

## Öffentliches Recht

### Standort: Versammlungsrecht

### Problem: Verbote durch Allgemeinverfügung

OVG LÜNEBURG, URTEIL VOM 29.05.2008  
11 LC 138/06 (DVBL 2008, 987)

#### **Problemdarstellung:**

Die Klägerin (Kl.) plante anlässlich eines Castor-Transports im Jahr 2004 eine friedliche Protestkundgebung entlang der Transportstrecke. Die zuständige Versammlungsbehörde erließ jedoch am 23.10. eine Allgemeinverfügung, mit der sie alle Versammlungen entlang der Strecke untersagte. Mit Schreiben vom 26.10. wurde auch die von der Kl. geplante, friedliche Versammlung unter Hinweis auf diese Allgemeinverfügung verboten, weil es nicht darauf ankomme, ob die konkrete, von der Kl. geplante Versammlung störend sei; vielmehr genüge eine Gefahrenprognose bezogen auf den Castor-Transport insgesamt.

Nachdem das Verwaltungsgericht im hiergegen eingeleiteten vorläufigen Rechtsschutzverfahren die Ansicht vertreten hatte, ohne individuelle Gefahrenprognose könne die Versammlung der Kl. nicht verboten werden, erließ die Behörde unter dem 5.11. schließlich noch ein individuelles Versammlungsverbot gegenüber der Kl., in dem auch ihre konkrete Versammlung als gefährlich eingestuft wurde. Gegen die Allgemeinverfügung vom 23.10. sowie die beiden Schreiben vom 26.10. und 5.11. klagte die Kl. Das OVG Lüneburg bejahte in wenigen Sätzen die Zulässigkeit einer Fortsetzungsfeststellungsklage (analog) § 113 I 4 VwGO, in deren Begründetheit sich zwei hochinteressante Fragen stellten:

A. Kann auf der Grundlage von § 15 I VersG - der hier einschlägigen Ermächtigungsgrundlage - auch eine Allgemeinverfügung ergehen, mit der gleich mehrere, u.U. gar Dutzende von Versammlungen verboten werden? Das OVG meint, § 15 I VersG sei nichts Gegenteiliges zu entnehmen, und da die allgemeinen Voraussetzungen des § 35 S. 2 VwVfG für eine Allgemeinverfügung vorlagen, hält es diese grds. für zulässig.

B. Kann sich eine solche Allgemeinverfügung rechtmäßigerweise auch auf solche Versammlungen erstrecken, von denen selbst keine unmittelbare Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ausgeht, wie es § 15 I VersG fordert? Das OVG bejaht auch dies, und zwar unter Rückgriff auf die Figur des Notstandspflichtigen aus dem allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht (vgl. hier: § 8 NdsSOG), auf die zurückgegriffen werden könne, wenn eine effektive Ge-

fahrenabwehr anders - insbesondere allein durch ein Einschreiten gegen die Störer - nicht möglich sei. So sei es hier gewesen, denn auch friedliche Versammlungen wären im Vorfeld des Castor-Transports nicht sicher als solche zu erkennen gewesen, hätten also Polizeikräfte gebunden, die dann an wirklichen "Brandherden" gefehlt hätten.

#### **Prüfungsrelevanz:**

A. Der Rückgriff auf die Figur des Notstandspflichtigen ist im Versammlungsrecht nicht ganz unproblematisch. Ganz abgesehen davon, dass das VersG sie im Gegensatz zum landesrechtlichen Polizei- und Ordnungsrecht gerade nicht kennt, genießt eine friedliche Versammlung den Schutz des Art. 8 I GG, dem in einer Demokratie ein besonders hoher Stellenwert zukommt. Das BVerfG lässt den Rückgriff auf Notstandsgesichtspunkte aber trotzdem zu (vgl. BVerfGE 69, 315), wengleich nur unter Beachtung einer strengen Subsidiarität: Wenn ein Einschreiten gegen die Störer möglich ist, darf keinesfalls die friedliche Versammlung in Anspruch genommen werden (BVerfG, RA 2001, 1, 3 = DVBl 2001, 62). Nimmt man also mit dem OVG an, dass es wegen des Ausmaßes der zu befürchtenden Ausschreitungen gegen den Castor-Transport nicht möglich gewesen wäre, Polizeikräfte vor Ort effektiv nur gegen die Störer einzusetzen, liegt das vorliegende Urteil des OVG insoweit auf der Linie des BVerfG.

B. Einer kritischen Würdigung bedürfen hingegen die Ausführungen des Gerichts zu den Schreiben vom 26.10. und 5.11.:

I. In einem Gutachten hätte man - anders als das OVG - schon keinesfalls die Frage offen lassen dürfen, ob es sich bei dem Schreiben vom 26.10, mit dem die Klägerin auf die Allgemeinverfügung und das mit dieser einhergehende Versammlungsverbot hingewiesen wurde, um einen Verwaltungsakt handelt oder nicht. Man hätte diese Prüfung i.Ü. auch nicht - wie das OVG - erst in der Begründetheit, sondern zwingend in der Zulässigkeit (Statthaftigkeit) der Klage vornehmen müssen. Denn würde es sich bei dem Schreiben vom 26.10. um einen bloßen Realakt handeln (wofür vieles spricht, weil die "Regelung" i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG - nämlich das Versammlungsverbot - schon durch die vorausgehende Allgemeinverfügung eingetreten ist und - anders als bei einem sog. "Zweitbescheid" - auch

keine neue Sachprüfung stattgefunden hatte), wäre die vom OVG kommentarlos bejahte Fortsetzungsfeststellungsklage nach ganz h.M. gar nicht statthaft gewesen, denn § 113 I 4 VwGO spricht ausdrücklich davon, dass sich ein *Verwaltungsakt* erledigt haben muss. In Betracht käme dann allenfalls eine einfache Feststellungsklage nach § 43 VwGO, die allerdings ihrerseits am bloßen Hinweisscharakter des Schreibens scheitern dürfte: Zweifelhaft ist schon, ob bloße Hinweise überhaupt ein "Rechtsverhältnis" i.S.d. § 43 I VwGO begründen können, spätestens dürfte jedoch die Klagebefugnis analog § 42 II VwGO fehlen, weil es bei bloßen Hinweisen ohne eigene Grundrechtsrelevanz an der Möglichkeit einer selbstständigen Rechtsverletzung fehlt.

II. Auch die Ausführungen zu der zweiten, individuellen Verbotsverfügung vom 05.11 sind recht zweifelhaft: Das OVG meint, sie sei allein schon deshalb rechtmäßig, weil auch die allgemeine Verbotsverfügung vom 23.10. rechtmäßig gewesen sei. Jedoch: Wenn bereits die Allgemeinverfügung die Versammlung der Kl. wirksam verbot, konnte und musste diese Rechtsfolge nicht erneut ausgesprochen werden. Es hätte daher zumindest Anlass zu der Prüfung bestanden, ob ein solcher Zweitbescheid - dessen VA-Charakter im Gegensatz zum Schreiben vom 26.10. wegen der erneuten Sachprüfung und erstmaliger Anstellung einer individuellen Gefahrenprognose bzgl. der Versammlung der Klägerin unzweifelhaft ist - überhaupt erforderlich war. Nicht erforderliche Maßnahmen sind bekanntlich unverhältnismäßig und damit rechtswidrig.

#### Vertiefungshinweise:

- Versammlung als Notstandspflichtiger oder Zweckveranlasser: *BVerfG*, RA 2001, 1 = DVBl 2001, 62; NJW 2000, 3053; NJW 2001, 1411; NVwZ 2006, 1049; *BVerwG*, RA 2000, 6 = BayVBl 1999, 632
- Zur Gefahrenprognose im Versammlungsrecht: *BVerfG*, RA 2007, 335 = JuS 2007, 1138
- Zur Störerauswahl unter mehreren Versammlungen: *BVerfG*, RA 2007, 646 = NVwZ-RR 2007, 641

#### Kursprogramm:

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

#### Leitsätze:

1. Das anlässlich des Castor-Transports im November 2004 im Wege der Allgemeinverfügung angeordnete präventive Versammlungsverbot ist rechtlich nicht zu beanstanden.
2. Ohne das zeitlich und räumlich beschränkte Versammlungsverbot wäre es den Einsatzkräften der Polizei und des Bundesgrenzschutzes unter Be-

**rücksichtigung der Länge der Transportstrecke, des teilweise schwer überschaubaren Geländes und der zu erwartenden Zahl von mehreren tausend Demonstranten voraussichtlich nicht möglich gewesen, die Durchführung des Castor-Transports ohne erhebliche Störungen der öffentlichen Sicherheit zu gewährleisten.**

#### Sachverhalt:

Gegenstand des Verfahrens sind Beschränkungen des Versammlungsrechts im Zusammenhang mit dem Castor-Transport nach Gorleben im November 2004, gegen die sich die Bürgerinitiative Umweltschutz Lüchow-Dannenberg e.V. wehrt.

Mit Schreiben vom 9. Oktober 2004 meldete die Klägerin für den 8. November 2004 in der Zeit von 13:00 bis 15:00 Uhr eine Versammlung unter dem Motto "Testlauf - Fit gegen Castor" an, die zwischen Langendorf und Groß Gusborn in beiden Richtungen mit einer Teilnehmerzahl von vermutlich 200 Personen stattfinden sollte.

Am 23. Oktober 2004 machte die Bezirksregierung Lüneburg unter Anordnung der sofortigen Vollziehung eine Allgemeinverfügung bekannt, mit der alle öffentlichen Versammlungen unter freiem Himmel und Aufzüge für den Zeitraum vom 8. November 2004, 00:00 Uhr, bis zum 16. November 2004, 24:00 Uhr, untersagt wurden. Die Verfügung beschränkte sich räumlich auf die vom Castor-Transport zurückzulegende Eisenbahnstrecke einschließlich eines Bereichs von 50 m beiderseits der Gleisanlagen. Die Allgemeinverfügung wurde unter näherer Darlegung damit begründet, dass bei dem bevorstehenden Castor-Transport eine hohe Gefahr der Verletzung elementarer Rechtsgüter bestehe, insbesondere in Gestalt von Blockaden der Transportstrecke, strafbewehrten Eingriffen in den Straßen- und Bahnverkehr, Beschädigungen von Sachen von erheblichem Wert und gewalttätigen Ausschreitungen.

Mit Schreiben vom 26. Oktober 2004 teilte die Bezirksregierung Lüneburg der Klägerin mit, dass auch die von ihr für den 8. November 2004 angemeldete Veranstaltung in den zeitlichen und räumlichen Geltungsbereich der Allgemeinverfügung falle und deshalb untersagt sei, ohne dass es einer individuellen Gefahrenprognose bedürfe.

Nachdem das Verwaltungsgericht die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Klägerin gegen die Allgemeinverfügung und das Schreiben vom 26. Oktober 2004 (teilweise) wiederhergestellt hatte, untersagte die Bezirksregierung Lüneburg mit Bescheid vom 5. November 2004 unter erneuter Anordnung der sofortigen Vollziehung die Durchführung des von der Klägerin geplanten Aufzugs aufgrund einer individuellen Gefahrenprognose. Nach den vorliegenden Erkenntnissen sei davon auszugehen, dass die Protestszene eine Strategie der Unberechenbarkeit verfolge, deren

Zweck im Rahmen eines übergreifend abgestimmten Gesamtkonzepts vor allem darin bestehe, Polizeikräfte an einzelnen Orten zu binden, um gleichzeitig andersorts rechtswidrige Aktionen wie dauerhafte Blockaden und Beschädigungen der Schienen- und Straßentransportstrecke durchführen zu können.

Mit ihrer Fortsetzungsfeststellungsklage begehrt die Klägerin die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Allgemeinverfügung vom 23. Oktober 2004 und der Verfügungen der Bezirksregierung Lüneburg vom 26. Oktober und 5. November 2004.

### **Aus den Gründen:**

Die Klage ist insgesamt abzuweisen, denn die streitgegenständliche Allgemeinverfügung der Bezirksregierung Lüneburg ist in vollem Umfang rechtmäßig. [...] Neben der Allgemeinverfügung sind auch das Schreiben der Bezirksregierung Lüneburg vom 26. Oktober 2004 und der Bescheid vom 5. November 2004 rechtlich nicht zu beanstanden.

#### *1. Teil: Allgemeinverfügung vom 23. Oktober 2004*

Die von der Klägerin gegen die Allgemeinverfügung der Bezirksregierung Lüneburg erhobene Fortsetzungsfeststellungsklage ist zulässig, aber nicht begründet, denn die erlassene Allgemeinverfügung erweist sich insgesamt als rechtmäßig.

#### *A. Zulässigkeit*

Die mit dem Ziel der Feststellung der Rechtswidrigkeit der ergangenen Allgemeinverfügung erhobene Fortsetzungsfeststellungsklage der Klägerin ist zulässig. Das nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO für die Fortsetzungsfeststellungsklage erforderliche berechtigte Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit des erledigten Verwaltungsakts ist unter dem Gesichtspunkt der Wiederholungsgefahr gegeben. Eine Wiederholungsgefahr ist begründet, wenn die Möglichkeit einer erneuten Durchführung einer vergleichbaren Versammlung durch den betroffenen Veranstalter besteht und die Behörde voraussichtlich auch zukünftig an ihrer Rechtsauffassung festhalten wird (vgl. BVerfGE 110, 77 ff.). Da es sich bei der Klägerin um eine der großen Protestinitiativen handelt, die anlässlich der Durchführung von Castor-Transporten Versammlungen veranstalten, und die Beklagte in diesem Zusammenhang voraussichtlich auch zukünftig gegebenenfalls versammlungsbeschränkende Maßnahmen in Gestalt einer Allgemeinverfügung ergreifen wird, sind diese Anforderungen erfüllt.

#### *B. Begründetheit*

Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist aber nicht begründet. Die angegriffene Allgemeinverfügung der Bezirksregierung Lüneburg ist rechtlich nicht zu beanstanden.

#### *I. Ermächtigungsgrundlage*

Nach § 15 Abs. 1 VersG kann die zuständige Behörde die Versammlung oder den Aufzug verbieten oder von bestimmten Auflagen abhängig machen, wenn nach den zur Zeit des Erlasses der Verfügung erkennbaren Umständen die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bei Durchführung der Versammlung oder des Aufzugs unmittelbar gefährdet ist.

#### *1. Erlass einer Allgemeinverfügung*

Der auf diese Rechtsgrundlage gestützte Erlass eines Versammlungsverbots im Wege einer Allgemeinverfügung begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Entsprechend dem Wortlaut des § 15 Abs. 1 VersG bezieht sich die Befugnis der zuständigen Behörde darauf, eine einzelne Versammlung oder einen einzelnen Aufzug zu verbieten oder von bestimmten Auflagen abhängig zu machen. Die Vorschrift schließt allerdings den Erlass einer Allgemeinverfügung nicht aus, von der zusammenfassend mehr als nur eine Versammlung betroffen ist. Als Allgemeinverfügung kann ein Verwaltungsakt gemäß § 35 Satz 2 VwVfG i. V. m. § 1 Abs. 1 NVwVfG unter anderem ergehen, wenn er sich an einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten oder bestimmaren Personenkreis richtet. Dies ist bei versammlungsbeschränkenden Maßnahmen der Fall, wenn sich die Maßnahmen vor dem Hintergrund eines bestimmten Ereignisses oder Anlasses an alle Personen wenden, die zu einem bestimmten Zeitpunkt bzw. innerhalb eines bestimmten Zeitraums an einem bestimmten Ort oder innerhalb eines näher bezeichneten räumlichen Bereichs zu Versammlungen zusammenzukommen beabsichtigen. Während die Adressaten bei dieser Form der personenbezogenen Allgemeinverfügung nur nach allgemeinen Merkmalen bestimmt sind, liegt der Regelung mit einem bestimmten Anlass ein konkreter Einzelfall zugrunde.

#### *2. Abgrenzung zur Rechtsnorm*

Die Bestimmtheit des geregelten Lebenssachverhalts unterscheidet die personenbezogene Allgemeinverfügung von der Rechtsnorm, bei der weder der Adressatenkreis noch der zu regelnde Lebenssachverhalt konkret bestimmt ist (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Aufl., § 35 Rn. 103; Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 4. Aufl., Abschnitt J, Rn. 363). Anlass der streitgegenständlichen Allgemeinverfügung ist der im November 2004 durchgeführte Castor-Transport. Da es sich um einen einzelnen und konkret erkennbaren Lebenssachverhalt handelt, nimmt der Umstand, dass sich die versammlungsbeschränkenden Maßnahmen auf eine Vielzahl von Versammlungen und von Versammlungsteilnehmern ausgewirkt haben, der Allgemeinverfügung nicht den Charakter eines einzelfallbezogenen Verwaltungsakts (vgl. auch Dietel/Gintzel/Kniesel, Demonstrations- und Versammlungsfreiheit, Komm. zum VersG, 14. Aufl., § 15 Rn. 17; Hettich,

Versammlungsrecht in der kommunalen Praxis, Rn. 208; Kniesel/Poscher, NJW 2004, 422, 429).

Das ergangene Versammlungsverbot ist auch nicht deshalb als abstrakt-generelle Regelung anzusehen, die den Erlass einer Rechtsnorm erfordern würde, weil bisher bei jedem durchgeführten Castor-Transport eine versammlungsrechtliche Allgemeinverfügung erlassen worden ist. Die Allgemeinverfügung ist im Jahre 2004 ebenso wie in den Vorjahren jeweils auf der Grundlage einer von der Behörde neu angestellten Gefahrenprognose ergangen, in die neben den Erfahrungen aus Vorjahren Erkenntnisse über den jeweils bevorstehenden Castor-Transport eingeflossen sind. Der bloße Umstand, dass die einzelfallbezogene Prüfung und Interessenabwägung bei jedem Castor-Transport im Ergebnis zur Anordnung versammlungsbeschränkender Maßnahmen durch Allgemeinverfügung geführt hat, lässt den einzelfallbezogenen Charakter der jeweiligen Allgemeinverfügung nicht entfallen. Um eine abstrakt-generelle Regelung würde es sich nur handeln, wenn bezogen auf ein bestimmtes Gebiet unabhängig von einem konkreten Anlass jegliche öffentliche Versammlung untersagt worden wäre (vgl. Dietel/Gintzel/Kniesel, a.a.O., § 15 Rn. 16; Lisen/Denninger, a.a.O., Rn. 364). Ein solches sogenanntes Flächenverbot, das einer Bannmeilenregelung im Sinne des § 16 VersG gleichkommen würde, enthält die konkret auf den Castor-Transport im November 2004 bezogene Allgemeinverfügung der Bezirksregierung Lüneburg jedoch nicht (vgl. zum Castor-Transport im November 2003: Beschl. des Senats v. 16.5.2005 - 11 LA 318/04).

## II. Formelle Rechtmäßigkeit

Die formelle Rechtmäßigkeit der angegriffenen Allgemeinverfügung unterliegt keinen Zweifeln. [...]

## III. Materielle Rechtmäßigkeit

Gemessen an den Anforderungen des § 15 Abs. 1 VersG ist die streitgegenständliche Allgemeinverfügung der Bezirksregierung Lüneburg auch inhaltlich nicht zu beanstanden.

### 1. Tatbestand

Versammlungsbeschränkende Maßnahmen dürfen nach § 15 Abs. 1 VersG nur ergriffen werden, wenn nach den zur Zeit des Erlasses der Verfügung erkennbaren Umständen die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bei Durchführung der Versammlung unmittelbar gefährdet ist. Die Tatbestandsvoraussetzungen der Norm sind unter Beachtung der durch Art. 8 Abs. 1 GG grundrechtlich geschützten Versammlungsfreiheit auszulegen, deren Beschränkung für Versammlungen unter freiem Himmel nach Art. 8 Abs. 2 GG ausdrücklich zulässig ist. Voraussetzung einer das Versammlungsrecht beschränkenden Verfügung ist eine unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit

oder Ordnung.

### a. Öffentliche Sicherheit betroffen

Der Begriff der öffentlichen Sicherheit umfasst den Schutz zentraler Rechtsgüter wie Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre, Eigentum und Vermögen des Einzelnen sowie die Unversehrtheit der Rechtsordnung und der staatlichen Einrichtungen, wobei in der Regel eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit angenommen wird, wenn eine strafbare Verletzung dieser Schutzgüter droht (BVerfG, Beschl. v. 14.5.1985 - 1 BvR 233/81, 1 BvR 341/81 -, BVerfGE 69, 315).

### b. Unmittelbare Gefahr

Eine unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit setzt eine konkrete Sachlage voraus, die bei ungehindertem Geschehensablauf mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden für die der Versammlungsfreiheit entgegenstehenden Rechtsgüter führt (BVerfG, Beschl. v. 19.12.2007 - 1 BvR 2793/04 -, juris; Beschl. v. 21.4.1998 - 1 BvR 2311/94 -, NVwZ 1998, 834 ff.). Unter Berücksichtigung der Bedeutung der Versammlungsfreiheit sind bei Erlass beschränkender Verfügungen keine zu geringen Anforderungen an die Gefahrenprognose zu stellen, die grundsätzlich der vollständigen gerichtlichen Überprüfung unterliegt (vgl. zu Letzterem: Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 13. Aufl., Rn. 151). Als Grundlage der Gefahrenprognose sind konkrete und nachvollziehbare tatsächliche Anhaltspunkte erforderlich. Bloße Vermutungen reichen nicht aus (BVerfG, Beschl. v. 19.12.2007, a.a.O., m.w.N.). Gibt es neben Anhaltspunkten für die von der Behörde zugrunde gelegte Gefahrenprognose auch Gegenindizien, so sind auch diese in einer den Grundrechtsschutz hinreichend berücksichtigenden Weise einzubeziehen (vgl. BVerfG, Beschl. v. 6.6.2007 - 1 BvR 1423/07 -, NJW 2007, 2168 ff.). Eine das Versammlungsrecht beschränkende Verfügung darf nur ergehen, wenn bei verständiger Würdigung sämtlicher erkennbarer Umstände die Durchführung der Versammlung so wie geplant mit Wahrscheinlichkeit eine unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit verursacht (vgl. BVerfG, Beschl. v. 14.5.1985, a.a.O.). Dabei können an die Wahrscheinlichkeit umso geringere Anforderungen gestellt werden, je größer und folgenschwerer der drohende Schaden ist (Dietel/Gintzel/Kniesel, a. a. O., § 15 Rn. 30). Andererseits sind die Anforderungen an die Gefahrenprognose umso höher, je größer der Korridor und je länger der demonstrationsfreie Zeitraum ist (Kniesel/Poscher, a.a.O., S. 429). Die Versammlungsfreiheit hat nur dann zurückzutreten, wenn eine Abwägung unter Berücksichtigung der Bedeutung des Freiheitsrechts ergibt, dass dies zum Schutz anderer, mindestens gleichwertiger Rechtsgüter notwendig ist (BVerfG, Beschl. v. 21.4.1998, a.a.O.). Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist durch den Einsatz des je-

weils mildesten Mittels zu wahren.

*c. Subsumtion*

Hiervon ausgehend erweist sich die Allgemeinverfügung der Bezirksregierung Lüneburg in vollem Umfang als rechtmäßig.

*aa. Hinreichende Wahrscheinlichkeit von Störungen des Castor-Transports*

Bei Erlass der streitgegenständlichen Allgemeinverfügung war mit hoher Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass es ohne versammlungsbeschränkende Maßnahmen zu unmittelbaren Gefährdungen bzw. Störungen der öffentlichen Sicherheit kommen würde. Die von der Bezirksregierung Lüneburg angestellte Gefahrenprognose ist insoweit nicht zu beanstanden. Insbesondere lagen hinreichend konkrete Anhaltspunkte dafür vor, dass die Transportstrecke über einen möglichst langen Zeitraum von Gegnern des Castor-Transports blockiert werden sollte, um den Transport zu verhindern oder jedenfalls so lange wie möglich zu verzögern und dadurch die Kosten für die Durchführung des Transports so weit wie möglich zu steigern. Im Zusammenhang mit den zu befürchtenden Blockadeaktionen war auch mit Sachbeschädigungen, insbesondere an der Schienen- und der Straßentransportstrecke zu rechnen. [...]

*bb. Einbeziehung friedlicher Demonstrationen unter Notstandsgesichtspunkten gerechtfertigt*

Soweit durch die Allgemeinverfügung auch die Versammlungsfreiheit von Veranstaltern und Versammlungsteilnehmern beschränkt worden ist, die nicht die Absicht hatten, sich an durch Art. 8 GG nicht gedeckten Verhinderungsblockaden oder rechtswidrigen Aktionen, wie Beschädigungen des Straßenkörpers oder der Gleisanlagen, zu beteiligen, ist dies nach den Grundsätzen des polizeilichen Notstands nicht zu beanstanden.

*(1). Anwendbarkeit der Notstandspflicht im Versammlungsrecht*

Wird eine versammlungsrechtliche Allgemeinverfügung nicht nur auf Situationen bezogen, in denen Rechtsgütergefährdungen von der Versammlung selbst ausgehen, sondern auch auf solche, in denen Dritte aus Anlass der Versammlung und gegebenenfalls parallel zu deren Zielsetzung, wenn auch hinsichtlich der konkreten Umstände möglicherweise ohne Billigung durch den Veranstalter oder Leiter der Versammlung, zu Störern werden, können versammlungsbeschränkende Maßnahmen unter dem Gesichtspunkt des polizeilichen Notstands gerechtfertigt sein. Die Rechtsfigur des polizeilichen Notstands setzt voraus, dass die Gefahr nicht auf andere Weise abgewehrt bzw. die Störung nicht auf andere Weise beseitigt werden kann und die Verwaltungsbehörde nicht über ausreichende

eigene, eventuell durch Amts- und Vollzugshilfe ergänzte Mittel und Kräfte verfügt, um die betroffenen Rechtsgüter wirksam zu schützen (BVerfG, a.a.O.; Hoffmann-Riem, a. a. O., S. 263; Diemel/Gintzel/Kniessel, § 15 Rn. 41 ff.). Ein polizeilicher Notstand kann auch dann angenommen werden, wenn sich die Masse der Versammlungsteilnehmer ordnungsgemäß verhält und nur eine Minderheit rechtswidrig agiert. Entscheidend ist allein, in welchem Maße diese Minderheit gegen geltendes Recht verstößt und inwieweit es Polizeikräften möglich ist, diese Minderheit von ihrem rechtswidrigen Tun abzuhalten (vgl. Beschl. des Senats v. 16.9.2005, a.a.O.).

*(2). Subsumtion*

Die Voraussetzungen des polizeilichen Notstands waren bezogen auf den Anfang November 2004 erfolgten Castor-Transport in vollem Umfang erfüllt. Versammlungsverbote oder Auflagen allein gegen Veranstalter zu richten, von deren Versammlungen erkennbar rechtswidrige Aktionen zu erwarten waren, sowie individuell gegen Störer vorzugehen, konnte nicht als Erfolg versprechend angesehen werden. Insoweit wäre mit hoher Wahrscheinlichkeit zu befürchten gewesen, dass Versammlungen, die nicht oder zumindest nicht von vornherein ersichtlich darauf angelegt waren, den Bereich der grundrechtlich geschützten Versammlungsfreiheit zu überschreiten, genutzt worden wären, um die Transportstrecke bzw. die in der Allgemeinverfügung bezeichneten Bereiche im Umfeld der Verladestation in Dannenberg und des Zwischenlagers in Gorleben zu erreichen. Einmal an diesen Orten angelangt, wäre es Castor-Gegnern ein Leichtes gewesen, dort zu einer auf die Verhinderung bzw. größtmögliche Verzögerung des Castor-Transports gerichteten Sitzblockade überzugehen, auch wenn dies möglicherweise nicht den Planungen des Veranstalters der angemeldeten Versammlung entsprochen oder von diesem gebilligt worden wäre. Die von Teilen der Protestszene verfolgte Strategie der Unberechenbarkeit ließ befürchten, dass Verhinderungsblockaden und andere nicht durch das Grundrecht des Art. 8 GG gedeckte Aktionen an einer Vielzahl von Stellen auf der Transportstrecke erfolgt wären, wodurch Reaktionen der Polizei zusätzlich erschwert worden wären. Bei der zu erwartenden Unübersichtlichkeit der Lage wäre es den Einsatzkräften vor Ort kaum möglich gewesen, zwischen sich rechtmäßig verhaltenden Versammlungsteilnehmern und Personen mit anderen Absichten zu unterscheiden. [...]

Auf die Frage, ob unmittelbar von der von der Klägerin geplanten Versammlung Gefahren für die öffentliche Sicherheit zu erwarten gewesen wären, kommt es für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der erlassenen Allgemeinverfügung nicht an. Handelt die Behörde nach den Grundsätzen des polizeilichen Notstands, weil sie Gefahren für die öffentliche Sicherheit nicht

allein durch ein Vorgehen gegen die Störer und den Einsatz eigener Mittel abwenden kann, ist sie gerade zur Inanspruchnahme sogenannter Nichtstörer berechtigt und dementsprechend befugt, versamlungsbeschränkende Maßnahmen auch gegen Versammlungen zu richten, die sich selbst innerhalb der Grenzen der nach Art. 8 GG geschützten Versammlungsfreiheit bewegen. Das Verhalten und die Absichten der Klägerin sind dann grundsätzlich nicht mehr relevant. Ebenso wenig ist in einer Situation des polizeilichen Notstands entscheidend, ob sich die Klägerin Aufrufe und Ankündigungen anderer Gruppen sowie rechtswidriges Verhalten Einzelner zurechnen lassen muss oder nicht und ob die einzelnen Protestinitiativen ein aufeinander abgestimmtes Gesamtkonzept verfolgt haben (vgl. Dietel/Gintzel/Kniesel, a. a. O., § 15 Rn. 41).

Auch war die Bezirksregierung Lüneburg bei Erlass der Allgemeinverfügung nicht verpflichtet, gesondert auf die zeitlich vor Bekanntgabe der Allgemeinverfügung angemeldeten Versammlungen einzugehen, ihr Gefahrenpotential individuell abzuschätzen und sie in der Gefahrenprognose konkret zu würdigen. Maßgebend für den Erlass der Allgemeinverfügung war, dass anlässlich des Castor-Transports insgesamt erhebliche Störungen der öffentlichen Sicherheit zu erwarten waren, denen nur durch versamlungsbeschränkende Maßnahmen unter Einbeziehung rechtmäßig durchgeführter Versammlungen hinreichend begegnet werden konnte. Eine gesonderte Würdigung des Gefahrenpotentials der bei Erlass der Allgemeinverfügung bereits angemeldeten Versammlungen hätte an dieser Sachlage nichts geändert und war deshalb entbehrlich.

## 2. Rechtsfolge

Ebenso sind Anhaltspunkte dafür, dass die Bezirksregierung Lüneburg von vornherein auf den Erlass einer versamlungsrechtlichen Allgemeinverfügung festgelegt gewesen wäre und das ihr gemäß § 15 Abs. 1 VersG eingeräumte Ermessen nicht pflichtgemäß ausgeübt hätte, nicht gegeben. Der bloße Umstand, dass bislang bei jedem Castor-Transport im Wege einer Allgemeinverfügung ein räumlich und zeitlich beschränktes Versamlungsverbot ausgesprochen worden ist, genügt insoweit nicht. Sowohl der Begründung der Allgemeinverfügung als auch dem Vorbringen der Beklagten ist zu entnehmen, dass für den Erlass der streitgegenständlichen Allgemeinverfügung neben den Erfahrungen aus Vorjahren die aktuelle Einschätzung der Gefahrenlage unter Einbeziehung sämtlicher verfügbarer Erkenntnisse und Anhaltspunkte tragend gewesen ist. [...] Die streitgegenständliche Allgemein-

verfügung entspricht auch im Übrigen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Insbesondere sind die räumliche und zeitliche Reichweite der Allgemeinverfügung nicht zu beanstanden [wird ausgeführt].

## 2. Teil: Verfügungen gegenüber der Kl. vom 26.10. und 5.11.2004

Soweit die Klägerin die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Schreibens der Bezirksregierung Lüneburg vom 26. Oktober 2004 sowie der Verfügung vom 5. November 2004 hinsichtlich der Untersagung der von ihr für den 8. November 2004 angemeldeten Versammlung begehrt, ist die erhobene Klage gleichfalls unbegründet.

### I. Schreiben vom 26.10.2004

Keiner Entscheidung bedarf dabei, ob es sich bei dem Schreiben vom 26. Oktober 2004 um einen Verwaltungsakt oder - wie vom Verwaltungsgericht angenommen - um einen bloßen Hinweis auf die Allgemeinverfügung ohne Regelungscharakter i. S. d. § 35 Satz 1 VwVfG i. V. m. § 1 Abs. 1 NVwVfG handelt. Da die Allgemeinverfügung als rechtmäßig anzusehen ist und die von der Klägerin angemeldete Versammlung in ihren zeitlichen und räumlichen Geltungsbereich fällt, ist es rechtlich nicht zu beanstanden, dass die Bezirksregierung Lüneburg die Klägerin zu der von ihr angemeldeten Versammlung auf das verfügte generelle Versamlungsverbot verwiesen hat. Einer individuellen Prüfung der Versammlung der Klägerin bedurfte es insoweit nicht (vgl. Beschl. des Senats v. 6.11.2004, a.a.O.).

### II. Schreiben vom 05.11.2004

Auch die mit Bescheid der Bezirksregierung Lüneburg vom 5. November 2004 verfügte Untersagung der angemeldeten Versammlung der Klägerin begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Soweit der Bescheid vom 5. November 2004 entsprechend der vom Verwaltungsgericht im vorläufigen Rechtsschutzverfahren mit Beschluss vom 3. November 2004 (3 B 66/04) ausgesprochenen Verpflichtung auf eine individuelle Gefahrenprognose gestützt worden ist, bedarf diese keiner Überprüfung. Da die von der Klägerin geplante Versammlung entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts bereits durch die in vollem Umfang rechtmäßige Allgemeinverfügung verboten war, kommt es nicht darauf an, ob (auch) individuelle Gründe eine Untersagung der Versammlung ermöglichen hätten.

**Standort: Kommunalrecht****Problem: Bürgerbegehren**

OVG MÜNSTER, URTEIL VOM 19.02.2008  
15 A 2961/07 (NWVBL 2008, 269)

**Problemdarstellung:**

Im vorliegenden Fall ging es um ein Bürgerbegehren, dass von der Gemeinde u.a. aus folgenden Gründen für unzulässig gehalten wurde:

A. Zum einen wurden in dem Bürgerbegehren zwei Fragen gleichzeitig zur Abstimmung gestellt. Die Gemeinde sah darin einen Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz. Zudem herrsche bei Bürgerbegehren ein Koppelungsverbot, denn sonst bestünde die Gefahr, dass die Bürger, die nur einheitlich mit "Ja" oder "Nein" abstimmen können, auch eine eigentlich nicht gewollte Entscheidung mit "Ja" absegnen, um nicht das "Ja" zur anderen, ihnen am Herzen liegenden Frage zu gefährden.

Das OVG Münster hält die Koppelung zweier Fragen hingegen für zulässig, wenn sie miteinander in Zusammenhang stehen. Es sei letztlich Sache des Bürgerbegehrens, eine Verbindung zu "riskieren", denn es könnte auch der umgekehrte Fall eintreten, dass es mit einer Frage nur deshalb keinen Erfolg habe, weil die Bürger die andere, gekoppelte Frage nicht im Sinne des Bürgerbegehrens beantworten wollen.

B. Zum anderen erfordert der hier einschlägige § 26 GO NRW, dass die Bürger "an Stelle des Rates" entscheiden. Dies setzt voraus, dass der Rat - und nicht etwa ein anderes Gemeindeorgan - für die im Bürgerbegehren zur Entscheidung gestellte Frage zuständig ist. Dies ist in NRW - wie in vielen anderen Bundesländern - in aller Regel kein Problem, da der Rat nach § 41 I 1 GO NRW die "Allzuständigkeit" besitzt, d.h. für alle Fragen der Gemeindeverwaltung zuständig ist, sofern sie in der GO nicht ausdrücklich anderen Organen zugewiesen sind. Wie aber, wenn der Rat seine Zuständigkeit für eine Sachfrage selbst auf einen Ausschuss übertragen hat?

I. Das OVG verweist diesbezüglich zunächst auf das sog. "Rückholrecht" des Rates (vgl. z.B. § 41 III GO NRW), das es ihm erlaubt, durch einen neuen Ratsbeschluss die Sachfrage wieder an sich zu ziehen und damit seine Zuständigkeit erneut zu begründen.

II. Aber selbst wenn ein solches Rückholrecht ausnahmsweise nicht besteht oder unmöglich geworden ist, hält das OVG eine Entscheidung „an Stelle des Rates“ für gegeben. Für die Erfüllung des Merkmals komme es nämlich allein darauf an, ob der Entscheidungsgegenstand *grundsätzlich* in den Zuständigkeitsbereich des Rates falle. Bei dieser *abstrakten* Betrachtungsweise, die sich allein an den Kompetenzregelungen der GO orientiert, ist es also irrelevant, wenn der Rat im *konkreten* Fall eine Kompetenz überträgt. Für

diese Ansicht spricht, dass er ansonsten durch Kompetenzübertragung, etwa auf einen Ausschuss, ein Bürgerbegehren faktisch umgehen könnte.

**Prüfungsrelevanz:**

Bürgerbegehren und Bürgerentscheid beschäftigen immer wieder mit neuen Problemen die Gerichte (vgl. nur die umfangreichen Vertiefungshinweise). Deshalb ist ihre Prüfungsrelevanz ungebrochen hoch. Die hier aufgeworfenen Fragen zu § 26 GO NRW stellen sich auch in den übrigen Bundesländern.

Aus der vorliegenden Entscheidung kann man über die o.g. Probleme hinaus einiges lernen. So führt das OVG beiläufig aus, dass

- die Zulassung eines Bürgerbegehrens mit einer Verpflichtungsklage nach § 42 I, 2. Fall VwGO zu erstreiten sei, weil es sich bei der Zulassungsentscheidung um einen begünstigenden Verwaltungsakt handele,
- die "Vertreter" des Bürgerbegehrens als Kläger auftreten, sie also gar nicht im engeren Sinne "Vertreter" sind, die ein fremdes Recht in fremdem Namen geltend machen (dies wäre wegen § 42 II VwGO unzulässig), sondern sie ein eigenes Klagerecht besitzen,
- der Rat bei der Entscheidung über die Zulassung eines Bürgerbegehrens selbst "Behörde" ist, was wiederum dazu führt, dass er bei unterstellter Geltung des Behördenprinzips (so in NRW nach § 78 I Nr. 2 VwGO i.V.m. § 5 II 1 AGVwGO NRW) richtiger Beklagter ist.

**Vertiefungshinweise:**

- Koppelungsverbot beim Bürgerbegehren: *BayVGH*, RA 2008, 71 = BayVBl 2008, 82
- Anforderungen an die Bestimmtheit der Frage eines Bürgerbegehrens: *OVG Münster*, DöV 2002, 961 [962]; DöV 2004, 968 [970]
- Zulassung eines Bürgerbegehrens im vorläufigen Rechtsschutz: *BayVGH*, RA 2001, 520 = BayVBl 2001, 500
- Kostendeckungsvorschlag für Unterlassen (Aufstellung von Parkscheinautomaten): *VG Köln*, NVwZ-RR 2000, 455; *VG Düsseldorf*, NWVBl. 1999, 194
- Streit über die Sperrwirkung des Bürgerbegehrens: *HessVGH*, NVwZ 1994, 396; *OVG RH.Pf.*, NVwZ-RR 1997, 411; *Fischer*, NWVBl 1995, 366, 370 (alle dafür); *BayVerfGH*, RA 2000, 672 = NVwZ-RR 2000, 737; *Hager*, NVwZ 1994, 766, 767 (alle dagegen)
- Überschreitung der Höchstzahl der Vertreter: *OVG Münster*, RA 2003, 12 = NWVBL 2003, 468; *BayVGH*, BayVBl 1997, 473
- Vertretung des Bürgerbegehrens durch Auswärtige: *BayVGH*, RA 2008, 71 = BayVBl 2008, 82 (zulässig);

OVG Münster, NWVBl 2004, 346 (unzulässig)

**Kursprogramm:**

Examenskurs: "Wechselstrominitiative"

**Leitsätze (der Redaktion):**

- 1. In einem Bürgerbegehren dürfen zwei Fragen gleichzeitig zur Abstimmung gestellt werden, wenn sie miteinander in Zusammenhang stehen.**
- 2. Die in einem Bürgerbegehren zur Abstimmung gestellte Frage ist der Auslegung zugänglich.**
- 3. Das Bürgerbegehren erfordert eine Entscheidung der Bürger "an Stelle des Rates". Deshalb ist es zum einen erforderlich, dass es auf eine Entscheidung durch die Bürger selbst gerichtet ist, nicht nur auf bestimmte dem Rat für dessen Entscheidung zu machende Vorgaben.**
- 4. Zum zweiten bedingt die Formulierung "an Stelle des Rates", dass der Rat für den Entscheidungsgegenstand grundsätzlich zuständig ist.**
- 5. Eine Übertragung der Zuständigkeit auf einen Ausschuss lässt die grundsätzliche Zuständigkeit des Rates selbst dann nicht entfallen, wenn der Rat insoweit nach der Hauptsatzung kein Rückholrecht besitzt.**

**Sachverhalt:**

Die Stadt M. beabsichtigt, Kanäle im Stadtgebiet „Im F.“ zu sanieren und in diesem Rahmen gleichzeitig die Straßen auszubauen. Gegen das Bauvorhaben richtet sich das von den Klägern vertretene Bürgerbegehren. Bis zum 13. März 2006 wurden Unterschriftenlisten vorgelegt, von denen die Stadt 1.340 Unterschriften als gültig anerkannte, wobei die Zahl der Wahlberechtigten 10.377 Personen betrug. Der Text des Bürgerbegehrens lautet:

„Ich unterstütze mit meiner Unterschrift die Initiative, die einen Bürgerentscheid mit folgender Fragestellung herbeiführen will: Stimmen Sie zu, dass der Beschluss des Ausschusses für Umwelt und Stadtentwicklung der Stadt M. vom 13.12.2005 über Straßenausbau Gebiet „Im F.“, Festlegung der Straßenausbauvariante, aufgehoben wird und stimmen Sie weiterhin zu, dass die Gehwege und die Straßenbeleuchtungsanlagen im Wohngebiet „F.“ mit den Straßen F1.-Weg, K.-von-X.-Straße, T.-Straße, U.-Straße, Q.-Straße, I.-Straße, H1.-Straße und T1.-Weg nicht erneuert werden, selbst wenn die Kanäle erneuert werden?“

Am 7. Juni 2006 beschloss der Beklagte, dass das Bürgerbegehren unzulässig sei. Dies teilte der Bürgermeister der Stadt M. den Vertretern des Bürgerbegehrens durch Bescheid vom 12. Juni 2006 mit und begründete dies damit, dass das Bürgerbegehren ein gesetzwidriges Ziel verfolge, da nach den rechtlichen Vorgaben die Kanäle saniert werden müssten. Außerdem sei der Text des Bürgerbegehrens missverständ-

lich und teilweise widersprüchlich, weil er zwei Fragen stelle, nämlich ob der Beschluss vom 13. Dezember 2005 aufgehoben werden solle und ob bestimmte Straßenausbaumaßnahmen nicht vorgenommen werden sollten. Den gegen den Bescheid erhobenen Widerspruch wies der Bürgermeister der Stadt M., ohne den Rat erneut zu konsultieren, durch Widerspruchsbescheid vom 7. August 2006 zurück und stützte sich dabei auf dieselben Gründe für die Unzulässigkeit des Bürgerbegehrens wie im Ausgangsbescheid. Mit der rechtzeitig erhobenen Klage verfolgen die Kläger ihr Begehren weiter, dass der Rat das Bürgerbegehren für zulässig erkläre.

**Aus den Gründen:**

Die zulässige Berufung ist begründet. Die zulässige Klage ist nämlich begründet. Die Ablehnung des Beklagten durch den angefochtenen Bescheid, das Bürgerbegehren zum Straßenausbau im Gebiet „Im F.“ für zulässig zu erklären, ist rechtswidrig und verletzt die Kläger in ihren Rechten (vgl. § 113 Abs. 5 Satz 1 der Verwaltungsgerichtsordnung - VwGO -).

**A. Anspruchsgrundlage auf Zulassung des Bürgerbegehrens**

Die Kläger haben gemäß § 26 Abs. 6 Satz 1 der Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen (GO NRW) einen Anspruch darauf, dass der Beklagte das Bürgerbegehren für zulässig erklärt.

**B. Tatbestand**

Das Bürgerbegehren ist zulässig. Die vom Beklagten im ablehnenden Bescheid genannten Gründe treffen nicht zu. Weder verfolgt das Bürgerbegehren ein gesetzwidriges Ziel, noch ist die Fragestellung unzulässig.

**I. Kein gesetzwidriges Ziel verfolgt**

Das Bürgerbegehren verfolgt nicht deshalb ein gesetzwidriges Ziel (§ 26 Abs. 5 Nr. 9 GO NRW), weil es entgegen wasserrechtlichen Verpflichtungen der Stadt die Kanalsanierung verböte. Es richtet sich nicht gegen den Kanalausbau im Gebiet „Im F.“. Zwar soll der Beschluss des Ausschusses für Umwelt und Stadtentwicklung vom 13. Dezember 2005 aufgehoben werden. Dieser betrifft aber nicht den Kanalausbau, sondern den Straßenausbau. Das ergibt sich eindeutig aus dem Beschlusstext, wonach "der Ausschuss für Umwelt und Stadtentwicklung beschließt, den Ausbau der Straßen [...] nach Ausführung der erforderlichen Kanalarbeiten [...] vorzunehmen." Kanalarbeiten sind nur insofern Gegenstand des Beschlusses, als sie den Zeitpunkt des Straßenausbaus festlegen.

**II. Zulässige Fragestellung**

Auch ist die Fragestellung nicht unzulässig. Aus der Sicht des Bürgers, der den Text des Bürgerbegehrens



liest, ist die Entscheidungsalternative eindeutig.

### 1. Bestimmtheitsgrundsatz

Ein Bürgerbegehren muss sich auf eine konkrete, durch die Bürgerschaft zu treffende Sachentscheidung richten, wobei sich der Gegenstand der Entscheidung unzweideutig aus dem Text des Bürgerbegehrens ergeben muss (vgl. OVG NRW, Beschluss vom 18. Oktober 2007 - 15 A 2666/07 -, S. 2 des amtlichen Umdrucks; Urteil vom 23. April 2002 - 15 A 5594/00 -, NVwZ-RR 2002, 766).

### 2. Koppelung zweier Fragen

Das schließt es nicht aus, zwei Fragen gleichzeitig zur Abstimmung zu stellen, denn auch dies kann mit einem eindeutigen Ja oder Nein entschieden werden, wobei wegen der Verknüpfung der Teilfragen mit der Konjunktion „und“ ein Ja die Zustimmung zu beiden Teilfragen bedeutet, während Nein bedeutet, dass das Bürgerbegehren abgelehnt wird, weil mindestens einer Frage nicht zugestimmt wird.

#### a. Sachzusammenhang zwischen den Fragen erforderlich

Allerdings ist eine solche Doppelfrage zur Vermeidung von Zweideutigkeiten nur dann zulässig, wenn beide Fragen sachlich denselben Gegenstand betreffen.

#### b. Subsumtion

Das ist hier der Fall. Der nach dem ersten Frageteil aufzuhebende Beschluss des Ausschusses betrifft den Straßenausbau im Gebiet „Im F.“, der zweite Frageteil betrifft die Entscheidung, bestimmte Straßenbaumaßnahmen im Gebiet „Im F.“ nicht vorzunehmen. Es handelt sich somit im Wesentlichen um eine der Sache nach unnötige Doppelung, indem der Ausbaubeschluss aufgehoben und ausdrücklich entschieden werden soll, bestimmte Ausbaumaßnahmen nicht vorzunehmen. Jedenfalls wegen dieses gleichsam im Verhältnis von Seite und Kehrseite stehenden Zusammenhangs der beiden Frageteile bestehen gegen die Koppelung der Frage keine Bedenken unter dem Gesichtspunkt eines unzweideutigen Entscheidungsgegenstandes.

Allerdings ist das Kehrseitenverhältnis nicht vollständig. Zum einen geht der zweite Frageteil über den aufzuhebenden Beschluss insoweit hinaus, als er den Ausbau auch der Straßen H1.-Straße und T1. Weg untersagt, obwohl der Beschluss vom 13. Dezember 2005 insoweit keine Ausbaubescheidung getroffen hat, sondern lediglich die Erörterung einer alternativen Ausbauart mit den Anliegern anordnet. Das Bürgerbegehren ist also nicht rein kassatorischer Natur, sondern initiiierend, als es entscheidet, diese Straßen nicht auszubauen. Dennoch führt dies nicht zu einer unzulässigen Zweideutigkeit: Gegenstand des Beschlusses des Ausschusses war auch der Ausbau der H1.-Straße und des T1.-Weges. Insoweit hat der Ausschuss für den

beabsichtigten Ausbau eine Anhörung der Anlieger zu einer alternativen Ausbauart beschlossen, während die endgültige Ausbaubescheidung offen geblieben ist. Wegen dieses Zusammenhangs darf das Bürgerbegehren ohne Verletzung des Eindeutigkeitsgebotes über die kassatorische Aufhebung des Beschlusses hinaus auch initiiierend die im Beschluss noch offen gebliebene Entscheidung treffen.

Der zweite Teil der Frage geht über den Beschluss vom 13. Dezember 2005 auch dadurch hinaus, dass die Erneuerung der Straßenbeleuchtungsanlagen im Gebiet „Im F.“ untersagt wird. Die Erneuerung der Straßenbeleuchtungsanlagen war zwar Gegenstand der Beschlussvorlage für die Ausschusssitzung vom 13. Dezember 2005. Diese wurde aber nur in veränderter Form, namentlich ohne den die Straßenbeleuchtungsanlagen betreffenden Teil, beschlossen. Auch insoweit ist das Bürgerbegehren jedoch eindeutig: Es erweitert die Untersagung des Straßenausbaus auf eine - möglicherweise wegen der Zuständigkeit eines anderen Ausschusses vom Beschluss nicht erfasste - weitere Teileinrichtung. Wegen dieses Zusammenhangs liegt kein Verstoß des Eindeutigkeitsgrundsatzes vor.

Zum anderen bleibt der zweite Teil der Frage hinter dem Beschluss vom 13. Dezember 2005 zurück, weil er nur das Verbot des Ausbaus der Gehwege und der Straßenbeleuchtungsanlagen ausspricht, nicht aber der Fahrbahn, der jedoch Beschlussgegenstand war. Der zweite Teil der Frage erfasst zweifelsfrei nicht den Fahrbahnausbau. Auch die Begründung des Bürgerbegehrens stützt die Annahme, dass es dem Bürgerbegehren alleine um die Teileinrichtungen Gehwege und Beleuchtungsanlagen geht, denn danach wollen „die Verwaltung und der Rat ... alle Verkehrsflächen im ‚F.‘ komplett erneuern“, wogegen das Bürgerbegehren einwendet, dass dort „die Gehwege und die Beleuchtungsanlagen in einem ordentlichen Zustand“ seien. „Dieser soll im Gebiet ‚F.‘ erhalten bleiben.“ Von der Fahrbahn ist an keiner Stelle ausdrücklich die Rede. Zweifelhaft könnte somit alleine sein, ob die im ersten Frageteil zur Entscheidung gestellte Aufhebung des Beschlusses vom 13. Dezember 2005 auch den den Fahrbahnausbau betreffenden Teil umfasst.

### 3. Auslegung des Fragetextes möglich

Wie jede Erklärung ist auch ein Bürgerbegehrenstext auslegungsfähig. Da der zweite Teil der Frage als Kehrseite der Aufhebungsentscheidung im ersten Teil der Frage textlich spezifiziert und auch von der Begründung her motiviert hinter dem Beschlussgegenstand vom 13. Dezember 2005 zurückbleibt, muss der erste Teil der Frage dahin verstanden werden, dass der Beschluss vom 13. Dezember 2005 nur insoweit aufgehoben werden soll, als er gegenüber der zweiten, inhaltlich bezeichneten Frage eine abweichende Entscheidung trifft. Die Verknüpfung des ersten Frageteils, der den genauen Inhalt des aufzuhebenden Be-

schlusses nicht wiedergibt, mit dem die einzelnen angegriffenen Straßenbaumaßnahmen benennenden zweiten Frageteils zwingt aus Sicht des mit dem Bürgerbegehren konfrontierten Bürgers zu diesem Verständnis. Daraus ergibt sich, dass der den Fahrbaubau betreffende Teil des Beschlusses vom 13. Dezember 2005 nicht durch das Bürgerbegehren aufgehoben werden soll. Mit diesem Inhalt erfüllt das Bürgerbegehren das Eindeutigkeitsgebot. Zwar wäre der Bürgerbegehrenstext noch eindeutiger, wenn er im ersten Frageteil ausdrücklich klargestellt hätte, dass lediglich eine dem zweiten Frageteil entsprechende Aufhebung des Beschlusses vom 13. Dezember 2005 angestrebt wird. Eine solche sprachliche Genauigkeit kann schon deshalb nicht gefordert werden, weil auch die textlichen Anforderungen an ein Bürgerbegehren nicht überspannt werden dürfen.

### III. Eigene Entscheidung der Bürger

Dem Bürgerbegehren kann auch nicht entgegengehalten werden, dass es unzulässigerweise dem Rat Vorgaben mache statt eine Entscheidung zu treffen.

Allerdings trifft es zu, dass mit einem Bürgerbegehren dem Rat nicht lediglich Vorgaben für eine von ihm noch zu treffende Entscheidung gemacht werden dürfen. Vielmehr müssen die Bürger die eigentlich vom Rat zu treffende, abschließende Entscheidung an dessen Stelle selbst treffen (vgl. OVG NRW, DVBl. 2008, 120 (122); NWVBl. 1998, 273 (274 f.)).

Das hier in Rede stehende Bürgerbegehren hat aber keine Vorgaben zum Gegenstand. Mit dem Verbot, bloße Vorgaben zu machen statt eine Entscheidung zu treffen, soll verhindert werden, dass ein Bürgerbegehren aus einem Problembereich lediglich unselbstständige Einzelfragen zur Entscheidung stellt und damit eine sachgerechte Lösung des Gesamtproblems nicht in den Blick nimmt (Beispiele aus der Entscheidungspraxis des Senats: Einführung bestimmter Abfallbeseitigungsverfahren in das Abfallbeseitigungskonzept einer Gemeinde, Verbot der Übertragung von Gesellschaftsanteilen oder maßgeblichen Vermögensgegenständen des Betriebsvermögens an Private bei Neustrukturierungen der kommunalen Daseinsvorsorge). Das Bürgerbegehren richtet sich hier darauf, dass die Teileinrichtungen „Gehwege“ und „Beleuchtungsanlage“ in den näher bezeichneten Straßen nicht ausgebaut werden. Das ist eine selbstständige, abschließende Entscheidung. Ein Bürgerbegehren ist nicht verpflichtet, über solche selbstständigen Gegenstände hinaus damit sachlich zusammenhängende weitere Gegenstände (hier: Ausbau der Teileinrichtung „Fahrbahn“) in die zur Entscheidung gestellte Frage einzubeziehen.

### IV. Zuständigkeit des Rates für die zu entscheidende Frage

Das Bürgerbegehren ist entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts auch nicht deshalb unzulässig,

weil es nicht auf eine Entscheidung der Bürger „an Stelle des Rates“ (§ 26 Abs. 1 GO NRW) ziele.

#### 1. Übertragung auf einen Ausschuss

Allerdings kann ein Rat für die von einem Bürgerbegehren erfassten Gegenstände wegen Delegation der Aufgabe auf einen Ausschuss unzuständig sein.

#### 2. Subsumtion

So entscheidet hier nach § 41 Abs. 2 Satz 1 GO NRW i. V. m. § 6 Abs. 4 Buchst. h der Hauptsatzung der Stadt M. (HS) der Werksausschuss über Angelegenheiten der Straßenbeleuchtung. Die Frage, ob die Straßenbeleuchtung im Gebiet „Im F.“ erneuert werden soll, ist eine Angelegenheit der Straßenbeleuchtung. Insofern liegt nach dem Text der Hauptsatzung eine Übertragung dieser Entscheidung auf den Werksausschuss vor.

Die Zuständigkeit für den Straßenausbau im Übrigen ist nach dem Text der Hauptsatzung allerdings nicht auf den Ausschuss für Umwelt und Stadtentwicklung übertragen worden. Nach § 6 Abs. 4 Buchstabe d HS entscheidet der Ausschuss für Umwelt und Stadtentwicklung über „Durchführung der äußeren Gestaltung des Stadtbildes im Rahmen des Haushaltsplanes“. Ob die Erneuerung von Gehwegen, zumal wenn das künftige Aussehen sich an dem vorhandenen Straßenzustand orientieren soll, überhaupt die Gestaltung des Stadtbildes betrifft, ist schon zweifelhaft. Erst recht fraglich ist, ob die Zuweisung von Entscheidungen nur über die „Durchführung“ der äußeren Gestaltung des Stadtbildes auch die Entscheidung über das Ob und nicht nur über das Wie einer Straßenerneuerung umfasst. Diese Zweifel führen dazu, dass die Entscheidung über das Ob eines Straßenausbaus dem Ausschuss nicht zugewiesen ist [wird ausgeführt].

#### 3. Rückholrecht des Rates

Unabhängig von der somit hier nicht wirksamen Regelung der Zuständigkeit zur Entscheidung über die Erneuerung von Straßenteileinrichtungen wäre das Bürgerbegehren aber auch bei einer wirksamen Verlagerung dieser Aufgaben auf die Ausschüsse zulässig. Soweit eine Zuständigkeitsverlagerung durch einfachen Ratsbeschluss vorgenommen wird, kann der Rat durch ebensolchen Beschluss die Zuständigkeit im Einzelfall oder generell wieder an sich ziehen. Hat der Ausschuss bereits entschieden, kann dadurch zwar die Kompetenz des Ausschusses nicht nachträglich entzogen werden. Die beim Ausschuss verbleibende Kompetenz, erneut über den Gegenstand zu beraten und gegebenenfalls einen den alten Beschluss aufhebenden oder verändernden Beschluss zu fassen, kann aber sehr wohl vom Rat zurückgeholt werden.

Ist allerdings, wie es hier nach dem Ortsrecht beabsichtigt war, eine Kompetenzübertragung durch Regelung in der Hauptsatzung gewollt, ohne dass in dieser

Satzung ein Rückholrecht durch einfachen Ratsbeschluss vorgesehen ist, bedarf es der Änderung der Hauptsatzung, um die Zuständigkeit zurückzuholen. Der Rat hat es somit zwar nach wie vor in der Hand, seine Zuständigkeit wieder zu begründen, allerdings - und dies hat das Verwaltungsgericht zutreffend erkannt - nur nach vorheriger Änderung des Ortsrechts, auf die das Bürgerbegehren jedoch nicht gerichtet ist.

*4. Letztlich abstrakte Betrachtung entscheidend: Grundsätzliche Zuständigkeit des Rates genügt*

Dennoch wäre hier das Merkmal „an Stelle des Rates [...] entscheiden“ in § 26 Abs. 1 GO NRW erfüllt. Dies ergibt sich aus der Funktion des Bürgerbegehrens einerseits und dem Verhältnis von Rat und Ausschüssen andererseits. Das Bürgerbegehren wird als weitere Form gemeindlicher Willensbildung von seiner Entscheidungskompetenz her auf dieselbe Ebene wie das höchste und allzuständige Gemeindeorgan gestellt. Mit der Wendung „an Stelle des Rates“ soll also im Sinne dieser herausgehobene Stellung des Rates der Anwendungsbereich von Bürgerbegehren weit gefasst und nicht etwa beschränkt werden auf diejenigen Entscheidungen, in denen ohne das Bürgerbegehren der Rat auch tatsächlich entscheiden würde und dies auch ohne Weiteres könnte. Es kommt somit zur Erfüllung des Merkmals „an Stelle des Rates“ alleine darauf an, ob der Entscheidungsgegenstand grundsätzlich in den Zuständigkeitsbereich des Rates fällt.

Das ist im Verhältnis von Rats- und Ausschusskompetenz der Fall. Möglicherweise anders liegt die Rechtslage bei rechtlich verselbstständigten Verwaltungsträgern wie einem Kommunalunternehmen nach § 114a GO NRW. Ausschüsse dienen der effektiven Behandlung laufender Angelegenheiten zur Entlastung des Ratsplenums, das sich auf die Beratung und Beschlussfassung der wichtigeren Angelegenheiten kon-

zentrieren kann (BVerwG, Beschluss vom 5. April 1988 - 7 B 47.88 -, NVwZ-RR 1988, 41, 42). Ausschüsse sollen, wie die Kläger es griffig formulieren, den Rat entlasten, nicht entmachten. Angesichts dessen gehören die auf Ausschüsse übertragenen Entscheidungen nach wie vor grundsätzlich zum Zuständigkeitsbereich des Rates, sodass sie auch ohne Weiteres, d. h. ohne ansonsten vorher zu verändernder Zuständigkeitsverteilung im Ortsrecht, Gegenstand eines Bürgerbegehrens sein können (ebenso Wansleben in: Held u. a., Kommunalverfassungsrecht, Loseblattsig. (Stand: Dezember 2007), § 26 GO, Anm. 2.4).

Kraft der besonderen Zuständigkeitsregel des § 26 Abs. 6 Satz 1 GO NRW bleibt der Rat in diesen Konstellationen für die Entscheidung über die Zulässigkeit des Bürgerbegehrens zuständig und darf auch gemäß § 26 Abs. 6 Satz 3 GO NRW unbeschadet einer etwaig abweichenden Zuständigkeitsverteilung nach der Hauptsatzung dem Bürgerbegehren entsprechen. Der Beklagte ist somit passivlegitimiert, so dass sich die Klage gegen den richtigen Beklagten richtet.

*C. Ergebnis*

Weitere Gründe für die Unzulässigkeit des Bürgerbegehrens sind weder vorgetragen noch ersichtlich. Nach dem Vorstehenden war die Verpflichtung zur Erklärung der Zulässigkeit des Bürgerbegehrens auszusprechen, womit die entgegenstehenden, dies ablehnenden Bescheide kassiert sind. Folglich kommt es nicht mehr darauf an, dass der Widerspruchsbescheid statt von der zuständigen Selbstverwaltungsbehörde (§ 73 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 VwGO), hier dem Rat als der Behörde, die den Ausgangsverwaltungsakt erlassen hat, vom unzuständigen Bürgermeister, der hinsichtlich dieser Entscheidungen auf die Bekanntgabe des Verwaltungsakts nach außen beschränkt ist (§ 63 Abs. 1 Satz 1 GO NRW), erlassen wurde.

**Standort: Kommunalrecht**

**Problem: Bekanntgabe eines Ratsbeschlusses**

VG FRANKFURT A.M., BESCHLUSS VOM 07.08.2007  
7 G 1324/07 (NVwZ-RR 2008, 416)

**Problemdarstellung:**

Im vorliegenden Fall hatte der Gemeinderat am 14.9. eine Änderung eines Bebauungsplans beschlossen und diesen Ratsbeschluss am 18.9. im Amtsblatt veröffentlicht. Am 30.10. reichte eine Bürgerinitiative ein hiergegen gerichtetes Bürgerbegehren ein. Die Frage war, ob dieses die geltende Frist von sechs Wochen seit Bekanntgabe des Ratsbeschlusses wahrte. Stellte man für die "Bekanntgabe" des Ratsbeschlusses, mit dem die Frist zu laufen beginnt, auf dessen Veröffentlichung im Amtsblatt der Gemeinde ab, wäre dies der Fall gewesen. Läge die Bekanntgabe hingegen schon in der Mitteilung des Abstimmungsergebnisses in der

Ratssitzung selbst, wäre das Bürgerbegehren verfristet gewesen. Das VG Frankfurt entschied sich für letzteres.

**Prüfungsrelevanz:**

Aus dieser Entscheidung kann man lernen, dass es einen Unterschied zwischen der Bekanntgabe eines Ratsbeschlusses und dessen öffentlicher Bekanntmachung gibt.

Die *Bekanntgabe* erfolgt i.d.R. schon im Rat selbst, wenn der Vorsitzende in öffentlicher Sitzung den Beschluss (d.h. das Abstimmungsergebnis) mitteilt. Handelt es sich - wie hier - um eine nichtöffentliche Ratssitzung, so liegt Bekanntgabe vor, sobald die Öffentlichkeit wieder zugelassen wird und sie vom Vorsitzenden das zuvor Beschlossene erfährt.

An die Bekanntgabe knüpfen sich bestimmte Rechtsfolgen, z.B. der hier interessierende Fristbeginn für ein Bürgerbegehren (dies übrigens nicht nur in Hessen, sondern - soweit ersichtlich - auch in den Gemeindeordnungen der anderen Bundesländer).

Die öffentliche *Bekanntmachung* setzt hingegen eine Veröffentlichung an geeigneter Stelle voraus. Die HessGO nennt hierfür in § 7 I eine örtlich verbreitete, mindestens einmal wöchentlich erscheinende Zeitung oder das Amtsblatt als Alternativen; in anderen Ländern existieren identische oder nur leicht abweichende Regelungen. Auch die öffentliche Bekanntmachung löst bestimmte Rechtsfolgen aus. Zum Beispiel treten Satzungen i.d.R. am Tag nach ihrer Bekanntmachung in Kraft (vgl. § 5 III HessGO).

Übrigens sind in vielen Bundesländern Bürgerbegehren gegen die Aufstellung, Änderung oder Aufhebung von Bauleitplänen (Bebauungsplan und Flächennutzungsplan, § 1 II BauGB) generell unzulässig (vgl. z.B. § 26 V Nr. 6 GO NRW, § 22b III Nr. 6 NGO). Die hier einschlägige HessGO kennt einen solchen Ausschluss hingegen nicht.

#### **Vertiefungshinweise:**

- Bekanntmachung eines Bebauungsplans: *OVG Münster*, RA 2007, 426 = NWVBI 2007, 305
- Konkludente Bekanntgabe eines Verwaltungsakts: *BVerwG*, RA 2007, 131 = NVwZ 2007, 340
- Bekanntgabe von Verkehrszeichen: *OVG Münster*, RA 2005, 320 = NWVBI 2005, 176; *Bitter/Konow*, NJW 2001, 1386

#### **Kursprogramm:**

- Examenskurs* : "Wechselstrominitiative"

#### **Leitsatz:**

**Ein von der Gemeindevertretung gefasster Beschluss ist bekannt gegeben, wenn das Abstimmungsergebnis durch den Vorsitzenden der Gemeindevertretung in der öffentlichen Sitzung des Vertretungsorgans mitgeteilt worden ist.**

#### **Sachverhalt:**

Die Ast. begehren mit ihrem Eilantrag die vorläufige Zulassung des Bürgerbegehrens zur "Verhinderung eines Bau- und Gartenmarktes an der Ortseinfahrt [...]". Die Ast. sind Vertrauenspersonen dieses Bürgerbegehrens und Mitunterzeichner des Vorhabens.

Die Gemeindevertretung der Ag. hatte am 14.9.2006 in ihrer Sitzung den Bebauungsplan X und dessen 1. Änderung Y beschlossen. Der entsprechende Satzungsbeschluss und der Bebauungsplan wurden am Montag, den 18.9.2006, im Amtsblatt öffentlich bekannt gemacht. Nach Ergehen des Beschlusses ergriffen u.a. die Ast. die erforderlichen Maßnahmen, um

ein Bürgerbegehren einleiten zu können. Die Unterlagen für das Bürgerbegehren einschließlich der Unterschriftenliste wurde am Montag, den 30.10.2006, dem Bürgermeister der Ag. in der Gemeindeverwaltung durch die Ast. persönlich überreicht.

Die Gemeindevertretung der Ag. hat in ihrer Sitzung am 14.12.2006 beschlossen, das Bürgerbegehren als unzulässig zurückzuweisen. Die Zurückweisung des Bürgerbegehrens wurde dem Ast. zu 1 mit Schreiben vom 11.1.2007 durch den Bürgermeister der Ag. mitgeteilt. Die Ast. haben am 3.5.2007 beim erkennenden Gericht einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung mit dem Ziel der vorläufigen Zulassung des Bürgerbegehrens gestellt. Das VG lehnte den Antrag ab.

#### **Aus den Gründen:**

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist abzulehnen.

Es kann dahingestellt bleiben, ob dem bei Gericht anhängig gemachten Eilrechtsschutzbegehren das Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache mit Erfolg entgegengehalten werden kann. Der Antrag hat nämlich bereits deswegen keinen Erfolg, weil die Gemeindevertretung der Ag. zu Recht das Bürgerbegehren als unzulässig abgelehnt hat und gegen die Rechtmäßigkeit dieser Entscheidung jedenfalls nach dem gegenwärtigen Sachund Streitstand keine durchgreifenden Bedenken bestehen. Daher steht den Ast. der für den Erlass einer einstweiligen Anordnung zwingend notwendige Anordnungsanspruch nicht zu.

#### **A. Fristbeginn mit Bekanntgabe des Ratsbeschlusses**

Das Bürgerbegehren ist deswegen zu Recht als unzulässig zurückgewiesen worden, da die Ast. die Sechswochenfrist des § 8b III 1 Halbs. 2 HessGO nicht gewahrt haben. Nach dieser Vorschrift ist das Bürgerbegehren schriftlich bei dem Gemeindevorstand einzureichen. Richtet es sich gegen einen Beschluss der Gemeindevertretung, muss es innerhalb von sechs Wochen nach Bekanntgabe des Beschlusses eingereicht sein.

#### **B. Unterscheidung zwischen Bekanntgabe und Bekanntmachung**

Bekanntgabe im Sinne der Vorschrift ist die Mitteilung des Abstimmungsergebnisses der Gemeindevertretung durch deren Vorsitzenden in der öffentlichen Sitzung des Vertretungsorgans. Dies ergibt sich aus einem systematischen Vergleich einschlägiger Vorschriften in der Hessischen Gemeindeordnung wie auch beispielsweise aus dem hessischen Kommunalwahlgesetz. Die Hessische Gemeindeordnung unterscheidet zwischen einer öffentlichen Bekanntmachung i.S. des § 7 HessGO als an bestimmte formelle Voraussetzungen geknüpfte Mitteilung über einen bestimmten Sachverhalt an die Öffentlichkeit und auf der anderen Seite einer Bekanntgabe u.a. bestimmter Beschlüsse etwa der Ge-

meindevertretung, die an weniger strenge formelle Kriterien geknüpft ist.

Zwar ist den Ast. zuzugestehen, dass für einen unbefangenen Gemeindegänger sich nicht ohne Weiteres aus dem Wortlaut des § 8b III 1 HessGO erschließt, in welcher Form die dort genannte Bekanntgabe eines Beschlusses der Gemeindevertretung zu erfolgen hat. Aus § 52 II HessGO ergibt sich jedoch, was die Hessische Gemeindeverordnung als Bekanntgabe versteht. Nach dieser Vorschrift sollen Beschlüsse der Gemeindevertretung, welche in nichtöffentlicher Sitzung gefasst worden sind, soweit dies zugänglich ist, nach Wiederherstellung der Öffentlichkeit bekannt gegeben werden. Bekanntgabe meint damit, dass ein bestimmtes Abstimmungsergebnis unmittelbar nach der Beschlussfassung den anwesenden Gemeindevertretern und damit zugleich auch der Öffentlichkeit gegenüber kundgetan wird.

Bestätigt wird diese Auslegung u. a. durch § 55 VI 1 HessGO. § 55 HessGO regelt die Einzelheiten der von der Gemeindevertretung vorzunehmenden Wahlen. Nach § 55 VI 1 HessGO kann jeder Gemeindevertreter gegen die Gültigkeit von Wahlen, die von der Gemeindevertretung nach § 55 I-V HessGO durchgeführt werden, innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des

Wahlergebnisses schriftlich oder zur Niederschrift Widerspruch bei dem Vorsitzenden der Gemeindevertretung erheben. Auch hier wird somit an die öffentliche Mitteilung des Wahlergebnisses in der Sitzung der Gemeindevertretung angeknüpft. Schließlich ist auf § 55 II des HessWahlG zu verweisen. Nach dieser Vorschrift macht der Gemeindevorstand den Tag des Bürgerentscheids und dessen Gegenstand öffentlich bekannt. Hierbei handelt es sich dann im Unterschied zur bloßen Bekanntgabe um eine öffentliche Bekanntmachung i.S. des § 7 HessGO.

### C. Subsumtion

Auf den vorliegenden Fall übertragen heißt dies, dass das von den Ast. bei dem Gemeindevorstand der Ag. eingereichte Bürgerbegehren nicht innerhalb der Sechswochenfrist des § 8b III 1 Halbs. 2 HessGO eingereicht worden ist. Die Sechswochenfrist ist nämlich, worauf die Ag. zu Recht hinweist, am 26.10.2006, 24 Uhr, abgelaufen. Im Hinblick auf die vorstehenden Ausführungen bedarf es keiner Auseinandersetzung mit der Frage, ob die übrigen von der Ag. vorgebrachten Gründe zur Unzulässigkeit des Bürgerbegehrens überzeugen.

## Standort: GewO

## Problem: Rechtsnachfolger "alt und bewährt"?

VG BRAUNSCHWEIG, BESCHLUSS VOM 12. 09.2007  
1 A 88/07 (NVWZ-RR 2008, 391)

### Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, wie im Rahmen des § 70 GewO zwischen den Bewerbern für einen Markt auszuwählen ist, wenn der zur Verfügung stehende Platz nicht ausreicht. Bekanntlich nennt § 70 III GewO die Kapazitätserschöpfung als Paradebeispiel für den Ausschluss einzelner, grundsätzlich geeigneter Bewerber. Allerdings wandelt sich in diesem Fall der (an sich gebundene, § 70 I GewO) Zugangsanspruch immerhin in einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Auswahl um. Das VG Braunschweig hatte nun die Frage zu klären, ob dieser Anspruch der Kl., einer abgelehnten Bewerberin, untergegangen war oder infolge eines Ermessensfehlers bei ihrer Ablehnung fortbestand. Das VG entschied sich für letzteres, weil die Vergabeentscheidung allein nach dem Merkmal "alt und bewährt" erfolgte. Dieses ist aber im Lichte der Gewerbefreiheit (und - vom VG unausgesprochen - im Lichte der Grundrechte aus Art. 12 I, 3 I GG) gegenüber Neubewerbern unangemessen, weil diese so niemals die Möglichkeit des Zugangs erhielten, solange Altbeschicker nicht freiwillig ausschieden. Als taugliche Alternativen schlägt das VG statt dessen ein Rotations- oder Losverfahren vor. Allerdings führt es einschränkend aus, dass das Kriterium

"alt und bewährt" nicht an sich unzulässig sei, sondern eben nur als alleiniges Vergabekriterium. Mit anderen Worten ist es zumindest zulässig, ein bestimmtes Kontingent an Plätzen für Altbeschicker zu reservieren.

Darüber hinaus sind die Ausführungen des VG dazu interessant, wann ein Marktbeschicker "alt und bewährt" ist. Im Fall ging es nämlich um die Rechtsnachfolgerin (Tochter) eines ausgeschiedenen Altbeschickers, die das Geschäft fortführte. Das VG differenziert zwischen "alt" und "bewährt": Mit "alt" sei das Geschäft gemeint, welches sich etabliert haben und unter den Besuchern des Marktes hinreichend bekannt sein müsse. "Bewährt" sei hingegen ein höchstpersönliches Merkmal, das man nicht erben könne. Deshalb sei eine Rechtsnachfolgerin wohl als "alt", nicht aber als "bewährt" anzusehen.

### Prüfungsrelevanz:

Der Zugang zu öffentlichen Einrichtungen ist ein gängiger Prüfungstoff. Elementar ist danach zu unterscheiden, um welche Art von Veranstaltung es sich handelt:

I. Wenn es um eine öffentliche Einrichtung der Gemeinde geht, regeln die Gemeindeordnungen der Länder (gebundene) Zugangsansprüche für Einwohner (hier: § 22 I NGO). Nichteinwohner können sich auf diese Vorschriften hingegen nicht berufen; sie haben nur einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entschei-

dung über ihr Zugangsbegehren.

II. Ist die Veranstaltung hingegen "festgesetzt" (vgl. § 69 GewO), richtet sich der Zugang allein nach § 70 GewO, der die allgemeineren Regelungen aus den Gemeindeordnungen verdrängt. Im Rahmen des § 70 GewO ist die Einwohnereigenschaft irrelevant; hier kommt es lediglich darauf an, dass der Anspruchsteller zum potenziellen Teilnehmerkreis der festgesetzten Veranstaltung gehört.

III. Im Gegensatz zu den Zugangsansprüchen der Gemeindeordnungen der Länder ist § 70 GewO übrigens keine öffentlich-rechtliche Norm, denn die Vorschrift regelt die Rechtsbeziehung zwischen dem Veranstalter und dem Teilnehmer. Beide können Zivilrechtssubjekte sein mit der Folge, dass nach der modifizierten Subjektstheorie, die von einer öffentlich-rechtlichen Norm ja verlangt, dass sie zwingen einen Hoheitsträger als solchen berechtigt oder verpflichtet, kein öffentliches Recht vorliegt. Dies ist ggf. im Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO anzusprechen. Die Lösung liegt oftmals schon in der öffentlich-rechtlichen Form der angestrebten Handlung, denn wenn der Zugang zur Einrichtung durch Bescheid bewilligt, also über einen Verwaltungsakt als typische öffentlich-rechtliche Handlungsform gestritten wird, liegt allein deshalb eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit i.S.d. § 40 I 1 VwGO vor. Im Übrigen hilft auch die sog. "Zwei-Stufen-Theorie", nach der Entscheidungen über das "Ob" des Zugangs zu einer öffentlichen Einrichtung immer öffentlich-rechtlicher Natur sind.

#### Vertiefungshinweise:

Gewerberechtliche Anforderungen an Zulassung bzw. Ablehnung von Neubewerbern: *OVG Lüneburg*, NJW 2003, 531; *OVG Münster*, NVwZ-RR 1991, 297; *VG Chemnitz*, GewArch 1996, 158

"Alt und bewährt" als alleiniges Vergabekriterium untauglich: *BVerwG*, NVwZ 1984, 585; *OVG Lüneburg*, NdsVBI 2002, 290

Zugang eines verurteilten Straftäters zu festgesetzter Veranstaltung: *OVG Bremen*, RA 2007, 187 = NVwZ 2007, 171

Zulassung zu Markt nach Losverfahren: *BVerwG*, NVwZ-RR 2006, 786

#### Kursprogramm:

*Examenskurs* : "Kein Platz auf der Kirmes"

*Examenskurs* : "Ohne Los nichts los"

#### Leitsatz:

**1. Das Merkmal der Bewährtheit kann als persönlichkeitsbezogenes Urteil über die durch mehrfache Marktteilnahme erprobte und erwiesene Zuverlässigkeit nur durch den jeweiligen Marktbewerber erfüllt und nicht an einen Betriebsübernehmer wei-**

**tergegeben werden.**

**2. Dies gilt auch für ein im Betrieb mitarbeitendes Familienmitglied.**

**3. Die Vergabe von Marktständen ist ermessensfehlerhaft und nicht geeignet, die Marktfreiheit zu erhalten, wenn sie allein auf Grund des Merkmals der Bewährtheit erfolgt. Neubewerbern muss in einem erkennbaren zeitlichen Turnus auch auf Kosten von Stamtteilnehmern eine reale Zulassungschance eingeräumt werden. Als Kriterium für ein sachgerechtes Auswahlverfahren wäre ein Rotations- oder Losverfahren denkbar.**

#### Sachverhalt:

Die Kl. nahm von 1997 bis 2003 regelmäßig mit einem eigenen Fischimbiss an dem L.-Markt teil. Dieses Geschäft gehörte zunächst ihrem Schwiegervater, D. Nach seinem Tode führte dessen Sohn, E, der frühere Ehemann der Kl., den Fischimbiss bis 1997 fort. Im Jahre 2004 erhielt die Kl. zwar eine Zusage, sagte aber ihre Teilnahme ab. Auf ihre Bewerbung im Jahre 2005 erhielt sie eine Absage. Der Stiefvater der Kl., F, nahm ebenfalls mit einem anderen Fischimbiss bis zum Jahre 2006 regelmäßig am L.-Markt teil. Die Kl. hatte ab dem Jahre 2001 zusätzlich den Geschäftsbetrieb im Fischimbiss ihres Stiefvaters übernommen. Die Bewerbungen und Zusagen für den L.-Markt erfolgten aber weiterhin auf den Namen des Stiefvaters. Mit Schreiben vom 8. 1. 2007 bewarb sich die Kl. unter eigenem Namen mit dem ehemaligen Fischimbiss ihres Stiefvaters für den L.-Markt im Jahre 2007. Mit Bescheid vom 5. 3. 2007 lehnte die Bekl. den Antrag ab. Zur Begründung führte sie aus, der zur Verfügung stehende Platz reiche nicht für alle Bewerber aus. Im Auswahlverfahren berücksichtige sie zuerst Markthändler, die seit mehreren Jahrzehnten dem Markt verbunden seien und deren Stände den Markt prägen würden. Die verbleibenden Standplätze vergebe sie unter Berücksichtigung von Ausgewogenheit und Attraktivität des Warenangebots an jährlich wechselnde Bewerber. Im Jahre 2007 bewarben sich ca. 500 Markthändler um einen Standplatz auf dem L.-Markt und die Bekl. vergab ca. 250 Standplätze. In der Rubrik „Fisch“ lagen acht Bewerbungen vor. Die Bekl. erteilte sechs Zusagen und zwei Absagen. Gegen den ablehnenden Bescheid hat die Kl. Klage erhoben mit dem Antrag, die Bekl. zu verpflichten, sie zum L.-Markt im Jahre 2007 zuzulassen, hilfsweise über den Antrag auf Zulassung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden. Zur Begründung hat sie vorgetragen, sie sei bevorzugt zu berücksichtigen, weil sie schon jahrelang mit ihren beiden Fischimbissen auf dem Markt vertreten sei. Sie habe den Fischimbiss unter dem Namen ihres Stiefvaters bei der Bekl. angemeldet, weil der ehemalige Marktmeister G ihr mündlich versichert habe, er wisse Bescheid und alles könnte beim Alten bleiben. Die

Bekl. hat Klageabweisung beantragt und ausgeführt, der Stiefvater der Kl. sei zwar als „alt und bewährt“ einzuordnen, dies gelte aber nicht für die Kl. Sie würde die Kl. als Neubewerberin nur berücksichtigen, wenn ein als „alt und bewährt“ eingestuftes Bewerber ausscheide und sein Standplatz freiwerde. Die Standplätze verteile sie zuerst an sämtliche Stammbewerber. Ein Rotationsprinzip wende sie nur auf Neubewerber im Hinblick auf eventuell noch verbleibende Standplätze an. Nachdem die Bekl. der Kl. in der mündlichen Verhandlung einen angemessenen Standplatz auf dem L. Markt im Jahre 2007 zugesichert und die Zulassung erteilt hat, haben die Bet. den Rechtsstreit übereinstimmend in der Hauptsache für erledigt erklärt. Das VG legte den Bet. die Kosten des Verfahrens je zur Hälfte auf.

### **Aus den Gründen:**

Nach den übereinstimmenden Erledigungserklärungen der Beteiligten ist das Verfahren in entsprechender Anwendung des § 92 III VwGO einzustellen und nach § 161 II VwGO über die Verfahrenskosten unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen zu entscheiden. Vorliegend ist es gerechtfertigt, den Bet. die Verfahrenskosten je zur Hälfte aufzuerlegen. Der Kl. stand zwar kein Anspruch gegen die Bekl. auf Zulassung ihres Fischimbisses zum L.-Markt im Jahre 2007 zu. Sie hätte aber einen Anspruch auf Neubescheidung gehabt, weil die Auswahlentscheidung der Bekl. ermessensfehlerhaft war.

#### **A. Gebundener Anspruch auf Zulassung**

Die Kl. hatte gegenüber der Bekl. keinen Anspruch auf eine Zulassung nach den Kriterien „alt und bewährt“.

##### **I. Alt**

Der Fischimbiss des Stiefvaters der Kl., der schon seit Jahren den Markt prägt, ist dem Marktpublikum zwar bekannt, weil die Kl. ihn äußerlich unverändert fortführt.

##### **II. Bewährt**

Die Bekl. musste die Kl. aber nicht als bewährt ansehen. Bei dem Merkmal der Bewährtheit handelt es sich um ein persönlichkeitsbezogenes Urteil über die durch mehrfache Marktteilnahme erprobte und bewiesene Zuverlässigkeit des nach außen auftretenden Betriebsinhabers. Die Bewährtheit kann nur durch den jeweiligen Marktbewerber erfüllt und nicht an den Betriebsübernehmer weitergegeben werden. Dies gilt auch für ein im Betrieb mitarbeitendes Familienmitglied (vgl. VGH Mannheim, NVwZ-RR 1992, 132; VG Stuttgart, GewArch 2001, 122).

Nach Außen trat gegenüber der Bekl. ausschließlich der Stiefvater der Klägerin als Verantwortlicher und Bewerber auf. In einem solchen Fall, in dem sich der tatsächliche Betriebsinhaber von demjenigen unter-

scheidet, der sich für die Marktteilnahme ganz allein verantwortlich zeigt, wird durch die mehrfache Marktteilnahme nicht die Zuverlässigkeit des tatsächlichen Geschäftsführers, sondern die des „allein verantwortlichen Marktbewerbers“ unter Beweis gestellt, mit der Folge, dass nur der Letztgenannte sich bewähren kann. [...]

Die Teilnahme der Kl. an dem Markt bis zum Jahre 2003 mit ihrem eigenen Fischimbiss unter eigenem Namen führt zu keiner anderen Bewertung, weil die Kl. mit diesem Fischimbiss seit drei Jahren nicht mehr an dem Markt teilgenommen hat. Auf Grund dieser Unterbrechung musste die Bekl. die Kl. nicht mehr als bewährt einstufen. Die Absage auf die Bewerbung der Kl. im Jahre 2005 ist bestandskräftig, daher hat die Kammer nicht darüber zu entscheiden, ob diese rechtmäßig erfolgte.

#### **B. Anspruch auf Neubescheidung**

Das von der Bekl. gewählte Zulassungsverfahren nach dem allein maßgeblichen Kriterium „alt und bewährt“ und die darauf beruhende ablehnende Entscheidung der Bekl. ist hingegen ermessensfehlerhaft und nicht geeignet, die Marktfreiheit zu erhalten.

#### **I. Umwandlung des gebundenen Zugangsanspruchs in Anspruch auf ermessensfehlerfreie Auswahl bei Kapazitätserschöpfung**

Nach §§ 70 I, 69 I GewO hat jedermann, der dem Teilnehmerkreis einer festgesetzten Veranstaltung angehört, eine Teilnahmeberechtigung an der Veranstaltung. Dieser Anspruch ist jedoch gem. § 70 III GewO dahin eingeschränkt, dass einzelne Aussteller aus sachlich gerechtfertigten Gründen, insbesondere wenn der zur Verfügung stehende Platz nicht ausreicht, von der Teilnahme ausgeschlossen werden können. Liegt ein Platzmangel vor, so verändert sich die Zulassungsentcheidung des Veranstalters von einer gebundenen Entscheidung zu einer Auswahl- und damit einer Ermessensentscheidung nach sachgerechten Kriterien (Wagner, in: Friauf, GewO, § 70 Rdnr. 54, m.w.N.). So liegt der Fall hier, weil es auf dem L. Markt regelmäßig mehr Bewerbungen als zu vergebende Standplätze gibt. Die Kl. hat deshalb lediglich einen Anspruch auf eine fehlerfreie Ermessensentscheidung.

#### **II. Ermessensfehlerfreie Vergabekriterien**

Das Ermessen des Veranstalters ist nicht nur durch die jede Ermessensentscheidung der Verwaltung bindenden Grundsätze wie etwa den Gleichheitssatz und das Willkürverbot eingeschränkt, sondern das Verteilungsermessen des Veranstalters gem. § 70 III GewO unterliegt darüber hinaus auch den sich aus dem Grundsatz der Marktfreiheit ergebenden Schranken (vgl. BVerwG, NVwZ 1984, 585). Wie im Einzelnen ein die Marktfreiheit erhaltendes Zulassungssystem auszugestalten ist, welche Bewerbergruppen gebildet wer-

den und nach welchem System Standplätze zugeteilt werden, liegt im gerichtlich nur beschränkt nachprüf- baren Ermessen des Veranstalters (vgl. OVG Lüne- burg, NVwZ-RR 2006, 177; VGH Mannheim, NVwZ-RR 1992, 132).

### 1. „Alt und bewährt“ nicht als alleiniger Maßstab

Die Auswahl unter den - in einer Gruppe konkurrie- renden - Bewerbern nach dem Vorrang alter und be- währter Händler ist prinzipiell zwar zulässig. Sie darf aber nicht zum alleinigen Verteilungsmaßstab erhoben werden, weil die Marktfreiheit nur dadurch erhalten werden kann, dass auch Neubewerbern eine reale Zu- lassungschance eingeräumt wird. Eine an der Markt- freiheit und am Gleichbehandlungsgrundsatz ausge- richtete Praxis muss die Stammtteilnehmer mit dem Risiko verminderter Zulassungschancen durch Neu- zulassungen belasten (vgl. BVerwG, DVBl 1984, 1071). Eine Auswahlentscheidung nach einem System, das Neubewerbern, die nicht auf dem Markt vertreten waren, weder im Jahre der Antragstellung noch in ei- nem erkennbaren zeitlichen Turnus eine Zulassungs- chance einräumt, liegt außerhalb der Ermessensgren- zen des § 70 III GewO (vgl. OVG Lüneburg, NJW 2003, 531).

### 2. Subsumtion

Das Auswahlverfahren der Bekl. entspricht nicht die- sen Anforderungen. Sie hat nach ihrer eigenen Dar- stellung die Standplätze ausschließlich nach dem Kri- terium „alt und bewährt“ vergeben und Neubewerber nur berücksichtigt, wenn nach der Vergabe der Stand- plätze an die Stammtteilnehmer noch weitere Stand- plätze vorhanden waren. Sie hat Neubewerbern nicht eine bestimmte Anzahl an Standplätzen freigehalten, sonder sie nur beachtet, wenn ein Stammtteilnehmer „freiwillig“ und „zufällig“ nicht mehr am Markt teil- nahm und damit ein Standplatz frei wurde. Die mit Schriftsatz vom 9. 8. 2007 vorgelegte Aufstellung der Bekl. über die Zusagen in der Rubrik „Fisch“ vom Jahre 2001 bis zum Jahre 2006 bestätigt diese Verga- bepraxis. Die im Jahre 2007 als „alt und bewährt“ zu- gelassenen Händler sind seit dem Jahre 2001 auf dem Markt vertreten. In diesem Zeitraum kam es zu keiner Neuzulassung. Die Stammtteilnehmer verfügen dem- nach über eine Art „Dauerzulassung“. Die einzige bis- herige Neuzulassung im Jahre 2007 beruht darauf,

dass der Stiefvater der Kl. aus dem Kreis der Stamm- teilnehmer ausschied.

### 3. Taugliche Alternativen

Als Kriterium für ein sachgerechtes Auswahlverfahren wäre ein Rotations- oder ein Losverfahren denkbar (vgl. Wagner, in: Friauf, § 70 GewO Rdnr. 60 m.w. Nachw.). Die Bekl. muss sicherstellen, dass Neube- werber auch auf Kosten von Stammtteilnehmern an dem Markt teilnehmen können. Sie muss dazu zumin- dest einen der sechs in der Rubrik Fisch zur Verfügung stehenden Plätze für Neubewerber zugänglich machen. Ein mögliches Rotationssystem muss für Neubewerber erkennbar darlegen, wie oft sie sich bewerben müssen, um zum Markt zugelassen zu werden. Die Bekl. kann zu diesem Zweck z.B. Listen der nicht berücksichtigen Neubewerber führen und diese als Wiederholungsbe- werber bevorzugt berücksichtigen. Ein Rotationsprin- zip muss auch Kriterien enthalten, die festlegen, wann ein bisher berücksichtigter Bewerber zu Gunsten eines Neubewerbers auszusetzen hat. Ein solches Rotations- system ist aus den von der Bekl. vorgelegten Listen der bisherigen Zu- und Absagen und dem übrigen Ver- waltungsvorgang der Bekl. wie auch ihrem Vorbringen nicht ersichtlich. Die Ablehnung der Neubewerber mit der alleinigen Begründung „erste Bewerbung für den Markt“ und der Zusatz zu den Ablehnungen der Be- werbungen der Kl. im Jahre 2005 und 2007 „muss aus- setzen“ ist dazu ohne weitere erläuternde Ausführun- gen aus den eben genannten Gründen nicht geeignet. Als Neubewerber lies die Bekl. in dem Zeitraum vom Jahre 2001 bis zum Jahre 2007 nur einen Marktschrei- er mit einem Räucherfischverkauf zu, weil dieser den Markt belebe. Die Bekl. kann die Zulassung von Neu- bewerbern aber nicht davon abhängig machen, dass diese ein attraktiveres Angebot als die Stammtteilneh- mer bieten. Ein Auswahlverfahren, das faktisch eine Zulassungschance für Neubewerber nur vorsieht, wenn sie eine Neuheit bieten oder ein attraktiveres Angebot bereithalten, verstößt gegen die Marktfreiheit. Das Verlangen, der Neubewerber müsse gegenüber den Stammtteilnehmern das neuere bzw. attraktivere Ge- schäft haben, um eine Zulassung zu erreichen, bevor- zugt nämlich grundsätzlich den Stammtteilnehmer, von dem dies gerade nicht verlangt wird, und ist ermessensfehlerhaft.



*Zivilrecht***Standort: Sachenrecht****Problem: Unterlassungsanspruch**

BGH, URTEIL VOM 24.06.2008

VI ZR 156/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Die Kl. schied am 27.04.2005 aus dem Amt der Ministerpräsidentin von Schleswig-Holstein aus. Am Folgetag wurden in der "Bild"-Zeitung, die von der Bekl. herausgegeben wird, drei Fotos veröffentlicht, die den Artikel "Danach ging Heide erst mal shoppen" einleiteten. Die Fotos zeigten die Kl. beim privaten Einkauf.

Auch am nächsten Tag postierte die Bekl. vor dem Haus der Kl. Fotografen, die der Kl. später dann auch folgten und sie fortgesetzt fotografierten.

Die Kl. beanstandet die Veröffentlichung der Fotos, da sie deren Erlangung als rechtswidrig erachtet.

Auf die Klage hat das Landgericht die Bekl. zur Unterlassung der Bildveröffentlichung verurteilt. Es hat sie zudem verurteilt, darüber Auskunft zu erteilen, welche Bildnisse sie aufgrund der Beobachtung der Kl. am 27. und 28.04.2005 von drei Fotografen erhalten und in Besitz hat. Schließlich hat das Landgericht die Bekl. verurteilt, die Kl. von Anwaltskosten in Höhe von 2.219,90 € für die Rechtsverfolgung freizustellen.

Auf die Berufung der Bekl. hat das Kammergericht die Unterlassungsklage abgewiesen. Der Auskunfts- und Zahlungsklage hat es nur teilweise stattgegeben. Es hat die Bekl. verurteilt, der Kl. Auskunft zu erteilen, welche Bildnisse sie von der Kl. in Besitz hat, die sie auf Grund der von der Bekl. erteilten Aufträge, die Kl. zu beobachten und zu fotografieren, am 28.04.2005 durch drei namentlich genannte Fotografen erhalten hat, ferner dazu, die Kl. von der Inanspruchnahme durch ihre Rechtsanwälte in Höhe von 800,79 € freizustellen. Die weiter gehende Klage hat es abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Revision zugelassen, welche beide Parteien eingelegt haben. Die Revision blieb weitestgehend ohne Erfolg.

**Prüfungsrelevanz:**

Die Entscheidung befasst sich mit dem aktuellen Problem des Schutzes des Persönlichkeitsrechts bei öffentlichen Personen, hier einer Politikerin.

Die Kl. begehrte die Unterlassung der weiteren Verbreitung der Fotos in der Presse analog § 1004 I BGB i.V.m. § 823 I BGB. Ein entsprechender Anspruch der Kl. war jedoch in Übereinstimmung mit dem Beru-

fungsgesamt zu verneinen. Die Fotos stellen Bildnisse aus dem Bereich der Personen der Zeitgeschichte gem. § 23 I Nr. 1 KUG dar. Ausschlaggebend für die Frage, ob es sich um ein Bildnis aus dem Bereich der Zeitgeschichte handelt, ist der Begriff des Zeitgeschehens. Das betrifft vor allem auch Bilder von Personen, deren Abbildung wegen ihres zeitgeschichtlichen Bezugs als bedeutsam anzusehen ist, so dass von daher ein durch ein echtes Informationsbedürfnis gerechtfertigtes Interesse der Allgemeinheit an einer bildlichen Darstellung zu bejahen ist. Zu diesem Personenkreis können insbesondere Monarchen, Staatsoberhäupter sowie herausragende Politiker gehören (Senatsurteile BGHZ 131, 332, 336; 158, 218, 220, m.w.N.). Bei der Einordnung verbietet sich jede schematische Einordnung. Die Kl. war als Person der Zeitgeschichte i.d.S. anzusehen. Der Umstand, dass sie aus dem Amt zum maßgeblichen Zeitpunkt bereits ausgeschieden war, ließ eine andere Betrachtung der Sachlage nicht zu, da sie über eine geraume Zeit ein herausragendes Amt in der Politik bekleidet habe - zumal als bisher einzige Frau in Deutschland. Dieser Erwägung ist zuzustimmen, da der Rang einer Person des öffentlichen Lebens nicht mit der Stunde des Amtsverlusts endet, sondern eine weitergehende Wirkung entfaltet.

Ob nunmehr ein Bildnis einer Person unabhängig von einem bestimmten zeitgeschichtlichen Ereignis einwilligungsfrei veröffentlicht werden darf, erfordert stets eine einzelfallbezogene Abwägung zwischen dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit und den berechtigten Interessen der abgebildeten Person (Senatsurteile BGHZ 158, 218, 220; vom 19.06.2007 - VI ZR 12/06 - aaO, S. 1136 f.; vom 03.07.2007 - VI ZR 164/06 - aaO, S. 1284; BVerfGE 101, 361, 392; BVerfG, NJW 2001, 1921, 1922, jeweils m.w.N.). Dieser Abwägungsvorgang fiel zugunsten der Bekl. aus. Hier zeigen die fraglichen Bilder die Kl. in einer unverfänglichen Situation in einem gut besuchten Einkaufszentrum am Tag nach ihrer Abwahl, so dass der Kernbereich der Privatsphäre nicht betroffen war (BGHZ 158, 218 [223]; BVerfG, AfP 2008, 163, 167 nr. 68). Weil die Abwahl durch vier erfolglose Wahlgänge besiegelt wurde und damit eine Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit vorlag, war auch ein gesteigertes Interesse der Öffentlichkeit an dem Befinden der Kl. in der Zeit unmittelbar nach der Abwahl zu bejahen. Irrelevant ist dabei, dass die abgelichtete Situation lediglich eine Momentaufnahme aus dem Privatleben der

Kl. darstellen. Auch der bloßen Unterhaltung kann ein Bezug zur Meinungsbildung nicht von vornherein versagt werden, da sie ein gewichtiger Bestandteil der Medienbetätigung und damit der Meinungsbildung ist, der dem Schutz der Pressefreiheit unterliegt (BVerfGE 35, 202 [222]; 101, 361 [390]).

Die Revision der Bekl. hatte Erfolg, da eine Verpflichtung zur Auskunft über noch vorhandenes Bildmaterial aus dem maßgeblichen Zeitraum entgegen der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts zu verneinen war. Ein Auskunftsanspruch kann zwar unter besonderen Umständen gegeben sein, jedoch ist dazu das Vorliegen einer Rechtsverletzung maßgeblich. Die Auskunft muss ferner zur Rechtsverfolgung erforderlich sein und vom Verletzer unschwer erteilt werden können. Hier scheiterte der Anspruch bereits daran, dass keine Rechtsverletzung durch die Bekl. erfolgt war. Dies hätte vorausgesetzt, dass ein Hausgabeanspruch oder ein Vernichtungsanspruch in Bezug auf die Bilder bestanden hätte. Allerdings war die Gewinnung der Fotos rechtmäßig. Ein Beseitigungsanspruch gem. §§ 823 I, 1004 I BGB wird bejaht, wenn bereits durch die Anfertigung von Fotos das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Abgebildeten verletzt wurde, der Besitz an den Fotos Folge dieses Eingriffstatbestandes ist und durch ihn der durch den Eingriff hervorgerufene Störungszustand aufrechterhalten wird (vgl. OLG München, NJW-RR 1996, 93, 95). Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass im Interesse der Pressefreiheit, die nur bei möglichst umfassender Informationsbeschaffung gewährleistet ist, die Art und Weise der Beschaffung von Fotos nur ausnahmsweise als rechtswidrig angesehen werden kann (vgl. KG, AfP 2008, 199, 201 f. m.w.N.; Wenzel/von Strobl-Albeg, aaO, Kap. 7 Rn. 25). Zudem ist zu bedenken, dass ein Anspruch auf Vernichtung oder Herausgabe in das unter dem Schutz von Art. 5 I 2 GG stehende Recht der Presse auf Vorhaltung eines Pressearchivs eingreift und verfassungsrechtlich allenfalls dann unbedenklich sein kann, wenn die Verbreitung des Bildmaterials zeitlich unbegrenzt unzulässig ist. Da hier aus besonderem Anlass ein gesteigertes Informationsbedürfnis der Bevölkerung bestand, war wie obig ausgeführt zugunsten der Bekl. zu befinden.

#### **Vertiefungshinweise:**

Zum Unterlassungsanspruch: *Gercke*, JuS 2007, 834; *Lettl*, JuS 2005, 871; *Neuner*, JuS 2005, 487

Zur Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts: *Kienle*, JuS 2006, 418; *BGH*, NJW 2006, 605; *Emmerich*, JuS 2006, 458; *Spickhoff*, NJW 2005, 1982; *Hombrecher*, Jura 2004, 549

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Wurzel-Fall"

*Examenskurs*: "Ewiges Gedenken"

#### **Leitsätze:**

**a) Im Zusammenhang mit der Presseberichterstattung über ein bedeutendes politisches Ereignis (hier: Abwahl einer Ministerpräsidentin) kann die ohne Einwilligung erfolgende Veröffentlichung von Fotos, die die betroffene Politikerin bei nachfolgender privater Betätigung zeigen (hier: Einkäufe), durch das Informationsinteresse der Allgemeinheit gerechtfertigt sein.**

**b) Die Tatsache, dass nach einem solchen Ereignis das Verhalten der Fotoreporter zu einer gewissen Belästigung der Politikerin geführt hat, rechtfertigt nicht ohne Weiteres Ansprüche auf Auskunft darüber, welche Fotos gefertigt und dem beklagten Presseorgan überlassen wurden, und auf Herausgabe oder Vernichtung der vorhandenen Fotos.**

#### **Sachverhalt:**

[1] Die Kl. schied am 27.04.2005 aus dem Amt der Ministerpräsidentin von Schleswig-Holstein aus. In der Folge wurden in der von der Bekl. herausgegebenen "Bild"-Zeitung drei Fotos veröffentlicht, mit denen der Artikel vom 28.04.2005 "Danach ging Heide erst mal shoppen" illustriert war. Die Fotos zeigen die Kl. bei privaten Einkäufen im Anschluss an ihr Ausscheiden aus dem Amt der Ministerpräsidentin. Der Artikel befindet sich unmittelbar anschließend an die Berichterstattung über die politischen Ereignisse in Kiel am 27.04.2005.

[2] Die Bekl. ließ auch am Folgetag Fotografen vor dem Haus der Kl. warten und hinter ihr herfahren. Die Kl. beanstandet die Veröffentlichung der Fotos, ferner dass sie am 27.04.2005 und am Folgetag von Reportern der Bekl. verfolgt und fotografiert worden sei. Sie hält die Fertigung der Fotos an beiden Tagen für rechtswidrig.

Auf die Klage hat das Landgericht Berlin die Bekl. zur Unterlassung der Bildveröffentlichung verurteilt. Es hat sie ferner verurteilt, darüber Auskunft zu erteilen, welche Bildnisse der Kl. sie in Besitz hat, die sie aufgrund der Beobachtung der Klägerin am 27. und 28.04.2005 von drei Fotografen erhalten und in Besitz hat. Schließlich hat das Landgericht die Bekl. verurteilt, die Kl. von Anwaltskosten in Höhe von 2.219,90 € für die Rechtsverfolgung freizustellen.

[3] Auf die Berufung der Bekl. hat das Kammergericht die Unterlassungsklage abgewiesen. Der Auskunfts- und Zahlungsklage hat es nur teilweise stattgegeben. Es hat die Bekl. verurteilt, der Kl. Auskunft zu erteilen, welche Bildnisse sie von der Kl. in Besitz hat, die sie auf Grund der von der Bekl. erteilten Aufträge, die Kl. zu beobachten und zu fotografieren, am 28.04.2005 durch drei namentlich genannte Fotografen erhalten hat, ferner dazu, die Kl. von der Inanspruch-

nahme durch ihre Rechtsanwälte in Höhe von 800,79 € freizustellen. Die weiter gehende Klage hat es abgewiesen.

[4] Das Berufungsgericht hat die Revision zugelassen, welche beide Parteien eingelegt haben.

### **Aus den Gründen:**

[5] Das Berufungsgericht, dessen Urteil in AfP 2006, 369 veröffentlicht ist, hat ausgeführt:

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

Die Kl. habe keinen Anspruch darauf, dass die Bekl. die Fotos von den Einkäufen am 27.04.2005 nicht mehr verbreite. Die Fotos stellten Bildnisse aus dem Bereich der Zeitgeschichte im Sinne von § 23 I Nr. 1 KUG dar. Die Kl. sei seinerzeit als absolute Person der Zeitgeschichte anzusehen gewesen. Zum einen habe sie als langjährige Ministerpräsidentin eines Bundeslandes bis zu diesem Tage eine herausragende Stellung in der deutschen Politik eingenommen und damit auch eine Leitfigur dargestellt, zumal sie ein solches Amt als bislang einzige Frau in der Bundesrepublik Deutschland inne gehabt habe. Dieser Rang habe nicht etwa mit der Stunde des Amtsverlustes geendet. Zum anderen sei es von zeitgeschichtlicher Bedeutung, wie ein hochrangiger Politiker aus seinem Amt scheide.

[6] Im Rahmen der gebotenen Abwägung gemäß § 23 II KUG sei zwar ein gewisses Anonymitätsinteresse der Kl. zu berücksichtigen. Auch habe das Verhalten der Reporter für die Kl. eine nicht unerhebliche Belästigung dargestellt. Gleichwohl müssten die Belange der Kl. hier zurücktreten. Die streitgegenständlichen Fotos, welche die Kl. vor einer Salat-Theke, in einem Bekleidungsgeschäft neben Kleiderständen bzw. vor dem Schaufenster eines Schuhgeschäftes zeigten, seien unverfänglich und in einem frequentierten Einkaufszentrum aufgenommen.

[7] Ferner habe die Kl. während ihrer Amtszeit einzelne Einblicke in ihr Privatleben gestattet und sich u.a. beim Einkaufen auf Flohmärkten - wenn auch nicht von Lebensmitteln oder Kleidung - fotografieren lassen. Vor allem müssten sich Inhaber eines öffentlichen Amtes auch nach den Maßstäben des EGMR eine Beobachtung im Alltagsleben eher gefallen lassen. Bei einer Person in führender politischer Position könne ein Bericht über das private Verhalten durchaus einen Beitrag zu einer Debatte von allgemeinem Interesse leisten. Die fraglichen Fotos seien an eben dem Tag gefertigt worden, als die Kl. nach rund 12 Jahren im Amt der Ministerpräsidentin abgelöst wurde, was nach der Landtagswahl vom 20.02.2005 und nach den für die Kl. erfolglosen vier Wahlgängen in der Landtags-sitzung vom 17.03.2005 allgemein große Beachtung gefunden habe. Auch habe die Kl. ihre Betroffenheit über die Vorgänge deutlich zum Ausdruck gebracht. Vor diesem Hintergrund sei ein erhebliches Interesse

der Öffentlichkeit an dem Verhalten der Kl. unmittelbar nach ihrem Amtsverlust anzuerkennen und es habe Bezug zur politischen Debatte, wie sich die bisherige Regierungschefin in dieser Situation präsentiert habe.

[8] Die Bekl. sei indes zu Recht zur Auskunft über ihren Besitz an Bildnissen der Kl. verurteilt worden, soweit es um Fotos vom 28.04.2005 gehe. Die Fortsetzung der Observation habe das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Kl. verletzt, so dass die Aufnahmen von diesem Tage im Sinne von § 37 KUG widerrechtlich hergestellt worden seien. Zum einen könne die Bekl. kein vergleichbares Berichterstattungsinteresse an den privaten Aktivitäten der Kl. wie am Tage des Abschiedes aus dem Amt für sich reklamieren. Zum anderen habe sich die Bekl. über mittlerweile umfänglichen Protest der Kl. hinweg gesetzt.

[9] Der Auskunftsanspruch folge aus § 242 BGB, weil die Kl. naturgemäß in Unkenntnis über das Fotomaterial der Bekl. sei und gemäß § 37 I KUG Vernichtung der Aufnahmen verlangen könne bzw. - wie in ihrer Stufenklage geschehen - eine ersatzlose Herausgabe zur Wahl stellen dürfe.

[10] Der Anspruch auf Freistellung von Rechtsanwaltskosten sei nur teilweise begründet, weil für das Abmahnschreiben vom 28.04.2005 und das Abschluss-schreiben vom 08.06.2005 nur eine einheitliche Geschäftsgebühr (VV Ziffer 2400 RVG) entstanden sei.

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

Die dagegen gerichteten Revisionen bleiben weitgehend ohne Erfolg.

##### *A. Revision zum Unterlassungsanspruch*

[11] Revision der Kl. zum Unterlassungsanspruch

[12] Ohne Rechtsfehler nimmt das Berufungsgericht an, dass der Kl. kein Unterlassungsanspruch hinsichtlich der am 27.04.2005 gefertigten Fotos zusteht.

##### *1. Beurteilung der Zulässigkeit nach dem abgestuften Schutzkonzept gem. §§ 22, 23 KUG*

[13] Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats ist die Zulässigkeit von Bildveröffentlichungen durch die Presse nach dem abgestuften Schutzkonzept der §§ 22, 23 KUG zu beurteilen (vgl. Senatsurteile vom 19.10.2004 - VI ZR 292/03 - VersR 2005, 84 ff.; vom 15.11.2005 - VI ZR 286/04 - VersR 2006, 274 f.; vom 06.03.2007 - VI ZR 13/06 - VersR 2007, 697 ff.; vom 06.03.2007 - VI ZR 51/06 - VersR 2007, 957; vom 19.06.2007 - VI ZR 12/06 - VersR 2007, 1135 ff.; vom 03.07.2007 - VI ZR 164/06 - VersR 2007, 1283 ff.), das sowohl verfassungsrechtlichen Vorgaben (vgl. BVerfGE 101, 361 ff.; BVerfG, NJW 2001, 1921, 1923 ff.; 2006, 2835 f.; 2836 ff.; AfP 2008, 163 ff.) als auch der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (vgl. EGMR, NJW 2004, 2647 ff. - von Hannover gegen Deutschland und NJW 2006, 591 ff. - Karhuvaara und Iltalehti gegen Finn-

land) entspricht. Danach besteht eine Ausnahme von dem grundsätzlichen Einwilligungserfordernis des § 22 KUG bei Bildnissen aus dem Bereich der Zeitgeschichte (§ 23 I Nr. 1 KUG), wobei die Verbreitung eines Bildnisses allerdings unzulässig ist, wenn dadurch berechnigte Interessen des Abgebildeten verletzt werden (§ 23 II KUG).

[14] Maßgebend für die Frage, ob es sich um ein Bildnis aus dem Bereich der Zeitgeschichte handelt, ist der Begriff des Zeitgeschehens. Das betrifft vor allem auch Bilder von Personen, deren Abbildung wegen ihres zeitgeschichtlichen Bezugs als bedeutsam anzusehen ist, so dass von daher ein durch ein echtes Informationsbedürfnis gerechtfertigtes Interesse der Allgemeinheit an einer bildlichen Darstellung zu bejahen ist. Zu diesem Personenkreis können insbesondere Monarchen, Staatsoberhäupter sowie herausragende Politiker gehören (Senatsurteile BGHZ 131, 332, 336; 158, 218, 220, m.w.N.). Allerdings verbietet sich eine schematische Einordnung; die Beurteilung der Frage, ob ein Bildnis einer Person unabhängig von einem bestimmten zeitgeschichtlichen Ereignis einwilligungsfrei veröffentlicht werden darf, erfordert vielmehr stets eine einzelfallbezogene Abwägung zwischen dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit und den berechtigten Interessen der abgebildeten Person (Senatsurteile BGHZ 158, 218, 220; vom 19.06.2007 - VI ZR 12/06 - aaO, S. 1136 f.; vom 03.07.2007 - VI ZR 164/06 - aaO, S. 1284; BVerfGE 101, 361, 392; BVerfG, NJW 2001, 1921, 1922, jeweils m.w.N.).

[15] Der Begriff des Zeitgeschehens darf nicht zu eng verstanden werden. Im Hinblick auf den Informationsbedarf der Öffentlichkeit umfasst er nicht nur Vorgänge von historisch-politischer Bedeutung, sondern ganz allgemein das Zeitgeschehen, also alle Fragen von allgemeinem gesellschaftlichem Interesse. Er wird mithin vom Interesse der Öffentlichkeit bestimmt.

[16] Zum Kern der Presse- und der Meinungsbildungsfreiheit gehört es, dass die Presse innerhalb der gesetzlichen Grenzen einen ausreichenden Spielraum besitzt, in dem sie nach ihren publizistischen Kriterien entscheiden kann, was öffentliches Interesse beansprucht, und dass sich im Meinungsbildungsprozess herausstellt, was eine Angelegenheit von öffentlichem Interesse ist, wobei unterhaltende Beiträge davon nicht ausgenommen sind (vgl. BVerfGE 101, 361, 389 ff.; BVerfG, AfP 2008, 163, 166 f. Nr. 61 ff.; Senatsurteile vom 19.06.2007 - VI ZR 12/06 - aaO; vom 03.07.2007 - VI ZR 164/06 - aaO, jeweils m.w.N.). Allerdings ist nicht mit jedweder visuellen Darstellung aus dem Privat- und Alltagsleben prominenter Personen ein Beitrag zur Meinungsbildung verbunden, der es für sich allein rechtfertigt, die Belange des Persönlichkeitsschutzes zurückzustellen. Die Presse darf deshalb keinen schrankenlosen Zugriff auf Bilder von Personen mit zeitgeschichtlicher Bedeutung nehmen, vielmehr sind Bildveröffentlichungen nur insoweit ge-

rechtfertigt, als dem Publikum sonst Möglichkeiten der Meinungsbildung vorenthalten werden (vgl. BVerfGE 101, 361, 393; BVerfG, AfP 2008, 163, 168 Nr. 73).

[17] Für Personen des politischen Lebens ist ein gesteigertes Informationsinteresse des Publikums unter dem Gesichtspunkt demokratischer Transparenz und Kontrolle stets als legitim anerkannt worden. Sie stehen in besonderem Maße für bestimmte Wertvorstellungen und Lebenshaltungen, bieten vielen Menschen Orientierung bei eigenen Lebensentwürfen, werden zu Kristallisationspunkten für Zustimmung oder Ablehnung und erfüllen Leitbild- oder Kontrastfunktionen. Der Kreis berechtigter Informationsinteressen der Öffentlichkeit ist gerade bei Politikern nicht auf skandalöse, sittlich oder rechtlich zu beanstandende Verhaltensweisen begrenzt, vielmehr dürfen auch die Normalität des Alltagslebens oder in keiner Weise anstößige Handlungsweisen der Öffentlichkeit vor Augen geführt werden, wenn dies der Meinungsbildung zu Fragen von allgemeinem Interesse dienen kann. Es würde die Pressefreiheit in einer mit Art. 5 I GG unvereinbaren Weise einengen, bliebe die Lebensführung dieses Personenkreises einer Berichterstattung außerhalb der von ihnen ausgeübten Funktionen grundsätzlich entzogen (vgl. BVerfGE 101, 361, 390 f.; BVerfG, AfP 2008, 163, 166 f. Nr. 60, 64).

[18] Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte erkennt ein gesteigertes Informationsinteresse der Öffentlichkeit hinsichtlich politischer Akteure an, wobei nicht nur die Amtsführung, sondern unter besonderen Umständen auch Aspekte des Privatlebens betroffen sein können (vgl. EGMR, Urteil vom 24.06.2004, NJW 2004, 2647, 2650 Nr. 64). Er unterscheidet zwischen Politikern ("politicians/personnes politiques") und sonstigen im öffentlichen Leben oder im Blickpunkt der Öffentlichkeit stehenden Personen ("public figures/personnes publiques") sowie der gewöhnlichen Privatperson ("ordinary person/personne ordinaire"), wobei einer Berichterstattung über gewöhnliche Bürger engere Grenzen als in Bezug auf den Kreis sonstiger Personen des öffentlichen Lebens gezogen seien und der Schutz der Politiker am schwächsten sei (vgl. EGMR, - 2. Sektion -, Urteil vom 17.10.2006, Beschwerde-Nr. 71678/01, Gourguenidze gegen Georgien, § 59). Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs besteht ohnehin nur wenig Spielraum, die Gewährleistung des Art. 10 I EMRK zurücktreten zu lassen, falls eine Medienberichterstattung einen Bezug zu einer Sachdebatte von allgemeinem Interesse aufweist (vgl. EGMR, - Große Kammer -, Urteil vom 22.10.2007, Beschwerde-Nr. 21279/02 u.a., Lindon u.a. gegen Frankreich, § 45; EGMR, NJW 2006, 1645, 1647 Nr. 68 f. - Pedersen und Baadsgaard gegen Dänemark). Dabei genügt es, wenn von der Berichterstattung politische oder sonst bedeutsame Fragen jedenfalls in gewissem Umfang behandelt werden (vgl. EGMR, NJW 2006, 591, 593 Nr. 45 - Karhuvaa-

ra und Iltalehti gegen Finnland).

## 2. Abwägung des Berufungsgerichts hält der Kontrolle stand

[19] Gemessen daran ist die Abwägung, die das Berufungsgericht hinsichtlich der am 27.04.2005 gefertigten Fotos vorgenommen hat, nicht zu beanstanden.

### a. Öffentliches Interesse auch begründet, obwohl die Kl. ihr Amt verloren hatte

[20] Es stellt zutreffend darauf ab, dass die fraglichen Fotos, welche die Kl. in einer unverfänglichen Situation in einem frequentierten Einkaufszentrum zeigen, an dem Tag gefertigt wurden, als die Kl. nach rund zwölfjähriger Amtszeit als Ministerpräsidentin abgelöst wurde und dass nach der Landtagswahl vom 20.02.2005 die Landtagssitzung vom 17.03.2005 mit den vier für die Kl. erfolglosen Wahlgängen in der Öffentlichkeit große Beachtung gefunden habe, dass ein erhebliches Interesse der Öffentlichkeit an dem Verhalten der Kl. unmittelbar nach ihrem Amtsverlust anzuerkennen sei und dass die Information darüber, wie sich die bisherige Regierungschefin in dieser Situation präsentierte, einen Bezug zur politischen Debatte gehabt habe.

Die Revision der Kl. erkennt selbst zutreffend, dass ein Interesse der Öffentlichkeit daran bestand, darüber informiert zu werden, wie die Kl. den Verlust ihrer Stellung als Ministerpräsidentin bewältigte und wie sie ihr Leben nach dem Abschied aus der Politik gestaltete. Von diesem Ausgangspunkt her ist die Annahme verfehlt, die Kl. habe von der Presse ab dem Zeitpunkt ihres Amtsverlusts wie jedwede Privatperson behandelt werden müssen. Sie blieb trotz des Amtsverlusts eine bedeutende Politikerin und das Verhalten solcher Personen muss auch nach einem Misserfolg wie etwa einem spektakulären Amtsverlust Gegenstand öffentlicher Diskussion sein können. Das Verhalten von Politikern in solchen Situationen, in denen sich Wut, Enttäuschung und Frustration manifestieren können, kann wertvolle Anhaltspunkte nicht nur für die Einschätzung der jeweiligen Person im Verlauf ihrer weiteren politischen Laufbahn, sondern auch für die Beurteilung des politischen Geschehens im Allgemeinen geben.

### b. Auch "bloße Unterhaltung" der Leser weist einen Bezug zur Meinungsbildung auf

[21] Der Ansicht der Revision, zu der Diskussion über diese gesellschafts-politisch bedeutsame Thematik hätten die am 27.04.2005 gefertigten Fotos nichts Wesentliches beitragen können, weil sie Momentaufnahmen darstellten, die lediglich die Neugier über das Privatleben der Klägerin und ihre Gefühlsverarbeitung hätten befriedigen sollen, kann nicht gefolgt werden. Sicherlich zielen derartige Bildaufnahmen darauf ab, die mediale Darstellung auch in gewisser Weise un-

terhaltend zu gestalten, wie es insbesondere auch dem hier betroffenen Presseorgan entspricht. Indes kann auch der "bloßen Unterhaltung" ein Bezug zur Meinungsbildung nicht von vornherein abgesprochen werden. Unterhaltung ist ein wesentlicher Bestandteil der Medienbetätigung, der am Schutz der Pressefreiheit teilhat (vgl. BVerfGE 35, 202, 222; 101, 361, 390; BVerfG, AfP 2008, 163, 166 f. Nr. 61 ff.; Senatsurteil vom 03.07.2007 - VI ZR 164/06 - aaO).

[22] Die Unterhaltsamkeit des Inhalts einer Berichterstattung oder seiner Aufmachung ist eine häufig wichtige Bedingung zur Gewinnung öffentlicher Aufmerksamkeit und damit gegebenenfalls auch zur Einwirkung auf die öffentliche Meinungsbildung. Dem würde eine Betrachtungsweise nicht gerecht, die das Interesse der Bürger an Unterhaltung stets nur als auf die Befriedigung von Wünschen nach Zerstreuung und Entspannung, nach Wirklichkeitsflucht und Ablenkung gerichtet ansieht. Vielmehr kann Unterhaltung auch Realitätsbilder vermitteln und Gesprächsgegenstände zur Verfügung stellen, an die sich Diskussionsprozesse anschließen können, die sich auf Lebenseinstellungen, Werthaltungen und Verhaltensmuster beziehen, und damit wichtige gesellschaftliche Funktionen erfüllen. Unterhaltung in der Presse ist aus diesem Grund gemessen an dem Schutzziel der Pressefreiheit nicht unbeachtlich oder gar wertlos (BVerfG, aaO; vgl. auch EGMR, - 4. Sektion -, Urteil vom 13.12.2005, Beschwerde-Nr. 66298/01 u.a., Wirtschafts-Trend-Zeitschriften-Verlagsgesellschaft mbH gegen Österreich, § 49 f.).

[23] Dabei muss auf der Ebene des Politikbetriebs beachtet werden, dass heutzutage die professionalisierte Politikvermittlung auch seitens der politischen Akteure in großem Umfang durch unterhaltende Elemente geprägt ist.

[24] Zwar bedarf es auch vor diesem Hintergrund gerade bei unterhaltenden Inhalten der abwägenden Berücksichtigung der kollidierenden Rechtspositionen (BVerfG, AfP 2008, 163, 167 Nr. 65; Senatsurteil vom 03.07.07 - VI ZR 164/06 - aaO), doch darf dies nicht zu einer zu weitgehenden Einschränkung der Presseberichterstattung führen. Die politischen Akteure müssen sich am Maßstab ihrer Sphäre messen lassen und können sich, soweit ein Informationsinteresse der Öffentlichkeit besteht, der Berichterstattung der Presse nicht ohne Weiteres unter Berufung auf ihre Privatheit entziehen, wenn sie etwa auf Misserfolgserlebnisse in bestimmter Weise reagieren.

### c. Zusammenhang der Veröffentlichung mit der Abwahl besteht

[25] Dem wird die vom Berufungsgericht im Streitfall vorgenommene Abwägung gerecht. Dass die veröffentlichten Fotos im Kontext mit der - von der Kl. nicht beanstandeten - Wortberichterstattung (vgl. dazu etwa Senatsurteile BGHZ 158, 218, 223; vom 19.10.

2004 - VI ZR 292/03 - aaO; Senatsurteil vom 03.07.2007 - VI ZR 164/06 - aaO; BVerfG, AfP 2008, 163, 167 Nr. 68) über die Abwahl der Kl. und ihrem dem unmittelbar folgenden Verhalten stehen, zieht auch die Revision der Kl. nicht in Zweifel. Die Bilder zeigen die Kl. zudem in einer unverfänglichen Situation beim Einkaufen und betreffen keinesfalls den Kernbereich ihrer Privatsphäre (vgl. dazu Senatsurteil BGHZ 131, 332, 338; BVerfG, AfP 2008, 163, 169 Nr. 87, jeweils m.w.N.).

[26] Eine andere Beurteilung ist auch nicht deshalb geboten, weil - was das Berufungsgericht nicht erkennt - das von der Kl. behauptete Vorgehen der Bildreporter eine erhebliche Belästigung dargestellt hat. Zwar können für die Gewichtung der Belange des Persönlichkeitsschutzes auch die Umstände der Gewinnung der Abbildung, etwa durch beharrliche Nachstellung, bedeutsam sein (vgl. BVerfG, AfP 2008, 163, 167 Nr. 69; EGMR, Urteil vom 24.06.2004, aaO, S. 2650, Nr. 59, 68), doch ist es nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht unter den besonderen Umständen des Streitfalls angesichts der turbulenten, ein erhebliches Interesse der Öffentlichkeit verursachenden Ereignisse dem Berichterstattungsinteresse Vorrang vor dem Persönlichkeitsschutz der Kl. eingeräumt hat.

#### *B. Revision der Bekl.*

[27] Revision der Bekl.

[28] Die Revision der Bekl. hat Erfolg. Der Auffassung des Berufungsgerichts, die Bekl. sei zu Recht zur Auskunft über ihren Besitz an Bildnissen der Kl. verurteilt worden, soweit es um Fotos vom 28.04.2005 gehe, kann nicht gefolgt werden.

[29] Dabei kann davon ausgegangen werden, dass unter besonderen Umständen ein Auskunftsanspruch gegeben sein kann, wenn eine Rechtsverletzung vorliegt, die Auskunft zur Rechtsverfolgung erforderlich ist und vom Verletzer unschwer erteilt werden kann (vgl. Wenzel/Burkhardt, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 5. Aufl., Kap. 15 Rn. 7 zur Auskunft über den Verbreitungsumfang, m.w.N.). Unter den Umständen des vorliegenden Falls wäre freilich die Auskunft zur Rechtsverfolgung nur erforderlich, wenn der Kl. der geltend gemachte Anspruch auf Herausgabe bzw. Vernichtung der Bilder zustünde. Dies ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht der Fall.

#### *1. Voraussetzungen des Anspruch auf Herausgabe oder Vernichtung der Bilder*

[30] Die Voraussetzungen des vom Berufungsgericht zitierten § 37 I KUG liegen nicht vor. Die fraglichen Fotos sind nicht widerrechtlich verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt worden. Allerdings wird ein Beseitigungsanspruch aus §§ 823 I, 1004 I BGB bejaht, wenn bereits durch die Anfertigung von Fotos das

allgemeine Persönlichkeitsrecht des Abgebildeten verletzt wurde, der Besitz an den Fotos Folge dieses Eingriffstatbestandes ist und durch ihn der durch den Eingriff hervorgerufene Störungszustand aufrechterhalten wird (vgl. OLG München, NJW-RR 1996, 93, 95; OLG Stuttgart, NJW-RR 1987, 1434, 1435; Wenzel/von Strobl-Albeg, aaO, Kap. 9 Rn. 4 m.w.N.).

[31] Dabei ist allerdings, soweit es, wie im vorliegenden Fall, um Pressefotos geht, in Betracht zu ziehen, dass im Interesse der Pressefreiheit, die nur bei möglichst umfassender Informationsbeschaffung gewährleistet ist, die Art und Weise der Beschaffung von Fotos nur ausnahmsweise als rechtswidrig angesehen werden kann (vgl. KG, AfP 2008, 199, 201 f. m.w.N.; Wenzel/von Strobl-Albeg, aaO, Kap. 7 Rn. 25). Ferner ist zu bedenken, dass ein Anspruch auf Vernichtung oder Herausgabe in das unter dem Schutz von Art. 5 I 2 GG stehende Recht der Presse auf Vorhaltung eines Pressearchivs eingreift und verfassungsrechtlich allenfalls dann unbedenklich sein kann, wenn die Verbreitung des Bildmaterials zeitlich unbegrenzt unzulässig ist (vgl. Wenzel/von Strobl-Albeg, aaO, Kap. 9 Rn. 5).

#### *2. Kein Anspruch gegeben*

Nach diesen Maßstäben besteht der von der Kl. geltend gemachte Anspruch nicht.

#### *a. Anfertigung der Fotos war rechtmäßig*

[32] Die Anfertigung der Fotos am 28.04.2005 war nicht rechtswidrig. Die Revision der Bekl. weist zutreffend darauf hin, dass das Informationsinteresse der Öffentlichkeit daran, wie die Kl. den Amtsverlust verarbeitete, ebenso wie am Vortag bestand, so dass dem Persönlichkeitsschutz der Kl. kein Vorrang vor dem Berichterstattungsinteresse der Bekl. zukam. Insofern kann auf die Ausführungen oben zu A Bezug genommen werden. Das dort bejahte Informationsinteresse war nicht über Nacht abgeklungen, sondern bestand fort.

[33] Auch für den 28.04.2005 geben die Umstände, unter denen die Fotos gefertigt wurden, keinen Anlass, dem Persönlichkeitsschutz Vorrang vor dem Berichterstattungsinteresse zu geben. Die Nachstellung durch die Reporter der Bekl. mag für die Kl. in der gegebenen Situation besonders lästig gewesen sein, zumal sich nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Bekl. damit über mittlerweile umfänglichen Protest der Kl. hinweg setzte. All das rechtfertigt es indes nicht, bereits die Anfertigung der Fotos als rechtswidrig anzusehen.

[34] Wie oben bereits ausgeführt, muss sich ein Politiker am Maßstab seiner Sphäre messen lassen und kann sich deshalb einer dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit Rechnung tragenden Berichterstattung und also auch der diese vorbereitende (Foto-) Recherche nicht ohne Weiteres unter Berufung auf seine Privatsphäre entziehen. Zwar erfordert das Informationsin-

teresse nicht, dass sich ein Politiker, nachdem über die auslösenden Ereignisse bereits umfangreich berichtet worden ist, gegen seinen erklärten Willen Dauerverfolgungen und Dauerbelästigungen durch Fotoreporter aussetzen lassen muss. Die Presseberichterstattung wird nicht unverhältnismäßig beeinträchtigt, wenn sie sich unter besonderen Umständen zeitweise auf eine Wortberichterstattung beschränken muss. Jedoch ist hier die Grenze, jenseits der die Berichterstattung trotz des fortbestehenden Informationsinteresses eingeschränkt werden muss, durch das von der Kl. vorgetragene gerade einmal zwei Tage andauernde Verhalten der Reporter der Bekl. nicht überschritten.

[35] Das Berufungsgericht stellt insoweit lediglich fest, obwohl die Kl. am frühen Abend des 27.04.2005 gemeinsam mit der stellvertretenden Regierungssprecherin von einem der Fotografen verlangt habe, ihr nicht mehr zu folgen, und die Regierungssprecherin diese Aufforderung am 28.04.2005 gegenüber einem Foto-Redakteur und telefonisch gegenüber einem Redakteur der Bekl. wiederholt habe, sei auch nach Darstellung der Bekl. von ihren Mitarbeitern kein Ende der Beschattungsaktion in Aussicht gestellt worden. Das reicht nicht aus, um die Fertigung der Fotos als rechtswidrig anzusehen.

#### *b. Bildveröffentlichung war gleichfalls zulässig*

[36] Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass eine Veröffentlichung der Bilder unter keinen Umständen zulässig wäre. Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats kann die Veröffentlichung eines bestimmten Bildes nicht generell verboten werden; denn die Veröffentlichung könnte sich in einem bestimmten Kontext als zulässig erweisen (vgl. Senatsurteile BGHZ 158, 218, 225 und BGHZ 174, 262 ff. = VersR 2008, 552 f.). Für die Zulässigkeit einer Bildveröffentlichung bedarf es in jedem Einzelfall einer Abwägung zwischen dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit und dem Interesse des Abgebildeten an dem Schutz seiner Privatsphäre, wobei die begleitende Wortberichterstattung eine wesentliche Rolle spielen kann. Eine solche Interessenabwägung kann jedoch nicht in Bezug auf Bilder vorgenommen werden, die noch gar nicht bekannt sind und bei denen insbesondere offen bleibt, in welchem Kontext sie veröffentlicht werden (vgl. Senatsurteil BGHZ 174, 262 ff. aaO).

[37] Im vorliegenden Fall erscheint es nicht von vorn-

herein ausgeschlossen, dass die Fotos vom Tag nach der Abwahl der Kl. - ungeachtet der für die Kl. unangenehmen Art der Beschaffung - in einem geeigneten Kontext zulässigerweise veröffentlicht werden können. Die Kl. macht selbst nicht geltend, dass es sich etwa um Fotos aus dem Bereich der Intimsphäre handele, deren rechtmäßige Veröffentlichung in jedem Fall ausgeschlossen ist.

#### *3. Folgen für den Klageerfolg*

[38] Die Auskunftsklage muss deshalb abgewiesen werden. Der erkennende Senat hat darüber hinaus die Klage hinsichtlich des Klageantrags zu 2 (Stufenklage) insgesamt abgewiesen.

[39] Ein Anspruch auf Abgabe der Versicherung an Eides Statt (2. Stufe) scheidet mangels eines Auskunftsanspruchs aus. Ein Anspruch auf Herausgabe oder Vernichtung der Fotos (3. Stufe) besteht nach den vorstehenden Ausführungen nicht. Eine Rückgabe der Sache an das Landgericht zur Entscheidung über die beiden unerledigten Stufen wäre deshalb eine bloße Förmerei, so dass das Rechtsmittelgericht die Klage in vollem Umfang abweisen kann (vgl. BGHZ 94, 268, 275; Zöller/Greger, ZPO, 26. Aufl., § 254 Rn. 14).

#### *C. Revision zum Freistellungsanspruch*

[40] Revisionen der Kl. und der Bekl. zum Freistellungsanspruch

Da der Kl. weder der geltend gemachte Unterlassungsanspruch noch die mit der Stufenklage geltend gemachten Ansprüche zustehen, besteht auch kein Anspruch auf Freistellung von den Anwaltskosten. Auch insoweit ist die Klage abzuweisen. Insoweit hat lediglich die Revision der Beklagten Erfolg.

[41] Auf die Frage, ob das Berufungsgericht den Anspruch auf Erstattung der Anwaltskosten deswegen nur teilweise für begründet halten durfte, weil für das Abmahnschreiben vom 28.04.2005 und das Abschlusschreiben vom 08.06.2005 eine einheitliche Geschäftsgebühr (VV Ziffer 2400 RVG) entstanden sei, kommt es demnach nicht an. Insoweit sei zur Rechtslage deshalb lediglich auf das Senatsurteil vom 04.03.2008 (VI ZR 176/07 - AfP 2008, 192 f., m.w.N.) verwiesen.

#### *III. Nebenentscheidung*

[42] Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91 I, 97 I ZPO.

**Standort: Deliktsrecht****Problem: Haftung von Eltern/Helmpflicht**

OLG CELLE, URTEIL VOM 11.06.2008  
14 U 179/07 (NJW 2008, 2353)

**Problemdarstellung:**

Die Parteien streiten über den Innenregress aus der Haftung als Gesamtschuldner. Die Parteien sind Beteiligte eines Verkehrsunfallgeschehens, bei dem das Kind P erhebliche Verletzungen erlitt. P befand sich im Kindersitz, welcher fachgerecht am Rad des Bekl. befestigt war. Die Kindsmutter ist Streithelferin der Kl., und befand sich zur Zeit des Unfallgeschehens gleichfalls auf dem Rad nahe dem Bekl. Der Bekl. versuchte, mit dem Rad die Straßenbahnschienen kurz vor dem herannahenden Zug zu überqueren. Dabei kam es zur Kollision mit der Straßenbahn, deren Betreiberin die Kl. ist. Bei dem Sturz zog sich P erhebliche Kopfverletzungen zu, die jedenfalls dadurch begünstigt wurden, dass P keinen Fahrradhelm trug.

Das LG hat der Klage stattgegeben. Hiergegen richtet sich die Berufung der Nebenintervenientin (Haftpflichtversicherung des Bekl.), die die Auffassung vertritt, die Kl. hafte für die Folgen des Verkehrsunfalls jedenfalls aus der Betriebsgefahr der am Unfall beteiligten Straßenbahn. Der Unfall sei nämlich für den Führer der Straßenbahn kein unabwendbares Ereignis gewesen. Die zulässige Berufung der Nebenintervenientin hat keinen Erfolg.

**Prüfungsrelevanz:**

Die vorliegende Entscheidung befasst sich mit dem Regress zwischen Gesamtschuldnern, die aus einem einheitlichen Verkehrsunfallgeschehen haften.

Die Kl. hat gegenüber dem Bekl. gem. § 426 I, II BGB i.V.m. § 13 HaftPflG einen Anspruch auf vollständigen Ausgleich für diejenigen Zahlungen, die sie gegenüber dem geschädigten P erbracht hat und künftig noch erbringen wird. Insoweit teilte das erkennende Gericht die Rechtsauffassung des Landgerichts. Die Haftung der Kl. ergibt sich aus § 1 I HaftPflG. Demnach haftet der Betriebsunternehmer dem Geschädigten aus reiner Gefährdungshaftung, wenn beim Betrieb einer Schienenbahn ein Mensch getötet, der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt wird. Die Haftung des Bekl. ergab sich aus § 823 I BGB sowie aus § 823 II BGB i.V.m. § 230 StGB. Grundsätzlich sind Gesamtschuldner im Verhältnis zueinander gem. § 426 I I BGB zu gleichen Teilen verpflichtet, wenn nichts anderes bestimmt ist. Vorliegend ist als Sonderbestimmung § 13 III HaftPflG zu berücksichtigen. Danach tritt eine Haftung des Betriebsunternehmers nicht ein, wenn der Unfall unabwendbar war. Genau ein solcher Umstand war hier gegeben. Der Fahrer der Straßenbahn war

selbst unter Anwendung der größtmöglichen Sorgfalt nicht in der Lage, den Sturz des Bekl. mit dem Rad zu verhindern. Zwar hatte der Fahrer - obschon der Bekl. das Licht am Rad nicht eingeschaltet hatte - die ihm entgegenkommenden Radfahrer gesehen. Aber auch ein besonders umsichtiger Fahrer hatte keine Veranlassung anzunehmen, dass der Bekl. mit dem Rad samt Kind im Kindersitz noch vor der herannahenden Bahn die Schienen überqueren wollte. Der Fahrer durfte in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung auf das verkehrsgerechte Verhalten des Bekl. und seinen Durchfahrtsvorrang gem. § 2 III StVO vertrauen (OLG Hamburg, NJW-RR 2005, 817).

Die Kl. hatte sich unter anderen damit verteidigt, dass P sich das Mitverschulden seiner Mutter anspruchskürzend entgegenhalten lassen müsse, weil die Voraussetzungen der gestörten Gesamtschuld vorlägen. Der BGH hat in st. Rechtsprechung (vgl. nur BGHZ 103, 338 = NJW 1988, 2667) ausgeführt, das gesetzliche Haftungsprivileg des § 1664 I BGB, nach dem Eltern bei der Ausübung der elterlichen Sorge nur für die Sorgfalt einzustehen haben, die sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen, führe dazu, dass bereits die tragenden Voraussetzungen Gesamtschuldverhältnisses nach § 840 I BGB fehlten, das „gestört“ werden könne (BGHZ 103, 338 = NJW 1988, 2667). Ein Schädiger kann einen Mitverursacher des Schadens nur dann an der Haftung beteiligen, wenn und soweit dieser den Schaden zurechenbar „mitgesetzt“ habe. Dazu müsste ein Haftung des Privilegierten ohne Berücksichtigung des Haftungsausschlusses zu bejahen sein. Hier war bereits eine Haftung der Kindsmutter zu verneinen, so dass es auf eine Haftungsfreistellung gem. §§ 1664 I, 277 BGB gar nicht mehr ankam. Es fehlt an der Zurechenbarkeit eines etwaigen Fehlverhaltens eines Elternteils, sofern die Pflichtverletzung nicht über die eigenübliche Sorgfalt hinausgeht oder sich als grob fahrlässig darstellt (BGHZ 103, 338 = NJW 1988, 2667; OLG Hamm, Urt. v. 29.10.2007 - 6 U 34/07, BeckRS 2008, 04468 Rdnr. 10; OLG Saarbrücken, NZV 2002, 511). Der Streithelferin der Kl. ist nicht vorzuwerfen, anlässlich der Unfallfahrt nicht die eigenübliche Sorgfalt angewendet oder grob fahrlässig ihre Obhutspflicht gegenüber ihrem Sohn P verletzt zu haben. Insbesondere war ihr nicht vorzuwerfen, dass sich das Kind in seinem Kindersitz befand, ohne einen Fahrradhelm zu tragen. Sicherlich ist der Schutz der Gesundheit des Kindes eine wesentliche Pflicht der Eltern im Rahmen ihrer Obhutspflicht gem. § 1626 BGB. Auch wird das Tragen von Schutzhelmen im Straßenverkehr empfohlen. Allerdings besteht keine Pflicht, einen Helm zu tragen. Zudem hat sich bisher noch keine allgemeine Überzeugung der Notwendigkeit des Tragens eines Helm zur Vermeidung



von Verletzungen herausgebildet (OLG Hamm, NJW-RR 2000, 1624). Folgerichtig führt das Nichttragen eines Helms nur ausnahmsweise zum Mitverschulden, so z.B. bei Radrennfahrern. Diese Ausnahmefälle zeichnen sich dadurch aus, dass der Geschädigte selbst als Radfahrer am Straßenverkehr teilnahm, so dass sich kein direkter Vergleich zu mittransportierten Kindern ziehen lässt. Dies führt dazu, dass der Streithelferin der Kl. kein Verursachungsbeitrag zur Last gelegt werden kann.

#### **Vertiefungshinweise:**

Zur Helmpflicht bei sportlichen Fahrradfahrer: *OLG Saarbrücken*, NJW-RR 2008, 266; *OLG Düsseldorf*, NJW 2007, 3075; *Heß/Burmann*, NJW-Spezial 2006, 500

Zur Entwicklung des Straßenverkehrsrechts allgemein: *Heß/Burmann*, NJW 2008, 808; *Heß/Burmann*, NJW 2007, 486

Zur Gefährdungshaftung, insb. der des Kraftfahrzeughalters: *Garbe/Hagedorn*, JuS 2004, 287; *Jaeger*, ZGS 2004, 217; *Vogel*, ZGS 2002, 400; *Mattis*, JA 1997, 45; 141; *Medicus*, Jura 1996; 561; *Groß*, VersR 1996, 657; *Schopp*, MDR 1990, 884

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Das verhängnisvolle Skateboard"

*Assessorkurs*: "Die Fahrt zum Fest"

#### **Leitsätze:**

**1. Liegen die Voraussetzungen des § 1664 I BGB vor, trifft also einen Elternteil weder der Vorwurf eines Verstoßes gegen die eigenübliche Sorgfalt noch des groben Verschuldens, fehlt es bereits an der Zurechenbarkeit eines etwaigen Fehlverhaltens und damit an einer Grundvoraussetzung für die Anwendbarkeit der Grundsätze über ein gestörtes Gesamtschuldverhältnis (BGHZ 103, 338 = NJW 1988, 2667).**

**2. Es ist nicht grob fahrlässig, wenn die Mutter eines bei einem Fahrradunfall verletzten fünfjährigen Kindes zugelassen hat, dass ihr Sohn ohne Fahrradhelm in einem Kindersitz transportiert wird.**

#### **Sachverhalt:**

Die Kl. begehrt Zahlungen von dem Bekl. im Innenausgleich aus einem Gesamtschuldverhältnis auf Grund eines Verkehrsunfalls vom 27.03.2003, bei dem der damals fünfjährige Sohn P der Streithelferin der Kl. erheblich verletzt wurde. Die Streithelferin und der Bekl. waren auf dem Fahrrad unterwegs. P befand sich im Kindersitz, welcher am Lenker des Fahrrades des Bekl. befestigt war. Der Kindersitz war mit zwei dafür vorgesehenen Runden in eine Halterung gesteckt,

die dafür an der Lenkerstange des Fahrrades befestigt war. Dies ist eine handelsübliche Befestigung derartiger Kindersitze und angesichts der Länge der Rundrohre auch nicht offensichtlich instabil. P trug während der Fahrradtour keinen Helm, wodurch die Schwere der Verletzungen begünstigt wurde.

Die Kl. ist Betreiberin der Straßenbahn. Der Bekl. fuhr mit seinem Rad auf die Bahnschienen, wobei es zur Kollision mit der Straßenbahn kam. Er befuhr die sog. Drängelgitter, um die Straßenbahnschienen überqueren. Obwohl das Rad durch den Kindersitz noch schwieriger zu lenken war, stieg der Bekl. nicht ab.

Das LG hat der Klage stattgegeben. Hiergegen richtet sich die Berufung der Nebenintervenientin (Haftpflichtversicherung des Bekl.), die die Auffassung vertritt, die Kl. hafte für die Folgen des Verkehrsunfalls jedenfalls aus der Betriebsgefahr der am Unfall beteiligten Straßenbahn. Der Unfall sei nämlich für den Führer der Straßenbahn kein unabwendbares Ereignis gewesen. Die zulässige Berufung der Nebenintervenientin hat keinen Erfolg.

#### **Aus den Gründen:**

Die Kl. kann von dem Bekl. gem. § 426 I und II BGB i.V. mit § 13 HaftPflG den vollständigen Ausgleich für diejenigen Zahlungen verlangen, die sie infolge des Verkehrsunfalls vom 27.03.2003 für den dabei verletzten, seinerzeit fünf Jahre alten P erbracht hat und noch erbringen wird. Daher ist auch dem diesbezüglichen Feststellungsbegehren zu Recht vom LG stattgegeben worden.

#### *1. Kein Verfahrensfehler ersichtlich*

Das landgerichtliche Verfahren leidet nicht an einem Verfahrensfehler. Aus den Akten ist eine Änderung der Rechtsauffassung des LG zu der Frage eines etwaigen Mitverschuldens der Streithelferin der Kl. wegen des Nichttragens eines Fahrradhelms seitens des verletzten Kindes nicht erkennbar. Nach dem unstreitigen Vorbringen der Kl. hat das LG diese Frage lediglich bei der Erörterung von Vergleichsmöglichkeiten angesprochen, jedoch als offen behandelt.

Unabhängig hiervon beruht das angefochtene Urteil nicht auf einem etwaigen diesbezüglichen Fehler des Verfahrens (s. unten unter 4 lit. a).

#### *2. Gesamtschuldnerische Haftung der Kl. und des Bekl. liegt vor*

Die Kl. und der Bekl. haften gegenüber der I., die auf sie übergegangene Ansprüche des Kindes P geltend macht, als Gesamtschuldner. Die Haftung der Kl. ergibt sich aus § 1 HaftPflG. Hierbei handelt es sich um eine reine Gefährdungshaftung (höhere Gewalt wird nicht geltend gemacht); die Haftung des Bekl. folgt aus § 823 I sowie aus § 823 II BGB i.V. mit § 230 StGB. Wegen fahrlässiger Körperverletzung ist der Bekl. auch in dem Verfahren ... vor dem AG schuldig

gesprochen und verwarnt worden unter gleichzeitiger Aufgabe der Ableistung von fünf Tagen Hilfsdienst.

### 3. *Regress der Gesamtschuldner gem. § 426 I BGB i.V.m. § 13 III HaftPflG*

Gesamtschuldner sind im Verhältnis zueinander jedoch nur dann zu gleichen Anteilen zum Ausgleich des Schadens verpflichtet, wenn nichts anderes bestimmt ist. Diese anderweitige Bestimmung ergibt sich im vorliegenden Fall aus § 13 III HaftPflG. Danach tritt eine Haftung nicht ein, wenn der Unfall unabwendbar war. Die Beweislast hierfür trifft die Kl.

#### a. *Fahrer der Straßenbahn konnte das Unfallgeschehen nicht vorhersehen*

Der Senat geht auf Grund der unstrittigen Umstände sowie namentlich des Ergebnisses des Strafverfahrens und der dort von der Streithelferin der Kl. gemachten Angaben bei ihrer Vernehmung vom 08.04.2003 davon aus, dass der Fahrer der Straßenbahn auch bei Anwendung größtmöglicher Sorgfalt und vorausschauender Fahrweise nicht in der Lage war, den Sturz des Bekl. mit seinem Fahrrad zu verhindern. Entgegen der Auffassung der Nebenintervenientin hatte der Fahrer der Straßenbahn keinen Anlass, vorsorglich die Geschwindigkeit seiner Bahn zu reduzieren oder zu bremsen, zumal nicht einmal feststeht, dass es überhaupt zu einer Berührung des Fahrrads und der Straßenbahn oder des verletzten Kindes mit dem Straßenbahnzug gekommen ist.

Der Straßenbahnfahrer S hat zwar nach eigenen Angaben die beiden Radfahrer ihm entgegenkommen sehen, hatte aber auch als besonders sorgfältiger und umsichtiger Fahrer keinen Grund anzunehmen, der Bekl. würde im Bereich der Drängelgitter die Straßenbahnschienen überqueren. Er durfte vielmehr auf ein verkehrsgerechtes Verhalten des Bekl. und seinen Durchfahrtsvorrang gem. § 2 III StVO vertrauen (OLG Hamburg, NJW-RR 2005, 817 = VRS 108, 193; OLG Düsseldorf, NZV 1994, 28). Dagegen sprechende Anhaltspunkte ergaben sich nicht aus dem Fahrverhalten der beiden Radfahrer (z.B. Handzeichen o.Ä.). Im Gegenteil hat die Streithelferin der Kl. in der genannten Aussage bei der Polizei selbst bekundet, sie sei geradeaus weitergefahren und der Meinung gewesen, dies würde auch der Bekl. tun oder aber jedenfalls anhalten. Sie hat außerdem ihrer Einschätzung Ausdruck gegeben, der Fahrer der Straßenbahn habe den Unfall nicht vermeiden können.

#### b. *Grobes Verschulden des Bekl. ist zu bejahen wegen Verstoßes gegen §§ 2 III, 9 III StVO*

Selbst wenn indes die Unabwendbarkeit des Unfalls nicht festzustellen wäre, so würde jedenfalls das grobe Verschulden des Bekl. am Zustandekommen des Unfalls zum völligen Zurücktreten der Betriebsgefahr der Straßenbahn führen (vgl. hierzu OLG Köln, NZV

2002, 369; OLG Nürnberg, NJW-RR 2002, 449). Der Bekl. hatte der ihm entgegenkommenden Straßenbahn gem. § 2 III sowie § 9 III StVO Vorrang einzuräumen. Das Verhalten des Bekl., der ebenso wie die Kindesmutter die entgegenkommende Straßenbahn bei gebotener Sorgfalt hätte wahrnehmen können und müssen, erweist sich als grob fahrlässig. Er durfte nicht versuchen, die Schienen vor der herannahenden Straßenbahn zu überqueren (vgl. hierzu auch AG Köln, NJW-RR 2003, 882), wobei im vorliegenden Fall noch erschwerend hinzukommt, dass er das Drängelgitter durchfuhr, ohne von seinem Fahrrad abzusteigen, obwohl er den später verletzten P in einem zwischen ihm (dem Bekl.) und dem Lenker seines Fahrrads befestigten Kindersitz transportierte, so dass die Wendigkeit seines Fahrrads zusätzlich eingeschränkt war.

#### 4. *Keine gestörte Gesamtschuld mangels Mitverursachungsbeitrags der Streithelferin (§ 1664 I BGB)*

Die Kl. konnte gegenüber den Ansprüchen der I. auch nicht den Einwand erheben, das verletzte Kind müsse sich ein Mitverschulden seiner Mutter am Zustandekommen des Unfalls bzw. an den Unfallfolgen zurechnen lassen, und musste dies dementsprechend auch nicht tun. Damit liegen die Voraussetzungen für die Anwendung der Grundsätze über ein gestörtes Gesamtschuldverhältnis nicht vor.

Der BGH hat in ständiger Rechtsprechung (vgl. nur BGHZ 103, 338 = NJW 1988, 2667) ausgeführt, das - im weiteren Sinne - gesetzliche Haftungsprivileg des § 1664 I BGB, nach dem Eltern bei der Ausübung der elterlichen Sorge nur für die Sorgfalt einzustehen haben, die sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen, führe dazu, dass bereits die tragenden Voraussetzungen eines Gesamtschuldverhältnisses nach § 840 I BGB fehlten, das „gestört“ werden könne (BGHZ 103, 338 = NJW 1988, 2667). Ein Schädiger könne einen Mitverursacher des Schadens nur dann an der Haftung beteiligen, wenn und soweit dieser den Schaden zurechenbar mitgesetzt habe. Nur wenn das Haftungsprivileg ihm den Mitschädiger trotz dessen grundsätzlicher haftungsrechtlicher Verantwortung als Ausgleichsschuldner nehme, sei es gerechtfertigt, eine die §§ 849, 426 BGB durchbrechende Belastung des Schädigers durch das Haftungsprivileg anzunehmen.

An dieser Voraussetzung mangelt es indes, denn beim Vorliegen der Voraussetzung für eine Haftungsfreistellung nach §§ 1664 I, 277 BGB fehlt es an der Zurechenbarkeit eines etwaigen Fehlverhaltens eines Elternteils, sofern die Pflichtverletzung nicht über die eigenübliche Sorgfalt hinausgeht oder sich als grob fahrlässig darstellt (BGHZ 103, 338 = NJW 1988, 2667; OLG Hamm, Urt. v. 29.10.2007 - 6 U 34/07, BeckRS 2008, 04468 Rdnr. 10; OLG Saarbrücken, NZV 2002, 511).

Der Streithelferin der Kl. ist jedenfalls nicht vorzuwerfen, anlässlich der Unfallfahrt nicht die eigenübliche

Sorgfalt angewendet oder grob fahrlässig ihre Obhutspflicht gegenüber ihrem Sohn P verletzt zu haben.

*a. Bekl. fuhr ohne Licht*

Soweit der Bekl. zum Unfallzeitpunkt ohne Licht fuhr, hat sich dieser Umstand ohnehin auf das Unfallgeschehen nicht ausgewirkt, denn der Fahrer der Straßenbahn S hat nach eigenem Bekunden die beiden Radfahrer rechtzeitig gesehen.

*b. Kind war nicht angeschnallt*

Auf ihre in erster Instanz aufgestellte Behauptung, das verletzte Kind sei in seinem Kindersitz nicht angeschnallt gewesen, ist die Nebenintervenientin im Berufungsverfahren nicht zurückgekommen. Derartige ergibt sich auch nicht aus den Strafakten.

*c. Lose Befestigung des Kindersitzes an der Lenkstange*

Ebenso wenig ist ein Mitverschuldensvorwurf herzuleiten aus der Behauptung der Nebenintervenientin, der Kindersitz, in dem P saß, sei an der Lenkerstange des Fahrrads des Bekl. nur lose befestigt gewesen. Zum einen ist dies ausweislich der Lichtbilder der Ermittlungsakten nur bedingt richtig. Der Kindersitz war mit zwei dafür vorgesehenen Rundeißen in eine Halterung gesteckt, die dafür an der Lenkerstange des Fahrrades befestigt war. Dies ist eine handelsübliche Befestigung derartiger Kindersitze und angesichts der Länge der Rundrohre auch nicht offensichtlich instabil.

Im Übrigen ist auch insoweit eine etwaige Ursächlichkeit hinsichtlich des Unfallgeschehens weder erkennbar noch von der Nebenintervenientin vorgetragen, denn der Kindersitz ist in seiner Halterung geblieben.

*d. Fehlender Fahrradhelm ist der Streithelferin der Kl. nicht vorzuwerfen*

Der Streithelferin der Kl. ist bei Anlegen der oben skizzierten Maßstäbe (eigenübliche Sorgfalt oder grobes Verschulden) nicht vorzuwerfen, dass ihr Sohn keinen Fahrradhelm trug. Ob die Streitverkündete selbst einen Helm beim Fahrradfahren zu tragen pflegte, ist unbekannt.

Der Senat hält es auch nicht für grob fahrlässig, ein Kind in einem Fahrradsitz ohne Fahrradhelm zu transportieren oder von Dritten mitnehmen zu lassen. Dabei wird nicht verkannt, dass der Schutz der Gesundheit des Kindes im Rahmen der elterlichen Obhutspflicht einen hohen Stellenwert besitzt. Auch wenn es allgemeine Empfehlungen zum Tragen eines Fahrradhelms durch Organisationen wie die Deutsche Verkehrswacht oder den ADAC gibt und die Eignung des Tragens von Schutzhelmen zur Vermeidung bestimmter Kopfverletzungen wissenschaftlich belegt ist, folgt der Senat gleichwohl in der Tendenz den Entscheidungen des OLG Hamm (NJW-RR 2000, 1624 = NZV 2001,

86) sowie OLG Düsseldorf (NJW-RR 2006, 1616 = NZV 2007, 38), die mit zutreffenden Erwägungen einen Mitverschuldensvorwurf wegen des Nichttragens eines Fahrradhelms verneinen. Dabei ist zwar nicht ausschließlich auf das Fehlen einer gesetzlichen Helmtragepflicht abzustellen. Trotz der vorgenannten Hinweise darauf, dass das Tragen eines Fahrradhelms zur Vermeidung insbesondere von Kopfverletzungen sinnvoll sei, ist indes nicht festzustellen, dass sich eine allgemeine Überzeugung von der Notwendigkeit eines solchen Eigenschutzes zur Vermeidung von Verletzungen herausgebildet hätte (vgl. OLG Hamm, NJW-RR 2000, 1624). In diesem Zusammenhang erlangt auch der Umstand Bedeutung, dass die Schaffung einer entsprechenden gesetzlichen Regelung nicht einmal ernsthaft diskutiert wird. Dementsprechend hat die Rechtsprechung bislang das Fahrradfahren ohne Helm nur in seltenen Ausnahmefällen zum Anlass genommen, einem Geschädigten überhaupt ein Mitverschulden anzulasten, nämlich zum Beispiel bei Rennfahrern oder in dem von der Nebenintervenientin angeführten Fall eines seinerzeit zehn Jahre alten Kindes (LG Krefeld, NJW 2006, 205). Diese wenigen Ausnahmefälle betrafen aber zusätzlich jeweils den Fahrradfahrer selbst, nicht hingegen mittransportierte Kinder. Insoweit liegen nach den Recherchen des Senats (auch unter Zuhilfenahme des Internets) keinerlei Umfrageergebnisse, Statistiken, amtliche oder nichtamtliche Erhebungen oder Ähnliches zum Vorhandensein eines allgemeinen entsprechenden Verkehrsbewusstseins vor.

Angesichts dieser Umstände kann einem Elternteil nicht der Vorwurf groben Verschuldens gemacht werden, wenn der Transport eines Kindes in einem Fahrradsitz ohne Helm gestattet wird.

*5. Zu hohes Gewicht des geschädigten Kindes für den Kindersitz*

Ein grobes Verschulden der Streithelferin der Kl. gegen die ihr obliegende elterliche Obhutspflicht ist schließlich nicht herzuleiten aus dem von der Nebenintervenientin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat neu vorgetragenen - von der Kl. bestrittenen - Umstand, der Verletzte P habe zum Unfallzeitpunkt 25,5 kg gewogen und deshalb gar nicht in dem an der Lenkstange befestigten Kindersitz transportiert werden dürfen.

Eine entsprechende gesetzliche Vorgabe existiert auch insoweit nicht. Weder § 21 StVO noch § 30 StVZO enthalten Regelungen zum Gewicht von Kindern, die in einem Kindersitz auf einem Fahrrad transportiert werden dürfen.

§ 21 III StVO schränkt lediglich die Mitnahmemöglichkeit dahin ein, dass das Kind unter sieben Jahren und der transportierende Fahrradfahrer über 16 Jahre alt sein müssen. Beide Voraussetzungen waren hier erfüllt.

Die Verordnung der Bundesministerin für Verkehr, Innovation und Technologie über Fahrräder, Fahrradanhänger und zugehörige Ausrüstungsgegenstände (Fahrradverordnung), in Kraft getreten am 01.05.2001, regelt in § 6 nicht das zulässige Gewicht eines Kindes. Auch der Anhang II zu dieser Verordnung enthält insoweit keine Vorgaben.

Dies gilt ebenso in Bezug auf die Richtlinien für die Beschaffenheit und Anbringung von Kindersitzen und Fußstützen an Fahrrädern und Fahrrädern mit Hilfsmotor mit einer durch die Bauart bestimmten Höchstgeschwindigkeit von nicht mehr als 25 km/h vom 03.11.1980 (VkB1. 1980, 788). Diese Richtlinien verweisen lediglich für die Hersteller von Kindersitzen darauf, ihren Erzeugnissen solle eine Gebrauchsanleitung beigegeben werden, aus der auch hervorgehe, ab und bis zu welcher Altersgrenze (Gewichts- und Körpergröße) die Sitze verwendbar sind. Hierzu sind entsprechend DIN-Normen ergangen, die sich indes ebenfalls an die Hersteller richten.

Nach alldem vermag der Senat auch insoweit nicht festzustellen, dass die Mutter des geschädigten Kindes

im vorliegenden Fall - selbst bei unterstellter Richtigkeit des Vorbringens der Nebenintervenientin in der mündlichen Verhandlung zum Gewicht des geschädigten Kindes - ein grobes Verschulden im Hinblick auf ihre Aufsichtspflicht trifft. Es ist nicht vorgetragen oder erkennbar, dass dem nach den Lichtbildern in der Strafsakte ersichtlich älteren Kindersitz, der im vorliegenden Fall Verwendung fand, überhaupt eine Gebrauchsanleitung beiliegen musste (der Zeitpunkt des Inverkehrbringens des Sitzes ist nicht bekannt) oder beilag, aus der sich eine Gewichtsbegrenzung ergab. Ebenso wenig ist erkennbar oder vorgetragen, dass dies der Streithelferin der Kl. bekannt war oder infolge grober Fahrlässigkeit verborgen geblieben war (der Senat hat im Vorfeld der mündlichen Verhandlung sowie nach der Erörterung dieser Frage in der Verhandlung vom 20.05.2008 umfangreich zu diesbezüglichen gesetzlichen Regelungen recherchiert). Angesichts der eingehaltenen Altersbegrenzung von unter sieben Jahren des zu transportierenden Kindes durfte die Kindesmutter grundsätzlich von der Zulässigkeit des Transports ausgehen.

### Standort: Bereicherungsrecht

### Problem: Zuvielüberweisung

BGH, URTEIL VOM 29.04.2008  
XI ZR 371/07 (NJW 2008, 2331)

#### **Problemdarstellung:**

Die Parteien streiten über die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung bei einer Zuvielüberweisung.

Die klagende Bank hatte versehentlich, d.h. entgegen der Anweisung der Kontoinhaber, eine vollständige Rate überwiesen, obwohl die Kontoinhaber die Anweisung auf einen Teilbetrag der Rate beschränkt hatte. Die Kl. begehrte nunmehr die Rückzahlung der Zuvielüberweisung vom Zahlungsempfänger.

Das AG hat der Klage stattgegeben. Danach haben die Kontoinhaber die Kl. mit Schreiben vom 03.02.2007 angewiesen, den noch ausstehenden Teil der letzten Kaufpreiskasse von 2.500 Euro an die Bekl. auszusahlen, und vorgeschlagen, ihr den zuviel überwiesenen Betrag gleicher Höhe zu belassen. Daraufhin hat die Kl. im Berufungsverfahren den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt. Die Bekl. hat sich der Erledigungsklärung nicht angeschlossen, sondern Klageabweisung beantragt. Das LG hat die Klage abgewiesen. Mit der von ihm zugelassenen Revision begehrte die Kl. weiterhin - wenngleich erfolglos - die Feststellung der Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache.

#### **Prüfungsrelevanz:**

In der vorliegenden Entscheidung hatte sich der erkennende Senat mit einem klassischen Problem aus dem

Bereicherungsrecht zu befassen. Es ging um die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung im Dreipersonenverhältnis wegen einer versehentlichen Zuvielüberweisung aufgrund einer Anweisung der Kontoinhaber. Zu Prüfen war, ob die Zuvielüberweisung durch die klagende Bank bei dem Zahlungsempfänger kondiziert werden kann.

Ein bereicherungsrechtlicher Anspruch basierend auf der Leistungskondition gem. § 812 I 1 1. Fall BGB der Kl. gegenüber der Bekl. scheiterte am Leistungsbegriff. Eine Leistung ist eine bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens (BGHZ 40, 272 [277]; 58, 184 [188]). Maßgeblich für die Frage, ob eine Leistungsbeziehung vorliegt, ist nach der Empfängerhorizontlehre gem. §§ 133, 157 BGB aus der Sicht des Leistungsempfängers zu beurteilen (BGHZ 40, 272 ff.; BGH, NJW 1961, 2251; BGH, NJW 1974, 1132 f.). Dies lässt sich damit begründen, dass die Anweisung, eine bestimmte Überweisung vorzunehmen, eine Tilgungsbestimmung i.S.v. § 366 I BGB enthalte, die eine Willenserklärung, jedenfalls jedoch eine geschäftsähnliche Handlung darstellt, auf die die Regelungen zu einer Willenserklärung jedenfalls analoge Anwendung finden. Aus verobjektivierter Empfänger-sicht der Bekl. war die Kl. lediglich Hilfsperson der Kontoinhaber, zu der die Bekl. keinerlei Vertragsbeziehungen unterhielt.

Somit kam eine Nichtleistungskondition in Betracht. Hier war an den Fall der Eingriffskondition gem. § 812 I 1 2. Fall BGB zu denken. Problematisch ist, ob die Subsidiarität der Eingriffskondition gewahrt ist.

Dazu dürfte es nicht nur an einer Leistung des Konditionsgläubigers fehlen, es dürfte niemand an den Konditionsschuldner geleistet haben. Hier stellt sich die Frage, ob nicht eine Leistung der Kontoinhaber an die Bekl. vorliegt.

Grundsätzlich vollzieht sich in den Fällen der Leistung kraft Anweisung der Bereicherungsausgleich innerhalb des jeweiligen fehlerhaften Leistungsverhältnisses, also zum einen zwischen dem Anweisenden und dem Angewiesenen im so genannten Deckungsverhältnis und zum anderen zwischen dem Anweisenden und dem Anweisungsempfänger im so genannten Valutaverhältnis. Nach dem Leistungsbegriff i.d.S. bewirkt der Angewiesene, der von ihm getroffenen, allseits richtig verstandenen Zweckbestimmung entsprechend, mit seiner Zuwendung an den Anweisungsempfänger zunächst eine eigene Leistung an den Anweisenden und zugleich eine Leistung des Anweisenden an den Anweisungsempfänger (st.Rspr., z.B. BGHZ 111, 382 [385] = NJW 1990, 3194; BGHZ 147, 269 [273] = NJW 2001, 2880 m.w.N.). Zwar gilt dieser Grundsatz nicht ohne Ausnahme. So hat der Angewiesene einen direkten Anspruch gegen den Leistungsempfänger, wenn keine Anweisung vorliegt (z.B. LG Stuttgart, NJW 1994, 2626 [2627]) oder dem Anweisenden die Anweisung nicht zurechenbar ist (z.B. wenn eine gefälschte Anweisung vorliegt nach BGH, NJW 1994, 2357 [2358]). Entscheidend ist in diesen Fällen, dass der Kontoinhaber die Vermögensverschiebung nicht zugerechnet werden kann, weil er sie nicht veranlasst hat oder aber keinen Rechtsschein begründet hat. Mit hin ist in diesen Fällen eine vorrangige Leistungsbeziehung zwischen dem Zahlungsempfänger und dem Kontoinhaber zu verneinen, so dass der Grundsatz der Subsidiarität gewahrt ist. Abzustellen ist hier auf den Umstand, dass eine wirksame Anweisung der Kontoinhaber in der Welt ist, die zu der Zuvielzahlung führte. Der Einwand, der Anweisende müsse sich den Fehler der Überweisungsbank generell nicht zurechnen lassen, weil es dafür an einer Rechtsgrundlage fehle (von Olshausen, in: FS Eisenhardt, 277, 290), greift nicht. Zwar darf sich ein Bankkunde in aller Regel darauf verlassen, dass seine Anweisung befolgt wird und damit ein eigenständiger Rechtsschein für den Überweisungsbegünstigten nicht entsteht (von Olshausen, a.a.O. S. 292). Die Erzeugung eines Rechtsscheins setzt aber, wie etwa auch die Regeln der §§ 171, 172 BGB zeigen, weder eine Sorgfaltspflichtverletzung noch ein Verschulden auf Seiten des Betroffenen voraus (sog. „Veranlassungsprinzip“). Also hatte die Revision keinen Erfolg.

#### Vertiefungshinweise:

- Zu Nachwirkungen eines rechtlich erloschenen Girovertrags: BGHZ 170, 121 = NJW 2007, 914
- Bereicherungsausgleich zwischen Schuldnerbank

und Gläubiger: BGHZ 167, 171 = NJW 2006, 1965; Neef, JA 2006, 458; BGH, NJW 2005, 3213; Lorenz, LMK 2005, 155031; Werner, BKR 2005, 375; BGHZ 152, 307 = NJW 2003, 582; Preuß, JuS 2003, 25;

Zum Leistungsbegriff: BGH, NJW 2001, 2880 = RA 2001, 633 (Anweisung im Drei-Personen-Verhältnis); BGH, NJW 2000, 1718 (Ausgleich durch die Versicherung ist eine Leistung)

#### Kursprogramm:

- Examenskurs: "Heimattfilm"
- Assessorkurs: "Der undankbare Neffe"

#### Leitsatz:

**Die Bank kann von dem gutgläubigen Zahlungsempfänger die irrtümliche Zuvielüberweisung nicht im Wege der Nichtleistungskondition (§ 812 I 1 Alt. 2 BGB) herausverlangen (im Anschluss an und in Ergänzung zu BGH, NJW 1987, 185).**

#### Sachverhalt:

Die Parteien streiten über die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung einer auf einem Versehen der kl. Bank beruhenden Zuvielüberweisung.

Die Zeugen P und V (nachfolgend: Käufer) schlossen im Dezember 2003 mit der Bekl. einen notariellen „Kaufvertrag“ über ein Wohnungserbbaurecht. Der von der Kl. mit einem Realkredit über 201.600 Euro finanzierte Kaufpreis sollte in Abhängigkeit vom Bautenstand in mehreren Raten fällig werden. Die letzte Rate sollte 6.976 Euro betragen. Mit Schreiben vom 14.03.2005 forderte die Bekl. die Käufer zur Zahlung der Schlussrate auf, die diese jedoch wegen von ihnen geltend gemachter Mängel ablehnten. Mitte April 2005 teilte die Bekl. ihnen die Beseitigung der Mängel mit und wiederholte ihr Zahlungsverlangen. Die Käuferin P wies daraufhin die Kl. mit Telefax vom 25.04.2005 an, „einen Teilbetrag der Schlussrate über 4.476 Euro“ an die Bekl. zu überweisen. Die Kl. übersah indes die Beschränkung der Anweisung und überwies den gesamten Restkaufpreis von 6.976 Euro. Erst nach der Gutschrift auf ihrem Konto erhielt die Bekl. ein Schreiben der Käufer vom 22.04.2005, in dem sie kündigten, einen Betrag über 2.500 Euro wegen angeblicher Gegenansprüche in Abzug zu bringen.

Die Kl. hat die Bekl. ursprünglich auf Rückzahlung des zuviel überwiesenen Betrags von 2.500 Euro zuzüglich Zinsen in Anspruch genommen. Nachdem das AG der Klage stattgegeben hatte, haben die Käufer die Kl. mit Schreiben vom 03.02.2007 angewiesen, den noch ausstehenden Teil der letzten Kaufpreisrate von 2.500 Euro an die Bekl. auszuzahlen, und vorgeschlagen, ihr den zuviel überwiesenen Betrag gleicher Höhe zu belassen. Im Hinblick hierauf hat die Kl. im Berufungsverfahren den Rechtsstreit in der Hauptsache für

erledigt erklärt. Die Bekl. hat sich der Erledigungserklärung nicht angeschlossen, sondern Klageabweisung beantragt. Das LG hat die Klage abgewiesen. Mit der von ihm zugelassenen Revision beehrte die Kl. weiterhin die Feststellung der Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache. Die Revision blieb erfolglos.

#### **Aus den Gründen:**

[5] Die Revision ist nicht begründet.

#### *I. Entscheidung des Berufungsgerichts*

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

[7] Der Kl. habe bis zur Abgabe ihrer Erledigungserklärung kein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 I 1 Alt. 2 BGB) gegen die Bekl. zugestanden. Nach der Rechtsprechung des BGH vollziehe sich der Bereicherungsausgleich in den Fällen einer Leistung auf Anweisung grundsätzlich innerhalb der jeweiligen Leistungsbeziehung. Der vermeintlich Angewiesene habe nur dann einen unmittelbaren Bereicherungsanspruch gegen den Zahlungsempfänger, wenn es an einer Anweisung fehle oder diese unwirksam sei. Im Fall einer irrtümlichen Zuvielüberweisung liege nach der Rechtsprechung des BGH (NJW 1987, 185) eine wirksame Anweisung vor, die lediglich fehlerhaft ausgeführt worden sei. Eine Differenzierung zwischen einer wirksamen Anweisung über den angewiesenen Betrag von 4.476 Euro und einer fehlenden Anweisung hinsichtlich der Überzahlung komme nicht in Betracht. Es sei auch sachgerecht, die Fälle der irrtümlichen Zuvielüberweisung anders als die der fehlenden oder unwirksamen Anweisung zu behandeln, weil der Anweisende durch seinen - wenn auch auf den geringeren Geldbetrag beschränkten - Überweisungsauftrag den Anschein gesetzt habe, die gesamte Zahlung sei seine Leistung. Zwar sei der Zahlungsempfänger nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht schutzwürdig, wenn er die fehlerhafte Ausführung der Anweisung erkannt habe. Das sei hier aber nicht der Fall. Da die Klage somit unbegründet gewesen sei, sei eine Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache nicht eingetreten.

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

[8] Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Überprüfung stand. Die Kl. konnte den irrtümlich zuviel überwiesenen Betrag über 2.500 Euro nicht im Wege der Nichtleistungskondiktion (§ 812 I 1 Alt. 2 BGB) von der Bekl. herausverlangen, weil sich die Käufer den Fehler der Kl. im Verhältnis zur Bekl. nach Rechtsscheingesichtspunkten zurechnen lassen müssen.

#### *1. Grundsätze zur Rückabwicklung im Dreipersonenverhältnis bei Leistung kraft Anweisung*

#### *a. Grundsatz: Bereicherungsausgleich innerhalb der jeweiligen Leistungsverhältnisse*

[9] In den Fällen der Leistung kraft Anweisung vollzieht sich der Bereicherungsausgleich nach ständiger Rechtsprechung des BGH grundsätzlich innerhalb des jeweiligen fehlerhaften Leistungsverhältnisses, also zum einen zwischen dem Anweisenden und dem Angewiesenen im so genannten Deckungsverhältnis und zum anderen zwischen dem Anweisenden und dem Anweisungsempfänger im so genannten Valutaverhältnis. Nach dem bereicherungsrechtlichen Leistungsbegriff bewirkt der Angewiesene, der von ihm getroffenen, allseits richtig verstandenen Zweckbestimmung entsprechend, mit seiner Zuwendung an den Anweisungsempfänger zunächst eine eigene Leistung an den Anweisenden und zugleich eine Leistung des Anweisenden an den Anweisungsempfänger (st.Rspr., BGHZ 61, 289 [291] = NJW 1974, 39; BGHZ 66, 362 [363] = NJW 1976, 1448; BGHZ 66, 372 [374] = NJW 1976, 1449; BGHZ 67, 75 [77] = NJW 1976, 1845; BGHZ 87, 393 [395] = NJW 1983, 2499; BGHZ 88, 232 [234] = NJW 1984, 483; BGHZ 89, 376 [378] = NJW 1984, 1348; BGHZ 111, 382 [385] = NJW 1990, 3194; BGHZ 147, 269 [273] = NJW 2001, 2880 m.w. Nachw.). Der tiefere Grund für die bereicherungsrechtliche Abwicklung im jeweils fehlerhaften Leistungsverhältnis liegt in der von den Beteiligten im Rahmen der Privatautonomie getroffenen Auswahl ihres Geschäftspartners, an den sie sich auch bei rechtsfehlerhaften Beziehungen grundsätzlich halten müssen (Nobbe, WM 2001, Sonderbeil. Nr. 4, S. 24).

#### *b. Ausnahmen bei fehlender oder nicht zurechenbarer Anweisung*

[10] Der vorstehende Grundsatz gilt aber nicht ausnahmslos. Der Angewiesene hat einen unmittelbaren Bereicherungsanspruch aus § 812 I 1 Alt. 2 BGB gegen den Anweisungsempfänger, wenn eine wirksame Anweisung fehlt und dem Anweisenden diese auch nicht zuzurechnen ist. In diesen Fällen hat die Überweisungsbank lediglich erfolglos versucht, eine Leistung an den Kontoinhaber zu erbringen. Diesem kann die Zuwendung der Überweisungsbank aber nicht zugerechnet werden, da er sie nicht veranlasst und auch keinen Anschein dafür gesetzt hat, die Zahlung sei seine Leistung. Der Zuwendungsempfänger ist daher in sonstiger Weise auf Kosten der Überweisungsbank bereichert und deshalb ihrem Anspruch aus Nichtleistungskondiktion ausgesetzt. Dies gilt nicht nur, wenn der Anweisungsempfänger das Fehlen einer wirksamen Anweisung im Zeitpunkt der Zuwendung kannte (BGHZ 66, 362 [364f.] = NJW 1976, 1448; BGHZ 66, 372 [374f.] = NJW 1976, 1449; BGHZ 67, 75 [78] = NJW 1976, 1845; BGHZ 147, 269 [274] = NJW 2001, 2880), sondern auch ohne diese Kenntnis (BGHZ 111, 382 [386f.] = NJW 1990, 3194; Senat, BGHZ 147, 145 [151] = NJW 2001, 1855; BGHZ 152, 307 [311f.]

= NJW 2003, 582 und BGHZ 158, 1 [5] = NJW 2004, 1315). Da der gutgläubige Vertragspartner nur geschützt werden kann, wenn der andere Vertragsteil in zurechenbarer Weise einen Rechtsschein hervorgerufen hat, vermag der so genannte Empfängerhorizont des Zahlungsempfängers die fehlende Leistung des vermeintlich Anweisenden selbst dann nicht zu ersetzen, wenn dieser den gezahlten Betrag dem Zahlungsempfänger tatsächlich schuldete (Senat, BGHZ 147, 145 [151] = NJW 2001, 1855; BGHZ 152, 307 [312] = NJW 2003, 582 und BGHZ 158, 1 [5] = NJW 2004, 1315; NJW 2005, 3213 = WM 2005, 1564 [1565f.]).

[11] In der Rechtsprechung des BGH (BGH, NJW-RR 1990, 1200 = WM 1990, 1280 [1281] und NJW 1994, 2357 = WM 1994, 1420 [1421f.]) ist deshalb anerkannt, dass die Vornahme einer Zahlung durch die Bank auf Grund einer Fälschung oder Verfälschung des Überweisungsauftrags, Schecks oder Wechsels dem vermeintlich Anweisenden nicht zugerechnet werden kann und der Bank in solchen Fällen ein unmittelbarer Bereicherungsanspruch aus § 812 I 1 Alt. 2 BGB gegen den Zuwendungsempfänger zusteht. Das Gleiche gilt auch in den Fällen, in denen der Anweisende geschäftsunfähig war (BGHZ 111, 382 [383ff.] = NJW 1990, 3194) oder für ihn ein geschäftsunfähiger (BGHZ 158, 1 [2ff.] = NJW 2004, 1315) bzw. ein nur gesamtvertretungsberechtigter Vertreter gehandelt hat (Senat, BGHZ 147, 145 [147ff.]).

[12] Anders ist die Rechtslage dagegen dann, wenn die Bank den Widerruf einer Überweisung, eines Dauerauftrags oder Schecks oder die Kündigung eines Überweisungsvertrags irrtümlich nicht beachtet. In diesen Fällen ist die Überweisung bzw. die Einlösung des Schecks durch den Kontoinhaber mit veranlasst worden. Die Bank muss sich deshalb grundsätzlich an den Kontoinhaber halten, da der Fehler, die weisungswidrige Behandlung des Kundenauftrags, im Deckungsverhältnis wurzelt und deshalb in diesem Verhältnis zu bereinigen ist (BGHZ 61, 289 [293f.] = NJW 1974, 39; BGHZ 87, 246 [249, 250] = NJW 1983, 2501; BGHZ 87, 393 [397f.] = NJW 1983, 2499; BGHZ 89, 376 [381] = NJW 1984, 1348). Ein unmittelbarer Bereicherungsanspruch der Bank gegen den Zuwendungsempfänger kommt in diesen Fällen allerdings in Betracht, wenn dem Zuwendungsempfänger der Widerruf bekannt ist, weil er dann weiß, dass es an einer Leistung seines Vertragspartners fehlt (BGHZ 66, 372 [375f., 377] = NJW 1976, 1449; BGHZ 67, 75 [79f.] = NJW 1976, 1845; BGHZ 87, 393 [398] = NJW 1983, 2499; BGHZ 88, 232 [236] = NJW 1984, 483; BGH, NJW 1987, 185 = WM 1986, 1381 [1382]).

### *c. Kritik an der Differenzierung entbehrt jeder Grundlage*

[13] An der vorgenannten Differenzierung und Fallgruppenbildung hält der erkennende Senat fest. Die von der Revision und einem Teil der Literatur daran

geübte Kritik ist unbegründet.

### *aa. Rechtsschein wird nach dem Veranlasserprinzip begründet*

[14] Der Einwand, der Anweisende müsse sich den Fehler der Überweisungsbank generell nicht zurechnen lassen, weil es dafür an einer Rechtsgrundlage fehle (von Olshausen, in: Festschr. f. Eisenhardt, 2007, S. 277 [290ff.]; vgl. ferner Langenbucher, in: Langenbucher/Gößmann/Werner, Zahlungsverkehr, § 1 Rdnr. 143; dies., in: Festschr. f. Heldrich, 2005, S. 285 [294f.]; kritisch auch Lieb, 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. I, 2000, S. 547 [552ff.]), greift nicht. Zwar darf sich ein Bankkunde in aller Regel darauf verlassen, dass seine Anweisung befolgt wird und damit ein eigenständiger Rechtsschein für den Überweisungsbegünstigten nicht entsteht (von Olshausen, in: Festschr. f. Eisenhardt, S. 277 [292]). Die Erzeugung eines Rechtsscheins setzt aber, wie etwa auch die Regeln der §§ 171, 172 BGB zeigen, weder eine Sorgfaltspflichtverletzung noch ein Verschulden auf Seiten des Betroffenen voraus. Das so genannte „Veranlassungsprinzip“, auf dem die vorgenannte Rechtsprechung des BGH in den vorliegenden Fällen maßgeblich beruht, bildet danach seit langem einen anerkannten Rechtsgrund (siehe etwa Lieb, in: MünchKomm, BGB, 4. Aufl., § 812 Rdnr. 77).

### *bb. Differenzierung begründet keinen Wertungswiderspruch*

[15] Ferner stellt es - anders als die Revision und ein Teil der Literatur (von Olshausen, in: Festschr. f. Eisenhardt, S. 277 [293]) meinen - keinen Wertungswiderspruch dar, danach zu unterscheiden, ob die Anweisung gänzlich fehlt oder der Anweisende einen ihm zurechenbaren Anschein gesetzt hat, die Zahlung sei seine Leistung (so auch z.B. Lieb, in: MünchKomm, § 812 Rdnrn. 77, 78; Schimansky, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Hdb., 3. Aufl., Bd. I, § 50 Rdnrn. 5ff.; Baumbach/Hopt, HGB, 33. Aufl., (7) BankGesch C/18; Esser/Weyers, SchuldR, Bd. II, 8. Aufl., § 48 III 3b S. 53f.; Nobbe, WM 2001, Sonderbeil. 4, S.26; Erman/Westermann/Buck-Heeb, BGB, 12. Aufl., § 812 Rdnrn. 20 und 21).

### *(1) Fehlende Anweisung oder Zurechnungshindernis*

[16] Fehlt die Anweisung nebst Tilgungsbestimmung von Anfang an oder besteht ein absolutes Zurechenbarkeitshindernis, gibt es keinen sachlichen Grund, der es rechtfertigt, dem Betroffenen diese unter Rechtsscheingesichtspunkten zuzurechnen. Zwar kann auch hier aus der grundsätzlich maßgeblichen Sicht des Überweisungsempfängers der Eindruck entstehen, es liege eine vertragsgemäße Leistung des Schuldners vor. Der bloße Anschein einer wirksamen Anweisung und die Gutgläubigkeit des Zahlungsempfängers reichen aber zur Begründung einer Leistungsbeziehung

nicht aus.

*(2) Setzen der Ursache der Leistung durch die Anweisung*

[17] Hat der Schuldner indes durch die Anweisung die Ursache für den Anschein einer Leistung seinerseits mit hervorgerufen, stellt sich die Rechtslage anders dar. Zwar hat der Schuldner den Zahlungsvorgang mit seiner Anweisung nur „in Gang gesetzt“ und sonst nichts zu dem Fehler der Überweisungsbank beigetragen. Es muss aber berücksichtigt werden, dass sich der Gläubiger um die Vorgänge im Deckungsverhältnis zwischen seinem Vertragspartner und dessen Bank nicht zu kümmern braucht und die Vorgänge ihm auch verborgen bleiben. Der Anweisende steht dem Fehlverhalten seiner Bank daher „näher“ als sein Gläubiger. Dies rechtfertigt es, für die Zurechenbarkeit des Scheins einer ordnungsgemäßen Überweisung die bloße Veranlassung des Zahlungsvorgangs ausreichen zu lassen und den gutgläubigen Empfänger grundsätzlich von den Störungsfolgen freizuhalten. Wollte man dies anders sehen, könnte der Gläubiger nie absolut sicher sein, den gutgeschriebenen Betrag endgültig behalten zu dürfen. Das kann schon im Interesse der Sicherheit des bargeldlosen Zahlungsverkehrs nicht hingenommen werden.

[18] Schützenswerte Belange auf Seiten der zahlenden Bank sind insoweit nicht anzunehmen (a.A. von Olschhausen, in: Festschr. f. Eisenhardt, S. 277 [295ff.]). Da sie den Fehler in aller Regel schuldhaft herbeigeführt hat oder dieser zumindest auf einer objektiven Pflichtverletzung beruht, spricht nichts dafür, ihrem Interesse an einer Direktkondition gegen den gutgläubigen Empfänger den Vorrang zu geben.

*2. Anwendung auf den vorliegenden Fall*

*a. Wirksame Anweisung liegt vor*

[19] Den vorstehend dargelegten Grundsätzen der Rechtsprechung des BGH folgend hat der VII. Zivilsenat in der vom BerGer. zur Stützung seiner Ansicht herangezogenen Entscheidung vom 25.09.1986 (NJW 1987, 185) ausgeführt, im Falle einer Zuvielüberweisung sei eine wirksame Anweisung des Kontoinhabers gegeben. Dass die angewiesene Bank diese irrtümlich fehlerhaft ausgeführt habe, ändere nichts. Die Zuvielüberweisung sei grundsätzlich ein bloßer Vorgang innerhalb des Deckungsverhältnisses und in diesem Verhältnis zu bereinigen. Nur weil in dem entschiedenen Fall von der Überweisungsbank der zehnfache Betrag der angewiesenen Summe an den Gläubiger überwiesen worden war und dieser sich in Kenntnis aller Umstände unwissend gestellt hatte, hat der VII. Zivilsenat der Überweisungsbank im Hinblick auf den allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) ausnahmsweise einen unmittelbaren Bereicherungsanspruch gegen den Überweisungsempfänger zuge-

sprochen.

*b. Rückabwicklung wird streitig diskutiert*

[20] Die Ansicht des VII. Zivilsenats des BGH (NJW 1987, 185 = WM 1986, 1381 [1382]), dass der Überweisungsbank bei weisungswidriger Zuvielüberweisung und Gutgläubigkeit des Überweisungsempfängers kein unmittelbarer Bereicherungsanspruch gegen diesen zusteht, sondern der im Deckungsverhältnis aufgetretene Fehler in diesem Verhältnis bereicherungsrechtlich bereinigt werden muss, hat von einem Teil der instanzgerichtlichen Rechtsprechung und Literatur Gefolgschaft gefunden (Palandt/Sprau, BGB, 67. Aufl., § 812 Rdnr. 52; Schimansky, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, § 50 Rdnr. 19; ferner OLG Hamm, NJW-RR 1987, 882; OLG Köln, OLG-Report 2001, 387).

[21] Ein anderer Teil vertritt demgegenüber die Ansicht, in Fällen der irrtümlichen Zuvielüberweisung seitens der Bank stehe dieser hinsichtlich des Mehrbetrags stets ein unmittelbarer Bereicherungsanspruch gegen den Zahlungsempfänger zu (OLG Hamburg, WM 1982, 249 [251]; Canaris, WM 1980, 354 [355]; ders., JZ 1987, 201 [202f.]; v. Caemmerer, JZ 1962, 385 [387]; Esser/Weyers, SchuldR, Bd. II, BT, Teilbd. II, 8. Aufl., S. 53; Staudinger/Lorenz, BGB, 13. Bearb. 1999, § 812 Rdnr. 51), da weder eine Anweisung des scheinbar Anweisenden vorliege noch dieser in ihm zurechenbarer Weise den Anschein einer solchen Anweisung gesetzt habe.

*c. Fehler im Deckungsverhältnis begründet Rückabwicklung inter partes*

[22] Der erkennende Senat vermag der letztgenannten Meinung nicht zu folgen. Im Falle der Gutgläubigkeit des Überweisungsempfängers steht der Überweisungsbank, die irrtümlich eine Zuvielüberweisung vornimmt, ebenso wie in Fällen der Nichtbeachtung des Widerrufs eines Schecks oder eines Überweisungs- oder Dauerauftrags kein unmittelbarer Bereicherungsanspruch gegen den Überweisungsempfänger zu. Der Fehler im Deckungsverhältnis ist in einem solchen Fall vielmehr durch einen Bereicherungsanspruch in diesem Verhältnis zu bereinigen.

*aa. Tilgungsbestimmung liegt auch bei Zuvielüberweisung vor*

[23] Auch bei einer Zuvielüberweisung hat der Schuldner mit seiner Anweisung und Tilgungsbestimmung zum Ausdruck gebracht, dass ein bestimmter Geldbetrag an den Zahlungsempfänger überwiesen werden soll. Führt die Bank die Anweisung fehlerhaft aus, indem sie aus Versehen mehr als die angegebene Summe überweist, so ist trotzdem weiterhin eine wirksame Anweisung und Tilgungsbestimmung gegeben. Auch hier will die zahlende Bank nur eine Leistung an ihren Kunden, den Anweisenden, erbringen (BGH,



NJW 1987, 185 = WM 1986, 1381 [1382]).

[24] Der Grad der Veranlassung des Fehlers der Überweisungsbank durch den Anweisenden ist, anders als ein Teil der Literatur meint, bei der Zuvielüberweisung grundsätzlich nicht geringer als in den Fällen der fahrlässigen Missachtung des Widerrufs der Anweisung. Da die Anweisung bei der Zuvielüberweisung bestehen bleibt, während sie im Fall des Widerrufs in rechtlicher Hinsicht entfällt, ist sein Verursachungsbeitrag sogar eher größer. Jedenfalls steht der Betroffene dem durch die Einleitung des Zahlungsvorgangs verursachten Fehlverhalten der Bank „näher“ als sein Gläubiger, der nicht einmal auf die Auswahl des Kreditinstituts Einfluss nehmen konnte. Auch die irrtümliche Zuvielüberweisung ist daher im Ergebnis als bloßer Vorgang innerhalb des Deckungsverhältnisses zwischen Anweisenden und Bank zu werten (BGH, NJW 1987, 185 = WM 1986, 1381 [1382]).

*bb. Ergebnis entspricht auch der Interessenabwägung*

[25] Dass in den Fällen der Zuvielüberweisung dem Grundsatz der Kondiktion innerhalb der Leistungsbeziehung Vorrang gebührt, zeigt vor allem die Abwägung der Interessen des Anweisenden und des gutgläubigen Empfängers. Hat Letzterer auf den irrtümlich überwiesenen Zuvielbetrag einen fälligen und einrede-freien Anspruch und musste er den Fehler der Überweisungsbank bei Anwendung der im Rechtsverkehr erforderlichen Sorgfalt nicht erkennen, so wäre es ein Wertungswiderspruch zu den sonst für die Rechts-scheinlehre maßgeblichen Grundsätzen, wenn er den Mehrbetrag nicht behalten dürfte, sondern ihn an die Bank gem. § 812 I 1 Alt. 2 BGB wieder herausgeben müsste. Ein gewissenhafter Gläubiger könnte sich anderenfalls nicht darauf verlassen, dass er den überwiesenen Betrag behalten darf und darüber frei disponieren kann. Auch in den Fällen der Zuvielleistung muss

daher letztlich das Schutzinteresse des redlichen Zahlungsempfängers den Ausschlag geben (so i.E. auch Lieb, in: MünchKomm, § 812 Rdnr. 78 a.E.).

[26] Der Anweisende wird dadurch nicht unzumutbar belastet, da er von der für den Fehler verantwortlichen Überweisungsbank die wertstellungsneutrale Wiedergutschrift des irrtümlich zuviel überwiesenen Betrages gegen Abtretung seines Bereicherungsanspruchs gegen den Überweisungsempfänger beanspruchen kann. Nichts spricht danach dafür, die Vertrauensschutzinteressen des gutgläubigen Zahlungsempfängers in den Fällen der Zuvielüberweisung hinter den Interessen seines Schuldners sowie der weisungswidrig handelnden Bank zurücktreten zu lassen.

*3. Kein bereicherungsrechtlicher Anspruch gegeben*

[27] Gemessen an diesen Grundsätzen stand der Kl., wie das BerGer. rechtsfehlerfrei angenommen hat, gegen die Bekl. kein bereicherungsrechtlicher Rückzahlungsanspruch aus § 812 I 1 Alt. 2 BGB zu.

[28] Dadurch, dass die Käuferin P die Kl. mit Telefax vom 25.04.2005 angewiesen hat, „einen Teilbetrag der Schlussrate über 4476 Euro“ an die Bekl. zu überweisen, haben die Käufer die Ursache für den Anschein gesetzt, die Restkaufpreisforderung in Höhe von 6976 Euro nach der ordnungsgemäßen Beseitigung der von ihnen gerügten Mängel erfüllen zu wollen. Anders konnte die Bekl. die Überweisung aus ihrer damaligen Sicht nach den unangegriffen gebliebenen Feststellungen des BerGer. nicht verstehen. Die Zahlung stellte sich für die Bekl. als Erfüllung der gesamten Kaufpreisforderung dar. Sie hat den Notar deshalb bereits am 28.04.2005 mit der Umschreibung des Grundbuchs auf die Käufer beauftragt. Da die Klage somit von Anfang an unbegründet war, konnte eine Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache nicht eintreten.

## Standort: Gesellschaftsrecht

## Problem: Haftung bei Scheinsozietät

BGH, URTEIL VOM 16.04.2008  
VIII ZR 230/07 (NJW 2008, 2330)

### **Problemdarstellung:**

Die Kl. begehrt die Erstattung zweier Rechnungsbeträge von der Bekl., die als Anwältin in einer Kanzlei S angestellt ist, und auf deren Briefkopf sie ohne haftungsbeschränkenden Zusatz wie eine Gesellschafterin geführt wurde. Die Kanzlei hatte die Ausstattung von der Kl. erworben. Die Lieferung und die Rechnungsstellung erfolgten an die Kanzlei.

Das Amtsgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Bekl. hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt die Kl. die Wiederherstellung des

amtsgerichtlichen Urteils, jedoch ohne Erfolg.

### **Prüfungsrelevanz:**

Der erkennende Senat hatte sich mit der Frage der Rechtsscheinhaftung eines Mitglieds in einer Scheinsozietät zu befassen. Die Besonderheit lag darin, dass die haftungsbegründende Forderung keine anwalts-typische Tätigkeit, wie z.B. die rechtsberatende oder die rechtsvertretende Tätigkeit, umfasste.

Zu beachten ist, dass hier der Vertrag unstrittig mit der GbR selbst zustande kam. Dies ist seit der richtungsweisenden Entscheidung des BGH im Jahr 2001 möglich, da die (Teil-) Rechtsfähigkeit der GbR seit dem bejaht wird, soweit es sich um eine Außengesellschaft handelt.

Entgegen der Rechtsauffassung der Revision haftete

jedoch die Bekl. nicht für die Verbindlichkeiten der GbR. Zu erwägen war eine Haftung nach den Grundsätzen der Scheinsozietät. Anwendbar sind diese Haftungsgrundsätze in den Fällen, in denen sich mehrere Rechtsanwälte zusammengeschlossen haben und der Zusammenschluss auch nach außen kommuniziert wird, ohne dass eine Sozietät zwischen ihnen besteht. Dies ist dann der Fall, wenn ein Anstellungsverhältnis vorliegt. Durch das einheitliche Auftreten, z.B. durch Stempel, Briefpapier o.ä. entsteht der Eindruck, dass der einzelne Anwalt die Sozietät insgesamt vertritt. An diesem Rechtsschein muss sich der jeweilige Anwalt gemäß den Grundsätzen zur Duldungs- und Anscheinsvollmacht festhalten lassen (BGH, NJW 1978, 996). Das führt dazu, dass etwaige Fehler eines Scheinsozius bei der Bearbeitung von Mandanten als Fehler der Sozietät bewertet werden und eine Haftung eines Mitglieds der Sozietät auslösen können (BGH, NJW 2007, 2490). Voraussetzung dazu ist jedoch, dass es sich um eine anwaltstypische Tätigkeit handelt, die Basis der Haftung ist. Zu bejahen ist dies bei der Rechtsberatung gleich wie bei der Rechtsvertretung (OLG Celle, NJW 2006, 3431). Genau daran mangelte es hier. Es lagen Forderungen aus einem Kaufvertrag gem. § 433 II BGB zugrunde sowie ein Anspruch auf Werklohn gem. §§ 631 I, 632 BGB. Auch wenn die Anschaffung des PC sowie die durchgeführte Reparatur den Bereich der Kanzlei betrafen, handelte es sich nicht um anwaltstypische Tätigkeiten, so dass die Haftung zu verneinen war, weil die Grundsätze zur Rechtsscheinhaftung in diesen Fällen keine Anwendung finden.

#### Vertiefungshinweise:

- Zur Rechtsscheinhaftung einer Rechtsanwältin: *OLG München*, NJOZ 2008, 1696
- Zur Haftung von Sozietäten: *Lepczyk*, NJW 2006, 3391; *OLG Saarbrücken*, NJW 2006, 2862
- Zu Schäden bei Beratungsfehlern: *BGH*, NJW-RR 2006, 923

#### Kursprogramm:

- Examenskurs: "Fahrt zum Mandanten"
- Examenskurs: "Der neue Geschäftswagen der Anwaltssozietät"

#### Leitsatz:

**Keine Rechtsscheinhaftung des Mitglieds einer anwaltlichen Scheinsozietät für Forderungen, die nicht die anwaltstypische - rechtsberatende oder rechtsvertretende - Tätigkeit betreffen.**

#### Sachverhalt:

[1] Die Kl. vertreibt und repariert Computeranlagen. Die Bekl. war als Rechtsanwältin in der ehemaligen

Rechtsanwaltskanzlei S. angestellt, die ihre EDV-Ausstattung von der Kl. erwarb. Die Kl. nimmt die Bekl. auf Bezahlung zweier Rechnungen vom 24.12.2002 in Höhe von 1.780 € Restkaufpreis für eine an die Kanzlei gelieferte PC-Anlage sowie von 877,10 € Reparaturkosten für einen Server nebst Zinsen und vorgegerichtlichen Mahnkosten in Anspruch. Lieferung und Rechnungsstellung erfolgten an die Rechtsanwaltskanzlei S.. Die Bekl. wurde auf dem Briefkopf der Kanzlei ohne haftungseinschränkenden Zusatz wie eine Sozia (Gesellschafterin der Anwaltssozietät) geführt. Von diesem Briefkopf hatte einer der Geschäftsführer der Kl. Kenntnis, weil er in einem Rechtsstreit von der Rechtsanwaltskanzlei vertreten wurde.

[2] Das Amtsgericht hat der Klage auf Zahlung von 2.667,10 € nebst Zinsen stattgegeben. Auf die Berufung der Bekl. hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt die Kl. die Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Urteils.

#### Aus den Gründen:

[3] Die Revision hat keinen Erfolg; sie ist trotz der Säumnis der Bekl. durch kontradiktorisches Urteil zurückzuweisen (BGH, Urteil vom 14.07.1967 - V ZR 112/64, NJW 1967, 2162).

#### I. Entscheidung des Berufungsgerichts

[4] Das Berufungsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt:

[5] Der Kl. stehe weder nach § 433 II BGB in Verbindung mit § 128 HGB analog ein Anspruch auf Zahlung des restlichen Kaufpreises noch gemäß §§ 631, 632 BGB in Verbindung mit § 128 HGB analog ein Anspruch auf Zahlung restlichen Werklohns zu.

[6] Nicht die Bekl., sondern die Sozietät als Gesellschaft bürgerlichen Rechts sei Vertragspartnerin der Kl. geworden. Die Bekl., die unstreitig keine Gesellschafterin der Anwaltssozietät gewesen sei, hafte auch nicht nach Rechtsscheingrundsätzen.

[7] Von den im Briefkopf der Schriftsätze einer Kanzlei aufgeführten Rechtsanwälten könne nicht ohne weiteres angenommen werden, dass sie Vertragspartner bei Rechtsgeschäften würden, die andere Gegenstände als Anwaltsverträge mit Mandanten betreffen. Hier sei es nicht um einen Anwaltsvertrag gegangen, sondern lediglich um Rechtsgeschäfte, die die Büroeinrichtung betreffen. Unstreitig sei im Rahmen der streitgegenständlichen Vertragsverhandlungen nicht Papier mit dem Briefkopf der Kanzlei verwendet worden. Weder die Stellung der Beklagten als Ansprechpartnerin für PC-Angelegenheiten in der Kanzlei noch ihr Erscheinen im Geschäftslokal der Kl. nach Vertragsschluss und die Übergabe eines Schecks über 500 € zur Begleichung der offenen Kaufpreisforderung für den PC unter Zusage weiterer Zahlungen ließen

Rückschlüsse auf einen bei Vertragsschluss gesetzten Rechtsschein einer Gesellschafterstellung der Beklagten zu.

## II. Entscheidung des BGH in der Revision

[8] Die Beurteilung des Berufungsgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung stand. Der Kl. steht kein Zahlungsanspruch gegen die Bekl. zu. Die Bekl. ist weder Vertragspartnerin der Kl. geworden, noch haftet sie als "Scheinsozia" nach den Grundsätzen der Duldungs- und Anscheinsvollmacht (BGHZ 70, 247, 249).

### 1. Verpflichtete ist allein die Sozietät

[9] Zutreffend - und von der Revision unangegriffen - hat das Berufungsgericht festgestellt, dass aus den die PC-Anlage betreffenden Verträgen die Sozietät, bei der die Bekl. damals als angestellte Rechtsanwältin tätig war, verpflichtet werden sollte und verpflichtet wurde.

### 2. Keine Haftung nach den Grundsätzen der Scheinsozietät

[10] Die Bekl. haftet aus den mit der Anwaltssozietät S. geschlossenen Verträgen entgegen der Ansicht der Revision auch nicht nach den vom Bundesgerichtshof entwickelten Grundsätzen der Scheinsozietät. Diese betreffen den Fall, dass mehrere Rechtsanwälte, zwischen denen keine Sozietät, sondern nur ein Anstellungsverhältnis besteht, nach außen hin durch gemeinsame Briefbögen, Stempel usw. den Anschein einer Sozietät erwecken und dadurch gegenüber dem Rechtsverkehr den Anschein erzeugen, dass der einzelne handelnde Rechtsanwalt sie sämtlich vertritt. An diesem von ihnen gesetzten Rechtsschein müssen sich deshalb alle Rechtsanwälte festhalten lassen. Dies er-

gibt sich aus den von der Rechtsprechung herausgebildeten Grundsätzen zur sogenannten Duldungs- und Anscheinsvollmacht (BGHZ 70, 247, 249). Die Rechtsfigur der Scheinsozietät dient indessen allein dazu, im Interesse der Mandantschaft um deren Vertrauensschutzes willen unter Haftungsgesichtspunkten auf den erweckten Anschein abzustellen (BGH, Urteil vom 12.10.2000 - WpSt (R) 1/00, NJW 2001, 165, unter II 1 b). Fehler eines Scheinsoziums bei der Bearbeitung eines Mandats werden als solche der Sozietät behandelt (BGH, Urteil vom 03.05.2007 - IX ZR 218/05, NJW 2007, 2490, Tz. 20). Die Haftung eines Mitglieds einer Scheinsozietät setzt ein Mandatsverhältnis und damit eine anwaltstypische Tätigkeit voraus. Eine anwaltstypische Tätigkeit liegt jedoch dann nicht vor, wenn keine rechtsberatende oder rechtsvertretende Tätigkeit damit verbunden ist (vgl. BGH, Urteil vom 08.07.1999 - IX ZR 338/97, NJW 1999, 3040, unter I 3 b aa; OLG Celle, NJW 2006, 3431, 3433; Palandt/Heinrichs, BGB, 67. Aufl., § 164 Rdnr. 6). So ist es hier. Der Kauf einer PC-Anlage und deren Reparatur stellen, auch wenn sie für ein Anwaltsbüro erfolgen, keine anwaltstypischen Tätigkeiten dar.

### 3. Keine weiteren Ansatzpunkte für eine Rechtsscheinhaftung ersichtlich

[11] Nach den zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts sind auch im Übrigen - außerhalb einer Mandatsbeziehung zur Kl. - keine Anhaltspunkte für eine Rechtsscheinhaftung der Bekl. für den von der Rechtsanwaltssozietät S. zu zahlenden Restkaufpreis und Werklohn ersichtlich. Übergangenen Sachvortrag hierzu zeigt die Revision nicht auf.

## 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> ra@jura-intensiv.de
<b>CHEFREDAKTION:</b>	Rechtsanwalt Frank Schildheuer ( <i>zugleich Öffentliches Recht</i> )
<b>REDAKTEURE:</b>	Rechtsanwältin Kathrin Lühl ( <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.

**Strafrecht****Standort: § 244 I Nr. 1a StGB****Problem: Anderes gefährliches Werkzeug**

BGH, BESCHLUSS VOM 03.06.2008  
3 STR 246/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Der Angeklagte hatte in einem Lebensmittelmarkt mit einem Taschenmesser mit einer längeren ausklappbaren Klinge die Sicherheitsetiketten von drei Flaschen Whiskey entfernt und den Markt verlassen, ohne zu bezahlen. Das Amtsgericht Osterholz-Scharmbeck war zwar davon ausgegangen, dass der Angeklagte das Messer auf keinen Fall gegen Menschen einsetzen wollte, hatte diesen aber trotzdem wegen Diebstahls mit Waffen, §§ 242 I, 244 I Nr. 1a StGB, verurteilt. Der Angeklagte legte hiergegen Sprungrevision, §§ 335 I, 312 StPO, ein. Das OLG Celle beabsichtigte, auf die Revision hin das Urteil aufzuheben und den Angeklagten nur wegen einfachen Diebstahls, § 242 I StGB, zu verurteilen, befürchtete jedoch, sich damit in Widerspruch zu der Rechtsprechung anderer Oberlandesgerichte zu setzen und legte deshalb gem. § 121 II GVG dem BGH die Rechtsfrage zur Entscheidung vor, ob ein anderes gefährliches Werkzeug i.S.v. § 244 I Nr. 1a StGB nur ein solches sei, dass der Täter auch gegen Menschen einsetzen wolle. Der BGH erklärte, er könne keine allgemeingültige Definition für ein anderes gefährliches Werkzeug i.S.v. § 244 I Nr. 1a StGB liefern, auf die Verwendungsabsicht des Täters könne es jedoch nicht ankommen. Im vorliegenden Fall zumindest stelle das fragliche Taschenmesser jedoch ein anderes gefährliches Werkzeug dar.

**Prüfungsrelevanz:**

Die Prüfung des Vorliegens eines anderen gefährlichen Werkzeugs i.S.v. § 244 I Nr. 1a StGB ist seit dem 6. StrRG (1998) zu einem Standardproblem in strafrechtlichen Aufgabenstellungen in beiden Examen geworden. Insbesondere deshalb, weil sich dasselbe Problem auch beim insofern gleichlautenden Tatbestand des § 250 I Nr. 1a StGB stellt, sind hier Kenntnisse bzgl. der verschiedenen vertretenen Lösungsansätze unerlässlich.

Wie der BGH in der vorliegenden Entscheidung sehr schön darstellt, hat der Gesetzgeber im Rahmen des 6. StrRG den Tatbestand des § 244 I Nr. 1a StGB so geändert, dass es nunmehr einen Diebstahl mit Waffen darstellt, wenn der Täter bei einem Diebstahl "eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug bei

sich führt". Der Gesetzgeber ging hierbei davon aus, dass für die Definition des Begriffs "anderes gefährliches Werkzeug" i.R.v. § 244 I Nr. 1a StGB auf die Definition des gleichlautenden Begriffs aus dem Tatbestand der gefährlichen Körperverletzung (§ 223a StGB a.F., § 224 I Nr. 2 StGB n.F.) zurückgegriffen werden könne (BTDrucks. 13/9064, S. 18). Ein gefährliches Werkzeug i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB ist nach ganz h.M. jeder Gegenstand, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und nach der Art seiner Benutzung im konkreten Einzelfall geeignet ist, erhebliche Verletzungen zuzufügen (BGH, NStZ 1999, 616; 2007, 95; Fischer, § 224 Rn 9; Lackner/Kühl, § 224 Rn 5; Wessels/Hettinger, Rn 275). Maßgeblich für die Gefährlichkeit eines Werkzeugs ist also i.R.v. § 224 I Nr. 2 StGB vor allem dessen konkrete Verwendung im Einzelfall. Da § 244 I Nr. 1a StGB aber eine Verwendung des Werkzeugs gar nicht voraussetzt, sondern lediglich ein Beisichführen, kann für die Definition des anderen gefährlichen Werkzeugs beim Diebstahl mit Waffen entgegen der Vorstellung des Gesetzgebers tatsächlich nicht auf die Kriterien des § 224 I Nr. 2 StGB zurückgegriffen werden.

In der Literatur haben sich deshalb zahlreiche unterschiedliche Auffassungen entwickelt, die sich im Wesentlichen in zwei Gruppen einteilen lassen (vgl. hierzu die Darstellung bei Rengier, BT I, § 4 Rn 24 ff. und in der vorliegenden Entscheidung): Ein Teil der Literatur will die Gefährlichkeit des Werkzeugs anhand subjektiver Kriterien bestimmen und verlangt deshalb eine Verwendungsabsicht (Lackner/Kühl, § 244 Rn 3; Rengier, BT I, § 4 Rn 25 f.; Erb, JR 2001, 207; Graul, JURA 2000, 204, 205; Küper, JZ 1999, 187, 192; Weißer, JuS 2005, 621) oder zumindest einen Verwendungsvorbehalt (Wessels/Hillenkamp, Rn 262b; Hilgendorf, ZStW 2000, 811, 832). Die Gegenauffassung geht davon aus, dass die Gefährlichkeit objektiv zu bestimmen sei. Auch hier gibt es verschiedene Auslegungstendenzen: Teilweise wird es als ausreichend erachtet, dass das Werkzeug abstrakt dazu geeignet ist, erhebliche Verletzungen zuzufügen (SK-Günther, § 250 Rn 11; Hörnle, JURA 1998, 169, 172; Schroth, NJW 1998, 2864), andere verlangen, dass der Gegenstand in der konkreten Tatsituation keine andere Verwendung haben könne als die als Verletzungswerkzeug (sog. "single-use-Gegenstand", vgl. Joecks, § 244 Rn. 13; Schönke/Schröder-Eser, § 244 Rn. 5; Schlothauer/Sättle, StV 1998, 505, 508), dass das

Werkzeug bei einem Diebstahl typischerweise als Verletzungswerkzeug gebraucht wird (Otto, BT I, § 42 Rn 52) oder dass der Gegenstand eine Gefährlichkeit aufweist, die einer Waffe entspricht und somit ein "Waffenersatzfunktion" besitzt (Fischer, § 244 Rn 9c f.; Kindhäuser/Wallau, StV 2001, 18 f.; Streng, GA 2001, 359, 365 ff.). Auch die Rechtsprechung zur Auslegung des § 244 I Nr. 1a StGB ist uneinheitlich: Während das BayObLG eine abstrakte Eignung zur Zufügung erheblicher Verletzungen ausreichen ließ (BayObLG, JR 2001, 205), verlangen andere Oberlandesgerichte zusätzlich noch ein konkretes Bewusstsein des Täters, das sich darauf richten muss, das Werkzeug bei sich zu führen und dieses auch als Verletzungswerkzeug gegen Menschen verwenden zu können (OLG Celle, StV 2005, 336 (= RA 2005, 535); OLG Schleswig, NStZ 2004, 212 (= RA 2004, 356)), wobei dieses Bewusstsein allerdings in die Tathandlung des "Beisichführens" hineingelesen wurde.

In der vorliegenden Entscheidung spricht der BGH das aus, was auch in der Literatur schon teilweise kritisiert wurde (vgl. Fischer, § 244 Rn 7): Da bei der vorliegenden Gesetzesfassung ein Auslegung des Begriffs des anderen gefährlichen Werkzeugs i.S.v. §§ 244 I Nr. 1a, 250 I Nr. 1a StGB nicht nach denselben Kriterien erfolgen kann wie bei § 224 I Nr. 2 StGB (s.o.) und andere greifbare Kriterien nicht erkennbar sind, ist der Gesetzgeber aufgefordert, die entsprechenden Tatbestände zu ändern. Der BGH geht sogar noch weiter und erklärt, eine abstrakte Definition des Begriffs des anderen gefährlichen Werkzeugs i.S.v. §§ 244 I Nr. 1a, 250 I Nr. 1a StGB sei bei der derzeitigen Gesetzeslage unmöglich. Es könne lediglich im Einzelfall geprüft werden, ob ein konkreter Gegenstand ein solches Werkzeug darstelle oder nicht. Allerdings sei dem Gesetz immerhin doch eindeutig zu entnehmen, dass es für die Einordnung eines Werkzeugs als "gefährlich" i.S.v. § 244 I Nr. 1a StGB jedenfalls nicht auf subjektive Kriterien ankommen könne. Damit hat der BGH sich immerhin deutlich gegen die subjektiven Auffassungen in der Literatur - und auch die bisherige OLG-Rechtsprechung - ausgesprochen.

Bezogen auf den vorliegenden Fall führt der BGH aus, dass ein Taschenmesser mit einer längeren Klinge regelmäßig als gefährliches Werkzeug i.S.v. § 244 I Nr. 1a StGB anzusehen sei. Wann aber ggf. von dieser Regel abgewichen werden kann, lässt der BGH offen.

#### Vertiefungshinweise:

□ Zum anderen gefährlichen Werkzeug i.S.v. §§ 244 I Nr. 1a, 250 I Nr. 1a StGB: *BayObLG*, JR 2001, 205; *OLG Celle*, StV 2005, 336 (= RA 2005, 535); *OLG Schleswig*, NStZ 2004, 212 (= RA 2004, 356); *Erb*, JR 2001, 207; *Graul*, JURA 2000, 204; *Hilgendorf*, ZStW 2000, 811; *Hörnle*, JURA 1998, 169; *Kindhäuser/Wallau*, StV 2001, 18; *Küper*, JZ 1999,

187; *Schroth*, NJW 1998, 2864; *Schlothauer/Sättle*, StV 1998, 505; *Streng*, GA 2001, 359; *Weißer*, JuS 2005, 621

#### Kursprogramm:

□ Examenskurs: "Der Elektromeister"

#### Leitsatz:

**Ein Taschenmesser ist grundsätzlich ein gefährliches Werkzeug im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB; dies gilt unabhängig davon, ob der Dieb es allgemein für den Einsatz gegen Menschen vorgesehen hat.**

#### Sachverhalt:

Der Angeklagte begab sich in einen Lebensmittelmarkt. An seinem Gürtel führte er ein klappbares Taschenmesser mit einer längeren Klinge bei sich, um von Whiskeyflaschen, die er stehlen wollte, die Sicherungsetiketten abzuschneiden. Der Angeklagte nahm drei Flaschen Whiskey aus einem Regal, ging einen Gang weiter, entfernte dort mit dem Messer die Sicherungsetiketten und verließ das Geschäft, ohne zu bezahlen. Das Amtsgericht ist der Einlassung des Angeklagten gefolgt, er habe das Messer keinesfalls gegen Menschen einsetzen wollen.

#### Aus den Gründen:

[1] Die Vorlegungssache betrifft die Frage, ob der Täter die Voraussetzungen des Diebstahls mit Waffen (§ 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB) erfüllt, wenn er bei der Begehung der Tat ein Taschenmesser bei sich führt.

#### I. Entscheidung des AG; Prozessgeschichte

[2] Das Amtsgericht Osterholz-Scharmbeck hat den Angeklagten wegen Diebstahls mit Waffen (§ 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB) sowie wegen Diebstahls (§§ 242, 243 StGB) in drei weiteren Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Monaten verurteilt. [...]

[4] Gegen dieses Urteil hat der Angeklagte Sprungrevision zum Oberlandesgericht Celle eingelegt und diese mit der allgemeinen Sachrüge begründet.

#### I. Vorlagebeschluss des OLG

[5] Das Oberlandesgericht beabsichtigt, den Schuldspruch des Amtsgerichts wegen Diebstahls mit Waffen in entsprechender Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO in eine Verurteilung wegen einfachen Diebstahls zu ändern. Es vertritt die Auffassung, die Voraussetzungen des § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB seien nicht gegeben; denn der Angeklagte habe kein anderes gefährliches Werkzeug im Sinne dieser Vorschrift bei sich geführt. Bei der Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals müsse die vom Täter mit dem Werkzeug

verbundene Gebrauchsabsicht Berücksichtigung finden. Ein Werkzeug, das konstruktionsbedingt nur der Bearbeitung von Gegenständen diene und das der Täter allein in dieser Funktion nutzen wolle, erfülle das Qualifizierungsmerkmal der Gefährlichkeit nicht; es müsse vielmehr hinzukommen, dass der Täter allgemein bereit sei, den Gegenstand unabhängig von dessen konstruktionsbedingten Eigenschaften gegen Menschen einzusetzen, ohne dass festgestellt werden müsse, diese Bereitschaft des Täters habe auch bei dem konkreten Diebstahl vorgelegen.

[6] An der beabsichtigten Entscheidung sieht sich das Oberlandesgericht Celle durch die Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 12. April 2000 (NStZ-RR 2001, 202), des Oberlandesgerichts München vom 16. Mai 2006 (NStZ-RR 2006, 342) und des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts vom 16. Juni 2003 (NStZ 2004, 212) gehindert. Nach deren Auffassung kommt es für die Verwirklichung des Qualifikationstatbestandes des § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB nur darauf an, dass der Täter bei der Begehung des Diebstahls ein Werkzeug vorsätzlich mit sich führt, das nach "seiner objektiven Beschaffenheit und nach der konkreten Art seiner Benutzung" geeignet ist, erhebliche Verletzungen zu verursachen; eine auch nur generelle Absicht oder "Widmung", das Werkzeug auch gegen Menschen einzusetzen, sei demgegenüber nicht erforderlich.

[7] Das Oberlandesgericht Celle hat die Sache deshalb dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung folgender Rechtsfrage vorgelegt:

"Ist ein 'anderes gefährliches Werkzeug' gemäß § 244 Abs. 1 Nr. 1. a) StGB ein Tatmittel, das allein nach seiner objektiven Beschaffenheit geeignet ist, erhebliche Verletzungen zuzufügen, oder muss bei Werkzeugen, die als Gebrauchsgegenstand nicht zur Verletzung von Personen bestimmt sind, sondern jederzeit sozialadäquat von jedermann bei sich geführt werden können - wie etwa ein Taschenmesser - als subjektives Element seitens des Täters hinzutreten eine generelle, vom konkreten Lebenssachverhalt losgelöste Bestimmung des Werkzeuges zur Verwendung gegen Menschen, wobei die in § 244 Abs. 1 Nr. 1. b) StGB vorausgesetzte konkrete Verwendungsabsicht nicht vorliegen muss?"

## 2. Stellungnahme des Generalbundesanwalts

[8] Der Generalbundesanwalt hält eine Einschränkung des den Diebstahl qualifizierenden Tatbestandsmerkmals durch das vom vorlegenden Oberlandesgericht geforderte subjektive Element für nicht geboten. Er beantragt zu beschließen:

"'Andere gefährliche Werkzeuge' im Sinne von § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB sind Gegenstände, die nicht als Angriffs- oder Verteidigungsmittel konstruiert, die jedoch aufgrund ihrer objektiven Zweckbestimmung oder Beschaffenheit zur Verursachung er-

heblicher Verletzungen von Personen generell geeignet sind."

## II. Zum Vorliegen der Voraussetzungen für eine Vorlage gem. § 121 II GVG

[9] Die Vorlegungsvoraussetzungen gemäß § 121 Abs. 2 GVG sind erfüllt.

[10] Das Oberlandesgericht Celle kann über die Revision des Angeklagten nicht wie von ihm beabsichtigt entscheiden, ohne von den tragenden Erwägungen der genannten Entscheidungen des Oberlandesgerichts München und des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts sowie von der Rechtsauffassung des Oberlandesgerichts Hamm (NJW 2000, 3510) abzuweichen. Ob auch die Divergenz zu der Rechtsmeinung des aufgelösten Bayerischen Obersten Landesgerichts die Vorlegungspflicht noch begründet (vgl. Hannich, in: KK, § 121 GVG Rdn. 17), bedarf daher keiner Entscheidung.

[11] Die Vorlegungsfrage ist jedoch zu weit gefasst, weil sie den Besonderheiten des vorliegenden Falles nicht in genügendem Maße Rechnung trägt und über die für das Ausgangsverfahren entscheidungserheblichen Gesichtspunkte hinausgeht (vgl. BGHSt 25, 281, 283; 43, 285, 288; 45, 140, 142). Das Oberlandesgericht hat zunächst der Tatsache keine hinreichende Beachtung geschenkt, dass es sich bei dem Taschenmesser des Angeklagten um ein solches mit einer relativ langen Klinge handelte. Entscheidungserheblich ist daher allein, ob derartige größere Taschenmesser unabhängig von einer allgemeinen Zweckbestimmung des Täters zu deren potentiell Einsatz gegen Menschen als gefährliche Werkzeuge im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB einzustufen sind; darauf, ob dies für alle auf dem Markt vertriebenen Taschenmesser gilt, also auch solche mit sehr kurzer Klinge, kommt es demnach nicht an. Ebenso wenig stellt sich die Frage, ob eine Einschränkung des Tatbestandsmerkmals "anderes gefährliches Werkzeug" in den Fällen vorzunehmen ist, in denen der Täter den in Rede stehenden Gegenstand ohne jede Gebrauchsabsicht in "sozialadäquater" Weise bei der Tatbegehung mit sich führt; denn der Angeklagte hat das Taschenmesser hier zielgerichtet zur Entfernung der Sicherheitsetiketten und damit zur Verwirklichung des Diebstahls mitgeführt und auch verwendet, so dass er es gerade nicht in "sozialadäquater" Form bei sich getragen hat. Der Senat präzisiert deshalb die Rechtsfrage wie folgt: "Ist ein Taschenmesser grundsätzlich ein gefährliches Werkzeug im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB, oder nur dann, wenn der Dieb es allgemein auch für den Einsatz gegen Menschen vorgesehen hat?"

## III. Voraussetzungen für ein anderes gefährliches Werkzeug i.S.v. § 244 I Nr. 1a StGB

[12] Der Senat beantwortet die Vorlegungsfrage wie aus der Beschlussformel ersichtlich.

*1. Entstehungsgeschichte und Motive des Gesetzgebers zu § 244 I Nr. 1a StGB*

[13] § 244 StGB hat seine heutige Fassung durch das Sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 26. Januar 1998 (BGBl I 164 ff.) erhalten. Dieses hat mit der Formulierung "Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug" das gefährliche Werkzeug in § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB als Oberbegriff des Qualifikationstatbestandes eingeführt. § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB aF bedrohte demgegenüber nur für Waffen das reine Mitsichführen mit erhöhter Strafe und setzte für alle sonstigen Werkzeuge und Mittel voraus, dass der Täter sie beim Diebstahl bei sich hatte, um den Widerstand eines anderen durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden (so jetzt auch § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b StGB nF). Unter den somit nach neuem Recht von dem Begriff des gefährlichen Werkzeugs mit umfassten Waffen sind nach einhelliger Meinung solche im technischen Sinne zu verstehen, das heißt Gegenstände, die nach ihrer Art für Angriffs- oder Verteidigungszwecke bestimmt und zur Verursachung erheblicher Verletzungen generell geeignet sind (vgl. BGHSt 45, 92, 93; Fischer, StGB 55. Aufl. § 244 Rdn. 3 a; Eser in Schönke/Schröder, StGB 27. Aufl. § 244 Rdn. 3). Sie unterscheiden sich von anderen gefährlichen Werkzeugen bezüglich der ihnen innewohnenden generellen Bestimmung. Während Waffen zum Einsatz als Angriffs- oder Verteidigungsmittel bestimmt sind, ist dies bei anderen gefährlichen Werkzeugen nicht der Fall.

[14] Der Gesetzgeber hat den Begriff des gefährlichen Werkzeugs dem Straftatbestand der gefährlichen Körperverletzung (§ 223a Abs. 1 StGB aF bzw. § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB nF) entnommen. Er war der Ansicht, auf die zu dieser Vorschrift entwickelten Auslegungskriterien könne auch bei der Interpretation des wortlautgleichen Tatbestandsmerkmals des § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB zurückgegriffen werden (vgl. Bericht des Rechtsausschusses, BTDrucks. 13/9064 S. 18). Zu § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB ist allgemein anerkannt, dass ein Werkzeug dann als gefährlich anzusehen ist, wenn es aufgrund seiner objektiven Beschaffenheit und nach der Art seiner Verwendung im konkreten Einzelfall geeignet ist, erhebliche Verletzungen hervorzurufen (st. Rspr.; vgl. BGH NStZ 2007, 95).

[15] Die Rechtsprechung hat diese vom Gesetzgeber vorgegebene Definition auf die Fälle des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB, in denen das gefährliche Werkzeug verwendet werden muss, übertragen (vgl. BGHSt 45, 249, 250; BGH NStZ 1999, 135, 136; 1999, 301, 302; BGHR StGB § 250 Abs. 1 Nr. 1 a Waffe 2; Abs. 2 Nr. 1 Verwenden 1). In einigen Entscheidungen hat sie zunächst das Tatbestandsmerkmal des anderen gefährlichen Werkzeugs auch in den Fällen des Beisichführens gemäß § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a, § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB entsprechend interpretiert (vgl. BGH NJW 1998, 2915; 1998, 2916; 1998, 3130; NStZ

1999, 135, 136, jew. zu § 250 StGB; BayObLG NStZ-RR 2001, 202; OLG Hamm NJW 2000, 3510).

[16] In Rechtsprechung und Literatur besteht mittlerweile allerdings weitestgehend Einigkeit darüber, dass für die Auslegung des Begriffs "anderes gefährliches Werkzeug" im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a, § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a und § 177 Abs. 3 Nr. 1 StGB die vom Gesetzgeber angeregte Orientierung an der genannten Definition dogmatisch verfehlt bzw. systemwidrig ist (vgl. BGH NStZ 1999, 301, 302; NJW 2002, 2889, 2890; Eser aaO Rdn. 5; Hoyer in SK-StGB § 244 Rdn. 10; Fischer aaO Rdn. 7; Lackner/Kühl, StGB 26. Aufl. § 244 Rdn. 3; Kindhäuser, Strafrecht BT II 4. Aufl. § 4 Rdn. 11; Fischer NStZ 2003, 569; Kindhäuser/Wallau StV 2001, 18; 2001, 352; Küper in FS für Hanack S. 569, 577, 581; ders. JZ 1999, 187, 189; Otto, GK Strafrecht BT 7. Aufl. § 41 Rdn. 52; Lesch GA 1999, 365, 366; Maatsch GA 2001, 75, 76; Streng GA 2001, 359, 360; Jäger JuS 2000, 651, 653; jeweils m. w. N.; aA noch OLG München NStZ-RR 2006, 342). Denn anders als bei der gefährlichen Körperverletzung, die "mittels" des gefährlichen Werkzeugs begangen wird, stellt das andere gefährliche Werkzeug im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB - wie im Falle von § 177 Abs. 3 Nr. 1, § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB - gerade kein Tatmittel dar. Für die Verwirklichung des Tatbestandes reicht nach dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes vielmehr das bloße Beisichführen aus, so dass es - im Gegensatz zu § 177 Abs. 4 Nr. 1, § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB - zu einer Verwendung im konkreten Einzelfall, an deren Art die Gefährlichkeit gemessen werden könnte, nicht kommt (so schon BGH NStZ 1999, 301, 302; vgl. auch BGH NStZ 2002, 594, 595).

[17] Der Auslegungshinweis des Gesetzgebers ist deshalb für die Beantwortung der Vorlegungsfrage nicht tauglich.

*2. Auslegung des Begriffs des anderen gefährlichen Werkzeugs i.S.v. § 244 I Nr. 1a StGB durch Rechtsprechung und Literatur*

[18] Vor diesem Hintergrund sind in Rechtsprechung und Literatur zahlreiche unterschiedliche Ansätze zur Bestimmung des Tatbestandsmerkmals des anderen gefährlichen Werkzeugs für diejenigen Tatbestände entwickelt worden, die lediglich voraussetzen, dass der Täter das Werkzeug bei der Begehung der Tat bei sich führt. Soweit ersichtlich herrscht dabei noch insofern Einigkeit, dass unter einem Werkzeug als solchem jeder körperliche Gegenstand zu verstehen ist, der nach seiner konkreten Beschaffenheit die Eigenschaft aufweist, als Mittel zur Gewaltanwendung oder -drohung eingesetzt werden zu können (vgl. BGHSt 24, 339, 341; 38, 116, 117; NJW 1996, 2663 zu §§ 244, 250 StGB aF; Sander in Münch-Komm-StGB § 250 Rdn. 16). Zu der Frage, welche zusätzlichen Kriterien erfüllt sein müssen, damit ein solcher Gegenstand als anderes

gefährliches Werkzeug im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB anzusehen ist, werden in Rechtsprechung und Literatur jedoch unterschiedliche Auffassungen vertreten:

#### *a. Rechtsprechung*

[19] Unter Bezugnahme auf einen - die Entscheidung allerdings nicht tragenden - Hinweis des Senats (NStZ 1999, 301, 302) ist ein Teil der Rechtsprechung (vgl. OLG Frankfurt StV 2002, 145; StraFo 2006, 467; OLG Braunschweig NJW 2002, 1735, 1736) ebenso wie das vorliegende Oberlandesgericht Celle der Meinung, bei Werkzeugen, die als Gebrauchsgegenstand nicht allgemein zur Verletzung von Personen bestimmt seien, sondern jederzeit sozialadäquat von jedermann bei sich geführt werden könnten, sei erforderlich, dass als subjektives Element eine generelle, vom konkreten Lebenssachverhalt losgelöste Bestimmung des Werkzeuges zur Verwendung gegen Menschen seitens des Täters hinzutrete, ohne dass indes die in § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b StGB vorausgesetzte konkrete Verwendungsabsicht gegeben sein müsse. Andere Obergerichte sind der Ansicht, ein Werkzeug sei bereits dann im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB gefährlich, wenn es objektiv geeignet sei, erhebliche Verletzungen zu verursachen, und damit dem Täter bei Begehung des Diebstahls die Möglichkeit biete, es - etwa in einer bedrängten Situation - als Gewalt- oder Drohungsmittel einzusetzen. Der Tatbestand enthalte jedoch eine einschränkende subjektive Komponente durch das Merkmal des Beisichführens, die insbesondere zum Tragen komme, wenn der Täter einen Gebrauchsgegenstand des täglichen Lebens in sozialadäquater Weise bei sich führe (vgl. Schleswig-Holsteinisches OLG NStZ 2004, 212; OLG Celle StV 2005, 336; ähnlich OLG München NStZ-RR 2006, 342).

#### *b. Literatur*

[20] Die in der Literatur vertretenen Meinungen lassen sich in zwei Gruppen einteilen:

##### *aa. Subjektive Auffassungen*

[21] Ein Teil des Schrifttums ist der Auffassung, eine Auslegung des Tatbestandsmerkmals sei allein anhand objektiver Kriterien nicht möglich. Da nahezu jeder Gegenstand so eingesetzt werden könne, dass er erhebliche Verletzungen hervorzurufen geeignet sei, müsse für die Annahme eines anderen gefährlichen Werkzeuges im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB auf subjektiver Ebene ein begrenzendes Element hinzutreten. Dieses wird teilweise - der Auffassung des vorlegenden Oberlandesgerichts entsprechend oder zumindest nahe kommend - darin gesehen, dass der Täter zumindest generell den Willen haben müsse, das Werkzeug auch zu Verletzungs- oder Bedrohungszwecken einzusetzen (vgl. Erb JR 2001, 206, 207; Geppert Jura 1999, 599, 602; Küper in FS für Hanack

S. 569, 585 ff.; ders. JZ 1999, 187, 192 ff.). Andere Vertreter dieses Ansatzes fordern, der Täter müsse das Werkzeug einer gegebenenfalls gefährlichen Verwendung "gewidmet" (vgl. Rengier, Strafrecht BT I 9. Aufl. § 4 Rdn. 25; Hilgendorf ZStW 112 (2000), 811, 812 f.; Maatsch GA 2001, 75, 83) oder einen "inneren Verwendungsvorbehalt" gefasst haben, bei dessen Umsetzung sich das Werkzeug als gefährlich erweise (vgl. Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT/2 30. Aufl. § 4 Rdn. 262 b).

##### *bb. Objektive Auffassungen*

[22] Der - wohl überwiegende - Teil der Literatur befürwortet hingegen eine Interpretation des Tatbestandsmerkmals allein anhand objektiver Kriterien. Nach diesen Auffassungen ist die Gefährlichkeit eines Werkzeuges nur nach seiner objektiven Zweckbestimmung oder Beschaffenheit zu bestimmen (vgl. Fischer aaO Rdn. 9 b; Laufhütte/Kuschel in LK 11. Aufl. Nachtrag zu § 250 Rdn. 6; Eser aaO; Schmitz in MünchKommStGB § 244 Rdn. 14 ff.; Hoyer aaO; Kindhäuser aaO Rdn. 7 ff.; Otto aaO Rdn. 53; Dencker JR 1999, 33, 36; Fischer NStZ 2003, 569, 572; Hörnle Jura 1998, 169, 172; Jäger aaO, 654; Kindhäuser/Wallau StV 2001, 18 f.; dies. StV 2001, 352, 353; Lesch aaO 376; Mitsch ZStW 111 (1999), 65, 79; Schlothauer/Sättele StV 1998, 505, 507; Schroth NJW 1998, 2861, 2864; Streng GA 2001, 359, 365).

[23] Innerhalb dieses Ansatzes wird mit einer Vielzahl unterschiedlicher Anforderungen die Anwendbarkeit des § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB vorrangig mit dem Ziel begrenzt, das bloße Beisichführen von Alltagsgegenständen wie Kugelschreibern, Gürteln, Krawatten, Miniaturschraubenziehern oder Schlüsseln nicht unter den Qualifikationstatbestand zu fassen. Es wird insbesondere vertreten, als andere gefährliche Werkzeuge im Sinne der Norm seien nur solche Gegenstände anzusehen, die zu potentiellen Verletzungszwecken eingesetzt werden könnten (Hörnle aaO), von einer zumindest annähernden abstrakten Gefährlichkeit seien wie Waffen (Dencker aaO), in der konkreten Tatsituation keine andere Funktion erfüllen könnten, als zu Verletzungszwecken eingesetzt zu werden (Eser aaO Rdn. 7; Schlothauer/Sättele StV 1998, 505, 508), nach ihrer objektiven Beschaffenheit Waffen ähnelten und bei missbräuchlicher Verwendung dasselbe Verletzungspotential aufwiesen wie "echte" Waffen (Fischer NStZ 2003, 569, 572), eine objektive Waffenähnlichkeit besäßen (Mitsch aaO), aufgrund ihres immanenten Eskalationspotentials und den damit verbundenen Risiken für die öffentliche Sicherheit und Ordnung nach dem Gesetz nicht für jedermann frei verfügbar seien (Lesch aaO 376), denen eine Waffenersatzfunktion zukomme (Streng aaO) oder vor deren Benutzung generell gewarnt bzw. bezüglich derer üblicherweise auf Vorsicht im Umgang mit ihnen hingewirkt werde (Hohmann/Sander, Strafrecht BT Teilbd. 1, 2.



Aufl. § 2 Rdn. 5; Sander in MünchKommStGB § 250 Rdn. 29). Schließlich wird gefordert, die konkreten Tatbestände müssten einen objektiven Beobachter zu der Annahme veranlassen, der Täter wolle den Gegenstand zweckentfremdet in gefährlicher Weise verwenden (vgl. Kindhäuser aaO Rdn. 9).

### 3. Zur Unmöglichkeit einer allgemeingültigen Definition des Begriffs des anderen gefährlichen Werkzeugs i.S.v. § 244 I Nr. 1a StGB

[24] Bereits die Anzahl der geschilderten Lösungsansätze weist darauf hin, dass die Fassung des § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB missglückt ist. Diese lässt von vornherein keine Auslegung des Begriffs des "anderen gefährlichen Werkzeugs" zu, die unter Anwendung allgemeiner und für jeden Einzelfall gleichermaßen tragfähiger rechtstheoretischer Maßstäbe für alle denkbaren Sachverhaltsvarianten eine in sich stimmige Gesetzesanwendung gewährleisten könnte. So ist es etwa schwer verständlich, dass es innerhalb des Strafgesetzbuches und sogar einzelner Normen (§ 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a und Abs. 2 Nr. 1 StGB oder § 177 Abs. 3 Nr. 1 und Abs. 4 Nr. 1 StGB) zu einer unterschiedlichen Auslegung dieses wortgleichen Tatbestandsmerkmals kommen kann (vgl. hierzu schon BGH NStZ 1999, 301; NStZ-RR 2002, 265; aA noch BGH NStZ 2002, 594, 595). Beachtet man zudem die Untauglichkeit des vom Gesetzgeber erteilten Auslegungshinweises, so wird deutlich, dass mit den Mitteln herkömmlicher Auslegungstechnik eine umfassende, sachgerechte Lösung für alle denkbaren Einzelfälle nicht zu erreichen ist. Der Senat sieht deshalb davon ab, im vorliegenden Fall über die Beantwortung der präzisierten, dem konkreten Sachverhalt angepassten Rechtsfrage hinaus den Versuch zu unternehmen, das Tatbestandsmerkmal "anderes gefährliches Werkzeug" im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB allgemeingültig zu definieren.

### 4. Zum Vorliegen eines anderen gefährlichen Werkzeugs im vorliegenden Fall

[25] Dies vorausgesetzt gilt:

#### a. Subjektive Komponente nicht erforderlich

[26] Den in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Auffassungen, die bei der Bestimmung des Begriffs des anderen gefährlichen Werkzeugs auf eingrenzende subjektive Kriterien wie eine - gegebenenfalls generelle - Verwendungsabsicht, einen "Verwendungsvorbehalt" oder einen "Widmungsakt" des Täters abstellen, vermag der Senat nicht zu folgen; an seinem Hinweis in der Entscheidung NStZ 1999, 301, 302 hält er nicht fest.

#### aa. Verstoß der subjektiven Auffassungen gegen den Gesetzeswortlaut

[27] Die genannten Ansichten lassen sich bereits nicht

mit dem Wortlaut des Gesetzes in Einklang bringen. § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB enthält nach seiner insoweit sprachlich klaren und eindeutigen Fassung - im Gegensatz zu § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b StGB - gerade kein über den Vorsatz bezüglich der objektiven Tatbestandsmerkmale hinausgehendes, wie auch immer im Einzelnen zu definierendes subjektives Element. Insbesondere das Erfordernis einer auf den Einsatz des gefährlichen Werkzeugs als Nötigungsmittel gegen Personen gerichtete Absicht, sei sie generell gefasst oder auf den konkreten Diebstahl bezogen, lässt sich der Norm nicht entnehmen.

[28] Eine derartige Gebrauchsabsicht kann auch nicht in die Tathandlung des § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB hineininterpretiert werden; denn der Täter führt ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich, wenn er es bewusst in der Weise bei sich hat, dass er sich seiner jederzeit bedienen kann. Ein darüber hinausgehender Wille, den Gegenstand gegebenenfalls gegen Personen einzusetzen, ist nicht notwendig (vgl. BGHSt 43, 8, 10; BGHR BtMG § 30 a Abs. 2 Mitsichführen 2 jeweils für Fälle des Mitsichführens im Sinne des § 30 a Abs. 2 Nr. 2 BtMG).

#### bb. Verstoß der subjektiven Auffassungen gegen die Gesetzssystematik und Sinn und Zweck der Norm

[29] Dieses aus dem Wortlaut der Norm folgende Ergebnis wird durch systematische und teleologische Gesichtspunkte bestätigt: Die Absicht, das Werkzeug gegen Personen einzusetzen, wird nur von § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b StGB gefordert, dessen Tatbestand verlangt, dass der Täter ein sonstiges Werkzeug oder Mittel bei sich führt, um es zu Nötigungszwecken zu verwenden. Diese Vorschrift ist vom Gesetzgeber als Auffangtatbestand konzipiert worden, unter den das Beisichführen von Gegenständen zu subsumieren ist, von denen zwar objektiv an sich keine Leibeshesgefahr ausgeht, die aber zur Verhinderung oder Überwindung des Widerstands einer anderen Person durch Gewalt oder der Drohung mit Gewalt eingesetzt werden sollen (vgl. Bericht des Rechtsausschusses, BTDrucks. 13/9064 S. 18). Tatmittel sind deshalb bei dieser Tatbestandsalternative grundsätzlich beliebige Gegenstände, ohne dass es auf deren objektive Gefährlichkeit ankommt; denn durch die beschriebene Verwendungsabsicht wird die Gefahr des Einsatzes auch solcher Gegenstände zu Zwecken der Gewaltanwendung oder Drohung konkretisiert (vgl. Fischer aaO Rdn. 7, 10) und damit die im Vergleich zum Grundtatbestand des Diebstahls (§ 242 StGB) höhere Strafdrohung gerechtfertigt.

[30] Demgegenüber will der Gesetzgeber mit § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB Fallgestaltungen mit einer während der Begehung der Tat erhöhten, abstrakt-objektiven Gefährlichkeit erfassen, die sich bereits daraus ableitet, dass der Täter eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich führt, weil in die-

sen Fällen die latente Gefahr des Einsatzes als Nötigungsmittel besteht (vgl. Fischer aaO Rdn. 7; Geppert Jura 1999, 599, 600). Dieser Gedanke galt bereits zu § 244 Abs. 1 Nr. 1 StGB aF für den Dieb, der bei der Tat eine Schusswaffe mit sich führte (vgl. Ruß in LK 12. Aufl. § 244 Rdn. 3), und ist vom Gesetzgeber durch die Neuregelung im Sechsten Gesetz zur Reform des Strafrechts nicht aufgegeben worden; vielmehr ist die tatbestandliche Erweiterung auf andere gefährliche Werkzeuge nach der Intention des Gesetzgebers im Hinblick auf Ungereimtheiten vorgenommen worden, die auftreten könnten, wenn Schusswaffen und andere, ebenso bzw. ähnlich gefährliche Gegenstände nicht gleich behandelt würden (vgl. Bericht des Rechtsausschusses, BTDrucks. 13/9064 S. 18).

[31] Der Differenzierung bezüglich der subjektiven Voraussetzungen der jeweiligen Tatbestandsalternative des § 244 Abs. 1 Nr. 1 StGB liegt somit die gesetzgeberische Absicht zu Grunde, das Beisichführen von Werkzeugen, die im Falle ihres Einsatzes gegen Personen aufgrund ihrer Beschaffenheit objektiv die Eigenschaft besitzen, schwere Verletzungen herbeizuführen, wegen der latenten Gefahr des Gebrauchs durch den Täter selbst ohne dessen Verwendungsabsicht oder -vorbehalt mit erhöhter Strafe zu bedrohen. Dieser Konzeption des Gesetzes liefe es zuwider, wollte man in den Fällen des § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB zur Bestimmung des anderen gefährlichen Werkzeugs auf ein zusätzliches subjektives Element abstellen (vgl. BGH NStZ-RR 2002, 265, 266; NStZ 2002, 594, 595).

*b. Bestimmung des Vorliegens eines anderen gefährlichen Werkzeugs i.S.v. § 244 I Nr. 1a StGB allein anhand objektiver Kriterien*

[32] Bei der Bestimmung des Tatbestandsmerkmals "anderes gefährliches Werkzeug" im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB muss somit allein auf objektive Kriterien zurückgegriffen werden. Dabei ist indes nicht zu verkennen, dass gegen diesen Ansatz und die in seinem Rahmen vertretenen einzelnen Auffassungen durchaus gewichtige Argumente vorgebracht werden können. So kann etwa die Bestimmung eines anderen gefährlichen Werkzeugs nach rein objektiven Kriterien in Anbetracht der zahlreichen in Betracht kommenden Gegenstände zu einer schwer kalkulierbaren Einzelfallkasuistik führen, bei der zudem die Gefahr von widersprüchlichen Entscheidungen offenkundig ist. Hinzu kommt, dass im Einzelfall schwierige Abgrenzungsfragen vor allem zu sonstigen Werkzeugen oder Mitteln im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b StGB, aber auch etwa zum Diebstahl in einem besonders schweren Fall (§ 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB) oder zum Wohnungseinbruchsdiebstahl (§ 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB) im Hinblick auf die hierzu regelmäßig verwendeten Einbruchswerkzeuge aufgeworfen werden können. Jedoch lassen aus den darge-

legten Gründen sowohl der Wortlaut als auch Sinn und Zweck des Gesetzes keinen Raum für ein zusätzliches subjektives Element zur Eingrenzung des Tatbestandsmerkmals "anderes gefährliches Werkzeug" im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB. Die sich hieraus ergebenden Misslichkeiten sind gegebenenfalls durch eine adäquate Neufassung des Gesetzes zu beseitigen. Bis zu einer derartigen gesetzlichen Neuregelung wird es indes für besondere Sachverhaltsvarianten - soweit nach den anerkannten Auslegungskriterien möglich - weiterer Präzisierungen des Tatbestandes durch die Rechtsprechung bedürfen.

[33] Für die hiesige Sachverhaltsgestaltung sind die Voraussetzungen eines anderen gefährlichen Werkzeugs im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB jedenfalls zu bejahen. Hierfür sind folgende Überlegungen maßgebend:

[34] Messer, die nicht ohnehin als Angriffs- oder Verteidigungsmittel konstruiert sind und wie etwa Spring-, Fall-, Faust- oder Faltmesser zu den Waffen im technischen Sinne gehören, erfüllen nach ständiger Rechtsprechung, von der abzuweichen kein Anlass besteht, regelmäßig die Voraussetzungen eines anderen gefährlichen Werkzeugs im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB (vgl. BGH NStZ 1999, 136; NStZ-RR 2001, 41; BGHR StGB § 250 Abs. 2 Nr. 1 Verwenden 1; BGH NStZ-RR 2006, 12, 13 für den Fall eines Klappmessers). Die von ihnen ausgehende hohe abstrakte Gefahr, die Grund für die Strafschärfung durch den Qualifikationstatbestand des § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB ist, ist evident und kommt derjenigen von Waffen im technischen Sinne zumindest nahe.

[35] Dies gilt in vergleichbarer Weise für Taschenmesser mit einer längeren Klinge (zuletzt jeweils offen gelassen, weil nicht entscheidungserheblich in BGH StV 2002, 191 für § 177 Abs. 3 Nr. 1 StGB; NStZRR 2003, 12; 2005, 340). Auch diese sind objektiv zum Schneiden und Stechen bestimmt und nach ihrer Beschaffenheit hierzu geeignet. Von einem sonstigen Messer unterscheiden sie sich im Wesentlichen lediglich dadurch, dass die Klinge von Hand ausgeklappt werden muss. Dieser Umstand nimmt, worauf der Generalbundesanwalt zu Recht hinweist, einem Taschenmesser aber nicht seine objektive Gefährlichkeit. Ein solches Messer kann wie jedes andere jederzeit gegen Personen gebraucht werden und im Falle seines Einsatzes dem Opfer erhebliche, unter Umständen sogar tödliche Verletzungen zufügen. Die latente Gefahr, die von einem derartigen, von dem Dieb bei der Tat bei sich geführten Taschenmesser ausgeht, ist deshalb nicht in einem Umfang geringer als diejenige von sonstigen Messern mit einer vergleichbar langen feststehenden Klinge, dass nach dem Zweck der Norm eine unterschiedliche Bewertung gerechtfertigt wäre.

**Standort: § 244 I Nr. 3 StGB****Problem: Gemischt genutzte Gebäude**

BGH, BESCHLUSS VOM 24. APRIL 2008  
4 STR 126/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Die Angeklagten wollten in das Anwesen der Opfer eindringen, um dort Geld aus einem Tresor zu entwenden. Während zwei von ihnen im Auto warteten, schlug der Dritte absprachegemäß ein Fenster in dem von den Opfern betriebenen Café ein, in dessen Obergeschoss sich die Wohnung der Opfer befand, und kletterte in das Gebäude. Entgegen dem gemeinsamen Plan zwang er jedoch die Opfer mit Gewalt, den Tresor zu öffnen, dem er dann 10.000,- € entnahm.

Das Landgericht Münster hatte die beiden Angeklagten, die im Auto gewartet hatten, wegen Beteiligung an einem Wohnungseinbruchsdiebstahl, §§ 242 I, 244 I Nr. 3 StGB verurteilt. Auf die Revision eines der Angeklagten hin hob der BGH die Verurteilung insoweit auf, da der Sachverhalt das Vorliegen der Voraussetzungen eines Wohnungseinbruchsdiebstahls nicht belege.

**Prüfungsrelevanz:**

Diebstahl, § 242 I StGB, ist ein absolutes Standarddelikt in beiden Examen und nicht nur zum Grundtatbestand, sondern auch zu den entsprechenden Regelbeispielen, § 243 StGB, und Qualifikationstatbeständen, §§ 244, 244a StGB, werden hier vom Kandidaten Detailkenntnisse erwartet. Da der BGH sich in der vorliegenden Entscheidung mit einer Konstellation befasst, die so - zumindest in der Rechtsprechung - bisher noch nicht aufgetreten ist, kann es als sicher angesehen werden, dass die hier angesprochene Problematik zum Gegenstand von Klausuren und mündlichen Prüfungen gemacht werden wird. In einer Klausur wäre insbesondere auch der Exzess desjenigen Mittäters, der entgegen dem gemeinsamen Tatplan Gewalt gegen die Opfer anwandte, ein interessantes Problem. Da allerdings das LG den tatferneren Beteiligten, insb. dem Revisionsführer, diese Handlungen des Tatnächsten sowieso nicht zugerechnet hatte, brauchte der BGH sich im Rahmen der Revision damit auch nicht auseinanderzusetzen.

Gem. § 244 I Nr. 3 StGB begeht der Täter einen Wohnungseinbruchsdiebstahl, wenn er zur Ausführung des Diebstahls "in eine Wohnung einbricht, einsteigt, mit einem falschen Schlüssel oder einem anderen nicht zur ordnungsgemäßen Öffnung bestimmten Werkzeug eindringt oder sich in der Wohnung verborgen hält." Der Begriff der Wohnung i.S.v. § 244 I Nr. 3 StGB entspricht grundsätzlich demjenigen des § 123 I StGB und umfasst somit abgeschlossene und überdachte Räume, die Menschen als Unterkunft dienen (Fischer,

§ 244 Rn 24; Lackner/Kühl, § 244 Rn 11, § 123 Rn 3; Jäger, JuS 2000, 651, 656). Ausgenommen sind also reine Arbeits-, Geschäfts- und Ladenräume. Grund für die qualifizierte Strafe des § 244 I Nr. 3 StGB ist - wie der BGH in der vorliegenden Entscheidung ausführt - der Eingriff in die Privat- und Intimsphäre des Opfers, das bei einem Einbruch in seine Wohnung in besonderem Maße verunsichert und verängstigt wird (BGH, StV 2001, 624; NSTz 2001, 533; Fischer, § 244 Rn 23; Joecks, § 244 Rn 26; Wessels/Hillenkamp, Rn 267).

Problematisch ist die Prüfung der Voraussetzungen des Wohnungseinbruchsdiebstahls bei Gebäuden, die keine reinen Wohngebäude sind, sondern auch gewerblichen Zwecken dienen, sog. gemischt genutzten Gebäuden. Wegen der gebotenen restriktiven Auslegung von § 244 I Nr. 3 StGB (vgl. OLG Schleswig, NSTz 2000, 479; Fischer, § 244 Rn 24a; Wessels/Hillenkamp, Rn 267) ist ein Wohnungseinbruchsdiebstahl bei einem solchen gemischt genutzten Gebäude nicht gegeben, wenn der Täter nur in den Teil eindringt, der nicht zum Wohnen dient, um ausschließlich dort etwas zu stehlen (BGH NSTz 2005, 631; Joecks, § 244 Rn 26).

Der Wortlaut des § 244 I Nr. 3 StGB setzt allerdings nur voraus, dass der Täter in eine Wohnung einbricht, nicht jedoch, dass er auch etwas aus der Wohnung stiehlt. Deshalb ist nach h.M. ein Wohnungseinbruchsdiebstahl auch dann gegeben, wenn der Täter in einen Wohnraum einbricht, um sich von dort aus in einen Geschäftsraum zu begeben und dort etwas zu stehlen (BGH, NSTz 2001, 533; Fischer, § 244 Rn 24b; Joecks, § 244 Rn 26; MüKo(StGB)-Schmitz, § 244 Rn 58; Trüg, JA 2002, 191; a.A.: Wessels/Hillenkamp, Rn 267). Im vorliegenden Fall war jedoch die umgekehrte Konstellation gegeben: Der Täter war in einen Geschäftsraum (ein Café) eingebrochen, um etwas aus der Wohnung zu stehlen, zu der er von dem Geschäftsraum ungehindert Zugang hatte. Da er allerdings nicht "in eine Wohnung" eingebrochen war, wie es § 244 I Nr. 3 StGB voraussetzt, verneint der BGH hier einen Wohnungseinbruchsdiebstahl (ebenso Fischer, § 244 Rn 24b; Jaeger, JuS 2000, 651, 656).

**Vertiefungshinweise:**

☐ Zum Wohnungseinbruchsdiebstahl, insb. bei gemischt genutzten Gebäuden: *BGH*, StV 2001, 624; NSTz 2001, 533; 2005, 631; *OLG Schleswig*, NSTz 2000, 479; *Behm*, GA 2002, 153; *Hellmich*, NSTz 2001, 511; *Jaeger*, JuS 2000, 651; *Trüg*, JA 2002, 191

**Kursprogramm:**

☐ *Examenskurs*: "Das eingespielte Team"

**Leitsatz (der Redaktion):**

**Wenn der Täter in einem Mischgebäude in einen vom Wohnbereich räumlich eindeutig abgegrenzten und nur zu betrieblichen Zwecken genutzten Geschäftsraum einsteigt, um von dort ohne Überwindung weiterer Hindernisse in den Wohnbereich vorzudringen und dort (auch) etwas zu stehlen, ist eine Verurteilung aus § 244 I Nr. 3 StGB mit der äußersten Auslegungsgrenze des Wortlauts nicht mehr vereinbar.**

**Sachverhalt:**

Der Mitangeklagte A gewann den Angeklagten (D) sowie Ag für seinen Plan, nachts in das Wohn- und Betriebsanwesen der Eheleute K einzudringen, um dort Geld aus einem Tresor zu entwenden. Das Anwesen bestand aus zwei miteinander verbundenen Gebäudekomplexen. In einem Gebäudeteil befand sich im Erdgeschoss ein Café nebst Bürobereich und im Obergeschoss der Wohnbereich des Ehepaars; im anderen Teil waren eine Gaststätte, eine Brauerei und weitere Büroräume untergebracht.

Die Gebäudeaufteilung war den Tatbeteiligten nicht im Einzelnen bekannt. Sie wussten aber, dass das Betreiber Ehepaar in dem Anwesen auch wohnte. Während der Angeklagte den Mitangeklagten A und Ag in die Nähe des Tatortes fuhr und dort gemeinsam mit A im Fahrzeug wartete, schlug Ag absprachegemäß im Erdgeschoss des Gebäudes ein Fenster ein und stieg durch dieses in die Damentoilette des Cafés ein. Nach Durchqueren des Cafés gelangte er über eine Treppe zum Wohnbereich der Tatopfer im ersten Obergeschoss. Dort traf er auf das Ehepaar K und zwang dieses - insoweit vom Tatplan abweichend - mittels massiver Schläge mit einem Holzknüppel, ihn zum Tresor, der sich in dem anderen Gebäudeteil befand, zu führen und diesen zu öffnen. Ag nahm 10.000 € an sich, flüchtete und wurde abredgemäß vom Angeklagten und A wieder im Fahrzeug aufgenommen. Die Beute wurde geteilt.

**Aus den Gründen:***1. Entscheidung des LG; Rechtsmittel*

[1] Das Landgericht hat den Angeklagten D der Beihilfe zum Wohnungseinbruchsdiebstahl und den Mitangeklagten A, der keine Revision eingelegt hat, des Wohnungseinbruchsdiebstahls schuldig gesprochen. Es hat den Angeklagten D zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und drei Monaten und den Mitangeklagten A zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und neun Monaten verurteilt, wobei es die Vollstreckung der Strafe beim Mitangeklagten zur Bewährung ausgesetzt hat. Der Angeklagte beanstandet mit seiner Revision die Verletzung sachlichen Rechts. Das Rechtsmittel führt - auch bezüglich des Mitangeklagten A (§ 357 StPO) - zur Abänderung des Schuldspruchs. Im Übr-

gen ist es unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

[2] Die Annahme eines vollendeten Wohnungseinbruchsdiebstahls hält rechtlicher Überprüfung nicht stand. [...]

*2. Entscheidung des BGH; Zu den Voraussetzungen des § 244 I Nr. 3 StGB*

[4] Die festgestellte Tathandlung erfüllt nicht die Anforderungen, die an ein Eindringen bzw. Einsteigen in eine Wohnung im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB zu stellen sind.

[5] Der Wohnungseinbruchsdiebstahl wurde mit dem 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts (6. StrRG) vom 26. Januar 1998 aus dem Katalog der Regelbeispiele des § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB a.F. herausgenommen und zum Qualifikationstatbestand aufgewertet. Der Einbruchsdiebstahl aus Wohnungen ist seither gegenüber den übrigen Einbruchsdiebstählen mit einer im Mindestmaß doppelt so hohen Strafe bedroht und kann nicht mehr mit Geldstrafe geahndet werden. Das Geringfügigkeitsprivileg des § 243 Abs. 2 StGB findet auf Wohnungseinbruchsdiebstähle keine Anwendung mehr. Eine Regelung für minder schwere Fälle sieht § 244 StGB nicht vor.

[6] Diese mit einer deutlichen Strafschärfung einhergehende Gesetzesänderung erfordert eine sorgfältige Abgrenzung des Begriffs der Wohnung im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB von den übrigen Räumlichkeiten, die weiterhin dem Schutzbereich des § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB unterfallen (Schmitz in MüKo § 244 Rdn. 56; Schall, FS Schreiber S. 423, 424).

[7] Ausgehend von der Auslegung des § 123 StGB umfasst der Begriff der Wohnung grundsätzlich alle abgeschlossenen und überdachten Räume, die Menschen zumindest vorübergehend als Unterkunft dienen. Dazu zählen nicht bloße Arbeits-, Geschäfts- oder Ladenräume (vgl. BGH, Beschluss vom 3. Mai 2001 - 4 StR 59/01; Fischer StGB 55. Aufl. § 244 Rdn. 24; Schmitz in MünchKomm. aaO). Dieser in erster Linie am Wortsinn orientierte Wohnungsbegriff kann jedoch mit Blick auf die Motive des Gesetzgebers für die Heraufstufung des Wohnungseinbruchsdiebstahls zum Qualifikationstatbestand nicht uneingeschränkt auf den Tatbestand des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB übertragen werden. Der Gesetzgeber hat die Strafschärfung des Wohnungseinbruchsdiebstahls mit der Erwägung begründet, es handele sich um eine Straftat, die tief in die Intimsphäre des Opfers eingreife und zu ernststen psychischen Störungen, etwa langwierigen Angstzuständen führen könne; nicht selten seien Wohnungseinbrüche zudem mit Gewalttätigkeiten gegen Menschen und Verwüstungen von Einrichtungsgegenständen verbunden (BTDrucks. 13/8587 S. 43). Anlass für die Höherstufung des Wohnungseinbruchsdiebstahls war somit nicht etwa der besondere Schutz von in einer Wohnung - und damit besonders sicher - aufbewahrten Ge-

genständen, sondern die mit einem Wohnungseinbruch einhergehende Verletzung der Privatsphäre des Tatopfers (vgl. BGH NStZ 2001, 533; Schmitz in Münch-Komm. aaO; Schall aaO S. 431). Bezweckt also der Tatbestand des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB neben dem Schutz des Eigentums den verstärkten Schutz der häuslichen Privat- und Intimsphäre, scheidet dessen Anwendbarkeit aus, wenn der Täter in Räumlichkeiten einsteigt oder einbricht, die nicht diesem besonderen Schutzbereich zuzuordnen sind

[8] Mit Blick auf die Motive des Gesetzgebers hat es der Bundesgerichtshof daher bei gemischt genutzten Gebäuden für die Tatbestandsverwirklichung als ausreichend angesehen, wenn der Täter nur deshalb in einen privaten Wohnraum einbrach, um von dort ungehindert in Geschäftsräume, aus denen er Gegenstände zu entwenden beabsichtigte, zu gelangen. In umgekehrten Fällen, in denen der Täter in einem Mischgebäude in einen Geschäftsraum eindrang, um nur dort, nicht aber aus den Wohnzwecken dienenden Räumlichkeiten zu stehlen, hat der Bundesgerichtshof einen Wohnungseinbruchsdiebstahl hingegen verneint (vgl. für den Einbruch in den Gastraum eines Hotels, in dem sich auch - der Regelung des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB unterfallende - Hotelzimmer befinden: BGH, Beschluss vom 3. Mai 2001 - 4 StR 59/01; für den Fall des Einbruchs in den Flur und Empfangsbereich eines Seniorenheims: BGH NStZ 2005, 631).

[9] Den Fall, dass der Täter - wie hier - in ein Geschäfts- oder Ladenlokal einbricht und von dort ungehindert in den Wohnbereich des Tatopfers gelangt, um gegebenenfalls (auch) dort zu stehlen, hat der Bundesgerichtshof, soweit ersichtlich, noch nicht entschieden.

[10] Zwar ist der Schutz der Intim- und häuslichen Privatsphäre fraglos gleichermaßen verletzt, wenn sich der Täter in einem gemischt genutzten Anwesen den ungehinderten Zutritt zur Wohnung durch den Einbruch in ein im selben Gebäude untergebrachtes Geschäftslokal verschafft. Gleichwohl ist jedenfalls dann, wenn der Täter in einem Mischgebäude in einen vom Wohnbereich räumlich eindeutig abgegrenzten und nur zu betrieblichen Zwecken genutzten Geschäftsraum einsteigt, um von dort ohne Überwindung weiterer Hindernisse in den Wohnbereich vorzudringen, eine Verurteilung aus § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB mit der äußersten Auslegungsgrenze des Wortlauts nicht mehr vereinbar (vgl. Seier in Festschrift für Kohlmann S. 295, 304). Die Vorschrift setzt den Einbruch in eine Wohnung voraus. Vom Wohnbereich völlig getrennt untergebrachte, rein geschäftlich genutzte Räumlichkeiten können selbst bei weitester Auslegung des Wohnungsbegriffs diesem jedoch nicht mehr zugeordnet werden (Seier aaO).

[11] Anders mag es sich, was der Senat nicht zu entscheiden hat, verhalten, wenn der Täter in dem Begriff

des Wohnens typischer Weise zuzuordnende, mit dem Wohnbereich unmittelbar verbundene Räume - etwa in Kellerräume oder in den Dachboden eines Einfamilienhauses (anders allerdings bei separat untergebrachten Kellerräumen in Mehrfamilienhäusern vgl. BGH, Beschluss vom 25. Juli 2002 - 4 StR 242/02 - [nicht tragend]; OLG Schleswig NStZ 2000, 479) - einbricht und sich von dort ungehindert Zugang zum Wohnbereich verschafft. Ebenso wenig hat der Senat zu entscheiden, ob der Tatbestand des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB etwa dann erfüllt wäre, wenn ein Täter zwar in einen ausschließlich gewerblich genutzten Raum - etwa die Kanzlei eines Rechtsanwalts - einsteigt, dieser Raum - anders als im vorliegenden Fall - aber so in den Wohnbereich integriert ist, dass dieser und der Geschäftsraum eine in sich geschlossene Einheit bilden.

### 3. Zum Fehlen der Voraussetzungen des § 244 I Nr. 3 StGB im vorliegenden Fall

[12] Danach liegt im vorliegenden Fall ein (vollendeter) Einbruch in eine Wohnung nicht vor. Dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe kann entnommen werden, dass sich der Wohnbereich der Tatopfer vollständig räumlich getrennt vom Gastraum und den Nebenräumen des Cafés, der Gastwirtschaft und dem Brauereibetrieb im Obergeschoss eines der beiden Gebäudekomplexe befand. Eingebrochen wurde indes in einen dem Café, mithin dem Geschäftslokal zuzurechnenden Nebenraum. Die Geschäftsräume wurden nach den Feststellungen ausschließlich als solche genutzt und waren unter keinem Gesichtspunkt dem Wohnbereich zuzuordnen. Die Wortlautgrenze verbietet deshalb eine Verurteilung wegen vollendeten Wohnungseinbruchsdiebstahls nach § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB.

[13] Der Mitangeklagte A, der sich die entsprechenden Tatbeiträge des unmittelbaren Täters Ag zurechnen lassen muss (§ 25 Abs. 2 StGB), hat sich somit als Mittäter lediglich des vollendeten Diebstahls in einem besonders schweren Fall nach § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB schuldig gemacht. Tateinheitlich hat er jedoch - da die Tatbeteiligten infolge ihrer unzureichenden Kenntnisse der Örtlichkeiten ein Einsteigen auch in eine Wohnung billigten - einen versuchten Wohnungseinbruchsdiebstahl nach § 244 Abs. 2 StGB begangen (vgl. Mitsch in ZStW 1999, 65, 71). Der Angeklagte hat zu dieser Tat durch seine Fahrerdienste Beihilfe geleistet.

### 4. Änderung des Schuldspruchs

[14] Der Senat kann den Schuldspruch entsprechend - beim Mitangeklagten A gemäß § 357 StPO - selbst ändern, da auszuschließen ist, dass sich die geständigen Angeklagten gegen die abweichende rechtliche Beurteilung der Tat anders als geschehen hätten verteidigen können.

**Standort: § 306b II Nr. 2 StGB****Problem: Ermöglichungsabsicht**

BGH, BESCHLUSS VOM 22.04.2008  
3 STR 74/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Der Angeklagte hatte aufgrund wirtschaftlicher Schwierigkeiten ein Grundstück veräußern und die eidesstattliche Versicherung abgeben müssen. Einige Jahre später ergab sich die Gelegenheit, das Grundstück zurückzuerwerben. Wegen der vom Angeklagten abgegebenen eidesstattlichen Versicherung kaufte jedoch seine Ehefrau das Grundstück und wurde auch als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen. Die Verwaltung und wirtschaftliche Nutzung des Grundstücks erfolgte jedoch allein durch den Angeklagten. Dieser setzte das auf dem Grundstück befindliche Wohnhaus in Brand, um seiner Frau, auf deren Namen auch eine Gebäudeversicherung für das Haus lief, die Versicherungssumme zu verschaffen.

Das Landgericht Osnabrück verurteilte den Angeklagten aufgrund dieses Verhaltens wegen besonders schwerer Brandstiftung, §§ 306a I Nr. 1, 306b II Nr. 2 StGB, da er durch die schwere Brandstiftung an dem Wohnhaus eine andere Straftat, nämlich einen Betrug, § 263 I StGB, zum Nachteil der Versicherung habe ermöglichen wollen. Eine hiergegen gerichtete Revision des Angeklagten wies der BGH als unbegründet zurück.

**Prüfungsrelevanz:**

Brandstiftungsdelikte sind immer wieder Gegenstand von Examensaufgaben in beiden Examen, ganz besonders in Fallkonstellationen, in denen sie mit Vermögensdelikten, insb. Betrug, kombiniert werden. Der vorliegende Fall, dass der Täter ein Gebäude in Brand setzt, um dem Eigentümer die Inanspruchnahme der Feuerversicherung zu ermöglichen (sog. "heißer Abriss"), ist hierbei ein Klassiker, sodass auch die insofern vom BGH angesprochenen Probleme unbedingt zur Examensvorbereitung gehören sollten.

Gem. § 306b II Nr. 2 StGB wird eine schwere Brandstiftung i.S.v. § 306a StGB insbesondere dann zur besonders schweren Brandstiftung qualifiziert, wenn der Täter in der Absicht handelt, eine andere Straftat zu ermöglichen. Ein Teil der Literatur will den Qualifikationstatbestand des § 306b II Nr. 2 StGB eng auslegen und verlangt, dass der Täter die spezifischen mit einem Brand verbundenen Gefahren (Verwirrung, Panik, Flucht) zur Ermöglichung der anderen Straftat auszunutzen beabsichtigt, sodass bei einer Absicht zur Ermöglichung eines - erst viel später durch die Einreichung der Schadensmeldung zu begehenden - Betruges die Qualifikation ausscheidet (Lackner/Kühl, § 306b Rn 4; Joecks, § 306b Rn 7; Schönke/Schröder-

Heine, § 306b Rn 13; Geppert, JURA 1998, 597, 604; Hecker, GA 1999, 332, 338; Mitsch, ZStW 111, 114). Grund hierfür sei der sehr hohe Strafraum des § 306b II StGB, der ein erhebliches Unrecht voraussetze, das aber nicht gegeben sei, wenn der Täter nicht brandspezifische Gefahren zur Begehung weiterer Taten ausnutzen, sondern nur viel später einen Betrug begehen wolle. Die Rechtsprechung und Teile der Literatur sehen den Tatbestand des § 306 II Nr. 2 StGB weiter und bejahen diesen auch dann, wenn der Täter durch die Brandstiftung die spätere Begehung eines Betrugs ermöglichen will (BGHSt 45, 211, 216 ff.; BGH, NStZ-RR 2004, 366; NJW 2007, 2130, 2131; NK-Herzog, § 306b Rn 7; Krey, BT I, Rn 765a; Ellbogen, JURA 1998, 483, 488; Radtke, JR 2000, 428; Rönnau, JuS 2001, 328). Diese Auffassung stützt sich vor allem auf den (dem § 306b II Nr. 2 StGB entsprechenden) Wortlaut der §§ 211 II, 315 III Nr. 1b StGB, bei denen auch nicht die Ausnutzung einer deliktsspezifischen Gefahr zur Ermöglichung der "anderen" Straftat verlangt wird. Diese Rechtsprechung setzt der BGH in der vorliegenden Entscheidung fort.

Eine in Praxis und Examenssachverhalten häufige Konstellation ist gegeben, wenn der Brandstifter ein fremdes Gebäude in Brand setzt, damit der Eigentümer, der auch der Versicherungsnehmer ist, die Brand- oder Gebäudeversicherung in Anspruch nehmen kann. Bei der Prüfung einer Strafbarkeit wegen Betruges durch das Einreichen der Schadensmeldung oder bei der i.R.v. § 306b II Nr. 2 StGB erforderlichen Inzidentprüfung eines zu ermöglichenden Betruges ist dann insbesondere die Rechtswidrigkeit der vom Täter beabsichtigten Bereicherung des Versicherungsnehmers zu prüfen. Rechtswidrig ist die beabsichtigte Bereicherung i.S.v. § 263 I StGB dann, wenn der Täter und bei einer Drittbereicherung auch der zu bereichernde Dritte keinen fälligen durchsetzbaren Anspruch auf die beabsichtigte Bereicherung hat (BGH, NStZ 2003, 663; Fischer, § 263 Rn 111; Rengier, BT I, § 13 Rn 110). Insofern ist zu berücksichtigen, dass der Versicherungsnehmer gem. § 61 VVG a.F./§ 81 I VVG n.F. keine Anspruch auf die Versicherungsleistung hat, wenn er den Versicherungsfall selbst vorsätzlich herbeigeführt hat. Sind Brandstifter und Versicherungsnehmer nicht identisch, so greift dieser Ausschlussstatbestand des VVG nicht, da der Versicherungsnehmer selbst dann ja u.U. keine Kenntnis von dem Geschehen und deshalb keinen Vorsatz bzgl. der Herbeiführung des Versicherungsfalles hat. Allerdings geht die ganz h.M. davon aus, dass sich der Versicherungsnehmer den Vorsatz seiner Repräsentanten zurechnen lassen muss, also solcher Personen, die dazu befugt sind, in dem Geschäftsbereich, zu dem das versicherte Risiko gehört, selbstständig in einem gewis-

sen, nicht ganz unbedeutenden, Umfang für den Betriebsinhaber zu handeln und dabei auch dessen Rechte und Pflichten als Versicherungsnehmer wahrzunehmen (BGHZ 107, 229; 122, 250; BGH, NStZ 1992, 181; Krey/Hellmann, BT II, Rn 510b). Da der Angeklagte im vorliegenden Fall das Grundstück vollkommen selbstständig verwaltete, hat der BGH - ebenso wie das LG - dessen Stellung als Repräsentant in diesem Sinne angenommen, sodass sein Vorsatz seiner Ehefrau zuzurechnen gewesen wäre und diese deshalb keinen Anspruch auf die Versicherungsleistung gehabt hätte. Somit lagen bei Einreichung der Schadensmeldung die Voraussetzungen für einen (versuchten) Betrug vor und der Angeklagte hat bei der Brandstiftung in der Absicht gehandelt, eine andere Straftat - nämlich diesen Betrug - zu ermöglichen.

#### **Vertiefungshinweise:**

Zu § 306b II Nr. 2 StGB bei Absicht zur Ermöglichung eines Betrugs: BGHSt 45, 211; BGH, NJW 2000, 3581; NStZ-RR 2000, 209; 2004, 366; NJW 2007, 2130; Ellbogen, JURA 1998, 483; Geppert, JURA 1998, 597; Hecker, GA 1999, 332; Kudlich, JA 2000, 361; Mitsch, ZStW 111, 114; Radtke, JR 2000, 428; Rönnau, JuS 2001, 328; Schlothauer, StV 2000, 138

Zur Zurechnung fremden Verschuldens i.R.v. § 61 VVG a.F./§ 81 VVG n.F.: BGHZ 107, 229; 122, 250; BGH, NStZ 1992, 181; BayObLG; NZV 2002, 49

#### **Kursprogramm:**

Examenskurs: "Feuerfalle"

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

**Die Voraussetzungen einer besonders schweren Brandstiftung gem. § 306b II Nr. 2 StGB sind auch dann erfüllt, wenn die Brandlegung zum Zwecke eines Betruges, § 263 I StGB, zum Nachteil der Versicherung begangen wird.**

#### **Sachverhalt:**

Der Angeklagte, der sich in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befand und bereits die eidesstattliche Versicherung abgegeben hatte, setzte ein Wohnhaus in Brand, das im Eigentum seiner Ehefrau stand. Ihm kam es darauf an, seiner Ehefrau, auf deren Namen auch der Vertrag über die Gebäudeversicherung lief, die Versicherungsleistung zukommen zu lassen, um damit einen geplanten Umbau des Hauses zu finanzieren. Zu einer Auszahlung der Versicherungssumme an die Ehefrau des Angeklagten kam es jedoch nicht.

#### **Aus den Gründen:**

[1] Das Landgericht hat den Angeklagten wegen besonders schwerer Brandstiftung und versuchten Betruges

zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Jahren und sechs Monaten verurteilt. Seine hiergegen gerichtete Revision, mit der er die Verletzung formellen und materiellen Rechts beanstandet, führt auf die Sachrüge zur Aufhebung des Strafausspruchs; im Übrigen ist sie unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO. [...]

#### **I. Zu den Verfahrensrügen**

[3] Zu den Verfahrensrügen, es liege ein Verstoß gegen § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO vor, weil die den Zeugen S betreffenden Beweisanträge von der Strafkammer mit einer ungenügenden Begründung abgelehnt worden seien, bemerkt der Senat ergänzend zu den Ausführungen des Generalbundesanwalts:

[4] Die Begründung der Ablehnungsbeschlüsse des Landgerichts enthalten zwar allenfalls knappe Ausführungen zu der Frage, aus welchen tatsächlichen Gründen der Tatrichter die Bedeutungslosigkeit der Beweistatsachen angenommen hat. Hierin liegt indes im vorliegenden Fall kein durchgreifender Rechtsfehler; denn die maßgeblichen Erwägungen des Tatrichters lagen auf der Hand. Sämtliche unter Beweis gestellten Tatsachen betrafen Umstände, die für den Anklagevorwurf von derart entfernter Bedeutung waren, dass es hierfür ausnahmsweise näherer Darlegung nicht bedurfte; vielmehr reichten die knappen Begründungen der angegriffenen Beschlüsse auch mit Blick auf die berechtigten Informationsinteressen der Verfahrensbeteiligten aus (vgl. BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Bedeutungslosigkeit 14; BGH StV 1994, 635; Herdegen in KK 5. Aufl. § 244 Rdn. 58; Meyer-Goßner, StPO 50. Aufl. § 244 Rdn. 41 a) und ermöglichen noch in hinreichender Weise eine rechtliche Überprüfung der Ablehnungsentscheidungen durch den Senat.

#### **II. Zur Sachrüge**

[5] Die Sachrüge hat zum Schuldspruch keinen Erfolg. Soweit die Revision ausführt, der Angeklagte habe sich auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen nur wegen schwerer Brandstiftung (§ 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB) strafbar gemacht, zeigt sie keinen durchgreifenden Rechtsfehler auf.

#### **1. Besonders schwere Brandstiftung gem. § 306b II Nr. 2 StGB auch bei Absicht des Täters zur Ermöglichung eines Betruges**

[6] Die Voraussetzungen einer besonders schweren Brandstiftung (§ 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB) sind auch dann erfüllt, wenn die Brandlegung wie hier zum Zwecke eines Betruges zum Nachteil der Versicherung begangen wird (vgl. BGHSt 45, 211, 216 ff.; BGH NJW 2000, 3581; NStZ-RR 2000, 209; 2004, 366).

#### **2. Zur Absicht des Angeklagten zur Ermöglichung eines Betruges**

[7] Das Landgericht hat mit Recht angenommen, dass

der Angeklagte durch die Inbrandsetzung des Hauses einen derartigen Betrug ermöglichen wollte. Insbesondere war die vom Angeklagten erstrebte Bereicherung seiner Ehefrau rechtswidrig, weil diese keinen Anspruch auf Auszahlung der Versicherungssumme hatte; dies war dem Angeklagten nach den Feststellungen bewusst.

*a. Zur Rechtswidrigkeit der beabsichtigten (Dritt-) Bereicherung*

[8] Nach § 61 VVG [seit 01.01.2008 § 81 VVG, Anm. d. Bearbeiters] ist der Versicherer von der Verpflichtung zur Leistung frei, wenn der Versicherungsnehmer den Versicherungsfall vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeiführt. Diese Bestimmung findet hier Anwendung; denn die Ehefrau des Angeklagten muss sich zurechnen lassen, dass dieser das Wohnhaus vorsätzlich in Brand setzte, weil der Angeklagte als ihr Repräsentant im versicherungsrechtlichen Sinne anzusehen ist (vgl. hierzu BGHZ 107, 229; 122, 250; Prölss/Martin, VVG 27. Aufl. § 61 Rdn. 5, § 6 Rdn. 57 ff.).

[9] Zwar ist - worauf die Revision im Ausgangspunkt zu Recht hinweist - nach der neueren Rechtsprechung des IV. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs (BGH NJW 2007, 2038) in den Fällen, in denen der Versicherungsnehmer einem Dritten die selbstständige Wahrnehmung seiner für das Versicherungsverhältnis relevanten Befugnisse nur in einem bestimmten, abgrenzbaren Geschäftsbereich überträgt, die Zurechnung des Repräsentantenverhaltens auf diesen Bereich beschränkt und kann nicht auf andere Tätigkeitsbereiche ausgedehnt werden. Der Versicherungsnehmer braucht sich deshalb namentlich die vorsätzliche Brandstiftung durch einen Dritten, der nur in die Verwaltung des Versicherungsvertrages eingebunden ist, nicht mit der Folge zurechnen lassen, dass die Versicherung von ihrer Leistungspflicht befreit wird (vgl. BGH aaO S. 2039). Jedoch belegen die Feststellungen des angefochtenen Urteils hinreichend, dass der Angeklagte nicht nur bezüglich der versicherungsvertraglichen Angelegenheiten, sondern auch im Bereich der Gefahrverwaltung als Repräsentant seiner Ehefrau zu gelten hat. Der Generalbundesanwalt hat hierzu in seiner Antragsschrift ausgeführt:

“Der Angeklagte hatte das Anwesen 1990 in eigenem Namen erworben. Er betrieb dort seine Putenmast und war Vermieter für die in dem Wohnhaus lebenden Personen. Aus den Urteilsgründen ergibt sich nichts dafür, dass seine Ehefrau in irgendeiner Weise in die Verwaltung des Wohnhauses involviert gewesen wäre. So schloss der Angeklagte auch einen Gebäudeversicherungsvertrag mit der LVM in eigenem Namen ab. Auf Grund der wirtschaftlichen Schwierigkeiten des Angeklagten musste das Anwesen 1996 zwangsversteigert werden. Im Jahre 2000 war ihm ein Rückwerb wirtschaftlich wieder möglich, wegen der von

ihm abgegebenen Versicherung an Eides statt konnte er jedoch nicht mehr als Vertragspartner für Banken und Versicherungen auftreten. Allein aus diesem Grunde wurde das Anwesen auf den Namen seiner Ehefrau erworben, wurden Kredite auf ihren Namen aufgenommen und der Gebäudeversicherungsvertrag mit der LVM auf sie umgestellt. Die Strafkammer hat nicht festgestellt, dass die Ehefrau des Angeklagten nach dem Rückwerb anders als in den Jahren 1990 bis 1996 - abgesehen von den rechtlich erforderlichen Unterschriftenleistungen - neben dem Angeklagten am Betrieb der Mast oder der Verwaltung des Wohngebäudes beteiligt gewesen wäre. Soweit einzelne Tätigkeiten festgestellt wurden, z.B. die Regelung der Modalitäten von Auszug und Schlüsselübergabe des ehemaligen Mieters K, wurden diese vom Angeklagten ohne Beteiligung seiner Ehefrau erledigt. Besonders deutlich wird die Befugniswahrnehmung durch den Angeklagten bei der Regelung des Versicherungsfalls mit dem Vertreter der LVM. Dies übernahm der Angeklagte allein, lediglich zur Unterschriftenleistung kam seine Ehefrau hinzu. So stellen sich auch insgesamt die von der Revision herausgestellten Aktivitäten der Ehefrau nicht als eigenständige Befugniswahrnehmung dar, sondern als rechtlich zwingend erforderliche Mitwirkungshandlungen, die nur von ihr als Eigentümerin erledigt werden konnten, etwa die Unterzeichnung von Kündigungsschreiben, Bauvoranfragen etc.”

[10] Dem stimmt der Senat zu. Die Repräsentantenstellung des Angeklagten für den Bereich der Gefahrverwaltung des Anwesens wird entgegen der Auffassung der Revision auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Ehefrau des Angeklagten mit diesem nach dem geplanten Umbau in das Haus ziehen wollte. Dass sie über diesen ihre private Lebensgestaltung betreffenden persönlichen Entschluss und die zu seiner Umsetzung rechtlich erforderlichen Mitwirkungshandlungen hinaus irgendeinen Einfluss auf die Verwaltung des Objekts nahm, ist nicht festgestellt. Es begegnet deshalb keinen Bedenken, dass die Strafkammer aus den dargelegten Umständen sowie den im Übrigen in der Vergangenheit von dem Angeklagten gewählten Firmenkonstruktionen den Schluss gezogen hat, seine Ehefrau sei als Eigentümerin des Hofes und Versicherungsnehmerin lediglich vorgeschoben gewesen. Der vorliegende Sachverhalt unterscheidet sich somit wesentlich von demjenigen, welcher der von der Revision angeführten Entscheidung BGHR StGB § 265 Abs. 1 Betrugsabsicht 1 zu Grunde lag.

*b. Zur Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung wegen weiterer Täuschung*

[11] Danach kann dahinstehen, ob die Versicherung - was die getroffenen Feststellungen nahe legen - auch deshalb von ihrer Leistungspflicht frei geworden ist, weil der Angeklagte bei der Abwicklung des Schadensfalles die Verhandlungen mit der Versicherung



geführt und dabei arglistig über die Brandursache getäuscht hat (vgl. BGH aaO S. 2039 f.).

[12] Im Übrigen weist der Senat ergänzend noch darauf hin, dass die von § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB vorausgesetzte Ermöglichungsabsicht auch dann gegeben ist, wenn der Täter nur irrig glaubt, die Versicherung sei leistungsfrei und ihre geplante Inanspruchnahme daher betrügerisch; auch in diesem Fall läge in der Schadensmeldung bei der Versicherung darüber hinaus ein versuchter Betrug.

### III. Zum Strafausspruch

[13] Der Strafausspruch kann indes keinen Bestand haben.

#### 1. Zur Berücksichtigung der rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung

[14] Das Landgericht hat eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung festgestellt, weil zwischen dem Eingang der Anklageschrift bei Gericht am 21. März 2005 und dem Erlass des Eröffnungsbeschlusses am 23. März 2007 ein unvertretbar langer Zeitraum gelegen habe. Es hat diese Verzögerung dadurch kompensiert, dass es zunächst die an sich verwirkten Einzelstrafen benannt, sodann den Strafraumen gemäß § 49 Abs. 1 StGB herabgesetzt, niedrigere Einzelstrafen festgesetzt und aus diesen eine verminderte Gesamtstrafe gebildet hat.

[15] Diese Verfahrensweise ("Strafabschlagslösung") steht, soweit das Landgericht die Einzelstrafen einem nach § 49 Abs. 1 StGB gemilderten Strafraumen entnommen hat, bereits mit den Grundsätzen der bisherigen Rechtsprechung (vgl. hierzu BGH NJW 2007, 3294) nicht in Einklang. Sie entspricht im Übrigen nicht der - nach dem Erlass der angefochtenen Entscheidung - geänderten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Kompensation des Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK ("Vollstreckungsmodell"; vgl. BGH - GS - NJW 2008, 860). Dadurch ist der Angeklagte beschwert, weil sich durch das Vollstreckungsmodell der Zeitpunkt, zu dem ein Strafrecht zur Bewährung ausgesetzt werden kann, nach vorne verlagert. Der Angeklagte könnte deshalb - bei Vorliegen der übrigen, nicht von vornherein ausgeschlossenen Voraussetzungen des § 57 StGB - früher als nach

dem Strafabschlagsmodell aus dem Strafvollzug entlassen werden.

#### 2. Zur Anwendung des Vollstreckungsmodells

[16] Bei der nunmehr gebotenen Durchführung der Kompensation im Wege des Vollstreckungsmodells wird der neue Tatrichter Folgendes zu beachten haben (s. im Einzelnen BGH aaO S. 866 f.):

[17] Zunächst hat er in der neuen Hauptverhandlung nach den Kriterien des § 46 StGB und unter Beachtung der gesetzlichen Strafraumen schuldangemessene, die festgestellte rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung außer Acht lassende Einzelstrafen festzusetzen und aus diesen eine Gesamtstrafe zu bilden. Sodann hat er die gebotene Kompensation dadurch vorzunehmen, dass er in der Urteilsformel - zusätzlich zu der neu gebildeten Gesamtstrafe - ausspricht, dass ein bezifferter Teil dieser Strafe als vollstreckt gilt. Dabei ist er durch § 358 Abs. 2 StPO nicht gehindert, höhere Einzelstrafen als die bisher erkannten zu verhängen und auch eine höhere Gesamtstrafe auszusprechen. Indes dürfen die neuen Einzelstrafen die im angefochtenen Urteil als an sich verwirkt und - ohne Kompensationsabschlag - als schuldangemessen ausgewiesenen Strafen nicht übersteigen. Außerdem darf die im Falle vollständiger Vollstreckung zu verbüßende Strafe (schuldangemessene Gesamtfreiheitsstrafe abzüglich des als vollstreckt geltenden Teils) nicht höher sein, als die im angefochtenen Urteil ausgesprochene Gesamtfreiheitsstrafe. Damit wird sichergestellt, dass der Angeklagte, auch wenn der neue Tatrichter auf eine Gesamtfreiheitsstrafe von mehr als sechs Jahren und sechs Monaten erkennt, durch die Kompensation in Form der Vollstreckungslösung im Ergebnis nicht schlechter steht; denn die höchst mögliche Gesamtverbüßung kann im Vergleich zum bisherigen Straferkenntnis auch dann nicht länger dauern.

#### 3. Zur Nichtaufhebung der Feststellungen

[18] Die Feststellungen sind von dem Rechtsfehler nicht betroffen; sie können deshalb bestehen bleiben. Der neue Tatrichter ist nicht gehindert, ergänzende Feststellungen zum Strafausspruch zu treffen, die indes zu den bisherigen nicht in Widerspruch stehen dürfen.

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

BVERFG, URTEIL VOM 30.07.2008  
1 BvR 3262/07; 1 BvR 402/08; 1 BvR 906/08  
(NJW 2008, 2409)

**Problemdarstellung:**

Die Bundesländer haben Nichtrauchererschutzgesetze erlassen, die das Rauchen in Gaststätten zum Schutz der Nichtraucher vor den Gesundheitsgefahren des sog. "Passivrauchens" eindämmen sollen. Vielfach werden allerdings Ausnahmen zugelassen. So können in den meisten Bundesländern Gastwirte, die über mehr als einen Gastraum verfügen, separate Raucherräume einrichten. Teilweise wird auch eine "Clublösung" ermöglicht, manche Länder nehmen darüber hinaus bestimmte Betriebe gänzlich vom Rauchverbot aus, z.B. Festzelte. Umgekehrt gelten vielfach vor allem für Diskotheken absolute Rauchverbote.

Im Rahmen von Verfassungsbeschwerden gegen die in Baden-Württemberg und Berlin bestehenden Regelungen hatte das BVerfG sich nun mit der Verfassungsmäßigkeit der Nichtrauchererschutzgesetze auseinanderzusetzen. Diese war in formeller und materieller Hinsicht problematisch:

A. Formell ging es vor allem um die Gesetzgebungskompetenz der Länder aus Art. 70 I GG. Das BVerfG bejaht diese. Zwar habe der Bund auf der Grundlage seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz für den Arbeitsschutz (Art. 74 I Nr. 12 GG) mit den Vorschriften über den Erlass betrieblicher Rauchverbote in § 5 ArbStättV eine eigene Regelung getroffen, dies jedoch nur partiell und mit einem anderen Schutzzweck (Schutz der nicht rauchenden Beschäftigten, nicht Schutz der Bevölkerung insgesamt). Deshalb entfalte Art. 72 I GG hier keine Sperrwirkung. Ob der Bund eine eigene, abschließende Nichtraucherregelung erlassen könnte, hatte das Gericht nicht zu entscheiden und daher ausdrücklich offen gelassen.

B. In materieller Hinsicht prüft das BVerfG eine Verletzung von Art. 12 I, 14 I und 3 I GG. Art. 14 I GG war i.E. nicht einschlägig, da das Rauchverbot den Eigentumsschutz nicht verkürzte. Die von den Gastwirten reklamierten Umsatzeinbußen führten nicht zu einer Minderung des Erworbenen (ihres bestehenden Eigentums), sondern "nur" zu einer Berufsausübungsschranke i.S.d. Art. 12 I 1 GG. Deren Verhältnismäßigkeit prüft das Gericht schulmäßig an der "Drei-Stufen-Theorie". Es betont, dass der angestrebte Gesundheitsschutz ein derart wichtiger Gemeinwohlbelang sei, dass sogar ein völliges, ausnahmsloses

Rauchverbot verhältnismäßig sei. Entscheide sich der Gesetzgeber aber für ein Konzept, in dem er selbst Ausnahmen zulasse, könne er diese nicht beliebig treffen, sondern müsse sie unter Beachtung der Berufsfreiheit und des Willkürverbots aus Art. 3 I GG regeln. Hier setzte das Gericht seine Kritik an:

I. Gegenüber Inhabern sog. Einraumgaststätten (in der Terminologie des BVerfG: "getränkegeprägte Kleingastronomie") entstehe ein unverhältnismäßiger Nachteil, weil sie im Gegensatz zu größeren Lokalen keine Möglichkeit hätten, Raucherräume abzutrennen. Darüber hinaus seien gerade in diesen Gaststätten besonders viele Gäste Raucher. Es liege also ein Verstoß gegen Art. 12 I 1 GG vor, wenn Einraumgaststätten im Rahmen eines mit Ausnahmen versehenen Schutzkonzepts nicht auch vom Rauchverbot ausgenommen würden (nochmals: anders, wenn es überhaupt keine Ausnahmen gibt; dann sieht das BVerfG auch gegen ein Rauchverbot in Einraumgaststätten keine Bedenken).

II. Soweit für Diskotheken ein absolutes Rauchverbot verhängt wird, liege es ähnlich: Bestände in allen Gaststätten ein absolutes Rauchverbot, dürfte es auch gegenüber Diskotheken verhängt werden. Lasse der Gesetzgeber aber selbst Ausnahmen zu, dürften Diskotheken hiervon nicht a priori ausgenommen werden. Die entsprechende Regelung in Baden-Württemberg sei nach der "neuen Formel" (siehe dazu die Vertiefungshinweise) sachlich nicht zu rechtfertigen und verstoße daher gegen Art. 3 I GG.

C. Das BVerfG hat wegen der überragenden Bedeutung des Gesundheitsschutzes einerseits und der gesellschaftlichen Relevanz der Materie andererseits nur die Verfassungswidrigkeit der angegriffenen Regelungen festgestellt, diese aber nicht für nichtig erklärt. Vielmehr gelten sie mit der Maßgabe fort, dass Rauchverbote in Einraumgaststätten einstweilen nicht bestehen, und ferner Diskotheken, zu denen nur Volljährige Zutritt haben, auch die Einrichtung von Raucherräumen gestattet wird.

D. Dem Urteil sind Sondervoten der Richter Bryde und Masing beigefügt. Diese halten die existierenden Regelungen für verfassungsgemäß, insbesondere das Verhältnis von Regel (Rauchverbot) und Ausnahmen für angemessen. Sie unterscheiden sich allerdings in der Frage, ob auch ein absolutes Rauchverbot verhältnismäßig wäre (bejahend Bryde, verneinend Masing).

**Prüfungsrelevanz:**

Es gibt gegenwärtig kein juristisches Thema, das ge-

sellschaftlich größeres Aufsehen erregt als die Rauchverbote in Gaststätten. Dass sich der Fall auch noch hervorragend abprüfen lässt, weil mehrere Grundrechte zu diskutieren sind und zudem die formelle Verfassungsmäßigkeit anzusprechen ist, erhöht die Prüfungsrelevanz noch weiter. Hinzu kommt auch, dass das Thema mittelfristig aktuell bleiben wird, weil fast alle Bundesländer nach dem Urteil des BVerfG nachbessern müssen. Hierfür hat das BVerfG ihnen eine Frist bis zum 31.12.2009 gesetzt. Anders nur in Bayern, wo es bereits ein ausnahmsloses Rauchverbot gibt, und im Saarland, wo die Ausnahmen sich bereits auf Einraumgaststätten erstrecken und auch Diskotheken nicht von ihnen ausgenommen sind.

Ob sich in den übrigen Ländern das bayerische Modell eines absoluten Rauchverbots - selbiges hat das BVerfG in einem knappen Beschluss vom 11.08.2008 nochmals ausdrücklich abgesegnet (1 BvR 3198/07; 1 BvR 1431/08) - oder das saarländische Modell mit weitgehenden Ausnahmen durchsetzen wird, bleibt abzuwarten. Der in der Presse zu vernehmende Jubel der Raucher über das BVerfG-Urteil könnte sich jedenfalls als verfrüht erweisen. Sollten sich die Länder für das bayerische Modell entscheiden und ihre Ausnahmen vom Rauchverbot streichen, hätten die Beschwerdeführer den Rauchern einen echten Bärendienst erwiesen.

#### Vertiefungshinweise:

- Rauchverbot in Gaststätten: *VG München*, NVwZ 2008, 808; *Zimmermann*, NVwZ 2008, 705
- Kein vorläufiger Rechtsschutz gegen Hessisches Nichtraucherschutzgesetz: *BVerfG*, NJW 2008, 638
- Zur "neuen Formel" bei Art. 3 I GG: *BVerfG*, RA 2005, 731 = DVBl 2006, 110; *BVerfGE* 88, 87, 96; *Schoch*, DVBl 1988, 863, 875; *Michael*, JuS 2001, 866; *Pieroth/Görisch*, NWVBl 2001, 282
- Eintragungsfähigkeit eines "Nichtraucherschutzgesetz-Umgehungsvereins": *OLG Oldenburg*, NJW 2008, 2194
- Raucherschutz bei betrieblichem Rauchverbot: *BAG*, BB 1999, 264
- Rauchverbot in Passagierflugzeugen: *BAG*, NJW 1996, 3028

#### Leitsätze:

**1. Entscheidet sich der Gesetzgeber aufgrund des ihm zukommenden Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraums für ein Konzept des Nichtraucherschutzes in Gaststätten, das den Gesundheitsschutz im Ausgleich insbesondere mit der Berufsfreiheit der Gaststättenbetreiber verfolgt, so müssen Ausnahmen vom Rauchverbot derart gestaltet sein, dass sie auch bestimmte Gruppen von Gaststätten - hier: die getränkegeprägte Kleingastronomie - miterfassen, um bei diesen besonders starke wirtschaftliche Belastungen zu vermeiden.**

**2. Es stellt einen gleichheitswidrigen Begünstigungsausschluss dar, wenn gesetzlich in Gaststätten zugelassene Raucherräume in Diskotheken untersagt sind.**

#### Sachverhalt:

Sämtliche Bundesländer haben - mit z.T. divergierendem Inhalt - Nichtraucherschutzgesetze erlassen, die das Rauchen in Gaststätten verbieten. Vielfach sind Ausnahmen für Gaststätten zugelassen, in denen durch abgetrennte Raucherräume eine Gefährdung der Gesundheit von Nichtrauchern durch sog. "Passivrauchen" ausgeschlossen werden kann. Diese Ausnahmen gelten allerdings wiederum nicht für Diskotheken. So verhält es sich auch in Baden-Württemberg:

#### § 7 LNRSchG BW: Rauchfreiheit in Gaststätten

(1) In Gaststätten ist das Rauchen untersagt. [...] Satz 1 gilt nicht für Bier-, Wein- und Festzelte sowie die Außengastronomie und die im Reisegewerbe betriebenen Gaststätten.

(2) Abweichend von Absatz 1 ist das Rauchen in vollständig abgetrennten Nebenräumen zulässig, wenn und soweit diese Räume in deutlich erkennbarer Weise als Raucherräume gekennzeichnet sind und die Belange des Nichtraucherschutzes dadurch nicht beeinträchtigt werden. Satz 1 gilt nicht für Diskotheken. [...]

Der Beschwerdeführer zu 1) betreibt in Baden-Württemberg eine kleine Gaststätte, die aus lediglich einem Gastraum mit 63 m<sup>2</sup> Grundfläche besteht. Eine Aufteilung dieses Gastraums in verschiedene Räume ist aus baulichen Gründen nicht möglich. Dort halten sich überwiegend Stammgäste auf, darunter 70% Raucher. Seit Inkrafttreten des Rauchverbots klagt er über Umsatzeinbußen um 30%. Er meint, das Rauchverbot schränke das Hausrecht des Gastwirts ein, indem er nunmehr dazu verpflichtet werde, seinen Betrieb als Nichtraucherbetrieb zu führen. In kleinen Einraumgaststätten wirke sich dieses Rauchverbot faktisch als Berufszulassungsregelung aus, weil eine Abtrennung von Raucherräumen aus tatsächlichen Gründen nicht möglich sei und Einraumgaststätten damit unrentabel würden.

Die Beschwerdeführerin zu 3) betreibt in Baden-Württemberg eine Großraumdiskothek, die sich über zwei Geschosse und eine Gastfläche von 2.250 m<sup>2</sup>, verteilt auf fünf Räume, erstreckt. 60% ihrer Gäste sind Raucher. Auch sie klagt über Umsatzrückgänge um 30% und meint, jedenfalls ihr gegenüber sei das Rauchverbot rechtswidrig, denn sie könne Rauchern durchaus eigene Räume anbieten, werde daran aber durch das absolute Rauchverbot in Diskotheken nach § 7 II 2 LNRSchG BW gehindert.

Sind die zulässigen Verfassungsbeschwerden der Bf. gegen § 7 LNRSchG BW begründet?

### **Lösung:**

Die Verfassungsbeschwerden sind begründet, soweit die Bf. durch die angegriffene Regelung des § 7 LNRSchG BW in ihren Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten i.S.d. Art. 93 I Nr. 4a GG i.V.m. § 90 I BVerfGG verletzt sind.

#### *1. Teil: Verfassungsbeschwerde des Bf. zu 1 (Einraumgaststätte)*

Hinsichtlich des Bf. zu 1) kommen Verletzungen der Berufsfreiheit aus Art. 12 GG und der Eigentumsgarantie des Art. 14 I GG in Betracht.

#### *A. Berufsfreiheit*

Der Bf. zu 1) könnte durch das in § 7 I 1 LNRSchG BW geregelte Rauchverbot in Gaststätten in seinem Grundrecht auf freie Berufsausübung aus Art. 12 I 1 GG verletzt sein. Dann müsste ein nicht gerechtfertigter Eingriff in den Schutzbereich derselben vorliegen.

#### *I. Schutzbereich betroffen*

In personaler Hinsicht schützt Art. 12 I 1 GG alle Deutschen, zu denen auch der Bf. gehört. In sachlicher Hinsicht ist die Berufsfreiheit geschützt, zu der Berufswahl und, in deren Folge, die Berufsausübung gehören. Unter einem Beruf ist jede auf Dauer angelegte, mit Gewinnerzielungsabsicht betriebene Tätigkeit zu verstehen, die nicht von vornherein auf Gemeenschädlichkeit angelegt ist. Dazu gehört auch der Betrieb einer Gaststätte.

#### *II. Eingriff*

Fraglich ist, ob eine Verkürzung des Schutzbereichs vorliegt. Daran könnte Zweifel bestehen, weil das Rauchverbot sich primär an die Gäste, nicht den Gastwirt richtet. Dessen Umsatzeinbußen könnten als mittelbare Folge des Rauchverbots lediglich ein tatsächlicher Reflex der Regelung sein. Das BVerfG bejaht aber dennoch einen unmittelbaren Eingriff:

“[91] Obwohl das Verbot, in Gaststätten zu rauchen, vornehmlich an die Gäste gerichtet ist, greift es auch in den Schutzbereich der Berufsfreiheit der Gaststättenbetreiber ein. [...]

[92] Die Freiheit der Berufsausübung wird durch Art. 12 Abs. 1 GG umfassend geschützt (vgl. BVerfGE 85, 248 [256]). Der Schutz erstreckt sich auch auf das Recht, Art und Qualität der am Markt angebotenen Güter und Leistungen selbst festzulegen (vgl. BVerfGE 106, 275 [299]) und damit den Kreis der angesprochenen Interessenten selbst auszuwählen. Unter diesem Gesichtspunkt beeinträchtigt das Rauchverbot die freie Berufsausübung der Gastwirte.”

#### *1. Verkürzung des Schutzbereichs auch gegenüber den*

#### *Gastwirten*

[93] Durch das Rauchverbot in Gaststätten [...] wird dem Gaststättenbetreiber die Möglichkeit genommen, selbst darüber zu bestimmen, ob den Besuchern in seiner Gaststätte das Rauchen gestattet oder untersagt ist. Damit kann der Gastwirt nur noch in den gesetzlich geregelten Ausnahmefällen darüber entscheiden, ob er die Leistungen und Dienste seines Gaststättenbetriebs auch solchen Gästen anbieten will, die diese zusammen mit dem Rauchen von Tabak in Anspruch nehmen möchten. Dem Gastwirt wird es nicht nur erheblich erschwert, Raucher mit seinen Angeboten zu erreichen, sondern er wird regelmäßig daran gehindert, seine Leistungen insbesondere in Form des Verabreichens von Speisen und Getränken gegenüber solchen Gästen zu erbringen, die auf das Rauchen in der Gaststätte nicht verzichten wollen.”

#### *2. Kein bloßer Rechtsreflex des Rauchverbots für Gäste*

“[94] Diese Beeinträchtigung der beruflichen Betätigung ist nicht ein bloßer Reflex eines an die Raucher gerichteten Verbots, sondern stellt einen unmittelbaren Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der Gaststättenbetreiber dar. Aus der Systematik der gesetzlichen Regelungen über das Rauchverbot in Gaststätten folgt, dass durch diese Vorschriften auch den Gastwirten untersagt wird, ihre Leistungen und Dienste den Rauchern unter ihren Gästen anzubieten. Die angegriffenen Nichtraucherschutzgesetze verbinden nämlich das an die Besucher von Gaststätten gerichtete Rauchverbot mit einer Verpflichtung der Gastwirte, Verstöße gegen dieses Verbot zu unterbinden und weitere Verstöße zu verhindern (§ 8 II 1 i.V.m. Abs. 1 und 3 LNRSchG BW). Dass diese Verpflichtung in Baden-Württemberg - im Unterschied zu [...] anderen Bundesländern - nicht bußgeldbewehrt ist, ändert nichts an ihrer Verbindlichkeit und damit an ihrer Bedeutung zum Beispiel für die Gaststättenerlaubnis unter dem Gesichtspunkt der Zuverlässigkeit des Gaststättenbetreibers (§ 15 II i.V.m. § 4 I 1 Nr. 1 des Gaststättengesetzes, im Folgenden: GastG). Diese Indienstnahme des Gastwirts zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben setzt zwangsläufig voraus, dass ihn das Gesetz bereits an der Bewirtung von Rauchern hindert. Der Gastwirt kann nicht einerseits verpflichtet sein, das Rauchen in seiner Gaststätte zu unterbinden, während er andererseits den Aufenthalt rauchender Gäste hinnehmen und diesen Speisen und Getränke soll anbieten dürfen.”

#### *III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung*

Um vor der Garantie der Berufsfreiheit Bestand haben zu können, müssen Eingriffe durch die Schranken des Art. 12 GG gedeckt sein.

#### *1. Schranken*

Als Schranke kommt hier nur der (einfache) Gesetzesvorbehalt aus Art. 12 I 2 GG in Betracht. Das LNRSchG BW und mit ihm der hier angegriffene § 7 LNRSchG BW ist ein Parlamentsgesetz in diesem Sinne.

## 2. Schranken-Schranken

Der Eingriff in die Berufsfreiheit ist aber nur gedeckt, wenn das eingreifende Gesetz auch den übrigen Voraussetzungen genügt, die das Grundgesetz für den Erlass von Gesetzen aufstellt. Fraglich ist demnach, ob § 7 LNRSchG BW auch mit den übrigen verfassungsrechtlichen Vorgaben vereinbar ist.

### a. Formelle Verfassungsmäßigkeit

In formeller Hinsicht ist allein die Gesetzgebungskompetenz fraglich, da das Grundgesetz hinsichtlich Verfahren und Form von Landesgesetzen keine Regelungen enthält. Dazu das BVerfG:

#### aa. Kompetenz aus Art. 70 I GG

“[97] Für den Erlass der angegriffenen Rauchverbote in Gaststätten steht den Ländern nach Art. 70 Abs. 1 GG die Gesetzgebungskompetenz zu.“

#### bb. Keine Sperrwirkung aus Art. 72, 74 GG

“Ob der Bund aufgrund einer Regelungsmaterie der konkurrierenden Gesetzgebung (Art. 74 GG) ein solches Verbot anordnen könnte, bedarf keiner Entscheidung; denn von dieser etwaigen Zuständigkeit hat der Bund keinen oder zumindest keinen umfassenden Gebrauch gemacht, so dass die Sperrwirkung des Art. 72 I GG landesgesetzlichen Bestimmungen nicht entgegensteht.

Insbesondere hat der Bund auf der Grundlage seiner Gesetzgebungskompetenz für den Arbeitsschutz (Art. 74 I Nr. 12 GG) mit den Vorschriften über den Erlass betrieblicher Rauchverbote in § 5 der Verordnung über Arbeitsstätten (ArbStättV) Regelungen zwar zum Schutz der nicht rauchenden Beschäftigten (vgl. § 5 I 1 ArbStättV) getroffen, nicht aber auch - wie die Landesgesetze zum Nichtraucherschutz (vgl. § 1 I 2 LNRSchG BW) - mit dem Ziel des Schutzes der Bevölkerung insgesamt - und damit insbesondere der Besucher von Gaststätten - vor Gesundheitsgefährdungen durch Passivrauchen.“

### b. Materielle Verfassungsmäßigkeit

In materieller Hinsicht müsste insbesondere der sich aus Art. 20 III GG ergebende Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt worden sein. Hierzu einleitend das BVerfG:

“[95] Die aus Gründen des Gemeinwohls unumgänglichen Einschränkungen der Berufsfreiheit stehen unter dem Gebot der Verhältnismäßigkeit (vgl. BVerfGE 19, 330 [336 f.]; 54, 301 [313]; 104, 357 [364]). Daher müssen die Eingriffe zur Erreichung des Eingriffsziels

geeignet sein und dürfen nicht weiter gehen, als es die Gemeinwohlbelange erfordern (vgl. BVerfGE 101, 331 [347]; 104, 357 [364]). Die Eingriffsmittel dürfen zudem nicht übermäßig belastend sein (vgl. BVerfGE 19, 330 [337]), so dass bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt ist (vgl. BVerfGE 103, 1 [10]; 106, 181 [192]).“

#### aa. Legitimer Zweck

[102] “Das Gesetz nennt als] Ziel den Schutz der Bevölkerung vor den Gesundheitsgefahren durch Passivrauchen (vgl. § 1 I 2 LNRSchG BW). Der Schutz der Bevölkerung vor Gesundheitsgefahren zählt zu den überragend wichtigen Gemeinschaftsgütern (vgl. BVerfGE 7, 377 [414]), die selbst objektive Berufszulassungsvoraussetzungen und damit erst recht auch Beschränkungen der Berufsausübung rechtfertigen können. Die Freiwilligkeit der Entscheidung des Einzelnen, sich insbesondere beim Besuch einer Gaststätte der Belastung durch Tabakrauch auszusetzen, macht das Anliegen des Gesundheitsschutzes nicht hinfällig. Jedenfalls solange es keine ausreichenden Möglichkeiten für Nichtraucher gibt, in Gaststätten rauchfreie Räume zu finden, bedeutet eine solche Entscheidung typischerweise kein Einverständnis mit einer Gesundheitsgefährdung durch Passivrauchen, sondern nur die faktisch unvermeidbare Inkaufnahme dieses Risikos, um uneingeschränkt am gesellschaftlichen Leben durch den Besuch einer ausgewählten Gaststätte teilnehmen zu können.

[103] Ebenso wenig ist es verfassungsrechtlich zu beanstanden, dass die Landesgesetzgeber Passivrauchen [...] als Gefahr für die Gesundheit der Bevölkerung angesehen und zum Anlass gesetzlicher Regelungen genommen haben. Wird der Gesetzgeber zur Verhütung von Gefahren für die Allgemeinheit tätig, so belässt ihm die Verfassung bei der Prognose und Einschätzung der in den Blick genommenen Gefährdung einen Beurteilungsspielraum, der vom Bundesverfassungsgericht bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung je nach der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter nur in begrenztem Umfang überprüft werden kann. Der Beurteilungsspielraum ist erst dann überschritten, wenn die Erwägungen des Gesetzgebers so offensichtlich fehlerhaft sind, dass sie vernünftigerweise keine Grundlage für die angegriffenen gesetzgeberischen Maßnahmen abgeben können (vgl. BVerfGE 77, 84 [106]; 110, 141 [157 f.]; 117, 163 [183]).

[104] Hiernach durften sich die Landesgesetzgeber auf die zahlreichen wissenschaftlichen Untersuchungen stützen, nach denen mit dem Passivrauchen schwerwiegende gesundheitliche Risiken verbunden sind (vgl. etwa Radon/Nowak, Passivrauchen - aktueller

Stand des Wissens, Deutsche Medizinische Wochenschrift, 2004, S. 157 ff.).”

*bb. Geeignetheit*

“[114 ] Für die Eignung reicht es aus, wenn durch die Berufsausübungsregelung der gewünschte Erfolg gefördert werden kann. Es genügt mithin bereits die Möglichkeit einer Zweckerreichung (vgl. BVerfGE 96, 10 [23]; 100, 313 [373]; 103, 293 [307]; 117, 163 [188 f.]). Diese ist zu bejahen, weil ein Rauchverbot in Gaststätten zu einer Verminderung der Tabakrauchexposition beiträgt und damit das Ausmaß des Passivrauchens sowie die mit ihm verbundenen Gesundheitsrisiken reduziert werden.”

*cc. Erforderlichkeit*

Die Erforderlichkeit entfällt, wenn ein anderes, gleich wirksames, aber die Berufsfreiheit weniger einschränkendes Mittel zur Verfügung steht (vgl. BVerfGE 80, 1 [30]; 117, 163 [189]). Hier lassen sich vor allem zwei Alternativmodelle denken:

*(1). Selbstverpflichtung der Gaststättenindustrie*

“[112] [Es] kann offen bleiben, ob zur Rechtfertigung des Eingriffs in die Berufsfreiheit zunächst ein kooperatives Modell mit einer Selbstverpflichtung des Gastronomiegewerbes, für Nichtraucher eine ausreichende Zahl von Plätzen bereitzustellen, überhaupt versucht werden musste; denn diesen Ansatz durften die Landesgesetzgeber jedenfalls als gescheitert betrachten. Die Vorgaben für die Einrichtung von Nichtraucherbereichen in Speisegaststätten, die zwischen dem Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung und dem Deutschen Hotel- und Gaststättenverband (DEHOGA Bundesverband) am 1. März 2005 vereinbart wurden, sind bereits auf der ersten der drei vorgesehenen Stufen deutlich verfehlt worden. Nachdem die durch das Ministerium veranlasste Überprüfung ergeben hatte, dass Anfang 2007 nicht die vereinbarten 30 %, sondern nur 15,5 % der betroffenen Gaststätten nur 10,9 % und nicht wie vereinbart 30 % der Plätze in der gebotenen Weise für Nichtraucher bereithielten, gab es keinen Grund, mit einer gesetzlichen Regelung weiter zuzuwarten.”

*(2). Freie Entscheidung der Gastwirte für Raucher- oder Nichtraucherbetrieb*

“[115] Es begegnet insbesondere keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, dass die Gesetzgeber eine Verpflichtung der Gastwirte, lediglich zwischen einem Betrieb ihres Lokals entweder als Raucher- oder Nichtraucher-gaststätte verbindlich zu wählen, nicht als in gleicher Weise wirksam wie ein gesetzliches Rauchverbot eingeschätzt haben. Namentlich die Erfahrungen mit der gescheiterten Umsetzung der Zielvereinbarung mit dem DEHOGA Bundesverband legen die Annahme nahe, dass die überwiegende Zahl der

Gaststättenbetreiber mit Rücksicht auf ihre geschäftlichen Interessen nicht bereit ist, die Attraktivität ihres Lokals für rauchende Gäste zu schmälern. Die Gesetzgeber durften daher auf der Grundlage des ihnen auch hier zukommenden Einschätzungs- und Prognosespielraums (vgl. BVerfGE 110, 141 [157 f.]; 117, 163 [189]) davon ausgehen, dass bei einer den Gaststättenbetreibern überlassenen freien Entscheidung über die Ausrichtung ihrer Gaststätte als Raucher- oder Nichtraucherlokal mit Blick auf den erstrebten Gesundheitsschutz kein Angebot für Nichtraucher zur Verfügung stehen wird, das ihrem Anteil an der Gesamtbevölkerung in hinreichendem Maße Rechnung trägt.”

*dd. Angemessenheit*

Zur Angemessenheit eines Eingriffs in Art. 12 I GG hat das BVerfG die sog. “Drei-Stufen-Theorie” entwickelt. Diese besagt, dass sich die Rechtfertigungsanforderungen mit der Intensität des Eingriffs steigern. Drei Stufen werden unterschieden: Auf der ersten, mit der geringsten Belastung verbundenen Stufe stehen bloße Berufsausübungsregelungen, also solche, die lediglich das “Wie” der Berufsfreiheit betreffen. Sie lassen sich durch vernünftige Gemeinwohlbelange rechtfertigen. Auf der zweiten Stufe stehen subjektive Berufswahlregelungen, also solche, die das “Ob” der Berufsfreiheit betreffen und dabei an subjektive, d.h. personenbezogene Merkmale anknüpfen. Für sie ist ein besonders wichtiger Rechtfertigungsgrund erforderlich. Auf der dritten Stufe schließlich greifen objektive Berufswahlregelungen in den Schutzbereich ein. Sie untersagen den Zugang zum Beruf oder die Fortführung desselben losgelöst von der Person des Berufstätigen und sind nur durch überragend wichtige Gemeinwohlbelange zu rechtfertigen.

*(1). Stufenbestimmung*

Nach Ansicht des BVerfG kommt dem Rauchverbot zwar eine hohe Belastungsintensität zu, dennoch sei es nur als Berufsausübungsregelung, also auf der untersten Intensitätsstufe, anzusiedeln:

“[118] Ein Rauchverbot für Gaststätten stellt einen schwerwiegenden Eingriff in die freie Berufsausübung der Gastwirte dar. Da der Betreiber das Rauchen in den Räumen seiner Gaststätte nicht mehr erlauben darf, kann er mit seinen Angeboten insbesondere an Speisen und Getränken die Raucher unter seinen möglichen Gästen nur noch schwer oder, wenn diese auf das Rauchen in Gaststätten keinesfalls verzichten möchten, nicht mehr erreichen. Viele Raucher werden - zumindest vorübergehend - Gaststätten seltener aufsuchen oder die Dauer ihres Besuchs abkürzen, weil der Aufenthalt für sie durch das Rauchverbot erheblich an Attraktivität verloren hat. In Anbetracht eines Raucheranteils von 33,9 % unter der erwachsenen Bevölkerung in Deutschland (vgl. Drogen- und Suchtbericht der Drogenbeauftragten der Bundesregierung, Mai

2008, S. 38) kann dies je nach Ausrichtung der gastronomischen Angebote und der damit angesprochenen Besucherkreise für die Betreiber der Gaststätten zu empfindlichen Umsatzrückgängen führen. Bestätigt wird dies durch die Untersuchung des Statistischen Bundesamts, nach der die Umsatzrückgänge des Gaststättengewerbes - insbesondere der getränkegeprägten Gastronomie - in den Bundesländern mit Rauchverbot deutlich stärker waren als in den Ländern, in denen für Gaststätten noch keine Rauchverbote galten (vgl. Pressemitteilung des Statistischen Bundesamts vom 6. Juni 2008 - 207/08). Selbst wenn die Berichte aus Staaten mit bereits länger geltenden Rauchverboten über eine Erholung oder sogar Verbesserung des Umsatzes zutreffend seien und sich auch für Deutschland bestätigen sollten, müssten die Betreiber von Gaststätten bis zu dieser Entwicklung über eine längere Zeit geringere Einnahmen hinnehmen. Schon das kann zu einer Einschränkung oder sogar zur Schließung des Geschäftsbetriebs zwingen."

*[Anm.: Angesichts der Möglichkeit, dass Gaststätten u.U. ganz schließen müssen, hätte zumindest eine Prüfung nahe gelegen, ob es nicht doch um die Berufswahl gehen könnte. Dies umso mehr, als die Bf. zu 1) explizit vorgetragen hatte, nach ihrer Ansicht sei die dritte, intensivste Eingriffsstufe erreicht. Sie meinte, Eckkneipen wie die ihre würden zumindest faktisch ohne rauchende Gäste nicht mehr rentabel betrieben werden können. Für diese Berufsgruppe ginge es also faktisch um das "Ob" ihrer Existenz. Da das Rauchverbot auch nicht an die Person des Gastwirts anknüpft, läge ein Eingriff auf der dritten Stufe vor. Das Urteil des BVerfG geht hierauf mit keinem Wort ein.*

*Allerdings wäre der Gesundheitsschutz der Nichtraucher, auf den das BVerfG im Folgenden abstellt (dazu sogleich), auch ein "überragend wichtiger Gemeinwohlgrund" i.S.d. dritten Stufe, sodass es i.E. keinen Unterschied macht, auf welcher Stufe eingegriffen wird. In einem Gutachten kann die Stufeneinordnung daher angeprüft, i.E. aber auch offen gelassen werden.]*

#### (2). Ausreichende Gründe des Gemeinwohls

Fraglich ist nun, ob es ausreichende Gründe des Gemeinwohls gibt, die diesen Eingriff rechtfertigen könnten:

"[95] Um vor der Garantie der Berufsfreiheit (Art. 12 I GG) Bestand haben zu können, müssen Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, die durch ausreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt ist (vgl. BVerfGE 7, 377 [405 f.]; 94, 372 [390]; 101, 331 [347])."

#### (a). Nichtrauchererschutz

Das BVerfG erkennt solche Rechtfertigungsgründe im Nichtrauchererschutz, wobei es diesen gar als überra-

gend wichtigen Gemeinwohlbelang einstuft:

"[119] [...] Mit Rauchverboten in Gaststätten [werden] überragend wichtige Gemeinwohlbelange verfolgt. Dies gilt zunächst für den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung, dem in der Werteordnung des Grundgesetzes ein hohes Gewicht zukommt (vgl. BVerfGE 110, 141 [163]). Aus Art. 2 II GG kann daher eine Schutzpflicht des Staates folgen, die eine Risikovor-sorge gegen Gesundheitsgefährdungen umfasst (vgl. BVerfGE 56, 54 [78]). Angesichts der Zahl der Todesfälle, die sich nach wissenschaftlichen Erkenntnissen auf Erkrankungen durch Passivrauchen zurückführen lassen, ist zudem auch der Schutz des menschlichen Lebens betroffen. Die Verfassung begründet auch insoweit eine Schutzpflicht des Staates, die es ihm gebietet, sich schützend und fördernd vor das Leben jedes Einzelnen zu stellen (vgl. BVerfGE 39, 1 [42]; 46, 160 [164]; 115, 118 [152]). Die Annahme einer beträchtlichen Gefährdung dieser Rechtsgüter begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, weil sich die Landesgesetzgeber insoweit der in der Wissenschaft vorherrschenden Einschätzung anschließen können, wonach Tabakrauch auch bereits in geringsten Mengen wegen der enthaltenen gontoxischen Kanzerogene gesundheitsgefährdend sei."

#### (b). Abwägung mit der Berufsfreiheit

Bei der Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe muss die Grenze des Zumutbaren gewahrt bleiben (vgl. BVerfGE 102, 197 [220]; 112, 255 [267]). Nach diesem Grundsatz der "praktischen Konkordanz" sind die widerstreitenden Interessen also im Wege eines Ausgleichsversuchs miteinander abzuwägen.

#### (aa). Grundsätzlicher Vorrang des Gesundheitsschutzes

Angesichts der überragenden Bedeutung der Schutzgüter Leben und Gesundheit der Nichtraucher hält das BVerfG grds. sogar ein absolutes Rauchverbot für zulässig:

"[121] Auf der Grundlage der ihm zuzubilligenden Spielräume wäre der Gesetzgeber nicht gehindert, dem Gesundheitsschutz gegenüber den damit beeinträchtigten Freiheitsrechten, insbesondere der Berufsfreiheit der Gastwirte und der Verhaltensfreiheit der Raucher, den Vorrang einzuräumen und ein striktes Rauchverbot in Gaststätten zu verhängen.

[122] Da die Gesundheit und erst recht das menschliche Leben zu den besonders hohen Gütern zählen, darf ihr Schutz auch mit Mitteln angestrebt werden, die in das Grundrecht der Berufsfreiheit empfindlich eingreifen (vgl. BVerfGE 17, 269 [276]; 85, 248 [261]; 107, 186 [196]). Der Gesetzgeber ist daher von Verfassungs wegen nicht gehalten, mit Rücksicht auf die Berufsfreiheit der Betreiber von Gaststätten Aus-

nahmen von einem Rauchverbot für Gaststättenbetriebe in Gebäuden und vollständig umschlossenen Räumen zuzulassen. Er kann sich vielmehr für ein Konzept des Nichtraucher-schutzes entscheiden, das einer möglichst großen Reichweite und Effizienz des Schutzes vor den Gefahren des Passivrauchens Priorität gibt. Werden nämlich Ausnahmen vom Rauchverbot in Gaststätten insbesondere für Raucherräume oder die Zeltgastronomie zugelassen, so bedeutet dies einen teilweisen Verzicht auf das an sich angestrebte Ziel des Gesundheitsschutzes. Um die ansonsten drohende deutliche Reduzierung des Nichtraucher-schutzes zu vermeiden, hat etwa der Bundesgesetzgeber in § 1 Abs. 3 Satz 2 des Gesetzes zum Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens (vom 20. Juli 2007, BGBl I S. 1595) für die Verkehrsmittel des öffentlichen Personenverkehrs, also insbesondere für Eisenbahnen, Straßenbahnen, Omnibusse und Flugzeuge, keine Ausnahmen vom Rauchverbot zugelassen (vgl. BTDrucks 16/5049, S. 9).“

*(bb). Auch bei Einraumgaststätten?*

Fraglich bleibt, ob dieser Vorrang auch in Einraumgaststätten wie die der Bf. zu 1) gelten kann, denen mangels Ausweichmöglichkeiten und angesichts einer besonders hohen Anzahl von Rauchern unter den Gästen besonders gravierende Nachteile drohen könnten.

*(aaa). Absolutes Rauchverbot: ja*

Das BVerfG bejaht aber auch dies jedenfalls dann, wenn sich der Gesetzgeber für ein ausnahmsloses Rauchverbot entscheidet:

“[123] Entscheidet sich der Gesetzgeber wegen des hohen Rangs der zu schützenden Rechtsgüter für ein striktes Rauchverbot, so müssen hiervon auch solche Gaststätten nicht ausgenommen werden, die aufgrund der geringen Zahl der Gästeplätze der Kleingastronomie zuzurechnen sind und deren Angebot durch den Ausschank von Getränken geprägt ist („Eckkneipen“). [125] [...] Denn eine stärkere Belastung dieser Gruppe, einschließlich der Gefährdung ihrer wirtschaftlichen Existenz, ist durch hinreichende sachliche Gründe gerechtfertigt, weshalb eine differenzierende Regelung nicht erforderlich ist (vgl. BVerfGE 34, 71 [79]). Auf eine Ausnahme für die Kleingastronomie muss sich der Gesetzgeber nicht einlassen, wenn er das Konzept eines strikten Rauchverbots wählt. Denn dies hätte zur Folge, dass entgegen der - von der Werteordnung des Grundgesetzes gedeckten - Regelungskonzeption des Gesetzgebers in einem nicht unwesentlichen Teil des Gaststättengewerbes auf den Schutz der Bevölkerung vor den Gefahren des Passivrauchens gänzlich und auf Dauer verzichtet werden müsste. Auch die besonderen beruflichen und wirtschaftlichen Interessen der Betreiber von kleinen Gaststätten können den Gesetzgeber jedoch nicht zwingen, seinen Entschluss zur strikten Verfolgung überragend wichtiger Gemeinwohlbelange

in einem nicht unerheblichen Gefährdungsbereich völlig aufzugeben.

[126] Auch wenn die Interessen der rauchwilligen Gäste in den Blick genommen werden, ist ein striktes Rauchverbot in Gaststätten nicht unverhältnismäßig. Zwar führt das Rauchverbot zu einer nicht unwesentlichen Beeinträchtigung der Raucher, weil ihnen der Aufenthalt in Gaststätten durch den erzwungenen Verzicht auf das Tabakrauchen erschwert wird und der Besuch von Gaststätten zudem einen nicht unwesentlichen Aspekt der Teilnahme am gesellschaftlichen Leben darstellt. Diese Beeinträchtigung der Verhaltensfreiheit der Raucher (Art. 2 Abs. 1 GG) erscheint jedoch wegen der herausragenden Bedeutung des mit dem Rauchverbot verfolgten Schutzziels nicht unangemessen, zumal die Möglichkeit bleibt, eine Gaststätte zum Rauchen vorübergehend zu verlassen. Die Raucher werden hierbei nicht in unzulässiger Weise bevormundet, ihnen wird insbesondere kein Schutz vor Selbstgefährdung aufgedrängt (vgl. BVerfGE 59, 275 [278 f.]). Die Landesnichtraucherschutzgesetze zielen weder auf Suchtprävention noch auf den Schutz des Einzelnen vor sich selbst. Ihr Ziel ist vielmehr der Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 2 LNRSchG Baden-Württemberg; § 1 NRSchG Berlin). Es geht um den Schutz der Gesundheit nicht des Rauchers, sondern der Gesundheit der anderen Personen, die in der jeweiligen Situation nicht selbst rauchen.

[127] Ebenso wenig wird den Nichtrauchern unter den Gaststättenbesuchern der Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens aufgedrängt. Die gesetzliche Regelung trägt lediglich dem Umstand Rechnung, dass ihnen, solange es keine ausreichende Zahl von Plätzen in rauchfreien Gasträumen gibt, keine andere Wahl bleibt, als bei dem Besuch einer Gaststätte eine Gesundheitsgefährdung durch Passivrauchen hinzunehmen. Nichtraucher sollen in diesem Bereich des gesellschaftlichen Lebens nicht nur um den Preis der Gefährdung ihrer Gesundheit teilnehmen können.“

*(bbb). Relatives Rauchverbot: nein*

Allerdings hat sich der Gesetzgeber in Baden-Württemberg gerade nicht für ein solches ausnahmsloses Schutzkonzept entschieden. Vielmehr nimmt § 7 I 2 LNRSchG BW Bier-, Wein- und Festzelte von vornherein vom Rauchverbot aus, und § 7 II LNRSchG BW lässt die Einrichtung von Raucherräumen auch in anderen Gaststätten mit Ausnahme von Diskotheken zu. Einraumgaststätten sind aber weder vom Rauchverbot ausgenommen, noch haben sie die Möglichkeit, Raucherräume einzurichten. Das BVerfG hält es im Rahmen eines relativen Schutzkonzepts für unverhältnismäßig, gerade diese besonders stark betroffene Gruppe nicht vom Rauchverbot auszunehmen:

“[128] Zu einem anderen Ergebnis führt die Verhältnismäßigkeitsprüfung jedoch, wenn kein striktes



Rauchverbot zur Entscheidung steht, sondern - wie von den Landesgesetzgebern in den vorliegenden Fällen - für den Schutz vor den Gefährdungen durch Passivrauchen eine Konzeption gewählt wurde, bei der den Belangen der Gaststättenbetreiber und der Raucher stärkeres Gewicht beigelegt wird und mit Rücksicht hierauf das Ziel des Gesundheitsschutzes relativiert und damit teilweise zurückgenommen ist. [...] [135] Die Landesgesetzgeber bleiben an ihre Entscheidung, mit welcher Intensität sie den Nichtraucher-schutz im Konflikt mit den Belangen der Gaststättenbetreiber und der Raucher verfolgen wollen, auch dann gebunden, wenn - wie in den vorliegenden Fällen - die Zumutbarkeit des Rauchverbots für die Betreiber kleinerer Einraumgaststätten zu beurteilen ist. Hat sich der Gesetzgeber aufgrund des ihm zukommenden Spielraums zu einer bestimmten Einschätzung des Gefahrenpotenzials entschlossen, auf dieser Grundlage die betroffenen Interessen bewertet und ein Regelungskonzept gewählt, so muss er diese Entscheidung auch folgerichtig weiterverfolgen. Gefahreinschätzungen sind nicht schlüssig, wenn identischen Gefährdungen in demselben Gesetz unterschiedliches Gewicht beige-messen wird (vgl. BVerfGE 107, 186 [197]).

[136] Haben hiernach die Landesgesetzgeber durch weitreichende Ausnahmenvorschriften die aktuelle Bedeutung des von ihnen verfolgten legitimen Ziels des Gesundheitsschutzes relativiert, indem sie insbesondere die Berücksichtigung der Interessen der Gaststättenbetreiber zulassen, so erlangen folgerichtig die spezifischen Auswirkungen des Rauchverbots für die getränkegeprägte Kleingastronomie im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtabwägung ein stärkeres Gewicht.

[137] Diese Betriebe unterscheiden sich nicht nur durch eine geringere Zahl von Sitzplätzen sowie das vorwiegend an Getränken und weniger an Speisen ausgerichtete Angebot von den übrigen Gaststätten, sondern auch durch die besondere Gästestruktur. Solche Gaststätten sprechen überwiegend Stammgäste an, unter denen sich wiederum eine vergleichsweise große Zahl von Rauchern befindet. Der DEHOGA Bundesverband hat hierzu in seiner ergänzenden Stellungnahme auf Untersuchungen verwiesen, wonach in solchen Gaststätten der Raucheranteil unter den Gästen mindestens 50 % beträgt und in vielen Fällen mehr als drei Viertel erreicht. Da die Betreiber solcher Gaststätten aufgrund der begrenzten räumlichen Kapazitäten regelmäßig keine Raucherräume anbieten können, verlieren ihre Lokale für den von ihnen vorwiegend angesprochenen Kundenkreis der rauchenden Gäste erheblich an Attraktivität. Es ist daher zu erwarten, dass zahlreiche Raucher solche Gaststätten, bei denen sie ihren Aufenthalt nicht mit Tabakrauchen verbinden können, entweder nicht mehr aufsuchen oder aber die Dauer ihres Besuchs deutlich verkürzen werden. [...]

[142] Gemessen an den Einschätzungs-, Wertungs-

und Gestaltungsentscheidungen, die den Konzeptionen des Nichtraucherschutzes in den vorliegenden Fällen zugrunde liegen, ist es den Gastwirten der getränkegeprägten Kleingastronomie nicht zuzumuten, diese besonderen Belastungen, die für sie durch das Rauchverbot geschaffen werden, hinzunehmen."

#### IV. Zwischenergebnis

Der Gesetzgeber in Baden-Württemberg hat sich für ein relatives Nichtraucherschutzkonzept entschieden. Dass darin Einraumgaststätten im Unterschied zu anderen Gaststätten nicht vom Rauchverbot ausgenommen wurden, greift in unverhältnismäßiger Weise in deren freie Berufsausübung ein. Der Eingriff in Art. 12 I 1 GG ist somit nicht gerechtfertigt, die Bf. zu 1) ist durch § 7 LNRSchG BW in ihrer Berufsfreiheit verletzt.

#### B. Eigentum

Ferner könnte ein Verstoß gegen Art 14 I 1 GG vorliegen. Danach ist das Eigentum als die Summe aller von den Gesetzen gewährten vermögenswerten Rechte geschützt. Allerdings erstreckt sich Art. 14 I 1 GG in Abgrenzung zu Art. 12 I 1 GG grds. nicht auf den "Erwerb", also das Hinzuverdienen, sondern auf das "Erworbene", also die bereits vorhandenen Vermögenswerte. Deshalb liegt mit dem BVerfG durch die infolge des Rauchverbots eintretenden Umsatzeinbußen schon kein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 14 I 1 GG vor:

"[91] An der Eigentumsgarantie (Art. 14 I GG) ist das Rauchverbot hingegen nicht zu messen. Zwar berührt es auch das durch Art. 14 I GG geschützte Hausrecht, der Schwerpunkt des Eingriffs liegt jedoch nicht in der Begrenzung der Innehabung und Verwendung dieser Vermögensposition, sondern in der Beschränkung der individuellen Erwerbs- und Leistungstätigkeit des Gastwirts. Der Schutz der Eigentumsgarantie kommt hier daher nicht in Betracht (BVerfGE 30, 292 [335])."

*[Anm.: Diese Ausführungen lassen nicht ganz klar erkennen, ob schon die Schutzbereichsbetroffenheit abgelehnt wird, wie man den letzten Satz verstehen könnte, oder erst der Eingriff, worauf der erste Satz hindeutet, wonach immerhin das geschützte Hausrecht "berührt" sei. Deshalb empfiehlt es sich, hier nicht zu trennen, sondern Art. 14 I 1 GG einheitlich unter "Eingriff in den Schutzbereich" zu prüfen.]*

#### C. Ergebnis

Die Verfassungsbeschwerde der Bf. zu 1) ist wegen einer Verletzung von Art. 12 I 1 GG begründet.

#### 2. Teil: Bf. zu 3 (Diskothek)

Fraglich ist, ob auch die Bf. zu 3) als Inhaberin einer Großraumdiskothek in ihren Grundrechten verletzt ist.

*A. Berufsfreiheit*

In Betracht kommt zunächst eine Verletzung von Art. 12 I GG. Wie oben gezeigt, ist jedoch auch ein absolutes Rauchverbot in Gaststätten, wie es für Diskotheken angesichts der in § 7 II 2 LNRSchG BW ausgeschlossenen Einrichtung von Raucherräumen besteht, mit der Berufsfreiheit zu vereinbaren. Die Bf. zu 3) ist aus den o.g. Gründen also nicht in ihrer Berufsfreiheit verletzt.

*B. Eigentumsschutz*

Auch zum Eigentumsschutz des Art. 14 I GG gilt das oben Gesagte, wonach schon kein Eingriff in den Schutzbereich dieses Grundrechts vorliegt.

*C. Gleichheitsgrundsatz*

Die Bf. zu 3) könnte aber dadurch, dass es in Diskotheken im Unterschied zu allen anderen Gaststättengewerben ein absolutes Rauchverbot gibt, in ihrem Grundrecht aus Art. 3 I GG auf Gleichbehandlung verletzt sein. Einleitend hierzu das BVerfG:

“[150] Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 I GG verpflichtet den Gesetzgeber, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln (vgl. BVerfGE 1, 14 [52]; 98, 365 [385]; 116, 164 [180]; st.Rspr.). [...]”

[151] Der allgemeine Gleichheitssatz gilt für ungleiche Belastungen wie auch für ungleiche Begünstigungen. Verboten ist auch ein gleichheitswidriger Begünstigungsausschluss, bei dem eine Begünstigung einem Personenkreis gewährt, einem anderen Personenkreis aber vorenthalten wird (vgl. BVerfGE 116, 164 [180]).”

*I. Wesentlich Gleiches*

Wesentlich Gleiches im Sinne der o.g. Formel liegt vor, wenn sich für die Vergleichsgruppen ein hinreichend konkreter Oberbegriff finden lässt. Als solcher kommt hier der Begriff “Gaststätte” in Betracht, der neben den Diskotheken alle anderen Gewerbe umfasst, auf die sich das Rauchverbot des § 7 LNRSchG BW erstreckt.

*II. Ungleichbehandlung*

Die Vergleichsgruppen müssten ungleich behandelt werden. Dies ist der Fall, wenn das Gesetz verschiedene Rechtsfolgen bewirkt. Diskotheken dürfen im Gegensatz zu allen anderen Gaststätten keine Raucherräume einrichten, weil § 7 II 2 LNRSchG BW ihnen dies verwehrt. Darin liegt eine Ungleichbehandlung.

*III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung*

Dem Gesetzgeber ist nach Art. 3 I GG allerdings nicht jede Differenzierung verwehrt. Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich mit der sog. “neuen Formel” des BVerfG vielmehr unterschiedliche Grenzen, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen

(vgl. BVerfGE 110, 274 [291]; 117, 1 [30]; st.Rspr.). Liegt eine geringe Belastungsintensität vor, genügt ein sachlicher, willkürfreier Grund, um die Differenzierung zu rechtfertigen. Bei hoher Belastungsintensität hingegen ist eine Verhältnismäßigkeitskontrolle anzustellen, insbesondere also angemessen zwischen dem gesetzgeberischem Ziel und den Folgen für die Betroffenen abzuwägen.

*1. Hohe Belastungsintensität*

Ob eine hohe Belastungsintensität vorliegt, ist im Einzelfall zu entscheiden. Dabei sprechen jedoch bestimmte Indizien für eine solche: Erstens wenn neben Art. 3 I GG auch noch ein Freiheitsgrundrecht betroffen ist, und zweitens wenn das Differenzierungskriterium nicht sach-, sondern personenbezogen ist. Beides nimmt das BVerfG hier an:

*a. Personenbezogene Differenzierung:*

“[150] [...] Da der Grundsatz, dass alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind, in erster Linie eine ungerechtfertigte Verschiedenbehandlung von Personen verhindern soll, unterliegt der Gesetzgeber bei einer Ungleichbehandlung von Personengruppen regelmäßig einer strengen Bindung (vgl. BVerfGE 88, 87 [96]). Daher ist das Gleichheitsgrundrecht verletzt, wenn der Gesetzgeber bei Regelungen, die Personengruppen betreffen, eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu einer anderen Gruppe anders behandelt, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten (vgl. BVerfGE 102, 41 [54]; 104, 126 [144 f.]; 107, 133 [141]; st.Rspr.). Diese Grundsätze gelten aber auch dann, wenn eine Ungleichbehandlung von Sachverhalten mittelbar eine Ungleichbehandlung von Personengruppen bewirkt. Deshalb sind dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers umso engere Grenzen gesetzt, je stärker sich die Ungleichbehandlung auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten, namentlich auf die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte freie Berufsausübung (vgl. BVerfGE 62, 256 [274]), nachteilig auswirken kann (vgl. BVerfGE 92, 53 [69]; st.Rspr.). [...]”

[153] Mit der vorliegend zu beurteilenden Differenzierung zwischen Gaststätten im Allgemeinen und solchen der besonderen Betriebsart „Diskothek“ (vgl. § 3 I GastG) werden Sachverhalte unterschiedlich behandelt. Gleichwohl ist bei der Prüfung von einer strengeren Bindung des Gesetzgebers auszugehen, weil hier die Ungleichbehandlung der Sachverhalte eine Ungleichbehandlung von Personengruppen bewirkt.”

*b. Freiheitsgrundrechte betroffen*

“[153] Die differenzierenden Regelungen in § 7 Abs. 2 Satz 1 und 2 LNRSchG Baden-Württemberg führen dazu, dass die Betreiber von Diskotheken anders als

die übrigen Gaststättenbetreiber daran gehindert sind, für ihre Gäste Raucherräume einzurichten. Dies hat zur Folge, dass Diskothekenbetreiber nicht in freier Ausübung ihres Berufs das Angebot ihrer Gaststätten auch für Raucher attraktiv gestalten können. Damit wirkt sich die Ungleichbehandlung der Sachverhalte nachteilig auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten, nämlich auf die Berufsfreiheit aus, die auch die Beschwerdeführerin zu 3) als Kommanditgesellschaft gemäß Art. 19 Abs. 3 GG für sich beanspruchen kann (vgl. BVerfGE 105, 252 [265]; st.Rspr).“

## 2. Verhältnismäßigkeit

Liegt eine hohe Belastungsintensität vor, muss die Differenzierung mit der „neuen Formel“ verhältnismäßig, d.h. zur Erreichung eines legitimen Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen sein.

### a. Legitimer Zweck

“[155] Nach der Begründung des Gesetzentwurfs der Landesregierung von Baden-Württemberg verfolgt das Landesnichtraucherschutzgesetz mit dem ausnahmslosen Rauchverbot für Diskotheken vor allem den Schutz der Jugendlichen vor den Gefahren des Passivrauchens. Es werde dem Umstand Rechnung getragen, dass die Schadstoffkonzentration in Diskotheken besonders hoch sei, was bei gleichzeitiger körperlicher Aktivität der Gäste zu stärkerer Inhalation der schadstoffhaltigen Innenraumluft führe (vgl. LT-Drucks 14/1359, S. 16). Das ausnahmslose Rauchverbot in Diskotheken sei zudem notwendig, weil bei Jugendlichen Nachahm- und Nachfolgeeffekte eine große Rolle spielten. Gäbe es einen Raucherraum in der Diskothek und hielte sich der Kern der Clique dort auf, würde der Gruppenszwang dazu führen, dass sich auch die Nichtraucher dorthin begäben und damit dem Passivrauchen ausgesetzt seien (vgl. LT-Drucks 14/1359, S. 24).“

### b. Geeignetheit

Der Ausschluss von Raucherräumen in Diskotheken ist zumindest geeignet, den Gesundheitsschutz zu fördern und gruppensdynamische Nachahm- und Nachfolgeeffekte der o.g. Art zu unterbinden.

### c. Erforderlichkeit

Das BVerfG verneint aber schon die Erforderlichkeit einer solchen Ausnahme:

#### aa. Gesundheitsschutz

“[157] Dies gilt zunächst, soweit der Gesetzgeber für Diskotheken von einem gesteigerten Schutzbedarf zugunsten der Gäste ausgeht. Zwar steht dem Gesetzgeber auch hier ein Spielraum hinsichtlich der Einschätzung von Gefahren zu, die der Allgemeinheit drohen. Es ist daher verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass der Landesgesetzgeber seinen Überlegungen eine

besonders hohe Schadstoffkonzentration in Diskotheken zugrunde gelegt hat. [...] Dieser Umstand macht jedoch, wenn für andere Gaststätten Raucherräume zugelassen werden, den generellen Ausschluss dieser Ausnahme für Diskotheken nicht erforderlich. Ist das Rauchen nur noch in vollständig abgetrennten Nebenräumen erlaubt, so entfällt das an die besondere Betriebsart anknüpfende Argument der gesteigerten Gefährlichkeit von Passivrauchen in Diskotheken.“

#### bb. Gruppendynamische Effekte bei Jugendlichen

“[158] Der Hinweis auf die große Bedeutung von Nachahm- und Nachfolgeeffekten bei Jugendlichen oder jungen Erwachsenen vermag die unterschiedliche Behandlung von Diskotheken gegenüber anderen Gaststättenarten ebenfalls nicht zu rechtfertigen.

[159] Aufgrund des Einschätzungsspielraums des Gesetzgebers begegnet zwar auch die Annahme dieser Gefährdungssituation für Jugendliche keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Das ausnahmslose Rauchverbot in Diskotheken ist jedoch nicht erforderlich, um Jugendliche davor zu bewahren, ihrer Clique oder einzelnen Personen in den Raucherbereich zu folgen. Um den angestrebten Schutz dieser Bevölkerungsgruppe zu erreichen, reicht es nämlich aus, wenn - wie etwa im Land Berlin durch § 4 Abs. 3 Satz 2 NRSRG geregelt - der Ausschluss von Raucherräumen auf solche Diskotheken beschränkt wird, zu denen Personen mit nicht vollendetem 18. Lebensjahr Zutritt haben. Die Betreiber vieler Diskotheken - so auch die Beschwerdeführerin zu 3) - sehen ohnehin Altersbegrenzungen für ihr Publikum vor und könnten auf diese Weise selbst entscheiden, ob sie es vorziehen, auf die Einrichtung von Raucherräumen zu verzichten oder aber den Publikumszutritt beschränken wollen. Eine solche, Wahlmöglichkeiten der Diskothekenbetreiber eröffnende Regelung stellt das mildere Mittel gegenüber dem generellen Ausschluss von Raucherzimmern dar.“

#### cc. Gruppendynamische Effekte bei Erwachsenen

“[160] Auch mit dem Ziel, Nachfolge- und Cliqueneffekte bei dem erwachsenen Publikum in Diskotheken zu verhindern, ist der Ausschluss von Raucherzimmern nicht gerechtfertigt. Der Landesgesetzgeber hat schon mit der allgemeinen Zulassung von Raucherräumen in Gaststätten in Kauf genommen, dass sich dort auch Nichtraucher aufhalten. Damit sind aber auch Nachfolgeeffekte bei Erwachsenen akzeptiert worden, die nicht in gleichheitswidriger Weise nur bei Diskotheken unterbunden werden dürfen. Selbst einem gesteigerten Nachfolgeeffekt, von dem der Gesetzgeber aufgrund des vorwiegend aus jungen Erwachsenen bestehenden Diskothekenpublikums ausgeht, kann auf weniger belastende Weise dadurch entgegengewirkt werden, dass die Attraktivität der Raucherräume reduziert wird. Hierfür kommt insbesondere die Möglichkeit in Betracht, die Einrichtung von Tanzflächen in

Raucherräumen zu untersagen.“

#### D. Ergebnis

Das absolute Rauchverbot in Diskotheken im Rahmen

eines ansonsten relativen Schutzkonzepts verstößt gegen Art. 3 I GG. Die Verfassungsbeschwerde der Bf. zu 3) ist ebenfalls begründet.

### Standort: Zivilrecht

### Problem: Folgen der Nacherfüllung

BGH, URTEIL VOM 15.07.2008

VIII ZR 211/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

#### Problemdarstellung:

Die Parteien streiten um die Ersatzpflicht des Verkäufers hinsichtlich derjenigen Kosten, die durch den Einbau des mangelfreien Gegenstands entstanden sind.

Die Kl. erwarb bei der Bekl., die einen Holzhandel betreibt, Parkettstäbe, die die Kl. durch einen Dritten in ihrem Haus verlegen ließ. Danach stellte sich heraus, dass sich die Buchendecklamelle von der Weichholzschiene, die sich darunter befindet, ablöst. Im Rahmen eines selbständigen Beweisverfahrens stellte sich heraus, dass der Fehler auf einer unzureichenden Verklebung der Stäbchen beruhte, welche herstellungsbedingt ist. Der Kl. forderte die Bekl. zum Austausch der Stäbchen auf. Dem kam die Bekl. auch nach. Die Bekl. lehnte jedoch den Ersatz derjenigen Kosten ab, die durch den Einbau der mangelfreien Stäbchen verursacht wurden.

Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Kl. ist ohne Erfolg geblieben. Hiergegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision des Kl. - dies jedoch ohne Erfolg.

#### Prüfungsrelevanz:

Der erkennende Senat befasste sich in dieser Entscheidung mit einem in der Praxis und daher auch in der Ausbildung sehr relevanten Problem. Es stellte sich die Frage, ob der Verkäufer im Falle der Mangelhaftigkeit des Kaufgegenstands diejenigen Kosten ersetzen muss, die durch den Einbau des mangelfreien Gegenstands entstehen. Diese Frage nahm der BGH zum Anlass, die Pflichten des Verkäufers im Rahmen der Nacherfüllung zu präzisieren. Grundsätzlich schuldet der Verkäufer mangelhafter Parkettstäbe im Zuge der Nacherfüllung durch Ersatzlieferung nur die Lieferung mangelfreier Parkettstäbe, das heißt die Verschaffung des Besitzes und des Eigentums an den mangelfreien Stäben. Zur Verlegung der mangelfreien Stäbe i.R.d. Nacherfüllung ist der Verkäufer auch dann nicht verpflichtet, wenn der Käufer die mangelhaften Stäbe bereits verlegt hatte. Anderes gilt nur in dem Fall, in dem der Verkäufer selbst originär den Einbau schuldet, also in dem Fall des Kaufvertrages mit Montageverpflichtung.

Bezüglich der Kosten, die durch den Einbau der mangelfreien Parkettstäbe entstanden sind, ist in erster Li-

nie eine Haftung des Verkäufers aus Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 280 I, III, 281 I BGB anzuprüfen. Die Frage, ob die Kosten des Einbaus der mangelfreien Sache ersatzfähig sind, wird in der Literatur und der Rechtsprechung kontrovers diskutiert.

In Einzelfällen wird die Ersatzpflicht ohne besondere Begründung bejaht (z.B. OLG Karlsruhe, ZGS 2004, 432). Andere Oberlandesgerichte (z.B. OLG Köln, ZGS 2006, 77) haben es dagegen abgelehnt, den Nacherfüllungsanspruch auf diese Kosten zu erstrecken. Die Literatur stimmt überwiegend letzterer Ansicht zu (vgl. MüKo-BGB/Westermann, 5. Aufl., § 439 Rdnr. 13 m.w.N.; Leupertz, BauR 2006, 1648, 1653 f.).

Der erkennende Senat bestimmte die Pflicht zur Übernahme der Kosten danach, was der Inhalt der Verkäuferpflichten ist. Nach aktueller Rechtsprechung des OLG Köln (in ZGS 2006, 77) ist eine Ersatzpflicht nur dann zu bejahen, wenn dem Käufer entsprechende Kosten im Falle einer ordnungsgemäßen Nacherfüllung nicht entstanden wären. In dem Fall, in dem der Käufer die mangelhafte Sache selbst einbaut oder den Einbau von einem Dritten vornehmen lässt, erstreckt sich die Pflicht zur Nacherfüllung nicht auf den Einbau der nachzuliefernden Sachen. Dies ist deshalb sachgerecht, weil im Übrigen eine Vermengung von kaufvertraglichen Pflichten mit denjenigen des Werkvertrags drohte, was unbedingt zu vermeiden ist (Lorenz, ZGS 2004, 408 f.). Im umgekehrten Fall, in dem eine Montageverpflichtung des Verkäufers besteht, käme demnach eine entsprechende Ersatzpflicht in Betracht.

Zwar hat die bisherige "Dachziegel-Rechtsprechung" des BGH (BGHZ 87, 104 ff.) eine verschuldensunabhängige Ersatzfähigkeit von Einbaukosten im Rahmen des § 467 BGB a.F. bejaht. Jedoch lässt sich dies nicht auf die neue Gesetzeslage übertragen. Es wird allenfalls verschuldensabhängig gehaftet, etwa nach §§ 437 Nr. 3 i.V.m. 280 ff./ 284 BGB.

In dem vorliegenden Fall stellte sich die Frage der Erstattungsfähigkeit im Ergebnis nicht. Eine Haftung schied im Ergebnis bereits aus, weil dem bekl. Verkäufer die Exkulpation i.S.v. § 292 ZPO gelang, so dass der haftungsbegründende Tatbestand nicht gegeben war. Die Exkulpation gelang, weil der Verkäufer nicht der Hersteller der Ware war. Eine Zurechnung des Verhaltens des Herstellers schied aus, da der Hersteller kein Erfüllungsgehilfe des Verkäufers i.S.v. § 278 BGB ist. Er wird nicht als dessen Hilfsperson tätig. Wie durch die Pflichten obig beschrieben, schuldet der Verkäufer nicht den Erfolg der Herstellung, sondern

nur die Übergabe und Übereignung der mangelfreien Sache. Zu diesem Ergebnis kamen auch die unterinstanzlichen Gerichte, so dass die Revision ohne Erfolg blieb.

#### **Vertiefungshinweise:**

□ Zum Rücktritt: *BGH*, RA 2008, 224 ; *OLG Rostock*, RA 2007, 656 = *NJW* 2007, 3290; *BGH*, RA 2007, 554 = *NJW* 2007, 2621; *BGH*, RA 2007, 279 = *NJW* 2007, 1346; *BGH*, RA 2007, 136; *BGH*, RA 2007, 72; *Kohler*, AcP 2003, 539; *Motsch*, JR 2002, 221; *Wert- henbruch*, JZ 2002, 862

#### **Kursprogramm:**

- *Examenskurs*: "Gutes Rad ist teuer"
- *Assessorkurs*: "Der versicherte PKW"
- *Assessorkurs*: "Das englische Teeservice"

#### **Leitsätze:**

**a. Der Verkäufer mangelhafter Parkettstäbe schuldet im Zuge der Nacherfüllung durch Ersatzlieferung (§ 439 I BGB) nur die Lieferung mangelfreier Parkettstäbe, das heißt die Verschaffung von Besitz und Eigentum an einer mangelfreien Kaufsache (§ 433 I BGB); zur Verlegung ersatzweise gelieferter Parkettstäbe ist der Verkäufer im Wege der Nacherfüllung auch dann nicht verpflichtet, wenn der Käufer die mangelhaften Parkettstäbe bereits verlegt hatte.**

**b. Eine Haftung des Verkäufers mangelhafter Parkettstäbe, die der Käufer vor der Entdeckung des Mangels auf seine Kosten hat verlegen lassen, für die Kosten der Neuverlegung mangelfreier Parkettstäbe kommt nur unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes statt der Leistung (§ 437 Nr. 3, § 280 I, III, §§ 281 ff. BGB) in Betracht. Der Verkäufer haftet nicht, wenn er die in der mangelhaften Lieferung liegende Pflichtverletzung (§ 280 I 1, § 433 I 2 BGB) nicht zu vertreten hat (§ 280 I 2 BGB).**

#### **Sachverhalt:**

Mit Vertrag vom 04.11.2004 kaufte der Kl. von der Bekl., einer Holzhändlerin für den Haus- und Gartenbereich, 37,83 Quadratmeter zweischichtige, nicht von der Bekl. hergestellte Buchenparkettstäbe sowie 24,30 Meter Sockelleisten zum Preis von 1.514,22 €. Er ließ die Parkettstäbe von einem Parkettleger im Wohn- und Esszimmer seines Hauses verlegen. Danach stellte sich heraus, dass sich auf etwa der Hälfte der verlegten Fläche die Buchendecklamelle der Parkettstäbe von der darunter liegenden Weichholzschiene ablöste. In einem vom Kl. eingeleiteten selbständigen Beweisverfahren stellte der Sachverständige fest, dass dies auf einen Produktionsfehler - die nicht ausreichende Verklebung

der beiden Schichten - im Werk des Herstellers zurückzuführen ist. Mit Anwaltsschreiben vom 26.04.2005 forderte der Kl. die Bekl. auf, bis zum 17.05.2005 "den Parkettboden auszutauschen". Dem kam die Bekl. nicht nach.

Der Sachverständige hatte die Kosten für die Entfernung des Parketts und für die Lieferung und Verlegung neuer Parkettstäbe auf 3.666,56 € veranschlagt. Diesen Betrag machte der Kl., der die mangelhaften Parkettstäbe nicht bezahlt hatte, mit Schreiben vom 15.06.2006 gegenüber der Bekl. geltend. Die Bekl. erstattete dem Kl. die Kosten für die Entfernung und Entsorgung des mangelhaften Parketts einschließlich der erforderlichen Nebenarbeiten in Höhe von 569,29 €, lehnte aber weitere Zahlungen ab.

Mit seiner Klage begehrt der Kl. die Zahlung des verbleibenden Betrages in Höhe von 3.097,27 € abzüglich des von ihm nicht gezahlten Kaufpreises (1.514,22 €), das heißt Zahlung von 1.583,05 € nebst Zinsen; hierbei handelt es sich um die Kosten für die Verlegung neuer, anderweitig zu beschaffender Parkettstäbe.

Ist die zulässige Klage begründet?

#### **Lösung:**

Die Klage ist dann begründet, wenn der Kl. einen Anspruch auf Zahlung der Einbaukosten i.H.v. 1.583,05 € hat wegen der Neuverlegung des mangelfreien Bodens.

*A. Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 437 Nr.3, 280 I, III, 281 I BGB*

Der Kl. könnte einen Schadensersatzanspruch gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I BGB haben.

#### *I. Wirksamer Kaufvertrag*

Der Kl. müsste mit dem Bekl. einen wirksamen Kaufvertrag gem. § 433 BGB geschlossen haben. Mit Vertrag vom 04.11.2004 kaufte der Kl. von der Bekl., einer Holzhändlerin für den Haus- und Gartenbereich, 37,83 Quadratmeter zweischichtige, nicht von der Bekl. hergestellte Buchenparkettstäbe sowie 24,30 Meter Sockelleisten zum Preis von 1.514,22 €. Zweifel an der Wirksamkeit der Einigung bestehen nicht. Daher liegt ein wirksamer Kaufvertrag vor.

#### *II. Mangel*

Es müsste ein Mangel vorliegen. In Betracht kommt ein Sachmangel gem. § 434 I BGB. Eine Beschaffensvereinbarung gem. § 434 I 1 BGB bezüglich der Verklebung der Schichten des Holzes ist nicht ersichtlich. Das Parkett müsste sich zur vertraglich vorausgesetzten Verwendung gem. § 434 I 2 Nr. 1 BGB eignen. Vorliegend sollte der Parkettboden in den Räumlichkeiten des Hauses des Kl. verlegt werden. Vorliegend löste sich durch die fehlerhafte Verklebung die Bu-

chendecklamelle von der Weichholzschicht ab. Dadurch bleibt der Boden jedoch auch weiterhin begehbar.

*[Anm.: Daher kann an dieser Stelle offen bleiben, ob die gewöhnliche Verwendung oder eine über die gewöhnliche Verwendung hinausgehende Verwendung i.R.d. Mangels gem. § 434 I 2 Nr. 1 BGB erforderlich ist.]*

Jedoch ist das Lösen dieser Schichten ein Umstand, der gewöhnlicherweise bei Parkettstäben nicht vorkommt. Daher liegt ein Mangel gem. § 434 I 2 Nr. 2 BGB vor.

### III. Bei Gefahrübergang

Der Mangel müsste bei Gefahrübergang vorgelegen habe. Dazu müsste die fehlerhafte Verklebung zur Zeit der Übergabe gem. § 446 S.1 BGB vorgelegen haben. Dies ist hier unproblematisch der Fall, da die Verklebung herstellungsbedingt ist und mithin bei der Übergabe an den Kl. bereits gegeben war.

### IV. Schlechtleistung einer fälligen noch möglichen leistungsbezogenen Pflicht

Es müsste ein Pflichtverletzung i.S.v. § 281 I BGB vorliegen. Dazu müsste eine Nicht- oder Schlechtleistung einer fälligen und durchsetzbaren, noch möglichen, leistungsbezogenen Pflicht vorliegen.

Anknüpfungspunkt für die Schlechtleistung ist die Verletzung des Anspruchs auf die Gutleistung gem. § 433 I 2 BGB. Es handelt sich dabei unzweifelhaft um eine leistungsbezogene Pflicht, da die Hauptleistungspflicht der Bekl. betroffen ist. Es liegt wegen der mangelhaften Leistung eine Schlechtleistung insoweit vor. Zweifel an der Fälligkeit gem. § 271 I BGB und der Durchsetzbarkeit des Anspruchs bestehen nicht. Auch ist die Leistungserbringung möglich, da der Mangel behebbar ist.

Eine Schlechtleistung liegt also vor.

### V. Erfolgloser Ablauf einer angemessenen Frist zur Nacherfüllung

Der Kl. müsste dem Bekl. eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gem. §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB gesetzt haben und diese müsste ergebnislos verstrichen sein.

Der Bekl. müsste zur Nacherfüllung verpflichtet sein. Vorliegend wurden die Voraussetzungen des § 437 BGB bereits bejaht, so dass ein Anspruch auf Nacherfüllung gegeben ist. Der Kl. hat der Bekl. zudem mit anwaltlichem Schreiben vom 26.04.2005 eine Frist zur Nacherfüllung bis zum 17.05.2005 gesetzt. Innerhalb dieser Pflicht hat die Bekl. unstreitig mangelfreie Parkettstäbchen an den Kl. ausgehändigt. Damit wäre die Frist nicht ergebnislos verstrichen.

Fraglich ist daher, ob der Nacherfüllungsanspruch auch beinhaltet, dass die Bekl. nicht nur verpflichtet

war, die neuen Parkettstäbe zu liefern, sondern auch diese zu verlegen oder diese auf ihre Kosten verlegen zu lassen. Denn nur auf diese Weise ließe sich rechtefertigen, dass die Frist zur Nacherfüllung ergebnislos verstrichen ist. Der erkennende Senat führt dazu aus:

“[16] In der Rechtsprechung der Instanzgerichte und in der rechtswissenschaftlichen Literatur ist allerdings umstritten, ob der Nacherfüllungsanspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache auch die Kosten für deren Einbau in eine andere Sache umfasst, wenn der Käufer die mangelhafte Sache - vor dem Auftreten des Mangels - ihrer Bestimmung gemäß in eine andere Sache eingebaut hatte. Das Oberlandesgericht Karlsruhe (ZGS 2004, 432) hat dies bejaht und dem Käufer einen Anspruch auf Erstattung der Kosten für eine Neuverlegung ersatzweise gelieferter Bodenfliesen zugebilligt (ebenso Landgericht Deggendorf, Urteil vom 03.04.2007- 3 O 370/06, juris, mit zustimmender Anmerkung von Schmitz, IBR 2007, 426, und Fischer, juris PR-PrivBauR 2/2008 Anm. 2; ebenso Bamberger/Roth/Faust, BeckOK, Stand 01.02.2007, BGB § 439 Rdnr. 18; Eckert/Maifeld/Matthiessen, Handbuch des Kaufrechts, 2007, Rdnr. 621 f.; Terrahe, VersR 2004, 680; Pammler, juris PK-BGB, 3. Aufl., § 439 Rdnr. 48). Die Oberlandesgerichte Köln (ZGS 2006, 77), Stuttgart (Urteil vom 08.11.2007 - 19 U 52/07, n.v., Revision beim Senat anhängig unter VIII ZR 304/07) und Frankfurt am Main (Urteil vom 14.02.2008 - 15 U 5/07, n.v., Revisionsverfahren VIII ZR 70/08) sowie das Landgericht Itzehoe (Urteil vom 27.04.2007 - 9 S 85/06, n.v., Revisionsverfahren VIII ZR 157/07) haben es dagegen abgelehnt, den Nacherfüllungsanspruch auf diese Kosten zu erstrecken (ebenso MünchKommBGB/Westermann, 5. Aufl., § 439 Rdnr. 13; Schneider/Katerndahl, NJW 2007, 2215; Thürmann, NJW 2006, 3457; Haedicke, ZGS 2006, 55, 59 f.; Brömmelmeier, JZ 2006, 493, Fn. 7; Seibel, IBR 2006, 140; Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, 7. Aufl., Rdnr. 439 f.; Leupertz, BauR 2006, 1648, 1653 f.; Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB (2004), § 439 Rdnr. 21; Lorenz, ZGS 2004, 408; ders., NJW 2005, 1889, 1895 f.; Bereska, BrPp 2005, 157 f.; AnwKomm-BGB/Büdenbender, 2005, § 439 Rdnr. 27; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 9. Aufl., Rdnr. 330; Wilmowsky, JuS 2002, Beilage zu Heft 1, S. 22).”

Letztere Auffassung verdient die Zustimmung. Die Nacherfüllung umfasst nicht die Pflicht, die Kosten für die Neuverlegung des Parketts zu tragen.

Bei den Nacherfüllungsansprüchen aus § 439 I BGB handelt es sich um Modifikationen des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs aus § 433 I BGB (BT-Drs. 14/6040, S. 221). Inhaltlich kann die Pflicht zur Nacherfüllung nur so weit gehen, wie dies durch die Mangelhaftigkeit der Kaufsache bedingt ist. “Bei der in § 439 I BGB als eine der beiden Alternativen der Nacherfüllung vorgesehenen Lieferung einer mangelfreien Sache decken sich, wie schon aus der gesetzlichen

Formulierung hervorgeht, der Nacherfüllungsanspruch und der ursprüngliche Erfüllungsanspruch hinsichtlich der vom Verkäufer geschuldeten Leistungen; es ist lediglich anstelle der ursprünglich gelieferten mangelhaften Kaufsache nunmehr eine mangelfreie - im Übrigen aber gleichartige und gleichwertige - Sache zu liefern. Die Ersatzlieferung erfordert daher eine vollständige Wiederholung der Leistungen, zu denen der Verkäufer nach § 433 I 1 und 2 BGB verpflichtet ist; der Verkäufer schuldet nochmals die Übergabe des Besitzes und die Verschaffung des Eigentums an einer mangelfreien Sache - nicht weniger, aber auch nicht mehr. Denn mit der Nacherfüllung soll nach der gesetzgeberischen Konzeption lediglich eine nachträgliche Erfüllung der Verkäuferpflichten aus § 433 I BGB durchgesetzt werden; der Käufer soll mit der Nacherfüllung das erhalten, was er vertraglich zu beanspruchen hat (BT-Drs. aaO; BGHZ 162, 219, 227)."

Dies führt dazu, dass die Bekl. dem Kl. lediglich Besitz und Eigentum an neuen - nunmehr mangelfreien - Parkettstäben verschaffen musste. Die Verlegung der ersatzweise zu liefernden Parkettstäbe schuldet sie im Rahmen der vom Kl. verlangten Nacherfüllung ebenso wenig wie bei der ursprünglichen Lieferung, mit der sie erstmals den Versuch unternommen hatte, ihre Verkäuferpflichten aus § 433 I 1 und 2 BGB zu erfüllen.

Ein Anspruch des Kl. auf Schadensersatz statt der Leistung wegen der Kosten der Verlegung mangelfreier Parkettstäbe lässt sich daher nicht damit begründen, dass die Bekl. einer im Rahmen der Nacherfüllung bestehenden Verpflichtung zur Verlegung der ersatzweise zu liefernden Parkettstäbe nicht nachgekommen wäre; eine solche Verpflichtung der Bekl. bestand nach § 439 I BGB nicht.

Daher ist die Fristsetzung zur Nacherfüllung nicht erfolglos verstrichen; vielmehr hat die Bekl. die im Rahmen der Nacherfüllung geschuldete Leistung innerhalb der Frist erbracht.

Also ist ein Anspruch gem. §§ 437 Nr.3, 280 I, III, 281 I 1 BGB zu verneinen.

#### *B. Anspruch Anspruch auf Aufwendungsersatz gem. §§ 437 Nr.3, 284 BGB*

Dem Kl. könnte ein Aufwendungsersatzanspruch gem. §§ 437 Nr.3, 284 BGB zustehen. Voraussetzung dazu ist zum einen, dass der haftungsbegründende Tatbestand eines Schadensersatzanspruchs statt der Leistung vorliegt und zum anderen, dass Aufwendungen i.S.v. § 284 BGB getätigt wurden. Hier scheidet der Aufwendungsersatz bereits deshalb, weil die tatbestandlichen Voraussetzungen des Schadensersatzes statt der Leistung fehlen. Auf obige Ausführungen dazu wird verwiesen.

[Anm.: Auch wenn der haftungsbegründende Tatbe-

stand erfüllt wäre, könnte der Kl. keinen entsprechenden Ersatz verlangen. Die Kosten der Verlegung der mangelfreien Parkettstäbe stellen keine Aufwendungen i.S.v. § 284 BGB dar. Es handelt sich hierbei nicht um Aufwendungen, die der Kl. im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung - hier: die Mangelfreiheit der von der Bekl. gekauften Parkettstäbe - gemacht hat, sondern um Kosten, die erst zukünftig - aufgrund der anderweitigen Beschaffung mangelfreier Parkettstäbe - entstehen. Die Erstattung solcher Kosten kann nur im Rahmen eines Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung nach § 437 Nr. 3, §§ 280, 281 BGB verlangt werden, sofern die dafür bestehenden Voraussetzungen erfüllt sind, nicht aber nach § 284 BGB. Anderes würde ggf. gelten, wenn es sich um die Kosten für die Verlegung der mangelhaften Parkettstäbe handelt.

"[32] Um Aufwendungen im Sinne des § 284 BGB handelt es sich allerdings bei den dem Kl. entstandenen Kosten für die Verlegung der mangelhaften Parkettstäbe. Diese Aufwendungen hat der Kl. im Vertrauen auf die Mangelfreiheit der von der Bekl. gekauften Parkettstäbe gemacht; sie sind infolge der Mangelhaftigkeit der Parkettstäbe nutzlos geworden. Soweit der Kl. in seinem Schriftsatz vom 23.11.2006 auch diese Kosten beziffert und geltend gemacht hat, sind jedoch die tatbestandlichen Voraussetzungen für einen Aufwendungsersatzanspruch nach § 284 BGB nicht erfüllt. Da der Käufer Aufwendungsersatz nach § 284 BGB nur anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung verlangen kann, müssen die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs nach §§ 280, 281 BGB vorliegen (BT-Drs. aaO, S. 144, 225). Daran fehlt es, wie unter 2 ausgeführt.

[33] Eine analoge Anwendung des § 284 BGB auf den Fall, dass die Voraussetzungen der §§ 281 bis 283 BGB nicht erfüllt sind, kommt entgegen der Auffassung der Revision nicht in Betracht, weil insoweit keine planwidrige Gesetzeslücke vorliegt. Im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung wurde der Ersatz vergeblicher Aufwendungen nach § 284 BGB bewusst von den Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs nach §§ 280, 281 BGB abhängig gemacht (BT-Drs. 14/6040, aaO)."]

#### *C. Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 437 Nr.3, 280 I BGB*

Fraglich ist, ob ein Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 437 Nr.3, 280 I BGB in Betracht kommt.

##### *I. Wirksamer Kaufvertrag*

Ein wirksamer Kaufvertrag ist gegeben.

##### *II. Mangel bei Gefahrübergang*

Die Bekl. hat mangelhafte Parkettstäbchen geliefert, wobei der Mangel bereits bei der Übergabe i.S.v. § 446 S.1 BGB vorlag. Auf obige Ausführungen wird verwiesen.

### III. Pflichtverletzung

Es müsste eine Pflichtverletzung i.S.d. § 280 I BGB vorliegen. Dies ist dann der Fall, wenn die Gutleistungspflicht gem. § 433 I 2 BGB verletzt ist. Genau dies war hier der Fall. Die Bekl. schuldet die Übergabe und Übereignung einer mangelfreien Kaufsache. Dem ist sie hier nicht nachgekommen.

Daher ist eine Pflichtverletzung gegeben.

### IV. Vertretenmüssen

Die Bekl. müsste die Pflichtverletzung zu vertreten haben. Zu vertreten hat der Schuldner gem. § 276 I 1 BGB Vorsatz und Fahrlässigkeit, wobei auch die Zurechnung eines Verschuldens seines Erfüllungsgehilfen gem. § 278 BGB möglich ist. Das Vertretenmüssen wird grundsätzlich vermutet, § 280 I 2 BGB.

Fraglich ist, ob sich die Bekl. exkulpieren kann. Die Exkulpation ist gem. § 292 ZPO zulässig. Hier beruht der Mangel auf einem Herstellungsfehler, da die Verklebung der Schichten der Stäbchen nicht ordnungsgemäß erfolgte. Daher hat der Hersteller den Mangel zu vertreten, nicht jedoch die Bekl.. Das Verschulden des Herstellers könnte sich die Bekl. entgegenhalten lassen müssen. Dies ist dann der Fall, wenn der Hersteller gem. § 278 BGB Erfüllungshilfe des Verkäufers ist. Erfüllungsgehilfe ist, wer mit Wissen und Wollen des Geschäftsherrn in dessen Pflichtenkreis tätig wird (Palandt-Heinrichs, § 278 Rn 6). Die Pflicht des Verkäufers erstreckt sich unstreitig nicht auf die Herstellung des Kaufgegenstands, sondern nur auf die Übergabe und Übereignung einer mangelfreien Sache, § 433 I 2 BGB. Damit ist der Hersteller grundsätzlich nicht Erfüllungsgehilfe des Verkäufers (so auch Palandt-Putzo, § 437 Rn 37). Ein anderes Ergebnis ist nur dann denkbar, wenn eine weitergehende Überprüfungspflicht der Bekl. bei der Anlieferung der Ware bestand. Dies jedoch hier nicht ersichtlich, insbesondere darf der Verkäufer bei der Anlieferung neu hergestellter Sachen von deren Mangelfreiheit ausgehen, soweit sich rein äußerlich keine Schäden an der Verpackung bzw. am Material erkennen lassen (OLG Köln, ZGS 200, 77f.).

Damit kann sich die Bekl. exkulpieren.

### V. Rechtsfolge

Dem Kl. steht wegen der Kosten für die Verlegung neuer, von einem Dritten zu liefernder Parkettstäbe ein Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 437 Nr.3, 280 I BGB nicht zu.

### D. Anspruch auf Aufwendungsersatz gem. § 439 II BGB (analog)

Es könnte ein Anspruch aus § 439 II BGB folgen. Dazu müsste die Norm eine Anspruchgrundlage darstellen.

Dem tritt der erkennende Senat entschieden entgegen.

“[9] Ein solcher Anspruch ergibt sich nicht, wie die

Revision meint, unmittelbar aus der Regelung des § 439 II BGB über die vom Verkäufer zu tragenden Kosten der Nacherfüllung. Diese Vorschrift, nach welcher der Käufer Anspruch auf Übernahme der "zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen" durch den Verkäufer hat, setzt voraus, dass sich der Vollzug des Kaufvertrags (noch) im Stadium der Nacherfüllung gemäß § 439 I BGB befindet. Daran fehlt es im vorliegenden Fall.

[10] Der Kl. verlangte zwar zunächst Nacherfüllung, indem er die Bekl. mit Schreiben vom 26.04.2005 aufforderte, bis zum 17.05.2005 den Parkettboden auszutauschen. Mit seiner Klage macht der Kl. jedoch keinen Nacherfüllungsanspruch gemäß § 437 Nr. 1, § 439 BGB mehr geltend, sondern einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gemäß § 437 Nr. 3, §§ 280, 281 BGB oder einen Aufwendungsersatzanspruch nach § 437 Nr. 3, § 284 BGB. Denn die Berechnung des Zahlungsanspruchs in der Klagebegründung geht davon aus, dass der Kl. den bislang nicht gezahlten Kaufpreis für die von der Bekl. gelieferten Parkettstäbe auch zukünftig nicht mehr zu zahlen hat. Daraus ergibt sich, dass der Kl. an dem Kaufvertrag nicht mehr festhält und Nacherfüllung seitens der Bekl. durch Lieferung neuer - mangelfreier - Parkettstäbe nicht mehr verlangt. Damit bewegt sich sein Zahlungsbegehren nicht mehr im Rahmen einer Nacherfüllung gemäß § 439 BGB, die eine fortbestehende Lieferpflicht der Bekl. und damit auch eine fortbestehende Zahlungspflicht des Kl. voraussetzen würde. Die Lieferung neuen Parketts durch einen Dritten, die der Kl. anstrebt, ist keine Nacherfüllung im Sinne des § 439 I BGB. Für eine Verpflichtung der Bekl., die Kosten für die Verlegung neuer, nicht von ihr zu liefernder Parkettstäbe zu tragen, scheidet § 437 Nr. 1 i.V.m. § 439 I und II BGB daher als Anspruchsgrundlage aus; ein Erstattungsanspruch kann sich insoweit nur aus § 437 Nr. 3 i.V.m. §§ 280, 281 oder § 284 BGB ergeben.“

Auch eine analoge Anwendung der Norm scheidet. Dazu müsste eine planwidrige Regelungslücke bei vergleichbarer Interessenlage bestehen. Es mangelt bereits an der Planwidrigkeit der Regelungslücke wegen des klaren Wortlauts der Norm.

### E. Anspruch auf Wertersatz gem. §§ 439 IV, 347 II BGB

Der Kl. könnte einen Ersatzanspruch gem. §§ 439 IV, 347 II BGB haben. Während sich der erste Satz des § 439 IV BGB auf den Fall der Rückgewähr der mangelhaften Kaufsache auf notwendige Verwendungen bezieht, regelt Satz 2 den Ersatz bereicherter Aufwendungen. Notwendige Verwendungen sind jedenfalls Aufwendungen, also freiwillige Vermögensopfer, die der Kaufsache zugute kommen, indem sie für die Erhaltung zwingend geboten sind, ohne die Sache in ihrem Wesen zu verändern. Bereichernde Aufwendungen sind freiwillige Vermögensopfer, die einen ver-



mögenswerten Vorteil des Verkäufers begründen. Die vom Kl. aufgewandten Vermögensopfer kamen weder den Parkettstäbchen erhaltungssichernd zugute, noch begründeten sie einen Vermögensvorteil des Bekl..

Daher ist ein Ersatzanspruch zu verneinen.

*F. Anspruch auf Wertersatz analog §§ 439 IV, 437 II BGB*

Es könnte ein Anspruch aus einer analogen Anwendung der §§ 439 IV, 437 II BGB erfolgen. Dazu müsste eine planwidrige Regelungslücke bei einer vergleichbaren Interessenlage vorliegen.

Wie dargelegt werden die Kosten für den Einbau der mangelfreien Stäbe vorliegend von keiner Anspruchgrundlage erfasst. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass eine grundsätzliche Erstattungsfähigkeit i.R.d.

Schadensersatzes statt der Leistung in dem Fall besteht, in dem der Verkäufer gleichfalls den Einbau des Gegenstands schuldete. Genau anders lag der Sachverhalt hier. Würde in dem Fall, in dem der Verkäufer den Einbau der Sache nicht originär schuldet eine Ersatzpflicht bestehen, dann drohte eine Vermengung von Kaufvertragsselementen und hier nicht vorliegenden Werkvertragsselementen (i.d.R. Fälle des Kaufs mit Montageverpflichtung). Dies ist jedoch strikt abzulehnen (Lorenz, ZGS 2004, 408 ff. ). Also mangelt es bereits an einer Regelungslücke.

Daher hat der Kl. gegen die Bekl. keinen Anspruch auf Ersatz der geltend gemachten Kosten für die Verlegung neuer Parkettstäbe. Die Klage ist also unbegründet.

**Standort: § 257 StGB**

**Problem: Vorteile der Tat**

BGH, BESCHLUSS VOM 29.04.2008  
4 STR 148/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Der Angeklagte hatte seinem Bruder gestattet, über den ebay-Account des Angeklagten Verkäufe zu tätigen, wobei er sich dessen bewusst war, dass der Bruder Sachen verkaufen würde, die er selbst vorher gestohlen oder von einem Dieb erworben hatte. Der Bruder verkaufte auch tatsächlich über den ebay-Account des Angeklagten mehrere Gegenstände, die er vorher gestohlen hatte.

Das LG Bochum verurteilte den Angeklagten aufgrund seines Verhaltens insbesondere wegen Beihilfe zum Diebstahl, §§ 242 I, 27 StGB und Begünstigung, § 257 I StGB. Der BGH hob dieses Urteil auf die Revision des Angeklagten hin auf, da der Sachverhalt die Voraussetzungen des Tatbestandes der Begünstigung nicht erkennen lasse und diese außerdem gem. § 257 III 1 StGB subsidiär zu der vom Angeklagten begangenen Beihilfe sei.

**Prüfungsrelevanz:**

Anschlussstraftaten wie Begünstigung, § 257 StGB, Hehlerei, § 259 StGB, und Geldwäsche, § 261 StGB, sind zwar selten alleiniger Gegenstand von Examensaufgaben, in Klausuren beider Examen mit mehreren Tatkomplexen aber häufiger zu erörtern. Meist betreffen die entsprechenden Examensaufgaben dann - wie auch im vorliegenden Fall - die spezifischen Probleme dieser Tatbestände. Insofern enthält der vorliegende Fall zwar nichts grundlegend Neues, gerade Entscheidungen wie die vorliegende, in denen eine bereits bestehende Rechtsprechung noch einmal bestätigt wird, werden aber von Prüfern gerne bei der Gestaltung von

Examensaufgaben herangezogen.

Der Tatbestand des § 257 StGB setzt als Tathandlung ein "Hilfeleisten" voraus. Nach h.M. ist dies jedes Verhalten, das objektiv geeignet ist, dem Vortäter die erlangten Vorteile gegen Entziehung zugunsten des Berechtigten zu sichern (BGHSt 24, 166, 167; Fischer, § 257 Rn 7; Lackner/Kühl, § 257 Rn 3). In der vorliegenden Entscheidung betont der BGH - insoweit in Übereinstimmung mit seiner bisherigen Rechtsprechung und der herrschenden Literatur -, dass als zu sichernde "Vorteile" nur solche in Betracht kommen, die unmittelbar aus der Vortat stammen (BGHSt 36, 277, 281; Fischer, § 259 Rn 6; Rengier, BT II, § 20 Rn 7 ff.; Wessels/Hillenkamp, Rn 813; a.A.: LK-Ruß, § 257 Rn 11). Das bedeutet, dass etwa der Erlös aus dem Verkauf von Diebesgut keinen tauglichen Vorteil für eine Begünstigungshandlung darstellt, es sei denn, der Verkauf begründet seinerseits eine (neue) Vortat, z.B. einen Betrug (BGH, NStZ 1987, 22; Fischer, § 257 Rn 6; Rengier, BT II, § 20 Rn 8).

Obwohl dies nahe gelegen hätte, hatte der BGH mangels hinreichender Feststellungen des Tatsachengerichts im vorliegenden Fall nicht geprüft, ob der Bruder des Angeklagten sich durch den Verkauf des Diebesguts wegen Betruges strafbar gemacht hat. Allerdings wäre auch wohl in diesem Fall keine Strafbarkeit des Angeklagten wegen Begünstigung gegeben. Zwar würde der Betrug eine taugliche Vortat darstellen, deren unmittelbar erlangten Vorteile der Angeklagte seinem Bruder - durch die Auskehr des erzielten Erlöses - gesichert hätte. Allerdings hätte der Angeklagte bereits durch das Zurverfügungstellen des ebay-Accounts Beihilfe, § 27 StGB, zu dem Betrug seines Bruders geleistet, sodass er als Beteiligter an der Vortat gem. § 257 III 1 StGB nicht mehr wegen Begünstigung hätte verurteilt werden können.

Bei gutachterlicher Bearbeitung des vorliegenden Sachverhaltes ergeben sich insbesondere auch noch interessante Probleme bei der Prüfung einer Strafbarkeit des Angeklagten wegen Hehlerei.

Insofern ist nämlich zu berücksichtigen, dass der Angeklagte durch die Zusage, dass sein Bruder später seinen ebay-Account zum Verkauf des Diebesguts nutzen könne, bereits (psychische) Beihilfe zu dem von diesem begangenen Diebstahl, also der Vortat für die spätere Hehlerei, geleistet haben könnte. In diesem Fall stellt sich die Frage, ob der Angeklagte als Teilnehmer an der Vortat überhaupt noch Täter einer Hehlerei sein kann.

Des weiteren muss bei der Prüfung beachtet werden, dass der Angeklagte sich aus der Tat keinen eigenen Vorteil versprach, sondern nur zugunsten seines Bruders handelte. Die von § 259 I StGB vorausgesetzte Bereicherungsabsicht kann also allenfalls in der Form einer Drittbereicherungsabsicht (zugunsten des Bruders) gegeben sein. Da der Bruder aber auch der Vortäter ist, stellt sich die Frage, ob dieser als zu bereichernder Dritter i.R.v. § 259 I StGB überhaupt in Betracht kommt.

#### Vertiefungshinweise:

Zur Hehlerei bei Teilnahme an der Vortat: *BGHSt* 8, 392; 13, 403; *BGH*, *StraFo* 2005, 214; *OLG München*, *wistra* 2007, 37; *Berz*, *JURA* 1980, 67; *Roth*, *JA* 1988, 200; *Seelmann*, *JuS* 1988, 39

Zur Bereicherungsabsicht i.S.v. § 259 I StGB bei Absicht zur Bereicherung des Vortäters: *BGH*, *NStZ* 1995, 595; *StraFo* 2005, 214; *Lackner/Werle*, *JR* 1980, 216; *Mitsch*, *JuS* 1999, 375; *Paeffgen*, *JR* 1996, 346; *Roth*, *JA* 1988, 258

Zu den zu sichernden Vorteilen i.R.v. § 257 I StGB: *BGHSt* 24, 166; 36, 277; *BGH*, *NStZ* 1987, 22; *OLG Frankfurt*, *NJW* 2005, 1727; *Geppert*, *JURA* 1980, 272; *Keller*, *JR* 1990, 480

#### Kursprogramm:

- Examenskurs: "Feindschaftsdienst"  
 Examenskurs: "Eine Hand wäscht die andere"

#### Leitsätze (der Redaktion):

**1. Die Begünstigung ist nach ständiger Rechtsprechung nur strafbar, soweit dem Vortäter dadurch die unmittelbaren Vorteile der Tat gesichert werden sollen, die er zur Zeit der Begünstigungshandlung noch innehaben muss. Denn um "die" Vorteile der Tat handelt es sich nicht mehr, wenn dem Vortäter sich erst aus der Verwertung der Tatvorteile ergebende wirtschaftliche Werte zugewendet oder gesichert werden sollen. Danach ist der Erlös aus einem Verkauf des Erlangten kein unmittelbarer Vorteil mehr, der Gegenstand der Begünstigung im**

**Sinne des § 257 I StGB sein kann.**

**2. Eine taugliche Begünstigungshandlung im Sinne des § 257 I StGB kann darin zu sehen sein, dass der Täter dem Vortäter seinen ebay-Account zur Verfügung stellt und ihm dadurch bei dem Verkauf der entwendeten Gegenstände Hilfe leistet. Voraussetzung für eine entsprechende Strafbarkeit ist indes, dass der Täter dabei zumindest auch in der Absicht handelt, den Vortäter vor der Wiederentziehung der entwendeten Gegenstände zu bewahren.**

#### Sachverhalt (vereinfacht):

Nach den Feststellungen stellte A seinem Bruder Z regelmäßig seinen ebay-Account zur Verfügung. Spätestens seit Anfang 2005 war A auch damit einverstanden, dass sein Bruder über seinen ebay-Account unter dem Namen des A von Z selbst oder von Dritten gestohlene Sachen verkaufte. Die jeweiligen Käufer zahlten den Kaufpreis auf ein Giro-Konto des A ein, der den entsprechenden Betrag dann von seinem Konto abhob und das Geld bar an seinen Bruder aushändigte. A wollte seinem Bruder dadurch beim Absatz gestohlener Waren helfen. Dass A selbst einen Teil der Verkaufserlöse für sich behielt, konnte nicht festgestellt werden.

Auf diese Weise veräußerte Z im Mai 2005 einen aus einem Diebstahl stammenden Gegenstand über den ebay-Account des A, wobei Z den Diebstahl selbst begangen hatte. Weder A noch Z befürchteten im Tatzeitraum einen Zugriff der Ermittlungsbehörden.

Strafbarkeit des A?

[Anm.: Gehen Sie davon aus, dass sich Z durch den Verkauf des Diebesguts nicht gem. § 263 I StGB strafbar gemacht hat.]

#### Lösung:

*I. Strafbarkeit gem. §§ 242 I, 26 StGB durch das Einverständnis zur Nutzung des ebay-Accounts*

Dadurch, dass A dem Z sein Einverständnis dazu gab, den ebay-Account des A auch zum Verkauf von Diebesgut nutzen zu können, könnte A sich wegen Anstiftung zum Diebstahl gem. §§ 242 I, 26 StGB strafbar gemacht haben.

#### 1. Tatbestand

##### a. Teilnahmefähige Haupttat

Zunächst müsste eine teilnahmefähige, d.h. vorsätzliche und rechtswidrige (vgl. § 26 StGB), Haupttat vorliegen.

Der von Z vorsätzlich und rechtswidrig begangene Diebstahl gem. § 242 I StGB stellt eine solche Haupttat dar.

*b. Bestimmen*

A müsste Z zu dieser Tat bestimmt haben.

Bestimmen i.S.v. § 26 StGB ist das Hervorrufen des Tatentschlusses des Haupttäters (BGH, NStZ 2000, 421; 2001, 42; Lackner/Kühl, § 26 Rn 2; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 26 Rn 4). Ist dieser bereits fest zur Tatbegehung entschlossen (sog. omnimodo facturus), so kann er nicht mehr angestiftet werden (BGH, wistra 1988, 108; Fischer, § 26 Rn 3; Joecks, § 26 Rn 10; Otto, JuS 1982, 561).

Dem Sachverhalt lässt sich nicht entnehmen, ob Z in dem Zeitpunkt, in dem A ihm zusagte, dass Z später das Diebesgut über den ebay-Account des A verkaufen könne, bereits fest zur Tatbegehung entschlossen oder nur tatgeneigt war. Nur in letzterem Falle wäre eine Anstiftung des Z durch A noch möglich. Nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" ist deshalb zugunsten des A davon auszugehen, dass Z im Zeitpunkt des Gespräches mit A bereits fest zur Begehung des Diebstahls entschlossen, mithin omnimodo facturus, war. A hat Z also nicht zur Begehung des Diebstahls bestimmt.

*2. Ergebnis*

A ist nicht strafbar gem. §§ 242 I, 26 StGB.

*II. Strafbarkeit gem. §§ 242 I, 27 I StGB durch das Einverständnis zur Nutzung des ebay-Accounts*

Dadurch, dass A dem Z sein Einverständnis dazu gab, den ebay-Account des A zum Verkauf von Diebesgut nutzen zu können, könnte A sich aber wegen Beihilfe zum Diebstahl gem. §§ 242 I, 27 I StGB strafbar gemacht haben.

*1. Tatbestand**a. Teilnahmefähige Haupttat*

Der von Z begangene Diebstahl stellt eine teilnahmefähige Haupttat dar (s.o.).

*b. Hilfeleisten*

A müsste Z Hilfe zur Begehung des Diebstahls geleistet haben.

Hilfeleisten i.S.v. § 27 I StGB ist das Fördern der Haupttat (BGH, StV 1995, 524; BayObLG, NJW 2002, 1664; OLG Düsseldorf, StV 2002, 312; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 27 Rn 8; Krey, AT II, Rn 110). Hierbei kommt neben einem physischen Hilfeleisten insb. auch eine psychische Beihilfe durch Bestärken des Tatentschlusses des Haupttäters in Betracht (BGH, StV 2000, 368; OLG Naumburg, NJW 2001, 2034; Fischer, § 27 Rn 11; Joecks, § 27 Rn 8).

A hat dem Z sein Einverständnis dazu gegeben hat, dass dieser den ebay-Account des A dazu nutzen könne, um unter dem Namen des A die von Z bei Diebstählen erbeuteten Gegenstände zu verkaufen. Z war also klar, dass er die Möglichkeit haben würde, die

von ihm gestohlenen Gegenstände über die relativ anonyme Plattform des online-Auktionshauses ebay unter dem Namen des A handelnd verkaufen zu können. Z würde also die von ihm gestohlenen Gegenstände wirtschaftlich verwerten können, ohne selbst in Erscheinung treten und sich so dem Risiko der Entdeckung ausliefern zu müssen. Bei lebensnaher Auslegung des Sachverhaltes kann davon ausgegangen werden, dass hierdurch der Tatentschluss des Z zur Begehung des Diebstahls wenn schon nicht hervorgerufen (s.o.), so doch wesentlich bestärkt wurde, so dass A dem Z Hilfe geleistet hat.

*c. Vorsatz*

A müsste vorsätzlich gehandelt haben.

Der Vorsatz des Gehilfen muss sich sowohl auf die teilnahmefähige Haupttat als auch auf das Hilfeleisten erstrecken (sog. "Doppelvorsatz"; BGH, NStZ-RR 2000, 326; Joecks, § 27 Rn 11; Lackner/Kühl, § 27 Rn 7).

A wusste, dass Z einen Diebstahl begehen würde und wollte diesem auch durch das Einverständnis zur Nutzung des ebay-Accounts und das hierdurch bewirkte Bestärken des Tatentschlusses des Z Hilfe leisten. A hat also vorsätzlich gehandelt.

*2. Rechtswidrigkeit und Schuld*

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

*3. Ergebnis*

A ist strafbar gem. §§ 242 I, 27 I StGB.

So sieht es auch der BGH: "[...] nach den Feststellungen stellte der Angeklagte seinem Bruder seinen ebay account bereits spätestens Anfang 2005 in dem Wissen zur Verfügung, dass sein Bruder unter seinem, des Angeklagten, Namen über seinen ebay account die entwendeten Waren veräußern würde. Hat er damit seinem Bruder aber schon im Voraus die Hilfestellung beim Absatz der entwendeten Gegenstände zugesagt, liegt darin zugleich eine Beihilfe zu den von seinem Bruder begangenen Diebstählen."

*III. Strafbarkeit gem. § 259 I StGB durch das Zurverfügungstellen des ebay-Accounts*

Dadurch, dass A dem Z seinen ebay-Account zur Verfügung stellte, so dass Z den gestohlenen Gegenstand dort unter dem Namen des A verkaufen konnte, könnte A sich wegen Hehlerei gem. § 259 I StGB strafbar gemacht haben.

*1. Tatbestand**a. Taugliches Tatobjekt*

Bei dem Gegenstand, den Z über den ebay-Account des A verkaufte, müsste es sich um ein taugliches Hehlereiobjekt gehandelt haben. Hehlerei ist gem. § 259 I StGB möglich an Sachen, die ein anderer gestohlen

oder sonst durch eine gegen fremdes Vermögen gerichtete rechtswidrige Tat erlangt hat.

Der über den ebay-Account des A verkaufte Gegenstand war gestohlen worden, sodass eine taugliche Vortat gegeben ist. Allerdings setzt § 259 I StGB voraus, dass "ein anderer" die Vortat begangen hat. Dies bedeutet, dass der Täter der Vortat kein tauglicher Täter der Hehlerei ist (BGHSt 7, 134, 137; Joecks, § 259 Rn 7; Krey/Hellmann, BT II, Rn 576). A war zwar nicht Täter des Diebstahls, hat aber immerhin hierzu Beihilfe geleistet (s.o.). Fraglich ist, ob der Teilnehmer an der Vortat Täter einer Hehlerei sein kann.

#### *aa. 1. Mindermeinung*

Nach einer Auffassung kann der Teilnehmer an der Vortat ebensowenig wegen Hehlerei strafbar sein wie deren Täter (Roth, JA 1988, 200; Seelmann, JuS 1988, 39, 42).

Nach dieser Auffassung scheidet eine Hehlerei durch den A, der Gehilfe, also Teilnehmer (vgl. § 28 I StGB), an der Vortat war, aus.

#### *bb. 2. Mindermeinung*

Eine andere Auffassung verneint die Möglichkeit der Hehlerei durch den Teilnehmer an der Vortat nur für die Fälle, in denen der Wille des Teilnehmers von vorneherein nur auf die Erlangung eines Beuteanteils gerichtet war (Schönke/Schröder-Stree, § 259 Rn 56).

A hatte die Beihilfe zum Diebstahl des Z nicht geleistet, um einen Anteil an der Beute dieser Tat zu bekommen, sodass er nach dieser Auffassung noch Täter einer Hehlerei an dem von Z gestohlenen Gegenstand sein kann.

#### *cc. Herrschende Meinung*

Nach herrschender Meinung ist eine Hehlerei durch einen Teilnehmer an der Vortat ohne Weiteres möglich (BGH, StraFo 2005, 214, 215; OLG München, wistra 2007, 37; Fischer, § 259 Rn 26; Joecks, § 259 Rn 26; Krey/Hellmann, BT II, Rn 579; Berz, JURA 1980, 67).

Nach dieser Auffassung steht die Beihilfe des A zur Vortat (dem von Z begangenen Diebstahl) einer Strafbarkeit des A wegen Hehlerei nicht entgegen.

#### *dd. Stellungnahme*

Die 1. Mindermeinung stützt sich darauf, dass der Strafgrund der Hehlerei in der Perpetuierung der durch die Vortat geschaffenen rechtswidrigen Besitzlage zu sehen sei. Wer also schon wegen der Schaffung dieser Lage strafbar sei (wie der Täter der Vortat), den könne die Perpetuierung der Lage nicht noch zusätzlich belasten. Da der Strafgrund der Teilnahme aber in der akzessorischen Haftung für das Unrecht der Haupttat bestehe, werde ein Teilnehmer an der Vortat für dasselbe Unrecht bestraft wie deren Täter. Wenn aber der Täter der Vortat - was sich dem Wortlaut des § 259 I

StGB eindeutig entnehmen lässt - nicht wegen Hehlerei strafbar sein könne, dann müsse das auch für den Vortatteilnehmer gelten. Gegen diese Auffassung spricht jedoch der Gesetzeswortlaut. § 27 I StGB verlangt, dass der Gehilfe dem Haupttäter bei "dessen" Tat Hilfe leistet. Diese Formulierung verdeutlicht, dass es sich bei der Haupttat aus Sicht des Teilnehmers um die Tat eines anderen handelt. Diese Wertung muss dann aber auch auf § 259 I StGB übertragen werden, sodass dort auch aus Sicht eines Teilnehmers an der Vortat "ein anderer" die Sache gestohlen hat. Schließlich ist es bei anderen Anschlussstrafen unproblematisch, dass dort ein Teilnehmer einer Vortat den Tatbestand der Anschlussstat verwirklichen kann. Wenn dies nicht möglich wäre, wären nämlich Regelungen wie §§ 257 III 1, 261 IX 2 StGB sinnlos, die eine Strafbarkeit des Teilnehmers an der Vortat erst über einen persönlichen Strafausschlussgrund entfallen lassen. Die 1. Mindermeinung ist somit abzulehnen.

Bei dem verkauften Gegenstand handelt es sich um ein taugliches Hehlereiobjekt.

#### *b. Tathandlung*

A müsste eine der in § 259 I StGB genannten Tathandlungen vorgenommen haben. In Betracht kommt hier ein Absetzenhelfen.

Absetzenhelfen ist das weisungsabhängige, unselbstständige Unterstützen des Vortäters bei dessen Absatzbemühungen (BGH, NSStZ-RR 1999, 208; Fischer, § 259 Rn 19; Rengier, BT I, § 22 Rn 26).

Durch das Zurverfügungstellen des ebay-Accounts hat A eine unselbstständige, untergeordnete Handlung vorgenommen, die den Vortäter Z bei dessen Absatzbemühungen unterstützt hat, weil sie dem Z den Verkauf des Diebesguts erleichterte. Ein Absetzenhelfen des A ist somit gegeben.

#### *c. Vorsatz*

A handelte auch vorsätzlich.

#### *d. Bereicherungsabsicht*

A müsste in der Absicht gehandelt haben, sich oder einen Dritten zu bereichern

Dadurch, dass er dem Z seinen ebay-Account für den Verkauf von Diebesgut zur Verfügung stellte, wollte sich A keinen eigenen Vermögensvorteil, also keine eigene Bereicherung verschaffen. A hatte allerdings die Absicht, es Z zu ermöglichen, das Diebesgut über den Account des A zu verkaufen und so einen Gewinn und somit auch eine Bereicherung zu erlangen. A hatte also die Absicht, einen Dritten - nämlich Z - zu bereichern.

Hierbei ist allerdings zu berücksichtigen, dass es sich bei dem zu bereichernden Z um den Täter der Vortat der Hehlerei handelt. Ob § 259 I StGB auch diejenigen

Fälle erfasst, in denen der Hehler den Vortäter bereichern will, ist streitig.

#### *aa. Mindermeinung*

Nach einer Mindermeinung kann i.R.v. § 259 I StGB auch der Vortäter der zu bereichernde Dritte sein (Schönke/Schröder-Stree, § 259 Rn 50; Mitsch, JuS 1999, 375).

Nach dieser Auffassung wäre also eine Drittbereicherungsabsicht des A i.S.v. § 259 I StGB gegeben.

#### *bb. Herrschende Meinung*

Die herrschende Meinung hingegen verneint eine Strafbarkeit gem. § 259 I StGB, wenn der Hehler lediglich die Absicht hat, den Vortäter zu bereichern (BGH, StraFo 2005, 214, 215; Fischer, § 259 Rn 22a; Joecks, § 259 Rn 32; Krey/Hellmann, BT II, Rn 603).

Nach dieser Meinung wäre also eine Bereicherungsabsicht i.S.v. § 259 I StGB nicht gegeben.

#### *cc. Stellungnahme*

Für die h.M. spricht vor allem der Wortlaut des § 259 I StGB. Hier wird der Vortäter nämlich als "anderer" bezeichnet, sodass er nicht gleichzeitig ein "Dritter" sein kann. Außerdem sollen nach der Vorstellung des Gesetzgebers Anschlussstaten, die dem Vortäter nützen sollen, ausschließlich über § 257 StGB erfasst werden und nicht über § 259 I StGB. Da somit nach der h.M. insbesondere keine unbilligen Strafbarkeitslücken drohen, da eine Nachtat zugunsten des Vortäters zwar nicht über § 259 StGB, allerdings sehr wohl über § 257 StGB erfasst werden kann, ist der h.M. zu folgen. Eine Bereicherungsabsicht des A i.S.v. § 259 I StGB ist somit nicht gegeben.

Dies ist auch das Ergebnis des BGH: "Hehlerei (§ 259 Abs. 1 StGB) in der Form der Absatzhilfe hat es [das LG Bochum] verneint, weil der Angeklagte sich selbst nicht bereichert habe und sein Bruder hier nicht 'Dritter' im Sinne des Hehlereitattbestandes gewesen sei."

#### *2. Ergebnis*

A ist nicht strafbar gem. § 259 I StGB.

#### *IV. Strafbarkeit gem. § 257 I StGB durch das Zurverfügungstellen des ebay-Accounts*

Durch das Zurverfügungstellen des ebay-Accounts könnte A sich aber wegen Begünstigung gem. § 257 I StGB strafbar gemacht haben.

#### *1. Tatbestand*

##### *a. Rechtswidrige Vortat eines anderen*

§ 257 I StGB setzt zunächst voraus, dass ein anderer eine rechtswidrige Tat i.S.v. § 11 I Nr. 5 StGB, also eine Straftat, begangen hat.

Z, also ein anderer, hatte einen Diebstahl, also eine rechtswidrige Tat gem. § 242 I StGB, begangen. Eine

taugliche Vortat liegt somit vor.

##### *b. Hilfeleisten*

A müsste Z Hilfe geleistet haben.

Hilfeleisten i.S.v. § 257 I StGB ist jedes Verhalten, das objektiv geeignet ist, dem Vortäter die erlangten Vorteile gegen Entziehung zugunsten des Berechtigten zu sichern (BGHSt 24, 166, 167; Fischer, § 257 Rn 7; Lackner/Kühl, § 257 Rn 3).

Zunächst einmal muss der Vortäter durch die Vortat einen Vorteil erlangt haben und dieser muss auch im Zeitpunkt der Begünstigungshandlung noch beim Vortäter vorhanden sein, da ansonsten die Handlung des Nachtäters nicht geeignet sein kann, dem Vortäter die Vorteile zu sichern (BGH, NStZ 1994, 187, 188; Fischer, § 257 Rn 6; Rengier, BT II, § 20 Rn 6). Z hatte aus der Vortat Besitz und Gewahrsam an der gestohlenen Sache erlangt und somit auch die Möglichkeit, das Diebesgut zu veräußern. Dies stellt einen Vorteil dar, den Z auch im Zeitpunkt der Nutzung des ebay-Accounts des A noch besaß.

Das Zurverfügungstellen des ebay-Accounts müsste weiter objektiv geeignet gewesen sein, dem Z diesen Vorteil gegen Entziehung zugunsten des Berechtigten zu sichern. Dadurch, dass A den Z seinen ebay-Account nutzen ließ, ermöglichte er es dem Z, das Diebesgut zu veräußern, ohne dass dieser unter seinem eigenen Namen handeln musste. Da sich somit die Spur des Diebesgutes eher zu A als zu Z zurückverfolgen lässt, ist es schwerer, dem Z die Vortat nachzuweisen, sodass die Strafverfolgungsbehörden ihm nun auch schwerer die durch die Vortat erlangten Vorteile zugunsten des Berechtigten abnehmen können.

Ein Hilfeleisten i.S.v. § 257 I StGB ist somit gegeben.

##### *c. Vorsatz*

A handelte auch vorsätzlich.

##### *d. Vorteilssicherungsabsicht*

§ 257 I StGB setzt die Absicht des Täters voraus, dem Vortäter die erlangten Vorteile gegen Entziehung zugunsten des Berechtigten zu sichern, also die Wiederherstellung des gesetzmäßigen Zustands zu verhindern oder zu erschweren (Fischer, § 257 Rn 10; Schönke/Schröder-Stree, § 257 Rn 24; Rengier, BT II, § 20 Rn 15). A müsste also mit dieser Absicht gehandelt haben.

Hierzu der BGH: "[...] könnte eine taugliche Begünstigungshandlung im Sinne des § 257 Abs. 1 StGB darin zu sehen sein, dass der Angeklagte seinem Bruder seinen ebay account zur Verfügung stellte und ihm dadurch bei dem Verkauf der entwendeten Gegenstände Hilfe leistete (vgl. Fischer aaO). Voraussetzung wäre indes, dass der Angeklagte dabei zumindest auch in der Absicht gehandelt hätte, seinen Bruder vor der Wiederentziehung der entwendeten Gegenstände zu bewahren (BGHSt 2, 362, 364). Eine solche Absicht

ist jedoch nicht belegt. Vielmehr hat das Landgericht ausdrücklich festgestellt, dass weder der Angeklagte noch sein Bruder im Tatzeitraum einen Zugriff der Ermittlungsbehörden befürchteten.“

A hat also nicht mit Vorteilssicherungsabsicht gehandelt.

## 2. Ergebnis

Durch das Zurverfügungstellen des ebay-Accounts hat sich A nicht gem. § 257 I StGB strafbar gemacht.

### V. Strafbarkeit gem. § 261 I StGB durch das Zurverfügungstellen des ebay-Accounts

Dadurch, dass A dem Z seinen ebay-Account zur Verfügung stellte, so dass Z den gestohlenen Gegenstand dort unter dem Namen des A verkaufen konnte, könnte A sich wegen Geldwäsche gem. § 261 I StGB strafbar gemacht haben.

#### 1. Tatbestand

Zunächst einmal müsste es sich bei dem Gegenstand, den Z über den ebay-Account des A verkaufte, um ein taugliches Tatobjekt handeln, also einen Gegenstand, - der aus einer in § 261 I 2 StGB genannten Tat herührt.

Der Gegenstand, den Z verkaufte, rührte aus einem Diebstahl, § 242 I StGB, her. Ein Diebstahl stellt jedoch gem. § 261 I 2 Nr. 4a StGB nur dann eine taugliche Vortat für eine Geldwäsche dar, wenn er gewerbsmäßig oder von einem Bandenmitglied begangen wurde. Dass Z bei Begehung des Diebstahls gewerbsmäßig oder als Bandenmitglied handelte, lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen. Der verkaufte Gegenstand rührt somit nicht aus einer geldwäschetauglichen Vortat her.

## 2. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. § 261 I StGB.

### VI. Strafbarkeit gem. § 257 I StGB durch das Auskehren des über den ebay-Verkauf erzielten Erlöses

Dadurch, dass A den über den ebay-Verkauf erzielten Erlös an Z auskehrte, könnte sich A wegen Begünstigung, § 257 I StGB, strafbar gemacht haben.

#### 1. Tatbestand

Z müsste eine taugliche Vortat für eine Begünstigung begangen und A ihm i.S.v. § 257 I StGB Hilfe geleistet, d.h. Handlungen vorgenommen haben, die geeignet waren, die von Z durch die Vortat erlangten Vorteile diesem gegen Entziehung zugunsten des Berechtigten zu sichern.

#### a. § 242 StGB als Vortat

Die Auskehr des Erlöses könnte geeignet gewesen sein, dem Z die durch den Diebstahl erlangten Vorteile (s.o.) zu sichern.

Hierzu der BGH: “Die Begünstigung ist nach ständiger Rechtsprechung nur strafbar, soweit dem Vortäter dadurch die *unmittelbaren* Vorteile der Tat gesichert werden sollen, die er zur Zeit der Begünstigungshandlung noch innehaben muss (BGHSt 24, 166 f; 36, 277, 281; BGH NStZ 1987, 22; Cramer in MüKo-StGB § 257, Rdn. 11, 13; Stree in Schönke/Schröder StGB 27. Aufl. § 257, Rdn. 23). Denn um ‘die’ Vorteile der Tat handelt es sich nicht mehr, wenn dem Vortäter sich erst aus der Verwertung der Tatvorteile ergebende wirtschaftliche Werte zugewendet oder gesichert werden sollen (BGH NStZ aaO). Danach ist der Erlös aus einem Verkauf des Erlangten kein unmittelbarer Vorteil mehr, der Gegenstand der Begünstigung im Sinne des § 257 Abs. 1 StGB sein kann (Fischer StGB 55. Aufl. § 257 Rdn. 6). [...] Der Angeklagte hat aber entgegen der Auffassung des Landgerichts auch dadurch, dass er nach dem Verkauf den Erlös jeweils an seinen Bruder ausgekehrt hat, den Tatbestand der Begünstigung nicht erfüllt; denn die Erlöse stellten nicht mehr die von seinem Bruder erlangten unmittelbaren Tatvorteile dar.”

Ein Hilfeleisten bzgl. der durch den Diebstahl erlangten Vorteile kommt also nicht in Betracht.

#### b. § 263 StGB als Vortat

Z könnte jedoch durch den Verkauf des Diebesguts über den ebay-Account des A einen Betrug, § 263 I StGB, begangen haben, dessen Vorteile durch die Auskehr des Erlöses gesichert worden sein könnten.

Der BGH führt insofern aus: “[...] die Erlöse stellten nicht mehr die von seinem Bruder erlangten unmittelbaren Tatvorteile dar. Anders verhielte es sich insofern nur, wenn Z - was aber nicht festgestellt ist - durch die Verkäufe tatbestandsmäßig Betrug zum Nachteil der Erwerber begangen hätte und der Angeklagte tätig geworden wäre, um ihm die betrügerisch erlangten Verkaufserlöse zu sichern [...]”

Da davon auszugehen ist, dass Z sich durch den Verkauf nicht gem. § 263 I StGB strafbar gemacht hat, scheidet auch ein Hilfeleisten bzgl. der durch einen Betrug erlangten Vorteile aus.

## 2. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. § 257 I StGB.

### VII. Gesamtergebnis

A ist strafbar gem. §§ 242 I, 27 StGB

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

<b>Autor/Titel:</b>	Groh, Thomas: "Erstattung der Reisekosten zum Ort der Wahlstation"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2008, 723 (Heft 8)
<b>Inhalt:</b>	Eine hervorragende Klausurlösung, die verfassungsrechtliche Probleme (insbesondere im Rahmen des Art. 3 I GG) in die Erfolgsaussichten einer verwaltungsgerichtlichen Klage einbettet und einen "Ausflug" ins Europarecht, namentlich in die Grundfreiheiten nach dem EG-Vertrag unternimmt. Die Verknüpfung diverser Materien in einer Aufgabe ist im Examen geradezu typisch, wie dieser Original-Examensfall beweist.

<b>Autor/Titel:</b>	Sellmann, Christian: "Privatisierung mit oder ohne gesetzliche Ermächtigung"
<b>Fundstelle:</b>	NVwZ 2008, 817 (Heft 8)
<b>Inhalt:</b>	Der Beitrag befasst sich auf den ersten Blick mit einem nicht examensrelevanten Thema, nämlich der Privatisierung staatlicher Aufgaben. Auf den zweiten Blick enthält er jedoch sehr lehrreiche Ausführungen zur Reichweite des Vorbehalts des Gesetzes, einer Materie also, die jedem cand. jur. im Detail geläufig sein muss. Zu allem Überfluss macht der Autor auch noch Ausführungen zur ebenfalls wichtigen Abgrenzung des Verwaltungshelfers vom Beliehenen, die in dieser Dichte und Ausführlichkeit ihresgleichen suchen.

*Zivilrecht*

<b>Autor/Titel:</b>	Herresthal, Carsten: "Das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Durchsetzbarkeit in den §§ 281, 232 I BGB"
<b>Fundstelle:</b>	Jura 2008, 561 (Heft 8)
<b>Inhalt:</b>	Der Autor setzt sich mit dem ungeschriebenen Merkmal der Durchsetzbarkeit als notwendige Voraussetzung für das Recht aus § 281 BGB sowie § 323 I BGB. Beiden Normen ist gemein, dass sie dem Wortlaut nach lediglich die Fälligkeit voraussetzen. Der Autor setzt sich mit der Notwendigkeit dieses Merkmals - welche inzwischen weitestgehend anerkannt ist - ausführlich auseinander. In dem Moment, in dem die Forderung nicht durchsetzbar ist, kann dem Schuldner das Risiko der Nichtleistung nicht objektiv zugewiesen werden (§ 323 I BGB) bzw. mangelt es an einem Anknüpfungspunkt für die Verantwortlichkeit des Schuldners (§ 281 I BGB).

<b>Autor/Titel:</b>	Lorenz, Stephan: "Grundwissen - Zivilrecht: Aufwendungsersatz (§ 284 BGB)"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2008, 673 (Heft 8)
<b>Inhalt:</b>	Der Autor befasst sich mit dem Anspruch auf Aufwendungsersatz gem. § 284 BGB, welcher anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung geltend gemacht werden kann. Die anspruchsbegründenden Voraussetzungen werden gut nachvollziehbar dargelegt. Insbesondere die Ausführungen zur Höhe des Aufwendungsersatzes sowie zum Verhältnis des Anspruchs zum Rücktritt sind lesenswert.

*Strafrecht*

<b>Autor/Titel:</b>	Schramm, Edward: "Grundfälle zum Diebstahl"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2008, 678 (Heft 8)
<b>Inhalt:</b>	Der Diebstahl, § 242 StGB, ist immer noch eines der häufigsten Delikte in beiden Examen. In diesem ersten Teil eines zweiteiligen Aufsatzes schildert der Verfasser anhand der verschiedenen (objektiven) Tatbestandsmerkmale des § 242 I StGB die hier möglicherweise auftretenden Probleme. Dies geht zwar nicht so sehr in die Tiefe wie die Ausführungen eines Lehrbuchs oder gar Kommentars, ist aber als Einstieg in die Problematik (oder zur Wiederholung) gut geeignet.

<b>Autor/Titel:</b>	Krüger, Matthias: "Zum 'Bestimmen' im Sinne von §§ 26, 30 StGB"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2008, 492 (Heft 7)
<b>Inhalt:</b>	Eine Anstiftung i.S.v. § 26 StGB setzt voraus, dass der Anstifter den Haupttäter zur Begehung der Haupttat "bestimmt". Die übliche Definition ("Hervorrufen des Tatentschlusses") vermag problematischere Konstellationen nur schwer zu erfassen, sodass insofern durchaus verschiedene Einschränkungen vertreten werden (Erfordernis eines Unrechtspakts, eines offenen geistigen Kontakts oder einer Planherrschaft). Der Verfasser stellt die verschiedenen Ansätze dar und kommt über die üblichen Auslegungsmethoden und insb. unter Einbeziehung des § 30 I StGB zu dem Ergebnis, dass eine Anstiftung einen offenen geistigen Kontakt zwischen Anstifter und Haupttäter voraussetzt. Hier wird ein Problem zwar im Verhältnis zu seiner praktischen und examenstechnischen Bedeutung sehr ausführlich behandelt, aber wegen der schönen Argumente durchaus lesenswert.

<b>Autor/Titel:</b>	Kudlich, Hans / Henn, Arne: "Täterschaft und Teilnahme bei den Aussagedelikten"
<b>Fundstelle:</b>	JA 2008, 510 (Heft 7)
<b>Inhalt:</b>	Die Aussagedelikte, §§ 153 ff. StGB, sind eigenhändige Delikte, sodass eine Mit- oder mittelbare Täterschaft durch einen nicht selbst aussagenden Beteiligten ausscheidet. Um diese Lücken zu schließen, existiert allerdings der Tatbestand des § 160 I StGB. Auch im Rahmen der Teilnahme gibt es aber hier Besonderheiten: so ist über § 159 StGB die versuchte Anstiftung entgegen § 30 I StGB ausnahmsweise auch bei Vergehen strafbar. Die Verfasser beschäftigen sich vor allem mit zwei - durchaus examensrelevanten - Problemen, nämlich ob eine versuchte Anstiftung gem. § 159 StGB auch dann in Betracht kommt, wenn die vorgestellte Haupttat tatsächlich gar nicht strafbar wäre und ob § 160 I StGB die Gutgläubigkeit des Aussagenden voraussetzt.