine Meisterprüfung gemäß § 7 Abs. 1 a HandwO abgelegt, noch einen Antrag auf Erteilung einer Ausübungsberechtigung nach § 7 b HandwO oder einer Ausnahmebewilligung nach § 8 HandwO gestellt. Hierüber ist die Handwerkskammer als gemäß § 124 b HandwO zuständige Behörde auch informiert. In dieser Konstellation kann der Zweck der Ausübung des Betretungs- und Besichtigungsrechts nicht in der Eintragung des Beschwerdeführers in die Handwerksrolle bestehen. Es steht bereits hinreichend sicher fest, dass es für die korrekte Führung der Handwerksrolle keiner weiteren Informationen mehr bedarf, die durch eine Betriebsbesichtigung zu erlangen wären. Es fehlt mithin an der Voraussetzung, dass das Betreten der Räume des Beschwerdeführers einem erlaubten Zweck dient.

#### b. Sonstige Zwecke

##### aa. Bisher h.M.: Überprüfung aller Handwerksbetriebe zulässig

Allerdings geht die bislang herrschende Meinung in Literatur und Rechtsprechung davon aus, dass der Begriff der „einzutragenden“ Gewerbetreibenden in § 17 Abs. 1 Satz 1 HandwO weiter ausgelegt werden müsse. Er umfasse nicht nur diejenigen Gewerbetreibenden, bei denen bereits feststehe, dass sie die Eintragungsvoraussetzungen erfüllten; denn für diese bedürfe es der Auskunft und Prüfung nicht mehr. Auskunftspflichtig seien vielmehr alle Gewerbetreibenden, bei denen nicht von vornherein feststehe, dass kein Handwerksbetrieb vorliege (vgl. BayObLG, MDR 1956, S. 760; OLG Stuttgart, GewArch 1963, S. 82; OVG Rheinland-Pfalz, GewArch 1986, S. 136; AG Bonn, GewArch 1975, S. 126 [127]; VG Augsburg, GewArch 1974, S. 343 [344]). Hieraus wird gefolgert, dass auch dann, wenn der Gewerbetreibende die persönlichen Voraussetzungen für eine Eintragung in die Handwerksrolle unzweifelhaft nicht erfülle, die Auskunftspflicht und damit das Betretungsrecht gegeben sein sollen (vgl. VG München, GewArch 1995, S. 77 [78]; Eyermann/Fröhler/Honig, Handwerksordnung, 3. Aufl. 1973, § 17 Rn. 2; Honig, GewArch 1979, S. 188; ders., Handwerksordnung, 3. Aufl. 2004, § 17 Rn. 5; Musielak/Detterbeck, Das Recht des Handwerks, 3. Aufl. 1995, § 17 Rn. 4; Seidl, in: Aberle, Die Deutsche Handwerksordnung, Losebl., Stand: 36. Lfg. 2005, § 17 Rn. 4; anders nur OVG Rheinland-Pfalz, GewArch 1968, S. 62).

*bb. BVerfG: Sonstige Zwecke unzulässig*

Dieser Rechtsauffassung, der sich auch die Fachgerichte in den angegriffenen Entscheidungen angeschlossen haben, kann jedoch nicht gefolgt werden. Die ihr zugrunde liegende erweiternde Auslegung des § 17 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 1 Satz 1 HandwO führt im Ergebnis zu einem nicht gerechtfertigten Eingriff in das Grundrecht des Beschwerdeführers aus Art. 13 Abs. 1 GG und verstößt damit gegen spezifisches Verfassungsrecht. Mangels Einschlägigkeit der Rechtfertigungsvoraussetzungen des Art. 13 Abs. 7 GG können die in § 17 Abs. 2 HandwO normierten Betretungs- und Besichtigungsrechte verfassungsrechtlich nur Bestand haben, weil und soweit sie die im Beschluss vom 13. Oktober 1971 (vgl. BVerfGE 32, 54 [76 f.]) aufgestellten Voraussetzungen erfüllen und daher nicht als Eingriffe oder Beschränkungen im Sinne von Art. 13 Abs. 7 GG zu qualifizieren sind.

*(1). Enge Auslegung der Betretungsrechte geboten*

Um eine übermäßige Einengung des Begriffs der „Eingriffe und Beschränkungen“ im Sinne von Art. 13 Abs. 7 GG und damit eine Aushöhlung des durch Art. 13 Abs. 1 GG gewährleisteten Schutzes zu vermeiden, müssen die in der vorgenannten Entscheidung definierten (Abgrenzungs-)Kriterien im Allgemeinen und die vorliegend einschlägige Vorschrift des § 17 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 1 Satz 1 HandwO im Besonderen eng ausgelegt werden. Diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen werden die angegriffenen Entscheidungen nicht gerecht. Sie lassen insbesondere außer Acht, dass Auskunftspflicht und Betretungsrecht bei zweifelsfreiem Fehlen der persönlichen Voraussetzungen einer Eintragung nicht mehr mit der Pflicht der Handwerkskammern zur korrekten Führung der Handwerksrolle begründet werden können. Gleiches ergibt sich auch für den Fall, dass es sich bei dem betroffenen Gewerbebetrieb nicht um einen selbständigen, nicht um einen handwerksmäßig betriebenen, nicht um ein stehendes Gewerbe oder um einen Betrieb handelt, in dem für das Gewerbe nur unwesentliche Tätigkeiten ausgeübt werden (vgl. § 1 Abs. 1 und 2 HandwO). Sobald auch nur eine Eintragungsvoraussetzung erkennbar nicht gegeben ist, scheidet ein Betretungsrecht der Handwerkskammern nach § 17 Abs. 2 HandwO aus.

*(2). Insbesondere keine generelle Überprüfungscompetenz der Handwerkskammern*

Hiergegen lässt sich nicht einwenden, zu dem in § 17 Abs. 2 in Verbindung mit Absatz 1 HandwO bezeichneten Zweck der Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen bezüglich einzutragender Gewerbetreibender zähle es auch, dass sich die Handwerkskammern auf dem Weg des auch zwangsweise durchsetzbaren Zutrittsrechts Informationen gegen rechtswidrig tätige Gewerbetreibende verschaffen könnten, um der zuständigen Verwaltungsbehörde die unerlaubte Hand-

werksausübung eines nicht eingetragenen Gewerbetreibenden anzeigen und insbesondere ein Ordnungswidrigkeitenverfahren herbeiführen zu können.

*(a). Aufgabe der Handwerkskammern*

Einem solchen Verständnis des Zwecks des Betretungsrechts steht bereits die Aufgabe der Handwerkskammern (vgl. § 91 HandwO) entgegen, als körperchaftlich strukturierte Organisation der Selbstverwaltung die Interessen ihrer Mitglieder wahrzunehmen und nicht als staatliche Aufsichts- oder Verfolgungsbehörden tätig zu sein. Als Behörden der mittelbaren Staatsverwaltung können den Handwerkskammern zwar in begrenztem Umfang auch hoheitliche Aufgaben zugewiesen werden (vgl. § 124 b HandwO), hierzu zählt aber nicht - wie vom Zentralverband des Deutschen Handwerks angenommen - die „allgemeine Wahrung von Recht und Ordnung“.

*(b). Regelung in § 17 I 2 HandwO*

Dies wird durch den seit 2004 neugefassten § 17 Abs. 1 Satz 2 HandwO bestätigt; denn den Handwerkskammern wird nunmehr ausdrücklich untersagt, die nach dieser Vorschrift gewonnenen Erkenntnisse, die „für die Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen nach Satz 1 nicht erforderlich sind“ für andere Zwecke, namentlich für die Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, zu verwerten. Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich unzweifelhaft, dass mit dieser Regelung auch das Betreten eines Betriebs durch Beauftragte der Handwerkskammern mit dem Ziel der Verfolgung von Schwarzarbeit ausgeschlossen werden sollte. Solche Maßnahmen seien, so ausdrücklich die Gesetzesbegründung, den unabhängigen staatlichen Behörden (Ordnungsbehörden, Polizei und Staatsanwaltschaft) vorbehalten und dürften nur nach Maßgabe der strengen Vorschriften der Strafprozessordnung und des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten erfolgen (vgl. BTDrucks 15/1206, S. 32).

*(c). Unterscheidung von Durchsuchungen nach Art. 13 II GG*

Die Beschränkung des Betretungsrechts der Handwerkskammern auf den Zweck der korrekten Führung der Handwerksrolle ist umso mehr angezeigt, als anderenfalls der Zutritt der Handwerkskammern in die Nähe einer Durchsuchung gemäß Art. 13 Abs. 2 GG gähere. Eine Durchsuchung liegt bei jedem ziel- und zweckgerichteten Suchen staatlicher Organe nach Personen oder Sachen oder zur Ermittlung eines Sachverhalts vor, um etwas aufzuspüren, was der Inhaber der Wohnung von sich aus nicht offen legen oder herausgeben will (vgl. BVerfGE 51, 97 [106 f.]). Hat die Handwerkskammer tatsächliche Anhaltspunkte dafür, dass ein Gewerbetreibender ohne Eintragung in die Handwerksrolle ein zulassungspflichtiges stehendes Gewerbe selbständig betreibt (vgl. § 117 Abs. 1 Nr. 1

HandwO) - und hiervon geht im vorliegenden Fall die Handwerkskammer nach eigenem Bekunden aus -, so liegt es nahe, dass ein Betreten der Betriebs- oder Geschäftsräume zumindest auch dem Zweck dient, den Sachverhalt einer Ordnungswidrigkeit aufzuklären. In dieser Konstellation bestimmt Art. 13 Abs. 2 GG jedoch ausdrücklich den Vorbehalt einer richterlichen Anordnung der behördlichen Maßnahme. Aus diesem Grund hat das Bundesverfassungsgericht auch auf der klaren Unterscheidung von in § 17 Abs. 2 HandwO geregelten Besichtigungs- und Betretungsrechten einerseits und Durchsuchungen andererseits bestanden (so bereits BVerfGE 32, 54 [73]).

*(d). Sonstige gesetzliche Kompetenznormen*

Ein weitergehender Betretungszweck ist vorliegend auch nicht einer anderen „besonderen gesetzlichen Vorschrift“ (vgl. BVerfGE 32, 54 [77]), die zum Betreten von Räumen ermächtigt, zu entnehmen. In Rechtsprechung und Lehre wird insoweit zwar die generelle Aufgabe der Förderung der Interessen des Handwerks nach der Generalklausel aus § 91 Abs. 1 Nr. 1 HandwO angeführt, woraus sich eine allgemeine Pflicht der Handwerkskammern zur Überwachung der gesetzlichen Vorschriften ergebe (vgl. Fröhler, GewArch 1968, S. 63). Die Handwerkskammern hätten demnach die Aufgabe, ein entgegen den Vorschriften der Handwerksordnung betriebenes Gewerbe zu verhindern. Ferner findet sich die Annahme, die bei der Betriebsbesichtigung gewonnenen Erkenntnisse dienen der Vorbereitung eines Untersagungsantrags nach § 16 Abs. 3 HandwO a.F. (vgl. VG München, GewArch 1995, S. 78; Fröhler, GewArch 1968, S. 63; Musielak/Detterbeck, § 17 Rn. 4; Seidl, in: Aberle, § 17 Rn. 4; dagegen wiederum OVG Rheinland-Pfalz, GewArch 1968, S. 63) oder allgemein der Mitteilung von Verstößen an die zuständigen Behörden (OVG für das Land Nordrhein-Westfalen, GewArch 1960, S. 276 [277]).

Alle diese genannten oder auch andere Zwecke sind jedoch nicht geeignet, ein Betretungsrecht der Handwerkskammern zu rechtfertigen. So kann § 91 Abs. 1 Nr. 1 HandwO schon dem Wortlaut nach die notwendige gesetzliche Ermächtigung speziell zum Betreten von Räumen (vgl. BVerfGE 32, 54 [77]) nicht entnommen werden. Der weiter genannte Zweck, der Handwerkskammer einen Untersagungsantrag nach § 16 Abs. 3 HandwO a.F. zu ermöglichen, hat sich mit der Aufhebung dieser Vorschrift erledigt. Dies gilt zugleich für die ehemals in dieser Vorschrift eingeräumte Befugnis, im Falle der Ablehnung des Untersagungsantrags diesen auf dem Verwaltungsrechtsweg mit eigener Klagebefugnis weiter zu verfolgen. Zwar sind die Handwerkskammern auch nach der jetzt geltenden Regelung in das Verfahren der Betriebsuntersagung nach § 16 Abs. 3 bis Abs. 5 HandwO weiterhin einbezogen. Die Formulierung des Absatzes 3 stellt

aber klar, dass die Federführung und Initiative nunmehr in jedem Fall bei der Ordnungsbehörde liegt. Sie muss zunächst entscheiden, ob sie eine Betriebsuntersagung anstrebt und sodann die Handwerkskammer sowie die Industrie- und Handelskammer hierzu anhören. Für eine sachgerechte Erklärung der Handwerkskammer nach § 16 Abs. 3 Satz 2 HandwO mag es nützlich sein, wenn sie sich im Wege der Betriebsbesichtigung nach § 17 Abs. 2 HandwO Erkenntnisse verschafft. Mit der gesetzgeberischen Entscheidung, durch § 17 Abs. 1 Satz 2 HandwO die Verwertung von Erkenntnissen durch die Handwerkskammern zu jeglichen anderen Zwecken als zur „Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen“ zu verbieten, ist jedoch auch die Verwertung zum Zweck der Betriebsuntersagung ausgeschlossen. Für die Mitwirkung im Verfahren nach § 16 Abs. 3 HandwO sind solche eigenen Kenntnisse der Handwerkskammer auch nicht erforderlich; denn die Behörde kann ihr die auf eigener Ermächtigungsgrundlage gewonnenen Erkenntnisse, auf welche sie den Entschluss zu der Betriebsuntersagung stützt, zur Verfügung stellen.

*(3). Zusammenfassung und Ergebnis*

Angesichts des umfassenden Verwertungsverbots aus § 17 Abs. 1 Satz 2 HandwO scheiden auch alle sonstigen Zwecke zur Rechtfertigung des Betretungsrechts aus. Dass Konkurrenzschutzzwecke nicht mit den Mitteln des Betretungsrechts verfolgt werden dürfen, bedarf keiner weiteren Begründung. Hiernach gibt es keinen erlaubten Zweck, zu dessen Erreichen das Betreten der Räume von Gewerbetreibenden, die unzweifelhaft die persönlichen Voraussetzungen für eine Eintragung in die Handwerksrolle nicht erfüllen, durch Beauftragte der Handwerkskammern erforderlich wäre. Da mithin im vorliegenden Fall die verfassungsrechtlich gebotenen Voraussetzungen für ein Betretungsrecht nicht erfüllt sind, wird der Beschwerdeführer durch die angegriffenen Entscheidungen in nicht gerechtfertigter Weise in seinem Grundrecht aus Art. 13 Abs. 1 GG beeinträchtigt.

*3. Verfassungskonforme Auslegung des § 17 II HandwO*

Hingegen ist die gesetzliche Regelung in § 17 Abs. 2 HandwO selbst nicht verfassungswidrig; denn sie ist einer verfassungskonformen Auslegung zugänglich. Dazu bedarf es eines von der bisher herrschenden Meinung abweichenden Verständnisses des Tatbestandsmerkmals des „in Absatz 1 bezeichneten Zweck(es)“. Dem Wortlaut entsprechend darf die „Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen“ bei „einzutragenden Gewerbetreibenden“ nur unter der Fragestellung erfolgen, ob ein Gewerbetreibender durch die Handwerkskammer tatsächlich in die Handwerksrolle einzutragen ist. Steht von vornherein unzweifelhaft fest, dass dies nicht der Fall ist, weil der Gewerbetreibende etwa die

persönlichen Voraussetzungen für eine Eintragung nicht erfüllt und auch keinen Antrag auf Erteilung einer Ausübungsberechtigung nach § 7 b oder einer Ausnahmegewilligung nach § 8 oder § 9 HandwO gestellt hat, so bedarf es keiner weiteren Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen, womit auch kein Betre-

tungsrecht nach § 17 Abs. 2 HandwO „zu dem in Absatz 1 bezeichneten Zweck“ besteht. „Einzutragende“ Gewerbetreibende sind in diesem Sinne nur diejenigen, deren Eintragung in die Handwerksrolle auch tatsächlich in Betracht kommt, weil sie sämtliche Eintragungsvoraussetzungen erfüllen können.

## Standort: Versammlungsrecht

## Problem: Störende Gegendemonstration

BVERFG, BESCHLUSS VOM 26.06.2007  
1 BvR 1418/07 (NVWZ-RR 2007, 641)

### Problemdarstellung:

Das BVerfG hatte es vorliegend mit einem Fall zu tun, in dem eine rechtsgerichtete, für sich genommen friedliche Versammlung zunächst verboten und später mit Auflagen (Verlegung des Veranstaltungsorts) belegt worden war, weil sich eine gewaltbereite Gegendemonstration am selben Ort angekündigt hatten. Zur Begründung führte die verfügende Behörde aus, von der Versammlung sei eher zu erwarten, dass sie die Auflagen freiwillig befolge als von der gewaltbereiten Gegendemonstration.

Das BVerfG hält diese Vorgehensweise für rechtswidrig. Es stellt klar, dass polizei- und ordnungsrechtlich zunächst nur gegen die Störer eingeschritten werden darf, hier also gegen die Gegendemonstration. Die oftmals erwogene Frage, ob die friedliche Versammlung nicht als sog. „Zweckveranlasser“ zur Gefahrenabwehr herangezogen werden kann (vgl. dazu die Vertiefungshinweise), spricht das Gericht überhaupt nicht an. Vielmehr stellt es klar, dass ein Einschreiten gegen die friedliche Versammlung allenfalls unter den besonderen Voraussetzungen des sog. polizeilichen Notstandes in Betracht käme. Dieser setze aber voraus, dass ein Einschreiten gegen die eigentlichen Störer, also die gewaltbereite Gegendemonstration, nicht möglich sei. Keinesfalls dürften Störer und Notstandspflichtige auf eine Stufe gestellt und zwischen ihnen wie unter mehreren Störern ausgewählt werden.

Schon gar nicht könne als Auswahlkriterium die zu erwartende Rechtstreue der friedlichen Versammlung herangezogen werden, denn dies führe zu dem grotesken Ergebnis, dass gegen den Rechtstreuen eingeschritten werden könnte, wohingegen der potenziell Rechtsuntreue gerade wegen seiner zu erwartenden Rechtsuntreue keine staatlichen Einschränkungen zu befürchten habe.

Nur wenn Versammlung und Gegendemonstration beide als Störer in Anspruch genommen werden könnten (etwa weil beide unfriedlich verlaufen) oder beide Notstandspflichtige seien (etwa weil beide friedlich verlaufen, aber eine Störung durch eine dritte Veranstaltung vorliegt, gegen die nicht mit Erfolg eingeschritten werden kann), stelle sich die Frage nach der

ermessensfehlerfreien Auswahl des Adressaten. In diesem Fall sei - vom BVerfG unausgesprochen, aber sinngemäß angedeutet - nach dem Grundsatz der „praktischen Konkordanz“ zu verfahren, der besagt, dass nur solche Maßnahmen ergriffen werden dürfen, die allen Beteiligten eine möglichst ungestörte Ausübung ihrer Grundrechte ermöglicht. Übertragen auf das Versammlungsrecht bedeutet dies, dass nicht etwa eine Versammlung wie geplant stattfinden kann, während eine andere verboten wird, sondern ggf. beide mit Auflagen zu bedenken sind.

### Prüfungsrelevanz:

Das Einschreiten gegen rechtsgerichtete Versammlungen ist ein in Praxis und Examen häufig vorkommendes Problem. Den Behörden sind diese Versammlungen wegen ihrer politischen Ausrichtung und den häufig zu erwartenden Ausschreitungen in ihrem Umfeld unlieb. Das BVerfG hält jedoch an der Prämisse fest, dass die Versammlungsfreiheit des Art. 8 I GG für jede Form der politischen Meinungskundgabe gelte, also auch und gerade für Minderheiten. Deshalb werden vom BVerfG nicht selten Verbote und Auflagen wegen eines Verstoßes gegen Art. 8 I GG einkassiert.

Entsprechende Examensaufgaben können verfassungsrechtlich oder verwaltungsrechtlich aufgezogen sein. Im ersten Fall wäre zu prüfen, ob ein Verbot oder eine Auflage einen nicht gerechtfertigten Eingriff in den Schutzbereich des Art. 8 I GG darstellt. Im zweiten Fall sind die hier angestellten Überlegungen im Tatbestand der Ermächtigungsgrundlage zu prüfen. Dabei ist zu differenzieren:

1. Handelt es sich um eine öffentliche Versammlung unter freiem Himmel, ist § 15 I VersG einschlägig. Dessen Tatbestand setzt voraus, dass die Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung unmittelbar von der Versammlung ausgeht. Hieran fehlt es, wenn in Wahrheit Dritte (z.B. eine Gegendemonstration) die letzte Ursache für die zu befürchtenden Ausschreitungen setzt.

2. Handelt es sich um eine nichtöffentliche Versammlung, ist auf die Generalklausel des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts der Länder zurückzugreifen, denn das VersG gilt nur für öffentliche Versammlungen. Diese erlauben aber grds. auch nur ein Einschreiten gegen den Störer. Störer ist, wer die Gefahr

unmittelbar verursacht, sodass die in § 15 I VersG ausdrücklich enthaltene Unmittelbarkeit auch hier zu prüfen ist.

3. Fehlt es an der Unmittelbarkeit, kann nach st.Rspr. des BVerfG nur unter den strengen Voraussetzungen des polizei- und ordnungsrechtlichen Notstandes gegen die Versammlung eingeschritten werden. Diese sind im Gefahrenabwehrrecht der Länder ausdrücklich geregelt. Danach ist ein Einschreiten gegen einen Notstandspflichtigen immer subsidiär zum Einschreiten gegen einen Störer. Im VersG gibt es eine solche Regelung nicht; gleichwohl überträgt das BVerfG sie auch auf das VersG: Stört eine Versammlung nicht unmittelbar, kann gegen sie (nur, aber immerhin) eingeschritten werden, wenn eine Störungsbeseitigung auf andere Weise nicht möglich ist.

4. In jedem Fall - also im VersG wie im allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht - muss im Rahmen des Ermessens geprüft werden, ob die ergriffene Maßnahme verhältnismäßig ist. Das wäre sie im Lichte des Art. 8 I GG nicht, wenn sie sich einseitig gegen die Versammlung richtete. Vielmehr muss sie sich immer an einem Ausgleich der Interessen orientieren, also versuchen, die Gefahren möglichst schonend abzuwehren, sodass der betroffenen Versammlung noch ein Maximum an Versammlungsfreiheit verbleibt. Ein Verbot ist daher im Verhältnis zum Erlass von Auflagen nur als ultima ratio zulässig.

#### **Vertiefungshinweise:**

- Prioritätsprinzip bei Versammlungen: BVerfG, RA 2005, 571 = BayVBl 2005, 592
- Einschreiten gegen nichtstörende Versammlung nur bei Notstandspflicht: BVerfG, NJW 2000, 3053; NJW 2001, 1411; NVwZ 2006, 1049

#### **Kursprogramm:**

- Examenskurs : "Waffen-SS"
- Assessorkurs : "Fieser Verein"

#### **Leitsätze (der Redaktion):**

**1. Gegen eine friedliche, nicht störende Versammlung kann nur unter den besonderen Voraussetzungen des so genannten polizeilichen Notstandes eingeschritten werden.**

**2. Keinesfalls darf der Nichtstörer einem Störer gleichgestellt und die Auswahl des Adressaten der versammlungsrechtlichen Verfügung von bloßen Zweckmäßigkeitserwägungen abhängig gemacht werden.**

#### **Sachverhalt:**

Mit Verfügung vom 30. Mai 2007 untersagte der Oberbürgermeister der Stadt Schwerin unter Aufhebung einer zuvor erlassenen Auflagenverfügung einen

im Dezember 2006 für den 2. Juni 2007, 10 Uhr, angemeldeten Aufzug durch das Stadtzentrum von Schwerin zu dem Thema "Nein zum G8-Gipfel - für eine Welt freier Völker". Er ordnete die sofortige Vollziehung des Versammlungsverbots an.

Im Eilrechtsschutzverfahren änderte das Verwaltungsgericht Schwerin die Verbotsverfügung mit Beschluss vom 31. Mai 2007 dahin ab, dass der Aufzug zwar stattfinden dürfe, jedoch lediglich in einem Gewerbegebiet in Schwerin-Süd, einige Kilometer vom Stadtzentrum entfernt. Die von gewaltgeneigten Gegendemonstranten zu erwartenden Ausschreitungen ließen sich nur durch räumliche Trennung der Versammlung der Beschwerdeführerinnen von den für dieselbe Zeit angemeldeten Gegenveranstaltungen wirksam bekämpfen. Anders als bei den Teilnehmern der Gegendemonstrationen sei bei den Versammlungsteilnehmern der Beschwerdeführerinnen zu erwarten, dass diese sich der Auflage beugen und ihre Versammlung ohne größeren Widerstand an den Stadtrand verlegen würden. Auch Schwerin-Süd sei ein geeigneter Versammlungsort, da dieser günstig an der Bahnlinie und nicht weit von dem Krebsförderer Neubaugebiet entfernt liege. Ein Medieninteresse sei unabhängig vom Versammlungsort ohnehin gegeben.

Das Obergerverwaltungsgericht Mecklenburg-Vorpommern versagte im Beschwerdeverfahren mit Beschluss vom 1. Juni 2007 den Eilrechtsschutz insgesamt. Der vom Verwaltungsgericht zu Recht festgestellte polizeiliche Notstand rechtfertige ein Verbot der Versammlung. Mit Beschlüssen vom selben Tage bestätigte das Obergerverwaltungsgericht auch das Verbot einer ebenfalls für den 2. Juni 2007, 10 Uhr von der Beschwerdeführerin zu 1 angemeldeten Versammlung in Ludwigslust und das Verbot einer der Gegendemonstrationen, nämlich der Kundgebung eines „antifaschistischen Bündnisses“. Das Verbot einer weiteren Gegenveranstaltung, eines am 4. Januar 2007 angemeldeten „Bürgerfestes für Toleranz“ am Pfaffenteich in Schwerin, für das die Stadtvertretung am 7. Mai 2007 die Bürger zur Teilnahme aufgerufen hatte, wurde dagegen von den Gerichten nicht aufrecht erhalten. Das Obergerverwaltungsgericht (Beschluss vom 1. Juni 2007 - 3 M 62/07 -) begründet dies damit, dass aufgrund des Verbots der Versammlungen der Beschwerdeführerinnen und des „antifaschistischen Bündnisses“ der polizeiliche Notstand, der durch das Fehlen hinreichender Polizeikräfte zur Abwehr der Gefahr gewalttätiger Ausschreitungen begründet worden war, entfallen sei. Damit seien die Gründe für ein Verbot auch dieser Versammlung nicht gegeben. Das „Bürgerfest“ konnte daher wie geplant stattfinden.

Die Beschwerdeführerinnen im vorliegenden Verfahren sehen in der Verbotsverfügung einen Verstoß gegen Art. 8 und Art. 5 GG. Das Verbot sei unverhältnismäßig. Durch geeignete Auflagen hätte sichergestellt werden können, dass die Versammlung in der Innens-

tadt von Schwerin hätte stattfinden können. Das vom Verwaltungsgericht im Zuge einer Auflage vorgesehene Gewerbegebiet in Schwerin-Süd wäre allerdings nicht geeignet gewesen, da dieses zu dem fraglichen Zeitpunkt menschenlos sein würde.

### *Aus den Gründen:*

#### *A. Erledigung der Anträge*

Die Verfassungsbeschwerde ist nicht zur Entscheidung anzunehmen. Die Annahmenvoraussetzungen des § 93 a Abs. 2 BVerfGG liegen nicht vor, da das Rechtsschutzbedürfnis für die Verfassungsbeschwerde angesichts der eingetretenen Erledigung entfallen ist. Gleiches gilt für den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung. [...] Die angegriffene Entscheidung, die von der Entscheidung der Vorinstanz nach Inhalt und Begründung in maßgeblichen Punkten abweicht, sowie der dagegen gerichtete Antrag nach § 32 BVerfGG lagen dem Gericht erst am 1. Juni 2007 um 23.51 Uhr und damit kurz vor Beginn des Tages vor, an dessen Vormittag um 10.00 Uhr die Versammlung stattfinden sollte. Ferner gingen noch in der Nacht bis 4.18 Uhr zwei weitere, mit dem hier vorliegenden Fall in sachlichem Zusammenhang stehende Anträge ein, die sich ebenfalls bis zum 2.6.07, 10 Uhr, erledigen würden. Bei dieser Sachlage war es nicht möglich, innerhalb der wenigen verbleibenden Stunden verantwortliche Entscheidungen über die gestellten Anträge zu treffen.

#### *B. Überschlägige Prüfung der Erfolgsaussichten*

Hätte er rechtzeitig verbeschieden werden können, hätte der Antrag der Beschwerdeführerinnen auf Erlass einer einstweiligen Anordnung mit hoher Wahrscheinlichkeit Aussicht auf Erfolg gehabt.

#### *I. Entscheidung des VG*

Schon in Hinblick auf die Entscheidung des Verwaltungsgerichts, die durch das Oberverwaltungsgericht noch ausgeweitet wurde, bestehen erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken, ob es den Beschwerdeführerinnen verwehrt werden durfte, ihren Aufzug in der Innenstadt von Schwerin durchzuführen.

#### *1. Gegendemonstration als Störer*

Nach den Feststellungen der Verwaltungsgerichte war nicht zu erwarten, dass von der von den Beschwerdeführerinnen geplanten Versammlung Gefahren für die öffentliche Sicherheit ausgehen würden. Vielmehr beruhte die vom Verwaltungsgericht angeordnete Auflage der Verlegung der Versammlung in ein Gewerbegebiet auf der Einschätzung, dass derartige Gefahren von Seiten gewaltbereiter Gegendemonstranten ausgehen werden.

#### *2. Gestörte Demonstration notstandspflichtig?*

Waren die Beschwerdeführerinnen damit als Nicht-

störer anzusehen, so kann gegen sie nur unter den besonderen Voraussetzungen des so genannten polizeilichen Notstandes eingeschritten werden (vgl. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 18. August 2000 – 1 BvQ 23/00 –, NJW 2000, S. 3053; Beschluss vom 26. März 2001 – 1 BvQ 15/01 –, NJW 2001, S. 1411 f.; Beschluss vom 10. Mai 2006 – 1 BvQ 14/06 –, NVwZ 2006, S. 1049). Dies setzt voraus, dass eine Gefahr auf andere Weise nicht abgewehrt werden kann, etwa weil die Verwaltungsbehörde nicht über ausreichende eigene, eventuell durch Amts- und Vollzugshilfe zu ergänzende Mittel und Kräfte verfügt, um die gefährdeten Rechtsgüter wirksam zu schützen (vgl. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 26. März 2001 – 1 BvQ 15/01 –, NJW 2001, S. 1411 f.; Beschluss vom 10. Mai 2006 – 1 BvQ 14/06 –, NVwZ 2006, S. 1049 f.). Zur Feststellung dieser Voraussetzungen können zwar grundsätzlich die verwaltungsgerichtlichen Feststellungen und polizeilichen Angaben über Art und Ausmaß erforderlicher Gegenmaßnahmen und zur Überlastung der Polizei als Grundlage für die vom Bundesverfassungsgericht vorzunehmende Folgenabwägung herangezogen werden. Jedoch dürfen Gefahren nicht berücksichtigt werden, die bei Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit anders als durch Inanspruchnahme des Nichtstörers ausgeschlossen werden können (vgl. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 18. August 2000 – 1 BvQ 23/00 –, NJW 2000, S. 3053 [3055 f.]).

#### *a. Primäre Inanspruchnahme der Störer*

Geht eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit nicht von der Versammlung selbst, sondern von einer Gegenveranstaltung aus, ist insbesondere zu prüfen, ob die Inanspruchnahme des Nichtstörers durch eine versammlungsrechtliche Verfügung gegenüber den Veranstaltern der Gegendemonstration vermieden werden kann. Keinesfalls darf der Nichtstörer einem Störer gleichgestellt und die Auswahl des Adressaten der versammlungsrechtlichen Verfügung von bloßen Zweckmäßigkeitserwägungen abhängig gemacht werden. Drohen Gewalttaten als Gegenreaktion auf Versammlungen, so ist es Aufgabe der zum Schutz der rechtsstaatlichen Ordnung berufenen staatlichen Stellen, in unparteiischer Weise auf die Verwirklichung der Versammlungsfreiheit für die Grundrechtsträger hinzuwirken (vgl. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 10. Mai 2006 – 1 BvQ 14/06 –, NVwZ 2006, S. 1049 [1050]).

Im vorliegenden Fall bestehen Bedenken, ob die Verlegung der Versammlung der Beschwerdeführerinnen aus der Innenstadt von Schwerin heraus diesen Anforderungen genügt hätte. Zwar ist der Ausgangspunkt, der polizeiliche Notstand könne durch eine räumliche Trennung der angemeldeten Versammlungen vermieden werden, verfassungsrechtlich nicht zu



beanstanden. Zweifelhaft ist aber, ob dies bereits die Inanspruchnahme der Beschwerdeführerinnen als Nichtstörer rechtfertigt. Für die Beschwerdeführerinnen bedeutet schon diese Auflage einen schweren Grundrechtseingriff, da mit einer Versammlung in einem Gewerbegebiet, das nach ihrer Auffassung zu dem vorgesehenen Zeitpunkt menschenleer sein würde, das verfassungsrechtlich geschützte Interesse der Veranstalter an einem ihren Vorstellungen entsprechenden Beachtungserfolg (vgl. insoweit BVerfGE 69, 315 [365]; BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 6. Juni 2007 – 1 BvR 1423/07 -, JURIS) wesentlich weniger verwirklicht werden kann als bei der geplanten Versammlung in der Innenstadt von Schwerin.

#### *b. Voraussichtliche Rechtstreue kein taugliches Kriterium*

Dabei durfte grundsätzlich nicht darauf abgestellt werden, dass bei den Teilnehmern der Versammlung der Beschwerdeführerinnen eher mit der Beachtung einer Auflagenverfügung gerechnet werden kann als bei den Teilnehmern der Gegenveranstaltungen. Denn auf diese Weise wird derjenige, der sich voraussichtlich rechtstreu verhalten wird, gerade wegen seiner Rechtstreue zum Adressaten einer ihn belastenden Verfügung. Eine solche gezielte Benachteiligung des Rechtstreuens ist verfassungsrechtlich grundsätzlich nicht hinnehmbar.

### *II. Entscheidung des OVG*

Im Ergebnis kann allerdings dahinstehen, ob die Voraussetzungen des Erlasses einer einstweiligen Anordnung gemäß § 32 BVerfGG bereits hinsichtlich der Entscheidung des Verwaltungsgerichts vorgelegen haben. Denn jedenfalls wäre die Argumentation des Oberverwaltungsgerichts unter Berücksichtigung des Art. 8 GG im Rahmen des Eilrechtsschutzverfahrens verfassungsrechtlich zu beanstanden gewesen. Dies gilt auch dann, wenn davon ausgegangen wird, dass angesichts der gegebenen Lage die Einschätzung des Oberverwaltungsgerichts, es habe ein polizeilicher Notstand vorgelegen, der grundsätzlich auch die Inanspruchnahme eines Nichtstörers für eine versammlungsrechtliche Verfügung rechtfertigen könne, verfassungsrechtlich tragfähig begründet worden ist. Nicht tragfähig ist aber die weitere Vorgehensweise des Oberverwaltungsgerichts. Es hat sich mit der Frage der Auswahl des richtigen Adressaten der Verbotsverfügung gar nicht befasst und dadurch ermessensfehlerhaft gehandelt.

#### *1. Auswahl unter Störern*

Die Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts haben im Ergebnis dazu geführt, dass die Versammlung der Beschwerdeführerinnen gar nicht, eine der Gegenveranstaltungen, das von der Stadtvertretung unter-

stützte „Bürgerfest“, demgegenüber sogar am gewünschten Ort stattfinden konnte.

#### *a. Grundsatz praktischer Konkordanz*

Werden mehrere Versammlungen zur gleichen Zeit für denselben Ort (hier: das Stadtzentrum von Schwerin) angemeldet, so kann über Verbote und Auflagen bezüglich einer dieser Versammlungen nicht ohne Rücksicht auf die übrigen entschieden werden. Vielmehr ist eine Gesamtschau vorzunehmen mit dem Ziel, die Gewährleistungen des Art. 8 GG in möglichst großem Ausmaß zu verwirklichen. Dies gilt insbesondere, wenn als Adressat für eine versammlungsrechtliche Verfügung ein Nichtstörer herangezogen werden soll und daher die Auswahl des Adressaten der Verfügung aus verfassungsrechtlichen Gründen von dem Ziel getragen sein muss, das Recht des Veranstalters auf Selbstbestimmung auch über den Ort der Versammlung so weit wie möglich zu sichern.

#### *b. Subsumtion*

Das Oberverwaltungsgericht geht auf diese Problematik nicht ein, sondern erwähnt die nicht verbotene Gegenveranstaltung in seiner Entscheidung gar nicht. Es ist insbesondere nicht zu erkennen, ob das Gericht befürchtet hat, dass auch von dem „Bürgerfest“ in dem Fall, dass die Versammlung der Beschwerdeführerinnen stattfinden würde, Ausschreitungen ausgehen würden, oder ob dies nur für die unterbundene weitere Gegenveranstaltung oder gar unabhängig davon galt, ob überhaupt eine Gegenversammlung organisiert würde, weil eine große Zahl gewaltbereiter Personen ohnehin in Schwerin erwartet wurde.

Soweit aus Anlass des „Bürgerfestes“ für den Fall des gleichzeitigen Stattfindens der Versammlung der Beschwerdeführerinnen mit Ausschreitungen zu rechnen gewesen sein sollte, ergäben sich für die Inanspruchnahme der Beschwerdeführerinnen als Nichtstörer in noch stärkerem Maße Bedenken als in Bezug auf die Entscheidung des Verwaltungsgerichts. Das Oberverwaltungsgericht hat nicht nur eine Auflage erlassen, sondern den Antrag auf Wiederherstellung der aufchiebenden Wirkung gegen die Verbotsverfügung abgelehnt und damit die Durchführbarkeit der Versammlung insgesamt ausgeschlossen. Damit ist eine Lage entstanden, in der eine Versammlung, von der keine Gefahr ausging, nicht durchgeführt werden konnte, wohl aber eine als Gegenveranstaltung konzipierte andere Versammlung. Da auch diese Veranstaltung Polizeikräfte binden würde, hätte das Oberverwaltungsgericht sich mit der Frage auseinander setzen müssen, ob ein polizeilicher Notstand entfallen würde, wenn keine Gegenveranstaltung, wohl aber die zuerst angemeldete der Beschwerdeführerinnen stattfinden würde. Angesichts der erwarteten Friedlichkeit der Versammlung der Beschwerdeführerinnen und des Verbots der weiteren Gegenveranstaltung des "antifa-

schistischen Bündnisses" lag es nicht ohne weiteres auf der Hand, dass, hätte anstelle des „Bürgerfests“ die Versammlung der Beschwerdeführerinnen stattgefunden, mit den Voraussetzungen eines polizeilichen Notstandes zu rechnen gewesen wäre.

### 2. Auswahl unter Nichtstörern (Notstandspflichtigen)

Wäre andererseits davon auszugehen gewesen, dass das „Bürgerfest“ auch bei gleichzeitiger Durchführung der Versammlung der Beschwerdeführerinnen friedlich verlaufen wäre, hätte die Frage der Auswahl unter Nichtstörern beantwortet werden müssen. Insoweit wäre eine Begründung dafür erforderlich gewesen, warum angesichts der erwarteten Friedlichkeit beider Veranstaltungen das Verbot der – dann allein gewalt-

samen – weiteren Gegenveranstaltung nicht ausgereicht hätte und die Versammlung der Beschwerdeführerinnen nicht wenigstens mit Auflagen hinsichtlich der Versammlungsdurchführung in der Innenstadt hätte stattfinden können. Falls zwei gleichzeitige, wenn auch friedliche Versammlungen ebenfalls wegen polizeilichen Notstandes nicht durchführbar gewesen wären, wäre wiederum zu begründen gewesen, warum gerade die – zeitlich früher angemeldete – Versammlung der Beschwerdeführerinnen, nicht aber die Gegenveranstaltung in Anspruch genommen werden musste. In der Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts fehlen jegliche Ausführungen zu den insoweit aufgeworfenen Fragen.

## Standort: § 80 VwGO

## Problem: Änderung der Sach- und Rechtslage

VGH KASSEL, BESCHLUSS VOM 02.04.2007  
7 TG 501/07 (NVwZ-RR 2007, 822)

### Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall geht es um die Fortdauer der gerichtlich angeordneten aufschiebenden Wirkung. Die Behörde hatte einen Ausländer ausgewiesen und nach § 80 II Nr. 4 VwGO die sofortige Vollziehung der Ausweisung angeordnet. Hiergegen hatte der Ausländer Widerspruch eingelegt und gerichtlich beantragt, dessen aufschiebende Wirkung nach § 80 V 1, 2. Fall VwGO wiederherzustellen. Das Gericht hatte dem Antrag durch Beschluss entsprochen. Gleichwohl ordnete die Behörde anschließend (erneut) die sofortige Vollziehung an. Sie glaubte hierzu berechtigt zu sein, weil sich nach dem Gerichtsbeschluss die Sach- und Rechtslage geändert hatte.

Der VGH Kassel tritt dem entgegen: Der Beschluss über die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung binde analog § 121 VwGO (Rechtskraft) alle Beteiligten, egal ob sich anschließend die Sach- und Rechtslage ändere oder nicht. Über diese Bindungswirkung dürfe sich die Behörde nicht mit einer erneuten Vollziehungsanordnung hinweg setzen. Treffe sie eine solche gleichwohl, sei sie schlicht unbeachtlich; die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs bestehe Kraft des rechtskräftigen Gerichtsbeschlusses weiterhin. Richtiger Rechtsbehelf des Betroffenen ist daher auch nicht ein erneuter Antrag nach § 80 V 1, 2. Fall auf nochmalige Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung, sondern ein Antrag analog § 80 V 1 VwGO auf Feststellung des Fortbestehens des bereits rechtskräftig wiederhergestellten aufschiebenden Wirkung.

Beiläufig erwähnt der VGH noch zwei weitere Aspekte des Falles: Zum einen kann die Behörde durchaus auf eine Änderung der Sach- und Rechtslage reagieren, aber eben nicht, indem sie einfach eine neue Vollziehungsanordnung erlässt, sondern indem sie nach §

80 VII VwGO eine Abänderung des Gerichtsbeschlusses über die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung beantragt. Zum anderen stellt der VGH klar, dass die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs wegen § 80 b VwGO auch den Erlass des Widerspruchsbescheids überdauert (im Fall war zwischenzeitlich ein Widerspruchsbescheid ergangen und die Behörde hatte offensichtlich vorgetragen, dass die gerichtlich wiederhergestellte aufschiebende Wirkung des Widerspruchs - wenn schon nicht durch eine Änderung der Sach- und Rechtslage - spätestens mit Erlass des Widerspruchsbescheids entfallen sei).

### Prüfungsrelevanz:

Der vorläufige Rechtsschutz in der VwGO ist das vielleicht beliebteste verwaltungsprozessuale Thema in juristischen Prüfungsaufgaben überhaupt. Gerade weil immer wieder Klausuren zu diesem Thema laufen, sind auch solche abseits des Alltäglichen darunter. Diese sind vielfach nicht schwer zu lösen, wenn erst einmal der Einstieg gelungen ist. Jeder Examenskandidat sollte daher wissen, was zu tun ist, wenn sich in einem Sachverhalt nach gerichtlich wiederhergestellter aufschiebender Wirkung die Sach- und Rechtslage ändert: Die Behörde muss bei Gericht einen Abänderungsantrag nach § 80 VII VwGO stellen! Reagiert sie statt dessen - wie hier - mit einer erneuten Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 II Nr. 4 VwGO, ist die richtige Antwort des Betroffenen ein Antrag analog § 80 V 1 VwGO auf Feststellung der (fortbestehenden) aufschiebenden Wirkung; ein (erneuter) Wiederherstellungsantrag nach § 80 V 1, 2. Fall VwGO ist hingegen weder nötig noch - mangels Rechtsschutzinteresses - möglich.

### Vertiefungshinweise:

Änderung der Sach- und Rechtslage nach Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung: *VGH Mün-*

chen, DVBl 1999, 624; BayVBl 2003, 405

Fortdauer der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs nach Erlass des Widerspruchsbescheids: *Schildheuer*, NVwZ 1997, 637, 638

Erstreckung der aufschiebenden Wirkung auf ersetzenden Verwaltungsakt: *OVG Münster*, RA 2001, 377 = NVwZ-RR 2001, 297

#### *Leitsätze:*

**1. Hat ein Gericht die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs gegen einen Verwaltungsakt aus materiellen Gründen wiederhergestellt, ist es der Behörde selbst bei einer Änderung der Sach- und Rechtslage verwehrt, bezüglich dieses Verwaltungsakts eine neue Vollziehungsanordnung nach § 80 II 1 Nr. 4 VwGO zu erlassen.**

**2. Hält die Behörde auf Grund einer Änderung der Sach- und Rechtslage die sofortige Vollziehung eines Verwaltungsaktes, dessen Vollziehbarkeit durch gerichtlichen Beschluss aus materiellen Gründen ausgesetzt ist, für geboten, so muss sie nach § 80 VII 2 VwGO eine entsprechende Änderung der gerichtlichen Eilentscheidung beantragen.**

**3. §§ 80, 80b VwGO gehen von einer einheitlichen aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs aus, die insbesondere nicht mit dessen Zurückweisung durch Widerspruchsbescheid endet und (erst) mit Klageerhebung neu begründet wird.**

**4. Hat ein Gericht nach § 80 V 1 Fall 2 VwGO die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs aus materiellen Gründen - also nicht lediglich aus formellen Gründen wie etwa einer mangelhaften Begründung der Anordnung der sofortigen Vollziehung - wiederhergestellt, so wird die auf diese Weise bewirkte gerichtliche Aussetzung der Vollziehung eines bestimmten Verwaltungsaktes durch eine im Nachhinein (erneut) erfolgende behördliche Anordnung der sofortigen Vollziehung desselben Verwaltungsaktes in ihrer Wirksamkeit nicht berührt.**

#### *Sachverhalt:*

Der Landrat des Landkreises [...] wies den Ast. mit Bescheid vom 20.3.2001 aus, setzte ihm eine Ausreisefrist von drei Monaten nach Eintritt der Unanfechtbarkeit der Ausweisung und drohte ihm die Abschiebung an. Die Ausländerbehörde der Ag. ordnete mit Bescheid vom 3.4.2006 die sofortige Vollziehung der Ausweisung vom 20.3.2001 an. Im gerichtlichen Eilverfahren stellte das BeschwGer. mit Beschluss vom 27.7.2006 (7 TG 1561/06) die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Ast. vom 22.3.2001 gegen die im Bescheid des Landrates des Landkreises vom 20.3.2001 erlassene Ausweisung wieder hier und ordnete sie in im Hinblick auf die im selben Bescheid verfügte Abschiebungsandrohung an. Es fehle an einem

besonderen Vollzugsinteresse, das die sofortige Vollziehung der Ausweisung rechtfertigen könnte. Sowohl spezial- als auch generalpräventive Ausweisungszwecke könnten ein besonderes Vollzugsinteresse jedenfalls dann nicht begründen, wenn - wie hier - die Ausländerbehörde für die zwangsweise Verwirklichung der durch die Ausweisung begründeten Ausreisepflicht einen Zeitpunkt nach Bestandskraft der Ausweisung festgesetzt habe.

Die Ausländerbehörde der Ag. erließ daraufhin am 5.10.2006 einen Bescheid, mit dem sie den Ast. nunmehr aufforderte, die Bundesrepublik Deutschland binnen drei Monaten nach Bekanntgabe dieses Bescheides zu verlassen. Zugleich ordnete die Ausländerbehörde (erneut) die sofortige Vollziehung der Ausweisung des Ast. an und erließ (erneut) eine Abschiebungsandrohung.

Das Regierungspräsidium wies mit Widerspruchsbescheid vom 24.10.2006 den Widerspruch des Ast. gegen den Bescheid des Landrates des Landkreises vom 20.3.2001 zurück. Am 10.11.2006 erhob der Ast. Klage, die unter dem Aktenzeichen 6 E 3846/06 geführt wird. Auf den am selben Tag gestellten Eilantrag des Ast. hin entschied das VG, dass die aufschiebende Wirkung der Klage 6 E 3846/06 wiederhergestellt bzw. angeordnet werde. Hiergegen erhob die Ag. Beschwerde.

#### *Aus den Gründen:*

Die Beschwerde der Ag. bleibt ohne Erfolg, da das VG dem Eilantrag des Ast. im Ergebnis zu Recht stattgegeben hat. Dem Widerspruch des Ast. gegen die im Bescheid des Landrates des Landkreises [...] vom 20.3.2001 verfügte Ausweisung kommt auf Grund der rechtskräftigen Entscheidung des BeschwGer. vom 27.7.2006 (7 TG 1561/06) (weiterhin) aufschiebende Wirkung zu, die durch die Änderung des Beginns der Ausreisefrist und die erneute Anordnung der sofortigen Vollziehung im Bescheid der Ag. vom 5.10.2006 nicht entfallen ist.

#### *A. Rechtskraftbindung von Beschlüssen nach § 80 V VwGO*

Beschlüsse nach § 80 V VwGO erwachsen gem. § 121 VwGO analog in materielle Rechtskraft und binden die Bet. Hat ein Gericht - wie hier das BeschwGer. mit Beschluss vom 27.7.2006 - die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs gegen einen Verwaltungsakt aus materiellen Gründen - hier wegen eines fehlenden besonderen Vollzugsinteresses - wiederhergestellt, ist es der Behörde selbst bei einer Änderung der Sach- und Rechtslage verwehrt, bezüglich dieses Verwaltungsakts eine neue Vollziehungsanordnung nach § 80 II 1 Nr. 4 VwGO zu erlassen. Hält die Behörde auf Grund einer Änderung der Sach- und Rechtslage die sofortige Vollziehung eines Verwaltungsaktes, dessen Vollziehbarkeit durch gerichtlichen Beschluss aus ma-

teriellen Gründen ausgesetzt ist, für geboten, so muss sie nach § 80 VII 2 VwGO eine entsprechende Ande- rung der gerichtlichen Eilentscheidung beantragen (vgl. zu Vorstehendem: Bader/Funke-Kaiser/Kuntze/ v.Albedyll, VwGO, 3. Aufl. [2005], § 80 Rdnrn. 127 ff.; Eyermann, VwGO, 12. Aufl. [2006], § 80 Rdnrn. 98 f.; Kopp/Schenke, VwGO, 14. Aufl. [2005], § 80 Rdnrn. 172 ff.). Diese Rechtskraftwirkung des gericht- lichen Aussetzungsbeschlusses erstreckt sich dabei in sachlicher Hinsicht auf den konkreten Verwaltungsakt, für den durch gerichtliche Entscheidung nach § 80 V 1 Fall 2 VwGO die Vollziehung ausgesetzt worden ist. Nach diesem Maßstab ist die angegriffene ver- waltungsgerichtliche Entscheidung, nach der die Aus- weisung weiterhin nicht vollziehbar ist, zutreffend.

#### *B. Keine (erneute) Anordnung der sofortigen Vollzie- hung möglich*

Die (erneute) Anordnung der sofortigen Vollziehung der Ausweisung im Bescheid der Ag. vom 5.10.2006 ist rechtsfehlerhaft, da ihr die rechtskräftige Wieder- herstellung der aufschiebenden Wirkung des Wider- spruchs des Ast. gegen die Ausweisung im Beschluss des BeschwGer. vom 27.7.2006 entgegensteht.

Die bloße Modifizierung des den Lauf der Ausreise- frist auslösenden Umstandes von der Unanfechtbarkeit der Ausweisung zu deren Bekanntgabe hat den für die Rechtskraftwirkung maßgeblichen Streitgegenstand - die Vollziehbarkeit der nicht bestandskräftigen Aus- weisung des Ast. vom 20.3.2001 - nicht geändert. Die Frage, ob das Ziel der Ag., eine Aufenthaltsverfesti- gung der Ehefrau des Ast. zu verhindern, formell zur Begründung der Anordnung der sofortigen Vollzie- hung genügt bzw. materiell die Annahme eines beson- deren Vollzugsinteresses rechtfertigt, stellt sich infolge dieser Rechtskraftwirkung nicht.

#### *C. Fortdauer der aufschiebenden Wirkung*

Bei der Neufassung des die Ausweisung des Ast.

betreffenden Tenors der erstinstanzlichen Entschei- dung durch das BeschwGer. wird zunächst auf die auf- schiebende Wirkung des Widerspruchs - nicht der Klage - abgestellt. Dies folgt daraus, dass der Suspensiv- effekt vom ersten Rechtsbehelf ausgelöst wird, der aufschiebende Wirkung entfaltet. §§ 80, 80b VwGO gehen von einer einheitlichen aufschiebenden Wir- kung des Widerspruchs aus, die insbesondere nicht mit dessen Zurückweisung durch Widerspruchsbescheid endet und (erst) mit Klageerhebung neu begründet wird (vgl. BVerwGE 78, 192 [209]; Sodan/Ziekow, VwGO, 2. Aufl. [2006], § 80 b Rdnr. 4 m.w.N.).

#### *D. Folge: Feststellung des Fortbestehens der aufschie- benden Wirkung analog § 80 V 1 VwGO*

Darüber hinaus bedarf es lediglich der Feststellung (des Fortbestehens) der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs des Ast. gegen die Ausweisung. Hat ein Gericht nach § 80 V 1 Fall 2 VwGO die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs aus materiellen Gründen - also nicht lediglich aus formellen Gründen wie etwa einer mangelhaften Begründung der Anordnung der sofortigen Vollziehung - wiederhergestellt, so wird die auf diese Weise bewirkte gerichtliche Aussetzung der Vollziehung eines bestimmten Verwaltungsaktes durch eine im Nachhinein (erneut) erfolgende behördliche Anordnung der sofortigen Vollziehung desselben Ver- waltungsaktes in ihrer Wirksamkeit nicht berührt. Der Behörde fehlt - auch aus Gründen der Gewaltenteilung - die Rechtsmacht, die aus materiellen Gründen erfolg- te negative gerichtliche Entscheidung zur Vollziehbar- keit des nicht bestandskräftigen Verwaltungsaktes durch behördliche Anordnung nach § 80 II 1 Nr. 4 VwGO (wieder) außer Kraft zu setzen (vgl.: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Stand: April 2006, § 80 Rdnr. 299; a.A. Kopp/Schenke, § 80 Rdnr. 173). [...]

### **Standort: Vorläufiger Rechtsschutz**

### **Problem: Auslegung des Antragsbegehrens**

VG KÖLN, BESCHLUSS VOM 19.04.2007  
6 L 213/07 (NWVBL 2007, 449)

#### **Problemdarstellung:**

Im vorliegenden Beschluss des VG Köln ging es um die Auslegung eines Antragsbegehrens im vorläufigen Rechtsschutz gem. §§ 122, 88 VwGO. Der Antragstel- ler (ASt.) hatte bei seiner Immatrikulation von der Universität Köln einen Zahlschein ausgehändigt be- kommen, mittels dessen er seinen Semesterbeitrag und die Studiengebühr hätte überweisen können. Gegen den "Gebührenbescheid" erhob er Klage und beantrag- te zugleich im vorläufigen Rechtsschutz die aufschie- benden Wirkung derselben "herzustellen", hilfsweise

"der Universität zu verbieten, ihn wegen Nichtüber- weisung der Studiengebühr zu exmatrikulieren".

Das VG stellt hierzu klar, dass

- die Aushändigung eines Überweisungsträgers/Zahl- scheins kein Verwaltungsakt ist, somit gar kein an- fechtbarer "Gebührenbescheid" vorlag, somit in der Hauptsache keine Anfechtungsklage erhoben werden konnte und somit der Hauptantrag nach § 80 V VwGO unstatthaft war,

- der Hilfsantrag bei wörtlichem Verständnis ebenfalls unzulässig wäre, denn da der ASt. infolge fehlender Überweisung der Studiengebühren erst gar nicht im- matrikuliert worden war, bedurfte er auch keines Schutzes vor Exmatrikulation, und

- der Hilfsantrag schließlich auch nach Auslegung dahingehend, dass er vorläufige Immatrikulation ohne Zahlung der Studiengebühren begehrte, zwar nach § 123 I 2 VwGO als Antrag auf Erlass einer Regelungsanordnung statthaft, jedenfalls aber unbegründet sei, weil es an einem Anordnungsgrund i.S.d. §§ 123 III VwGO, 920 II ZPO fehle; dem Antragsteller sei zuzumuten, die Studiengebühren unter Vorbehalt zu zahlen und ggf. zurückzufordern, zumal die NRW-Bank hierfür von Gesetzes wegen Darlehen für Bedürftige anbiete.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Die Entscheidung verdeutlicht die Abgrenzung zwischen den Anträgen nach §§ 80 V 1 und 123 I VwGO: Bei dem gem. § 123 V VwGO vorrangigen Antrag nach § 80 V VwGO sucht der Antragsteller Schutz vor der sofortigen Vollziehung eines belastenden Verwaltungsakts. Belastende Verwaltungsakte können mit aufschiebender Wirkung angefochten werden, § 80 I VwGO, weshalb sich die - auch vom VG Köln angewendete - Faustformel herausgebildet hat, dass ein Antrag nach § 80 VwGO statthaft ist, wenn in der Hauptsache eine Anfechtungsklage zu erheben ist. Für § 123 I VwGO bleiben danach alle anderen Klagearten übrig, in praxi vor allem Leistungs- und Verpflichtungsklagen.

Beim Antragsteller, der weder in der Lage war, einen vernünftigen Hauptantrag noch einen vernünftigen Hilfsantrag zu formulieren, und dessen Anträge in der Hauptsache (vgl. Sachverhalt) ähnlich kurios waren wie die hier behandelten des vorläufigen Rechtsschutzes, handelte es sich übrigens um einen Jurastudenten im 8. Semester. Wie der Fall zeigt, sollte die Abgrenzung zwischen §§ 80 V 1 und 123 I VwGO - ganz abgesehen von der hohen Examensrelevanz des vorläufigen Rechtsschutzes - schon allein deshalb beherrscht werden, um derartige Peinlichkeiten zu vermeiden.

#### **Vertiefungshinweise:**

□ Zur Auslegung anwaltlicher Schriftsätze: *BVerwG*, RA 2002, 458 = DVBl 2002, 1043; NJW 1985, 2658, 2660

□ Zur Auslegung und Umdeutung von Rechtsbehelfen im öffentlichen Recht: *BVerwG*, BayVBl 1982, 473 ("Einspruch" als Widerspruch); *HessVGH*, HessVGHRspr. 1974, 12, 14 ("Antrag" als Widerspruch); *BFH*, BStBl 1974, 417 ("Erneuter Antrag" als Einspruch); ferner *BVerwG*, BayVBl 1990, 600

□ Zur Abgrenzung von §§ 80 V 1 und 123 I VwGO im Hinblick auf das Vorliegen eines VA: *OVG Lüneburg*, RA 2000, 10 = NdsVBl 1999, 297

#### **Leitsätze:**

**1. Der einem Studienbewerber bei Beantragung der Immatrikulation ausgehändigte Überweisungsauf-**

**trag/Zahlschein ist kein Verwaltungsakt.**

**2. Der Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen die Universität mit dem Ziel, diese zu verpflichten, den Antragsteller zu immatrikulieren, obwohl er den Studienbeitrag nicht entrichtet hat, kommt wegen Fehlens eines Anordnungsgrundes nicht in Betracht, wenn ihm zuzumuten ist, den Beitrag unter Vorbehalt zu entrichten und dazu ggf. von der Möglichkeit der Gewährung eines Studienbeitragsdarlehens durch die NRW.Bank Gebrauch zu machen.**

#### **Sachverhalt:**

Der Antragsteller stellte am 14.2.2007 bei der Universität zu Köln im Rahmen einer persönlichen Vorsprache einen Einschreibungsantrag. Er wurde daraufhin durch Aushändigung eines Überweisungsauftrages/Zahlscheins aufgefordert, einen Betrag von 656,35 € zu entrichten, bestehend aus dem allgemeinen Semesterbeitrag i.H.v. 156,35 € und dem Studienbeitrag i.H.v. 500 €. Das Antragsformular enthielt den Hinweis, dass Immatrikulationsnachweis, Studierendenausweis und Studienbescheinigungen erst ca. 3 Wochen nach Eingang des Semesterbeitrages und des ggf. zu entrichtenden Studienbeitrages auf dem Konto der Universitätskasse übersandt werden könnten.

Am 14.2.2007 hat der Antragsteller Klage erhoben mit dem Antrag, "den Gebührenbescheid des Beklagten vom 14.2.2007 aufzuheben, soweit in ihm die Festsetzung eines Studienbeitrages i.H.v. 500 € erfolgt", hilfsweise, 1. "festzustellen, dass das Zahlungsverlangen des Beklagten insoweit rechtswidrig ist, als es bezogen ist auf die Zahlung eines Studienbeitrages in Höhe von 500 € 2. die Beklagten zur Herausgabe des endgültigen Studierendenausweises zu verurteilen".

Zugleich hat er um einstweiligen Rechtsschutz nachgesucht mit dem Antrag, die aufschiebende Wirkung seiner Klage herzustellen, hilfsweise, im Wege der einstweiligen Anordnung dem Antragsgegner zu verbieten, ihn trotz Nichtzahlung des Studienbeitrages zu exmatrikulieren.

#### **Aus den Gründen:**

Das Verwaltungsgericht lehnte den Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes ab.

#### **A. Hauptantrag**

Der vom Antragsteller gestellte Hauptantrag ist unzulässig.

Die Möglichkeit des Gerichts, nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs anzuordnen bzw. wiederherzustellen, besteht - wie sich aus § 80 Abs. 1 VwGO ergibt - nur, wenn es sich bei dem Rechtsbehelf in der Hauptsache um einen Anfechtungswiderspruch oder eine Anfechtungsklage handelt.

### *I. Vorliegen eines Verwaltungsakts*

Anfechtungswiderspruch und Anfechtungsklage ihrerseits sind nur statthaft, wenn die Aufhebung eines Verwaltungsaktes begehrt wird (§§ 42 Abs. 1, 68 Abs. 1 VwGO). Ein Verwaltungsakt ist nach der Legaldefinition des § 35 Satz 1 VwVfG NRW jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist.

### *II. Subsumtion*

An einem solchen Verwaltungsakt fehlt es vorliegend. Die in Rede stehende Aushändigung des Überweisungsauftrages/ Zahlscheins an den Antragsteller stellt keinen Verwaltungsakt dar, da es ihm an der erforderlichen Regelungswirkung fehlt. Eine Regelung im Sinne des § 35 Satz 1 VwVfG NRW liegt nur vor, wenn durch die Maßnahme einer Behörde Rechte oder Pflichten des Betroffenen begründet, geändert, aufgehoben oder verbindlich festgestellt werden sollen. Keine Regelungen sind demgegenüber etwa Erklärungen oder Handlungen einer Behörde, denen nach Inhalt, Zusammenhang oder den näheren Umständen weder unmittelbar noch konkludent ein entsprechender Regelungs- und Bindungswille der Behörde entnommen werden kann (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 35 Rn. 50).

Hiervon ausgehend kommt dem Überweisungsauftrag/Zahlschein, der dem Antragsteller bei seinem Antrag auf Immatrikulation ausgehändigt und mit dem er zur Zahlung des Studienbeitrages aufgefordert wurde, keine Regelungswirkung zu, weil es erkennbar an dem erforderlichen Regelungswillen des Antragsgegners fehlt. Der Antragsgegner versteht die Aushändigung des Überweisungsauftrags/Zahlscheins als bloße Aufforderung an die Studierenden bzw. Studienbewerber, die einen Antrag auf Rückmeldung oder Immatrikulation stellen, ihrer kraft Gesetzes bzw. kraft Satzung bestehenden Zahlungspflicht nachzukommen, nicht jedoch als sog. regelnde Feststellung dieser Zahlungspflicht.

### *B. Hilfsantrag*

#### *I. Wörtlich genommen*

Der Antrag des Antragstellers hat auch mit dem Hilfsantrag - so wie der Antragsteller ihn gestellt hat - keinen Erfolg, da auch dieser so unzulässig ist. Dem Antragsteller fehlt es für den von ihm gestellten Hilfsantrag an einem Rechtsschutzbedürfnis. Denn eine Exmatrikulation des Antragstellers durch den Antragsgegner ist nach dem gegenwärtigen Sach- und Streitstand tatsächlich und rechtlich nicht möglich, da der Antragsgegner den Antragsteller mangels Zahlung des Studienbeitrages bislang nicht ordnungsgemäß immatrikuliert hat. Ob die Verweigerung der Immatri-

kulation mit § 68 Abs. 2 lit. d) Hochschulgesetz (HG NRW), wonach die Einschreibung versagt werden kann, wenn der Studienbewerber den Nachweis über die Zahlung der zu entrichtenden Gebühren oder Beiträge nicht erbringt, sowie der im Wesentlichen gleichlautenden Regelung in § 5 Abs. 2 lit. d) der Einschreibungsordnung der Universität zu Köln vom 11.8.2004 in Einklang steht, kann dabei in diesem Zusammenhang dahinstehen. Denn eine seines Erachtens rechtswidrige Verweigerung der Immatrikulation müsste der Antragsteller mit einer auf Vornahme der Immatrikulation gerichteten Verpflichtungsklage verfolgen.

### *II. Auslegung*

Legt man den Hilfsantrag des Antragstellers vor diesem Hintergrund gem. §§ 122 Abs. 1, 88 VwGO dahingehend aus, dass er begehrt, den Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, ihn ohne Entrichtung des Semesterbeitrags zu immatrikulieren, so bleibt jedoch auch dieser sinngemäße Antrag ohne Erfolg.

#### *1. Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund glaubhaft zu machen*

Gem. § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO kann das Gericht zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis eine einstweilige Anordnung erlassen, um wesentliche Nachteile abzuwenden oder drohende Gewalt zu verhindern oder wenn diese Regelung aus anderen Gründen nötig erscheint. Der Erlass einer einstweiligen Anordnung setzt voraus, dass der Antragsteller sowohl einen Anordnungsgrund als auch einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht hat (§ 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO). Ist der Antrag - wie vorliegend - auf eine Vorwegnahme der Hauptsache gerichtet, so sind an die Glaubhaftmachung von Anordnungsgrund und Anordnungsanspruch erhöhte Anforderungen zu stellen. Der Erlass einer einstweiligen Anordnung kommt dann nur in Betracht, wenn ein Obsiegen des Antragstellers in der Hauptsache bei summarischer Prüfung überwiegend wahrscheinlich ist und dem Antragsteller ohne den Erlass einer einstweiligen Anordnung schwere und unzumutbare Nachteile entstünden, die auch bei einem späteren Erfolg in der Hauptsache nicht mehr beseitigt werden könnten.

#### *2. Subsumtion*

Gemessen an diesen Anforderungen kommt der Erlass einer einstweiligen Anordnung vorliegend nicht in Betracht.

##### *a. Anordnungsanspruch*

Ob der Antragsteller einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht hat, d.h. ob sein Obsiegen in der Hauptsache bei summarischer Prüfung überwiegend wahrscheinlich ist, lässt die Kammer dabei offen. Die

Frage, ob die Heranziehung des Antragstellers zu einem Studienbeitrag i.H.v. 500 € für das SS 2007 rechtmäßig ist, kann angesichts ihrer rechtlichen Komplexität im Rahmen des vorliegenden Eilverfahrens nicht beantwortet werden; ihre Klärung muss dem Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben.

#### *b. Anordnungsgrund*

Der Erlass einer einstweiligen Anordnung kommt jedoch deshalb nicht in Betracht, weil es an der Glaubhaftmachung eines Anordnungsgrundes fehlt. Das Gericht vermag nicht festzustellen, dass dem Antragsteller ohne den Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung schwere und unzumutbare Nachteile entstünden, die auch bei einem späteren Erfolg in der Hauptsache nicht mehr ausgeglichen werden könnten. Es ist dem Antragsteller zur Erreichung seines Ziels einer Immatrikulation an der Universität zu Köln zum SS 2007 nach Auffassung der Kammer zumutbar, den Studienbeitrag i.H.v. 500 € unter Vorbehalt zu entrichten und hierzu ggf. von der in § 12 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes zur Erhebung von Studienbeiträgen und Hochschulabgaben (StBAG NRW) vom 21.3.2006 (GVBl S. 120) vorgesehenen Möglichkeit der Gewährung eines Studienbeitragsdarlehens durch die NRW-Bank Gebrauch zu machen. Anspruch auf die Gewährung eines derartigen Darlehens haben gem. § 12 Abs.

2 Satz 1 und 2 StBAG die in § 8 Abs. 1 und 2 BAföG genannten Studierenden - hierzu zählen u.a. Deutsche im Sinne des Grundgesetzes - für die Regelstudienzeit ihres Studiums, das zu einem ersten berufsqualifizierenden Abschluss führt, zuzüglich 4 Semestern. Dass der Antragsteller, der sich im SS 2007 im 8. Fachsemester des Studiums der Rechtswissenschaft befindet, welches ausweislich der Angaben in seinem Immatrikulationsantrag sein Erststudium ist, nicht zu dem anspruchsberechtigten Personenkreis gehört, ist nicht ersichtlich.

Unzumutbare und nicht mehr rückgängig zu machende Nachteile entstehen dem Antragsteller durch die Inanspruchnahme eines derartigen Darlehens nach Auffassung der Kammer trotz der damit gem. § 12 Abs. 1 Satz 1 StBAG NRW von der Auszahlung an verbundenen Verzinsung nicht. Dies ergibt sich bereits daraus, dass der Antragsgegner für den Fall, dass sich in einem Hauptsacheverfahren herausstellen sollte, dass die Heranziehung des Antragstellers zu einem Studienbeitrag für das SS 2007 rechtswidrig war, seine Verpflichtung anerkannt hat, die von der NRW-Bank erhaltenen Beträge zurückzuzahlen und den Antragsteller auch im Übrigen so zu stellen, wie er stünde, wenn der Antragsgegner die Studienbeitragsatzung nicht erlassen hätte.

### 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>	Rechtsanwältin 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.
<b>NACHBESTELLUNG:</b>	Einzelne Hefte <i>früherer</i> Jahrgänge können zum Preis von 6 Euro/Heft nachbestellt werden, solange Vorrat reicht. Jahrgangsregister ab 1999: 5 Euro/Jahrgang. Einbanddecken (dunkelblau, jahresneutral): 9 Euro/Stück. Nachbestellung von Sonderbeilagen auf Anfrage. Alle Preise zzgl. 3,50 Euro Versandkosten. Bitte Verrechnungsscheck oder Einzugsermächtigung beifügen. Der Bezug von Einzelheften des <i>laufenden</i> Jahrgangs ist nur i. V. m. einem Abonnement möglich.

**Zivilrecht****Standort: Kaufrecht****Problem: Beschaffenheitsgarantie**

OLG ROSTOCK, URTEIL VOM 11.07.2007  
6 U 2 / 07 (NJW 2007, 3290)

**Problemdarstellung:**

Die Parteien streiten um einen Rückzahlungsanspruch wegen Rücktritts vom Kaufvertrag. Gegenstand des Kaufvertrages war ein Gebrauchtwagen, den der Kl. beim gewerblich tätigen Bekl. erworben hatte.

Die Fahrleistung des Fahrzeugs war mit ca. 78.000 km angegeben worden. Es stellte sich jedoch heraus, dass die Laufleistung tatsächlich 84.000 km betragen hatte. Unter anderem deshalb hatte der Kl. den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Kl. gegen dieses Urteil hatte Erfolg.

**Prüfungsrelevanz:**

Die Entscheidung des erkennenden Senats ist lesenswert wegen der Ausführungen zu den Anforderungen an eine Beschaffenheitsgarantie gem. §§ 443 I, 444, 2. Fall BGB. In Abgrenzung zu der Entscheidung des BGH, RA 2007, 279 = NJW 2007, 1346, handelte es sich hier um einen gewerblich tätigen Fahrzeughändler.

Grundsätzlich kommt eine Garantie nur dann in Betracht, wenn der Verkäufer in bindender Weise die Gewähr für das Vorhandensein der vereinbarten Beschaffenheit an der Sache übernommen hat. Dadurch muss der Verkäufer zu erkennen gegeben haben, verschuldensunabhängig für das Fehlen eben dieser Beschaffenheit einzustehen zu wollen. Ob dies der Fall ist, ist durch Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB zu ermitteln. In der obig zitierten Entscheidung stellte der erkennende VIII. Senat heraus, dass hinsichtlich einer Haftung einer Privatperson von der Bejahung einer Garantie nur zurückhaltend Gebrauch zu machen ist. Anders sei die Sachlage in den Fällen zu beurteilen, in denen der Händler gewerblich tätig sei - wie in dem hier zur Entscheidung stehenden Sachverhalt-. Bei Händlern in diesem Sinne sei die besondere Sachkunde im Gewerbe hervorzuheben. Deshalb besteht auch ein geringerer Grad an Schutzbedürftigkeit im Vergleich zu den Verbrauchern.

Bei der Angabe von Kilometerlaufleistungen erstreckt sich die Erklärung eines Gebrauchtwagenhändlers nicht ausschließlich auf die zurückgelegte Fahrstrecke. Zugesagt wird weiterhin ein bestimmter Erhaltungs-

zustand des Fahrzeugs und insbesondere des Motors. Es wird zugleich erklärt, dass der Verschleißgrad der mitgeteilten Gesamtfahrleistung entspricht, der Motor also nicht wesentlich stärker verschlissen sei, als es die angegebene Laufleistung erwarten lässt (BGH, NJW 1981, 1268; in Abgrenzung dazu NJW 1984, 1454). Der Käufer kann bei einer solchen ohne Einschränkung oder ohne einen deutlich gegenteiligen Hinweis erteilten Angabe davon ausgehen, dass die Kilometerangabe sich auf die entscheidende Gesamtfahrleistung bezieht (BGH, NJW 1975, 1693; OLG Bremen, NJW 2003, 3713; Palandt/Weidenkaff, § 434 Rdnr. 72). Dies liegt daran, dass die tatsächliche Laufleistung eines Fahrzeugs regelmäßig die berechtigten Erwartungen des Käufers über den Wert des Fahrzeugs und den zu zahlenden Kaufpreis prägt.

Dementsprechend wertet der Senat - im Einklang mit der neuesten Rechtsprechung des BGH (NJW 2007, 1346) - eine entsprechende Angabe nach neuem Kaufrecht nicht mehr als reine Angabe der Beschaffenheit. Vielmehr ist darin zugleich eine Beschaffenheitsgarantie ersichtlich. Natürlich kann der gewerbliche Verkäufer diese weitreichenden Folgen auch abwenden. Es wird jedoch für diese Fälle von ihm erwartet, dass er hinreichend deutlich eine dahingehende Einschränkung der Bekundung seines Willens zum Ausdruck bringt, da anderenfalls der Käufer sich auf die besondere Erfahrung und Sachkunde des Händlers verlässt und in dessen Erklärungen die Übernahme einer Garantie sieht (BGH, NJW 2007, 1346). Genau daran fehlte es in dem hier zu entscheidenden Fall. Demnach lag eine Beschaffenheitsgarantie vor.

**Vertiefungshinweise:**

☐ Zur Bedeutung der Beschaffenheitsvereinbarung/Eigenschaftszusicherung "fabrikneu": BGH, RA 2007, 279 = NJW 2007, 1346; BGH, 2005, 337 = NJW 2005, 1422; BGH, RA 2003, 687 = NJW 2003, 2824; BGH, RA 2000, 437 = NJW 2000, 2018

☐ Zur Frage der Nacherfüllung bei konkretisierten Kaufgegenständen: BGH, RA 2006, 601 = NJW 2006, 2839; Roth, NJW 2006, 2953; LG Ellwangen, RA 2002, 192 = NJW 2002, 517; OLG Braunschweig, NJW 2003, 1053

**Kursprogramm:**

☐ *Examenskurs*: "Augen auf beim Mustangkauf"



- Examenskurs: "Gutes Rad ist teuer"  
 Assessorkurs: "Der versicherte PKW"

**Leitsätze:**

**1. In einer beim Gebrauchtwagenkauf ohne Einschränkung oder Zusätze abgegebenen Erklärung des gewerblichen Gebrauchtwagenhändlers zu einer bestimmten Kilometerlaufleistung des Fahrzeugs kann die Übernahme einer Beschaffenheitsgarantie liegen.**

**2. Will der Verkäufer solche Rechtsfolgen nicht gegen sich gelten lassen, ist er gehalten, eine dahingehende Einschränkung seines Willens zum Ausdruck zu bringen, da sich anderenfalls der Käufer auf die besondere Erfahrung und Sachkunde des Händlers verlässt und in dessen Erklärung die Übernahme einer Garantie sieht.**

**Sachverhalt:**

Der Kl. macht gegen die Bekl. einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises für einen - drittfinanzierten - Gebrauchtwagen Zug um Zug gegen Rückübereignung des Fahrzeugs geltend. Er stützt dieses Begehren unter anderem darauf, dass ihm gegenüber die Gesamtfahrleistung des Fahrzeugs mit 77.602 km angegeben worden sei, obwohl sie schon etwa acht Monate vor Abschluss des Kaufvertrags 84.110 km betragen habe.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Begründend hat es ausgeführt, dem Kl. stehe kein Anspruch auf Rücktritt vom Kaufvertrag zu (§§ 437 Nr. 2, 440, 323, 346 I BGB), weil die festgestellte Differenz in der Gesamtfahrleistung sich noch in einem tolerierbaren Rahmen halte.

Die Berufung des Kl. gegen dieses Urteil hatte Erfolg.

**Aus den Gründen:**

[...] Denn dem Kl. steht aus einer von der Bekl. abgegebenen Beschaffenheitsgarantie (§ 443 I BGB) zur Übereinstimmung von Tachometerstand und tatsächlicher Motorlaufleistung, die sich als tatsächlich fehlerhaft herausgestellt hat, ein Recht zum Rücktritt vom Kaufvertrag (§§ 437 Nr. 2, 440, 323, 326 V BGB) zu.

**a. Garantiehaftung besteht neben der Sachmangelhaftung**

Im Rahmen eines Kaufvertrags ist die Garantie eine Vereinbarung, in der der Verkäufer oder ein Dritter die Gewähr dafür übernimmt, dass die verkaufte Sache zur Zeit des Gefahrübergangs eine bestimmte Beschaffenheit aufweist (Beschaffenheitsgarantie) (vgl. Palandt/Putzo, BGB, 66. Aufl., § 443 Rdnr. 3). Die Garantiehaftung besteht neben und unabhängig von der Sachmängelhaftung aus § 437 BGB (Palandt/Putzo, § 443 Rdnr. 7). Dabei kann sich die Garantie auf die völlige Mängelfreiheit oder auf einzelne Beschaffen-

heitsmerkmale beziehen (Palandt/Putzo, § 443 Rdnr. 11).

**aa. Voraussetzung für die Übernahme einer Beschaffenheitsgarantie**

Mit Übernahme der Garantie für die Beschaffenheit einer Sache durch den Verkäufer ist - ebenso wie mit der Übernahme einer Garantie i. S. des § 276 I 1 BGB - zumindest auch die Zusicherung einer Eigenschaft der Sache nach früherem Recht (§ 459 II BGB a. E.) gemeint. Die Übernahme einer Garantie setzt daher - wie früher die Zusicherung einer Eigenschaft - voraus, dass der Verkäufer in vertragsmäßig bindender Weise die Gewähr für das Vorhandensein der vereinbarten Beschaffenheit der Kaufsache übernimmt und damit seine Bereitschaft zu erkennen gibt, für alle Folgen des Fehlens dieser Beschaffenheit einzustehen. Diese Einstandspflicht erstreckt sich bei der Garantieübernahme - ebenso wie ehemals bei der Eigenschaftszusicherung - auf die Verpflichtung zum Schadensersatz, wobei Schadensersatz selbst dann zu leisten ist, wenn den Verkäufer hinsichtlich des Fehlens der garantierten Beschaffenheit kein Verschulden trifft (§ 276 I 1 BGB) oder dem Käufer der Mangel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist (§ 442 12 BGB). Mit Rücksicht auf diese weitreichenden Folgen ist insbesondere bei der Annahme einer - grundsätzlich möglichen - stillschweigenden Übernahme einer solchen Einstandspflicht Zurückhaltung geboten (vgl. zu allem BGH, NJW 2007, 1346 m. zahlr. w. Nachw.). Ob diese Erwägungen in gleicher Weise auf den privaten Kfz-Verkauf Anwendung finden können (dazu BGH, NJW 2007, 1346), bedarf hier keiner Entscheidung, da es sich bei der Bekl. unstrittig um eine gewerbliche Autoverkäuferin handelt.

**bb. Anforderungen an die Beschaffenheitsgarantie bei gewerblichen Gebrauchtwagenhändlern**

Vorliegend ist der Kilometerstand des verkauften Fahrzeugs von der Bekl. im Kaufvertragsformular mit 77 602 km angegeben worden. Irgendwelche Zusätze oder Einschränkungen - wie etwa „laut abgelesenen Tachometer" oder „gemäß den Angaben des Vorbesitzers" oder „ohne Gewähr" - wurden hierbei nicht angebracht. Erteilt ein Kraftfahrzeughändler in dieser Weise eine Angabe über die Gesamtfahrleistung eines von ihm angebotenen Gebrauchtwagens, erstreckt sich diese Erklärung nicht ausschließlich auf die zurückgelegte Fahrstrecke. Zugesagt wird auch ein bestimmter Erhaltungszustand des Fahrzeugs und insbesondere des Motors. Es wird nämlich zugleich erklärt, dass der Verschleißgrad der mitgeteilten Gesamtfahrleistung entspreche, der Motor also nicht wesentlich stärker verschlissen sei, als es die angegebene Laufleistung erwarten lasse (vgl. BGH, NJW 1981, 1268, und in Abgrenzung dazu NJW 1984, 1454). Der Käufer kann bei einer solchen ohne Einschränkung oder einen deut-

lich gegenteiligen Hinweis erteilten Angabe davon ausgehen, dass die Kilometerangabe sich auf die entscheidende Gesamtfahrleistung bezieht (vgl. BGH, NJW 1975, 1693 [1694]; OLG Bremen, NJW 2003, 3713; Palandt/Weidenkaff, § 434 Rdnr. 72). Denn die tatsächliche Laufleistung eines Fahrzeugs prägt regelmäßig die berechtigten Erwartungen des Käufers über den Wert des Fahrzeugs und den zu zahlenden Kaufpreis.

Nach der zitierten älteren höchstrichterlichen Rechtsprechung ist in einer derartigen Erklärung eines gewerblichen Gebrauchtwagenhändlers nicht nur eine bloße Beschaffenheitsangabe, sondern sogar eine Eigenschaftszusicherung i. S. des § 459 II BGB a. F. zu verstehen gewesen (so auch OLG Düsseldorf, SP 2007, 32). Dementsprechend wertet der Senat mit der neuesten Rechtsprechung des BGH (NJW 2007, 1346) eine entsprechende Angabe nach neuem Kaufrecht nicht als reine Angabe der Beschaffenheit; vielmehr liegt darin zugleich eine Beschaffenheitsgarantie. Will der Verkäufer solche Rechtsfolgen nicht gegen sich gelten lassen, ist zu verlangen, dass er hinreichend deutlich eine dahingehende Einschränkung der Bekundung seines Willens zum Ausdruck bringt, da anderenfalls der Käufer sich auf die besondere Erfahrung und Sachkunde des Händlers verlässt und in dessen Erklärungen die Übernahme einer Garantie sieht (vgl. BGH, NJW 2007, 1346).

Eine Beschränkung des Willens in dieser Art hat die Bekl. im hier streitgegenständlichen Falle weder be-

kundet noch sonst zu erkennen gegeben. Vielmehr hat sie noch im Kaufvertragsformular eine zwölfmonatige Gewährleistung auf den Zustand des Fahrzeugs erteilt.

*b. Garantieerklärung zur Gesamtfahrleistung war falsch*

Die von der Bekl. im Zeitpunkt des Vertragsschlusses (25.03.2004) erteilte Garantieerklärung zu einer Gesamtfahrleistung des Pkw von 77 602 km war falsch. Der Kl. hat die von ihm aufgestellte Behauptung, das Fahrzeug habe bereits im Zeitpunkt einer letzten Hauptuntersuchung am 16.07.2003 einen Kilometerstand von 84 110 km auf gewiesen, bewiesen. Denn entsprechend hat der Untersuchungsführer bei der D, der Zeuge W, ausgesagt. Es ist also von einer Abweichung der garantierten Kilometerlaufleistung und dem tatsächlichen Motorverschleiß in Höhe von mindestens 6508 km (= 8,37%) auszugehen. Angesichts des Umstands einer abgegebenen Beschaffenheitsgarantie kommt es auf die Frage eines Verschuldens der Bekl. und eine fahrlässige Unkenntnis ihrer Seite von der Abweichung von Tachometerstand und tatsächlicher Kilometerlaufleistung nicht an.

*c. Pflichtverletzung ist erheblich*

Wird in Rechnung gestellt, dass nicht nur eine Beschaffenheitsangabe, sondern eine Garantieerklärung vorliegt, so vermag der Senat die Pflichtverletzung der Bekl. - entgegen dem LG - weiter nicht als unerheblich i. S. von § 323 V 2 BGB zu werten.

## Standort: Bürgschaft

## Problem: Bürgschaft auf erstes Anfordern

BGH, URTEIL VOM 28.06.2007  
VII ZR 199/06 (NJW-RR 2007, 1392)

### Problemdarstellung:

Die Kl. hatte sich für eine Forderung im Rahmen einer Bürgschaft auf erstes Anfordern verbürgt. Die Kl. begehrt nunmehr im Rückforderungsprozess die Rückzahlung eines insoweit geleisteten Betrages; dies unter anderem mit dem Einwand, die zu sichernde Forderung sei noch nicht fällig mangels Prüfbarkeit der Schlussrechnung.

Die Bekl. wurde als Generalunternehmerin mit der Instandsetzung und Modernisierung eines Wohn- und Geschäftshauses durch Vertrag mit der Bauherrin vom 27.02.1998 betraut. Während der Bausausführung kam es zu verschiedenen Mehr- und Minderleistungen der Bekl.. Unter dem 12.07.1999 kündigte die Bauherrin den Generalunternehmervertrag mit der Bekl.. Daraufhin erteilte die Bekl. unter dem 26.10.1999 eine Schlussrechnung, woraus ein Restzahlungsanspruch der Bekl. in Höhe von ca. 530.000 DM verblieb. Die Kl. hatte sich am 10.06.1998 gegenüber der Bekl. für die Bauherrin zur Sicherung von Zahlungsansprüchen

der Bekl. unwiderruflich und selbstschuldnerisch bis zu einer Gesamthöhe von 421.080 DM verbürgt, wobei der Betrag auf erstes Anfordern an die Bekl. zu entrichten war. In Erfüllung der Bürgschaftsverpflichtung zahlte die Kl. an die Bekl., als diese die Kl. in Anspruch nahm.

Das Landgericht hat die Klage im Wesentlichen abgewiesen. Die Berufung der Kl. hatte keinen Erfolg. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Kl. ihr Klagebegehren weiter.

### Prüfungsrelevanz:

Der erkennende Senat hatte in dieser Entscheidung die Anforderungen an ein in der Praxis sehr relevantes Sicherungsmittel, die Bürgschaft auf erstes Anfordern, zu überprüfen.

Verpflichtet sich der Bürge auf erstes Anfordern, ist die Klausel gem. §§ 133, 157 BGB regelmäßig dahingehend auszulegen, dass der Bürge auf Verlangen des Gläubigers sofort in der Zahlungspflicht steht. Dem Bürgen werden sämtliche Einwendungen oder Einreden in diesem Stadium seiner Inanspruchnahme verwehrt. Deren Geltendmachung bleibt dem sog.

Rückforderungsprozess vorbehalten. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist dann gegeben, wenn der Gläubiger seine formale Rechtstellung offensichtlich mißbraucht, da die materiellen Voraussetzungen für die Inanspruchnahme des Bürgen offensichtlich nicht vorliegen (BGH, NJW 2002, 1493; Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, § 32 Rn 50). Von diesem Ausnahmefall einmal abgesehen soll dem Bürgen sogar auch die Aufrechnung mit einer eigenen Forderung grundsätzlich verwehrt sein. Die Folge ist daher, dass der Hauptschuldner auf das Vermögen des Bürgen sehr schnell Zugriff nehmen kann. Der Schutz des Bürgen besteht in der Möglichkeit der Einleitung des Rückforderungsprozesses, um im Zuge dessen das zuviel gezahlte Entgelt zu kondizieren, § 812 I 1, 1. Fall BGB (BGHZ 74, 244). Im Hinblick auf die weitreichenden Folgen der Bürgschaft auf erstes Anfordern können sich nach höchstrichterlicher Rechtsprechung durch allgemeine Geschäftsbedingungen nur Kreditinstitute oder Versicherungsgesellschaften in dieser Form verbürgen (BGH, WM 199, 1410; BGH, NJW 2001, 1857). Im Übrigen ist die Erklärung als gewöhnliche Bürgschaft auszulegen (BGH, WM 1986, 1550). Im vorliegenden Fall wandte die Kl. im Rahmen des Rückforderungsprozesses ein, die Forderung sei nicht fällig gem. § 271 BGB. Beweisbelastet für die Voraussetzungen der Inanspruchnahme des Bürgen ist der Gläubiger, so dass die Bekl. die Fälligkeit der Forderung nachzuweisen hatte. Entgegen der Rechtsauffassung des BerGer. konnte die Kl. den Einwand der fehlenden Prüfbarkeit nicht bereits zur Zeit ihrer Inanspruchnahme vorbringen, da der Grundsatz der Verlagerung in den Rückforderungsprozess umfassend greift. Nur in den Fällen, in denen sich der Sachverhalt bzgl. des Einwands ohne weiteres aus den Umständen ergibt und die Rechtslage eindeutig ist, kann sich der Bürge vor der Inanspruchnahme auf den Einwand berufen (BGHZ 147, 99; 143, 381). Hinsichtlich der Prüfbarkeit einer Schlussrechnung sind diese Anforderungen regelmäßig zu verneinen - so auch hier.

Da die Feststellungen für eine Entscheidung in der Sache im vorliegenden Fall nicht ausreichen, wurde die Sache zur Entscheidung an das BerGer. wieder zurückverwiesen.

#### **Vertiefungshinweise:**

Zur Bürgschaft allgemein: *BGH*, RA 2006, 180 = NJW 2006, 431 (Abgrenzung Schuldbeitritt); *BGH*, RA 2006, 74 = NJW 2006, 229 (Mehrerrlös aus zweiter Sicherheit); *BGH*, RA 2005, 241 = NJW 2005, 971 (Sittenwidrigkeit der Ehegattenbürgschaft); *Braun*, Jura 2004, 474; *Coester-Waltjen*; Jura 2001, 742; *Becker/Dietrich*, NJW 2000, 2798; *Fischer*, WM 2000, 14;

Zur Bürgschaft auf erstes Anfordern: *Karst*; NJW 2004, 2059; *Kupisch*, WM 2002, 1626; *Hahn*, MDR

1999, 839; *Michalski*; ZBB 1994, 289; *Heinsius*, Festschrift für Merz; 1992, 177;

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Drum prüfe wer für Papi bürgt"

*Assessorkurs*: "Mit der Forderung Hand in Hand"

#### **Leitsätze:**

**a. Der Bürge auf erstes Anfordern kann sich zur Vermeidung seiner Inanspruchnahme auf die fehlende Prüfbarkeit der Rechnung über eine Werklohnforderung nur dann berufen, wenn sich die fehlende Prüfbarkeit aus dem Sachverhalt ohne weiteres ergibt und die Rechtslage eindeutig ist.**

**b. Ein Bürge ist nicht verpflichtet, darauf hinzuwirken, dass der Anspruch des Gläubigers fällig gestellt wird, um seine Inanspruchnahme zu rechtfertigen.**

#### **Sachverhalt:**

Die Kl. verlangt die Rückzahlung eines Betrags, den sie aufgrund einer Bürgschaft auf erstes Anfordern an die Bekl. gezahlt hat.

Die Grundstücksgesellschaft S. mbH & Co. KG (im Folgenden: Bauherrin) beauftragte die Bekl. im Februar 1998 als Generalunternehmerin mit der Instandsetzung und Modernisierung eines Wohn und Geschäftshauses in W. Vereinbart waren ein Pauschalpreis von 2.105.400 DM einschließlich 16 % Mehrwertsteuer und die Geltung der VOB/B. Für geänderte oder zusätzliche Leistungen sollte die Bekl. nach § 4 Ziffer 3 des Vertrags eine Vergütung nur aufgrund gesonderter schriftlicher Vereinbarung fordern können.

Während der Bauausführung kam es wegen Planungsänderungen zu verschiedenen Vertragsänderungen mit Mehr- und Minderleistungen. Am 12.07.1999 kündigte die Bauherrin den Generalunternehmervertrag, weil die Bekl. nach Differenzen wegen der geschuldeten Zahlungen nicht bereit war, weitere Leistungen zu erbringen. Die Beklagte erstellte am 26.10.1999 eine Schlussrechnung, in der unter Einschluss der Vergütung für geänderte und zusätzliche Leistungen von einer Gesamtwerklohnforderung von 2.817.263,22 DM ausgegangen wird. Nach Abzug von Abschlagszahlungen in Höhe von 2.146.000 DM und eines vereinbarten Sicherheitseinbehalts von 140.853,16 DM ermittelte sie einen Restzahlungsanspruch von 530.400,06 DM.

Die Kl. übernahm am 10.06.1998 gegenüber der Bekl. für die Bauherrin zur Sicherung von Zahlungsansprüchen der Bekl. eine unwiderrufliche, selbstschuldnerische Bürgschaft bis zu einer Gesamthöhe von 421.080 DM, die an die Bekl. auf erstes Anfordern zu zahlen war. Gesichert werden sollten die Zahlungsansprüche der Bekl. für erbrachte Leistungen aus dem Vertrag vom 27.02.1998 sowie "Ansprüche des Auftragneh-

mers gegenüber dem Auftraggeber, die diesem zustehen aus Gründen, die er nicht zu vertreten hat". Die Kl. wurde von der Bekl. aus dieser Bürgschaft in Anspruch genommen und hat am 10.12.1999 an die Bekl. den verbürgten Betrag bezahlt.

Das Landgericht hat die Klage mit Ausnahme von lediglich 303,23 € abgewiesen. Die Berufung der Kl. hatte keinen Erfolg. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Kl. ihren restlichen Rückzahlungsanspruch weiter.

### **Aus den Gründen:**

Die Revision der Kl. hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das BerGer. Auf das Schuldverhältnis der Parteien sind die bis 31.12.2001 geltenden Gesetze anwendbar (Artikel 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

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

Das BerGer. führt aus, es könne dahinstehen, inwieweit die Kl. der Bekl. nach Abrechnung des Bauvorhabens den gezahlten Bürgschaftsbetrag geschuldet habe. Zwar sei die von der Bekl. der Bauherrin gegenüber erstellte Schlussrechnung vom 26.10.1999 nicht prüfbar und die Forderung nicht fällig gewesen. Auch könne sich der Bürge grundsätzlich auf die mangelnde Fälligkeit der Hauptforderung berufen. Die zu beurteilende Konstellation unterscheide sich von anderen Fällen mangelnder Fälligkeit jedoch dadurch, dass bei Klagestattgabe wegen einer nicht prüfaren Schlussrechnung eine erneute Inanspruchnahme der Kl. nach Erstellung einer prüfaren Rechnung drohe. Eine solche Situation trete ein, obwohl sich die Kl. schon gegen die erste Inanspruchnahme mit dem Einwand der fehlenden Prüfbarkeit hätte wehren können, wenn sich dieser aus der Rechnung ergeben hätte. Ungeachtet dessen hätte sie selbst oder über die Bauherrin auf eine prüfbar Abrechnung hinwirken können. Es erscheine in Fortentwicklung der bisherigen Rechtsprechung zur Bürgschaft auf erstes Anfordern geboten, der Bürgin die Rückforderung wegen mangelnder Prüfbarkeit der Rechnung zu verweigern.

Verhalte es sich so, reiche es nicht aus, dass der Bürge ohne Vorlage einer erneuten und eigenen prüfaren Gesamtabrechnung die Berechtigung einzelner von der Bekl. abgerechneter Positionen in Zweifel ziehe, solange nicht in dem für den Bürgschaftsgläubiger günstigsten Fall jedenfalls ein vom Bürgen rückforderbarer Mindestbetrag einer rechtsgrundlosen Zahlung zweifelsfrei feststehe.

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

Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

##### *1. Im Rückforderungsprozess alle vom Bürgen erhobenen Einwendungen zu prüfen*

Der Bürge, der auf eine Bürgschaft auf erstes Anfor-

dern eine Zahlung leistet, kann diese zurückfordern, wenn und soweit der Gläubiger nach materiellem Bürgschaftsrecht keinen Anspruch auf die erhaltene Leistung hat. Im Rückforderungsprozess wird auch geklärt, ob dem Gläubiger ein von der Bürgschaft gesicherter Anspruch gegen seinen Schuldner zusteht (BGH, Urteil vom 24.10.2002 - IX ZR 355/00, BGHZ 152, 246, 250 f.). Dort sind alle vom Bürgen erhobenen Einwendungen wie in einem gewöhnlichen Bürgschaftsprozess zu prüfen, wobei den Bürgschaftsgläubiger die Darlegungs- und Beweislast für das Entstehen und die Fälligkeit der gesicherten Forderung trifft (BGH, Urteil vom 12.07.2001 - IX ZR 380/98, BGHZ 148, 283, 288). Maßgeblich ist, ob nach dem Sach- und Streitstand der letzten mündlichen Verhandlung der Sicherungsfall eingetreten ist, der Bürgschaftsgläubiger also nunmehr einen fälligen Anspruch auf Verwertung der Bürgschaft besitzt (BGH, Urteil vom 23.01.2003 - VII ZR 210/01, BGHZ 153, 311, 316).

##### *2. Beweisbelastet für die Fälligkeit der Forderung ist die Bekl. als Bürgschaftsgläubigerin*

Nach diesen Grundsätzen obliegt es der Bekl. darzulegen, inwieweit ihr ein fälliger Anspruch zusteht. Gelingt ihr das nicht, weil sie gegenüber der Schuldnerin noch nicht prüfbar abgerechnet hat und dies der Fälligkeit entgegensteht, so ist sie zur Rückzahlung verpflichtet. Die Erwägungen des BerGer. geben keine Veranlassung, von diesem Grundsatz abzuweichen und einen Ausnahmefall zuzulassen.

##### *a. Bürge ist grds. mit sämtlichen Einwendungen auf den Rückforderungsprozess zu verweisen, abweichendes gilt nur, wenn sich der Einwand aus dem Sachverhalt ergibt und die Rechtslage eindeutig ist*

Das BerGer. geht bereits im Ansatz verfehlt davon aus, dass der Bürge auf erstes Anfordern sich bei seiner Inanspruchnahme mit der fehlenden Prüfbarkeit der Rechnung verteidigen kann, wenn sich diese aus der Rechnung selbst ergibt.

Der Bürge auf erstes Anfordern muss auf Anforderung grundsätzlich sofort zahlen. Alle Streitfragen werden in den Rückforderungsprozess verlagert. Einwände des Bürgen gegen den Anspruch sind jedoch ausnahmsweise schon im Erstprozess beachtlich, sofern sich deren Berechtigung aus dem unstrittigen Sachverhalt oder dem Inhalt der Vertragsurkunden ohne weiteres ergibt. In solchen Fällen missbraucht der Gläubiger, der sich gleichwohl auf die ihm durch die Bürgschaft auf erstes Anfordern eingeräumte formale Stellung beruft, seine vertraglichen Befugnisse. Er verlangt etwas, was er im Rückforderungsprozess sofort erstatten muss. Ein solches Verhalten begründet den Arglisteinwand (BGH, Urteil vom 08.03.2001 - IX ZR 236/00, BGHZ 147, 99, 103; Urteil vom 24.01.2002 - IX ZR 204/00, BauR 2002, 796 = NZBau 2002, 216 = ZfBR 2002, 358).

Der Bürge auf erstes Anfordern kann sich auf die fehlende Prüfbarkeit einer Rechnung danach nur dann berufen, wenn sie sich aus dem Sachverhalt ohne weiteres ergibt und die Rechtslage eindeutig ist (BGH, Urteil vom 08.03.2001 - IX ZR 236/00, BGHZ 147, 99, 103; BGH, Urteil vom 10.02.2000 - IX ZR 397/98, BGHZ 143, 381, 383). Ist die Prüfbarkeit einer Schlussrechnung nicht ohne weiteres zu beurteilen, so wird der Bürge auf erstes Anfordern mit diesem Einwand nicht gehört. Er muss ihn im Rückforderungsprozess klären lassen. Zu Unrecht beruft sich das BerGer. für seine abweichende Auffassung auf Fischer (WM 2005, 529, 532). Dieser weist lediglich darauf hin, dass dem Gläubiger aus einer Bürgschaft auf erstes Anfordern dann kein Anspruch zusteht, wenn die gesicherte Forderung unstreitig nicht fällig ist, der materielle Bürgschaftsfall also bisher nicht eingetreten sein kann (vgl. auch BGH, Beschluss vom 12.09.2002 - IX ZR 497/00, NZBau 2002, 669). Diese Voraussetzungen liegen hinsichtlich der Beurteilung, ob eine Rechnung prüfbar ist, in aller Regel nicht vor. Auch im vorliegenden Fall sind sie nicht gegeben, wie sich schon daraus ergibt, dass das Landgericht die Rechnung für prüfbar gehalten hat, das BerGer. jedoch nicht.

#### *b. Keine Pflicht des Bürgen zur Hinwirkung auf die Fälligkeit der Forderung*

Soweit das BerGer. darüber hinaus die Auffassung vertritt, der Einwand der fehlenden Prüfbarkeit einer Schlussrechnung sei dem Bürgen auch deshalb zu versagen, weil er selbst oder über den Bauherrn auf eine prüfbare Abrechnung hätte hinwirken können, und es reiche nicht aus, ohne Vorlage einer eigenen prüfbaren Gesamtabrechnung die Berechtigung einzelner Positionen in Zweifel zu ziehen, entbehrt das jeglicher rechtlichen Grundlage. Ein Bürge ist nicht verpflichtet, darauf hinzuwirken, dass der Anspruch des Gläubigers fällig gestellt wird, um seine Inanspruchnahme zu rechtfertigen. Es besteht keine rechtliche Grundlage dafür, vom Bürgen zu seiner Verteidigung gegen den Anspruch die Vorlage einer prüfbaren Rechnung zu verlangen.

#### *III. Urteil ist aufzuheben und zurückzuweisen*

Das Berufungsurteil ist deshalb aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das BerGer. zurückzuverweisen. Eine eigene Entscheidung des Senats kommt nicht in Betracht. Denn in der Revision kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Forderung der Bekl. nicht fällig ist. Dabei kann offen bleiben, ob die Auffassung des BerGer. zutrifft, die Schlussrechnung der Bekl. sei nicht prüfbar. Es fehlen jegliche Anhaltspunkte dafür, dass die Bauherrin die fehlende Prüfbarkeit der Schlussrechnung innerhalb einer Frist von zwei Monaten nach Erhalt der Schlussrechnung gerügt hat. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die Bauherrin und damit auch die Kl. mit dem Einwand der fehlenden Prüfbarkeit ausgeschlossen ist, so dass die Forderung der Beklagten fällig ist (BGH, Urteil vom 23.09.2004 - VII ZR 173/03, BauR 2004, 1937 = ZfBR 2005, 56 = NZBau 2005, 40).

#### *IV. Hinweis zur Beweislast*

Für die erneute Verhandlung weist der Senat auf folgendes hin: Die Bekl. hat darzulegen und zu beweisen, dass ihr eine Werklohnforderung zusteht, die durch die Bürgschaft gesichert ist. Soweit zwischen den Parteien streitig ist, ob die Bürgschaft auch die Vergütungsansprüche sichert, die infolge zusätzlicher oder geänderter Leistungen entstanden sind, ist auf die Bürgschaftserklärung hinzuweisen. Danach sind Zahlungsansprüche des Auftragnehmers für erbrachte Leistungen aus dem Vertrag vom 27.02.1998 gesichert. In diesem Vertrag ist die Möglichkeit angelegt, für zusätzliche und geänderte Leistungen eine Vergütung zu vereinbaren. Entsprechende Vereinbarungen dürften deshalb nicht als Erweiterung der Bürgschaftsverpflichtung anzusehen sein, § 767 I 3 BGB. Soweit zusätzliche oder geänderte Leistungen erbracht worden sein sollten, ohne dass eine wirksame vertragliche Vereinbarung zustande gekommen ist, wird das BerGer. zu prüfen haben, inwieweit sich die Bürgenhaftung daraus ergibt, dass auch Ansprüche des Auftragnehmers gegenüber dem Auftraggeber gesichert sind, die diesem aus Gründen zustehen, die er nicht zu vertreten hat.

**Standort: Deliktsrecht****Problem: Haftungsausschluss**

BGH, URTEIL VOM 06.02.2007

VI ZR 55/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Die Kl. begehrt die Zahlung eines angemessenen Schmerzensgeldes. Der Sohn der Kl. ist bei einem Arbeitsunfall ums Leben gekommen. Der Bekl., der in dem selben Betrieb, wie der Verstorbene arbeitete, hatte das Unfallgeschehen jedenfalls mitverursacht. Seit dem Tod des Sohnes leidet die Kl. unter depressiven Störungen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Kl. blieb ohne Erfolg. Mit der vom BerGer. zugelassenen Revision verfolgt sie ihr Klagebegehren weiter.

**Prüfungsrelevanz:**

In der vorliegenden Entscheidung hatte sich der VI. Senat des BGH mit der Frage auseinander zu setzen, welche Reichweite der gesetzliche Haftungsausschluss des § 105 I SGB VII hat. Die Kl. hatte im Hinblick auf den Tod ihres Sohnes eine Verletzung der Rechtsgüter Körper und Gesundheit erlitten, so dass sie Schmerzensgeld in angemessener Höhe begehrte.

Der haftungsbegründende Tatbestand des § 823 I BGB lag vor, so dass der letztlich zu prüfende Haftungsausschluss über das Vorliegen des Anspruches entschied. Der Verstorbene verunfallte während der Arbeit. Ein Kollege des Getöteten hatte den Unfall jedenfalls (mit-) verursacht.

Das BerGer. vertrat die Rechtsauffassung, dass der Anspruch auf Schmerzensgeld der Kl. wegen des Haftungsausschlusses gem. § 105 I SGB VII nicht zustehe. Der Haftungsausschluss entfalte auch Wirkung gegenüber den Hinterbliebenen des Getöteten, und zwar auch außerhalb der Ansprüche gem. §§ 844, 845 BGB. Diese Auffassung basiert maßgeblich auf der Überlegung, dass die Hinterbliebenen keinen vollen Anspruch erhalten dürften, wenn auch der Versicherte unter den Voraussetzungen der §§ 104, 105 SGB VII keinen Anspruch gehabt hätte; mithin gehe es um die Vermeidung von Wertungswidersprüchen.

Dem trat der erkennende Senat hier deutlich entgegen. Bisher war eine Entscheidung über diese Rechtsfrage nicht ergangen, der erkennende Senat ließ die Frage ausdrücklich offen (Vgl. BGH, VersR 1976, 539). Der Anspruch der Kl. gegen die Bekl. ist nicht ausgeschlossen. Der § 105 I SGB VII findet im Rechtsverhältnis zu der Hinterbliebenen keine Anwendung. Entscheidend ist, dass ein eigenes Rechtsgut der Kl. betroffen ist, dessen Verletzung durch den Eintritt des Versicherungsfalles mittelbar hervorgerufen wurde. Auch nach dem Sinn und Zweck der Vorschriften ist

eine Anwendbarkeit nicht geboten. Sinn und Zweck ist die Wahrung des Betriebsfriedens. Erleidet ein Versicherter einen Arbeitsunfall, dann soll verhindert werden, dass es zu innerbetrieblichen Regressen kommt, die das Klima empfindlich stören könnten. Bedeutung erlangt dieser Aspekt jedoch nur dann, wenn der Versicherte nach dem Unfallgeschehen überhaupt noch in dem Betrieb tätig ist. Beruht der Schockschaden auf dem Ableben des Versicherten, ist dem Argument des Betriebsfriedens der Boden entzogen. Ferner ist zu beachten, dass die gesetzliche Unfallversicherung keine Leistungen bzgl. Schmerzensgeldzahlungen an Hinterbliebene in den Fällen vorsieht, in denen die Angehörigen einen Schaden an eigenen Rechtsgütern erleiden. Wegen des Fehlens der Kompensation gibt es keine Rechtfertigung für einen Ausschluss solcher Ansprüche. Schließlich bleibt auch ein etwaiges Mitverschulden des Versicherten außer Betracht. Eine etwaige Anspruchskürzung insoweit beruht allein auf Billigkeitserwägungen; eine Notwendigkeit auf diese Fälle den Haftungsausschluss aus dem SGB VII auszudehnen besteht nicht. Im Übrigen berücksichtige die Kl. das Mitverschulden bereits bei ihrer Antragstellung.

**Vertiefungshinweise:**

Zur Gesamtschuld: *BGH*, RA 2003, 293 = NJW 2003, 1036 (Vergleich mit Gesamtschuldner); *BGH*, RA 2003, 749 = NJW 2003, 2980 (Gesamtschuld bei einheitlichem Mangel); *BGH*, RA 2002, 340 = NJW 2002, 1425 (zu § 32 ZPO); *BGH*, RA 2002, 651 = MJW 2002, 3096; *BGH*, *BGH*, RA 2001, 289 = NJW 2001, 946 (Verjährung);

Zum Haftungsausschluss: *BGH*, NJW 2005, 2309 (zu § 106 SGB VII); *OLG Köln*, NJW 2005, 3074 (Haftung des Reiseveranstalters); *BGH*, RA 2005, 145 = NJW 2005, 422 (Ausschluss in AGB); *BGH*, RA 2004, 266 = NJW 2004, 947 (zu § 106 III SGB VII)

**Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Der geschädigte Kollege"

*Assessorkurs*: "Die Fahrt zum Fest"

**Leitsatz:**

**Der Haftungsausschluss gemäß § 105 I SGB VII erfasst nicht Schmerzensgeldansprüche von Angehörigen oder Hinterbliebenen eines Versicherten aufgrund so genannter Schockschäden infolge eines Arbeitsunfalles des Versicherten.**

**Sachverhalt:**

Der damals 25-jährige Sohn der Kl. verstarb am 07.01.2003 bei einem Arbeitsunfall, den der Bekl., der in demselben Betrieb beschäftigt war, (mit-)verursacht

hatte. Die Kl. leidet seit dem Tod ihres Sohnes unter einer schweren depressiven Störung. Sie begehrt von dem Bekl. unter Berücksichtigung eines möglicherweise gegebenen Mitverschuldens ihres Sohnes von einem Drittel ein angemessenes Schmerzensgeld (Vorstellung: 20.000 €).

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Kl. blieb ohne Erfolg. Mit der vom BerGer. zugelassenen Revision verfolgt sie ihr Klagebegehren weiter.

### **Aus den Gründen:**

Über die Revision war, da der Bekl. im Revisionsstermin trotz rechtzeitiger Ladung nicht vertreten war, auf Antrag der Kl. durch Versäumnisurteil zu entscheiden. Das Urteil ist jedoch keine Folge der Säumnis, sondern beruht auf einer Sachprüfung (vgl. BGHZ 37, 79, 81).

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

Das BerGer. meint, ein möglicher Schmerzensgeldanspruch der Kl. sei ausgeschlossen, weil ihr Sohn einen Arbeitsunfall erlitten habe. Der Haftungsausschluss gemäß § 105 I SGB VII gelte auch gegenüber Angehörigen und Hinterbliebenen von Versicherten desselben Betriebes. Er erfasse nicht nur die Ansprüche aus §§ 844, 845 BGB, sondern auch Ersatzansprüche aufgrund einer eigenen Gesundheitsverletzung Dritter, sofern diese - wie im Streitfall - eine mittelbare Folge des Unfalls sei. Da ein Versicherter unter den Voraussetzungen der §§ 104, 105 SGB VII selbst keinen (vollen) Ausgleich seines immateriellen Schadens erhalte, ergebe sich ein Wertungswiderspruch, wenn dieser Haftungsausschluss nicht auch für Schmerzensgeldansprüche schockgeschädigter Angehöriger gelte.

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

Das angefochtene Urteil hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

##### *1. Anspruch der Kl. gem. § 823 I BGB kommt tatbestandlich hins. eines Schockschadens in Betracht*

Das BerGer. geht davon aus, dass die Kl. infolge des Unfalltodes ihres Sohnes einen so genannten Schockschaden erlitten hat, nämlich eine depressive Störung mit Krankheitswert, die nach Art und Schwere deutlich über die gesundheitlichen Beeinträchtigungen hinausgeht, denen nahe Angehörige bei Todesnachrichten erfahrungsgemäß ausgesetzt sind (vgl. Senatsurteile BGHZ 56, 163, 164 ff. und 93, 351, 355 ff.). Auf der Grundlage dieser Feststellungen zieht es zu Recht einen Anspruch der Kl. gegen den Bekl. auf Ersatz ihres immateriellen Schadens gemäß §§ 823 I, 253 BGB in Betracht.

##### *2. Ein Haftungsausschluss zu Lasten der Kl. aus § 105 I SGB VII greift nicht*

Entgegen der Auffassung des BerGer. ist dieser An-

spruch vorliegend nicht gemäß § 105 I SGB VII ausgeschlossen.

##### *a. Schmerzensgeldansprüche Hinterbliebener sind von § 105 I SGB VII nicht erfasst*

Nach dem Wortlaut des § 105 I SGB VII umfasst der Haftungsausschluss alle Ansprüche des Versicherten sowie seiner Angehörigen und Hinterbliebenen aus Personenschäden. Das sind all diejenigen Schäden, die durch die Verletzung oder Tötung des Versicherten verursacht worden sind (vgl. BAG, NJW 1989, 2838 [zu § 636 I RVO]). Dazu zählen grundsätzlich sowohl Ansprüche auf Ersatz materieller Schäden (z.B. aus den §§ 844 und 845 BGB, vgl. HWK/Giesen, 2. Aufl., § 104, Rn. 6 m.w.N.) als auch solche auf Ersatz immaterieller Schäden (vgl. BVerfGE 34, 118, 128 ff.; BVerfG, NJW 1995, 1607; ausführlich AR-Blattei SD (Rofls), Stand Dezember 2001, 860.2, Rn. 175 ff.; kritisch Richardi, NZA 2002, 1004, 1009). Ob der Haftungsausschluss auch Schmerzensgeldansprüche von Angehörigen oder Hinterbliebenen eines Versicherten aufgrund so genannter Schockschäden erfasst, hat der Senat bislang offen gelassen (vgl. Urteil vom 13.01.1976 VI ZR 58/74 VersR 1976, 539, 540 [zu § 636 RVO]). Diese nunmehr zu entscheidende Frage ist zu verneinen.

##### *b. Anspruchsbegründend wird die Verletzung eines eigenen Rechtsguts des Hinterbliebenen gerügt*

§§ 104 und 105 SGB VII setzen voraus, dass ein Versicherungsfall im Sinne von § 7 SGB VII eingetreten ist, also ein Arbeitsunfall oder eine Berufskrankheit. Ein Arbeitsunfall ist ein Unfall eines Versicherten infolge einer versicherten Tätigkeit (§ 8 I 1 SGB VII). Die Kl. selbst zählt nicht zu dem Kreis der Versicherten (§ 2 SGB VII). Sie selbst hat auch keinen Arbeitsunfall erlitten, sondern allein ihr Sohn. Wären beide bei einem Arbeitsunfall des Sohnes gleichzeitig und unmittelbar körperlich verletzt worden, wäre ein eigener Anspruch der Kl. nicht gemäß § 105 I SGB VII ausgeschlossen. Wie das BerGer. zu Recht ausführt, hat die in §§ 104, 105 SGB VII geregelte Haftungsbegrenzung eigene Gesundheitsschäden von Angehörigen ersichtlich nicht im Blick.

Für Gesundheitsbeeinträchtigungen, die Angehörige nicht unmittelbar bei einem Arbeitsunfall eines Versicherten erleiden, sondern die - wie Schockschäden - mittelbar durch den Versicherungsfall hervorgerufen werden, kann nichts anderes gelten. Der Anspruch des Angehörigen beruht auch in einem solchen Fall auf der Verletzung eines eigenen Rechtsguts (AR-Blattei SD [Rofls], aaO, 860.2, Rn. 173 f.; ErfKomm/Rofls, 7. Aufl., § 104, Rn. 29; Blomeyer in: Münchner Handbuch zum Arbeitsrecht, 2. Aufl., § 61, Rn. 4; Wussow, WI 2006, 181, 182; HWK/Giesen, aaO, § 104 Rn. 6; zu §§ 636, 637 RVO schon: Gamillscheg/Hanau, Die Haftung des Arbeitnehmers, 2. Aufl., S. 187).

*c. Ausschluss ergibt sich auch nicht aus Sinn und Zweck der Vorschrift*

Ein Haftungsausschluss ist auch nicht nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift des § 105 I SGB VII geboten.

*aa. Zweck (Schutz des Betriebsfriedens) läuft im Todesfall des Versicherten leer*

Die in dieser Vorschrift bestimmte Haftungsbegrenzung dient dem Schutz des Betriebsfriedens (vgl. MünchKommBGB/Oetker, 4. Aufl., § 253, Rn. 34). Erleidet ein Versicherter einen Arbeitsunfall, kommt diesem Gesichtspunkt nur dann Bedeutung zu, wenn der Versicherte trotz seiner Verletzung weiterhin dem Betrieb angehört. Das wird bei schweren Verletzungen, die bei nahen Angehörigen einen Schockschaden auslösen, nur selten der Fall sein. Beruht der Schockschaden - wie im Streitfall - auf einem tödlichen Arbeitsunfall eines Versicherten, ist dem Friedensargument der Boden entzogen.

*bb. Gedanke der Funktions- und Gefahrengemeinschaft erfordert keinen Haftungsausschluss*

Für ein weites Verständnis des § 105 I SGB VII (dafür BeckOK BGB/Spindler, § 844, Rn. 2; vgl. auch Wussow/Schneider, Unfallhaftpflichtrecht, 15. Aufl., Kap. 80, Rn. 27), das für einen Ausschluss auch von Ansprüchen wie dem vorliegenden sprechen könnte, ließe sich anführen, dass Arbeitnehmer eines Betriebs in einer Funktions- und Gefahrengemeinschaft stehen, in der jeder Beteiligte dem anderen schon durch leichte Unaufmerksamkeit einen erheblichen Schaden zufügen und sich dadurch dem Risiko hoher Ersatzforderungen aussetzen kann. Um dem zu begegnen, ist ein weitgehender Anspruchsausschluss auch im Falle einer eigenen Schädigung grundsätzlich gerechtfertigt (Schmitt, SGB VII, 2. Aufl., § 105, Rn. 2; Lepa, VersR 1985, 8, 9). Ein genereller Haftungsausschluss ist dazu aber weder erforderlich noch im Gesetz angelegt.

*cc. Erstreckung auch im Hinblick auf den Umfang der gesetzlichen Unfallversicherung nicht angezeigt*

Gegen eine Erstreckung des Haftungsausschlusses auf Schmerzensgeldansprüche naher Angehöriger wegen eines Schockschadens spricht vor allem, dass die gesetzliche Unfallversicherung insoweit keine Leistungen vorsieht (Otto/Schwarze, Die Haftung des Arbeitnehmers, 3. Aufl., Rn. 561; Gamillscheg/Hanau, aaO, S. 187; Rolfs, Die Haftung unter Arbeitskollegen und verwandte Tatbestände, 1995, S. 207; Wussow, WI 2006, 181 f.). Richtig ist, dass nicht allen durch § 105 I SGB VII ausgeschlossenen Ansprüchen Leistungen aus der gesetzlichen Unfallversicherung gegenüber stehen. Dies gilt etwa für den Anspruch aus § 845 BGB (dazu KassKomm/Ricke, § 104 SGB VII, Rn. 5; vgl. auch Schmitt, aaO, § 104, Rn. 12). Auch erhält

der verletzte Versicherte selbst keine dem Schmerzensgeld kongruente Leistung (BVerfGE 34, 118, 128 ff.; BVerfG, aaO; ErfKomm/Rolfs, aaO, § 104, Rn. 3; BGB-RGRK/Schick, 12. Aufl., § 618, Rn. 191; Wussow/Schneider, aaO, Kap. 80, Rn. 28). Insoweit deckt sich das Leistungssystem der gesetzlichen Unfallversicherung nicht mit den zivilrechtlichen Haftungstatbeständen. Der Umstand, dass die Unfallversicherung nicht für jede Schadensart einen Ausgleich vorsieht, rechtfertigt indessen nicht die Erstreckung des Haftungsausschlusses auf Schockschäden naher Angehöriger.

Der Ausschluss von Ersatzansprüchen durch §§ 104, 105 SGB VII ist gerechtfertigt, weil er durch das Leistungssystem der gesetzlichen Unfallversicherung kompensiert wird ("Haftungsersetzung durch Versicherungsschutz", dazu Staudinger/Oetker, BGB, 13. Bearb. [2002], § 618, Rn. 324 m.w.N.). Dafür ist wegen der Verschiedenheit der beiden Ordnungssysteme (Lepa, aaO, S. 8) nicht erforderlich, dass der verunglückte Versicherte im konkreten Einzelfall tatsächlich Leistungen erhält (AR-Blattei SD [Rolfs], aaO, 860.2, Rn. 171). So entstehen die sozialversicherungsrechtlichen Ansprüche mit dem Versicherungsfall. Im Unterschied zum zivilrechtlichen Schadensersatzanspruch wird dafür kein Schadensnachweis verlangt. Ihre Berechnung erfolgt vielmehr abstrakt. Die Unterschiede in den Anspruchsinhalten können für den Verletzten von Vorteil, aber auch von Nachteil sein (Lepa, aaO, S. 9). Eine Kompensation setzt aber voraus, dass für die bei einem Arbeitsunfall eingetretene Rechtsgutverletzung sozialversicherungsrechtliche Leistungen jedenfalls grundsätzlich in Betracht kommen. Dies ist nicht der Fall, wenn das System der Unfallversicherung nicht etwa nur eine bestimmte Schadensart ausklammert, sondern für eine Rechtsgutsverletzung überhaupt keine Leistungen vorsieht, wie dies bei der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit nicht versicherter Dritter der Fall ist.

Soweit in Fällen der Tötung eines Versicherten Angehörigen und Hinterbliebenen unfallversicherungsrechtliche Ansprüche gemäß §§ 39 II, 54, 55 bzw. §§ 63 ff., 69 SGB VII zustehen können (vgl. Schmitt, aaO, § 104, Rn. 10; Brackmann/Krasney, SGB VII, Stand April 2003, § 104, Rn. 14), beruhen diese allein auf einer Verletzung des Versicherten. Sie treten an die Stelle der Ansprüche aus §§ 844, 845 BGB, nämlich der Ansprüche, die auf Ersatz ihres mittelbaren Vermögensschadens gerichtet sind. Im Unterschied dazu sieht die gesetzliche Unfallversicherung zum Ausgleich solcher Schäden, die Angehörige und Hinterbliebene - wie im Falle des Schockschadens - durch die Verletzung eines eigenen Rechtsguts erleiden, überhaupt keine Leistungen vor. Fehlt insoweit aber eine Kompensation, gibt es keine Rechtfertigung für einen Ausschluss solcher Ansprüche.



*dd. Keine Ausdehnung des Haftungsausschlusses wegen Mitverschuldens des Getöteten*

Zu Unrecht beruft sich das BerGer. für seine Auffassung auf die Entscheidung des erkennenden Senats (Senatsurteil BGHZ 56, 163, 168 ff.; dazu Staudinger/Hager, BGB 13. Bearb. [1999], § 823, Rn. B 38; Rüßmann in: jurisPK-BGB, 3. Aufl., § 846, Rn. 8), nach der ein Mitverschulden des unmittelbar Verletzten dem Angehörigen, der einen Schockschaden erlitten hat, anzurechnen sein kann. Wie die Revision mit Recht geltend macht, beruht diese Zurechnung allein auf Billigkeitserwägungen. Diese rechtfertigen indes keine ausdehnende Anwendung des Haftungsausschlusses von § 105 I SGB VII auf Ansprüche, die Angehörigen von Versicherten aufgrund eigener Gesundheitsbeeinträchtigungen zustehen (ErfKomm/Rolfs, aaO, § 104, Rn. 29; Gamillscheg/Hanau, aaO, S. 186

f.; HWK/Giesen, aaO; Rolfs, aaO, S. 206 f.; a.A.: OLG Celle, VersR 1988, 67, 68; ArbG Osnabrück, ARST 1969, 106 f.; Küppersbusch, Ersatzansprüche bei Personenschäden, 9. Aufl., Rn. 306; Jahnke, r+s 2003, 89, 92; vgl. auch OLG Zweibrücken, SP 2002, 127). Der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) gebietet in Fällen der vorliegenden Art nicht die vollständige Haftungsfreistellung des Schädigers. Soweit den Versicherten ein Mitverschulden an dem Arbeitsunfall trifft, wird Billigkeitserwägungen in hinreichendem Maße dadurch Rechnung getragen, dass der Ersatzanspruch des geschädigten Angehörigen gemäß § 254 I BGB der Höhe nach gemindert ist. Dies hat die Kl. vorliegend im Rahmen ihrer Antragstellung berücksichtigt.

### Standort: Sachenrecht

### Problem: Unterlassungsanspr. bei Bruchteilseigentum

BGH, URTEIL VOM 28.09.2007

V ZR 276 /06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

#### **Problemdarstellung:**

Die Parteien sind Bruchteilseigentümer einer Gartenfläche. Mit notariell beurkundeter Vereinbarung wurde den einzelnen Bruchteilseigentümern jeweils ein räumlich abgegrenzter Teil zur alleinigen Nutzung zugewiesen. Die Parzellen der hier in Streit stehenden Parteien liegen nebeneinander und sind durch einen Zaun getrennt. Der Kl. verlangt die Beseitigung verschiedener Anpflanzungen auf der Parzelle der Bekl..

Das Amtsgericht hat der Klage im Wesentlichen stattgegeben. Das Landgericht hat die Verurteilung der Bekl. auf die Entfernung von drei ca. 1 m bis 1,5 m hohen Koniferen reduziert.

Mit der von dem Landgericht zugelassenen Revision erstrebt der Kl. die Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Urteils. Die Bekl. beantragen die Zurückweisung des Rechtsmittels. Die Revision blieb ohne Erfolg.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Vorliegend hatte der erkennende Senat eine alltägliche Situation im Rahmen einer nachbarlichen Streitigkeit zu beurteilen. Es musste ein Ausgleich der Interessen der jeweiligen Bruchteilseigentümer gefunden werden im Hinblick auf die Bepflanzung der ihnen zugewiesenen, nebeneinander liegenden Parzellen.

Das Eigentum an einer Sache kann mehreren Personen zustehen. Sofern nicht eine Gesamthandsgemeinschaft gegeben ist, steht das Miteigentum mehreren zu Bruchteilen zu, d.h. jeder Miteigentümer hat einen ideellen Anteil an der Sache inne (Schwab/Prütting, Sachenrecht Rn 593). Für das Bruchteilseigentum gel-

ten die Vorschriften über die Bruchteils-gemeinschaft gem. §§ 741 ff. BGB. Sondervorschriften dazu sind in den §§ 1008 ff. BGB enthalten.

Es war zu entscheiden, inwieweit der einzelne Miteigentümer den Abwehranspruch aus § 1004 BGB gegen den übrigen Miteigentümer geltend machen kann. Zwar ist dies nicht gem. § 1011 BGB in Ansehung der ganzen Sache möglich, wohl aber aufgrund seines Teilrechts. Es stellte sich nun die Frage, woran sich die Bepflanzung messen lassen muss. Bei der Wohnungseigentümergeinschaft ist es nahezu unstrittig, dass hinsichtlich Streitigkeiten über die Bepflanzung unmittelbar benachbarter Gartenteile, an denen jeweils einem Eigentümer ein Sondernutzungsrecht zusteht, die landesrechtlichen nachbarrechtlichen Bestimmungen entsprechende Anwendung finden (vgl. OLG Hamm, ZMR 2003, 372; OLG Köln, ZMR 1997, 47). Dies ist deshalb naheliegend, weil wegen der Aufteilung der im Gemeinschaftseigentum stehenden Gartenflächen durch die Einräumung von Sondernutzungsrechten zwischen den Wohnungseigentümern als Nutzungsberechtigten eine ähnliche Interessenlage vorliegt wie bei Grundstücksnachbarn. Gerade diese Interessenlage legt es nahe, dass diese Regelungen auch für die hier in Frage stehende Bruchteilseigentümergeinschaft entsprechende Anwendung finden. Durch die Einräumung der Flächen zur alleinigen Nutzung in Ausgestaltung der notariell beurkundeten Vereinbarung erscheint es gerechtfertigt, dass die Bruchteilseigentümer hins. ihrer Teilflächen wie ein Alleineigentümer angesehen werden sollten.

Hier war § 47 I 1 NachbG NW entsprechend anzuwenden. Demnach ist der Anspruch auf Beseitigung einer Anpflanzung, mit der ein geringerer als der in den §§ 40 bis 44 und 46 NachbG NW vorgeschriebene Grenzabstand eingehalten wird, ausgeschlossen, wenn der

Nachbar nicht binnen sechs Jahren nach dem Anpflanzen Klage auf Beseitigung erhoben hat. Diese Frist hatte der Kl. hier versäumt. Auch konnte er das Zurückschneiden der Gehölze nicht verlangen (vgl. Senat, BGHZ 157, 33.). Der Kl. hat nicht vorgetragen, dass die Folgen des Höhenwachstums der beanstandeten Anpflanzungen die Nutzung der ihm zugewiesenen Fläche so stark beeinträchtigen, dass ein über die nachbarrechtliche Sonderregelung in § 47 I 1 NachbG NW hinausgehender billiger Ausgleich der widerstreitenden Interessen zwingend geboten erscheint. Aus diesen Gründen hatte die Revision keinen Erfolg.

#### **Vertiefungshinweise:**

- Zur Mitbenutzung einer Gemeinschaftsfläche durch Dritte: *BGH*, RA 2006, 720
- Zum Beseitigungsanspruch eines Mitglieds einer Wohnungseigentümergeinschaft: *BGH*, RA 2007, 81
- Zur Demontage einer aufgestellten Parabolantenne: *BGH*, RA 2004, 291 = *NJW* 2004, 937
- Zum Miteigentum: *Völzmann*; *Rpfler* 2005, 64; *Pikart*, *WM* 1975, 402

#### **Kursprogramm:**

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

#### **Leitsatz:**

**Haben Bruchteilseigentümer oder Wohnungseigentümer vereinbart, dass sie räumlich abgegrenzte Teile des gemeinschaftlichen Grundstücks allein, also unter Ausschluss der übrigen Eigentümer, als Garten nutzen dürfen, können auf das dadurch entstandene nachbarliche Verhältnis die bundes- und landesrechtlichen Vorschriften des Nachbarrechts entsprechend angewendet werden.**

#### **Sachverhalt:**

Die Parteien sind Wohnungseigentümer in einer Reihenhauseanlage. Hinter den Häusern befindet sich eine Gartenfläche, die nicht zu dem gemeinschaftlichen Eigentum im Sinne des Wohnungseigentumsgesetzes gehört, sondern im Bruchteilseigentum der Wohnungseigentümer steht.

Mit notariell beurkundeter Vereinbarung vom 09.07.1985 wurde den einzelnen Bruchteilseigentümern jeweils ein räumlich abgegrenzter Teil der Gartenfläche zur alleinigen Nutzung zugewiesen. Bezüglich einer davon nicht erfassten Fläche vereinbarten die Bruchteilseigentümer am 21.10.2001 die Zuweisung bestimmter Teile ebenfalls zur alleinigen Nutzung. Die den Parteien zugeteilten Grundstücksflächen liegen nebeneinander. Sie werden durch einen Zaun getrennt.

Der Kl. verlangt von den Bekl. die Beseitigung verschiedener Anpflanzungen, die auf der ihnen zugeteilten Fläche nahe der dem Kl. zugewiesenen Fläche stehen.

Das Amtsgericht hat der Klage im Wesentlichen stattgegeben und die Bekl. als Gesamtschuldner verurteilt, sechs Koniferen, eine Koreatanne und eine Tanne zu entfernen sowie einen Fliederstrauch auf maximal 2,5 m herunter zuschneiden. Das Landgericht hat die Verurteilung der Bekl. auf die Entfernung von drei ca. 1 m bis 1,5 m hohen Koniferen reduziert.

Mit der von dem Landgericht zugelassenen Revision erstrebt der Kl. die Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Urteils. Die Bekl. beantragen die Zurückweisung des Rechtsmittels.

#### **Aus den Gründen:**

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

Nach Auffassung des BerGer. sind die Vorschriften des Nachbarrechtsgesetzes für Nordrhein-Westfalen (NachbG NW) auf das Rechtsverhältnis der Parteien entsprechend anzuwenden. Zwar gebe es zwischen den zur ausschließlichen Nutzung zugewiesenen Flächen keine Grenze im Sinne des Nachbarrechtsgesetzes; aber faktisch stelle sich die Situation so dar, als nutzen die Reihenhauseigentümer die jeweils hinter ihren Häusern befindlichen Flächen wie Alleineigentümer. Deshalb könne der Kl. - ohne Mitwirkung der übrigen Miteigentümer - von den Bekl. nach §§ 1004 BGB, 41 I Nr. 1 Buchst. b NachbG NW die Entfernung der drei Koniferen verlangen, welche am nächsten zu den Reihenhäusern stünden, weil diese Bäume den vorgeschriebenen "Grenzabstand" nicht einhielten. Ein Anspruch des Kl. auf Entfernung der übrigen Koniferen, der Koreatanne und der Tanne sowie auf Zurückschneiden des Fliederbusches sei nach § 47 I 1 NachbG NW ausgeschlossen, weil innerhalb der sechsjährigen Ausschlussfrist nach dem Anpflanzen dieser Gehölze keine Beseitigungsklage erhoben worden sei.

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

Das hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

##### *1. Abwehrensanspruch des Miteigentümers in Ansehung seines Teilrechts gegeben*

Zu Recht nimmt das BerGer. an, dass der einzelne Miteigentümer den Abwehrensanspruch nach § 1004 BGB gegen die übrigen Miteigentümer zwar nicht gemäß § 1011 BGB in Ansehung der ganzen Sache, wohl aber auf Grund seines Teilrechts geltend machen kann (Senat, BGHZ 116, 392, 394 f. m.w.N.).

##### *2. Entsprechende Anwendbarkeit der Grenzabstände des NachbG NW*

Rechtlich nicht zu beanstanden ist auch die weitere Annahme des BerGer., dass die Vorschriften über

Grenzabstände für Pflanzen des Nachbarrechtsgesetzes für Nordrhein-Westfalen (§§ 40 ff. NachbG NW) entsprechend anwendbar sind.

*a. Anwendbarkeit beruht auf der ähnlichen Interessenlage wie bei Grundstücksnachbarn*

Bei der Wohnungseigentümergeinschaft ist es nahezu unbestritten, dass bei Streitigkeiten zwischen Wohnungseigentümern über die Bepflanzung unmittelbar benachbarter Gartenteile, an denen jeweils einem der Eigentümer ein Sondernutzungsrecht zusteht, nachbarrechtliche Vorschriften entsprechende Anwendung finden; danach sind in diesen Fällen auch die in dem jeweiligen Bundesland geltenden nachbarrechtlichen Bestimmungen über die Grenzabstände von Bäumen und Sträuchern und ihren Rückschnitt sowie über Ausschlussfristen für die Geltendmachung von Beseitigungsansprüchen heranzuziehen (vgl. BayObLG WE 1988, 23; ZMR 1988, 23; KG ZMR 1996, 149; OLG Köln ZMR 1997, 47, 48; OLG Hamm ZMR 2003, 372; OLG München OLG-Report 2006, 213; Staudinger/Bub [2005], § 22 WEG Rdn. 145; Weitnauer, WEG, 9. Aufl., § 15 Rdn. 27; Horst, Rechtshandbuch Nachbarrecht, 2. Aufl., Rdn. 2041; Schmid, DWE 1987, 74, 76; a.A. KG WE 1987, 197). Das folgt daraus, dass auf Grund der Aufteilung der im Gemeinschaftseigentum stehenden Gartenfläche durch die Einräumung von Sondernutzungsrechten zwischen den Wohnungseigentümern als Nutzungsberechtigten im Hinblick auf die Gartenbepflanzung eine ähnliche Interessenlage wie zwischen Grundstücksnachbarn besteht.

*b. Für die Bruchteilsgemeinschaft gelten diese Grundsätze gleichfalls*

Für die hier bestehende Bruchteilseigentümergeinschaft gilt grundsätzlich nichts anderes. Die Benutzung der Gartenfläche durch die Eigentümer ist u.a. wie folgt geregelt: "Die einzelnen Hausgärten sind durch eine einheitliche Anpflanzung von Liguster- oder Hainbuchenhecken, Höhe rd. 170 cm, abzugrenzen." Das ergibt sich aus einer als Anlage zu den Kaufverträgen, mit denen die Eigentümer im Jahr 1983 (auch) die Gartenfläche erworben haben, genommenen Vorgabe der unteren Denkmalbehörde vom 14.12.1982. Daraus und aus dem Umstand, dass später räumlich abgegrenzte Teile der Gartenfläche den Bruchteilseigentümern durch die Gewährung des Alleingebrauchs (§§ 744, 745, 1010 BGB) zur alleinigen Nutzung überlassen wurden und zumindest die den Parteien zugewiesenen Flächen inzwischen durch einen Zaun voneinander getrennt werden, ergibt sich, dass die Bruchteilseigentümer im Hinblick auf "ihre" Teilflächen tatsächlich wie Alleineigentümer angesehen werden sollen. Deshalb besteht zwischen ihnen ein nachbarschaftsähnliches Verhältnis, welches die entsprechende Anwendung nachbarrechtlicher Vorschriften recht-

fertigt.

3. Auch § 47 I 1 NachbG ist entsprechend anzuwenden. Ohne Erfolg rügt die Revision, dass das BerGer. auch die Vorschrift in § 47 I 1 NachbG NW für entsprechend anwendbar hält, nach welcher der Anspruch auf Beseitigung einer Anpflanzung, mit der ein geringerer als der in den §§ 40 bis 44 und 46 NachbG NW vorgeschriebene Grenzabstand eingehalten wird, ausgeschlossen ist, wenn der Nachbar nicht binnen sechs Jahren nach dem Anpflanzen Klage auf Beseitigung erhoben hat.

*a. Vereinbarkeit nach Sinn und Zweck mit dem Bruchteilseigentum*

Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass diese Regelung mit dem Sinn und Zweck des Gemeinschaftsverhältnisses, in welchem sich die Bruchteilseigentümer befinden, nicht vereinbar ist. Zwar mögen unter dem Gesichtspunkt, dass die zur alleinigen Nutzung zugewiesenen Flächen gemeinschaftliches Eigentum aller Bruchteilseigentümer sind und demgemäß den Bindungen des Gemeinschaftsverhältnisses unterliegen, für das Verhältnis der Bruchteilseigentümer untereinander grundsätzlich weitergehende Rücksichtnahmepflichten gelten als im allgemeinen Nachbarrecht. Das ist jedenfalls für gleichgelagerte Konflikte zwischen den Mitgliedern einer Wohnungseigentümergeinschaft anerkannt (BayObLGZ 2002, 82, 88; BayObLG WE 1988, 23; OLG Köln ZMR 1997, 47, 48; OLG Hamm ZMR 2003, 372, 373). Aber hier ist die Anlegung eines solchen strengen Maßstabs nicht gerechtfertigt. Denn mit der gegenseitigen Einräumung des Alleingebrauchs haben die Eigentümer nicht nur zu erkennen gegeben, dass sie die Rechtsverhältnisse an der Gartenfläche tatsächlich wie die an einem real geteilten Grundstück ansehen, sondern damit zugleich auf ihre Befugnis nach § 743 II BGB verzichtet, die gesamte Fläche insoweit zu benutzen, als nicht der Mitgebrauch der übrigen Eigentümer beeinträchtigt wird. Da andere Nutzungsbeschränkungen weder von den Parteien vorgetragen noch sonst ersichtlich sind, ergeben sich für die Bruchteilseigentümer aus dem Gemeinschaftsverhältnis - anders als bei der Wohnungseigentümergeinschaft (vgl. § 14 WEG) - keine Pflichten, die über diejenigen zwischen Eigentümern benachbarter Grundstücke hinausgehen.

*b. Anwendbarkeit bezieht sich auch auf die Ausschlussfrist*

Die entsprechende Anwendung der Vorschrift in § 47 I NachbG NW kann - entgegen der Auffassung der Revision - auch nicht mit der Überlegung verneint werden, darin sei eine landesrechtliche materielle Ausschlussfrist enthalten, die im Bundesrecht nicht vorgesehen sei (ebenso für die Wohnungseigentümergeinschaft OLG Hamm ZMR 2003, 372, 373). Diese

Ansicht verkennt, dass das Bundesrecht nicht nur keine Ausschlussfrist für die Geltendmachung eines auf die Beseitigung von grenznahen Anpflanzungen gerichteten Anspruchs vorsieht, sondern auch keine Grenzabstände für Bäume und Pflanzen vorgibt. Gleichwohl unterliegen Grundstückseigentümer den solche Regelungen enthaltenden Landesnachbarrechtsgesetzen. Wenn aber - wie hier - deren Vorschriften auf das Verhältnis von Bruchteilseigentümern, denen der Alleingebrauch an räumlich abgegrenzten Flächen des gemeinschaftlichen Grundstücks eingeräumt ist, entsprechend angewendet werden können, gibt es keinen Grund dafür, die Regelung über die Ausschlussfrist davon auszunehmen.

#### *4. Kein Anspruch auf Zurückschneiden der Gehölze*

Ein Anspruch des Kl. auf Zurückschneiden der Gehölze, deren Beseitigung er wegen Fristablaufs nicht mehr verlangen kann, unter dem Gesichtspunkt des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses in Verbindung mit Treu und Glauben (vgl. Senat, BGHZ 157, 33, 37) scheidet von vornherein aus. Der Kl. hat nämlich nicht vorgetragen, dass die Folgen des Höhen-

wachstums der beanstandeten Anpflanzungen die Nutzung der ihm zugewiesenen Fläche so stark beeinträchtigen, dass ein über die nachbarrechtliche Sonderregelung in § 47 I 1 NachbG NW hinausgehender billiger Ausgleich der widerstreitenden Interessen zwingend geboten erscheint.

#### *5. Einwendungen gegen die zusätzliche Entscheidungsbegründung sind ohne Relevanz*

Ebenfalls ohne Erfolg bleibt die Rüge der Revision, das BerGer. habe den Anspruch des Kl. auf Beseitigung der Koreatanne fehlerhaft als nach § 242 BGB ausgeschlossen angesehen. Diese Begründung in dem Berufungsurteil ist für die insoweit erfolgte Abweisung der Klage unerheblich, weil das BerGer. zuvor rechtsfehlerfrei auch diesen Beseitigungsanspruch wegen Ablaufs der Ausschlussfrist (§ 47 I 1 NachbG NW) verneint hat. Auf die gegen die zusätzliche Entscheidungsbegründung erhobenen Einwände kommt es deshalb nicht an.

#### *III. Nebenentscheidung*

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 I ZPO.

## Strafrecht

### Standort: § 30 II StGB

### Problem. Bestimmtheit der Verabredung

BGH, URTEIL VOM 28.06.2007  
3 STR 140/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

#### **Problemdarstellung:**

Die Angeklagten, ein Ehemann und seine Geliebte, waren übereingekommen, die Ehefrau des Angeklagten mit Gift zu töten, damit eine gemeinsame Zukunft möglich und nicht mit dem wirtschaftlichen Risiko einer Scheidung belastet sei. Darüber, wer der Ehefrau das Gift beibringen und wie dies genau geschehen sollte, hatten sich die Angeklagten noch nicht geeinigt. Das LG Stade sprach die Angeklagten vom Vorwurf der Verbrechensverabredung, § 30 II StGB, frei, da das von den Angeklagten geplante Tötungsverbrechen (§ 212 StGB oder § 211 StGB) noch nicht hinreichend genug bestimmt gewesen sei, insb. Ort, Zeit und Art der Ausführung noch nicht festgelegt worden seien, sodass noch keine Verabredung i.S.v. § 30 II StGB angenommen werden könne. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft hin hob der BGH den Freispruch auf.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Der Tatbestand der Verbrechensverabredung, § 30 II StGB, ist in vielen Examensklausuren in beiden Examen anzusprechen, tritt aber meist auf Konkurrenzebene als mitbestrafte Vortat hinter der späteren Ausführung der verabredeten Verbrechen zurück, sodass die entsprechenden Ausführungen kurz gehalten werden können. Auch eine Fallkonstellation wie in der vorliegenden Entscheidung, in der die Verbrechensverabredung eine eigenständige Bedeutung erlangt, weil die verabredete Tat später nicht ausgeführt wird, ist jedoch in Klausuren, vor allem aber in mündlichen Prüfungen, insb. auch in Kurzvorträgen, denkbar. Besondere Aufmerksamkeit ist hier im 2. Staatsexamen geboten, da der Fehler des LG-Urteils auf dem Missverständnis einer Formulierung im Tröndle/Fischer zurückging und dieser Kommentar der einzige ist, der in den Klausuren im 2. Examen benutzt werden darf.

Über den Tatbestand der Verbrechensverabredung, § 30 II StGB, hat der Gesetzgeber die bloße Verabredung zur Begehung eines Verbrechens, also eine Handlung die u.U. weit vor dem Eintritt der Täter in das Versuchsstadium stattfindet, unter Strafe gestellt. Damit die Strafbarkeit aber nicht zu weit vorverlegt wird, müssen relativ hohe Anforderungen an den In-

halt der Verabredung gestellt werden. Die h.M. verlangt insofern für die Verwirklichung des Tatbestandes des § 30 II StGB, dass mindestens zwei Personen den festen Entschluss gefasst haben, jeweils als Mittäter ein bestimmtes Verbrechen zu begehen (BGH, NStZ 1993, 238; NStZ-RR 2002, 74; Tröndle/Fischer, § 30 Rn 12). Hierbei besteht Einigkeit darüber, dass das verabredete Verbrechen bereits rechtlich relevante Konturen angenommen haben muss (LK-Roxin, § 30 Rn 66; NK-Zaczyk, § 30 Rn 53; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 30 Rn 25), und zwar in der Weise, dass an die Bestimmtheit der Verabredung zumindest die Anforderungen zu stellen sind, die auch für den gemeinsamen Tatplan bei der Mittäterschaft, § 25 II StGB, erforderlich wären (BGH, NStZ 1988, 406; NStZ-RR 1997, 134; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 30 Rn 25; SK-Hoyer, § 30 Rn 54). In der Literatur wird teilweise verlangt, dass bereits Zeit, Ort und Inhalt des verabredeten Verbrechens festgelegt werden (Tröndle/Fischer, § 30 Rn 12). Auf diese Quelle hatte sich das Landgericht in seinem Urteil berufen und dementsprechend eine Verbrechensverabredung abgelehnt, da die Angeklagten Zeit, Ort und genaue Modalitäten der Tötung der Ehefrau noch nicht verabredet hätten. Der BGH stellt jedoch in der vorliegenden Entscheidung klar, dass dies überzogene Anforderungen an die Bestimmtheit der Verabredung seien und das Landgericht die Literaturquelle - oder diese das BGH-Urteil, auf das sie sich ihrerseits bezog - missverstanden haben müsse. Auch für den gemeinsamen Tatplan von Mittätern sei es nicht zwingend erforderlich, dass diese das zu begehende Delikt in allen Details vorausgeplant hätten, sodass es auch i.R.v. § 30 II StGB ausreichen müsse, wenn immerhin schon Tatbeteiligte, Tatbestand, Tatmittel, Tatopfer und Tatmotiv verabredet worden seien, was im vorliegenden Sachverhalt der Fall war.

#### **Vertiefungshinweise:**

Zum erforderlichen Inhalt der Verabredung bei § 30 II StGB: BGH, NStZ 1988, 406; StV 1994, 528; NStZ-RR 1997, 134

#### **Leitsätze (der Redaktion):**

**1. Die Verabredung eines Verbrechens i.S.v. § 30 II StGB setzt den Entschluss von mindestens zwei Personen voraus, jeweils als Mittäter ein bestimmtes Verbrechen zu begehen.**

**2. Die Verabredung eines Verbrechens setzt nicht die Festlegung aller Einzelheiten der in Aussicht genommenen Tat, sondern nur voraus, dass diese in ihren wesentlichen Grundzügen konkretisiert ist. Insoweit gilt nichts anderes als für die Absprache eines Tatplans von Mittätern nach § 25 StGB oder die Bestimmtheit der zu begehenden Tat bei der Anstiftung nach § 26 StGB. Eine strafbare Verabredung wird also nicht dadurch ausgeschlossen, dass Zeit, Ort und Modalitäten der geplanten Ausführung im Einzelnen noch offen bleiben.**

#### **Sachverhalt:**

Zwischen den bereits anderweitig verheirateten Angeklagten entwickelte sich ein Liebesverhältnis. Nachdem der Angeklagte H geäußert hatte, dass eine Scheidung "mit dem Haus und den vier Kindern" sein finanzieller Ruin sei und es eine gemeinsame Zukunft nur gebe, wenn seiner Ehefrau etwas zustoße, strebten beide Angeklagte deren Tötung ernsthaft an. Die Angeklagte K schlug vor, sie besorge Gift, das der Angeklagte H seiner Ehefrau beibringen solle. Dies lehnte der Angeklagte H ab, da der Verdacht sogleich auf ihn falle, und machte den Gegenvorschlag, dass er eine Gelegenheit arrangieren könne, bei der die Angeklagte K Gift in eine Getränkeflasche geben könne. Zwischen beiden Angeklagten war es noch zu keiner Einigung über die Modalitäten der Tatbegehung gekommen, als die Pläne vorzeitig aufgedeckt wurden.

#### **Aus den Gründen:**

##### *1. Entscheidung und rechtliche Würdigung des Landgerichts*

Das Landgericht hat die Angeklagten von dem Vorwurf freigesprochen, die Tötung der Ehefrau des Angeklagten H verabredet zu haben. [...] Die Strafkammer hat die Voraussetzungen der Verabredung eines Verbrechens nach § 30 Abs. 2 StGB verneint, weil es für eine hinreichende Konkretisierung der Tat noch weiterer Vereinbarungen über Ort, Zeit und Art der Ausführung bedurft hätte.

##### *2. Entscheidung des BGH*

Die Revision der Staatsanwaltschaft hat mit der Sachrüge Erfolg. Die rechtliche Bewertung des Landgerichts hält einer Nachprüfung nicht stand.

##### *a. Zum erforderlichen Inhalt einer Verbrechensverabredung gem. § 30 II StGB*

Die Strafkammer ist zunächst zutreffend davon ausgegangen, dass eine Verabredung im Sinne des § 30 Abs. 2 StGB - soweit hier von Bedeutung - drei Elemente aufweisen muss:

- den Entschluss von mindestens zwei Personen,
- jeweils als Mittäter
- ein bestimmtes Verbrechen zu begehen.

Mit der Annahme, die letztgenannte Voraussetzung sei nur gegeben, wenn Ort, Zeit und Art der Ausführung verbindlich festgelegt seien, hat sie indes einen zu engen, unzutreffenden Maßstab angelegt.

##### *b. Zu den Anforderungen an die Bestimmtheit*

Die Verabredung eines Verbrechens setzt nicht die Festlegung aller Einzelheiten der in Aussicht genommenen Tat, sondern nur voraus, dass diese in ihren wesentlichen Grundzügen konkretisiert ist. Insoweit gilt nichts anderes als für die Absprache eines Tatplans von Mittätern nach § 25 StGB oder die Bestimmtheit der zu begehenden Tat bei der Anstiftung nach § 26 StGB (Roxin in LK 11. Aufl. § 30 Rdn. 66; Hoyer in SKStGB § 30 Rdn. 54; für den Anstiftervorsatz BGH-St 34, 63, 66; BGH NStZ 1996, 434). Eine strafbare Verabredung wird also nicht dadurch ausgeschlossen, dass Zeit, Ort und Modalitäten der geplanten Ausführung im Einzelnen noch offen bleiben (BGH MDR 1960, 595; RGSt 69, 164).

Auch aus der vom Landgericht zum Beleg für seine engere Auffassung herangezogenen Passage bei Tröndle/Fischer (StGB 54. Aufl. § 30 Rdn. 12), wonach die Verabredung nach Ort, Zeit und Inhalt hinreichend konkretisiert sein müsse, folgt nichts anderes. Denn diese bezieht sich auf die Entscheidung BGHR StGB § 30 Abs. 2 Mindestfeststellung 1 (= StV 1994, 528), bei der die Annahme des Tatgerichts, der Angeklagte habe sich an der geplanten Tötung als Mittäter beteiligen wollen, als unzureichend belegt beanstandet worden ist, weil die Absprache "nach Ort und Zeit, insbesondere aber hinsichtlich ihres Inhalts - jedenfalls was die vorgesehenen Tatbeiträge jedes einzelnen Beteiligten betrifft - so wenig konkretisiert war, dass die Annahme, die Angeklagten hätten als Mittäter (und damit nicht nur als Gehilfen) an der Tat mitwirken wollen, keine ausreichende Grundlage hatte".

##### *c. Zum Vorliegen der Anforderungen im vorliegenden Fall*

Hier war die in Aussicht genommene Tat ausreichend konkretisiert. Nach den Feststellungen waren die Angeklagten fest entschlossen, in gemeinschaftlichem Zusammenwirken und im gemeinsamen Interesse (um eine gemeinsame Zukunft zu ermöglichen) also als Mittäter die Tötung der Ehefrau des Angeklagten H herbeizuführen, wobei beide erwogen hatten, ihr Gift beizubringen. Damit waren Tatbeteiligte, Tatbestand (§ 212 bzw. § 211 StGB), Tatmittel, Tatopfer und Tatmotiv beschrieben. Offen blieb lediglich, bei welcher geeigneten Gelegenheit und in welcher konkreten Arbeitsteilung die Ausführung erfolgen sollte. Dies vermag die Bestimmtheit der verabredeten Tat nicht in Frage zu stellen.

##### *3. Hinweise des Senats*

Die Sache bedarf daher neuer tatrichterlicher Prüfung

und Entscheidung. Dabei weist der Senat auf folgendes hin:

*a. Zum Vorliegen eines festen Tatentschlusses*

Die Frage, ob die Angeklagten bereits einen festen Tatentschluss gefasst hatten, wird näher zu untersuchen sein. Grundsätzlich ist auch bei unsicherer Tatsachengrundlage eine feste Verabredung (Tatbegehung auf welche Weise auch immer) möglich; ob sie im Einzelfall vorliegt, ist Tatfrage (vgl. BGHSt 12, 306, 309; Roxin aaO Rdn. 61). Dabei kommt es entscheidend darauf an, ob das Ob der Tötung bereits fest beschlossen und nur noch das Wie der konkreten Tatausführung offen war, oder ob die Beteiligten nur allgemein tatgeneigt waren, sich aber vorbehalten hatten, erst dann endgültig den Tatentschluss zu fassen, wenn die weiteren Einzelheiten, insbesondere zur Erbringung der jeweiligen Tatbeiträge, feststehen.

*b. Zur Verabredung einer mittäterschaftlichen Bege-*

*hung*

Sollte der neue Tatrichter danach von einem festen Tatentschluss ausgehen, wird weiter zu prüfen sein, ob sich die Abrede jeweils auf die Erbringung eines mittäterschaftlichen Tatbeitrags richtete. Angesichts der beiderseitigen Tatherrschaft und des hohen gemeinsamen Tatinteresses wird Mittäterschaft aber unabhängig vom Gewicht der jeweiligen Tatbeiträge nahe liegen.

*c. Zur Strafbarkeit gem. § 30 I StGB im Falle des Fehlens der Voraussetzungen des § 30 II StGB*

Lässt sich keine Verabredung im Sinne des § 30 Abs. 2 StGB feststellen, wird getrennt für beide Angeklagte zu prüfen sein, ob nicht in einzelnen Äußerungen gegenüber dem jeweils anderen eine versuchte Anstiftung nach § 30 Abs. 1 StGB liegt; insbesondere der am 9. November 2005 an das St-Hospital gelangte Brief der Angeklagten K legt eine solche Untersuchung nahe.

**Standort: § 16 StGB**

**Problem: Feststellung des Tötungsvorsatzes**

BGH, URTEIL VOM 17.07.2007  
5 STR 92/07 (NSTZ-RR 2007, 304)

**Problemdarstellung:**

Nachdem das Jugendamt die Mutter für überfordert mit der Erziehung des Kindes erachtet hatte, nahm der Angeklagte seine sechsjährige Tochter aus einer früheren Beziehung in dem Haushalt auf, den er mit seiner derzeitigen Lebensgefährtin und zwei jüngeren Kindern führte. Die Tochter wurde dort vom Angeklagten schwer misshandelt: Sie erhielt unzureichende oder gar keine Nahrung, wurde geschlagen, nass und nackt bei kalter Witterung auf den Balkon gesperrt oder gezwungen, eine Tasse mit kochendem Wasser auf dem Kopf zu balancieren.

Das LG Leipzig hatte den Angeklagten wegen Misshandlung Schutzbefohlener, § 225 I StGB, einfacher und gefährlicher Körperverletzung, §§ 223 I, 224 I StGB, und Freiheitsberaubung, § 239 I StGB, in zahlreichen Fällen verurteilt. Die Staatsanwaltschaft rügte mit ihrer Revision, dass eine Strafbarkeit wegen versuchten Totschlags, §§ 212 I, 22, 23 I StGB, und qualifizierter Misshandlung Schutzbefohlener, § 225 III StGB, nicht geprüft worden sei. Der BGH gab dieser Revision statt.

**Prüfungsrelevanz:**

Die im vorliegenden Fall vom BGH ausführlich diskutierte Frage, unter welchen Voraussetzungen die Feststellungen in einem Verfahren einem Gericht Anlass dazu bieten, das Vorliegen eines Tötungsvorsatzes zu erörtern, ist vor allem im zweiten Staatsexamen von

Bedeutung. Sie kann dort aber nicht nur - wie in der vorliegenden Entscheidung - in einer Revisionskonstellation relevant werden, sondern auch in Urteilklausuren oder im Rahmen einer staatsanwaltschaftlichen Abschlussverfügung bei der Prüfung eines hinreichenden Tatverdachts bzgl. eines (versuchten) vorsätzlichen Tötungsdelikts. Die Voraussetzungen des § 225 III StGB, die der BGH ebenfalls erörtert, können allerdings auch in Prüfungsaufgaben im ersten Examen eine Rolle spielen.

Ein klassisches Problem in der Praxis ist die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Gericht das Vorliegen eines Tötungsvorsatzes annehmen kann. Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit existieren, insb. im Rahmen der Tötungsdelikte, zahlreiche Auffassungen (vgl. hierzu die Übersicht bei Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 15 Rn 72 ff.). Der BGH vertritt insofern die sog. Billigungs- oder Einwilligungstheorie, nach der ein dolus eventualis dann gegeben ist, wenn der Täter den Erfolgseintritt für möglich hält und diesen billigend in Kauf nimmt (BGHSt 7, 363), wobei ein "Billigen im Rechtssinne" ausreicht, d.h. der Täter muss sich nur mit dem Erfolg abfinden, dieser kann ihm auch eigentlich unerwünscht sein (BGHSt 36, 1). Gerade bei den Tötungsdelikten sind jedoch im Hinblick auf die insofern bestehende hohe Hemmschwelle besonders hohe Anforderungen an die Annahme eines (Tötungs-) Vorsatzes zu stellen (vgl. Lackner/Kühl, § 212 Rn 3 mwN). Der BGH geht hierbei allerdings grundsätzlich davon aus, dass ein Tötungsvorsatz jedenfalls dann vorliegt, wenn der Täter bewusst besonders gefährliche Handlungen vornimmt (BGH, NSTZ-

RR 2006, 11 = RA 2006, 33; NJW 2006, 386 = RA 2006, 93). Der BGH betont im vorliegenden Fall, dass der (Eventual-) Vorsatz zur Tötung des eigenen Kindes die Überschreitung von Hemmschwellen voraussetzt, die sogar noch wesentlich höher sind als bei einem Opfer, das dem Täter nicht so nahe steht. Trotzdem hätten die erheblich lebensgefährlichen Handlungen, insb. der Nahrungsentzug über mehrere Tage hinweg, die zu einer auch für den Täter erkennbaren Lebensgefahr für das Opfer geführt hatten, Anlass für das Landgericht sein müssen, sich zumindest mit dem Vorliegen eines Tötungsvorsatzes auseinanderzusetzen, was dieses jedoch überhaupt nicht getan hatte.

Im Rahmen der Erörterung von § 225 I StGB stellt der BGH zunächst klar, dass die Tathandlung des Quälens, die das Verursachen länger dauernder oder sich wiederholender erheblicher Schmerzen oder Leiden voraussetzt (BGHSt 41, 113, 117; Tröndle/Fischer, § 225 Rn 8a), geeignet ist, mehrere Verhaltensweisen des Täters, die eigentlich selbstständige Handlungen darstellen würden, zu einer Tathandlung (und somit zu einer Handlungseinheit) zusammenzufassen.

Das Vorliegen einer qualifizierenden schweren Gesundheitsschädigung i.S.v. § 225 III Nr. 1 StGB wird allgemein dann angenommen, wenn das Opfer in eine ernste langwierige Krankheit verfällt oder seine Arbeitskraft erheblich beeinträchtigt wird (BGH, NJW 2002, 2043; Tröndle/Fischer, § 225 Rn 18; Schroth, NJW 1998, 2861, 2865; Wolters, JuS 1998, 582, 584). In Übereinstimmung mit der herrschenden Definition stellt der BGH in der vorliegenden Entscheidung klar, dass diese Voraussetzungen jedenfalls immer dann zu bejahen sind, wenn intensivmedizinische Maßnahmen oder umfangreiche und langwierige Rehabilitationsmaßnahmen zur Wiederherstellung der Gesundheit und/oder zur sonstigen Beseitigung der Tatfolgen notwendig sind.

#### **Vertiefungshinweise:**

Zu den Anforderungen an die Annahme eines (bedingten) Tötungsvorsatzes: *BGH*, NJW 2006, 386 = RA 2006, 93; *NStZ* 2002, 541; 2004, 331; *NStZ-RR* 2006, 11 = RA 2006, 33; 2007, 307; *Altwater*, *NStZ* 2002, 20; *Eser*, *NStZ* 1981, 430; *Köhler*, *JZ* 1981, 35

Zu den Voraussetzungen des § 225 III StGB: *BGH*, NJW 2002, 2043; *NStZ* 2004, 94; *Schroth*, NJW 1998, 2861; *Wolters*, JuS 1998, 582

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Familienglück"

#### **Leitsätze (der Redaktion):**

**1. Die für die Annahme eines bedingten Tötungsvorsatzes erforderliche Billigung der Tötung des eigenen Kindes setzt naturgemäß die Überschrei-**

**tung höchster Hemmschwellen voraus. Bei der insofern vom Tatsachengericht anzustellenden Gesamtbetrachtung sind insbesondere das Maß der objektiven Gefährlichkeit der Tathandlung, die vom Angeklagten erkannten Folgen seines Handelns, eine systematisch anmutende Misshandlung des Opfers über einen längeren Zeitraum sowie die Persönlichkeit des Angeklagten miteinzubeziehen.**

**2. Quälen im Sinne des § 225 I StGB bedeutet das Verursachen länger dauernder oder sich wiederholender erheblicher Schmerzen oder Leiden. Dieses Tatbestandsmerkmal wird typischerweise durch Vornahme mehrerer Handlungen verwirklicht; oft macht erst die ständige Wiederholung den besonderen Unrechtsgehalt aus. Deswegen stellt jedenfalls das auf Dauer angelegte Quälen als Handlungskomplex eine Handlungseinheit dar.**

**3. Eine schwere Gesundheitsschädigung im Sinne des § 225 III Nr. 1 2. Fall StGB liegt schon dann vor, wenn die Gesundheit des Betroffenen ernstlich, einschneidend oder nachhaltig beeinträchtigt ist. Diese Voraussetzung ist jedenfalls immer dann zu bejahen, wenn intensivmedizinische Maßnahmen oder umfangreiche und langwierige Rehabilitationsmaßnahmen zur Wiederherstellung der Gesundheit und/oder zur sonstigen Beseitigung der Tatfolgen notwendig sind.**

#### **Sachverhalt:**

Der Angeklagte ist der Vater der am 28. März 1999 geborenen M. Seine Tochter lebte bis Sommer 2005 von ihm getrennt bei ihrer Mutter. Nachdem das Jugendamt die Mutter für überfordert erachtet hatte, das Kind zu erziehen, erklärte sich der Angeklagte bereit, M zu sich zu nehmen. Altersgerecht entwickelt zog sie am 17. Oktober 2005 zu ihrem Vater, der mit seiner Lebensgefährtin und den gemeinsamen ein und zwei Jahre alten Töchtern zusammenlebte. Während die jüngeren Kinder angemessen versorgt wurden, bekam M nur unzureichend zu essen, so dass sie Hunger litt. Sie erhielt hauptsächlich über mehrere Tage hinweg nur "Buchstabensuppe". Auch wenn sie um weitere Nahrung bat, bekam sie nichts anderes zu essen. M magerte sichtbar ab, sie wurde immer schwächer und apathisch. Schon kurze Zeit nach ihrem Einzug misshandelte der Angeklagte das Mädchen mindestens einmal täglich schwer. Er ließ sie Rechen- und Schreibübungen durchführen, welche die gerade erst eingeschulte M nicht bewältigen konnte, was er zum Anlass für Misshandlungen und zur Nahrungsverweigerung nahm. M ging nicht zur Schule; der Angeklagte hatte sie dort entschuldigt. Gegenüber seiner Lebensgefährtin, die er mit Gewalttätigkeiten davon abhielt, M zu helfen, äußerte er mehrfach, dass er "die Missgeburt am liebsten im Kanal versenken würde".

Im Einzelnen führte der Angeklagte zwischen dem 28.



Oktober und 28. November 2005 folgende Handlungen aus, wobei er aus gefühlloser und fremdes Leiden missachtender Gesinnung seiner Tochter Schmerzen zufügen wollte:

(II. 1. der Urteilsgründe) Mit Händen und einem Badeschuh schlug er so häufig auf das nackte Gesäß Ms ein, dass die Haut an mehreren Stellen aufplatzte und blutete.

(II. 2.) Mit einem harten, länglichen Gegenstand schlug er auf die Hände seiner Tochter, wodurch diese stark anschwellen. Schließlich biss er ihr kräftig in die linke Hand, so dass eine später vereiterte Fleischwunde entstand.

(III. 3. - 5.) In drei Fällen duschte er die nackte M mit kaltem Wasser ab und sperrte sie ungeschützt, der kalten Witterung ausgesetzt, für mindestens jeweils 30 Minuten auf den Balkon, wobei er sie zwischendurch noch mit kaltem Wasser begoss. In einem Fall fasste er ihr anschließend an die Schamlippen und verdrehte diese, um ihr besondere Schmerzen zu bereiten und sie zu demütigen. In zwei Fällen versetzte er ihr mehrere Faustschläge in den Unterbauch.

(II. 6.) Er hob M an den Haaren hoch, ließ sie auf den Fußboden fallen und versetzte ihr mehrere Schläge mit dem Ellenbogen gegen den Kopf.

(II. 7. und 8.) Nachdem M Schreibübungen an zwei aufeinander folgenden Tagen nicht zu seiner Zufriedenheit erledigen konnte, bestimmte er sie jeweils dazu, eine Tasse mit heißer Flüssigkeit über mehrere Minuten auf dem Kopf zu balancieren. Infolge der Druck- und Hitzeeinwirkung starb das Kopfgewebe auf einer Fläche von 15 Zentimetern Durchmesser. Die Wunde infizierte sich, und es kam zur Eiterbildung zwischen Schädel und Kopfhaut; bei ungehinderter Entwicklung hätte diese Verletzung zum Tod geführt.

(II. 9. - 31.) In 23 Fällen schlug der Angeklagte kräftig, wahllos und teilweise auch mehrfach auf seine Tochter ein, wodurch diese zahlreiche, teilweise großflächige Hämatome und Hautverfärbungen, Rötungen, Schwellungen, Vernarbungen, Einblutungen der Augen und Vereiterungen erlitt.

(II. 32.) Er fesselte die Hände seiner auf dem Boden liegenden Tochter eine ganze Nacht hindurch mit Handschellen an das Bein eines Sofas und band ihre Beine an einem Tisch fest.

(II. 33.) Mehrere Tage vor dem 28. November 2005 gab der Angeklagte in Kenntnis des durch die mangelhafte Versorgung und die zahlreichen Verletzungen schlechten und ausgezehrten Zustands seiner Tochter ihr nichts mehr zu essen und zu trinken, um ihr weitere Leiden zuzufügen. Dadurch verschlechterte sich ihr Gesundheitszustand dramatisch, sie konnte sich nicht mehr ihre Schlafanzughose anziehen und später nicht mehr alleine stehen. Der Angeklagte erkannte, dass sich M in schwerer, ihr Leben beeinträchtigender Gefahr befand, wenn er ihr weiterhin Nahrung und Getränke versagen würde. Dennoch bestimmte er, dass

sie weder etwas zu essen noch etwas zu trinken bekam; dadurch litt das Mädchen ständig großen Hunger und Durst.

Am 28. November 2005 erschien eine Familienhelferin, die den schlechten Zustand Ms erkannte und sie dem Zugriff des Angeklagten entzog. M litt infolge der mangelnden Versorgung an borkigen Vertrocknungen mit Schorfablagerungen an den Lippen, ihre Leberenzymwerte waren erhöht, Albumin- und Hämatokritwerte herabgesetzt und die Gallenflüssigkeit verdickt. Ihr Zustand war sowohl wegen der Unterversorgung als auch wegen der Kopfverletzung potentiell lebensbedrohlich. Sie wurde bis zum 17. Dezember 2005 intensivmedizinisch und noch weitere zwei Wochen stationär behandelt. Aufgrund des Gesamtgeschehens war M psychisch stark beeinträchtigt und traumatisiert. Mit Hilfe mehrerer Hauttransplantationen konnte der Umfang der Kopfverletzung verringert werden.

#### **Aus den Gründen:**

##### *1. Entscheidung des Landgerichts; Rechtsmittel*

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Misshandlung von Schutzbefohlenen in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung in fünf Fällen, Misshandlung von Schutzbefohlenen in Tateinheit mit Freiheitsberaubung, Misshandlung von Schutzbefohlenen in drei Fällen und vorsätzlicher Körperverletzung in 24 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von neun Jahren verurteilt. Von sieben weiteren Tatvorwürfen hat es den Angeklagten freigesprochen. Gegen dieses Urteil wendet sich die Staatsanwaltschaft mit ihrer zu Ungunsten des Angeklagten eingelegten Revision, mit der sie die Verletzung sachlichen Rechts rügt, so unter anderem die fehlende Prüfung einer Strafbarkeit wegen eines versuchten Tötungsdelikts und die Nichtanwendung des § 225 Abs. 1 und 3 StGB für einige Taten. Das vom Generalbundesanwalt vertretene Rechtsmittel hat weitgehend Erfolg. [...]

##### *2. Rechtliche Würdigung des Landgerichts*

Das Landgericht hat die Taten zu II. 1., 2., 7., 8. und 33. seiner Urteilsgründe als Misshandlung von Schutzbefohlenen in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung gewertet. Die Voraussetzungen des § 225 Abs. 3 StGB hat es nicht als erfüllt angesehen, da das Leben der Geschädigten noch nicht konkret gefährdet gewesen sei und die Kopfverletzung durch ärztliches Eingreifen nicht zu einer dauerhaften Entstellung geführt habe. Zudem sei zwar der körperliche und seelische Zustand des Kindes durch die Tathandlungen schwer geschädigt, diese Folgen seien aber dem Gesamtgeschehen und nicht einer einzelnen Tat zuzuordnen. Die Taten zu II. 3. bis 5. und 32. hat die Strafkammer als Misshandlung von Schutzbefohlenen, bei der Tat zu II. 32. in Tateinheit mit Freiheitsberaubung gewertet. Die Taten zu II. 6. und 9. bis 31. hat es jeweils als vorsätz-

liche Körperverletzung gewürdigt.

### 3. Zur Beschränkung der Revision

Die auf die Verletzung materiellen Rechts gestützte Revision der Staatsanwaltschaft ist auf die Verurteilungsfälle beschränkt. Zwar hat die Revisionsführerin einen umfassenden Aufhebungsantrag gestellt. Der ausgeführten Sachrüge ist indes im Einvernehmen mit dem Generalbundesanwalt zu entnehmen, dass der Verfolgungswille der Staatsanwaltschaft nur die Verurteilungsfälle erfasst und die in der Revisionsbegründung an keiner Stelle erwähnten Teilfreisprüche nicht angegriffen sind (vgl. BGH wistra 2007, 112, 113 m.w.N.).

### 4. Zum Fehlen der Prüfung eines versuchten Tötungsdelikts

Die Revision der Staatsanwaltschaft greift durch, soweit es das Landgericht in Fall 33 unterlassen hat, seine Kognition auf das Vorliegen eines versuchten Tötungsdelikts - wie angeklagt und zur Hauptverhandlung zugelassen - zu erstrecken.

Angesichts der getroffenen Feststellungen hätten sich Ausführungen zu einem möglichen Tötungsvorsatz aufgedrängt. Insbesondere das Maß der objektiven Gefährlichkeit der Tathandlung, die vom Angeklagten erkannten Folgen seines Handelns, die geradezu systematisch anmutende Misshandlung des Mädchens in einem wenige Wochen betragenden Zeitraum sowie die Persönlichkeit des Angeklagten hätten in die gebotene Gesamtbetrachtung zum Vorliegen eines Tötungsvorsatzes miteinbezogen werden müssen.

#### a. Zum Bestehen einer Lebensgefahr für das Opfer

So hätte erwogen werden müssen, dass der Angeklagte in Kenntnis seiner Garantenstellung der durch seine Handlungen in wenigen Wochen bereits abgemagerten, geschwächten und an zahlreichen Verletzungen leidenden Tochter mehrere Tage weder Nahrungs- noch Flüssigkeitsaufnahme ermöglichte, obwohl sie danach verlangte. Den Angaben der Zeugen und Sachverständigen, denen die Strafkammer uneingeschränkt folgt, lassen sich gewichtige Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass dieser Zeitraum vier bis fünf Tage betragen hat. Die medizinischen Sachverständigen haben hierzu ausgeführt, dass die Verdickung der Flüssigkeit in der Gallenblase und der Zustand der Lippen der Geschädigten darauf schließen lassen, dass diese vier bis fünf Tage vor der Untersuchung am 28. November 2005 keine Nahrung und über längere Zeit hinweg wenig oder mitunter gar keine Flüssigkeit zu sich genommen habe; bei kleineren Kindern, wie der hier geschädigten M, könnten eine unzureichende Flüssigkeitszufuhr und ein Gewichtsverlust viel schneller gesundheitsschädigende Folgen haben als bei Erwachsenen. Dem entspricht, dass sich M am 28. November 2005 durch die mangelnde Versorgung in einem potentiell

lebensbedrohlichen Zustand befand.

#### b. Zur Erkennbarkeit der Lebensgefahr für den Angeklagten

Diese Gefährlichkeit war für den Angeklagten auch erkennbar. Das sechsjährige Mädchen war nach den Urteilsausführungen nur noch Haut und Knochen, sie konnte nicht mehr allein stehen und sich kaum aufrecht halten oder bewegen. Rechtsfehlerfrei hat die Strafkammer hieraus den nahe liegenden Schluss gezogen, dass der Angeklagte die schwere, das Leben beeinträchtigende Gefahr, in der sich M befand, erkannte, sie aber dennoch von Nahrung und Flüssigkeit abhielt, um ihr weitere Leiden zuzufügen, sie zu erniedrigen und zum Objekt seiner Willkür zu machen.

#### c. Zu weiteren Indizien für das Vorliegen eines (bedingten) Tötungsvorsatzes

Darüber hinaus hätten aus dem Gesamtverhalten des Angeklagten seiner Tochter gegenüber, auch wenn die meisten der gravierenden Misshandlungen für sich gesehen nicht lebensbedrohlich waren, sowie aus der Persönlichkeit des Angeklagten, die - wie festgestellt - durch einen besonderen Mangel an Empathie, vollständige Abwesenheit eines moralischen Wertesystems und ein seine Selbstwertdefizite kompensierendes Dominanzstreben gekennzeichnet ist, weitere Rückschlüsse auf die subjektive Tatseite gezogen werden können.

#### d. Zur Fehlerhaftigkeit der (fehlenden) Ausführungen des Landgerichts

Angesichts dieser Tatsachen ist das gänzliche Fehlen einer Erörterung, ob der Angeklagte den Tod seiner Tochter geistig vorweggenommen und gebilligt hat - auch unter Berücksichtigung, dass die Billigung der Tötung des eigenen Kindes naturgemäß die Überschreitung höchster Hemmschwellen voraussetzt (vgl. BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 50; BGH, Beschluss vom 13. März 2007 - 5 StR 320/06) - rechtsfehlerhaft, da sie die Besorgnis begründet, das Tatgericht habe die Möglichkeit einer Strafbarkeit gemäß §§ 211, 212, 22, 13 StGB nicht hinreichend bedacht.

#### e. Zum Vorliegen von Mordmerkmalen

Sollte das neue Tatgericht zur Annahme eines Tötungsvorsatzes gelangen, so wird es Gelegenheit haben, das Vorliegen von Mordmerkmalen, namentlich der Grausamkeit (vgl. dazu BGH NStZ 2007, 402, 403), zu prüfen.

### 5. Zur rechtlichen Würdigung im Übrigen

Auch die rechtliche Bewertung im Übrigen begegnet durchgreifenden Bedenken.

#### a. Zur Verneinung der Qualifikation gem. § 225 III Nr.

## 2 StGB

Zu Recht beanstandet die Staatsanwaltschaft, dass das Landgericht den festgestellten Sachverhalt nicht erschöpfend rechtlich gewürdigt hat, soweit es die Voraussetzungen des qualifizierten Tatbestandes des § 225 Abs. 3 Nr. 2 StGB abgelehnt hat. Die Ausführungen, zwar habe der Angeklagte eine erhebliche Schädigung der körperlichen und der seelischen Entwicklung bei der Geschädigten verursacht, dies könne aber keiner einzelnen Tat, sondern nur dem Gesamtgeschehen zugeordnet werden, lassen besorgen, dass das Landgericht die Deliktsstruktur des § 225 StGB verkannt und dadurch dem Unrechtsgehalt des festgestellten Geschehens nicht ausreichend Rechnung getragen hat. Gleiches gilt für die Würdigung, die Feststellungen zu II. 6. und 9. bis 31. führten lediglich zur Verurteilung wegen vorsätzlicher Körperverletzung in 24 Fällen, wobei eine Strafbarkeit nach § 225 StGB unerörtert bleibt.

Die Strafkammer hat jeden Einzelakt der schmerzhaften Einwirkung auf die Geschädigte isoliert betrachtet, eine rechtliche Zusammenfassung der Einzelakte zu einer deliktischen Einheit im Sinne einer tatbestandlichen Handlungseinheit (vgl. BGHSt 43, 1, 3; BGHR StGB § 99 Ausüben 6; zu § 225: Warda, FS-Hirsch, S. 391 ff.; Hirsch in LK, 11. Aufl. § 225 Rdn. 12) hat es indes nicht erwogen. Dazu hätte aber angesichts der tatbestandlichen Unrechtsumschreibung des § 225 Abs. 1 StGB - in der Tatbestandsvariante des Quälens - sowie der zeitlichen, situativen und subjektiven Zusammengehörigkeit der Einzelakte Anlass bestanden. Für den Fall einer zusammenfassenden rechtlichen Bewertung drängen sich auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen die Voraussetzungen der Qualifikation des § 225 Abs. 3 Nr. 2 StGB auf.

### aa. Zur Verknüpfung mehrerer Handlungen durch das Tatbestandsmerkmal "Quälen" i.S.v. § 225 I StGB

Quälen im Sinne des § 225 Abs. 1 StGB bedeutet das Verursachen länger dauernder oder sich wiederholender erheblicher Schmerzen oder Leiden (BGHR StGB § 225 Misshandlung 1; Tröndle/Fischer, StGB 54. Aufl. § 225 Rdn. 8a). Dieses Tatbestandsmerkmal wird typischerweise durch Vornahme mehrerer Handlungen verwirklicht; oft macht erst die ständige Wiederholung den besonderen Unrechtsgehalt aus (BGHSt 41, 113, 115; BGHR StGB § 225 Misshandlung 1; Hardtung in MünchKomm-StGB 2003 § 225 Rdn. 14). Deswegen stellt jedenfalls das auf Dauer angelegte Quälen als Handlungskomplex eine Handlungseinheit dar (Stree in Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. § 225 Rdn. 12).

### bb. Zu weiteren Indizien für das Bestehen einer Handlungseinheit

Für eine Verknüpfung der Handlungen des Angeklagten zu Lasten seiner Tochter in diesem Sinne spricht

die äußere und innere Geschlossenheit des Tatgeschehens. Neben der Identität des Opfers und der Kontinuität der Tatsituation - sämtliche Taten spielten sich in der Wohnung des Angeklagten ab - wird der Handlungskomplex vor allem durch die zeitliche Dichte der Misshandlungen geprägt. So kam es mindestens jeden Tag zu körperlicher Misshandlung, teilweise dauerten diese, wie die mangelhafte Versorgung, auch über den gesamten Tatzeitraum fort (anders im Tatsächlichen BGH NStZ-RR 2006, 42). Ferner kommt dem Umstand wesentliche Bedeutung zu, dass das Gesamtgeschehen durch die durchgehend ablehnende Haltung des Angeklagten seiner Tochter gegenüber und seine ohne Zäsur vorhandene gefühllose, ihr Leiden missachtende Gesinnung ein einheitliches subjektives Gepräge erhält.

Danach liegt sogar nahe, dass der Angeklagte einen den Tatzeitraum überspannenden Vorsatz hatte, M bei gegebenem Anlass erneut zu misshandeln.

### b. Zu den Voraussetzungen für eine schwere Gesundheitsschädigung i.S.v. § 225 III Nr. 1 StGB

Auch die Erwägungen des Landgerichts, mit denen es eine Anwendung des § 225 Abs. 3 Nr. 1 StGB namentlich bezogen auf die Einzelfälle II. 7, 8 und 33 ausschließt, begegnen durchgreifenden Bedenken.

Eine schwere Gesundheitsbeschädigung im Sinne des § 225 Abs. 3 Nr. 1 zweite Variante StGB liegt schon dann vor, wenn die Gesundheit des Betroffenen ernstlich, einschneidend oder nachhaltig beeinträchtigt ist (vgl. Schroth NJW 1998, 2861, 2865). Diese Voraussetzung ist jedenfalls immer dann zu bejahen, wenn intensivmedizinische Maßnahmen oder umfangreiche und langwierige Rehabilitationsmaßnahmen zur Wiederherstellung der Gesundheit und/oder zur sonstigen Beseitigung der Tatfolgen notwendig sind (vgl. Schroth, aaO). Solches war hier hinsichtlich der Kopfverletzungen und des durch Flüssigkeits- und Nahrungsverweigerung hervorgerufenen Allgemeinzustandes der Fall.

### 6. Zum Fehlen einer Sexualstraftat

Im Anschluss an BGH NStZ 2005, 268 verneint der Senat mit dem Generalbundesanwalt ein Sexualdelikt; allein insoweit bleibt die Revision der Staatsanwaltschaft erfolglos.

### 7. Aufhebung der Feststellungen und Zurückverweisung

Dem Senat ist es auf der Grundlage der bisher getroffenen Feststellungen verwehrt, zum Schuldspruch durchzuentcheiden. Die hier an materiellrechtliche Voraussetzungen geknüpfte Frage, ob insgesamt Tateinheit anzunehmen sein wird, und die Voraussetzungen eines Tötungsdeliktes - wofür insbesondere der Umstand, wie lange M Nahrung und Flüssigkeit gänzlich vorenthalten wurden und der subjektive Tatbe-

stand ergänzend aufzuklären sein werden - sowie die die Qualifikationstatbestände des § 225 Abs. 3 StGB begründenden Umstände bedürfen neuer tatrichterlicher Aufklärung und Bewertung.

Deshalb sind die bisherigen Feststellungen aufzuheben. Ausgenommen sind allerdings diejenigen zu den äußeren Tatumständen, die auch von der Staatsanwalt-

schaft nicht angegriffen werden. Dadurch erscheint eine erneute Vernehmung des geschädigten Kindes vermeidbar. Darauf sollte das neue Tatgericht Bedacht nehmen. Die noch näher aufzuklärenden zeitlichen Umstände des vollständigen Nahrungsentzuges werden mit der Gedächtnisleistung eines Kindes kaum zu ermitteln sein.

## Standort: § 240 StGB

## Problem: Nötigung durch Überholen

OLG DÜSSELDORF, BESCHLUSS VOM 09.08.2007  
5 Ss 130/07 - 61/07 I (NJW 2007, 3219)

### Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte mit seinem Pkw an einer roten Ampel hinter einem Motorrad gehalten. Als die Ampel auf Grün schaltete und die Fahrzeuge losfuhren, überholte der Angeklagte das Motorrad sofort, weil sich die Fahrbahn in unmittelbarer Nähe verengte. Als sie die Fahrbahnverengung erreichten, waren Pkw und Motorrad auf gleicher Höhe. Weil der Pkw immer näher an das Motorrad heranfuhr und der Motorradfahrer nicht weiter nach rechts ausweichen konnte, ohne auf den Gehweg zu gelangen, bremste dieser ab und ließ den Angeklagten vorbeifahren.

Das AG Neuss hatte den Angeklagten aufgrund dieses Verhaltens wegen Nötigung, § 240 I StGB, verurteilt. Auf die Berufung des Angeklagten hin hatte auch das Landgericht dieses Urteil bestätigt. Der hiergegen gerichteten Revision des Angeklagten gab das OLG Düsseldorf jedoch statt.

### Prüfungsrelevanz:

Straftaten im Straßenverkehr sind - insb. wegen ihrer hohen Bedeutung in der Praxis - auch in beiden Examen häufig Gegenstand von Prüfungsaufgaben. Hierbei geht es vor allem um die "klassischen" Verkehrsdelikte, §§ 315 ff. StGB, aber häufig auch um Probleme wie die Rechtsfigur der actio libera in causa, die Behandlung unklarer Sachverhalte oder - wie im vorliegenden Fall - den Tatbestand der Nötigung, § 240 I StGB.

Es entspricht ständiger Rechtsprechung, dass ein vorsätzliches Fehlverhalten wie Drängeln oder Abdrängen im Straßenverkehr den Tatbestand der Nötigung verwirklichen kann. Eine Gewaltanwendung i.S.v. § 240 I StGB durch eine bedrängende Fahrweise wird dann angenommen, wenn durch das Fahrverhalten eine Gefahrenlage geschaffen wird, die geeignet ist, einen durchschnittlichen besonnenen Fahrer in Sorge und Furcht zu versetzen und von ihm als körperlicher und nicht bloß seelischer Zwang empfunden wird, seinen Willen dem des Täters unterzuordnen (BGHSt 19, 263; OLG Köln, NZV 2000, 99; NZV 2006, 386 = RA 2006, 542). Diese Rechtsprechung stellt auch keine

verfassungswidrige Ausweitung des Nötigungstatbestandes dar (BVerfG, NVZ 2007, 370 = RA 2007, 261). Allerdings stellen die Gerichte in diesem Zusammenhang immer wieder klar, dass für die Annahme willensbeugender Gewalt im Straßenverkehr die Intensität der Einwirkung des beanstandeten Fehlverhaltens im Einzelfall entscheidend ist (OLG Karlsruhe, NSTZ-RR 1998, 58; OLG Frankfurt, NZV 2004, 158; OLG Köln, NZV 2006, 386 = RA 2006, 542).

Das OLG Düsseldorf betont in der vorliegenden Entscheidung, dass es für die Strafbarkeit eines Fehlverhaltens im Straßenverkehr als Nötigung entscheidend sei, dass die Einwirkung auf das Opfer durch den Täter, also das Abnötigen eines bestimmten Verhaltens bei einem anderen Verkehrsteilnehmer, nicht bloße Folge der Handlung des Täters sein darf, sondern das Ziel seines Tuns darstellen muss. Deshalb könne es zwar eine Nötigung darstellen, wenn etwa der Täter auf der Autobahn dicht und unter Betätigung der Lichthupe auf seinen Vordermann auffahre, da es dort sein Ziel sei, diesen zum Wechseln der Fahrspur zu bewegen. Im vorliegenden Fall sei es jedoch nur das Ziel des Angeklagten gewesen, durch das Überholen schneller voranzukommen. Dass er den Motorradfahrer zum Abbremsen zwang, sei nur eine bloße Nebenfolge seiner rücksichtslosen Fahrweise gewesen, sodass eine Nötigung nicht vorliege.

Wenn auch das Ergebnis des OLG Düsseldorf wohl richtig ist, besonders griffig ist das genannte Kriterium nicht. Auch im Falle des Autobahn-Dränglers wäre es möglich zu sagen, sein Ziel sei es nicht, den Vordermann abzudrängen, sondern lediglich, schneller voranzukommen. Auch in Zukunft wird die Strafbarkeit vorsätzlichen Fehlverhaltens im Straßenverkehr also - wie bisher - wohl wesentlich vom Einzelfall abhängen.

### Vertiefungshinweise:

☐ Zur Nötigung durch vorsätzliches Fehlverhalten im Straßenverkehr: *BVerfG*, NZV 2007, 370 = RA 2007, 261; *BGHSt* 19, 263; *BGH*, NJW 2003, 1613; *NStZ* 2003, 266; *OLG Köln*, NZV 2006, 386 = RA 2006, 542; *Berz/Saal*, NZV 2003, 196; *Dreher*, JuS 2003, 1159; *Martin*, JuS 2003, 620

### Leitsatz:

Der "bloß" rücksichtslose Überholer macht sich in

**aller Regel nicht nach §§ 240 StGB wegen Nötigung strafbar, denn die Einwirkung seines Fahrverhaltens auf andere Verkehrsteilnehmer ist im Zweifel nicht der Zweck, sondern nur die in Kauf genommene Folge seiner Fahrweise.**

#### **Sachverhalt:**

Am 22. Juni 2005 befuhr der Angeklagte die Weberstraße in Fahrtrichtung Bergheimer Straße in Neuss. An der Kreuzung Weberstraße/Bergheimer Straße zeigte die für ihn geltende Lichtzeichenanlage Rot. Er musste daher sein Fahrzeug hinter dem in erster Position an der Ampel mittig auf dem Fahrstreifen stehenden Motorrad anhalten. Das Motorrad wurde von dem Zeugen E gesteuert, auf dem Soziasitz saß seine Ehefrau, die Zeugin K. Als die Lichtzeichenanlage auf Grün wechselte, beschleunigten sowohl der Zeuge E als auch der Angeklagte ihre Fahrzeuge relativ zügig. Nach dem Passieren der gegenüberliegenden linksseitig angeordneten Verkehrsinsel zog der Angeklagte seinen Wagen nach links auf die Gegenfahrbahn, um das Motorrad zu überholen. Bereits in diesem Zeitpunkt war deutlich erkennbar, dass sich die Fahrbahn nach ca. 20 Metern deutlich verengen würde und der Überholvorgang nur bei einem deutlichen Abbremsen des Motorrads ausgeführt werden könnte. In dem Bereich hinter der rechtsseitig liegenden Tankstellenauffahrt, wo sich der Bürgersteig nach der Auffahrtsenkung wieder anhebt, kam es dazu, dass der Pkw des Angeklagten und das Motorrad auf gleicher Höhe nebeneinander fuhren. Nachdem die Fahrzeuge nunmehr auf die Fahrbahnverjüngung zufuhren, zog der Angeklagte seinen Pkw nach rechts und drängte dadurch das Motorrad ebenfalls immer weiter nach rechts in Richtung Bordsteinkante. Dadurch blieben zwischen dem Pkw des Angeklagten und dem Motorrad des Zeugen E nur wenige Zentimeter Abstand. Nachdem der Pkw des Angeklagten dem Motorrad des Zeugen E gefährlich näher kam, musste der Zeuge E, um nicht gegen die Bordsteinkante zu fahren und zu verunglücken, sein Motorrad stark abbremsen, um den Pkw des Angeklagten passieren zu lassen.

Als der Angeklagte an der nächsten Lichtzeichenanlage wieder bei Rotlicht anhalten musste, hielt der Zeuge E neben diesem auf der Linksabbiegerspur und fragte den Angeklagten, was das eben zu bedeuten gehabt habe. Der Angeklagte antwortete dem Zeugen E daraufhin sinngemäß: Sie haben rechts zu fahren!

#### **Aus den Gründen:**

##### *1. Entscheidungen der Vorinstanzen*

Das Amtsgericht hat den Angeklagten wegen Nötigung zu einer Geldstrafe verurteilt und ein 3-monatiges Fahrverbot verhängt. Das Landgericht hat die Berufung des Angeklagten verworfen. Dessen Revision hat mit der Sachrüge vorläufig Erfolg. [...]

##### *2. Entscheidung des OLG*

Diese Feststellungen tragen nicht den Schuldspruch wegen Nötigung.

##### *a. Vorsätzliche Regelverstöße im Straßenverkehr grundsätzlich keine Nötigung*

Nicht jeder vorsätzliche Regelverstoß im Straßenverkehr, der ein Nötigungselement enthält, ist deshalb eine Nötigung im Sinne des § 240 StGB (vgl. BGHSt 23, 4, 7; 48, 233, 238). Die jedermann zugängliche Erfahrung lehrt, dass "im heutigen Straßenverkehr sich Verkehrsteilnehmer ständig gegenseitig irgendwie behindern" (Rüth, in: LK, 10. Aufl. [1988], §§ 315b Rdnr. 18; König NSTZ 2004, 175, 177). Für solche Fälle stellt die Rechtsordnung ein abgestuftes System von Sanktionen bereit: Wer vorsätzlich gegen eine Verkehrsregel verstößt und dadurch einen anderen behindert, handelt regelmäßig nach § 49 StVO ordnungswidrig im Sinne von § 24 StVG (vgl. nur Nr. 1.2, 2.1, 3.2, 30, 33, 37.1, 38.1, 49, 51, 52 BKatV). Begeht er dabei eine der "sieben Todsünden" im Straßenverkehr und führt das zu einem "Beinahe-Unfall" (BGHSt 48, 119, 124 f mwN), macht er sich nach § 315c StGB wegen Gefährdung des Straßenverkehrs strafbar. Setzt er das von ihm geführte Kraftfahrzeug in verkehrsförderlicher Einstellung bewusst zweckwidrig mit der Folge eines "Beinahe-Unfalls" ein, ist er nach § 315b StGB wegen eines gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr zu bestrafen (BGHSt 48, 233, 236 f mwN).

##### *b. Voraussetzungen für die Begehung einer Nötigung durch (Fehl-) Verhalten im Straßenverkehr*

Nach allgemeiner Meinung, die der Senat teilt, erfüllen bestimmte Verhaltensweisen im Straßenverkehr den Straftatbestand der Nötigung im Sinne des § 240 StGB (vgl. Maatz NZV 2006, 337 m. zahlr. Nachw.). Das sind namentlich die Fälle, in denen ein Kraftfahrer dicht und bedrängend auf seinen Vordermann auffährt (zuletzt BVerfG NJW 2007, 1669 mwN = DAR 2007, 386 m. Anm. Huhn), seinen Hintermann - aus welchen Gründen auch immer - absichtlich "ausbremst" oder vorsätzlich einen unerwünschten Verfolger "abdrängt". Gemeinsamer Nenner dieser und ähnlicher Fälle ist, dass die Einwirkung auf den anderen Verkehrsteilnehmer nicht die bloße Folge, sondern der Zweck des verbotswidrigen Verhaltens ist (vgl. BGHSt 7, 379, 380; 21, 301, 302; 41, 231, 234; 48, 233, 238; BGH VRS 64 [1983], 267, 268; jeweils zur Abgrenzung des gefährlichen Eingriffs von der Gefährdung des Straßenverkehrs; MK-Gropp/Sinn [2003], §§ 240 Rdnr. 103; SK-Horn/Wolters, 7. Aufl. [2003], §§ 240 Rdnr. 7). Der Erfolg - dass der andere den Weg frei macht, bremsen muss oder nicht überholen kann - ist für den Täter "das Ziel seines Handelns" (BGHSt 7, 379, 380). Auf den "bloß" rücksichtslosen Überholer trifft das in aller Regel nicht zu. Sein Ziel

ist, schneller voranzukommen. Dass dies auf Kosten anderer geschieht, ist nur die in Kauf genommene Folge seiner Fahrweise. Ein Schuldspruch wegen Nötigung scheidet in einem solchen Fall aus (teilw. aA OLG Stuttgart NZV 1995, 285; OLG Köln NZV 1995, 405; VRS 98 [2000], 124).

*c. Zum Fehlen der erforderlichen Feststellungen im vorliegenden Fall*

Die Feststellungen bieten keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass - und warum - der Angeklagte mit seinem Fahrmanöver einen anderen Zweck als den verfolgt haben könnte, schneller voranzukommen. Der Schuldspruch wegen Nötigung kann deshalb nicht bestehen bleiben.

*3. Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung; Hinweis zur Strafzumessung*

Nach §§ 353, 354 Abs. 2 Satz 1 StPO ist das angefochtene Urteil mit den Feststellungen aufzuheben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung,

auch über die Kosten der Revision, an eine andere kleine Strafkammer des Landgerichts Düsseldorf zurückzuverweisen, denn der angeklagte Lebensvorgang ist bisher nicht unter dem - nicht nur fernliegenden - rechtlichen Gesichtspunkt der vorsätzlichen oder zumindest fahrlässigen Gefährdung des Straßenverkehrs durch falsches Überholen, § 315c Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b), Abs. 3 StGB beurteilt worden.

Im Falle eines Schuldspruchs wird der Zeitablauf Anlass sein zu prüfen, ob von der Verhängung des Fahrverbots abzusehen oder ein kürzeres Fahrverbot anzuordnen ist, wenn der Angeklagte seither keine weiteren Verkehrsverstöße begangen hat (zum Einfluss des Zeitablaufs auf die Entscheidung, ob ein Fahrverbot anzuordnen ist, vgl. BGH wistra 2002, 57 = ZfS 2004, 133; BayObLG DAR 2002, 275 mit zahlreichen Nachw.; OLG Schleswig DAR 2002, 326; OLG Hamm StV 2004, 489; Janiszewski/Jagow/Burmann, StVR, 19. Aufl. [2006], §§ 25 StVG Rdnr. 1b mwN).

## *Urteile in Fallstruktur*

### **Standort: Öffentliches Recht Problem: Art. 8 GG - Rechtmäßigkeit der Diensthandlung**

BVERFG, BESCHLUSS VOM 30.04.2007  
BvR 1090/06 (NVWZ 2007, 1180)

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

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, welche verfassungsrechtlichen Anforderungen an die "Rechtmäßigkeit der Diensthandlung" i.S.d. § 113 III StGB zu stellen sind. Konkret hatte sich ein Versammlungsteilnehmer gegen seine polizeiliche Ingewahrsamnahme mit einem Fußtritt zur Wehr gesetzt und gegen seine Verurteilung nach § 113 I StGB Verfassungsbeschwerde mit dem Argument erhoben, die Ingewahrsamnahme sei rechtswidrig gewesen, weil sein Verhalten - er hatte unter Einsatz eines Megaphons eine Wahlkampfveranstaltung der CDU gestört - durch Art. 8 I GG geschützt gewesen sei.

I. Zum strafrechtlichen Hintergrund: Die Fachgerichte beurteilen die Rechtmäßigkeit der Diensthandlung nicht nach einem öffentlich-rechtlichen, sondern nach einem eingeschränkten strafrechtlichen Maßstab. Danach genügt für die Rechtmäßigkeit die Einhaltung der "wesentlichen Förmlichkeiten", die vom Amtswalter in der konkreten Situation erwartet werden können. Welche das sind, hängt letztlich vom Einzelfall ab und ist im Einzelnen auch umstritten (vgl. dazu Tröndle/Fischer, StGB, 54. Aufl. 2007, Rn. 11 zu § 113 m.w.N.; Eser in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. 2006, Rn. 23 ff. zu § 113). Dennoch lässt sich ein "roter Faden" finden: So hängt die Rechtmäßigkeit jedenfalls von der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit des Beamten zum Eingreifen ab. Als wesentliche Förmlichkeiten werden weiterhin angesehen: Das Vorliegen eines vollstreckbaren Titels bei der Zwangsvollstreckung, die Eröffnung des zur Last gelegten Fehlverhaltens bei Identifizierungsmaßnahmen, das Eröffnen des Vorführungsbefehls nach § 134 StPO oder die Zuziehung von Zeugen zur Zwangsvollstreckung oder zur Durchsuchung (vgl. Tröndle/Fischer, a.a.O., Rn. 17; Eser, a.a.O., Rn. 26 jeweils m.w.N.). Ferner wird in der Rechtsprechung eine pflichtgemäße Prüfung der sachlichen Eingriffsvoraussetzungen verlangt. Entscheidend ist, ob der Beamte im Bewusstsein seiner Verantwortung und unter bestmöglicher pflichtgemäßer Abwägung aller ihm erkennbaren Umstände die Handlung für nötig und sachlich gerechtfertigt halten durfte (vgl. BGHSt 21, 334 [363]; BGH, NJW 1962, 1020 [1021]; KG, NStZ 2006, 414 [414 f.]; OLG Köln, NStZ 1986, 234 [235]).

II. Dieser eingeschränkte Prüfungsmaßstab sei - so das BVerfG - verfassungsrechtlich grds. nicht zu beanstanden.

III. Eine andere Frage aber sei, ob die Grundrecht nicht dazu führen könnten, dass bestimmte Umstände als "wesentliche Förmlichkeiten" im o.g. Sinne anzuerkennen seien. Für Art. 8 I GG nimmt das BVerfG namentlich im vorliegenden Beschluss an, dass die sog. "Polizeifestigkeit der Versammlung" dazu gehört. Diese besagt, dass das Versammlungsgesetz als lex specialis bei öffentlichen Versammlungen die Anwendbarkeit des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts sperrt. Will die Polizei gleichwohl nach allgemeinem Polizei- und Ordnungsrecht vorgehen, etwa eine im VersG nicht geregelte Standardmaßnahme (hier: Ingewahrsamnahme) treffen, muss sie deshalb die Versammlung zuvor auflösen (z.B. nach § 15 III VersG) oder zumindest den Betroffenen zuvor aus der Versammlung ausschließen (z.B. nach § 18 III VersG). Dies war hier nicht geschehen. Mithin war die Ingewahrsamnahme des Bf. rechtswidrig, seine Verurteilung nach § 113 I StGB mithin wegen fehlerhafter Anwendung des § 113 III StGB im Lichte des Art. 8 I GG verfassungswidrig.

#### ***Prüfungsrelevanz:***

Der Fall liegt auf der Schnittstelle zwischen öffentlichem Recht und Strafrecht. In der vorliegenden Konstellation, in der nach einer Verletzung von Art. 8 I GG gefragt ist, hat er einen eindeutig öffentlich-rechtlichen Schwerpunkt. Die Ausführungen zur Auslegung des § 113 III StGB im Lichte des Art. 8 I GG sind deshalb recht breit, die Ausführungen zu den strafrechtlichen Problemen hingegen recht knapp ausgefallen. Weder der Aufbau noch die Schwerpunktsetzung dieser Falllösung eignen sich daher zur Übernahme in eine strafrechtliche Klausurlösung.

Neben der Sperrwirkung des VersG und ihrer Auswirkung auf Normen des StGB sind die Ausführungen des BVerfG zum Schutzbereich des Art. 8 I GG noch sehr lehrreich. Sie lassen die Tendenz erkennen, möglichst jeder Versammlung zunächst einmal den Schutz des Art. 8 I GG zukommen zu lassen und die Probleme auf Rechtfertigungsebene anzusiedeln. So hatte das Gericht bspw. keine Probleme damit, eine "Versammlung" zu bejahen, obwohl der Bf. und seine Mitstreiter eine andere Versammlung (nämlich die Wahlkampfveranstaltung der CDU) gestört haben. Nur wenn sie

es auf "Vereitelung" der anderen Versammlung angelegt hätten, so das BVerfG, sei ihr Verhalten möglicherweise nicht von Art. 8 I GG geschützt; eine bloße Störung Dritter genüge hingegen nicht, um die Eröffnung des Schutzbereichs zu verneinen. Ferner sei die Versammlung deshalb auch nicht unfriedlich i.S.d. Art. 8 I GG.

#### **Vertiefungshinweise:**

- Ingewahrsamnahme von Versammlungsteilnehmern: OLG Celle, RA 2006, 270 = NVwZ-RR 2006, 254
- Notwendigkeit und Bestimmtheit einer Auflösungsverfügung vor Anwendung von Standardmaßnahmen: *OVG Berlin*, NVwZ-RR 2003, 896
- Polizeifestigkeit von Versammlungen: *BVerwGE* 82, 34 [38]; *VGH Mannheim*, DVBl 1998, 837, [839]
- Durchsetzung von Platzverweisen durch Ingewahrsamnahme: *BayObLG*, NVwZ 2000, 467; *VGH Mannheim*, NVwZ 2003, 115; *VG Frankfurt a. M.*, NVwZ-RR 2002, 575; NVwZ 1998, 770

#### **Kursprogramm:**

- Examenskurs* : "Kapitulation"
- Examenskurs* : "XYZ"

#### **Leitsätze (der Redaktion):**

- 1. Es ist grundsätzlich verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass die Fachgerichte im Rahmen des § 113 III StGB von einem eingeschränkten Rechtmäßigkeitsmaßstab ausgehen und nicht verlangen, dass alle in dem jeweiligen in Bezug genommenen Rechtsgebiet normierten Anforderungen an die Rechtmäßigkeit der Diensthandlung erfüllt sein müssen.**
- 2. Die Strafgerichte haben jedoch bei der konkretisierenden Auslegung und Anwendung des strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriffes im Rahmen des § 113 III StGB die Bedeutung und die Tragweite der grundrechtlich geschützten Versammlungsfreiheit zu beachten.**
- 3. Maßnahmen, die die Teilnahme an einer Versammlung beenden - wie ein Platzverweis oder eine Ingewahrsamnahme - sind rechtswidrig, solange nicht die Versammlung gemäß § 15 Abs. 3 VersG aufgelöst oder der Teilnehmer auf versammlungsrechtlicher Grundlage von der Versammlung ausgeschlossen wurde.**

#### **Sachverhalt:**

Der Beschwerdeführer (Bf.) tritt als Wahlgegner, Gegner des herrschenden Wirtschafts- und Gesellschafts- und Anarchist für eine herrschaftsfreie Gesellschaft ein.

Am 11. Januar 2003, fand in der Fußgängerzone der

Gießener Innenstadt eine Wahlveranstaltung der CDU zur Bundestagswahl 2002 statt. Anwesend waren unter anderem der Hessische Innenminister sowie der Polizeipräsident Gießens. Mit etwa zehn bis zwölf weiteren Personen begab sich der Beschwerdeführer in die Nähe dieses Wahlstandes, um eine Aktion durchzuführen. Die Gruppe war mit einem Megaphon und einem Transparent mit der Aufschrift "Freiheit stirbt mit Sicherheit" ausgerüstet. Während die Begleiter des Beschwerdeführers das Transparent ausbreiteten, begann der Beschwerdeführer mit einer Ansprache durch das Megaphon. Dabei stand er etwa zehn bis zwölf Meter vor dem Wahlstand und sprach in Richtung des Stands sowie der sich dort aufhaltenden Personen. Er sprach insgesamt mindestens zehn Minuten lang.

Die Teilnehmer der Wahlkampfveranstaltung empfanden diese Aktion als störend, insbesondere wegen des Einsatzes des Megaphons. Die daraufhin herbeigerufenen Polizeibeamten forderten den Bf. zunächst zur Herausgabe des Megaphons auf. Nachdem er dies verweigerte und es auch nicht gelang, es ihm abzunehmen, weil der Bf. es krampfhaft umklammerte, erklärte der Einsatzleiter dem Bf., er werde in Gewahrsam genommen, wenn er sich weiterhin widersetze. Nachdem auch diese Androhung erfolglos blieb, ergriffen der Einsatzleiter und ein weiterer Beamter den Beschwerdeführer, um ihn zu einem unweit abgestellten Polizeifahrzeug zu bringen. Es entwickelten sich tumultuarische Szenen, weil sich auch einige Mitstreiter des Bf. einmischten. Der Bf. selbst widersetzte sich seiner Verbringung in das Polizeifahrzeug u.a. mit einer abwehrenden Bewegung des Beins in Richtung des Kopfes des Einsatzleiters. Ihm war dabei bewusst, dass er schwere, halbhohe Schnürstiefel trug, deren Sohlen vorn mit einem Eisen verstärkt waren. Er traf den Einsatzleiter nicht mit großer Wucht, aber doch schmerzhaft, mit der Schuhspitze in der Mitte der Stirn. Schließlich konnte der Bf. doch überwältigt werden. Er wurde bis zum Schluss der Informationsveranstaltung der CDU in Polizeigewahrsam gehalten.

Auf die noch am gleichen Nachmittag vom Einsatzleiter erstattete Strafanzeige gegen den Beschwerdeführer hin wurde dieser wegen Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten verurteilt.

Der Bf. meint, das Urteil verletze ihn in seinem Grundrecht aus Art. 8 I GG, weil das Gericht einen offensichtlich rechtswidrigen Polizeiangriff auf eine Versammlung als rechtmäßig bewertet hätte. Gemäß § 113 III StGB sei die Tat nicht nach dieser Vorschrift strafbar, wenn die Diensthandlung nicht rechtmäßig sei. Es habe an einer Auflösung der Versammlung gefehlt. Vor einer solchen Auflösung sei die Anwendung direkter Polizeigewalt gegen ihn als Redner einer Demonstration unzulässig. Für eine Ingewahrsamnahme des Teilnehmers einer nicht aufgelösten Versammlung



fehle es an einer Rechtsgrundlage.

Hat der Bf. Recht?

*[Bearbeitervermerk: Es ist davon auszugehen, dass der Tritt mit dem Fuß gegen die Stirn des Einsatzleiters jedenfalls mangels Erforderlichkeit und Gebotenheit keine durch Notwehr gem. § 32 StGB gerechtfertigte Verteidigungshandlung war.]*

### **Lösung:**

Der Bf. hätte Recht, wenn er durch die Verurteilung in seinem Grundrecht aus Art. 8 I GG verletzt worden wäre. Dann müsste ein nicht gerechtfertigter Eingriff in den Schutzbereich der Versammlungsfreiheit vorliegen.

### *A. Schutzbereich betroffen*

#### *I. Personal*

Der Bf. ist Deutscher i.S.d. Art. 116 GG und kann sich daher auf Art. 8 I GG berufen.

#### *II. Sachlich*

In sachlicher Hinsicht gewährt Art. 8 I GG das Recht, sich friedlich und ohne Waffen zu versammeln.

#### *1. Versammlung*

“Die vom Beschwerdeführer aus Protest gegen die Durchsuchung der "Projektwerkstatt" initiierte Veranstaltung am 11. Januar 2003 war eine örtliche Zusammenkunft mehrerer Personen zur gemeinschaftlichen, auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichteten Erörterung oder Kundgebung und damit eine Versammlung (vgl. BVerfGE 104, 92 [104]). Der Schutz des Grundrechts besteht unabhängig davon, ob die Versammlung anmeldepflichtig und angemeldet war (vgl. BVerfGK 4, 154 [158]). Insofern bedarf es vorliegend keiner Klärung, ob die Voraussetzungen einer Spontan- oder Eilversammlung erfüllt waren. Die Versammlung fiel auch nicht deshalb aus dem Gewährleistungsbereich des Art. 8 GG heraus, weil durch den Einsatz des Megaphons die Wahlveranstaltung der CDU gestört wurde. Zwar können auch Rechtsgutverletzungen oder -gefährdungen, die aus einem Verhalten im Schutzbereich der Versammlungsfreiheit herrühren, im Rahmen der die Versammlungsfreiheit gemäß Art. 8 Abs. 2 GG beschränkenden Gesetze abgewehrt werden. Der Schutz der Versammlungsfreiheit wird dadurch jedoch nicht beseitigt.”

#### *2. Friedlich*

Die Versammlung müsste auch friedlich gewesen sein. Unfriedlich ist eine Versammlung in Anlehnung an § 13 I Nr. 2 VersG, wenn sie einen gewalttätigen oder aufrührerischen Verlauf nimmt oder zu nehmen droht.

#### *a. Versammlungszweck*

Eine Unfriedlichkeit könnte sich zunächst daraus ergeben, dass eine andere Versammlung - die Wahlkampfveranstaltung der CDU - gestört worden ist. Das BVerfG lässt eine bloße Störung einer anderen Versammlung aber nicht genügen, um bereits eine Schutzbereichsbetroffenheit zu verneinen. Etwas anderes könne sich ergeben, wenn die andere Versammlung gänzlich verhindert werden solle; dies ließe sich hier aber nicht feststellen:

“Es bedarf vorliegend keiner Entscheidung, ob der Informationsstand ebenfalls eine Versammlung war. Ebenso ist nicht entscheidungserheblich, ob oder unter welchen Umständen Versammlungen unter freiem Himmel den Schutz des Art. 8 GG verlieren können, wenn sie ausschließlich die Verhinderung einer anderen Versammlung bezwecken (vgl. BVerfGE 84, 203 [209 ff.]). Denn die Gerichte haben vorliegend bereits nicht festgestellt, dass es dem Beschwerdeführer mit seiner Versammlung darum gegangen wäre, die Wahlveranstaltung durch seine Einwirkung zu verhindern.”

#### *b. Verhalten gegenüber den Polizeibeamten*

Unfriedlich könnte jedoch das Verhalten des Bf. und seiner Mitstreiter gegenüber den Polizeibeamten gewesen sein. Es haben sich “tumultartige Szenen” entwickelt, und der Bf. hat sich zunächst der Wegnahme des Megaphons widersetzt und anlässlich seiner Inge-wahrsamnahme den Einsatzleiter mit dem Fuß gegen den Kopf getreten.

#### *aa. Verhalten der übrigen Teilnehmer*

Das BVerfG stellt hinsichtlich des Verhaltens der übrigen Teilnehmer nur auf den Beginn des Polizeieinsatzes ab, nicht auf dessen Verlauf:

“Der auf das Recht, sich "friedlich und ohne Waffen" zu versammeln, bezogene Schutz durch Art. 8 GG entfiel vorliegend nicht wegen Unfriedlichkeit der Versammlung oder eines unfriedlichen Verhaltens des Beschwerdeführers. Es kann dahinstehen, ob die Versuche einiger der Teilnehmer der Versammlung, den Abtransport des Beschwerdeführers zu verhindern, für sich genommen die Grenze zur Unfriedlichkeit überschritten. Jedenfalls war im Zeitpunkt des Beginns der gegen den Beschwerdeführer gerichteten Maßnahmen, auf deren Rechtmäßigkeit es vorliegend ankommt, nicht damit zu rechnen, dass die Demonstration einen gewalttätigen oder aufrührerischen Verlauf nehmen würde oder dass der Veranstalter oder sein Anhang einen solchen Verlauf angestrebt oder gebilligt hätten. Im Übrigen bleibt der Schutz der Versammlungsfreiheit grundsätzlich erhalten, wenn nur einzelne Demonstranten oder eine Minderheit im Verlauf der Versammlung Ausschreitungen begehen (vgl. BVerfGE 69, 315 [361]).”

*bb. Verhalten des Bf.*

Hinsichtlich des Verhaltens des Bf. ist zwischen der Nichtherausgabe des Megaphons und dem Fußtritt zu differenzieren:

*(1). Nichtherausgabe des Megaphons*

“Der Beschwerdeführer selbst überschritt die Schwelle zur Unfriedlichkeit nicht dadurch, dass er das Megaphon umklammert hielt und sich gegen seinen Abtransport zum Polizeifahrzeug sträubte. Dadurch wollte er seinen Willen zur weiteren Teilnahme an der Versammlung durchsetzen, nicht aber den Charakter der bis dahin friedlichen Versammlung oder seiner auf die Erfüllung des Versammlungszwecks gerichteten Handlungen ändern.”

*(2). Fußtritt*

“Mit seinem Fußtritt beging der Beschwerdeführer allerdings im Zuge seines schon zuvor begründeten Widerstands eine Gewalttätigkeit gegen den Einsatzleiter, der ihn aus der Versammlung entfernen wollte und im Zeitpunkt des Tritts schon entfernt hatte. Die Tätlichkeit war eine Reaktion auf die nach Auffassung des Beschwerdeführers rechtswidrige Maßnahme des Polizeibeamten und stand mit dem Zweck der Versammlung als solcher oder der Art ihrer beabsichtigten Durchführung in keinem inhaltlichen Zusammenhang.”

*3. Ohne Waffen*

Die Versammlung müsste ferner ohne Waffen stattgefunden haben. Als Waffe in diesem Sinn kommt hier nur das Schuhwerk des Bf. in Betracht, das aus schweren Halbschuhen bestand, deren Sohle mit Eisen verstärkt war.

Was unter “Waffen” in diesem Sinne zu verstehen ist, ist umstritten. Eine Ansicht will nur Gegenstände genügen lassen, die Waffen im technischen Sinne sind, wie Schusswaffen, Messer, Schlagringe usw. Darunter fiel das Schuhwerk offensichtlich nicht. Die wohl herrschende Gegenauffassung fasst den Begriff hingegen weiter, im Sinne eines gefährlichen Werkzeugs, das objektiv geeignet sein muss, mehr als nur unerhebliche Verletzungen zu verursachen. Dazu könnte auch schweres Schuhwerk gehören. Allerdings geht auch diese Ansicht nicht davon aus, dass jede Versammlung, bei der etwa Regenschirme oder Spazierstöcke mitgeführt werden, aus dem Schutzbereich des Art. 8 I GG hinausfällt. Als Korrektiv des weiten Waffenbegriffs wird daher eine subjektive Verwendungsneigung gefordert, wie man sie etwa annehmen kann, wenn Baseballschläger oder Fahrradketten mitgeführt werden. Dem Bf. ist jedoch nicht nachzuweisen, dass er sein schweres Schuhwerk bewusst gewählt habe, um damit ggf. Tritte austeilten und Dritte verletzen zu können. Jedenfalls an dieser subjektiven Komponente fehlt es hier also, sodass nach allen Ansichten keine

“Waffe” vorliegt.

Der Schutzbereich des Art. 8 I GG ist somit betroffen.

*B. Eingriff*

“Die polizeiliche Maßnahme, auf deren Rechtmäßigkeit es nach § 113 Abs. 3 StGB ankommt, war auf die Entfernung des Beschwerdeführers aus der Versammlung gerichtet und stellte daher einen Eingriff in dessen Grundrecht auf Versammlungsfreiheit dar. Die hier allein angegriffene strafrechtliche Verurteilung des Beschwerdeführers wegen des gegen die Entfernung aus der Versammlung gerichteten Widerstands bewirkte einen eigenständigen Eingriff in die Versammlungsfreiheit.”

*C. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung*

Der Eingriff ist gerechtfertigt, wenn er von den Schranken des Grundrechts gedeckt ist.

*I. Schranke*

Als Schranke kommt hier der Gesetzesvorbehalt des Art. 8 II GG in Betracht. Danach können Versammlungen unter freiem Himmel durch oder aufgrund eines Gesetzes beschränkt werden. Unter freiem Himmel findet eine Versammlung statt, wenn sie sich frei ausdehnen kann. Dies ist bei einer Veranstaltung in der Fußgängerzone der Fall. Als den Eingriff rechtfertigende Gesetze kommen hier solche des StGB, namentlich § 113 StGB hinsichtlich der Verurteilung wegen Widerstandes gegen Vollstreckungsbeamte und §§ 223 ff. StGB hinsichtlich der Verurteilung wegen gefährlicher Körperverletzung in Betracht.

*II. Schranken-Schranken*

Die zur Rechtfertigung herangezogenen Gesetze müssen aber ihrerseits wiederum verfassungsgemäß und auf den konkreten Fall auch verfassungskonform angewendet worden sein. Die Verfassungsmäßigkeit der o.g. Normen des StGB selbst unterliegt hier keinerlei Zweifel. Fraglich ist aber, ob sie bei der Verurteilung des Bf. in verfassungskonformer Weise angewendet wurden. Diesbezüglich ist zwischen den jeweiligen Normen zu differenzieren:

*1. Verfassungsmäßige Anwendung des § 113 StGB*

Zweifelhaft ist im Hinblick auf § 113 StGB insbesondere die verfassungskonforme Anwendung des § 113 III StGB. Es stellt sich die Frage, welche Anforderungen von Verfassungs wegen an die “Rechtmäßigkeit der Diensthandlung” zu stellen sind und ob diese hier eingehalten wurden. Die Fachgerichte gehen in st.Rspr. von einem eingeschränkten Rechtmäßigkeitsmaßstab aus. Danach ist die Diensthandlung bereits dann rechtmäßig, wenn die wesentlichen öffentlich-rechtlichen Voraussetzungen für ein Handeln vorgelegen haben. Dies ist nach Ansicht des BVerfG grund-

sätzlich verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden:

*a. Eingeschränkter Rechtmäßigkeitsmaßstab grundsätzlich verfassungsgemäß*

“Dabei ist es grundsätzlich verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass die Fachgerichte im Rahmen des § 113 Abs. 3 StGB von einem eingeschränkten Rechtmäßigkeitsmaßstab ausgehen und nicht verlangen, dass alle in dem jeweiligen in Bezug genommenen Rechtsgebiet normierten Anforderungen an die Rechtmäßigkeit der Diensthandlung erfüllt sein müssen (zum Stand der strafrechtlichen Diskussion vgl. Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch, 54. Aufl. 2007, Rn. 9 ff. zu § 113 m.w.N.). [...]

Durch die Strafbewehrung einer unter Einsatz von Gewalt oder der Drohung mit ihr erfolgenden Widerstandshandlung (§ 113 Abs. 1 StGB) soll der rechtliche Schutz der Amtsträger verstärkt werden, die bei Vollstreckungsmaßnahmen besonderen Gefahren durch Gegenwehr ausgesetzt sind. [...]

Bei den von § 113 Abs. 1 StGB erfassten Tathandlungen des Widerstandleistens mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt oder des tätlichen Angriffs ist es danach weder dem Gesetzgeber noch der Rechtsprechung von Verfassungs wegen verwehrt, sie im Rahmen der Auslegung und Anwendung des § 113 StGB auch dann als strafbar zu bewerten, wenn sie auf nach verwaltungsrechtlichen Maßstäben als rechtswidrig zu beurteilende Diensthandlungen reagieren. [...] Das Gewicht der präventiven Schutzzwecke, die Gesetzgeber und Strafgerichte der Strafandrohung beimessen dürfen, ist [...] im Falle des § 113 Abs. 1 StGB so hoch, dass auch dieser schwerwiegendere Eingriff gerechtfertigt ist (vgl. auch BVerfG, NJW 2000, S. 943 [944]). Denn die Vorschrift erfasst mit dem Widerstandleisten mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt sowie dem tätlichen Angriff Verhaltensweisen, die sich nicht auf eine bloße Nichtbefolgung behördlicher Anordnungen beschränken, sondern eigenständige Rechtsgutbeeinträchtigungen von erheblichem Gewicht bewirken. Zudem betrifft sie häufig Situationen, in denen der Amtsträger bereits zu Zwangsmaßnahmen gegriffen hat, und der Betroffene sich durch die Widerstandshandlung gerade entschlossen zeigt, sich auch hiergegen zur Wehr zu setzen. Soweit vollstreckungsrechtliche Duldungspflichten des Betroffenen bestehen, erweisen sich diese in solchen Situationen auch im Verbund mit der Drohung der Zwangsanwendung gerade als nicht ausreichend, um dem Behördenwillen Nachdruck zu verleihen und dessen Durchsetzung zu gewährleisten. Angesichts dessen genügt die Verwendung des so genannten strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriffs im Bereich des § 113 Abs. 3 StGB den grundrechtlichen Anforderungen, die an die Verhältnismäßigkeit einer zusätzlichen Strafbewehrung derartiger Duldungspflichten zu stellen sind.”

*b. Prüfungsanforderungen im Lichte des Art. 8 I GG*

Eine andere Frage ist nach Ansicht des BVerfG jedoch, welche Anforderungen im Lichte der Grundrechte auch an eine eingeschränkte Rechtmäßigkeitsprüfung noch zu stellen sind:

“Die Strafgerichte haben jedoch bei der konkretisierenden Auslegung und Anwendung des strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriffes im Rahmen des § 113 Abs. 3 StGB die Bedeutung und die Tragweite der grundrechtlich geschützten Versammlungsfreiheit zu beachten. Vorliegend bedarf keiner allgemeinen Klärung, welche Anforderungen danach an die in § 113 Abs. 3 Satz 1 StGB geforderte Rechtmäßigkeit des zu Grunde liegenden Verwaltungshandelns zu stellen sind, gegen die die Widerstandshandlung sich richtet. Verfassungsrechtlich ist es jedenfalls nicht zu beanstanden, wenn solche Rechtsfehler der handelnden Hoheitsträger bei der Festsetzung einer Sanktion nach § 113 StGB außer Acht bleiben, die den Besonderheiten der Situation der konkreten Diensthandlungen, etwa einer erheblichen Unübersichtlichkeit oder einer spannungsreichen Lage, geschuldet sind (vgl. dazu auch BVerfGE 92, 191 [200]) und in der Folge in einer fehlerhaften Beurteilung der Tatsachenlage und darauf aufbauend in einer Fehleinschätzung etwa der Verhältnismäßigkeit der getroffenen Maßnahme bestehen. Andernfalls wäre der vom Gesetzgeber in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise durch § 113 StGB beabsichtigte Schutz der Amtsträger deutlich abgeschwächt.

Andererseits können bestimmte Rechtsfehler der handelnden Amtsträger, wie in der Rechtsprechung und Literatur trotz eines anhaltenden Meinungsstreits über einzelne der Voraussetzungen anerkannt ist, dazu führen, dass eine Verurteilung nach § 113 Abs. 1 StGB ausscheidet. [...] Bei der Konkretisierung der nach dieser Rechtsprechung zu stellenden Anforderungen der Wahrung wesentlicher Förmlichkeiten und der pflichtgemäßen Prüfung von Eingriffsvoraussetzungen haben die Strafgerichte der Bedeutung der durch die Diensthandlung betroffenen Grundrechte Rechnung zu tragen. Werden dem Amtsträger ohne Weiteres erkennbare rechtliche Voraussetzungen seiner Befugnisse nicht beachtet, überwiegt das in einem Rechtsstaat wichtige Interesse des Bürgers, darauf vertrauen zu dürfen, dass die Amtsträger die allgemeinen Anforderungen an ein rechtmäßiges Verhalten kennen und beachten. Werden entsprechende grundlegende rechtliche Anforderungen an Grundrechtseingriffe verletzt, darf der auf die Möglichkeit zur Ausübung seines Grundrechts gerichtete Widerstand des Grundrechtsträgers gegen die Diensthandlung - für den kein Anlass bestanden hätte, wenn ein verständiger Amtsträger die entsprechenden rechtlichen Voraussetzungen eines solchen Grundrechtseingriffs beachtet und ihn deshalb unterlassen hätte - nicht nach § 113 Abs. 1 StGB mit einer strafrechtlichen Sanktion geahndet werden. Un-

berührt bleibt davon allerdings die Frage der Strafbarkeit einer im Zuge der Widerstandshandlung begangenen weiteren Straftat.“

*c. Subsumtion*

Fraglich ist somit, ob die Ingewahrsamnahme des Bf. im vorliegenden Fall rechtswidrig war, und falls ja, ob dies auch nach den o.g. Grundsätzen des eingeschränkten, strafrechtlichen Prüfungsmaßstabs des § 113 III StGB zum Ausschluss der Strafbarkeit des Bf. hätte führen müssen. Das BVerfG bejaht beides:

*aa. Rechtswidrigkeit der Diensthandlung*

“Der Einsatzleiter hat Vollstreckungsmaßnahmen gegen den Beschwerdeführer als Teilnehmer einer Versammlung durchgeführt, ohne diese zuvor aufgelöst oder den Beschwerdeführer aus der Versammlung ausgeschlossen zu haben. Maßnahmen, die die Teilnahme an einer Versammlung beenden - wie ein Platzverweis oder eine Ingewahrsamnahme - sind rechtswidrig, solange nicht die Versammlung gemäß § 15 III VersG aufgelöst oder der Teilnehmer auf versammlungsrechtlicher Grundlage von der Versammlung ausgeschlossen wurde (vgl. BVerfGK 4, 154 [158 ff.]; OVG Bremen, Urteil vom 4. November 1986 - 1 BA 15/86 -, NVwZ 1987, S. 235 [236]; OVG des Saarlandes, Urteil vom 27. Oktober 1988 - 1 R 169/86 -, JURIS, Rn. 31 ff.; OVG für das Land Nordrhein- Westfalen, Beschluss vom 2. März 2001 - 5 B 273/01, NVwZ 2001, S. 1315 [betreffend eine Einkesselung]; VG Hamburg, Urteil vom 30. Oktober 1986 - 12 VG 2442/86 -, NVwZ 1987, S. 829 [831 f.]).“

*bb. Ausschluss der Strafbarkeit nach § 113 III StGB*

“Art. 8 GG gebietet, diese für den Schutz des Grundrechtsträgers wesentlichen Förmlichkeiten nicht geringer zu gewichten als die Förmlichkeiten, deren Verletzung eine Bestrafung nach § 113 StGB in anderen Fällen ausschließt. Denn es handelt sich um Anforderungen der Erkennbarkeit und damit der Rechtssicherheit, deren Beachtung für die Möglichkeit einer Nutzung des Grundrechts der Versammlungsfreiheit wesentlich ist. In Versammlungen entstehen häufig Situationen rechtlicher und tatsächlicher Unklarheit. Könnten Versammlungsteilnehmer nicht wissen, ab wann der Schutz der Versammlungsfreiheit endet und dürften sie gleichwohl wegen eines ihrer Ansicht nach von der Versammlungsfreiheit geschützten Verhaltens negativ sanktioniert werden, könnte diese Unsicherheit sie einschüchtern und von der Ausübung des Grundrechts abhalten.“

*(1). Sperrwirkung des VersG als “wesentliche Förmlichkeit”*

Zu diesen “wesentlichen Förmlichkeiten”, welche die Gerichte bei der Anwendung des § 113 III StGB im Lichte des Art. 8 I GG zu beachten haben, gehört nach

Ansicht des BVerfG auch die Sperrwirkung des Versammlungsgesetzes gegenüber dem allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht der Länder (Sog. “Polizeifestigkeit der Versammlung”):

“Maßnahmen der Gefahrenabwehr gegen Versammlungen richten sich nach dem Versammlungsgesetz. Dieses Gesetz geht in seinem Anwendungsbereich als Spezialgesetz dem allgemeinen Polizeirecht vor (vgl. BVerfGK 4, 154 [158]). Daraus ergeben sich besondere Anforderungen für einen polizeilichen Zugriff auf Versammlungsteilnehmer. Eine auf allgemeines Polizeirecht gegründete Maßnahme, durch welche das Recht zur Teilnahme an der Versammlung beschränkt wird, scheidet aufgrund der Sperrwirkung der versammlungsgesetzlichen Regelungen aus (BVerfGK 4, 154 [158, 160]). Für Beschränkungen der Versammlungsteilnahme stehen der Polizei lediglich die abschließend versammlungsgesetzlich geregelten teilnehmerbezogenen Maßnahmen zu Gebote, für die im Interesse des wirksamen Grundrechtsschutzes strengere Anforderungen bestehen als für polizeirechtliches Einschreiten allgemein. Diesen Anforderungen genügten die polizeilichen Maßnahmen nicht.“

*(2). Vorliegen der Sperrwirkung im Zeitpunkt der Diensthandlung*

Die Sperrwirkung des VersG bestand aber nur, wenn im Zeitpunkt der Ingewahrsamnahme des Bf. noch eine Versammlung vorlag. Wäre diese zuvor beendet worden, könnten sich anschließende Maßnahmen nach allgemeinem Polizei- und Ordnungsrecht ergriffen werden. Das BVerfG erwägt hier eine Beendigung durch Auflösung der Versammlung und durch Ausschluss des Bf. von der Versammlung, verwirft aber i.E. beide Gedanken:

*(a). Keine Auflösung*

“Eine Auflösung der Versammlung ist nicht erfolgt. Auflösung ist die Beendigung einer bereits durchgeführten Versammlung mit dem Ziel, die Personenansammlung zu zerstreuen. Der Schutz der Versammlungsfreiheit erfordert, dass die Auflösungsverfügung eindeutig und nicht missverständlich formuliert ist und für die Betroffenen erkennbar zum Ausdruck bringt, dass die Versammlung aufgelöst ist (vgl. BVerfGK 4, 154 [159]; OVG Berlin, Beschluss vom 17. Dezember 2002 - 8 N 129.02 -, NVwZ-RR 2003, S. 896 [897]). Dieses Erfordernis soll den Beteiligten Klarheit darüber verschaffen, dass nunmehr der Grundrechtsschutz entfällt. Die Gerichte haben vorliegend nicht festgestellt, dass eine derartige Auflösungsverfügung erlassen worden ist. Auch wenn eine Auflösung nicht formgebunden ist, muss sie doch eigenständig erfolgen und eindeutig sein; sie ist insofern eine förmliche Voraussetzung der Rechtmäßigkeit darauf aufbauender Handlung, wie hier einer Entfernung des Versammlungsleiters aus der Versammlung.“

*(b). Kein Ausschluss des Bf.*

“Der Beschwerdeführer wurde auch nicht auf versammlungsrechtlicher Grundlage von der Versammlung ausgeschlossen. Der Ausschluss eines Versammlungsteilnehmers ist ein belastender Verwaltungsakt, durch den dem Betroffenen verboten wird, weiter an der Versammlung teilzunehmen. Auch die Ausschlussverfügung muss hinreichend bestimmt sein. Die Erklärung des Ausschlusses hat, wie diejenige der Auflösung (vgl. OVG des Saarlandes, Urteil vom 27. Oktober 1988 – 1 R 169/86 -, JURIS, Rn. 32), besondere Bedeutung für die Sicherung der Versammlungsfreiheit. Ihre Notwendigkeit gibt der Polizei zum einen Anlass, sich über das Ziel ihrer Maßnahmen Rechenschaft zu geben und die rechtlichen Voraussetzungen des Ausschlusses zu bedenken. Vor allem aber dient sie dazu, dem Teilnehmer bewusst werden zu lassen, dass der versammlungsrechtliche Schutz der Teilnahme endet (vgl. BVerfGK 4, 154 [159]). Ihm soll damit auch Gelegenheit gegeben werden, die Grundrechtsausübung ohne unmittelbaren Polizeizwang zu beenden, indem er sich aus der Versammlung von sich aus entfernt. Dass eine diesen Anforderungen genügende Ausschlussverfügung vorliegend ergangen wäre, haben die Gerichte nicht festgestellt. Auch insofern hat es an einer wesentlichen Förmlichkeit der Rechtmäßigkeit von Maßnahmen gegen einzelne Versammlungsteilnehmer gefehlt. Es ist auch keine anderweitige - etwa als Platzverweis intendierte - an den Beschwerdeführer gerichtete Verfügung mit vergleichbarem Inhalt ergangen, so dass es keiner Entscheidung bedarf, ob auch eine derartige Verfügung ausreichen kann (vgl. BVerfGK 4, 154 [154, 159]).”

*(3). Missachtung der Sperrwirkung durch die handelnden Beamten*

“Die Kenntnis der Maßgeblichkeit versammlungsrechtlicher Regeln unter Einschluss der besonderen Voraussetzungen von Maßnahmen, die eine Versammlungsteilnahme unmöglich machen, kann von einem verständigen Amtsträger erwartet werden. Kennt er sie nicht und verweigert er in der Folge dem Grundrechtsträger die in der Rechtsordnung geforderte Klarheit über den Wegfall des Schutzes der Versammlungsfreiheit, darf dies nicht dem betroffenen Grundrechtsträger angelastet werden; Art. 8 Abs. 1 GG gebietet, eine derartige Vollstreckungshandlung grundsätzlich als rechtswidrig im Sinne des § 113 Abs. 3 Satz 1 StGB anzusehen.

Anlass für eine Ausnahme bestand im vorliegenden Fall nicht. Dass der Einsatzleiter das Erfordernis einer versammlungsrechtlichen Auflösung oder des Ausschlusses des Beschwerdeführers aus der Versammlung vor der Durchführung von Vollstreckungshandlungen verkannt hat, war nicht den besonderen situativen Umständen seines Eingreifens geschuldet. Der bei der Ingewahrsamnahme aus der Versammlung heraus

erfolgte Fehler prägte das Handeln des Einsatzleiters von Anfang an, nämlich schon vor Beginn der tumultartigen Umstände im weiteren Verlauf der Aktion. Er beruhte auf einer grundsätzlichen Verkennung der rechtlichen Voraussetzungen versammlungsbezogener Maßnahmen, also auch des Erfordernisses einer Versammlungsauflösung oder des Ausschlusses aus der Versammlung vor dem Eingreifen von Maßnahmen zur Realisierung von Auflösung oder Ausschluss.”

*d. Zwischenergebnis*

Die Ingewahrsamnahme einer Person mag nach allgemeinem Polizei- und Ordnungsrecht als Standardmaßnahme möglich sein. Gegenüber dem Bf. hätte sie allerdings wegen der Polizeifestigkeit der Versammlung nicht erfolgen dürfen. Indem die Polizeibeamten ihn gleichwohl in Gewahrsam nahmen, ohne die Versammlung aufzulösen bzw. die Teilnahme des Bf. an der Versammlung zuvor durch Ausschluss zu beenden, haben sie - auch nach dem eingeschränkten, strafrechtlichen Prüfungsmaßstab - eine rechtswidrige Diensthandlung vorgenommen mit der Folge, dass eine Strafbarkeit des Bf. an § 113 III StGB scheiterte. Indem das Gericht ihn dennoch verurteilt hat, hat es § 113 StGB also in verfassungswidriger, Art. 8 I GG widersprechender Weise angewendet. Der mit der Verurteilung nach § 113 I 1 StGB verbundene Eingriff ist somit nicht von den Schranken des Art. 8 I GG gedeckt, der Bf. ist insoweit in seinem Grundrecht verletzt.

*2. Verfassungsmäßige Anwendung der §§ 223 ff. StGB*

Im Hinblick auf eine Strafbarkeit wegen gefährlicher Körperverletzung nach §§ 223, 224 StGB gelten die obigen Ausführungen entsprechend. Danach haben die Gerichte bei der Anwendung der Strafgesetze der Ausstrahlungswirkung der Grundrechte - hier des Art. 8 I GG - Rechnung zu tragen.

*a. Notwehr gem. § 32 StGB*

Im Fall der §§ 223, 224 StGB könnte die oben festgestellte Rechtswidrigkeit der Ingewahrsamnahme des Bf. etwa dazu führen, dass der Tritt, mit dem er sich gegen sie zur Wehr zu setzen versuchte, durch Notwehr gem. § 32 StGB gerechtfertigt ist. Das BVerfG hält dies für möglich, andererseits aber nicht für zwingend. Ob Notwehr vorliege, sei vielmehr Tatfrage:

“Dies bedeutet nicht, dass die Tätlichkeit des Beschwerdeführers strafrechtlich sanktionslos bleiben muss. Es ist verfassungsrechtlich unbedenklich, Rechtsgutverletzungen, die über die Missachtung der behördlichen Maßnahme hinausgehen - etwa eine Körperverletzung - nach den allgemeinen Grundsätzen des Strafrechts zu ahnden. Vorliegend haben die Gerichte dementsprechend das Verhalten des Beschwerdeführers als gefährliche Körperverletzung eingeordnet.

Allerdings haben die Gerichte infolge der fehlerhaften Bewertung der Amtshandlung als rechtmäßig nicht

prüfen müssen, ob und wie weit deren Rechtswidrigkeit Bedeutung für die Verurteilung wegen gefährlicher Körperverletzung haben musste. Insofern sei klarstellend darauf hingewiesen, dass die vorstehenden Ausführungen sich nur auf die Bestrafung nach § 113 StGB beziehen. Es ist von Verfassungen wegen nicht vorgegeben, dass die Rechtswidrigkeit der Diensthandlung auch eine Bestrafung allein wegen der gefährlichen Körperverletzung ausschließt, etwa unter dem Gesichtspunkt der Notwehr. Aus einer Einstufung der Diensthandlung als rechtswidriger Angriff im Sinne von § 32 StGB (vgl. BGHSt 4, 161 [163 f.]) folgt im Hinblick auf die dann sich weiter stellenden Fragen der Erforderlichkeit und Gebotenheit der Verteidigungshandlung (vgl. OLG Zweibrücken, Urteil vom 24. Dezember 2001 – 1 Ss 227/01 -, JURIS, Rn. 21 f.; Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. 2006, Rn. 36 f. zu § 113) keineswegs verfassungsrechtlich zwingend die Annahme einer Rechtfertigung durch Notwehr. Dies bedarf vielmehr eigenständiger Prüfung.”

#### b. Zwischenergebnis

Laut Bearbeitervermerk ist hier zu unterstellen, dass der Tritt mit dem Fuß gegen die Stirn des Einsatzlei-

ters nicht geboten und erforderlich war, sodass es auch im Lichte des Art. 8 I GG nicht geboten war, eine Strafbarkeit des Bf. aus §§ 223, 224 StGB an § 32 StGB scheitern zu lassen. Sonstige Rechtsanwendungsfehler im Lichte des Art. 8 I GG sind nicht ersichtlich, sodass die Verurteilung wegen gefährlicher Körperverletzung verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist und damit nicht gegen Art. 8 I GG verstößt.

*[Anm.: Im Originalfall hatten die Gerichte zur Geeignetheit und Gebotenheit des Fußtritts im Hinblick auf § 32 StGB keine Feststellungen getroffen, was von ihrem Standpunkt aus konsequent war, denn sie waren ja von der Rechtmäßigkeit der Ingewahrsamnahme ausgegangen, wonach es schon an einem rechtswidrigen Angriff i.S.d. § 32 StGB gefehlt hätte. Das BVerfG konnte daher insoweit nicht abschließend entscheiden.]*

#### D. Ergebnis

Die Verurteilung des Bf. aus § 113 StGB verletzt ihn in Art. 8 I GG, die Verurteilung aus §§ 223, 224 StGB hingegen nicht.

## Standort: Sachenrecht

## Problem: Gutgläubiger Erwerb von Miteigentum

BGH, URTEIL VOM 29.06.2007  
V ZR 5/07 (NJW 2007, 3204)

### Problemdarstellung:

Die Bekl. war Eigentümerin zweier Eigentumswohnungen, die jeweils mit einem hälftigen Miteigentumsanteil an dem Grundstück verbunden waren, welche sie mit notariellem Vertrag unter gleichzeitiger Auflassung an die Kl. sowie an den Ehemann der Kl. zu je hälftigem Miteigentumsanteil veräußerte. Beide wurden dann auch als Miteigentümer zu je 1/2 in das Wohnungsgrundbuch eingetragen.

Die Kl. setzte sich in der Folgezeit mit ihrem Ehemann auseinander. Sie hatte zuvor einen Ehe- und Auseinandersetzungsvertrag geschlossen, wonach zugunsten der Kl. beide Wohnungen zu deren Alleineigentum aufgelassen werden sollten. Dies geschah dann auch. In einem Parallelverfahren stellte sich heraus, dass die Bekl. zum Zeitpunkt der Auflassung an die Kl. und deren Ehegatten geisteskrank war.

Die Kl. begehrte Feststellung ihres Miteigentums zu 1/2 an den Wohnungen nebst den Grundstücken.

### Prüfungsrelevanz:

Die vorliegende Entscheidung des V. Zivilsenats befasst sich mit dem gutgläubigen Erwerb eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück, sowie an der dazugehörigen Wohnung gem. §§ 892 I 1, 891 I BGB. Die Eigentumsübertragung an einem Grundstück ist

äußerst klausurrelevant für beide Staatsexamina. Man sollte sich nicht davon abschrecken lassen, dass es hier um die Übertragung von Miteigentum i.S.d. §§ 1008 ff, 741 BGB geht. Denn die Übertragung richtet sich nach den bekannten Vorschriften, §§ 873 I, 925 I 1 BGB. Insoweit galt es hier zu erkennen, dass die ursprüngliche Übertragung durch die Bekl. sowohl auf E, als auch auf die Kl. gem. § 105 I BGB unwirksam gewesen ist. Dies hatte zur Folge, dass auch die spätere Übertragung von E auf die Kl. an der Berechtigung des E zunächst scheitern sollte.

Der Schwerpunkt des Falles lag in der Prüfung des sich daran anschließenden gutgläubigen Erwerbes vom Nichtberechtigten gem. §§ 892 I 1, 891 I BGB. Grundsätzlich muss es sich bei dem Erwerbstatbestand um ein Rechtsgeschäft i.S. eines Verkehrsgeschäfts handeln. Ein solches ist bei jedem rechtsgeschäftlichen Dritterwerb gegeben. Hierbei war insbesondere das ansonsten eher unscheinbare ungeschriebene Merkmal des Verkehrsgeschäftes zu problematisieren. Dies deshalb, weil aufgrund einer bis heute wirkenden Rspr. aus den zwanziger Jahren und aufgrund vereinzelter Stimmen in der Lit. unter Miteigentümern das Merkmal des Verkehrsgeschäftes grundsätzlich in Abrede gestellt wird. Darüber hinaus vertreten Teile des Schrifttums und auch der Rspr. eine ablehnende Auffassung jedenfalls in den Fällen, in denen der Zweiterwerber des Miteigentums bereits gleichermaßen wie der Veräußerer von der Unwirksamkeit des Ersterwer-

bes betroffen ist. In diesen Fällen sei der Erwerber kein Dritter und es fehle ihm die notwendige Schutzbedürftigkeit. Der V. Senat entscheidet diese lange umstrittene Frage nunmehr dahingehend, dass bei der Übertragung unter Miteigentümern ein Verkehrsgeschäft, mithin ein Dritterwerb in diesem Sinne, anzunehmen ist. Zum einen folgt dies aus der gem. § 747 S. 1 BGB bestehenden Selbständigkeit des Miteigentums, wonach jeder Miteigentümer frei über seinen Anteil verfügen kann. Demnach ist ein Miteigentümer bei dem Erwerb eines weiteren Anteils den gleichen Gefahren ausgesetzt, wie ein außenstehender Dritter.

Weiter setzt sich der BGH vertiefend mit der hier vorliegenden besonderen Konstellation auseinander, wonach der Erwerber ebenso wie der Veräußerer von der Unwirksamkeit der ursprünglichen Übertragung betroffen gewesen ist. Es wird insoweit die Auffassung vertreten, dass der Erwerber kein Dritter in diesem Sinne sei. Dies folge daraus, dass der Erwerber "am eigenen Leibe" die Nichtigkeit des ursprünglichen Erwerbstatbestandes erfahren habe und daher nicht schutzbedürftig sei. Aber auch in diesen Fällen sieht der BGH keine Veranlassung dazu, das Vorliegen eines Verkehrsgeschäftes zu verneinen. Der Erwerber sei genauso schutzbedürftig wie andere, die von der Nichtigkeit nicht unmittelbar betroffen sind. Auch in der hier vorliegenden Konstellation kann der Erwerber daher auf die Richtigkeit des Grundbuches vertrauen. Das gilt auch dann, wenn er vom Inhalt des Grundbuches keine Kenntnis genommen hat, da die Schutzbedürftigkeit auf der Verlässlichkeit der amtlichen Verlautbarung beruht und nicht auf dem konkreten Vertrauen in dessen Inhalt. Daher reicht das sog. abstrakte Vertrauen aus.

Damit hat der BGH eine lange offene Frage wohl deutlich beschieden. Es ist aber gut vorstellbar, dass diese Problematik in nächster Zeit einmal Gegenstand einer Examensklausur wird.

#### **Vertiefungshinweise:**

Zum gutgläubigen Erwerb: *BGH*, RA 2005, 334 = *NJW* 2005, 1365 (gutgl. Erwerb eines KFZ); *Medicus*, Jura 2001, 294; *Zeranski*, JuS 2002, 341; *Schreiber/Burbulla*, Jura 1999, 491

Zum Miteigentum: *Völzmann*, RPfleger 2005, 64; *Pickart*, WM 1975, 402; *Koller*, JZ 1972, 646

Zum Grundbuchwesen: *BGH*, RA 2002, 413 = *NJW* 2002, 1797 (Baubeschränkung als Grunddienstbarkeit); *Schmitz*, JuS 1995, 53; 245; 333; 438; *ders.*, JuS 1994, 962; 1054; *Kollhossner*, JA 1984, 558

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Der vielseitige Besitzer"

*Examenskurs*: "Das vorgemerkte Schwimmbad"

*Assessorkurs*: "Seniorenzentrum"

#### **Leitsätze:**

**a. Die rechtsgeschäftliche Übertragung eines Miteigentumsanteils unter Miteigentümern ist ein Verkehrsgeschäft. Der Erwerber eines eingetragenen Miteigentumsanteils wird durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs auch dann geschützt, wenn er bereits Eigentümer eines anderen Anteils oder als solcher zu Unrecht im Grundbuch eingetragen ist.**

**b. Der Erwerb eines weiteren Anteils durch einen Miteigentümer ist auch dann ein Verkehrsgeschäft, wenn die Miteigentümer das Grundstück gemeinschaftlich erworben hatten und der erwerbende Miteigentümer bei jenem Erwerbsgeschäft daher in gleicher Weise wie der veräußernde Miteigentümer von der Nichtigkeit des Ersterwerbs betroffen war.**

#### **Sachverhalt:**

Die Bekl. war Eigentümerin zweier Eigentumswohnungen, die im Wohnungsgrundbuch von Münster gebucht und jeweils mit einem hälftigen Miteigentumsanteil an dem Grundstück B in Münster verbunden sind. Mit notariellem Vertrag vom 09.03.2001 verkaufte sie diese Wohnungen unter gleichzeitiger Auflassung an die Kl. und deren damaligen Ehemann (E) zu je hälftigem Miteigentum. Die Kl. und ihr Ehemann (Erwerber) wurden am 19.06.2001 als Miteigentümer zu je 1/2 im Wohnungsgrundbuch eingetragen. Die Bekl. bewohnte eine der beiden Wohnungen weiterhin als Mieterin.

Am 07.12.2001 schlossen die Erwerber einen notariellen Ehe- und Auseinandersetzungsvertrag, in dem sie den Güterstand der Gütertrennung vereinbarten, wechselseitig auf Zugewinnausgleich verzichteten und ihren gemeinsamen Grundbesitz in der Weise auseinandersetzten, dass der Kl. die beiden Eigentumswohnungen und ihrem Ehemann ein anderes Grundstück zu Alleineigentum aufgelassen wurden. Die Kl. wurde am 05.01.2002 als Alleineigentümerin der beiden Wohnungen eingetragen. Sie kündigte das mit der Bekl. an einer Wohnung bestehende Mietverhältnis und erhob Räumungsklage.

Während des Prozesses stellte sich heraus, dass die Bekl. sowohl bei Abschluss des Kaufvertrages, als auch bei der Auflassung am 09.03.2001 unheilbar geisteskrank gewesen ist. Dieser Umstand war der Kl. nicht bekannt gewesen. Die Klage wurde demnach mit der Begründung abgewiesen, dass die Bekl. bei Abschluss des notariellen Kaufvertrages geschäftsunfähig gewesen sei und deshalb Eigentümerin der an sie vermieteten Wohnung geblieben sei. Die Kl. hat insoweit auf die Einlegung eines Rechtsmittels verzichtet, so dass das klageabweisende Urteil rechtskräftig geworden ist.

Die Kl. macht in diesem Rechtsstreit vor dem Landgericht Münster geltend, sie habe ungeachtet der Geistes-

krankheit der Bekl. jedenfalls den Miteigentumsanteil ihres früheren Ehemanns erworben. Sie beantragt die Feststellung ihres Miteigentums an dem Grundstück sowie der dazugehörenden Wohnung.

Hat die erhobene Feststellungsklage Aussicht auf Erfolg?

[Anm.: Auf die Besonderheit einer ehelichen Auseinandersetzung soll hier bei der Lösung nicht eingegangen werden. Anmerkungen dazu befinden sich hinter der Lösung.]

### **Lösung:**

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

#### *I. Zulässigkeit*

Die Feststellungsklage müsste zulässig sein. Gegenstand der Feststellungsklage gem. § 256 I ZPO ist das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses. Das Eigentum und damit auch das Miteigentum stellt ein taugliches Rechtsverhältnis i.S.d. § 256 I ZPO dar.

#### *1. Zuständigkeit*

Das LG Münster müsste örtlich und sachlich zuständig sein.

Die sachliche Zuständigkeit folgt vorliegend aus §§ 71 I, 23 Nr. 1 GVG. Der Streitwert bemisst sich gemäß § 3 ZPO nach dem Wert des dem Rechtsstreit zugrunde gelegten Rechtsverhältnisses, hier dem Miteigentum. Bei der positiven Feststellungsklage ist im Hinblick auf die Leistungsklage ein Abschlag von ca. 20 % vorzunehmen. Mangels anderweitiger Sachverhaltsangaben ist davon auszugehen, dass der Wert des Miteigentumsanteils auch bei einem Abzug von 20 % 5000,- € deutlich übersteigt. Demnach ist das LG sachlich zuständig.

Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus § 24 I ZPO. Es greift der ausschließliche dingliche Gerichtsstand, da es um die Feststellung des Miteigentums an einem Grundstück geht. Das Grundstück befindet sich in Münster, so dass das LG Münster örtlich zuständig ist.

#### *2. Keine entgegenstehende Rechtskraft*

Fraglich ist, ob die Klage unzulässig wegen entgegenstehender Rechtskraft ist.

Eine entgegenstehende Rechtskraft könnte sich aus dem Umstand ergeben, dass im Rahmen der zuvor durchgeführten Räumungsklage rechtskräftig festgestellt worden war, dass der Anspruch auf Räumung nicht besteht, da die Bekl. aufgrund ihrer Geschäftsunfähigkeit das Miteigentum an den Wohnungen und dem Grundstück nicht verloren hat. Das wäre jedoch nur dann anzunehmen, wenn Feststellung der Alleineigentümerposition der Bekl. überhaupt in Rechtskraft

erwachsen ist.

Nach der h.L. und der Rspr. hat die Rechtskraft in den Fällen, in denen die Prozesse den identischen Streitgegenstand betreffen, zur Folge, dass die Klage unzulässig ist (vgl. BGH NJW 1993, 334; Zöller/Vollkommer § 322 Rn. 21). Die h.M. vertritt den sog. prozessual zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff, wonach maßgeblich der Antrag und der zugrundeliegende Lebenssacheverhalt ist.

Vorliegend betraf der erste Prozess die Räumung einer Mietwohnung, mithin sowohl einen vertraglichen, als auch dinglichen Herausgabeanspruch. Der jetzige Prozess betrifft die Feststellung einer Miteigentümerposition. Nach dem zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff liegen bereits unterschiedliche Anträge vor, so dass keine Identität der Streitgegenstände gegeben ist. Darüber hinaus ist die Feststellung der Alleineigentümerposition der Bekl. auch nicht in Rechtskraft erwachsen. Dies ist deshalb der Fall, weil der Tenor über die Eigentümerstellung nichts aussagt.

“Die rechtskräftige Abweisung der Räumungsklage steht der auf Feststellung hälftigen Miteigentums gerichteten Klage nicht entgegen. Die Annahme, dass die Bekl. Alleineigentümerin der an die Kl. und ihren damaligen Ehemann veräußerten Wohnungen geblieben sei, betraf eine Vorfrage für die damalige Entscheidung. Diese Ausführungen sind nicht in Rechtskraft erwachsen (vgl. Senat, Urt. v. 13.11.1998, V ZR 29/98, NJW-RR 1999, 376, 377).”

Eine entgegenstehende Rechtskraft ist nicht gegeben.

#### *3. Feststellungsinteresse gem. § 256 I ZPO*

Die Kl. müsste ein schutzwürdiges Interesse an der Feststellung des Miteigentums gegenüber der Bekl. haben. Davon ist dann auszugehen, wenn dem Recht der Kl. eine gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit dadurch droht, dass die Bekl. ein Recht der Kl. ernstlich bestreitet und wenn das erstrebte Urteil infolge seiner Rechtskraft geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen (Zöller/Greger § 256 Rn. 5; Thomas/Putzo § 256 Rn. 13-15). Darüber hinaus dürfte der Kl. auch keine leichtere Möglichkeit zur Verfügung stehen, um dieses Ziel zu erreichen, insbesondere in Form einer Leistungsklage (vgl. Zöller/Greger § 256 Rn. 7a; Thomas/Putzo § 256 Rn. 18).

“Die Kl. hat ein rechtliches Interesse daran, dass ihr Miteigentum der Bekl. gegenüber festgestellt wird. Sie ist als Alleineigentümerin im Wohnungsgrundbuch eingetragen und kann die Klärung der von der Bekl. bestrittenen Eigentumsverhältnisse deshalb nicht mit Hilfe einer Leistungsklage nach § 894 BGB erreichen (Senat, Urt. v. 17.06.2005, V ZR 78/04, NJW 2005, 2983).”

Insoweit liegt das erforderliche Feststellungsinteresse vor. Die Klage ist zulässig.

[Anm.: Sowohl im 1., als auch insbesondere im 2.



*Staatsexamen sollte die Prüfung der Zulässigkeit einer Klage nicht überdehnt werden. Hier gilt es nur diejenigen Voraussetzungen zu thematisieren, die auch Anlass zur Prüfung geben. Dennoch sollte man "im Kopf" die einzelnen Voraussetzungen (allgemeine Prozessvoraussetzungen, gerichts-, partei- und streitgegenstandsbezogene Sachurteilsvoraussetzungen, Prozesshindernisse) der Reihe nach durchgehen, um nichts zu übergehen.]*

## II. Begründetheit der Klage

Die Feststellungsklage müsste begründet sein. Dies ist dann der Fall, wenn die Kl. Inhaberin des 1/2 Miteigentumsanteils ist.

### 1. Erwerb von der Bekl. gem. §§ 873 I, 925 I 1 BGB

Die Kl. könnte von der Bekl. das 1/2 Miteigentum an der Wohnung bzw. dem Grundstück erlangt haben. Voraussetzung dafür ist, dass sich die Parteien zunächst wirksam über die Übertragung eines Miteigentumsanteils geeinigt haben und die Kl. dann als hälftige Miteigentümerin im Grundbuch eingetragen worden ist.

Die Parteien haben sich am 09.03.2001 darüber geeinigt, dass die Bekl. einen 1/2 Miteigentumsanteil auf die Kl. überträgt. Diese Einigung müsste auch wirksam sein. Die Bekl. war zum Zeitpunkt der Auflassung unheilbar geisteskrank. Damit war die Bekl. gemäß § 104 Nr. 2 BGB geschäftsunfähig. Die Einigung am 09.03.2001 ist gem. § 105 I BGB unwirksam.

Die Kl. hat somit von der Bekl. keinen 1/2 Miteigentumsanteil erworben.

### 2. Erwerb eines 1/2 Miteigentumsanteil vom früheren Ehemann (E) gem. §§ 873, 925 I 1 BGB

Die Kl. könnte einen 1/2 Miteigentumsanteil an der Wohnung bzw. dem Grundstück von E gem. §§ 873 I, 925 I 1 BGB erworben haben.

Dazu ist erforderlich, dass sich die Parteien wirksam auf den Übergang des Eigentums geeinigt haben, die Kl. als Miteigentümerin im Grundbuch eingetragen wird, die Einigung bis zur Eintragung fortwirkt und der E zur Übertragung berechtigt gewesen ist.

#### a. wirksame Einigung

Vorliegend haben sich die Kl. und E am 17.12.2001 darüber geeinigt, dass das hälftige Miteigentum des E an dem Grundstück sowie an der Wohnung auf die Kl. übergehen soll, § 873 I BGB.

Die Vereinbarung ist auch nicht gem. § 125 S. 1 BGB nichtig. Die Einigung erfolgte unter gleichzeitiger Anwesenheit vor einem Notar, § 925 I 1 BGB. Sonstige rechtshindernde Einwendungen sind nicht ersichtlich.

#### b. Eintragung im Grundbuch

Die erforderliche Eintragung im Wohnungsgrundbuch

von Münster ist am 05.01.2002 erfolgt, § 873 I BGB.

#### c. Einigsein im Zeitpunkt der Eintragung

Die Einigung müsste zudem im Zeitpunkt der Eintragung weiter fortbestanden haben. Ein Widerruf ist nicht erfolgt. Insbesondere war ein solcher hier bereits gem. § 873 II 1. Alt BGB aufgrund der notariellen Beurkundung der Einigung ausgeschlossen. Insoweit hatte die Einigung am 05.01.2002 weiterhin Bestand.

#### d. Berechtigung des E

Weiterhin müsste E dazu berechtigt gewesen sein, der Kl. den 1/2 Miteigentumsanteil zu übertragen. Die Berechtigung ist dann gegeben, wenn der E entweder Inhaber des Miteigentumsanteiles ist oder aber dieser rechtsgeschäftlich bzw. gesetzlich zur Übertragung ermächtigt ist (vgl. Palandt/Bassenge § 873 Rn. 11).

E wäre mithin berechtigt, sofern er selbst von der Bekl. durch Einigung und Eintragung den hälftigen Miteigentumsanteil erworben hat. Zwar haben sich E und die Bekl. am 09.03.2001 über den Eigentumsübergang geeinigt. Auch ist der E danach im Grundbuch als Miteigentümer eingetragen worden. Wie bereits festgestellt war die Bekl. jedoch am 09.03.2001 aufgrund der Geisteskrankheit gem. § 104 Nr. 2 BGB geschäftsunfähig. Dadurch ist auch die Einigung zwischen E und der Bekl. gem. § 105 I BGB unwirksam. E ist nicht Inhaber des Miteigentumsanteiles geworden. Darüber hinaus war E weder gesetzlich, noch rechtsgeschäftlich (§ 185 I BGB) dazu berechtigt, das Miteigentum zu übertragen. E hat vorliegend als Nichtberechtigter gehandelt.

Demnach hat die Kl. den 1/2 Miteigentumsanteil nicht gem. §§ 873 I, 925 I 1 BGB von E erworben.

### 3. Gutgläubiger Erwerb des 1/2 Miteigentumsanteil von E gem. §§ 892 I 1, 891 I BGB

Die Kl. könnte den hälftigen Miteigentumsanteil jedoch im Wege des gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten E erlangt haben. Dazu müssten wiederum die Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs gem. § 892 I 1 BGB gegeben sein.

#### a. Rechtsgeschäft i.S. eines Verkehrsgeschäftes

Fraglich ist, ob die Voraussetzungen für ein Rechtsgeschäft im Sinne eines Verkehrsgeschäftes vorliegen. Dazu müsste ein rechtsgeschäftlicher Dritterwerb gegeben sein.

#### aa. Rechtsgeschäft

Voraussetzung ist zunächst, dass es sich bei dem Erwerb um ein auf dingliche Rechtsänderung gerichtetes Rechtsgeschäft handelt (vgl. BGH DNotZ 1997, 383). Ein Rechtsgeschäft wiederum setzt eine oder mehrere Willenserklärungen voraus, die alleine oder im Zusammenwirken mit weiteren Tatbestandsvoraussetzungen

eine Rechtsfolge herbeiführen (vgl. Palandt/Heinrichs Überbl v. § 104 Rn. 2).

Der Einigung zwischen der Kl. und E liegen Willenserklärungen zugrunde, die auf den Übergang des Miteigentums von E auf die Kl. gerichtet sind. Ein Rechtsgeschäft, das auf eine dingliche Rechtsänderung gerichtet ist, liegt mithin vor.

#### *bb. Verkehrsgeschäft*

Weiter ist für den gutgläubigen Erwerb Voraussetzung, dass das Rechtsgeschäft ein Verkehrsgeschäft darstellt.

An einem Verkehrsgeschäft "fehlt es, wenn Veräußerer und Erwerber rechtlich oder wirtschaftlich identisch sind (BGH WM 1998, 1832, 1835). Umgekehrt liegt immer dann ein Verkehrsgeschäft vor, wenn auf Erwerberseite mindestens eine Person beteiligt ist, die nicht zu den Veräußerern gehört (vgl. BGH WM 1996, 1190, 1192)."

*[Anm.: Der 5. Senat begründet in seiner Entscheidung zudem, warum das ungeschriebene Merkmal des Verkehrsgeschäftes überhaupt erforderlich ist, woraus es abgeleitet wird und nennt auch einige Konstellationen, in denen ein Verkehrsgeschäft abzulehnen ist. In einer Klausur werden dazu natürlich keine Ausführungen erwartet. Der BGH führt im Einzelnen aus:*

*"Das ungeschriebene Merkmal des Verkehrsgeschäftes ergibt sich aus dem Normzweck des § 892 I BGB, der den Verkehr mit Grundstücken in dem Vertrauen auf die Verlässlichkeit des Grundbuchs schützen soll. § 892 BGB dient nicht dazu, dass sich der Nichtberechtigte das zu Unrecht gebuchte Recht selbst verschafft, sondern ermöglicht den rechtsgeschäftlichen Erwerb durch einen Dritten (vgl. etwa BGH, Urt. v. 02.04.1998, aaO; Staudinger/Gursky, aaO, § 892 Rdn. 91 f.). Dass der Erwerber ein von dem Veräußerer verschiedener Dritter sein muss, wird bereits durch den Wortlaut der Vorschrift nahegelegt (Staudinger/Gursky, aaO, § 892 Rdn. 91) und durch die Verweisung in § 893 BGB bestätigt (MünchKomm-BGB/Wacke, aaO, § 892 Rdn. 38). Dieses Erfordernis entspricht auch den Vorstellungen des Gesetzgebers und vor allem dem auf den Schutz des Rechtsverkehrs beschränkten Zweck der Vorschrift (Staudinger/Gursky, aaO, § 892 Rdn. 91 f.).*

*Ein Verkehrsgeschäft ist abzulehnen, bei einer Veräußerung zwischen personenidentischen Gesellschaften (BGH, Urt. v. 02.04.1998, IX ZR 232/96, NJW-RR 1998, 1057, 1058), von der Mutter- auf die Tochtergesellschaft (BGH NJW-RR 1989, 1207) oder von dem Alleingesellschafter auf die Gesellschaft (BGH WM 1998, 1832, 1835), aber auch bei der Übertragung von Gesamthandsvermögen auf einen oder mehrere Gesamthänder (Senat, BGHZ 30, 255, 256), etwa im Rahmen einer Erbauseinandersetzung (BGH NJW 2001, 1069)."]*

Fraglich ist, ob ein Verkehrsgeschäft vorliegt, wenn jemand, der – zu Recht oder zu Unrecht – als Miteigentümer nach Bruchteilen (§§ 1008 ff., 741 ff. BGB) im Grundbuch eingetragen ist, einen anderen Miteigentumsanteil erwirbt. Dies ist in umstritten.

#### *(1) 1. Ansicht*

"Nach in der Rechtsprechung (KG [9. Zivilsenat], HRR 1927, Nr. 1325; OLG Stuttgart, WürttZ 1927, 181, 182) und in der Literatur überwiegend vertretener Auffassung (Staudinger/Langhein [2001], § 747 Rdn. 27 f., 70; Staudinger/Gursky [2002], § 892 Rdn. 114 ff.; MünchKomm-BGB/Schmidt, 4. Aufl., § 747 Rdn. 19; RGRK/Augustin, 12. Aufl., § 892 Rdn. 10; RGRK/Pikart, aaO, § 1008 Rdn. 35; AnwKomm-BGB/Krause, § 892 Rdn. 45; Erman/Lorenz, BGB, 11. Aufl., § 892 Rdn. 20; Palandt/Bassenge, BGB, 66. Aufl., § 892 Rdn. 8; Schreiner, NJW 1978, 921, 924; Wittkowski, Die Lehre vom Verkehrsgeschäft, S. 149 ff.) erstreckt sich der Schutz des § 892 I BGB auch auf die Anteilsübertragung unter Miteigentümern." Demnach ist ein Verkehrsgeschäft gegeben.

#### *(2) 2. Ansicht*

"Dem steht die Ansicht gegenüber, die die Anwendung dieser Vorschrift auf solche Anteilsübertragungen insgesamt ablehnt (Soergel/Hadding, BGB, 11. Aufl., § 747 Rdn. 3; Soergel/Stürner, BGB [2002], § 892 Rdn. 24; PWW/Huhn, BGB, § 892 Rdn. 9; Sternberg, JW 1930, 836 f.; v. Mangoldt, AcP 134 [1931], 81, 89)."

Danach liegt kein Verkehrsgeschäft vor.

#### *(3) 3. Ansicht*

"Nach einer dritten Ansicht ist § 892 I BGB auf die Übertragung von Anteilen zwischen Miteigentümern dann nicht anzuwenden, wenn das Miteigentum des Veräußerers und des Erwerbers in gleicher Weise von der Unrichtigkeit des Grundbuchs betroffen sind (KG [1. Zivilsenat], JW 1927, 2521 f. und HRR 1928, Nr. 1833; BayObLG, BayZ 1927, 364; OLG Köln, LZ 1930, 1128; Planck/Strecker, BGB, 5. Aufl. § 892 Anm. II 1 e; Wolff/Raiser, Sachenrecht, 10. Aufl., § 45 Fn. 19; Harder, Der öffentliche Glaube des Grundbuchs im Aufwertungsrecht, S. 113 f.)." Zur Begründung wird unter anderem angeführt, dass der Miteigentümer, der an dem ursprünglichen unwirksamen Erwerbsgeschäft bereits beteiligt gewesen ist, auf den Informationsgehalt des Grundbuchs nicht angewiesen sei, da er zum Veräußerungsgegenstand eine größere Nähe aufweise, als ein Dritter. Zudem fehle es in diesen Fällen an der Schutzbedürftigkeit, die der gutgläubige Erwerb voraussetze.

Danach liegt kein Verkehrsgeschäft vor, da sowohl die Kl., als auch E von der Unrichtigkeit des Grundbuchs betroffen sind. Beide leiten ihren Miteigentumsanteil aus der rechtsgeschäftlichen Übertragung durch die

Bekl. vom 09.03.2001 ab.

*(4) Stellungnahme*

Die Ansichten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen. Vorzugswürdig ist die erste Auffassung, die das Vorliegen eines Verkehrsgeschäfts bejaht.

Der 2. Ansicht kann nicht gefolgt werden, da sie das Wesen des Miteigentums verkennt. Es liegt in diesen Fällen gerade keine rechtliche oder wirtschaftliche Identität zwischen Veräußerer und Erwerber vor und "[...] der Erwerber ist - anders als bei der Übertragung von Gesamthandsvermögen auf einen Gesamthänder - auch nicht auf Seiten des Veräußerers an der Verfügung beteiligt ist (Schreiber/Jurgeleit, aaO; Reeb, aaO, S. 25). Die Miteigentümer stehen sich vielmehr als Dritte gegenüber (OLG Stuttgart, WürttZ 1927, 181, 182; AnwKomm-BGB/Krause, § 892 Rdn. 45; Erman/Lorenz, aaO, § 892 Rdn. 20). Gemäß § 747 S.1 BGB kann jeder Miteigentümer ohne Mitwirkung der anderen Gemeinschaftler über seinen Anteil verfügen. Der einzelne Miteigentumsanteil wird so zu einem selbständigen Gegenstand des Rechtsverkehrs, dessen rechtliches Schicksal von dem der übrigen Anteile unabhängig ist (Staudinger/Gursky, aaO, § 892 Rdn. 114). Das hat zur Folge, dass ein Miteigentümer bei dem Erwerb weiterer Anteile denselben Gefahren ausgesetzt und damit ebenso schutzbedürftig ist wie ein außenstehender Dritter (vgl. Staudinger/Langhein, aaO, § 747 Rdn. 27; AnwKomm-BGB/Krause, § 892 Rdn. 45; Tiedtke, aaO, S. 91)." Somit ist für die Anwendung der 2. Auffassung kein Raum.

Auch der 3. Ansicht, wonach jedenfalls in den Fällen, in denen der erwerbende Miteigentümer bereits beim vorangegangenen unwirksamen Erwerbsgeschäft beteiligt gewesen ist, dieser nicht wie ein Dritter anzusehen sei und daher kein Verkehrsgeschäft vorliege, ist nicht zu folgen.

Eine Anwendung dieser Ansicht "[...]führte dazu, dass bei dem gemeinschaftlichen Erwerb durch mehrere Miteigentümer die auf dem Mangel des ersten Übertragungsgeschäfts beruhende Nichtigkeit bei einem Zweiterwerb mit dem Eingetragenen zu Lasten des Erwerbers fortwirkte. Das ist jedoch mit der Rechtsfolge des § 892 I BGB unvereinbar, wonach zugunsten des Erwerbers der Inhalt des Grundbuches als richtig gilt. Der durch die Eintragung begründete öffentliche Glaube erstreckt sich zwar nicht auf die Mängel des Übertragungsgeschäfts selbst (BGHZ 47, 266, 270), er gilt jedoch für die Eintragung des Rechts, so dass ein Zweiterwerber auch ein nicht wirksam begründetes Recht gutgläubig erwerben kann (RGZ 128, 276, 279). Für den öffentlichen Glauben des Grundbuchs kommt es nicht darauf an, aus welchen Gründen das erste Übertragungsgeschäft unwirksam war. Auch der Schutz eines geschäftsunfähigen Berechtigten durch die Unwirksamkeit des ersten Übertragungsgeschäfts gem. § 105 I BGB tritt zurück, wenn es auf Grund der

Eintragung zu einem weiteren Erwerbsgeschäft kommt.

Der Schutz des guten Glaubens nach § 892 I BGB beruht bei dem "Zweiterwerb" eines Miteigentumsanteils auf dem Rechtsschein, der durch die Buchung des für den Veräußerer eingetragenen Miteigentumsanteils erzeugt wird (Lutter, AcP 164 [1964], 122, 162). Die Grundlage für den Verkehrsschutz aus § 892 I BGB ist bei dem zweiten Erwerbsgeschäft die Eintragung des Anteils, der Gegenstand des Erwerbsgeschäfts ist. Daher ist auch bei einem Erwerb durch einen Miteigentümer kein hinreichender Grund dafür erkennbar, diesem den Verkehrsschutz mit der Begründung zu versagen, dass er bereits den für ihn gebuchten Miteigentumsanteil nicht wirksam erworben habe (vgl. Staudinger/Gursky, aaO, § 892, Rdn 114; MünchKomm-BGB/K. Schmidt, § 747 Rdn. 19;)."

Auch ist nicht einzusehen, warum der Erwerber in dieser Konstellation weniger schutzbedürftig ist. Das Grundbuch als Rechtsscheinträger schützt in soweit das abstrakte Vertrauen. Der Schutz des Erwerbers beruht auf der Verlässlichkeit der amtlichen Verlautbarung und setzt eben kein konkretes Vertrauen auf die Richtigkeit des Grundbuches voraus. "

"[...]Der Erwerber wird durch die (unrichtige) Eintragung selbst dann geschützt, wenn er den Inhalt des Grundbuchs überhaupt nicht zur Kenntnis genommen hat. Nur die positive Kenntnis des Erwerbers von der Unrichtigkeit der Eintragung schadet ihm.

"[...] Die auf die mangelnde Schutzbedürftigkeit des erwerbenden Miteigentümers gestützten Erwägungen führten damit zu einem mit § 892 I BGB nicht vereinbaren pauschalen Ausschluss des Verkehrsschutzes in einer Fallgruppe, in der die Erwerber die Unrichtigkeit der Eintragung nach den ihnen bekannten Umständen hätten erkennen können. [...]"

Demnach ist der 1. Ansicht zu folgen. Ein Verkehrsgeschäft liegt also vor.

*b. Unrichtigkeit des Grundbuches (Rechtsschein) und formale Rechtsinhaberschaft*

Das Grundbuch müsste als Träger des Rechtsscheins gem. § 891 BGB des weiteren unrichtig sein. Die formelle Rechtslage dürfte dazu mit der materiellen nicht übereinstimmen. Vorliegend ist E formal Miteigentümer. Tatsächlich ist jedoch zum Zeitpunkt der Eintragung der Kl. am 05.01.2002 die Bekl. noch Alleineigentümerin der Wohnung und Miteigentümerin des Grundstückes. Damit weicht die formelle Rechtslage von der materiellen Rechtslage ab. Das Grundbuch ist unrichtig.

Zudem müsste der Veräußerer formal Berechtigter sein. Hier ist E nach dem Inhalt des Grundbuches Miteigentümer. Er ist daher formal berechtigt.

*c. Keine Zerstörung des Rechtsscheins*

Der Rechtsschein dürfte nicht zerstört sein. Dem gut-

gläubigen Erwerb könnte insbesondere ein eingetragener Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs gem. § 899 BGB i.V.m. § 53 I 1 GBO entgegenstehen. Im vorliegenden Fall ist jedoch kein Umstand ersichtlich, aus dem eine Beseitigung des Rechtscheins hergeleitet werden kann.

#### d. Gutgläubigkeit des Erwerbers

Die Kl. müsste im Hinblick auf die Unrichtigkeit des Grundbuches gutgläubig sein. Das ist dann nicht mehr der Fall, wenn die Kl. gem. § 892 I 1, II BGB zum Zeitpunkt der Antragstellung positive Kenntnis von der Unrichtigkeit gehabt hat (vgl. Palandt/Bassenge § 892 Rn. 24; Schwab/Prütting § 19 Rn. 214). Vorliegend hatte die Kl. keine positive Kenntnis von der Geisteskrankheit der Bekl.. Dem zu Folge ist die Gutgläubigkeit zu bejahen. Die Kl. ist Miteigentümerin geworden gem. §§ 873 I, 925 I 1 i.V.m. §§ 892 I 1, 891 I BGB.

#### III. Ergebnis

Die Feststellungsklage ist begründet. Sie hat insgesamt Erfolg.

[Anm. für das zweite Staatsexamen: Auch der Umstand, dass die Kl. den Miteigentumsanteil von E m Rahmen einer nachträglich vereinbarten Gütertren-

nung erworben hatte, steht nach Auffassung des BGH der Annahme eines Verkehrsgeschäftes nicht entgegen. Es handelt sich nach wie vor nicht um eine wirtschaftliche Identität der Vermögensmassen. Anderes gilt nur in den Fällen der Gütergemeinschaft, da in diesen Fällen eine Übertragung auf einen Ehegatten nur durch gemeinsame Verfügung der beiden Ehegatten möglich ist. [...]“Die Ehegatten haben die Wahl, entweder rechtlich selbständige Miteigentumsanteile zu erwerben oder durch Ehevertrag eine Gütergemeinschaft zu vereinbaren und so eine gesamthänderische Bindung nach § 1419 BGB herbeizuführen. Aus dieser Entscheidung ergeben sich die sachenrechtlichen Unterschiede, wenn sich die Ehegatten anlässlich ihrer Trennung auseinandersetzen. Bei einer Gütergemeinschaft kann Alleineigentum eines Ehegatten nur durch eine gemeinschaftliche Verfügung beider Ehegatten erreicht werden, so dass ein gutgläubiger Erwerb ausscheidet. Bei einem Miteigentum nach Bruchteilen genügt dagegen die von § 892 BGB erfasste Übertragung eines Anteils. Die von der Revision erstrebte Gleichbehandlung der Auseinandersetzung von Gesamthandsvermögen und der Übertragung von Miteigentumsanteilen beseitigte die den Ehegatten nach dem Gesetz zustehenden Wahlmöglichkeiten, wofür es indes keine Grundlage gibt.”]

### Standort: § 239b StGB

### Problem: Einschränkende Auslegung

BGH, URTEIL VOM 20.06.2007  
1 STR 157/07 (NSTZ-RR 2007, 343)

#### Problemdarstellung:

Der Angeklagte war mit dem Opfer, das nachts im Zimmer der Schwester eines Freundes des Angeklagten ertappt worden war, zu einem einsamen Parkplatz gefahren, hatte dieses mit einer scheinbar echten Pistole geschlagen und bedroht, um ihm so das Zugeständnis abzupressen, keine weiteren außerehelichen Beziehungen zu der Schwester zu unterhalten und diese statt dessen zu heiraten.

Das LG München I hatte den Angeklagten wegen Freiheitsberaubung, § 239 I StGB, gefährlicher Körperverletzung, §§ 223 I, 224 I StGB, und Bedrohung, § 241 StGB, verurteilt. Eine hiergegen gerichtete Revision der Staatsanwaltschaft, die auch eine Verurteilung wegen Geiselnahme, § 239b StGB, forderte, wies der BGH als unbegründet zurück.

#### Prüfungsrelevanz:

Die Tatbestände des erpresserischen Menschenraubes und der Geiselnahme, §§ 239a, 239b StGB, sind häufig Gegenstand von Prüfungsaufgaben in beiden Examen, insb. deshalb, weil die vom Wortlaut her sehr

weiten Tatbestände einer teleologischen Reduktion bedürfen. Hierbei wird die Kenntnis der entsprechenden Fallgruppen und Kriterien beim Kandidaten als selbstverständlich vorausgesetzt.

Ein klassisches Problem stellt insofern die teleologische Reduktion der §§ 239a, 239b StGB im Zweipersonenverhältnis dar. Diese Tatbestände setzten früher zwingend ein Dreiecksverhältnis voraussetzten, sodass die Person, die der Täter entführt oder derer er sich bemächtigt, nicht identisch sein durfte mit derjenigen Person die er erpressen (bei § 239a StGB) oder (qualifiziert) nötigen (bei § 239b StGB) wollte. 1989 wurde der Gesetzeswortlaut jedoch in die heute noch gültige Form gebracht, in der er die Anwendung der Tatbestände auch in reinen Zweipersonenverhältnissen zulässt. Würde man diese Delikte jedoch in Zweipersonenverhältnissen uneingeschränkt anwenden, dann würde die hohe Mindeststrafe der §§ 239a, 239b StGB dazu führen, dass die im Zweipersonenverhältnis typischen Delikte, insb. §§ 249, 255, 177 StGB letztlich leerlaufen würden, da hier auch meist die Tatbestände der §§ 239a, 239b StGB verwirklicht wären. Deshalb gehen Rechtsprechung und herrschende Literatur davon aus, dass erpresserischer Menschenraub und Geiselnahme, die unvollkommen zweiaktige Delikte darstellen, jedenfalls in Zweipersonenverhältnissen nur

zur Anwendung kommen, wenn die durch das Entführen oder Sich-Bemächtigen geschaffene Zwangslage eine gewisse Stabilisierung erfährt, bevor sie zu einer Erpressung oder qualifizierten Nötigung ausgenutzt wird oder werden soll (BGHSt 40, 350, 359; Tröndle/Fischer, § 239a Rn 7; Krey/Hellmann, Rn 335c; Heinrich, NStZ 1997, 369). Deshalb sind §§ 239a, 239b StGB in Zweipersonenverhältnissen bei der Tat handlung des Entführens in der Regel anwendbar, da hier diese Voraussetzung normalerweise erfüllt ist, in den Fällen des Sich-Bemächtigens allerdings nicht. Diese teleologische Reduktion will die Literatur auch auf Dreipersonenverhältnisse ausdehnen (Tröndle/Fischer, § 239a Rn 8a; Krey/Hellmann, Rn 335c; Immel, NStZ 2001, 67). Diese teleologische Reduktion wäre auch im vorliegenden Fall anzusprechen gewesen, da ein Zweipersonenverhältnis insofern gegeben war als der entführte E gleichzeitig auch genötigt wurde. Sie hätte allerdings nicht zum Ausschluss des Tatbestandes geführt, da vorliegend ein Entführen und damit die erforderliche Stabilisierung der Zwangslage gegeben war.

Der BGH hat in der vorliegenden Entscheidung aber noch ein anderes Kriterium für eine teleologische Reduktion der Geiselnahme herangezogen: § 239b StGB setze voraus, dass zwischen der Entführung des Opfers und der beabsichtigten Nötigung ein funktionaler und zeitlicher Zusammenhang derart bestehe, dass der Täter das Opfer während der Dauer der Zwangslage nötigen wolle und die abgenötigte Handlung auch während der Dauer der Zwangslage vorgenommen werden solle. Dies entspricht auch der bisherigen Rechtsprechung (vgl. BGH, NStZ 2005, 508 = RA 2005, 430).

#### Vertiefungshinweise:

Zur teleologischen Reduktion von §§ 239a, 239b StGB: BGHSt 40, 350; BGH, NStZ 2002, 31; 2005, 508 (= RA 2005, 430); Baier, JA 2000, 191; Fahl, JUR 1996, 456; Heinrich, NStZ 1997, 369

#### Kursprogramm:

Examenskurs: "Der Bankräuber"

#### Leitsätze (der Redaktion):

**§ 239b StGB ist dahingehen einschränkend auszu-legen, dass zwischen der Entführung eines Opfers und einer beabsichtigten Nötigung ein funktionaler und zeitlicher Zusammenhang derart bestehen muss, dass der Täter das Opfer während der Dauer der Entführung nötigen will und die abgenötigte Handlung auch während der Dauer der Zwangslage vorgenommen werden soll. Allerdings kann auch das Erreichen eines Teilerfolges des Täters, der mit Blick auf ein weitergehendes Ziel jedenfalls vorbereitend wirkt, eine Nötigung darstellen. Je-**

**denfalls solche Handlungen des Opfers, die eine nach der Vorstellung des Täters eigenständig bedeutsame Vorstufe des gewollten Enderfolgs darstellen, führen zur Vollendung der mit der qualifizierten Drohung erstrebten Nötigung.**

#### Sachverhalt:

Ö hatte bei einem nächtlichen Kontrollbesuch in der Wohnung seiner 17-jährigen Schwester T den E vorgefunden. Er hatte deshalb seine Schwester und E geschlagen und mit einem Messer bedroht. Gemeinsam mit dem telefonisch herbeigerufenen A zwang er sodann den verängstigten E, mit ihnen zu einem abgelegenen Parkplatz zu fahren. Dort erklärte er dem A, E müsse weiter eingeschüchtert werden, damit er seine Schwester nunmehr heirate. A erwiderte, er werde "dies" nun regeln.

A setzte sich mit E auf die Rücksitzbank des Kraftfahrzeugs, ergriff eine (ungeladene) Gaspistole, hielt sie so vor das Gesicht des E, dass dieser sie wegen des nicht verschlossenen Laufs für eine scharfe Waffe hielt, und steckte ihm ihren Lauf gewaltsam in den Mund. Er erweckte den Anschein, die Waffe auslösen zu wollen, woraufhin E in Todesangst aufschrie. Nunmehr drehte A die Waffe um und schlug mit ihrem metallischen Griff mehrmals kräftig gegen den Kopf des E. Er zwang ihn, wieder auszusteigen, und forderte ihn auf, sich - wie schon zuvor - bei Ö nochmals zu entschuldigen und diesem zum Zeichen der Respektbekundung nach türkischer Sitte die Hand zu küssen. Zusätzlich erklärte er, falls Ö die Geste der Entschuldigung nicht annehme, müsse er damit rechnen, umgebracht zu werden. E entschuldigte sich bei Ö, der dem E den Handkuss erließ, ihm aber androhte, es werde noch schlimmer kommen, wenn er sich nicht an seine Vorgaben halte, und ihn daraufhin gehen ließ.

A wusste bei seinem Vorgehen gegen E, dass dieser sich bereits mehrfach bei Ö entschuldigt hatte und selbst nach weiteren Möglichkeiten zur Entschuldigung und Respektbezeugung suchte. Die Drohungen des A dienten nicht dem Zweck, der Aufforderung zur Entschuldigung Nachdruck zu verleihen, sondern sollten die Einschüchterung des E nochmals steigern, um für die Zukunft sicher zu stellen, dass E außereheliche Beziehungen zu T unterlässt und diese heiratet.

Strafbarkeit des A?

[Anm.: Es sind nur vollendete Delikte zu prüfen.]

#### Lösung:

A. Strafbarkeit gem. § 239b I 1. Fall StGB durch die Fahrt zum und das Vorgehen auf dem Parkplatz

A könnte sich dadurch, dass er den E zwang, mit ihm ins Auto zu steigen und zu dem Parkplatz zu fahren und ihn dort bedrohte, damit E die außerehelichen Be-

ziehungen zu T unterlässt und diese heiratet, wegen Geiselnahme gem. § 239b I 1. Fall StGB strafbar gemacht haben.

### *I. Tatbestand*

#### *1. Tathandlung*

A müsste eine tatbestandsmäßige Handlung vorgenommen, den E also entführt oder sich des E bemächtigt haben.

#### *a. Entführen*

A könnte den E entführt haben.

Der Täter entführt das Opfer, wenn er es gegen dessen Willen an einen anderen Ort verbringt, an dem es dem ungehinderten Einfluss des Täters ausgesetzt ist (BGH, NStZ 1994, 283; Lackner/Kühl, § 239b Rn 2, § 239a Rn 3; Krey/Hellmann, BT 2, Rn 323).

A hatte den E gegen dessen Willen dazu gezwungen, ins Auto zu steigen und mit ihm zu einem Parkplatz zu fahren, der abgelegen war, so dass E dort nicht auf Hilfe durch Dritte hoffen konnte und somit dem ungehinderten Einfluss des A ausgesetzt war. A hat E also entführt.

#### *b. Sich-Bemächtigen*

A könnte sich auch des E bemächtigt haben.

Sich-Bemächtigen bedeutet die Erlangung der physischen Herrschaftsgewalt über das Opfer durch den Täter gegen den Willen des Opfers (BGHSt 26, 70, 72; Joecks, § 239b Rn 8; Schönke/Schröder-Eser, § 239b Rn 2, § 239a Rn 7; Krey/Hellmann, BT 2, Rn 324). Ein Sich-Bemächtigen kann auch dadurch erfolgen, dass der Täter das Opfer mit einer Schusswaffe bedroht (BGH, NStZ 1986, 166; Krea/Hellmann, BT 2, Rn 324). Im vorliegenden Fall ist jedoch zu berücksichtigen, dass A den E nicht mit einer funktionsbereiten (scharfen) Schusswaffe bedrohte, sondern nur mit einer Gaspistole, die darüber hinaus auch noch nicht einmal geladen war. Deshalb beruhte die Einschüchterung des E und die sich ggf. daraus ergebende Erlangung der physischen Herrschaftsgewalt durch A aber nicht nur auf einer körperlichen Überlegenheit des A sondern in entscheidender Weise auch auf einer Täuschung des E durch A bzgl. der Einsatzfähigkeit der vorgehaltenen Waffe. Fraglich ist, ob auch in dieser Konstellation ein Sich-Bemächtigen vorliegt.

#### *aa. 1. Meinung*

Nach einer Auffassung kommt ein Sich-Bemächtigen i.S.v. §§ 239a, 239b StGB dann nicht in Betracht, wenn der Täter das Opfer nicht mit einer echten Waffe, sondern nur mit einer Scheinwaffe bedroht, es aber über die Echtheit der Waffe täuscht und so die Kontrolle über das Opfer erlangt (MüKo StGB-Renzikowski, § 239a Rn 36 f.; Tröndle/Fischer, § 239a Rn 4b; Krey/Hellmann, BT 2, Rn 324).

Da A den E nur mit einer Scheinwaffe und nicht mit einer echten Schusswaffe in Schach hielt, wäre nach dieser Auffassung ein Sich-Bemächtigen nicht gegeben.

#### *bb. 2. Meinung*

Die Gegenauffassung nimmt ein Sich-Bemächtigen i.S.v. §§ 239a, 239b StGB auch dann an, wenn der Täter das Opfer nur mit einer Scheinwaffe bedroht und somit das Gewaltverhältnis zwischen Täter und Opfer im Wesentlichen auf einer Täuschung gründet (BGH, StV 1999, 646; NStZ 2002, 31; LK-Kindhäuser, § 239a Rn 5; Schönke/Schröder-Eser, § 239a Rn 7).

Nach dieser Auffassung stünde einem Sich-Bemächtigen nicht entgegen, dass A den E nur mit einer Scheinwaffe bedroht. Auch diese Tathandlung des § 239b I StGB läge somit vor.

#### *cc. Stellungnahme*

Die erste Meinung beruft sich darauf, dass die hohe Mindeststrafe der §§ 239a, 239b StGB (Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren) nur verwirkt sein könne, wenn zumindest eine abstrakte Gefährdung des Opfers gegeben sei, woran es jedoch bei einer Bedrohung mit einer Scheinwaffe fehle. Sie übersieht jedoch, dass die entsprechenden Tatbestände keine qualifizierten Anforderungen an das Tatmittel stellen, dessen sich der Täter bedienen muss, um das Entführen oder Sich-Bemächtigen zu erreichen. Deshalb kommt hier - ebenso wie bei § 239 StGB - auch eine Täuschung als Tatmittel in Betracht. Die hohe Mindeststrafe rechtfertigt sich auch nicht zwingend aus einer Gefährdung des Opfers, sondern daraus, dass der Täter ein Gewaltverhältnis über das Opfer begründet, das er später zur Begehung einer Erpressung (bei § 239a StGB) bzw. einer qualifizierten Nötigung (bei § 239b StGB) ausnutzen will. Dass das Gewaltverhältnis durch eine Täuschung herbeigeführt wird und nicht durch eine tatsächliche Bedrohung kann hier jedoch keinen Unterschied ausmachen, da das getäuschte Opfer, das aufgrund der Täuschung einem Irrtum über das Bestehen einer Gefahr unterliegt, sich genauso unter der Kontrolle des Täters befindet wie dasjenige Opfer, das tatsächlich mit dem Tode bedroht wird. Der zweiten Meinung ist somit zu folgen. Ein Sich-Bemächtigen ist gegeben.

#### *2. Vorsatz*

A handelte auch vorsätzlich.

#### *3. Qualifizierte Nötigungsabsicht*

A müsste die Absicht gehabt haben, den E durch die Drohung mit dessen Tod oder einer schweren Körperverletzung i.S.v. § 226 StGB oder einer Freiheitsentziehung von über einer Woche Dauer zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung zu nötigen.

A hatte die Absicht, dem E durch das Vorhalten der Pistole vorzuspiegeln, dass er bereit sei, ihn zu er-

schießen, er wollte also mit dem Tod des F drohen und diesen so dazu nötigen, weitere außereheliche Beziehungen zu der T zu unterlassen und diese zu heiraten. Insofern ist allerdings festzustellen, dass das Verhalten, zu dem A den E nötigen wollte (Unterlassen der außerehelichen Beziehungen zu T und Heirat) ein solches wäre, das der E erst in einem Zeitpunkt an den Tag legen würde, in dem das Gewaltverhältnis zwischen A und E nicht mehr bestünde, weil der A den E dann nicht mehr entführt und sich auch nicht mehr des E bemächtigt hätte. Dies könnte einer Anwendung des § 239b StGB entgegenstehen.

Hierzu der BGH: "Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist § 239b StGB - schon wegen der hohen Mindeststrafe von fünf Jahren - einschränkend auszulegen. Zwischen der Entführung eines Opfers und einer beabsichtigten Nötigung muss ein funktionaler und zeitlicher Zusammenhang derart bestehen, dass der Täter das Opfer während der Dauer der Entführung nötigen will und die abgenötigte Handlung auch während der Dauer der Zwangslage vorgenommen werden soll (vgl. BGH NJW 1997, 1082; NStZ 2006, 36). Denn der Zweck dieser Strafvorschrift besteht gerade darin, das Sich-Bemächtigen oder die Entführung des Opfers deshalb besonders unter Strafe zu stellen, weil der Täter seine Drohung während der Dauer der Zwangslage jederzeit realisieren kann (BGH StV 1997, 302; NStZ 2006, 36). Allerdings kann auch das Erreichen eines Teilerfolges des Täters, der mit Blick auf ein weitergehendes Ziel jedenfalls vorbereitend wirkt, eine Nötigung darstellen (BGH NJW 1997, 1082; NStZ 2006, 36). Jedenfalls solche Handlungen des Opfers, die eine nach der Vorstellung des Täters eigenständig bedeutsame Vorstufe des gewollten Enderfolgs darstellen, führen zur Vollendung der mit der qualifizierten Drohung erstrebten Nötigung (BGH aaO).

Diese Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt. Der Angeklagte wollte den Geschädigten E einschüchtern und ihn dadurch dazu bringen, künftig außereheliche Beziehungen zu der Zeugin T zu unterlassen und diese zu heiraten. Damit waren seine Ziele auf ein Verhalten des E in einem Zeitraum gerichtet, zu dem dieser aus der Gewalt der beiden Angeklagten wieder entlassen sein würde. Aus den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des Landgerichts ergibt sich nicht, dass der Angeklagte erreichen wollte (und erreicht hat), dass E bereits während der Bemächtigungssituation sich verbindlich zu seinem künftigen Verhalten gegenüber T festlegt.

Auch soweit der Angeklagte dem E eine nochmalige Entschuldigung für dessen bisheriges Verhalten und einen Handkuss als Respektbezeugung abverlangte, ist keine hinreichende Vorstufe des gewollten Enderfolgs - zukünftige Beziehungen zu T - gegeben. Es fehlt insofern bereits die erforderliche finale Verknüpfung zwischen der Bemächtigungslage und ihrer Ausnut-

zung zum Zwecke der Nötigung. Dem Angeklagten war nach den ausdrücklichen Feststellungen des Landgerichts bewusst, 'dass dem Geschädigten E die Aufforderung zur nochmaligen Entschuldigung und Respektbezeugung als Gelegenheit zur Besänftigung des Angeklagten Ö willkommen war und dass E ihr auch ohne zusätzliche Drohungen nachkommen würde'." Somit erfüllt die von A beabsichtigte Nötigung nicht die Voraussetzungen des § 239b StGB.

## II. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. § 239b StGB.

### B. Strafbarkeit gem. § 239 I StGB durch die Fahrt zum und das Vorgehen auf dem Parkplatz

Dadurch, dass er den E dazu zwang, mit ihm ins Auto zu steigen und zu dem Parkplatz zu fahren und ihn dort bedrohte, könnte A sich wegen Freiheitsberaubung gem. § 239 I StGB strafbar gemacht haben.

#### I. Tatbestand

##### 1. Tathandlung

A müsste eine der genannten Tathandlungen vorgenommen, also den E eingesperrt oder auf andere Weise der Freiheit beraubt haben.

##### a. Einsperren

A könnte den E eingesperrt haben.

Einsperren ist das Verhindern des Verlassens eines Raumes durch äußere Vorrichtungen gegen den Willen des Opfers (Lackner/Kühl, § 239 Rn 3; Schönke/Schröder-Eser, § 239 Rn 5).

Denkbar wäre hier ein Einsperren, wenn der E am Verlassen des Autos zum Beispiel dadurch gehindert würde, dass A eine Zentralverriegelung oder Kindersicherung aktivierte. Dies lässt sich jedoch dem Sachverhalt nicht entnehmen, sodass ein Einsperren des E durch A nicht gegeben ist.

##### b. Freiheitsberaubung auf andere Weise

A könnte den E jedoch auf andere Weise der Freiheit beraubt haben.

Eine Freiheitsberaubung auf andere Weise ist dann gegeben, wenn dem Opfer die Möglichkeit der Fortbewegung anders als durch Einsperren genommen wird (Joecks, § 239 Rn 14; Tröndle/Fischer, § 239 Rn 8). Hierbei kommen insb. auch Drohung und List als Tatmittel in Betracht (Lackner/Kühl, § 239 Rn 2; Schönke/Schröder-Eser, § 239 Rn 6). A hat E durch die Bedrohung mit der vermeintlich echten Schusswaffe daran gehindert, das Auto zu verlassen und sich fortzubewegen. Hierbei steht es einer Freiheitsberaubung auch nicht entgegen, dass die Handlung des A auch ein Element der List enthielt, weil A den E über die Echtheit der Waffe täuschte, da auch List ein taugliches Tatmittel für § 239 I StGB ist.

## 2. Vorsatz

A handelte vorsätzlich.

## II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

## III. Ergebnis

A ist strafbar gem. § 239 I StGB.

### C. Strafbarkeit gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 4, 5 StGB durch das Vorgehen auf dem Parkplatz

Dadurch, dass A den E auf dem Parkplatz in Anwesenheit des Ö mit dem Metallgriff der Gaspistole mehrmals heftig auf den Kopf schlug, könnte er sich wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 4, 5 StGB strafbar gemacht haben.

### I. Tatbestand

#### 1. Grunddelikt: § 223 I StGB

A müsste zunächst den Tatbestand des Grunddelikts, also der einfachen Körperverletzung gem. § 223 I StGB, erfüllt haben. Dazu müsste A den E vorsätzlich körperlich misshandelt oder an der Gesundheit geschädigt haben.

Körperliche Misshandlung ist jede üble, unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Integrität mehr als nur unerheblich beeinträchtigt (BGHSt 145, 269; Tröndle/Fischer, § 223 Rn 3a). Gesundheitsschädigung ist das Hervorrufen oder Steigern eines pathologischen - also krankhaften - Zustandes (OLG Düsseldorf, MedR 1984, 29; Schönke/Schröder-Eser, § 223 Rn 5).

Die Schläge mit dem Pistolengriff gegen den Kopf des E stellen eine üble, unangemessene Behandlung dar, die sehr schmerzhaft ist, sodass A durch sie zumindest das körperliche Wohlbefinden des E erheblich beeinträchtigt hat. Zwar ist dies nicht ausdrücklich erwähnt, jedoch kann bei lebensnaher Auslegung des Sachverhaltes davon ausgegangen werden, dass A durch die Schläge bei E Platzwunden oder Blutergüsse, mithin pathologische Zustände, hervorgerufen hat. Eine Gesundheitsschädigung ist somit auch gegeben. Da A diesbezüglich auch vorsätzlich handelte, hat er den Tatbestand des Grunddelikts verwirklicht.

#### 2. Qualifikation: § 224 I StGB

A könnte auch den Qualifikationstatbestand, § 224 I StGB, verwirklicht haben.

##### a. § 224 I Nr. 2 StGB

A könnte zunächst mit der Gaspistole, die er als Schlagwerkzeug benutzte, eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug verwendet haben, § 224 I Nr. 2 StGB.

Eine Pistole - auch eine Gaspistole - stellt grundsätzlich eine Waffe i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB dar, aller-

dings nur, sofern die Pistole auch geladen und einsatzbereit ist (BGHSt 45, 92; BGH, NStZ 2002, 31, 33; Tröndle/Fischer, § 224 Rn 9d). Die Gaspistole des A war jedoch nicht geladen, sodass sie keine Waffe i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB darstellt.

Die von A als Schlagwerkzeug eingesetzte Gaspistole könnte jedoch ein gefährliches Werkzeug i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB sein.

Ein gefährliches Werkzeug im Sinne dieser Vorschrift ist jeder Gegenstand, der nach seiner Beschaffenheit und der Art seiner konkreten Verwendung im Einzelfall geeignet ist, erhebliche Verletzungen zuzufügen (BGH, NStZ 1999, 616; Tröndle/Fischer, § 224 Rn 9). Eine Pistole, also ein harter Gegenstand, mit deren Griff einem Menschen - wie im vorliegenden Fall - heftig gegen den Kopf geschlagen wird, ist bei dieser Art der Verwendung geeignet, erhebliche Verletzungen zuzufügen. A hat also die Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeugs begangen.

##### b. § 224 I Nr. 4 StGB

Da der A den E schlug während sich Ö in unmittelbarer Nähe befand, könnte er die Tat mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich begangen haben, § 224 I Nr. 4 StGB.

Eine gemeinschaftliche Begehung i.S.v. § 224 I Nr. 4 StGB setzt zwar nicht voraus, dass mehrere Personen Verletzungshandlungen vornehmen (BGH, BStZ 2000, 194 f.; Tröndle/Fischer, § 224 Rn 11). Werden die Verletzungshandlungen jedoch nur von einem Beteiligten ausgeführt, so setzt eine Qualifikation gem. § 224 I Nr. 4 StGB voraus, dass dieser von den anderen Beteiligten aktiv unterstützt wird, wobei sowohl eine physische Unterstützung (z.B. durch Festhalten des Opfers) als auch eine psychische Unterstützung (z.B. durch Demonstration von Eingriffsbereitschaft oder Anfeuern des Handelnden) in Betracht kommt (BGHSt 47, 383, 384 f.; BGH, NZV 2006, 270, 272; Schönke/Schröder-Stree, § 224 Rn 11). Eine bloß passiv befürwortende Haltung des anderen Beteiligten reicht jedoch für eine gemeinschaftliche Begehung auch dann nicht aus, wenn der andere Beteiligte am Tatort anwesend ist (Tröndle/Fischer, § 224 Rn 11a; Wessels/Hettinger, Rn 281; Jäger, JuS 2000, 35; Küper, GA 2003, 363, 380 ff.).

Im vorliegenden Fall war Ö zwar am Tatort anwesend, es ist jedoch nicht ersichtlich, dass er den A bei dessen Verletzungshandlungen aktiv unterstützt hätte, sodass zugunsten des A davon auszugehen ist, dass dies nicht der Fall ist. Eine "gemeinschaftliche" Begehung i.S.v. § 224 I Nr. 4 StGB ist somit nicht gegeben.

##### c. § 224 I Nr. 5 StGB

Die heftigen Schläge mit dem Griff der Pistole gegen den Kopf des E können auch eine das Leben gefährdende Behandlung darstellen, § 224 I Nr. 5 StGB.

Im Rahmen von § 224 I Nr. 5 StGB ist zwar streitig,



ob die Qualifikation den Eintritt einer konkreten Lebensgefahr voraussetzt (so NK-Paeffgen, § 224 Rn 27; Schönke/Schröder-Stree, § 224 Rn 12) oder ob eine abstrakte Lebensgefährdung ausreicht (so die h.M., BGH, NStZ 2004, 618; 2005, 156, 157; SK-Horn/Wolters, § 224 Rn 30; Tröndle/Fischer, § 224 Rn 12; Wessels/Hettinger, Rn 282). Wenn der Täter dem Opfer, mehrfach heftig gegen den Kopf schlägt, insb. wenn er hierbei auch noch ein hartes Schlagwerkzeug verwendet, so liegt jedoch nach beiden Auffassungen eine das Leben gefährdende Behandlung vor (BGH, NStZ 2004, 618; 2005, 156; Schönke/Schröder-Stree, § 224 Rn 12; Tröndle/Fischer, § 224 Rn 12).

A hat E mit dem Griff der Pistole mehrfach heftig gegen den Kopf geschlagen, sodass eine das Leben gefährdende Behandlung i.S.v. § 224 I Nr. 5 StGB gegeben ist.

#### *d. Vorsatz*

A handelte auch bzgl. der qualifizierenden Umstände vorsätzlich.

### *II. Rechtswidrigkeit und Schuld*

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

### *III. Ergebnis*

A ist strafbar gem. §§ 223, 224 I Nr. 2, 5 StGB.

#### *D. Strafbarkeit gem. § 240 I StGB durch das Vorgehen auf dem Parkplatz*

A könnte sich dadurch, dass er E mit der Pistole schlug und den Anschein erweckte, ihm in den Kopf schießen zu wollen, woraufhin sich E bei Ö entschuldigte, wegen Nötigung gem. § 240 I StGB strafbar gemacht haben.

#### *I. Tatbestand*

##### *1. Nötigungsmittel*

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

Gewalt i.S.v. § 240 I StGB ist der körperlich wirkende Zwang zur Überwindung geleisteten oder erwarteten Widerstands (BGH, NJW 1995, 2862; Tröndle/Fischer, § 240 Rn 8; Wessels/Hettinger, Rn 383). Durch die Schläge auf den Kopf des E hat A einen körperlich wirkenden Zwang ausgeübt, um den erwarteten Widerstand des E zu beseitigen.

Drohung i.S.v. § 240 I StGB ist das Inaussichtstellen eines zukünftigen Übels auf dessen Eintritt der Täter Einfluss hat oder zu haben vorgibt (BGHSt 16, 386; Tröndle/Fischer, § 240 Rn 31). Empfindlich ist das angedrohte Übel dann, wenn es so erheblich ist, dass es geeignet erscheint, das Opfer zu dem vom Täter begehrten Verhalten zu motivieren (BGH, NStZ 1987, 223; Lackner/Kühl, § 240 Rn 13; Wessels/Hettinger,

Rn 411). A hatte E hier vorgespiegelt, ihm in den Kopf schießen zu wollen, also ein zukünftiges Übel - den Tod des E - in Aussicht gestellt, auf dessen Eintritt er zumindest vorgab, Einfluss zu haben. Die Drohung mit dem Tod erscheint auch geeignet, das Opfer dazu zu motivieren, den Anweisungen des Täters Folge zu leisten. A hat also mit einem empfindlichen Übel gedroht.

##### *2. Nötigungserfolg*

Als Erfolg der Nötigung ist ein Handeln, Dulden oder Unterlassen des Opfers erforderlich.

E hat sich bei Ö entschuldigt, also eine Handlung vorgenommen.

##### *3. Nötigungsspezifische Kausalität*

Eine Nötigung setzt eine nötigungsspezifische Kausalität in dem Sinne voraus, dass das abgenötigte Verhalten des Opfers spezifische und unmittelbare Folge des vom Täter ausgeübten Zwanges sein muss (BGHSt 37, 353 ff.; Schönke/Schröder-Eser, § 240 Rn 14; Dierlamm, NStZ 1992, 576).

Im vorliegenden Fall hatte E zwar sowieso nach weiteren Möglichkeiten der Entschuldigung und Respektbezeugung gegenüber dem Ö gesucht, die konkrete Entschuldigung auf dem Parkplatz hat er aber nur deshalb ausgesprochen, weil A ihn vorher unter Druck gesetzt hatte. Die erforderliche nötigungsspezifische Kausalität ist deshalb gegeben.

##### *4. Vorsatz*

A müsste auch vorsätzlich gehandelt haben.

Hierzu der BGH: "Dem Angeklagten war nach den ausdrücklichen Feststellungen des Landgerichts bewusst, 'dass dem Geschädigten E die Aufforderung zur nochmaligen Entschuldigung und Respektbezeugung als Gelegenheit zur Besänftigung des Angeklagten Ö willkommen war und dass E ihr auch ohne zusätzliche Drohungen nachkommen würde'. Insoweit wollte der Angeklagte daher schon nicht - was eine Nötigung voraussetzt - einen entgegenstehenden Willen des Geschädigten überwinden."

A hat also nicht vorsätzlich gehandelt.

##### *II. Ergebnis*

A ist nicht strafbar gem. § 240 I StGB.

#### *E. Strafbarkeit gem. § 241 StGB durch das Vorgehen auf dem Parkplatz*

A könnte sich dadurch, dass er den Anschein erweckte, E in den Kopf schießen zu wollen, wegen Bedrohung gem. § 241 StGB strafbar gemacht haben.

#### *I. Tatbestand*

A müsste E vorsätzlich mit der Begehung eines gegen ihn oder eine ihm nahestehende Person gerichteten Verbrechens bedroht haben.

A hat damit gedroht, den E zu erschießen (s.o.), also

zumindest einen Totschlag, § 212 I StGB, zu begehen. Wegen der Mindeststrafe des § 212 I StGB handelt es sich beim Totschlag gem. § 12 I StGB um ein Verbrechen, sodass A den E mit der Begehung eines gegen ihn gerichteten Verbrechens bedroht hat.

Da A auch vorsätzlich gehandelt hat, ist der Tatbestand des § 241 StGB erfüllt.

## *II. Rechtswidrigkeit und Schuld*

A handelte mangels ersichtlicher Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe auch rechtswidrig und schuldhaft.

## *III. Ergebnis*

A ist strafbar gem. § 241 StGB.

## *F. Konkurrenzen und Gesamtergebnis*

Die von A verwirklichten Vergehen der gefährlichen Körperverletzung, §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5 StGB, Freiheitsberaubung, § 239 I StGB, und Bedrohung, § 241 StGB, wurden alle - zumindest teilweise - durch das Verhalten des A auf dem Parkplatz, also dieselbe Handlung, begangen. Sie stehen deshalb zueinander in Idealkonkurrenz, § 52 StGB. A ist strafbar gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5; 239 I; 241; 52 StGB.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

<b>Autor/Titel:</b>	Bock, Wolfgang: "Der Islam in der aktuellen Entscheidungspraxis des öffentlichen Rechts"
<b>Fundstelle:</b>	NVwZ 2007, 1250 (Heft 11)
<b>Inhalt:</b>	Der Autor gibt einen Überblick über die Gerichtsentscheidungen, die sich seit dem Jahr 2000 mit dem Islam und seinen Auswirkungen auf den Rechtsalltag hierzulande zu beschäftigen hatten. Neben dem bekannten "Kopftuch"-Urteil des BVerfG geht er auf zahlreiche weitere Entscheidungen aus den Bereichen des Polizei-, Vereins-, Ausländer-, Verfassungs- und Tierschutzrechts ein, die alle eines gemeinsam haben: Sie sind sehr examensrelevant.

<b>Autor/Titel:</b>	Schröppel, Otto / Schübel-Pfister, Isabel: "Aktuelles Verwaltungsprozessrecht"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2007, 1001 (Heft 11)
<b>Inhalt:</b>	Die Autoren besprechen insbesondere die Änderungen im Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO (unter Einschluss der aktuellen Rechtsprechung zum Rechtsschutz gegen Flächennutzungspläne, vgl. RA 2007, 500), den einstweiligen Rechtsschutz beim sog. "faktischen Vollzug" analog § 80 V VwGo und die Anforderungen an eine Wiedereinsetzung nach § 60 VwGO. Dabei geben sie konkrete Tipps zu Aufbau und Formulierungen in einer Examensklausur.

*Zivilrecht*

<b>Autor/Titel:</b>	Klöhn, Lars: "Beweislastumkehr beim Verbrauchsgüterkauf (§ 476 BGB)"
<b>Fundstelle:</b>	NJW 2007, 2811 (Heft 39)
<b>Inhalt:</b>	Der Autor befasst sich mit dem aktuellen Problem der Reichweite der Vermutungswirkung des § 476 BGB und legt die Ungereimtheiten der insoweit vorliegenden Rechtsprechung des BGH dar. Im diesem Beitrag werden die Argumente, die entgegen der Rechtsprechung des BGH für eine Vermutungswirkung sowohl in zeitlicher als auch in sachlicher Hinsicht sprechen (sog. Problemfeld der Grundmängel) anschaulich erörtert.

<b>Autor/Titel:</b>	Kleinhenz, Michael: "Der Widerruf der Vollmacht gegenüber dem beschränkt Geschäftsfähigen"
<b>Fundstelle:</b>	Jura 2007, 810 (Heft 11)
<b>Inhalt:</b>	Die Probleme der beschränkten Geschäftsfähigkeit bilden immer wieder einen Schwerpunkt in den Klausuren zu den beiden Staatsexamina. Regelmäßig handelt es sich um die Frage, ob ein beschränkt Geschäftsfähiger eine wirksame Willenserklärung abgegeben hat. Der Autor beleuchtet in diesem Beitrag den umgekehrten Fall: der Minderjährige ist Adressat der Erklärung, hier eines Widerrufs der Vollmacht. Insoweit ist das Augenmerk auf § 131 II BGB zu setzen, der die §§ 2, 106 ff. BGB ergänzt.

*Strafrecht*

<b>Autor/Titel:</b>	Fahl, Christian: "Neue sozioethische Einschränkung der Notwehr: Folter"
<b>Fundstelle:</b>	JURA 2007, 743 (Heft 10)
<b>Inhalt:</b>	Die Fallgruppen sozioethischer Notwehreinschränkung, die in einem Gutachten üblicherweise i.R.v. § 32 StGB unter dem Punkt "Gebotenheit der Notwehrhandlung" angesprochen werden, sind häufiger Gegenstand von Examensaufgaben. Der Verfasser greift einen vieldiskutierten Fall auf, in dem die Polizei einen Entführer mit der Zufügung körperlicher Schmerzen bedroht hatte, damit dieser das Versteck des entführten Kindes preisgab (Fall "Daschner", LG Frankfurt a.M., NJW 2005, 692 = RA 2005, 222), um zu prüfen, ob neben den bisher anerkannten Fallgruppen die Fallgruppe "Folter" auch eine sozioethische Notwehreinschränkung darstellen sollte. Hierbei kommt er im Rahmen sehr lesenswerter Ausführungen zu dem Schluss, dass Folterhandlungen von Strafverfolgungsorganen über Notwehr zwar nicht gerechtfertigt sein können, dass dies für die Handlungen Privater jedoch nicht unbedingt genauso gilt und dass die Tatsache, dass Folter nicht gerechtfertigt ist, nicht unbedingt bedeutet, dass sie verwerflich i.S.v. § 240 II StGB ist.

<b>Autor/Titel:</b>	Satzger, Helmut: "Grundprobleme der Strafvereitelung (§ 258 StGB)"
<b>Fundstelle:</b>	JURA 2007, 754 (Heft 10)
<b>Inhalt:</b>	In diesem Aufsatz werden der in Examensaufgaben immer wieder auftauchende Tatbestand der Strafvereitelung, § 258 StGB, ausführlich bzgl. seiner Grundlagen (Sinn und Zweck, historische Entwicklung) dargestellt, ein Prüfungsschema vorgestellt und die examensrelevanten klassischen Probleme des Tatbestandes (Vollendungszeitpunkt, Begehung durch Strafverteidiger) anhand dieses Schemas besprochen. Sowohl zur Einführung in den Tatbestand als auch zur Wiederholung sehr lesenswert.

<b>Autor/Titel:</b>	Norouzi, Ali B.: "Die strafprozessuale Zusatzfrage in der ersten Prüfung - Taktische und methodische Hinweise"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2007, 989 (Heft 11)
<b>Inhalt:</b>	Immer wieder enthalten die Strafrechtsklausuren im ersten Examen strafprozessuale Zusatzfragen. Der Verfasser bemüht sich, wie man mit geringem Vorbereitungsaufwand bei solchen Fragen gute Ergebnisse erzielen kann. Die Tipps sind nicht schlecht, allerdings können ein taktisches Vorgehen und ein Verständnis der strafprozessualen methodischen Grundlagen die Detailkenntnis der insofern examensrelevanten Probleme wohl nicht ersetzen.