

Öffentliches Recht

Standort: Beamtenrecht, Grundrechte

Problem: Anspruch auf Raucherzonen

VG KÖLN, URTEIL VOM 29.02.2008
19 K 3549/07 (NWVBL 2008, 319)

Problemdarstellung:

Das VG Köln hatte sich mit der Klage eines rauchenden Beamten zu befassen, der sich mit einem generellen Rauchverbot in allen Gebäuden seines Dienstherrn konfrontiert sah. Er verlangte, dass ein Raucherraum (bzw. hilfsweise ein Unterstand im Freien) eingerichtet wird, in dem er während der Pausen rauchen kann. Ferner begehrte er die Feststellung, dass er auch während der Kernarbeitszeiten weiterhin rauchen dürfe (bzw. hilfsweise, dass sein Dienstherr ihm dies zu gestatten habe, falls ein solches Recht nicht schon von Gesetzes wegen bestehe). Das VG wies die Klage in vollem Umfang ab:

A. Das Gericht betont zunächst, dass ein generelles Rauchverbot in öffentlichen Gebäuden (hier: nach §§ 3 I 1 i.V.m. 2 Nr. 1a NiSchG NRW) keinen verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet. Daran dürfte auch nach der Entscheidung des BVerfG vom 30.07.2008 (RA 2008, 522 = NJW 2008, 2409) festzuhalten sein, denn die dort aufgeführten verfassungsrechtlichen Bedenken ergaben sich ausschließlich im Hinblick auf die Grundrechte von Gastwirten aus Art. 3 I und 12 I GG, nicht aber im Hinblick auf staatliche Einrichtungen wie Dienstgebäude.

B. Hinsichtlich des Antragsbegehrens zu 1) stellt das VG fest, dass sich aus geltendem Recht nicht nur kein Anspruch auf die Errichtung von Raucherräumen innerhalb oder außerhalb öffentlicher Gebäude entnehmen lässt, sondern dies in § 3 II 5 NiSchG sogar explizit ausgeschlossen ist. Das VG prüft allerdings "zur Sicherheit", ob nicht dennoch zumindest ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Einrichtung solcher Räumlichkeiten bestehen könnte. Im Ergebnis verneint das VG auch einen solchen Anspruch: Die Behörde könne die Einrichtung von Raucherräumen vollständig ablehnen, ohne dabei Ermessensfehler zu begehen. Insbesondere sei eine solche Entscheidung verhältnismäßig. Damit liegt das VG bereits ganz auf der (erst fünf Monate später ergangenen) Entscheidung des BVerfG (a.a.O.), das ein ausnahmsloses Rauchverbot für Gaststätten auch für verfassungskonform gehalten hat.

C. Dass auch kein Anspruch auf Rauchen während der Arbeitszeiten besteht, konnte das VG nach alledem

relativ leicht mit dienstlichen Notwendigkeiten begründen. Interessant ist insoweit lediglich, dass es - mangels ersichtlicher Anspruchsgrundlagen im einfachen Recht - als Anspruchsgrundlage für die Gestattung des Rauchens im Dienst Art. 2 I GG der Raucher erwägt, obwohl Art. 2 I GG - wie alle Freiheitsgrundrechte - grds. nur ein Abwehrrecht ist. Nähere Ausführungen zur Anspruchsqualität von Grundrechten macht das Urteil leider nicht.

D. Am Rande erwähnt sei noch, dass das VG die Entbehrlichkeit eines Vorverfahrens Kraft "rügelloser Einlassung" bejaht, obwohl die Beklagte das fehlende Vorverfahren hier sehr wohl gerügt und sich lediglich hilfsweise zur Begründetheit eingelassen hatte. Dabei beruft sich das VG auf eine ältere Entscheidung des BVerwG, ohne zu erwähnen, dass es zwischenzeitlich eine genau gegenteilige Entscheidung des BVerwG (BVerwG, Buchholz 310 § 68 VwGO Nr. 35) gegeben hat. Offensichtlich *wollte* das VG in der Sache entscheiden.

Prüfungsrelevanz:

Die Problematik des Nichtraucherschutzes durch Gesetz wird auf absehbare Zeit die gerichtliche Praxis und damit auch die Justizprüfungsämter beschäftigen, schon weil viele Länder ihre Gesetze nach der BVerfG-Entscheidung vom 30.07.2008 "nachbessern" müssen. Der vorliegende Fall ist besonders interessant, weil das Problem einmal aus anderer Perspektive, nämlich losgelöst vom Problembereich "Gaststätte", beleuchtet wird.

Das Zulässigkeitsproblem der "rügeloßen Einlassung" stellt sich nicht mehr, wenn ein Vorverfahren - wie in vielen Bundesländern - ohnehin entbehrlich ist. Kommt es doch einmal auf die Entbehrlichkeit des Vorverfahrens Kraft "rügelloser Einlassung" an, so ist in einem Gutachten streitig darzustellen, ob eine solche überhaupt möglich ist. Das VG erwähnt nämlich nicht, dass dies in der Literatur einhellig abgelehnt wird. In der Tat sprechen die besseren Argumente dagegen: § 68 I 2 VwGO lässt Ausnahmen explizit nur zu, wenn sie *gesetzlich* bestimmt sind. Auch der Verzichtsgedanke ändert daran nichts, denn das Vorverfahren steht nicht zur Disposition der Beteiligten, weil diese nicht über die von § 68 I 1 VwGO (mit-)bezweckte Entlastung der Gerichte disponieren können (ganz abgesehen davon, dass allenfalls die Wider-

spruchsbehörde einen solchen Verzicht erklären könnte, Beklagte aber in der Regel die Ausgangsbehörde ist). Dogmatisch kaum haltbar ist die (hier nicht zufällig ohne Argumente unter bloßer Berufung auf eine alte BVerwG-Entscheidung vertretene) "rügelose Einlassung" trotz Rüge. Wenn selbst hilfswieser Sachvortrag schon eine rügelose Einlassung sein soll, bleibt der ein fehlendes Vorverfahren rügenden Beklagten nur noch die Wahl, gleichzeitig auf jeden Sachvortrag zu verzichten - ein höchst riskantes Vorgehen, sollte die Klage entgegen ihrer Annahme doch zulässig sein.

Vertiefungshinweise:

- Rauchverbot in Gaststätten: *BVerfG*, RA 2008, 522 = NJW 2008, 2409; *VG München*, NVwZ 2008, 808; *Zimmermann*, NVwZ 2008, 705
- Kein vorläufiger Rechtsschutz gegen Hessisches Nichtraucherschutzgesetz: *BVerfG*, NJW 2008, 638
- Eintragungsfähigkeit eines "Nichtraucherschutzgesetz-Umgehungsvereins": *OLG Oldenburg*, NJW 2008, 2194
- Raucherschutz bei betrieblichem Rauchverbot: *BAG*, BB 1999, 264
- Rauchverbot in Passagierflugzeugen: *BAG*, NJW 1996, 3028

Leitsatz:

Erfolglose Klage eines rauchenden Beamten mit dem Ziel, die Stadt Köln zu verurteilen, Raucheräume oder -unterstände einzurichten und ihm das Verlassen des Dienstgebäudes zum Zwecke des Rauchens auch während der Kernarbeitszeit zu gestatten.

Sachverhalt:

Seit März 2007 gilt in allen Dienstgebäuden der Stadt X ein absolutes Rauchverbot. Das Rauchen ist den Bediensteten seitdem nur noch außerhalb der Dienstgebäude und außerhalb der Kernarbeitszeiten (Montag bis Donnerstag von 9.00 bis 12.00 Uhr und von 14.00 bis 15.00 Uhr, freitags von 9.00 bis 12.00 Uhr) gestattet, an denen jeder Mitarbeiter im Dienst anwesend sein muss. Der 61jährige Kläger, der seit mehr als 40 Jahren auch während seines Dienstes geraucht hat, verlangte von der Stadt, ihm für das Rauchen einen Innenraum des Gebäudes oder zumindest einen vor der Witterung geschützten Raucherunterstand zur Verfügung zu stellen. Außerdem beehrte er die Erlaubnis, auch während der Kernarbeitszeit ohne Anrechnung auf die Arbeitszeit rauchen zu dürfen. Die Stadtverwaltung lehnte sein Begehren unter Hinweis auf den Nichtraucherschutz und die geltenden Arbeitszeitregelungen ab. Vor Gericht verfolgt der Kläger sein Begehren weiter und beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, in dem Dienstgebäude

[...] einen Pausenraum für Raucher einzurichten, hilfsweise außerhalb des Dienstgebäudes einen Raucherunterstand mit Sitzgelegenheit zu errichten,

2. festzustellen, dass er berechtigt ist, auch während seiner Kernarbeitszeiten kurze Rauchpausen zu machen, wenn er das Arbeitszeiterfassungsgerät betätigt, so dass die Zeit der Rauchpause nicht als Arbeitszeit erfasst wird, hilfsweise, die Beklagte zu verurteilen, ihm dies zu gestatten.

Die Klage hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Klage ist zulässig, aber nicht begründet.

A. Zulässigkeit

Der Umstand, dass ein Widerspruchsverfahren nicht durchgeführt wurde, steht der Zulässigkeit der Klage nicht entgegen.

I. Kein Vorverfahren durchgeführt

Gemäß § 126 Abs. 3 BRRG, der ein solches Vorverfahren für alle Klagen aus dem Beamtenverhältnis einschließlich der Leistungs- und Feststellungsklagen vorschreibt, wäre dies allerdings grundsätzlich erforderlich gewesen.

II. Auch keine gesetzliche Entbehrlichkeit

Etwas anderes ergibt sich für den vorliegenden Fall auch nicht aus § 179a LBG NRW. Diese durch Art. 3 des zum 1. November 2007 in Kraft getretenen Bürokratieabbaugesetzes II in das LBG eingefügte Vorschrift bestimmt, dass es abweichend von § 126 Abs. 3 BRRG eines Vorverfahrens nicht bedarf, wenn eine Maßnahme während des Zeitraums vom 1. November 2007 bis zum 31. Oktober 2012 getroffen worden ist. Die das Begehren des Klägers ablehnende Entscheidung ist hier aber bereits unter dem 16. Mai 2007 ergangen.

III. Rügelose Einlassung

Gleichwohl war das Vorverfahren hier entbehrlich. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist ein Vorverfahren u.a. dann entbehrlich, wenn sich der Beklagte auf die Klage einlässt und deren Abweisung beantragt oder wenn der Zweck des Vorverfahrens ohnehin nicht mehr erreicht werden kann. Eine vergleichbare Fallgestaltung hat das Bundesverwaltungsgericht ausdrücklich auch in einem Fall angenommen, in dem sich der Beklagte in der Klagerwiderrung auf das Fehlen des Vorverfahrens berufen hat. Es reiche insoweit aus, dass er sich zumindest hilfsweise auf die Klage eingelassen habe (*BVerwG*, DVBl. 1981, 502 ff.).

So liegt der Fall auch hier, so dass das Gericht nicht gehindert ist, eine Sachentscheidung zu treffen. Dies gilt umso mehr, als die Beklagte auf einer Klageabweisung als unzulässig zuletzt nicht mehr beharrt hat.

B. Begründetheit

I. Antrag zu 1

Der Antrag zu 1. ist als allgemeine Leistungsklage zulässig; er ist indes sowohl mit dem Haupt- als auch mit dem Hilfsantrag unbegründet.

1. Hauptantrag

Der Kläger kann nicht beanspruchen, dass die Beklagte im Dienstgebäude Athener Ring 4 einen Pausenraum für Raucher einrichtet.

a. Grundsätzlich: Verfassungskonformes Rauchverbot
Dabei ist zunächst davon auszugehen, dass das Rauchen in öffentlichen Einrichtungen im Allgemeinen und Behörden der Kommunalverwaltung im Besonderen grundsätzlich verboten ist. Das ergibt sich zu dem für die Entscheidung über die vorliegende Leistungsklage maßgeblichen Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung aus § 3 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 2 Nr. 1 a) des Gesetzes zum Schutz von Nichtraucherinnen und Nichtrauchern in Nordrhein-Westfalen vom 20. Dezember 2007, GV.NRW. S. 742 (Nichtraucherschutzgesetz NRW - NiSchG). Verfassungsrechtliche Bedenken gegen das grundsätzliche Rauchverbot in öffentlichen Einrichtungen sind nicht ersichtlich und werden vom Kläger auch nicht geltend gemacht (vgl. aber unten zu § 3 Abs. 2 Satz 5 NiSchG). Ziel des Gesetzes ist der wirksame Schutz der Bürgerinnen und Bürger vor den erheblichen Gesundheitsgefahren durch Passivraucher in der Öffentlichkeit.

Die Gefährlichkeit der im Tabakrauch enthaltenen Giftstoffe für die Gesundheit - auch bei nur passivem Konsum - ist wissenschaftlich mittlerweile unumstritten (vgl. nur Pörtl, VBIBW 2008, 5 ff. m.w.N.; BVerfGE 95, 173 [184]; BAG, NJW 1999, 2203 [2206]).

Den geforderten Ausgleich der kollidierenden Grundrechte von Nichtrauchern und Rauchern nimmt das Gesetz in grundsätzlich sachgerechter, verhältnismäßiger Weise vor, in dem es u.a. für öffentliche Einrichtungen ein generelles Rauchverbot mit näher bestimmten Ausnahmemöglichkeiten vorsieht.

b. Einrichtung von Raucherräumen

Rechtsgrundlage für die Einrichtung eines vom Kläger gewünschten Raucherpausenraums ist § 3 Abs. 2 NiSchG. Danach können in den Einrichtungen nach Absatz 1 abweichend vom generellen Rauchverbot abgeschlossene Räume eingerichtet werden, in denen das Rauchen gestattet ist. Voraussetzung hierfür ist, dass eine ausreichende Anzahl von Räumen zur Verfügung steht und die in Satz 1 genannten Räume ausdrücklich als Raucherräume gekennzeichnet werden.

aa. Anspruch explizit ausgeschlossen

Ein Anspruch auf die Einrichtung von Raucherräumen wird in § 3 Abs. 2 Satz 5 NiSchG ausdrücklich ausge-

schlossen.

Welche Bedeutung diesem „Anspruchsausschluss“ zukommt, ist unklar. Soweit damit klargestellt werden soll, dass die Einrichtung von Raucherräumen bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen nicht als gebundene Rechtsfolge vorgesehen ist, sondern im Ermessen der Leitung der Einrichtung steht, wäre die Vorschrift eigentlich überflüssig. Denn dies geht aus der sprachlichen Fassung von § 3 Abs. 2 Satz 1 NiSchG („können“) bereits ausreichend deutlich hervor. Eine andere Deutungsmöglichkeit bestünde darin, dass sich der einzelne Raucher nicht auf die Ausnahmenvorschrift soll berufen können. In diesem Fall würde die subjektiv-rechtliche Qualität des § 3 Abs. 2 NiSchG ausgeschlossen mit der Folge, dass noch nicht einmal ein Anspruch des einzelnen Rauchers auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Einrichtung eines Raucherraums bestünde. Soweit es in der Begründung zum Gesetzentwurf der Landesregierung heißt „Der Gesetzentwurf stellt überdies klar, dass ein subjektivrechtlicher Anspruch rauchender Personen auf die Einrichtung solcher Räume nicht besteht“, scheint dies für die letztgenannte Deutung zu sprechen. Dem widerspricht aber der sonstige Inhalt dieser Begründung, in der zu der Möglichkeit des Einrichtens von Raucherräumen ausgeführt wird, der Gesetzgeber wahre den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs. Es werde eine Interessenabwägung vorgenommen zwischen dem vorrangigen Schutz von Nichtraucherinnen und Nichtrauchern vor Gesundheitsgefährdungen und den persönlichen Interessen von Raucherinnen und Rauchern (vgl. LT-Drs. 14/4834, S. 19 f.). Soll die vorgesehene Ausnahmemöglichkeit die „Verhältnismäßigkeit des Eingriffs“ wahren, so dient sie dem Grundrechtsschutz der Raucher, die sich für ihr Verhalten auf die durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte allgemeine Handlungsfreiheit berufen können. Damit ist ein rein objektiv-rechtliches Verständnis der Vorschrift aber unvereinbar.

bb. Jedenfalls ermessensfehlerfreie Ablehnung

Nach Auffassung der Kammer bedarf die aufgeworfene Frage indes keiner Entscheidung, weil das Begehren auf Einrichtung eines Pausenraums für Raucher auch in dem für den Kläger günstigeren – jedenfalls auch verfassungsrechtlich unbedenklichen – Fall einer reinen Klarstellung des bestehenden Ermessens keinen Erfolg haben kann.

Die mit Zustimmung des Personalrats (vgl. § 72 Abs. 4 Satz 1 Nr. 7 und 9 LPVG) getroffene Entscheidung der Beklagten, in allen städtischen Dienstgebäuden keine Raucherräume einzurichten, ist frei von Ermessensfehlern und insbesondere auch mit Blick auf die von Art. 2 Abs. 1 GG geschützte allgemeine Handlungsfreiheit der rauchenden Bediensteten nicht zu beanstanden. Vom sachlichen Schutzbereich dieses Grundrechts ist auch die Freiheit umfasst, an einem selbst

gewählten Ort zu rauchen. Dem steht nicht entgegen, dass Rauchen gesundheitsschädlich ist, da es dem mündigen Bürger nicht verwehrt ist, sich unvernünftig, auch selbstschädigend, zu verhalten (vgl. z.B. Bay-VerfGH, NJW 1987, 2921 f.; Bergwitz, NZA-RR 2004, S. 172).

Da die gesetzlich eröffnete Möglichkeit, Raucherräume einzurichten, den in dem allgemeinen Rauchverbot nach § 3 Abs. 1 NiSchG liegenden Eingriff abmildern und dessen Verhältnismäßigkeit gewährleisten soll, ist die allgemeine Handlungsfreiheit der Raucher bei der Entscheidung über das Gebrauchmachen von dieser Möglichkeit gegen die widerstreitenden Grundrechte der Nichtraucher und sonstige gegenläufige Belange abzuwägen. Die Beklagte hat sich mit einer diesen Anforderungen standhaltenden Begründung dafür entschieden, Raucherräume generell nicht einzurichten.

(1). Ermessenserwägungen der Beklagten

Sie stützt sich zum einen darauf, dass der angestrebte umfassende Nichtraucherschutz nur durch ein Rauchverbot in allen geschlossenen Räumen erreicht werden könne. Zum anderen wird angeführt, dass die Einrichtung eines speziellen Raucherraums nicht in allen Dienstgebäuden möglich wäre, so dass eine nicht hinnehmbare Ungleichbehandlung der städtischen Beschäftigten die Folge wäre. Ergänzend bringt die Beklagte vor, dass sie „Vorbildfunktion“ habe und ein mit dem Einrichten von Raucherräumen im Einzelfall verbundener finanzieller Aufwand vor dem Hintergrund wichtigerer kostenträchtiger Aufgaben nicht zu rechtfertigen wäre.

(2). Kein Ermessensfehler ersichtlich

Dies sind sachgerechte Gründe, die das umfassende Rauchverbot in den Dienstgebäuden der Beklagten rechtfertigen. Dabei ist zunächst davon auszugehen, dass die Leitung einer Einrichtung bei der Entscheidung über das Gebrauchmachen von der durch § 3 Abs. 2 NiSchG ermöglichten Abweichung vom Rauchverbot in der gesamten Einrichtung über einen weiten Gestaltungsfreiraum verfügt (vgl. ähnlich BAG, NJW 1999, 2203 [2206] betreffend ein durch Betriebsvereinbarung geregeltes Rauchverbot in sämtlichen geschlossenen Räumen).

(a). Kein Ermessensfehlergebrauch durch sachfremde Erwägungen

Mit dem Verzicht auf Raucherräume bezweckt die Beklagte den Schutz der nichtrauchenden Bediensteten, die sich für den Schutz vor den mit Passivrauchen verbundenen Gesundheitsgefahren nicht nur auf die aus Art. 2 Abs. 2 GG herzuleitende Schutzpflicht des Staates (vgl. BVerfG, NJW 1998, 2961 f.), sondern auch – einfachgesetzlich – auf die beamtenrechtliche Fürsorgepflicht gemäß § 85 LBG NRW berufen können (vgl. dazu BVerwG, NVwZ 1993, 692 [693]).

Diesem Schutzzweck, der auch der gesamten neueren Nichtraucherschutzgesetzgebung zugrunde liegt, kommt ein hoher Rang zu. Ein umfassender Nichtraucherschutz ist bei Ausweisung von Raucherräumen in den Gebäuden nicht zu erreichen. Durch die ständige Versammlung von Rauchern in einem speziellen Rauchzimmer steigt die Tabakrauchkonzentration in der Umgebung dieses Raums, so dass auch hier in den Gängen und benachbarten Büros mit gesundheitsschädigenden, zumindest aber belästigenden Auswirkungen zu rechnen ist. Eine völlige Abschottung von den übrigen Gebäudeteilen ist in aller Regel nicht möglich (vgl. ebenso BAG, NJW 1999, 2203 [2207]).

Die nichtrauchenden Bediensteten der Beklagten haben aber kraft der Fürsorgepflicht des Dienstherrn Anspruch auf Schutz nicht nur vor sicheren, sondern schon vor ernstlich möglichen Beeinträchtigungen ihrer Gesundheit durch Einwirkungen am Arbeitsplatz (vgl. BVerwG, NJW 1985, 876 f.). Die Einschätzung der Beklagten, dass sich absolut rauchfreie Luft letztlich nur durch ein ausnahmsloses Rauchverbot in allen geschlossenen Räumen herstellen lässt, ist daher nicht zu beanstanden.

(b). Keine Ermessensüberschreitung durch Unverhältnismäßigkeit

Das mit dem Verzicht auf die Einrichtung von Raucherräumen verbundene absolute Rauchverbot beschneidet die grundrechtlich geschützten allgemeine Handlungsfreiheit der Raucher nicht unangemessen. Rauchenden Bediensteten ist es regelmäßig zumutbar, zum Rauchen ins Freie zu gehen, was ihnen im Übrigen auch außerhalb des Dienstes in immer mehr Bereichen des öffentlichen Lebens zugemutet wird. Der Dienstherr ist daher grundsätzlich nicht verpflichtet, mit entsprechenden Kosten zusätzliche Räume zu erstellen oder bereit zu halten, nur um einen bequemen Rauchgenuss zu ermöglichen. [...]

c. Pausenraum muss kein Raucherraum sein

Ein weitergehender Anspruch ergibt sich auch nicht aus dem vom Kläger herangezogenen § 6 Abs. 3 Satz 1 der Verordnung über Arbeitsstätten (Arbeitsstättenverordnung – ArbStättV) vom 12. August 2004 (BGBl. I S. 2179), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 20. Juli 2007 (BGBl. I S. 1595). Diese Vorschrift begründet lediglich unter bestimmten Voraussetzungen die Verpflichtung des Arbeitgebers bzw. Dienstherrn, den Beschäftigten einen Pausenraum oder einen entsprechenden Pausenbereich zur Verfügung zu stellen. Für die Möglichkeit, darin zu rauchen, gibt sie ebensowenig her wie für eine – nach Auffassung des Klägers bestehende – Verpflichtung, sowohl den Rauchern als auch den Nichtrauchern jeweils einen Pausenraum zur Verfügung zu stellen. Die Möglichkeit oder Unmöglichkeit des Rauchens regelt vielmehr die speziell den Nichtraucherschutz betreffende Vorschrift

des § 5 ArbStättV, die in Abs. 1 Satz 2 auch den Erlass eines allgemeinen Rauchverbots zulässt.

2. Hilfsantrag

Mit dem Hilfsantrag kann der Kläger ebenfalls nicht durchdringen. Er hat keinen Anspruch darauf, dass die Beklagte außerhalb des Dienstgebäudes einen Raucherunterstand mit Sitzgelegenheit errichtet. Soweit das BAG in der mehrfach zitierten Entscheidung die dort gegebene Rauchmöglichkeit in einem Unterstand mit Seitenwänden und Sitzgelegenheit für zumutbar erachtet hat (BAG, NJW 1999, 2203 [2207]), hat es damit nicht zugleich Mindestanforderungen an die Zumutbarkeit umschrieben. Besondere Umstände, die die bestehenden Möglichkeiten des Rauchens außerhalb des hier in Rede stehenden Dienstgebäudes unzumutbar oder gar schikanös erscheinen lassen könnten, vermag die Kammer nicht zu erkennen. [...]

II. Antrag zu 2

Mit dem Antrag zu 2. hat die Klage ebenfalls keinen Erfolg.

1. Hauptantrag

Der Hauptantrag festzustellen, dass der Kläger berechtigt ist, auch während der Kernarbeitszeiten kurze Rauchpausen zu machen, wenn er das Arbeitszeiterfassungsgerät betätigt, so dass die Zeit der Rauchpause nicht als Arbeitszeit erfasst wird, ist zulässig, aber unbegründet. [...] Zwar gibt es keine rechtliche Regelung, die es den Beamten der Beklagten explizit verbietet, während der Kernarbeitszeit zu rauchen. Die Unzulässigkeit des Rauchens während der Kernarbeitszeit ergibt sich hier aber mittelbar als Folge des Zusammentreffens des gesetzlichen Rauchverbots in öffentlichen Einrichtungen einerseits, sowie der allgemein in der Arbeitszeitverordnung und speziell in der DV GLAZ getroffenen Regelungen über die Kernarbeitszeit andererseits.

a. Rauchverbot aus Anwesenheitspflicht i.V.m. Nichtraucherschutz

Wie oben dargelegt, ist der Kläger nicht berechtigt, im Dienstgebäude zu rauchen. Zum Verlassen des Dienstgebäudes zum Zwecke des Rauchens ist er während der durch § 4 Abs. 1 der Dienstvereinbarung zur gleitenden Arbeitszeit bei der Stadt Köln (DV GLAZ) in der Fassung der 2. Änderung vom 1. März 2004 festgelegten Kernarbeitszeiten indes nicht befugt. Entscheidend dafür ist nicht die vom Kläger aufgeworfene Frage, ob die Anmerkungen/Erläuterungen zu § 6 Abs. 2 DV GLAZ „Über die vorgenannten Pausenregelungen hinausgehende Arbeitsunterbrechungen sind nicht zulässig“ geeignet sind, eine eigenständige Rechtsgrundlage darzustellen, obwohl es sich dabei nicht um eine Regelung, sondern nur um Anmerkungen bzw. Erläuterungen handeln soll. Vielmehr ergibt sich aus

dem Begriff der Kernarbeitszeit, dass Arbeitsunterbrechungen während dieser Zeit grundsätzlich nicht zulässig sind. Nach den Anmerkungen/Erläuterungen zu § 4 Abs. 1 DV GLAZ ist Kernarbeitszeit (Mindestanwesenheitszeit) die Zeit, in der jede/r Mitarbeiter/in im Dienst sein muss. Diese Definition stimmt im Wesentlichen überein mit § 14 Abs. 3 der Verordnung über die Arbeitszeit der Beamtinnen und Beamten im Lande Nordrhein-Westfalen (Arbeitszeitverordnung – AZVO) vom 4. Juli 2006, wonach „Kernzeit“ aus dienstlichen Gründen vereinbarte Zeiten sind, „in denen alle betroffenen Beamtinnen und Beamten anwesend sein müssen“.

Mit dieser Anwesenheitspflicht sind Rauchpausen außerhalb des Gebäudes – soweit sie nicht ausnahmsweise zugelassen sind – grundsätzlich unvereinbar. Der Pflicht, „anwesend“ bzw. „im Dienst“ zu sein, ist nicht schon dadurch genügt, dass sich der Beamte irgendwo auf dem Gelände des Verwaltungsgebäudes befindet. Vielmehr gehört dazu regelmäßig auch die (telefonische) Erreichbarkeit von außen und Ansprechbarkeit für Kollegen und Vorgesetzte sowie die Befassung mit dienstlichen Angelegenheiten, mindestens aber die jederzeitige Dienstbereitschaft, wie sie regelmäßig durch Anwesenheit am Arbeitsplatz gewährleistet wird. Dass der „Gang zur Toilette“ der so umschriebenen Anwesenheits- und Dienstpflicht nicht entgegensteht, ist eine Selbstverständlichkeit. Denn dabei handelt es sich um ein unvermeidbares menschliches Grundbedürfnis. Arbeitsunterbrechungen während der Kernarbeitszeit sind daher auch zum Zwecke des Rauchens nicht zulässig, wenn sie nicht ausdrücklich oder stillschweigend zugelassen werden. Letzteres ist offenbar in manchen Verwaltungen der Fall. Die Beklagte hat eine derartige Regelung indessen nicht getroffen.

b. Verfassungsmäßigkeit irrelevant für Hauptantrag

Darauf, ob diese Rechtslage den Kläger in seinen Grundrechten verletzt, kommt es im Rahmen des Hauptantrags nicht an. Wäre dies der Fall, so wäre der Kläger nämlich nicht automatisch berechtigt, die Kernarbeitszeit durch kurze Rauchpausen zu unterbrechen. Vielmehr hätte er dann einen Anspruch gegen die Beklagte, der sich auf eine seinen Grundrechten Rechnung tragende (Ausnahme-)Regelung für kurze Rauchpausen richtete.

2. Hilfsantrag

Der darauf gerichtete Hilfsantrag bleibt indes ebenfalls ohne Erfolg. Ob dieser richtigerweise mit der Verpflichtungs- oder mit der allgemeinen Leistungsklage zu verfolgen ist, bedarf keiner Entscheidung, weil er jedenfalls unbegründet ist. Der Kläger hat keinen grundrechtlich fundierten Anspruch darauf, die Kernarbeitszeit durch nicht auf die Arbeitszeit angerechnete Rauchpausen unterbrechen zu können. Das Verbot der Arbeitsunterbrechung während der Kernarbeitszeit ist

vielmehr auch unter Berücksichtigung der Grundrechte der Raucher rechtlich nicht zu beanstanden.

a. Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit

Zwar greift es in die von Art. 2 Abs. 1 GG geschützte allgemeine Handlungsfreiheit aller Beamten ein und wirkt sich für die rauchenden Beamten mittelbar als zeitweiliges Rauchverbot aus.

b. Rechtfertigung

Dieser Eingriff ist aber verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

aa. Schranken

Der Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit steht unter dem Vorbehalt der verfassungsmäßigen Ordnung. Diese wird bestimmt durch die Gesamtheit der Normen, die formell und materiell mit der Verfassung in Einklang stehen.

bb. Verhältnismäßigkeit als Schranken-Schranke

Das zulässige Ausmaß einer Beschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit bestimmt sich nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (vgl. BVerfGE 54, 143 [146 f.]; 80, 137). Die den Bediensteten der Beklagten auferlegte Belastung durch die Anwesenheitspflicht während bestimmter Kernzeiten genügt diesen Anforderungen, und zwar auch insoweit, als sie die zeitweilige Unmöglichkeit des Rauchens zur Folge hat. Das Verbot der Arbeitsunterbrechung während der Kernarbeitszeit ist zur Erreichung eines legitimen Ziels geeignet und erforderlich und steht zu dessen Erreichung auch nicht außer Verhältnis.

(1). Legitimer Zweck

Es stützt sich, wie ausgeführt, auf die Bestimmungen der DV GLAZ zur Anwesenheitspflicht während bestimmter Kernzeiten. Diese sind festgelegt auf Montag bis Donnerstag, 9-12 Uhr und 14-15 Uhr, sowie Freitag, 9-12 Uhr. Die Beklagte verfolgt damit das legitime Ziel der Aufrechterhaltung eines geordneten Dienstbetriebes. Das ist bereits der Grund dafür, dass überhaupt eine Kernarbeitszeit vereinbart wird (vgl. § 14 Abs. 3 AZVO, der „dienstliche Gründe“ für das Vereinbaren von Kernzeiten zur Voraussetzung macht). Dass daneben oder sogar primär auch bezweckt würde, die rauchenden Bediensteten zu einer gesünderen Lebensweise anzuhalten, was kein rechtlich zulässiges Ziel wäre (so zu Recht BAG, NJW 1999, 2203 [2205]), kann der Beklagten nicht nachgewiesen werden. Für die DV GLAZ in der derzeit gültigen Fassung ist das schon deshalb auszuschließen, weil diese zu einem Zeitpunkt vereinbart wurde, zu dem das Rauchen in den Dienstgebäuden noch gestattet war. Aber auch wenn man auf die nach Einführung der „rauchfreien Stadtverwaltung“ spätestens in der Vereinbarung über die Ermöglichung von Kurzpausen

außerhalb der Kernarbeitszeit im September 2007 zumindest stillschweigend mitgetroffene Entscheidung abstellt, an der strikten Anwesenheitspflicht während der Kernzeiten festzuhalten, ist objektiv nicht zu erkennen, dass die Raucherentwöhnung ein Primärzweck dieser Entscheidung – und nicht nur eine willkommene Nebenfolge – gewesen sein könnte. Dagegen spricht schon, dass an dieser Anwesenheitspflicht allgemein, also auch für Nichtraucher, festgehalten wurde. § 1 Abs. 2 NiSchG, nach dem weitergehende Rauchverbote unberührt bleiben, ist im vorliegenden Zusammenhang entgegen der Auffassung des Klägers nicht von Bedeutung. Die mit der Kernarbeitszeit verbundene Anwesenheits- und Dienstpflicht besteht im Interesse des Dienstbetriebs und hat mit den Zielen des Nichtraucherschutzgesetzes nichts zu tun. Die Vorschrift ist daher schon gar nicht einschlägig, weil es sich nicht um ein zum Zwecke des Nichtraucherschutzes verfügbares weitergehendes Rauchverbot handelt, sondern um eine anderen Zwecken dienende Vorschrift, die sich lediglich mittelbar als zeitweiliges Rauchverbot auswirkt.

(2). Geeignetheit

Die Präsenz der Bediensteten an ihrem Arbeitsplatz bzw. jedenfalls im Dienstgebäude ist zur Erreichung des verfolgten Zieles der Aufrechterhaltung eines geordneten Dienstbetriebes zweifellos geeignet.

(3). Erforderlichkeit

Sie ist dazu auch erforderlich. Ein geordneter Dienstbetrieb wäre im Falle der Zulassung von Kurzpausen außerhalb des Gebäudes während der Kernarbeitszeit nicht in gleicher Weise gewährleistet, weil die Beamten telefonisch und für gegebenenfalls erforderliche Besprechungen für einen nicht völlig zu vernachlässigenden Zeitraum – eventuell sogar mehrmals täglich – nicht zu erreichen wären. Ein regelmäßiges „Einspringen“ der nichtrauchenden Kollegen während solcher Zeiten kann bei diesen auf nachvollziehbares Unverständnis stoßen und den Dienstfrieden gefährden. Das sind evidente Nachteile für den Dienstbetrieb, jedenfalls soweit davon gerade diejenigen Zeiten betroffen sind, in denen üblicherweise sowohl außerhalb wie innerhalb der Behörde eine Erreichbarkeit der diensthabenden Beamten erwartet wird. Diese werden auch nicht dadurch ausgeglichen, dass die Zeiten für die Rauchpausen infolge der Notwendigkeit des „Austampelns“ später nachzuarbeiten sind. Gerade in großen Dienstgebäuden wie demjenigen des Klägers kann allein das Verlassen des Gebäudes und das anschließende Wiederaufsuchen des Arbeitsplatzes einige Minuten in Anspruch nehmen, so dass die für das Rauchen einer Zigarette benötigte Zeit ohne weiteres 10 Minuten und mehr erreichen kann. Überdies besteht auch die – durch die Notwendigkeit des Nacharbeitens wohl nur begrenzte, aber nicht ausgeschlossene – Ge-

fahr, dass einzelne Bedienstete in der Kernarbeitszeit in übermäßigem Umfang von einem Recht auf Rauchpausen Gebrauch machen.

Dass andere Verwaltungen in der Umgebung Kurzpausen zum Zwecke des Rauchens in großzügigerem Umfang zulassen, schließt die Erforderlichkeit nicht aus. Zum einen belegt dies nicht notwendigerweise, dass diese Behörden von keinerlei nachteiligen Auswirkungen auf den Dienstbetrieb ausgingen, sondern kann auch nur Ausdruck eines größeren Entgegenkommens gegenüber den Rauchern zur Aufrechterhaltung eines spannungsfreien Dienstklimas sein; d.h. den Interessen der Raucher wird hier im Rahmen der Abwägung ohne Anerkennung einer Rechtspflicht ein größeres Gewicht beigemessen. Zum anderen ist es in erster Linie Sache der Beklagten, die Auswirkungen derartiger Kurzpausen während der Kernzeiten auf den Dienstbetrieb zu beurteilen. Ihr kommt insoweit eine Einschätzungsprärogative zu. An der Erforderlichkeit der gewählten Lösung würde es nur dann fehlen, wenn evident wäre, dass das angestrebte Ziel der Gewährleistung eines geordneten Dienstbetriebs mit weniger eingreifenden Mitteln erreicht werden könnte (vgl. z.B. BVerfGE 76, 220 [241]). Das ist angesichts der obigen Erwägungen nicht der Fall.

(4). Angemessenheit

Das Verbot der Arbeitsunterbrechung während der hier in Rede stehenden Kernzeiten erweist sich schließlich auch unter Berücksichtigung der Rechte der Raucher noch nicht als unangemessen. Die Kernarbeitszeiten der Beklagten sind im Vergleich zu anderen Verwaltungen – insbesondere vormittags – eher kurz bemessen. Den Rauchern wird danach lediglich eine Abstinenz von längstens drei Stunden, und auch das in dieser Länge nur einmal täglich, abverlangt. Nicht unberücksichtigt bleiben kann auch, dass sich der neueren Gesetzgebung die allgemeine Tendenz entnehmen lässt, den Interessen der Raucher bei der Abwägung widerstreitender Belange zunehmend weniger Gewicht beizumessen. Mit dem Aufenthalt an zahlreichen öffentlichen Orten, mit Flügen, Bahnfahrten, Restaurantbesuchen u.a. danach ist heute oder in absehbarer Zeit die Notwendigkeit verbunden, für eine mehr oder weniger lange Zeit auf das Rauchen zu verzichten. Die Vergleichbarkeit derartiger Nutzungen mit der Dienstausbübung wird zwar dadurch eingeschränkt, dass jene nicht in derselben Regelmäßigkeit notwendig werden und man auf sie auch (leichter) verzichten kann. Dennoch zeigt sich an der neueren Gesetzgebung, dass es für zumutbar erachtet wird, dass Raucher in vielen Bereichen auf den Tabakkonsum verzichten müssen. Rauchen ist danach „Privatsache“ und als solche auch gegenüber den Dienstpflichten eines Beamten grundsätzlich nachrangig (vgl. auch OVG NRW, Urteil vom 11. August 2006 – 1 A 2650/05, wonach auch die stärker geschützte, weil

vorbehaltlos gewährleistete Religionsfreiheit aus Art. 4 GG gegenüber der aus dem Beamtenverhältnis folgenden Verpflichtung zur Dienstleistung zurücktreten muss).

Dabei wird nicht verkannt, dass durch das Zusammenreffen der hier zur Überprüfung stehenden Regelungen ein zuvor grundsätzlich zulässiges Verhalten deutlich erschwert und zeitweise unmöglich gemacht wird. Diesen Eingriff hat die Beklagte aber zwischenzeitlich dadurch abgemildert, dass Verwaltung und Personalrat im September 2007 beschlossen haben, außerhalb der Kernarbeitszeit Kurzpausen zuzulassen. Damit ist dem verfassungsrechtlichen Übermaßverbot ausreichend Rechnung getragen. Hinzu kommt schließlich, dass den rauchenden Bediensteten durch einen angemessenen Übergangszeitraum hinreichend Zeit eingeräumt wurde, um ihr Rauchverhalten nach und nach umzustellen bzw. einzuschränken. Dafür ist nicht lediglich auf die ersten vier Monate nach Inkrafttreten der Regelungen zur „rauchfreien Stadtverwaltung“ abzustellen, während derer auf Sanktionen verzichtet wurde. Vielmehr hatten die rauchenden Bediensteten der Beklagten bereits seit dem Beschluss des Stadtvorstands vom 18. November 2006 sowohl Veranlassung als auch die Möglichkeit, sich auf die zu erwartenden Einschränkungen einzustellen.

Darauf, ob es einem Raucher mit ärztlich bescheinigtem Suchtverhalten überhaupt möglich ist, einmal täglich für drei zusammenhängende Stunden auf das Rauchen zu verzichten, kommt es nicht an. Es kann sogar unterstellt werden, dass dies bei aktuell hochgradig bestehender Sucht nicht ohne – unter Umständen auch die Arbeitsleistungen beeinträchtigende – Entzugerscheinungen möglich wäre. Denn es gibt keinen Anspruch darauf, ein Suchtverhalten aufrecht zu erhalten, wenn und soweit es die Dienstpflichten des Beamten beeinträchtigt. So ist auch das Verbot des Konsums von Alkohol während des Dienstes unbestritten. Einem rauchenden Beamten war es daher zuzumuten, während der ausreichend bemessenen Übergangsphase eine etwa bestehende Sucht soweit zu überwinden, dass es ihm möglich war, ohne größere Beeinträchtigungen während der Kernzeiten auf das Rauchen zu verzichten. Zur Erleichterung einer solchen Entwöhnung hat die Beklagte durch das Gewähren finanzieller Zuschüsse zu Raucherentwöhnungskursen Hilfestellung geleistet.

Unabhängig davon hat die Beklagte aber auch ihre Bereitschaft erklärt, in Fällen von amtsärztlich bestätigtem Suchtverhalten in entsprechender Anwendung von § 3 Abs. 4 NiSchG Ausnahmen von der strikten Einhaltung der Kernarbeitszeit zu erwägen. In Bezug auf den Kläger bestand hierzu allerdings kein Anlass, da er für seine Person nicht geltend gemacht hat, dass es ihm suchtbedingt unmöglich sei, für die Dauer der Kernzeiten auf den Tabakkonsum zu verzichten.

Standort: Meinungsfreiheit**Problem: Anspruch auf Nebenverdienstgenehmigung**

BVERFG, BESCHLUSS VOM 11.06.2008
2 BvR 2062/07 (DVBL 2008, 1056)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, ob die gegenüber einem Polizeibeamten ausgesprochene Verweigerung einer Nebenverdienstgenehmigung für die Veröffentlichung eines Buches, in dem dienstlich erworbene Erkenntnisse dargelegt werden sollten, gegen die Meinungsfreiheit des Polizeibeamten verstößt. Das BVerfG nimmt einen Eingriff in die Meinungsfreiheit an, der allerdings gerechtfertigt sei, denn das Nebenverdienstrecht beschränke als "allgemeines Gesetz" die Meinungsfreiheit, und es sei auch verhältnismäßig angewendet worden. Zwar gehöre zum Schutzbereich der Meinungsfreiheit auch die freie Wahl, auf welchem Weg die Meinung verbreitet werden soll; wenn jedoch ein Verbreitungsweg untersagt werde, sei dies in aller Regel verhältnismäßig, wenn dem Betroffenen andere Verbreitungswege offenstehen. Im Fall war dem Polizeibeamten angeboten worden, seine Erkenntnisse in der Schriftenreihe des Generalstaatsanwalts zu veröffentlichen.

Am Rande stellt das BVerfG (nochmals) klar, dass es mit der Garantie effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 IV GG zu vereinbaren ist, wenn Fachgerichte in einem Verfahren nach § 80 V 1 VwGO die Rechtmäßigkeit der zugrundeliegenden Verfügung nur einer summarischen Prüfung unterziehen und bei offenem Ergebnis dieser Prüfung die Entscheidung auf der Grundlage einer Interessenabwägung treffen.

Prüfungsrelevanz:

Der Fall hat zunächst deshalb besondere Aufmerksamkeit erregt, weil es sich um ein Buch über den angeblichen Mord am ehemaligen schleswig-holsteinischen Ministerpräsidenten Uwe Barschel handelt, dessen Tod in den Medien viel diskutiert wurde.

Juristisch interessant ist die beiläufige Formulierung des BVerfG, wonach die Meinungsäußerungsfreiheit bei Beamten nur insoweit gewährleistet sei, als es - so wörtlich - "nicht unvereinbar ist mit dem in Art. 33 V GG verankerten und für die Erhaltung eines funktionsfähigen Berufsbeamtentums unerlässlichen Pflichtenkreis." Unklar bleibt, was das BVerfG damit meint. Zieht es Art. 33 V GG neben dem Gesetzesvorbehalt des Art. 5 II GG als verfassungsimmanente Schranke heran? Dagegen spricht, dass das Gericht im Folgenden explizit auf die "allgemeinen Gesetze" des Art. 5 II GG als Schranke eingeht. Oder soll Art. 33 V GG gar schon schutzbereichsbeschränkend (bzw. -ausschließend) wirken? Dagegen spricht, dass das Gericht eine Rechtfertigung des Eingriffs prüft, was denknot-

wendig eine Schutzbereichsbetroffenheit voraussetzt. Am sichersten dürfte es daher sein, Art. 33 V GG im Rahmen der Verhältnismäßigkeit (Angemessenheit) ins Spiel zu bringen und auszuführen, dass gerade Beamte aus Art. 33 V GG eine besondere Treuepflicht gegenüber dem Staat haben, aus der es geboten sein kann, sich bei der Meinungsäußerung in der Öffentlichkeit zu mäßigen. Daraus wiederum folgt, dass einem Beamten gegenüber strengere Maßstäbe an die Unangemessenheit einer Meinungsbeschränkung anzulegen sind als gegenüber Personen, für die Art. 33 V GG nicht gilt.

Zur Übertragung der Wertungen des Art. 33 V GG auf (ehrenamtliche) Richter vgl. auch das Urteil in Fallstruktur in diesem Heft.

Juristisch weniger interessant ist die Feststellung, dass im vorläufigen Rechtsschutz nach §§ 80 V, 123 I VwGO lediglich eine summarische Prüfung erfolgen kann und muss, denn dies entspricht seit langem der st.Rspr. des BVerfG (siehe Vertiefungshinweise) und muss daher in einem Gutachten nicht problematisiert werden, wenn nicht explizit danach gefragt ist oder dies von einem Beteiligten gerügt wird. Vielmehr kann die summarische Prüfung kommentarlos in den Obersatz übernommen werden.

Vertiefungshinweise:

- Wahl des Verbreitungsweges als Teil der Meinungsfreiheit: *BVerfGE* 93, 266 [289]
- "Anti-Strafzettel" als Meinungskundgabe: *BVerfG*, RA 2007, 413 = NJW 2007, 2391
- Verbot von Taxiwerbung als Eingriff in die Meinungsfreiheit: *BVerfG*, RA 1999, 187 = NJW 1999, 805
- Wechselwirkung zwischen Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsschutz bei Verurteilung wegen Beleidigung: *BVerfG*, RA 2006, 61 = BayVBl 2006, 15; RA 2004, 52 = NJW 2003, 3760
- Pflicht der Beamten zur Ablieferung von Nebeneinkünften: *BVerfG*, RA 2007, 236 = NVwZ 2007, 571
- Summarische Prüfung im vorläufigen Rechtsschutz verfassungsgemäß: *BVerfGE* 35, 382 [402]; 51, 268 [284]; 65, 1 [70 f.]; 69, 220 [228]; 69, 315 [363]

Kursprogramm:

- Examenskurs* : "Soldaten sind Mörder"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Art. 19 IV GG gebietet nicht schlechthin die auf-schiebende Wirkung von Rechtsbehelfen im Verwaltungsprozess. Es ist deshalb grundsätzlich mit Art. 19 IV GG zu vereinbaren, wenn Fachgerichte

in einem Verfahren nach § 80 V VwGO die Rechtmäßigkeit der zugrundeliegenden Verfügung nur einer summarischen Prüfung unterziehen und bei offenem Ergebnis dieser Prüfung die Entscheidung auf der Grundlage einer Interessenabwägung treffen.

2. Aus der Meinungsäußerungsfreiheit des Art. 5 I 1 GG folgt auch das Recht, diejenigen Umstände zu wählen, von denen der Äußernde sich die größte Verbreitung oder die stärkste Wirkung seiner Meinungskundgabe verspricht. Im Rahmen der Abwägung ist aber zu berücksichtigen, dass die Unterbindung einer bestimmten Verbreitung ein Eingriff von nur geringer Intensität ist, wenn die Meinungsäußerung auf anderem Wege noch möglich bleibt.

Sachverhalt:

[1] Der Beschwerdeführer wendet sich gegen die Untersagung einer Nebentätigkeit.

[2] Der Beschwerdeführer ist Leitender Oberstaatsanwalt der Staatsanwaltschaft L., die das Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts des Mordes an dem ehemaligen Ministerpräsidenten [...] führte. Das Ermittlungsverfahren wurde am 2. Juni 1998 eingestellt. In der dazu vom Beschwerdeführer verfassten Presseerklärung hieß es, nach wie vor lägen zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für ein Kapitalverbrechen vor. Daneben bleibe die Möglichkeit offen, es könne sich um eine Selbsttötung gehandelt haben. Die Staatsanwaltschaft L. stellte den Ablauf der Ermittlungen in einem Gesamtbericht dar, den der Justizminister - mit einigen Schwärzungen - der Öffentlichkeit übergab.

[3] Der Beschwerdeführer beabsichtigt, ein Buch über den Tod [...], über den Ablauf der Ermittlungen und über seine persönlichen Erlebnisse und Erfahrungen im Zusammenhang mit diesem Verfahren zu veröffentlichen. Das Buch sollte zum 20-jährigen Todestag [...] am [...] 2007 erscheinen. Der Generalstaatsanwalt untersagte dem Beschwerdeführer diese Nebentätigkeit und bat ihn, seine Kenntnisse über das [...] -Verfahren als Dokumentation in der Schriftenreihe des Generalstaatsanwalts zu veröffentlichen. Der gegen die Untersagung gerichtete Widerspruch wurde zurückgewiesen und gleichzeitig die sofortige Vollziehbarkeit angeordnet. Über die Klage des Beschwerdeführers gegen die Untersagung der Nebentätigkeit wurde noch nicht entschieden.

[4] Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage wurde vom Schleswig-Holsteinischen Verwaltungsgericht mit Beschluss vom 9. Juli 2007 zurückgewiesen. Da sich die Klage des Beschwerdeführers weder als offensichtlich begründet noch als evident unbegründet erweise, habe eine Vollzugsfolgenabwägung stattzufinden. Dabei seien die den Beschwerdeführer treffenden Nachteile für den Fall, dass es beim Sofortvollzug der Untersagungsverfügung bleibe und seine Klage später Erfolg

habe, eher gering, da sie sich auf ein späteres Erscheinen des Buches und die Minderung künftiger Absatzchancen beschränkten. Im umgekehrten Fall würden dagegen durch die Veröffentlichung des Buches vollendete Tatsachen geschaffen. Nach Erscheinen des Buches, in dem der Beschwerdeführer die These eines Mordes an [...] vertrete, sei der Beschwerdeführer gehindert, die ihm im Zusammenhang mit dem [...] -Verfahren obliegenden Dienstaufgaben künftig wahrzunehmen. Mit der Veröffentlichung könne zumindest in der Öffentlichkeit der Eindruck einer Befangenheit entstehen. Falls beispielsweise im Zuge neuer Ermittlungen ein konkret Beschuldigter in Erscheinung trete, wäre es nicht vermittelbar, den Beschwerdeführer weiter seine Dienstpflichten wahrnehmen zu lassen. Außerdem hätte eine Veröffentlichung des Buches eine erhebliche Beeinträchtigung des Vertrauens der Öffentlichkeit in die Justizbehörden zur Folge. Es führte in der Öffentlichkeit zumindest zu nachhaltigen Irritationen, wenn der Beschwerdeführer einerseits in seiner Funktion als Leitender Oberstaatsanwalt die offizielle Sichtweise seiner Behörde zu dem Verfahren der Öffentlichkeit darstelle und andererseits mit der Chance auf privaten Gewinn außerhalb des dienstlichen Rahmens eine der offiziellen Meinung seiner Behörde nicht entsprechende einseitige Mord-These vertrete. Damit entstünde der nicht korrigierbare Eindruck, dass der Beschwerdeführer als Behördenleiter die amtliche Bewertung des Vorgangs durch seine Behörde nicht teile, wodurch die Glaubwürdigkeit der Staatsanwaltschaft insgesamt massiv beeinträchtigt und das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Justiz tiefgreifend erschüttert werden könne.

[5] Das Schleswig-Holsteinische Obergerverwaltungsgericht wies die dagegen gerichtete Beschwerde mit Beschluss vom 16. August 2007 zurück. Aus dem Beschwerdevorbringen ergebe sich nicht, dass das Verwaltungsgericht zu Unrecht ein überwiegendes öffentliches Interesse am sofortigen Vollzug der Untersagungsbescheide angenommen habe. Im Übrigen verhalte sich die Generalstaatsanwaltschaft auch nicht widersprüchlich, wenn sie einerseits die Buchveröffentlichung untersage, andererseits den Beschwerdeführer jedoch anweise, seine Position in der eigenen Schriftenreihe darzustellen. Es mache einen qualitativen Unterschied, ob der Beschwerdeführer als Privatperson ein eher subjektiv geprägtes Buch über das Verfahren veröffentliche oder in dienstlicher Eigenschaft seine Sichtweise im Rahmen einer offiziellen umfangreichen Dokumentation darlege, in der verschiedene Beiträge die unterschiedlichen Wertungen zur „Mord-Selbstmord-These“ ausführten.

[6] Eine Anhörungsrüge wies das Obergerverwaltungsgericht mit Beschluss vom 28. August 2007 zurück.

[7] Der Antrag des Beschwerdeführers an das Bundesverfassungsgericht auf Erlass einer einstweiligen Anordnung wurde von der 1. Kammer des Zweiten Senats

mit Beschluss vom 4. September 2007 - 2 BvQ 35/07 - abgelehnt.

[8] Mit der fristgerecht erhobenen Verfassungsbeschwerde rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung von Art. 5 Abs. 1 Satz 1, Art. 19 Abs. 4 und Art. 103 Abs. 1 GG.

Aus den Gründen:

[11] Die Verfassungsbeschwerde wird nicht zur Entscheidung angenommen. Die Annahmenvoraussetzungen des § 93a Abs. 2 BVerfGG sind nicht erfüllt. Die Annahme der Verfassungsbeschwerde, der keine grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung zukommt, ist auch nicht zur Durchsetzung der in § 90 Abs. 1 BVerfGG genannten Rechte angezeigt. Die Verfassungsbeschwerde hat keine hinreichende Aussicht auf Erfolg (vgl. BVerfGE 90, 22 [24 ff.]; 96, 245 [248]).

[12] 1. Die angegriffenen Entscheidungen stehen mit den aus der Rechtsschutzgarantie folgenden verfassungsrechtlichen Anforderungen in Einklang.

A. Verletzung von Art. 19 IV GG

[13] Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet eine möglichst wirksame gerichtliche Kontrolle im Falle möglicher Verletzungen eigener Rechte durch die öffentliche Gewalt (vgl. BVerfGE 93, 1 [13]; 113, 273 [310]).

I. Schutzbereich

Wirksamer Rechtsschutz bedeutet auch Rechtsschutz in angemessener Zeit. Daraus folgt, dass gerichtlicher Rechtsschutz namentlich in Eilverfahren soweit wie möglich der Schaffung solcher vollendeter Tatsachen zuvorzukommen hat, die dann, wenn sich eine Maßnahme bei endgültiger richterlicher Prüfung als rechtswidrig erweist, nicht mehr rückgängig gemacht werden können (vgl. BVerfGE 37, 150 [153]; 65, 1 [70]; 93, 1 [13]). Hierin liegt die verfassungsrechtliche Bedeutung des in § 80 VwGO geregelten Suspensiv-effektes verwaltungsprozessualer Rechtsbehelfe, ohne den der Rechtsschutz wegen der notwendigen Verfahrensdauer häufig hinfällig würde (vgl. BVerfGE 51, 268 [284]). Die Auslegung und Anwendung dieser einfachrechtlichen Vorschrift ist jedoch Sache der Fachgerichte und der Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht weitgehend entzogen (vgl. BVerfGE 79, 69 [74]; 99, 145 [160]).

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

nach § 80 Abs. 5 VwGO die Rechtmäßigkeit der zugrundeliegenden Verfügung nur einer summarischen Prüfung unterziehen und bei offenem Ergebnis dieser Prüfung die Entscheidung auf der Grundlage einer Interessenabwägung treffen (vgl. BVerfGE 69, 315 [363]).

II. Subsumtion

[15] Die angegriffenen Beschlüsse sind nach diesem Maßstab verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

[16] Das Verwaltungsgericht und das Oberverwaltungsgericht haben zwar lediglich eine vorläufige Prüfung der Rechtmäßigkeit der in der Hauptsache angegriffenen Bescheide des Generalstaatsanwalts vorgenommen. Zu einer abschließenden Prüfung waren sie verfassungsrechtlich indes nicht verpflichtet. In einem Fall, in dem der Suspensiv-effekt eines Rechtsbehelfs gegen einen belastenden Verwaltungsakt in Rede steht, geht es im Kern verfassungsrechtlich stets um eine Abwägung des öffentlichen Interesses an der sofortigen Vollziehung einerseits und des Interesses des Rechtsschutzsuchenden an der Aussetzung der Vollziehung bis zur Entscheidung in der Hauptsache andererseits (vgl. BVerfGE 79, 69 [74 f.]; 93, 1 [14]; BVerfGK 5, 237 [241 f.] bezogen auf einstweiligen Rechtsschutz nach § 123 VwGO). Einzelne Rechtsfragen zur Auslegung der Nebentätigkeitsvorschriften konnten daher einer abschließenden Prüfung im Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben. So setzt die Untersagung einer nicht genehmigungspflichtigen Nebentätigkeit gemäß § 82 Abs. 3 Satz 4 LBG voraus, dass der Beamte „bei ihrer Ausübung dienstliche Pflichten verletzt“. Ob damit auch Fälle erfasst werden, in denen der Beamte bereits durch die Verpflichtung zu einer künftigen Nebentätigkeit dienstliche Pflichten verletzt (so Geis, in: Fürst, Gesamtkommentar öffentliches Dienstrecht - GKÖD, K § 66 BBG Rn. 112; Battis, Bundesbeamtengesetz, 3. Aufl., 2004, § 66 Rn. 16, zur entsprechenden Vorschrift in § 66 Abs. 2 Satz 3 BBG), musste im Eilverfahren nicht abschließend geklärt werden. Auch die Frage, ob zur Ausfüllung des Begriffs der Verletzung dienstlicher Pflichten in § 82 Abs. 2 Satz 3 LBG ergänzend der Katalog der dienstlichen Interessen in § 81 Abs. 2 LBG, der sich unmittelbar nur auf die genehmigungspflichtigen Nebentätigkeiten bezieht, ergänzend herangezogen werden kann (so Geis, in: Fürst, Gesamtkommentar öffentliches Dienstrecht - GKÖD, K § 66 BBG Rn. 111; Battis, Bundesbeamtengesetz, 3. Aufl., 2004, § 66 Rn. 16, zur entsprechenden Vorschrift in § 65 Abs. 2 BBG), konnte offen bleiben.

B. Verletzung von Art. 5 I 1, 1. Hs GG

[17] Diese Entscheidungen lassen auch hinsichtlich der dort vorgenommenen Folgenabwägung eine grundsätzlich unrichtige Anschauung von Bedeutung und Reichweite des Grundrechts der Meinungsäußerungs-

freiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG nicht erkennen. Das Grundrecht der freien Meinungsäußerung ist bei Beamten nur insoweit gewährleistet, als es nicht unvereinbar ist mit dem in Art. 33 Abs. 5 GG verankerten und für die Erhaltung eines funktionsfähigen Berufsbeamtenums unerlässlichen Pflichtenkreis (vgl. BVerfGE 39, 334 [367]). Das Nebentätigkeitsrecht setzt als allgemeines Gesetz nach Art. 5 Abs. 2 GG dem Grundrecht der freien Meinungsäußerung Grenzen, die ihrerseits im Lichte des durch sie begrenzten Grundrechts auszulegen sind (vgl. BVerfGE 39, 334 [367]). Die Gerichte haben berücksichtigt, dass die beabsichtigte schriftstellerische Tätigkeit des Beschwerdeführers in den Schutzbereich der Meinungsäußerungsfreiheit fällt. Es ist jedoch nicht zu beanstanden, dass daraus, wie insbesondere das Oberverwaltungsgericht ausführte, im Rahmen der Vollzugsfolgenabwägung kein Vorrang der Interessen des Beschwerdeführers folgt. Zwar schützt die Meinungsäußerungsfreiheit nicht nur das Recht, überhaupt seine Meinung kundzutun; der sich Äußernde darf dafür auch diejenigen Umstände wählen, von denen er sich die größte Verbreitung oder die stärkste Wirkung seiner Meinungskundgabe verspricht (vgl. BVerfGE 93, 266 [289]). Doch im Rahmen der Abwägung konnte berücksichtigt werden, dass eine bloße Beeinträchtigung der Verbreitungschancen einem etwaigen Grundrechtseingriff geringere Intensität verleiht, während die Meinungsäußerung selbst auch später möglich bleibt.

C. Verletzung von Art. 103 I GG

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

[19] Anhaltspunkte dafür, dass das Oberverwaltungsgericht den Vortrag des Beschwerdeführers zu seinen Erfolgsaussichten in der Hauptsache nicht berücksichtigt hätte, liegen nicht vor. Das Gericht hat in den Gründen seiner Entscheidung im Einzelnen unter Berücksichtigung des Vortrags des Beschwerdeführers ausgeführt, warum eine Veröffentlichung des Buches zu einer Beeinträchtigung der Glaubwürdigkeit der Justiz und des Vertrauens der Öffentlichkeit in die Justiz führen werde. Die Feststellung des Oberverwaltungsgerichts, der Beschwerdeführer habe nicht dargelegt, dass seine Klage offensichtlich begründet wäre, bezieht sich, wie den entsprechenden Ausführungen im Beschluss über die Gehörsrüge zu entnehmen ist, nicht auf einen etwa unvollständigen Vortrag des Beschwerdeführers, sondern drückt die abschließende rechtliche Bewertung dieses Vortrags durch das Gericht aus. [...]

Standort: Öffentlich-rechtlicher Vertrag

Problem: Form des § 57 VwVfG

OVG LÜNEBURG, BESCHLUSS VOM 26.05.2008
1 ME 112/08 (NJW 2008, 2520)

Problemdarstellung:

In der vorliegenden Entscheidung ging es um die Frage, welchem Formerfordernis ein öffentlich-rechtlicher Vertrag genügen muss. § 57 VwVfG ordnet Schriftform an. Im Zivilrecht wird unter einem Schriftformerfordernis nahezu ausnahmslos gefordert, dass eine einheitliche, eigenhändig unterschriebene Urkunde vorliegen muss, die alle zur Einigung notwendigen Willenserklärungen enthält.

Ob dies auch im öffentlichen Recht zu fordern ist, ist umstritten. Das BVerwG verneint das Erfordernis einer "Urkundeneinheit" jedenfalls bei sog. "Koordinationsverträgen" i.S.d. § 54 S. 1 VwVfG, also bei solchen, die Hoheitsträger untereinander schließen, und bei "Subordinationsverträgen" i.S.d. § 54 S. 2 VwVfG, also solchen, die zwischen Staat und Bürger geschlossen werden, wenn das Rechtsgeschäft lediglich eine einseitige Verpflichtung des Kl. zum Gegenstand hat (z.B. Schuldanerkenntnis). Wie es bei wechselseitigen

Verträgen zwischen Bürger und Staat ist, hat das BVerwG hingegen explizit offen gelassen; in der Literatur herrscht hierüber Streit (vgl. zu allem die Vertiefungshinweise).

Hält man eine "Urkundeneinheit" nicht für erforderlich, so ist aber jedenfalls zu fordern, dass zwei aufeinander Bezug nehmende Schriftstücke vorliegen, von denen eines ein schriftliches Angebot, eines eine schriftliche Annahme enthält.

Nach der vorliegenden Entscheidung des OVG Lüneburg kann es auch so sein, dass eine zunächst mündlich erzielte Einigung durch eine schriftliche "abgelöst" wird. Das OVG zieht insoweit Parallelen zum "kaufmännischen Bestätigungsschreiben" aus dem Zivilrecht. Es schadet m.a.W. nicht, wenn einer schriftlichen Einigung im o.g. Sinne eine mündliche vorausgeht. Allerdings genügt es gerade nicht, wenn durch die Schriftstücke kein eigener Vertrag zustande kommt, sondern nur ein zuvor bereits mündlich geschlossener Vertrag schriftlich bestätigt wird. So lag der Fall hier.

Prüfungsrelevanz:

Soll durch wechselseitige Schriftstücke ein öffentlich-rechtlicher Vertrag wirksam zustande kommen, muss also genau darauf geachtet werden, ob die Schriftstücke wirklich (erstmalig oder erneut) Angebot und Annahme enthalten, oder ob sie nur eine bereits erzielte Einigung bestätigen. Sind Angebot und Annahme enthalten, ist weiter zu klären, ob wechselseitige Schriftstücke dem Formerfordernis des § 57 VwVfG genügen, oder ob auch im öffentlichen Recht eine Urkundeneinheit zu fordern ist. Für Koordinationsverträge und einseitig verpflichtende Subordinationsverträge sollte in einem Gutachten mit dem BVerwG auf die Urkundeneinheit verzichtet werden, denn Warn- und Beweisfunktion der Schriftform wird hier regelmäßig genügt sein: Der *Warnfunktion* schon deshalb, weil jeder Erklärende ja ein Schriftstück mit seiner Erklärung und Unterschrift verfasst hat. Unter Hoheitsträgern (Koordinationsverträge) kommt hinzu, dass die Warnfunktion ohnehin geringere Bedeutung hat, weil rechtlich erfahrene Amtswalter am Werk sind. Wird der Hoheitsträger gar nicht verpflichtet (einseitig verpflichtende Subordinationsverträge), ist dessen Warnung umso entbehrlicher, während der sich einseitig verpflichtende Bürger wiederum durch seine eigene schriftliche Erklärung hinreichend gewarnt ist. Die *Beweisfunktion* wäre durch Urkundeneinheit sicherlich optimiert; fordert man für ihre Entbehrlichkeit aber jedenfalls eindeutig sich aufeinander beziehende Schriftstücke, ist ihr auch genügt. Unter Hoheitsträgern kommt hinzu, dass im Rechtsstaat ein Streit über Fakten ohnehin die absolute Ausnahme sein sollte.

Bei Subordinationsverträgen mit wechselseitiger Verpflichtung kann hingegen gut vertretbar am Erfordernis der Urkundeneinheit festgehalten werden, weil Warn- und Beweisfunktion hier eine höhere Bedeutung zukommt und - da das VwVfG keine gegenteilige Regelung enthält - der Verweis des § 62 S. 2 VwVfG auf § 126 BGB gilt. Wird allerdings - wie hier - nur eine mündlich erzielte Einigung schriftlich bestätigt, genügt der Vertrag nach keiner Ansicht der Form des § 57 VwVfG, sodass der Streit unentschieden bleiben kann.

Aufbautechnisch sind die hier aufgeworfenen Fragen unter der Wirksamkeit des Vertragsschlusses zu prüfen, denn wenn der Schriftform des § 57 VwVfG nicht genügt sein sollte, ist über § 59 I VwVfG i.V.m. § 125 BGB die Nichtigkeit des Vertrages die Folge.

Vertiefungshinweise:

Keine Urkundeneinheit bei Koordinationsverträgen: *BVerwG*, RA 2005, 580 = *NVwZ* 2005, 1083

Keine Urkundeneinheit bei einseitig verpflichtenden Subordinationsverträgen: *BVerwG*, NJW 1995, 1104

Für Urkundeneinheit bei wechselseitig verpflichtenden Subordinationsverträgen: *OVG Lüneburg*, NJW 1992, 1404; NJW 1998, 2921

Gegen Urkundeneinheit bei wechselseitig verpflichtenden Subordinationsverträgen: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 57 Rdnr. 20; *Weihrauch*, *VerwArch* 1991, 543

Kursprogramm:

Examenskurs : "Baugeschäfte mit der Stadt"

Leitsatz:

Auch wenn man für das Schriftformerfordernis des § 57 VwVfG unter Verzicht auf den Grundsatz der "Urkundeneinheit" das Vorliegen eines Schriftwechsels genügen lassen sollte, muss in diesem selbst das Angebot und die Annahme des Vertrags liegen; es reicht nicht, wenn die Beteiligten in dem Schriftwechsel (teilweise) nur bestätigen, es sei ein mündlicher Vertrag geschlossen worden.

Sachverhalt:

Der Ast. nimmt den Ag. im Wege der einstweiligen Anordnung aus einem von ihm als öffentlich-rechtlich qualifizierten Vertrag in Anspruch, der Einzelheiten des Verkaufs von Schnittblumen auf einem seinem Wohnhaus benachbarten Feld regeln soll. Das VG hat den Antrag abgelehnt, weil es nicht nur an einer einheitlichen Vertragsurkunde fehle, sondern vor allem an einer handschriftlichen Unterzeichnung durch den Ag. Mit seiner dagegen gerichteten Beschwerde macht der Ast. geltend, dass das Schriftformerfordernis nach heutiger Auffassung eine einheitliche Vertragsurkunde nicht voraussetze. Es genüge, wenn die Vereinbarung von einer Seite schriftlich fixiert und von der anderen Seite schriftlich bestätigt werde. Das sei hier geschehen. Er habe die am 1.10.2007 im Beisein von Vertretern der Bauaufsichtsbehörde vor Ort erzielte mündliche Vereinbarung mit anwaltlichem Schreiben vom 2.10.2007 an den Landkreis E. schriftlich fixiert. Der Ag., dem der Landkreis E. das genannte Schreiben zugeleitet habe, habe das Zustandekommen der Vereinbarung mit Schreiben vom 30.12.2007 bestätigt. Dieses trage zwar keine Unterschrift, aber der Ag. habe dieses Schreiben mit seinem handschriftlich unterzeichneten Schriftsatz vom 15.4.2008 überreicht und hierauf Bezug genommen. Die Unterschrift auf dem Schriftsatz vom 15.4.2008 wirke damit auch für das Schreiben vom 30.12.2007, so dass der Vertrag dem Schriftformerfordernis genüge. Die Beschwerde hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Es kann offenbleiben, ob ein unterstellter Vertrag als öffentlich-rechtlich i.S. der §§ 54ff. VwVfG zu qualifizieren wäre, denn dann wäre er jedenfalls nach § 57

VwVfG nicht formwirksam zu Stande gekommen.

A. Schriftformerfordernis bei gelockerter Urkundeneinheit

Der Senat hat mit Urteil vom 25.7.1997 (NJW 1998, 2921) ausführlich die Gründe dargelegt, die bei § 57 VwVfG für das Festhalten am Erfordernis der Urkundeneinheit sprechen. Inzwischen hat die Rechtsprechung dieses Erfordernis zum Teil gelockert, so zum Beispiel das BVerwG für Verwaltungsvereinbarungen zwischen den Ländern (NVwZ 2005, 1083). Auch wenn man sich dem anschließt - wozu sich der Senat hier nicht äußern muss -, müssten die ausgetauschten Erklärungen nicht nur zweifelsfrei zusammengehören, sondern müssten auch unmissverständlich als Vertragsangebot auf der einen Seite und als Annahme auf der anderen Seite zu verstehen sein.

I. Ablösung mündlicher Einigung durch schriftlichen Vertrag möglich

Insoweit kommt in Betracht, dass ein zunächst nach § 57 VwVfG formunwirksam mündlich geschlossener Vertrag nachträglich durch einen schriftlichen Vertrag ersetzt wird, wenn der eine Vertragspartner die mündlichen Vereinbarungen später schriftlich fixiert, dem anderen Vertragspartner in der Art eines "kaufmännischen Bestätigungsschreibens" vorlegt und dieser darauf ebenfalls schriftlich seine Annahme der nachträglichen schriftlichen Festlegungen erklärt.

II. Lediglich schriftliche Bestätigung der mündlichen Einigung genügt jedoch nicht

Das war hier jedoch nicht der Fall. Der Ag. hat ledig-

lich den Umstand bestätigt, dass eine mündliche Vereinbarung getroffen worden sei, an die er sich zu halten gedenke; er hat nicht die Annahme des im Schreiben vom 2. 10. 2007 zu sehenden Vertragsangebots erklärt. Damit fehlt es unabhängig von der Unterschrift an einem gemeinsam gewollten Vertragstext. Das gilt umso mehr, als auch der Landkreis E. als dritter Beteiligter in seinem Schreiben vom 15. 1. 2008 ebenfalls nicht etwa die Annahme des „Bestätigungsschreibens“ erklärt, sondern nur bestätigt hat, dass dieses das im Ortstermin Vereinbarte richtig zusammengefasst habe, gleichwohl aber eine eigenständige Schilderung des mündlich Vereinbarten angeschlossen hat.

B. Treu und Glauben

Das Fehlen einer schriftlichen Festlegung eines Vertragstextes, auf den sich die drei Beteiligten unmissverständlich geeinigt haben, kann auch nicht mit dem Grundsatz von Treu und Glauben überspielt werden, der allerdings in öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnissen grundsätzlich anzuwenden ist. Dieser Grundsatz kann jedoch nicht dafür herhalten, die Norm des § 57 VwVfG praktisch leer laufen zu lassen.

Ob der Ast. bessere Erfolgsaussichten hätte, wenn man die mündlich geschlossene Vereinbarung nicht als öffentlich-rechtlich qualifizieren würde, kann offenbleiben, weil es dann jedenfalls am Rechtsweg zur Verwaltungsgerichtsbarkeit fehlen würde. Für eine Verweisung nach § 17a II GVG wäre insoweit nach § 17a V GVG kein Raum, weil die Zulässigkeit des Rechtswegs in erster Instanz nicht i.S. des § 17a III 2 GVG gerügt war.

Standort: Öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch

Problem: Zinsen

LG POTSDAM, URTEIL VOM 22.02.2008
1 O 35/07 (NVwZ-RR 2008, 513)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, ob ein Hoheitsträger als Schuldner eines öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs, sofern er das rechtsgrundlos erlangte Geld zur Tilgung von Schulden verwendet hat, die dadurch ersparten Zinszahlungen als Vorteil aus dem Gebrauch des Geldes an den Bürger als Bereicherungsgläubiger herauszugeben hat. Im Zivilrecht entspricht es der nahezu allg.M., dass nach §§ 812, 818 I BGB ein Anspruch auf Herausgabe solcher Zinsgewinne besteht (vgl. Palandt/Sprau, 67. Aufl., § 818 BGB, Rdnr. 10).

Allerdings lehnt namentlich der BGH dies bei Hoheitsträgern als Schuldner ab, weil der Staat öffentlich-rechtlich erlangte Einnahmen in der Regel nicht gewinnbringend anlege, sondern über die ihm zur Verfügung stehenden Mittel im Interesse der Allgemein-

heit verfüge. Dem tritt vorliegend das LG Potsdam in seiner ausführlich begründeten Entscheidung entgegen.

Prüfungsrelevanz:

Der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch ist ein ursprünglich aus §§ 812 ff. BGB analog entwickeltes, mittlerweile gewohnheitsrechtlich anerkanntes Rechtsinstitut. Er kommt unstreitig immer dann zur Anwendung, wenn eine öffentlich-rechtliche Vermögensverschiebung vorliegt, also eine solche vom Staat zum Bürger oder vom Bürger zum Staat. Erfolgte diese rechtsgrundlos, ist das Erlangte herauszugeben (typischerweise: Geld zu erstatten).

Weniger klar als diese Voraussetzungen sind die Rechtsfolgen des Anspruchs. Neben der hier angesprochenen Frage der Herausgabe von Zinsgewinnen wird z.B. Hoheitsträgern als Schuldner der Entreichungseinwand gem. § 818 III BGB verwehrt (vgl. Vertiefungshinweise), nicht aber umgekehrt dem

schuldenden Bürger.

Der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch eignet sich bestens für Examensaufgaben. Im Tatbestand ist die Rechtsgrundlosigkeit der Leistung zu prüfen. Beruht die Leistung auf einem öffentlich-rechtlichen Vertrag, ist dessen (Un-)Wirksamkeit nach §§ 54 ff. VwVfG inzidenter zu erörtern. Beruht die Leistung auf einem Verwaltungsakt, kommt es auf dessen Wirksamkeit (§§ 43, 44 VwVfG) an. Beides sind klassische Examensaufgaben. Die Rechtsfolgenseite könnte mit dem hier angesprochenen Zinsproblem "gewürzt" werden.

Vertiefungshinweise:

Keine Zinsen bei öffentl.-rechtl. Erstattungsanspruch: *BGHZ* 158, 1

Keine Entreicherung von Hoheitsträgern bei öffentl.-rechtl. Erstattungsanspruch: *BVerwGE* 36, 108, 113; 71, 85, 89; *OVG Münster*, RA 2004, 367 = *NVwZ-RR* 2004, 317; streitig bei § 49a I, II VwVfG, vgl. *OVG Münster*, a.a.O.; *VGH München*, BayVBl 2002, 80, 82; *Hüttenbrink/Windmüller*, SächsVBl 2001, 181, 184

Kursprogramm:

Examenskurs : "Baugeschäfte mit der Stadt"

Examenskurs : "Die Kosten der Obdachlosenwohnung"

Leitsätze:

Auch die öffentliche Hand ist gem. § 818 I BGB verpflichtet, als Vorteile aus rechtsgrundlos erhaltenen Beträgen die erwirtschafteten oder ersparten Zinsen an den Bereicherungsgläubiger herauszugeben. Dies gilt für den zivilrechtlichen Bereicherungsanspruch in gleicher Weise wie für den öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch. Eine Privilegierung der öffentlichen Hand gegenüber dem privaten Bereicherungsschuldner ist auch unter dem Gesichtspunkt, dass der Staat über erlangte Einnahmen in der Regel im Interesse der Allgemeinheit verfügt, nicht zu rechtfertigen.

Sachverhalt:

Die Kl. sind die gesetzlichen Erben des 1992 in M. bei O. verstorbenen V, der der Cousin des Vaters der Kl., A G L, war. Da zunächst keine testamentarisch bedachten oder gesetzlichen Erben ermittelt werden können, stellte das AG O durch Beschluss vom 12. 12. 1994 fest, dass ein anderer Erbe als das Land Brandenburg nicht vorhanden sei. Der Wert des Nachlasses belief sich auf den beim Nachlassgericht hinterlegten Betrag von 127905,12 DM. Mit Schreiben an das Nachlassgericht vom 14. 8. 1995 bestätigte das Ministerium der Finanzen, dass am 18. 4. 1995 ein Betrag

in Höhe von 129273,14 DM auf das Konto des Landes bei der Landeszentralbank in B1. eingegangen war. Mit Schreiben vom 30. 10. 1996 teilte der von den Kl. beauftragte Rechtsanwalt T dem Ministerium für Finanzen unter Beifügung von Unterlagen mit, dass die Kl. Erben des Erblassers V seien, und forderte das Ministerium für Finanzen auf, den treuhänderisch verwalteten Betrag in Höhe von 129273,14 DM an die Kl. zu zahlen. Die Kl. leiteten ein Erbscheinsverfahren beim Nachlassgericht O.ein. Am 15. 6. 2005 hob das AG O. den Beschluss vom 12. 12. 1994 hinsichtlich der Fiskuserbrechtsfeststellung auf und erteilte den Erbschein, wonach die Kl. zu je 1/3 des Nachlasses Erben des 1992 verstorbenen V sind. Am 15. 7. 2005 zahlte das bekl. Land 66096,31 Euro (= 129273,14 DM) an die Kl. Mit Schreiben vom 19. 12. 2005 teilte das beklagte Land den Kl. mit, der Nachlassbetrag von 66096,31 Euro sei „für den Landeshaushalt zur Finanzierung öffentlicher Aufgaben vereinnahmt“ worden. Die Einnahme sei „haushaltsmäßig unter Kapitel 20020, Titel 29810 des Haushaltsplanes (Einnahmen aus Erbschaften des Fiskus) erfasst“ worden. Die Kl. sind der Auffassung, ihnen stünden für die Zeit vom 18. 4. 1995 bis 15. 7. 2005 Zinsen auf das vom bekl. Land genutzte Kapital zu, weil das Land sich sonst diesen Betrag im Wege einer Kreditaufnahme hätte leihen und hierfür die marktüblichen Zinsen zahlen müssen. Das Land habe daher Gebrauchsvorteile in Form der ersparten Zinsen erlangt und diese gezogenen Nutzungen herauszugeben. Zudem habe das Land spätestens seit Erhalt des Schreibens des Rechtsanwalts T vom 30. 10. 1996 gewusst bzw. wissen müssen, dass die Kl. sich der Erbenstellung berühmten und der Betrag nicht dem Land zustehe. Hinsichtlich der Höhe der Aufwendungen würden sich die Kl. auf den Wert des seinerzeitigen gesetzlichen Zinssatzes von 4% beschränken. Die Kl. beantragen, das bekl. Land zu verurteilen, an die Kl. 27100,46 Euro zu zahlen. Das LG hat der Klage stattgegeben.

Aus den Gründen:

A. Anspruchsgrundlage

Den Kl. als Erben steht nach §§ 2020 S. 1, 2021, 818 I, 100 BGB gegen das bekl. Land als Erbschaftsbesitzer ein Anspruch auf Herausgabe der aus dem Nachlassvermögen gezogenen Nutzungen zu.

B. Erstreckung auf Zinsen

Der Nutzungsherausgabeanspruch umfasst die tatsächlich erlangten Zinsen seit Entstehung dieses Anspruchs. Ferner hat der Bereicherungsschuldner, sofern er das erlangte Geld zur Tilgung von Schulden verwendet hat, die dadurch ersparten Zinszahlungen als Vorteil aus dem Gebrauch des Geldes an den Bereicherungsgläubiger herauszugeben (Palandt/Sprau, 67. Aufl., § 818 BGB, Rdnr. 10). Auch die öffentliche

Hand ist gem. § 818 I BGB verpflichtet, Zinsgewinne herauszugeben. Das gilt für den zivilrechtlichen Bereicherungsanspruch in gleicher Weise wie für den öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch. Den Zinserträgen, zu denen die gezogenen Nutzungen gehören, sind die ersparten Zinszahlungen als Vorteile aus den rechtsgrundlos erhaltenen Beträgen gleichzustellen, soweit das erlangte Geld zur Tilgung von Schulden verwendet wird (BGHZ 138, 160 = NJW 1998, 2354; BayObLG, NJW 1999, 1194 f.).

I. Ablehnende Ansicht

Allerdings hat der BGH mit Urteil vom 3.2.2004 ausgeführt, bei einem öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch gegen eine Behörde komme eine Verzinsung wegen tatsächlich gezogener Nutzungen grundsätzlich nicht in Betracht, weil der Staat öffentlich-rechtlich erlangte Einnahmen in der Regel nicht gewinnbringend anlege, sondern über die ihm zur Verfügung stehenden Mittel im Interesse der Allgemeinheit verfüge. Diese Rechtsprechung gelte auch für den zivilrechtlichen Bereicherungsanspruch gegen den Steuereinkommen, weil die Zahlung wie eine Steuereinnahme im Interesse der Allgemeinheit habe verwandt werden sollen.

II. Bejahende Ansicht

Dem vermag das erkennende Gericht nicht zu folgen. Zunächst hat das BVerwG in der vom BGH in Bezug genommenen Entscheidung vom 27.10.1998 (BVerwGE 107, 304 = NJW 1999, 1201f. = NVwZ 1999, 522 L) den in der Entscheidung vom 18. 5. 1973 (BVerwG, NJW 1973, 1854f.) aufgestellten Grundsatz, der Staat lege seine öffentlich-rechtlichen Einnahmen in aller Regel nicht gewinnbringend an, sondern die öffentliche Hand verfüge über die ihr zur Verfügung gestellten Mittel stets im Interesse der Allgemeinheit, nicht bestätigt. Das BVerwG hat lediglich ausgeführt, es könne auf sich beruhen, ob die Rechtsprechung (BVerwG, NJW 1973, 1854) der Überprüfung bedürfe, da sie jedenfalls in dem zu entscheidenden Fall - bei dem bekl. Pensionssicherungsverein handelte es sich um eine juristische Person des Privatrechts - keine Anwendung finden könne. Wenn Kapital in einer Art und Weise verwendet worden sei, die nach der Lebenserfahrung einen bestimmten wirtschaftlichen Vorteil erwarten lasse, sei nach der zivilrechtlichen Rechtsprechung eine entsprechende Zinsziehung zu vermuten.

An der vom BVerwG (NJW 1973, 1854f.) vertretenen, jedoch nicht näher begründeten Auffassung, dass der Staat seine Einnahmen nur für Zwecke des allgemeinen Wohls und nicht für Zwecke der Ertragserzielung verwende, mag richtig sein, dass der Staat die Verwaltung seiner Mittel nicht am Zweck der Gewinnerzielung, sondern der Finanzierung öffentlicher Aufgaben ausrichtet. Das ändert jedoch nichts daran, dass auch der Staat mit den vorhandenen liquiden Mitteln wirt-

schaftlich umgehen muss, den Kreditbedarf gering halten und Überschüsse ertragbringend anlegen soll. Dies entspricht dem allgemeinen Prinzip einer wirtschaftlichen staatlichen Haushaltsführung. Gerade aus dem Gedanken der Zweckbindung staatlicher Finanzmittel in Richtung auf das Gemeinwohl ergibt sich, dass der Staat zum wirtschaftlichen Umgang mit seinen Geldmitteln verpflichtet ist (Schön, NJW 1993, 3289 [3291]; dem folgend: BayObLG, NJW 1999, 1194f.). Der der öffentlichen Hand zugeflossene Geldbetrag führt entweder zu einer faktischen Erhöhung der Liquidität oder zu einer faktischen Verminderung eines etwaigen Fehlbestandes. Jede überschüssige Liquidität auf Seiten der öffentlichen Hand zieht eine konkrete Auswirkung auf die Höhe etwaiger Kassenverstärkungskredite oder auf den Umfang einer zinslosen Anlage bei der Deutschen Bundesbank oder einer zinsbringenden Anlage bei den Geldmärkten nach sich. Das rechtlich streng geordnete Verfahren der öffentlichen Kassenwirtschaft lässt es daher zu, jede Einzahlung eindeutig in eine Kausalbeziehung zu der Verminderung von Kreditzinsen aus Kassenverstärkungskrediten oder der Vermehrung von Einnahmen aus vorläufigen Anlagen des Überschusses zu setzen. Soweit die konkrete Überzahlung der öffentlichen Hand Kassenverstärkungskredite erspart oder Anlagemöglichkeiten geboten hat, sind die erwirtschafteten oder ersparten Zinsen als Bereicherungserfolg an den Bereicherungsgläubiger herauszugeben (Schön, NJW 1993, 3289 [3292]).

Für den vorliegenden Fall kommt hinzu, dass das Land Brandenburg gerichtsbekannt verschuldet ist und auch bereits bei Vereinnahmung des Nachlasswertes im Jahre 1995 und Einstellung in den Landeshaushalt verschuldet war. Dadurch sind entweder dem bekl. Land Ausgaben ermöglicht worden, welche es sonst aus den Einnahmen an Steuern, Gebühren, Beiträgen sowie aus Einkünften der Unternehmen der öffentlichen Hand nicht hätte tätigen können und wofür deshalb das Volumen der Kreditaufnahme hätte erhöht werden müssen. Oder das vereinnahmte Geld ist dazu genutzt worden, die Verschuldung des bekl. Landes in der entsprechenden Höhe abzutragen, wodurch Kreditzinsen erspart worden sind. Eine andere Möglichkeit, etwa die Tötung von Luxusausgaben, scheidet auf Grund der Verpflichtung der öffentlichen Hand zur sorgfältigen Bewirtschaftung ihrer Mittel im Rahmen des Haushaltsrechts aus.

Aus diesen Ausführungen folgt zugleich, dass der Gesichtspunkt des regelmäßig fehlenden eigenwirtschaftlichen Interesses der öffentlichen Hand bzw. das „Interesse der Allgemeinheit“ kein geeignetes Kriterium für den Umfang der Verpflichtung der öffentlichen Hand zur Herausgabe gezogener Nutzungen sein kann. Es kommt nur darauf an, ob die öffentliche Hand aus der rechtsgrundlosen Vereinnahmung von Geldbeträgen faktische Vorteile zieht. Das ist wegen der im Hin-

blick auf die Haushaltslage zwangsläufig ersparten Zinszahlungen der Fall. Die Berücksichtigung etwaiger Motive des Bereicherungsschuldners bei der Verwendung rechtsgrundlos erlangter Einnahmen ist dem Bereicherungsrecht fremd. Eine Privilegierung der öffentlichen Hand gegenüber dem privaten Bereicherungsschuldner, der ersparte Kreditzinsen ohne Weiteres herauszugeben hat, ist unter keinem Gesichtspunkt sachlich zu rechtfertigen.

III. Höhe

Die Höhe des verlangten Zinssatzes von 4% ist im Hinblick auf die bezüglich ersparter Schuldzinsen geltende Vermutung (vgl. BVerwGE 107, 304 = NJW 1999, 1201 [1202f.] = NVwZ 1999, 522 L) nicht zu beanstanden und von dem bekl. Land auch nicht bestritten worden. [...]

Standort: § 45 VwVfG

Problem: Keine Heilung von Zuständigkeitsmängeln

BAYVGH, BESCHLUSS VOM 07.11.2007
3 BV 06.2075 (BAYVBL 2008, 568)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, ob und wann die formelle Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts nach § 45 I Nr. 4 VwVfG (im Fall: der wortgleiche Art. 45 I Nr. 4 BayVwVfG) geheilt werden kann. Zwei Probleme stellten sich:

A. Die Vorschrift bestimmt, dass eine Heilung eintritt, wenn die unterbliebene Mitwirkung eines Ausschusses nachgeholt wird. Der 3. Senat des BayVGH folgert aus diesem Wortlaut, dass der Ausschuss nicht allein für den Erlass des Verwaltungsakts zuständig sein darf. "Mitwirkung" bedeute vielmehr, dass noch eine andere Stelle beteiligt sein, es sich also um einen sog. "mehrstufigen Verwaltungsakt" handeln muss. Im vorliegenden Fall war aber allein der Ausschuss zuständig.

B. Damit weicht der 3. Senat von einer Entscheidung des 4. Senats des BayVGH ab, der eine Heilung nach Art. 45 I Nr. 4 BayVwVfG auch bei einstufigen Verwaltungsakten zugelassen hatte, also bei solchen, für die allein der Ausschuss zuständig ist. Wäre die Begründung entscheidungstragend gewesen, hätte sich somit die Notwendigkeit ergeben, über §§ 11 II, 12 I VwGO den Großen Senat des BayVGH anzurufen. Allerdings entschied der 3. Senat auch, dass eine Heilung nur in Betracht komme, wenn im Zeitpunkt der Heilung auch (noch) alle anderen Voraussetzungen zum Erlass des zu heilenden Verwaltungsakts vorliegen. Dies war hier nicht der Fall. Auf die Anwendbarkeit des Art. 45 I Nr. 4 BayVwVfG kam es i.E. also nicht an; der 3. Senat konnte seine Entscheidung jedenfalls darauf stützen, dass die Voraussetzungen für eine Heilung nicht vorlagen.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung überzeugt in beiden Annahmen. Der Wortlaut ("Mitwirkung") schließt es in der Tat aus, § 45 I Nr. 4 VwVfG auf Fälle anzuwenden, in denen ein Ausschuss allein zuständig ist. Dafür spricht neben dem Wort "Mitwirkung" - vom Senat unerwähnt -

auch die amtliche Überschrift "Heilung von *Verfahrens-* und *Formfehlern*". Würde man § 45 I Nr. 4 VwVfG auf Fälle anwenden, in denen der Ausschuss allein zuständig ist, käme es zur Heilung eines *Zuständigkeitsmangels*, wenn statt es Ausschusses zunächst eine andere, unzuständige Stelle entschieden hätte. Wird hingegen eine fehlende Mitwirkung nachgeholt, handelt es sich - mit der Überschrift konform - um einen geheilten *Verfahrensschritt*. Und noch ein weiteres Argument gibt es: In § 45 I Nr. 4 VwVfG sind dieselben Fälle gemeint wie in § 44 III Nr. 3 VwVfG (Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 45 Rn 29). In § 44 III Nr. 3 VwVfG wird aber ausdrücklich zwischen *Zuständigkeitsmängeln* (§ 44 III Nr. 1 VwVfG) und *Verfahrensmängeln* (§ 44 III Nr. 3 VwVfG) unterschieden. Nichts anderes kann somit für § 45 I Nr. 4 VwVfG gelten.

Ferner leuchtet ein, dass im Zeitpunkt der Heilung auch alle anderen Voraussetzungen für den Erlass des zu heilenden Verwaltungsakts noch vorliegen müssen. Sonst gäbe es nämlich keine juristische Sekunde, zu der alle Erlassvoraussetzungen vorliegen. Ein solcher Verwaltungsakt hätte rechtmäßig niemals ergehen dürfen, und es kann der Behörde - allein schon um Missbrauch durch künstliche "Stückelung" eines Verwaltungsakts zu verhindern - nicht gestattet sein, aus zwei rechtswidrigen Teilen ein rechtmäßiges Ganzes zu schaffen. Diese Argumentation dürfte i.Ü. nicht nur für § 45 I Nr. 4 VwVfG, sondern für alle Fälle des § 45 I VwVfG greifen.

Vertiefungshinweise:

§ 45 I Nr. 4 VwVfG bei einstufigem Verwaltungsakt: *VGH München*, BayVBl 2003, 501

Heilung einer fehlenden Anhörung: *BVerwGE* 54, 276, 280; *Weides*, JA 1984, 648; *Schoch*, NVwZ 1983, 250

Kursprogramm:

Examenskurs : "Stipendium"

Leitsätze (der Redaktion)

1. Eine Heilung von Verfahrensmängeln nach Art. 45 I Nr. 4 BayVwVfG kommt nur bei mehrstufigen

Verwaltungsakten in Betracht. Ist der Ausschuss hingegen alleiniger Entscheidungsträger, ist die Vorschrift nicht anwendbar.

2. Eine Heilung von Verfahrensmängeln nach Art. 45 I Nr. 4 BayVwVfG setzt voraus, dass auch im Zeitpunkt der Heilung (noch) alle materiellen Voraussetzungen für den Erlass des zu heilenden Verwaltungsakts vorliegen.

Sachverhalt:

Der Kläger steht seit 1. März 2003 als Beamter auf Lebenszeit (Verwaltungssekretär) im Dienst der Beklagten, einer Verwaltungsgemeinschaft. Er beantragte mit Schreiben vom 27. Oktober 2005 gemäß Art. 41 BayBG seine Entlassung aus dem Dienst bei der Beklagten zum 30. November 2005, spätestens zum 31. Dezember 2005.

Mit einem dem Kläger persönlich am gleichen Tag ausgehändigten Schreiben vom 4. November 2005, dem keine Rechtsbehelfsbelehrung beigelegt war, verfügte der Vorsitzende der Beklagten die Entlassung des Klägers zum 31. Dezember 2005.

Mit Schreiben vom 8. November 2005 nahm der Kläger seinen Antrag auf Entlassung zurück. Mit Schreiben vom 19. Dezember 2005 legte er gegen die Entlassungsverfügung Widerspruch ein. Am 19. Dezember 2005 beschloss die Gemeinschaftsversammlung der Beklagten (in Kenntnis dessen, dass der Vorsitzende der Verwaltungsgemeinschaft am 4. November 2005 die Entlassungsverfügung ausgehändigt und der Kläger am 9. November 2005 seinen Entlassungsantrag zurückgenommen hatte) das Beamtenverhältnis des Klägers wie beantragt zum 31. Dezember 2005 gemäß Art. 41 Abs. 1 BayBG zu beenden.

Mit Schriftsatz vom 30. Dezember 2005, eingegangen am 2. Januar 2006, erhob der Kläger Klage und beantragte, die Entlassungsverfügung der Beklagten vom 4. November 2005 aufzuheben. Das VG hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Die - zulässige - Berufung des Klägers ist begründet.

A. Formelle Rechtswidrigkeit der Entlassung wegen Unzuständigkeit

Gemäß Art. 44 Abs. 1 BayBG wird, wenn - wie hier - gesetzlich nichts anderes bestimmt ist, die Entlassung von der Stelle verfügt, die für die Ernennung des Beamten zuständig wäre. Dies war gemäß Art. 13 Abs. 2 BayBG i. V. m. Art. 10 Abs. 2 VGemO i. V. m. Art. 38 Abs. 1 Nr. 1 KommZG die Gemeinschaftsversammlung der Beklagten. Dem entspricht auch die Geschäftsordnung für die Gemeinschaftsversammlung der Verwaltungsgemeinschaft Sch. vom 23. August 2002, § 2 Nr. 11. Dem Gemeinschaftsvorsitzenden obliegt dagegen nach § 6 Abs. 2 dieser Geschäftsordnung lediglich der Vollzug der Beschlüsse der

Gemeinschaftsversammlung. Der Fall des Erlasses einer dringlichen Anordnung (§ 6 Abs. 2 der genannten Geschäftsordnung) war hier nicht gegeben. Der Gemeinschaftsvorsitzende war somit nicht für die Entscheidung über den Entlassungsantrag zuständig; dies war allein die Gemeinschaftsversammlung.

B. Heilung

Der Kläger hat seinen Entlassungsantrag bereits am 9. November 2005, also vor der Beschlussfassung durch die allein zuständige Gemeinschaftsversammlung am 19. Dezember 2005, zurückgenommen. Wie bereits mit Beschluss vom 9. Mai 2006 (Az. 3 CS 06.863) Seite 6 ausführlich dargelegt, ist eine Heilung unter Berücksichtigung von Art. 43 Abs. 2 BayVwVfG nur möglich, solange der Verwaltungsakt nicht „auf andere Weise“ erledigt, bzw. gegenstandslos geworden ist. Das war hier der Fall, denn der Kläger hat seinen Entlassungsantrag vom 27. Oktober 2005 am 9. November 2005 (also auch innerhalb der Zwei-Wochen-Frist des Art. 41 Abs. 1 Satz 3 BayBG), also bevor ein - rechtsfehlerfreier - Beschluss der zuständigen Gemeinschaftsversammlung gefasst war, zurückgenommen.

I. Anwendbarkeit des § 45 I Nr. 4 VwVfG nur auf mehrstufige Verwaltungsakte

Der Senat hält - trotz der aus einer anderen Fallgestaltung entwickelten Auffassung des 4. Senats des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs im Urteil vom 31. März 2003, Az. 4 B 00.2823 (BayVBl 2003, 501), der von einem Verfahrensmangel nach Art. 45 Abs. 1 Nr. 4 BayVwVfG in einem Fall ausging, in dem der Oberbürgermeister nach außen gehandelt hatte, obwohl die Beschlussfassung „des Stadtrats bzw. eines beschließenden Ausschusses“ fehlte - seine Auffassung aufrecht, dass Art. 45 Abs. 1 Nr. 4 BayVwVfG im Hinblick auf den Wortlaut dieser Bestimmung nicht einschlägig ist, um eine Heilung zu ermöglichen.

Art. 45 Abs. 1 Nr. 4 BayVwVfG setzt voraus, dass der „Beschluss eines Ausschusses, dessen Mitwirkung für den Erlass des Verwaltungsakts erforderlich ist“, nachträglich gefasst wird. Die Regelung bezieht sich auf mehrstufige Verwaltungsakte, bei denen eine Behörde nur im Einvernehmen mit einer anderen entscheiden kann. Hier ist jedoch die Gemeinschaftsversammlung allein und ausschließlich für die Entscheidung über die Entlassung von Beamten zuständig (vgl. § 2 Nr. 11 der Geschäftsordnung für die Gemeinschaftsversammlung der Verwaltungsgemeinschaft Sch. vom 23.8.2002), d. h. die Entscheidung über die Entlassung ist kein Akt, an dem bei dem Vorgang der Entscheidungsfindung mehrere Organe einzubinden sind; zuständig vielmehr ist hierfür nur ein Organ, nämlich die Gemeinschaftsversammlung. Demgegenüber ist der Vorsitzende der Verwaltungsgemeinschaft gemäß § 6 Abs. 2 der genannten Geschäftsordnung (vgl. auch Art. 36 Abs. 2 KommZG) nur für den Vollzug der Beschlüsse der

Gemeinschaftsversammlung zuständig.

II. Keine Anwendbarkeit bei zwischenzeitlichem Entfallen anderer Voraussetzungen für den Erlass des zu heilenden Verwaltungsakts

Die Problematik des Art. 45 Abs. 1 Nr. 4 BayVwVfG kann jedoch letztlich dahingestellt bleiben. Selbst wenn man von der Möglichkeit einer Heilung nach Art. 45 Abs. 1 Satz 4 BayVwVfG ausginge, ist hier entscheidend, dass der Kläger seinen Entlassungsantrag *nach* Aushändigung des rechtsfehlerhaften - weil vom Vorsitzenden der Verwaltungsgemeinschaft als unzuständigem Organ verfügten - Entlassungsbescheids und *vor* [Hervorhebungen im Original, Anm.d.Red.] dem Ergehen des Beschlusses - der für die Entlassungsentscheidung zuständigen Gemeinschaftsversammlung - zurückgenommen hat.

Heilbar ist ein fehlerhafter Verwaltungsakt jedoch nur dann, wenn im Zeitpunkt des späteren - heilenden -

Beschlusses, abgesehen von dem Zuständigkeitsmangel alle sonstigen Voraussetzungen für den Erlass des entsprechenden Verwaltungsakts erfüllt sind. Wesentliche Voraussetzung im Fall des Art. 41 Abs. 1 BayBG ist ein wirksamer Erlassungsantrag des Beamten. Ein solcher lag hier im Zeitpunkt der Beschlussfassung nicht mehr vor (siehe auch Knack/Meyer, VwVfG, 8. Aufl. 2004, RdNr. 13 a. E. zu § 45, der darauf hinweist, dass auch bei den in § 45 genannten Verfahrensmängeln eine Heilung dann ausgeschlossen sein kann, wenn die nachzuholende Verfahrenshandlung ihre rechtsstaatlich gebotene Funktion nicht mehr erfüllen kann, also keine "heilungsoffene" Entscheidungssituation vorliegt). Diese "Heilungsoffenheit" fehlt hier wegen der Rücknahme des Entlassungsantrags. Dem klägerischen Begehren war deshalb mit der Kostenfolge des § 154 Abs. 1 VwGO stattzugeben.

IMPRESSUM

HERAUSGEBERIN:	JURA INTENSIV VERLAGS-GMBH & CO. KG, Salzstraße 18, 48143 Münster Tel.: 0251/4824-60; Fax: 0251/4824-545 http://www.jura-intensiv.de ra@jura-intensiv.de
CHEFREDAKTION:	Rechtsanwalt Frank Schildheuer (<i>zugleich Öffentliches Recht</i>)
REDAKTEURE:	Rechtsanwältin Kathrin Lühl (<i>Zivilrecht</i>); Rechtsanwalt Uwe Schumacher (<i>Strafrecht</i>) Die Redakteure sind postalisch erreichbar unter der Adresse der Herausgeberin.
ABONNEMENT:	Abonnement-Vertrag befindet sich im Heft und/oder wird auf Wunsch zugeschickt. Einmalige Anforderung eines Probeheftes jederzeit formlos und ohne weitere Verpflichtung möglich. Bestellungen bitte an die o.g. Anschrift der Herausgeberin oder via Internet unter der o.g. Adresse.
BEZUGSPREISE:	Jahresabonnement (12 Hefte) zum Vorzugspreis von 65 Euro (Einzelpreis: 6 Euro/Heft) inkl. USt. und Versandkosten. Jahresregister gratis enthalten. Lieferung nur gegen Einzugsermächtigung. Der Lieferbeginn erfolgt zum nächstmöglichen Termin nach Gutschrift der Lastschrift.
VERSAND:	Ohne Zusicherung eines festen Veröffentlichungstermins monatlich per Post.
NACHBESTELLUNG:	Einzelne Hefte <i>früherer</i> Jahrgänge können zum Preis von 6 Euro/Heft nachbestellt werden, solange Vorrat reicht. Jahrgangsregister ab 1999: 5 Euro/Jahrgang. Einbanddecken (dunkelblau, jahresneutral): 9 Euro/Stück. Nachbestellung von Sonderbeilagen auf Anfrage. Alle Preise zzgl. 3,50 Euro Versandkosten. Bitte Verrechnungsscheck oder Einzugsermächtigung beifügen. Der Bezug von Einzelheften des <i>laufenden</i> Jahrgangs ist nur i. V. m. einem Abonnement möglich.

Zivilrecht

Standort: Werkvertrag

Problem: Verhältnis der AGB - Kontrolle zur VOB B

BGH, URTEIL VOM 24.07.2008
VII ZR 55/07 (BISLANG UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Kl. ist der Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., Bekl. ist der Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss (DVA). Der DVA hat die Aufgabe, die Vergabe und Abwicklung von Bauaufträgen sachgerecht zu regeln. In diesem Zusammenhang hat der DVA die Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) geschaffen. Der Kl. ist der Auffassung, der Bekl. empfehle die Verwendung der VOB/B auch gegenüber Verbrauchern. Diese Regelungen hielten der Inhaltskontrolle der §§ 307 ff. BGB nicht stand.

Der Kl. hat beantragt, den Bekl. zu verurteilen, zahlreiche Klauseln, die in der VOB Teil B enthalten sind, im Verkehr mit Verbrauchern für Werk- und Werklieferungsverträge nicht mehr zu empfehlen. Außerdem hat er verlangt, den Bekl. zu verurteilen, die Empfehlung zu widerrufen. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen (BauR 2006, 384 = NZBau 2006, 182). Die Berufung des Kl. ist erfolglos geblieben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kl. sein Klagebegehren weiter. Der BGH hob das Urteil des Berufungsgerichts auf und verwies die Sache zurück an das Berufungsgericht.

Prüfungsrelevanz:

Der erkennende Senat hatte sich mit dem Umfang der Privilegierung der VOB/B auseinander zusetzen. Die VOB/B beinhaltet im Zusammenhang mit Werkverträgen Sonderregelungen, z.B. bezüglich deren Ausgestaltung, Abrechnung, Abnahme, Mängelhaftung, Verjährung. Bei der VOB/B handelt es sich nicht um eine gesetzliche Regelung, sondern um einen vorformulierten Vertragsentwurf in der Art Allgemeiner Geschäftsbedingungen. Die VOB/B gilt aus diesem Grunde nur dann, wenn sie infolge ausdrücklicher Bezugnahme im Bauvertrag Anwendung finden soll (Creifels, zu Verdingungsordnungen).

Prozessual stellte sich die Frage, ob die Unterlassungsklage nach dem Unterlassungsklagegesetz (UkLaG) statthaft ist. Gem. § 1 UkLaG kann derjenige, der in Allgemeinen Geschäftsbedingungen Bestimmungen, die nach den §§ 307 bis 309 BGB unwirksam sind, verwendet oder für den rechtsgeschäftlichen Verkehr empfiehlt, auf Unterlassung oder im Fall des Empfeh-

lens auch auf Widerruf in Anspruch genommen werden. Der BGH bejahte die Statthaftigkeit der Klage, da der Bekl. die Verwendung der VOB/B auch gegenüber Verbrauchern empfiehlt.

Nach der Grundsatzentscheidung des Senats (Urteil vom 16.12.1982 - VII ZR 92/82, BGHZ 86, 135, 142) ist es verfehlt, in einem Vertrag, in dem die VOB Teil B gegenüber einem Bauhandwerker verwendet wird, einzelne Bestimmungen dieses Klauselwerks einer Inhaltskontrolle zu unterziehen, wenn es als Ganzes vereinbart ist (sog. Privilegierung der VOB/B). Dies ist im Unterschied zu den AGB i.S.v. § 305 I BGB deshalb sachgerecht, da sich die Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil B von sonstigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen dadurch wesentlich unterscheidet, dass sie nicht den Vorteil nur einer Vertragsseite verfolgt. An ihrer Ausarbeitung sind Interessengruppen der Besteller wie der Unternehmer beteiligt gewesen. Dadurch ist ein angemessener Interessenausgleich bei Einbeziehung der kompletten VOB/B erzielt.

Diese Privilegierung greift jedoch bei der Verwendung der VOB/B gegenüber einem Verbraucher nicht. Der erkennende Senat stellt in dieser Entscheidung klar, dass bei der Verwendung gegenüber Verbrauchern eine Kontrolle anhand der §§ 307 ff. BGB erfolgen müsse. Der wesentliche Gesichtspunkt für die Privilegierung sei der Umstand, dass die Interessen der unterschiedlichen Gruppen bei der Erarbeitung der Klauseln hinreichend berücksichtigt seien. Genau dies ist im Zusammenhang mit den Verbrauchern nicht der Fall. Dies liegt an dem leicht nachvollziehbaren Grund, dass Verbraucherschutzverbände von einer ordentlichen Mitgliedschaft im DVA ausgeschlossen sind und somit an der Schaffung der Regelungen der VOB/B nicht beteiligt sind.

Vertiefungshinweise:

Zur Privilegierung der VOB: *KG*, NZBau 2007, 584; *Schwenker*, IBR 2006, 77

Keine Unterlassung wegen Empfehlung: *LG Berlin*, NZBau 2006, 182

Vereinbarkeit des § 16 Nr. 3 II 1 VOB/B: *Schwenker*, NJW 1983, 816

Kursprogramm:

Examenskurs: "Keine Lust zu Schönheitsreparaturen"

Leitsätze:

a) Wird die VOB Teil B gegenüber Verbrauchern verwendet, unterliegen ihre einzelnen Klauseln auch dann einer Inhaltskontrolle, wenn sie als Ganzes vereinbart ist.

b) Klauseln, die gemäß § 308 Nr. 5 und § 309 Nr. 8 b) ff) BGB den zwingenden Klauselverboten entzogen sind, können gemäß § 307 BGB unwirksam sein.

Sachverhalt:

[1] Der Kl. verlangt von dem Bekl. es zu unterlassen, mehrere in der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B (VOB Teil B) enthaltene Klauseln zur Verwendung gegenüber Verbrauchern zu empfehlen.

[2] Der Kl. ist der Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände. Er ist in die Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4 UKlaG eingetragen. Der Bekl., der Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA), verfolgt satzungsgemäß den Zweck, Grundsätze für die sachgerechte Vergabe und Abwicklung von Bauverträgen zu erarbeiten und weiterzuentwickeln, indem er insbesondere die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) erarbeitet und fortschreibt.

[3] Der Kl. hat beantragt, den Bekl. zu verurteilen, zahlreiche Klauseln, die in der VOB Teil B enthalten sind, im Verkehr mit Verbrauchern für Werk- und Werklieferungsverträge nicht mehr zu empfehlen. Außerdem hat er verlangt, den Bekl. zu verurteilen, die Empfehlung zu widerrufen.

[4] Das Landgericht hat die Klage abgewiesen (BauR 2006, 384 = NZBau 2006, 182). Die Berufung des Kl. ist erfolglos geblieben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kl. sein Klagebegehren weiter.

Aus den Gründen:

[5] Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

A. Entscheidung und Begründung des Berufungsgerichts

[6] Das Berufungsgericht, dessen Urteil in BauR 2007, 707 = NZBau 2007, 584 = ZfBR 2007, 507 und 564 veröffentlicht ist, führt aus, der Kl. sei aktivlegitimiert, weil er im Sinne des § 3 I Nr. 1 UKlaG berechtigt sei, einen Anspruch aus § 1 UKlaG geltend zu machen. Dem Bekl. fehle jedoch die Passivlegitimation, weil er die VOB Teil B nicht im Sinne des § 1 UKlaG empfehle. Es sei bereits fraglich, ob der Bekl. sich im eigenen Namen an die Verwender der VOB Teil B gegenüber Verbrauchern richte, da diese von einem Bundesministerium veröffentlicht werde. Jedenfalls aber fehle es an einer Empfehlung gegenüber Verbrauchern. Wer

ein Klauselwerk erstelle, empfehle es nur dann, wenn er die Verwendung durch Dritte aktiv oder konkludent gefördert habe. Hierfür gebe es keine Anhaltspunkte in dem Verhalten des Bekl., der selbst keine öffentlichen Erklärungen abgebe, das Klauselwerk nicht einmal selbst veröffentliche und sich zu der Frage der Verwendung gegenüber Verbrauchern öffentlich in keiner Weise positioniert habe.

[7] Die Klage könne zudem in der Sache keinen Erfolg haben, soweit der Kl. die Unterlassung der Empfehlung von Einzelklauseln der VOB Teil B begehre. Einzelklauseln seien nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und der weit überwiegenden Meinung in der Literatur einer Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB entzogen, soweit, worum es hier allein gehen könne, die VOB Teil B als Ganzes vereinbart werde. Diese unterscheidet sich von sonstigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen dadurch, dass an ihrer Ausarbeitung Interessengruppen der Besteller und der Unternehmer beteiligt seien. Die Bestellerinteressen würden durch die öffentliche Hand gewahrt. Die VOB Teil B enthalte einen auf die Besonderheiten des Bauvertragsrechts abgestimmten, im Ganzen ausgewogenen Ausgleich der beteiligten Interessen. Dies habe der Gesetzgeber bei Schaffung des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz) anerkannt, und dies gelte auch nach der Schuldrechtsreform fort. Diese habe nur zu geringen Änderungen im Werkvertragsrecht geführt. Es bestehe daher kein Anlass, die rechtliche Lage nun anders zu beurteilen. Für die Ausgewogenheit der VOB Teil B spreche nach wie vor, dass Besteller und Werkunternehmer bei ihrer Erstellung zusammenwirkten. Dass Verbraucher nicht beteiligt seien, liege an Ziel und Zweck der Teile A und B der VOB und sei für sich nicht zu beanstanden. Der Gesetzgeber habe in Kenntnis der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für Verbraucherverträge die bisher bestehende Privilegierung der VOB Teil B als kontrollfrei im AGB-Gesetz in der Schuldrechtsreform festgeschrieben.

[8] Auch in Ansicht der Richtlinie 93/13/EWG sei die VOB Teil B als kontrollprivilegiert zu qualifizieren. Sie unterfalle zwar dem Geltungsbereich der Richtlinie, ihre von der Rechtsprechung entwickelte Privilegierung sei aber mit europäischem Recht vereinbar. Denn gemäß Art. 4 I der Richtlinie seien bei der Beurteilung der Missbräuchlichkeit einer Klausel alle anderen Klauseln desselben Vertrages zu berücksichtigen. Daher sei ein Nachteilsausgleich durch einen nicht notwendig mit dem Nachteil sachlich zusammenhängenden Vorteil möglich.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

[9] Das hält der rechtlichen Überprüfung in entscheidenden Punkten nicht stand.

I. Statthaftigkeit der Unterlassungsklage und Ver-

*wendbarkeit der VOB/B gegenüber Verbrauchern**1. VOB Teil B beinhalten AGB i.S.v. § 305 I BGB*

[10] Zutreffend ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass die VOB Teil B vorformulierte Vertragsbedingungen im Sinne des § 305 I 1 BGB beinhaltet (st. Rspr., vgl. u.a. BGH, Urteil vom 14.01.1971 - VII ZR 3/69, BGHZ 55, 198, 200; Urteil vom 16.12.1982 - VII ZR 92/82, BGHZ 86, 135, 139; Urteil vom 07.05.1987 - VII ZR 129/86, BauR 1987, 438, 439 = ZfBR 1987, 199; Urteil vom 17.09.1987 - VII ZR 166/86, BGHZ 101, 369, 374; Urteil vom 02.10.1997 - VII ZR 44/97, BauR 1997, 1027, 1028 = ZfBR 1998, 31).

2. Unterlassungsklage gem. § 1 UKlaG ist einschlägig

[11] Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht dagegen angenommen, der Bekl. empfehle die Verwendung der VOB Teil B im Rechtsverkehr nicht im Sinne des § 1 UKlaG.

a. Empfehlung i.S.v. § 1 UKlaG liegt vor

[12] Eine Empfehlung im Sinne des § 1 UKlaG liegt jedenfalls dann vor, wenn der Verfasser eines Klauselwerks dieses veröffentlichen lässt und dabei als solcher zu erkennen ist. Denn durch die Veröffentlichung gibt er zu erkennen, dass er das Klauselwerk zur Verwendung im Rechtsverkehr für geeignet hält. So erfasst § 1 UKlaG zum Beispiel auch die Verfasser von Formularbüchern (vgl. BT-Drucks. 7/5422, S. 10 zu § 13 AGBG).

b. Amtliche Veröffentlichung der VOB steht dem nicht entgegen

[13] Danach hat der Bekl. die streitgegenständlichen Klauseln zur Verwendung im Rechtsverkehr empfohlen. Die diese Klauseln enthaltende VOB Teil B ist entsprechend der Satzung des Bekl. (§ 17 I) im Bundesanzeiger durch das Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen veröffentlicht worden. Einleitend ist dort auf die Urheberschaft des Bekl. hingewiesen. Dass diese Veröffentlichung in amtlicher Form geschehen ist, hindert nicht, dass es sich um eine Empfehlung des Bekl. handelt; diese Art der Veröffentlichung legt vielmehr in besonderer Weise einem möglichen Verwender die Eignung der VOB Teil B für den Rechtsverkehr nahe.

[14] Entsprechendes gilt für die satzungsgemäße (§ 17 II) Veröffentlichung der VOB Teil B durch das Deutsche Institut für Normung im Auftrag des Bekl., die als DIN (hier: DIN 1961) Empfehlungscharakter hat (vgl. BGH, Urteil vom 14.05.1998 - VII ZR 184/97, BGHZ 139, 16, 19 f. m.w.N.).

c. Einschränkung der Empfehlung bzgl. Verwendung gegenüber Verbrauchern ist unzulässig

[15] Zu Unrecht hat das Berufungsgericht im Rahmen

des § 1 UKlaG geprüft, ob der Bekl. die VOB Teil B zur Verwendung auch gegenüber Verbrauchern empfiehlt. Eine solche Einschränkung enthält § 1 UKlaG nicht.

Die Frage, gegenüber wem die Empfehlung ausgesprochen wird, ist vielmehr gemäß § 3 II UKlaG für die Anspruchsberechtigung des Kl. von Bedeutung (dazu sogleich).

3. Anspruchsberechtigung des Kl., § 3 UKlaG

[16] Der Kl. ist gemäß § 3 UKlaG anspruchsberechtigt.

a. Kl. ist eine qualifizierte Einrichtung

[17] Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass der Kl. eine qualifizierte Einrichtung gemäß § 3 I 1 Nr. 1 UKlaG ist. Die Revision hat hiergegen nichts erinnert.

b. Kein Ausschluss gem. § 3 II UKlaG

[18] Die Anspruchsberechtigung des Kl. ist nicht gemäß § 3 II UKlaG ausgeschlossen. Nach dieser Vorschrift kann eine im Sinne des § 3 I Nr. 1 UKlaG qualifizierte Stelle einen Unterlassungsanspruch dann nicht geltend machen, wenn die angegriffenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen zur ausschließlichen Verwendung gegenüber Unternehmern empfohlen werden. Dies setzt grundsätzlich voraus, dass die Empfehlung ausdrücklich eingeschränkt ist (vgl. Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, Großkommentar zum AGBG, 2. Aufl., § 13 Rdn. 94; vgl. auch Staudinger/Schlosser, 2006, § 3 UKlaG, Rdn. 3) oder aufgrund sonstiger Umstände feststeht, dass die im Streit befindlichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht gegenüber Verbrauchern verwendet werden. Dies kann sich daraus ergeben, dass die Empfehlung für einen Geschäftstyp ausgesprochen wird, der nur unter Unternehmern üblich ist, oder sich an Adressaten richtet (z.B. Großhändler), die es geschäftstypischerweise nicht mit Letztverbrauchern zu tun haben (vgl. Staudinger/Schlosser, aaO).

aa. Bekl. hat die Verwendung der VOB/B auch ggü. Verbrauchern vorgesehen

[19] Die Empfehlung des Bekl. enthält keine ausdrückliche Einschränkung. Vielmehr ergibt sich unter anderem aus § 16 Nr. 5 Abs. 3 und 4 VOB/B, dass der Bekl. die VOB Teil B auch zur Verwendung gegenüber Verbrauchern vorgesehen hat. Dort ist bestimmt, dass der Auftragnehmer in den dort geregelten Fällen Anspruch auf Zinsen "in Höhe der in § 288 BGB angegebenen Zinssätze" hat. Welcher dieser Zinssätze zur Anwendung kommt, entscheidet sich danach, ob es sich um einen Verbrauchervertrag handelt (§ 288 I BGB) oder nicht (§ 288 II BGB). Der Grund dafür, eine Verweisung auf § 288 BGB in die genannten Bestimmungen aufzunehmen, war nach den ebenfalls im Bundesanzeiger veröffentlichten Hinweisen des Bekl.

zur Neufassung der VOB Teil B 2002, dass damit "die Differenzierung in der Höhe der Zinssätze übernommen wird" (Bundesanzeiger vom 29.10.2002, Nr. 202 a, S. 15). Diese Differenzierung ist nur dann erforderlich, wenn die VOB Teil B auch gegenüber Verbrauchern verwendet werden soll.

[20] Zudem ist in den genannten Hinweisen ausgeführt, es sei davon auszugehen, dass die Neubezeichnung als "Vergabe- und Vertragsordnung" für Bauleistungen ihre Privilegierung nach § 308 Nr. 5, § 309 Nr. 8 b) ff) BGB, in denen von der "Verdingungsordnung" für Bauleistungen die Rede ist, unverändert lasse. Diese Vorschriften sind auf Verbraucherverträge anwendbar, § 310 I 1 BGB. Auch dies deutet darauf hin, dass der Bekl. von einer Verwendung der streitgegenständlichen Klauseln auch gegenüber Verbrauchern ausgeht.

bb. Keine Einschränkung der Verwendung aus anderen Gründen

[21] Die Verwendung der VOB Teil B gegenüber Verbrauchern ist nicht nach den sonstigen Umständen ausgeschlossen. Sie dient der Abwicklung von Bauverträgen; Adressat der Empfehlung sind auch Bauunternehmer. Diese schließen Bauverträge regelmäßig nicht nur mit Unternehmern, sondern auch mit Verbrauchern ab.

II. Klauseln der VOB/B sind einzeln anhand der §§ 307 ff. BGB überprüfbar

[22] Das Berufungsurteil kann nicht mit der Hilfserrückung des Berufungsgerichts aufrecht erhalten bleiben, die angegriffenen Klauseln seien nicht einzeln anhand der §§ 307 ff. BGB auf ihre Wirksamkeit zu überprüfen. Diese Auffassung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

I. Privilegierung der VOB/B bei Verwendung ggü. Unternehmern

[23] Nach der grundlegenden Entscheidung des Senats (Urteil vom 16.12.1982 - VII ZR 92/82, BGHZ 86, 135, 142) ist es verfehlt, in einem Vertrag, in dem die VOB Teil B gegenüber einem Bauhandwerker verwendet wird, einzelne Bestimmungen dieses Klauselwerks einer Inhaltskontrolle zu unterziehen, wenn es als Ganzes vereinbart ist. Der Senat hat dies damit begründet, dass sich die Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil B von sonstigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen dadurch wesentlich unterscheidet, dass sie nicht den Vorteil nur einer Vertragsseite verfolge. An ihrer Ausarbeitung seien Interessengruppen der Besteller wie der Unternehmer beteiligt gewesen und sie enthalte einen auf die Besonderheiten des Bauvertragsrechts abgestimmten, im Ganzen einigermaßen ausgewogenen Ausgleich der beteiligten Interessen. Auf der gleichen Erwägung beruhe es, dass § 10 Nr. 5 und § 11 Nr. 10 f) AGBG nach § 23 II Nr. 5 AGBG auf Lei-

stungen nicht anzuwenden seien, für die die Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil B Vertragsgrundlage sei. Würden aufgrund einer Kontrolle einzelner Klauseln bestimmte, die Interessen einer Vertragsseite bevorzugende Bestimmungen für unwirksam erklärt, so würde gerade dadurch der von dem Vertragswerk im Zusammenwirken sämtlicher Klauseln erstrebte billige Ausgleich der Interessen gestört. Der Senat hat daraus geschlossen, dass das Normgefüge als Ganzes zu prüfen sei, und festgestellt, dass dieses bei einer solchen Betrachtungsweise der Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG standhalte (BGH, Urteil vom 16.12.1982 - VII ZR 92/82, aaO, S. 141 f.).

2. Inhaltskontrolle der VOB/B bei Verwendung ggü. Verbrauchern

[24] Diese Rechtsprechung, die der Senat dahingehend modifiziert hat, dass die VOB Teil B nicht als Ganzes vereinbart ist, wenn sie inhaltlich nicht vollständig übernommen wird (BGH, Urteil vom 22.01.2004 - VII ZR 419/02, BGHZ 157, 346; Urteil vom 15.04.2004 - VII ZR 129/02, BauR 2004, 1142 = NZBau 2004, 385 = ZfBR 2004, 555; Urteil vom 10.05.2007 - VII ZR 226/05, BauR 2007, 1404 = NZBau 2007, 581 = ZfBR 2007, 665), hat teilweise Kritik erfahren (vgl. zum Meinungsstand u.a. Staudinger/Coester, 2006, § 307 BGB Rdn. 128 m.w.N.). Streitig ist zudem, ob sie auch auf Verträge angewandt werden kann, die nach dem 31.12.2001 geschlossen worden sind, weil das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts insoweit zu einer abweichenden Beurteilung führen könnte (vgl. zum Meinungsstand u.a. Kniffka, *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht*, Stand 03.06.2008, vor § 631 Anm. 2.4.3., Rdn. 27 ff.). Der Senat muss zu den Streitfragen nicht abschließend Stellung nehmen. Denn die Rechtsprechung des Senats ist nicht auf Verträge anwendbar, in denen die VOB Teil B gegenüber Verbrauchern verwendet wird. Soweit der grundlegenden Entscheidung des Senats vom 16.12.1982 etwas anderes entnommen werden könnte, hält der Senat daran nicht fest.

a. Ständige Überarbeitung der VOB/B d.d. Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss

[25] Ein maßgeblicher Gesichtspunkt für die sogenannte Privilegierung der VOB Teil B ist der Umstand, dass diese Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen im Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss (früher Verdingungsausschuss) und dort speziell im Hauptausschuss Allgemeines erarbeitet und ständig überarbeitet werden. Ordentliche Mitglieder des Bekl. können auf Auftraggeberseite solche Institutionen sein, die als oberste Bundes- oder Landesbehörden oder in einer vergleichbaren Organisationsform oder als bundesweit tätige Spitzenverbände unmittelbar an der Vergabe von öffentlichen Bauleistungen beteiligt sind; auf Auftrag-

nehmerseite können bundesweit tätige Institutionen ordentliche Mitglieder sein, die als Spitzenorganisation die Interessen der Auftragnehmer im Bereich des öffentlichen Bauauftragswesens vertreten (§ 3 I der Satzung des Bekl.). Der Tätigkeit des Ausschusses liegt die Erwägung zugrunde, dass ein gemeinsam von Auftraggeber- und Auftragnehmerseite erarbeitetes Vertragswerk besser als ein Gesetz oder eine Verwaltungsanordnung geeignet ist, allgemeine Anerkennung und Anwendung zu finden und auch das erforderliche Vertrauensverhältnis zwischen beiden Lagern anzubahnen (vgl. Lampe-Helbig, Festschrift für Korbion, 1986, S. 249, 250). Der Ausschuss geht davon aus, dass er ein Vertragswerk erarbeitet, das die Interessen der Baubeteiligten ausgewogen berücksichtigt.

[26] Dies gilt allerdings nicht uneingeschränkt. Der Bereich der privaten Vergabe wird bei den Überlegungen zwar nicht vollkommen ausgeklammert (vgl. Lampe-Helbig, aaO, S. 267), die Interessen der Verbraucher werden jedoch nicht in dem Maße berücksichtigt wie die Interessen der sonstigen Baubeteiligten. Der Ausschuss sieht es nicht als seine Aufgabe an, Regelungen für die Anwendung der Vergabe- und Vertragsordnung im privaten Bereich auszuarbeiten. Das hat der Bekl. nicht nur in diesem Gerichtsverfahren vorgebracht. Es entspricht auch dem überlieferten Selbstverständnis des Ausschusses, der nach seiner Tradition in erster Linie die Vergabe von Bauleistungen durch die öffentliche Hand regeln will. Dieses Selbstverständnis kommt auch deutlich dadurch zum Ausdruck, dass Verbände der Verbraucher keine ordentlichen Mitglieder im Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss sein können.

b. Interessenvertreter der Vertragspartner der Verwender haben mitgewirkt

[27] Die von der Rechtsprechung entwickelte Privilegierung, mit der die Inhaltskontrolle einzelner Regelungen entfällt, wenn die VOB Teil B als Ganzes vereinbart ist, mag - was der Senat nicht entscheiden muss - auch weiterhin gerechtfertigt sein, solange gewährleistet ist, dass die Vertragspartner, denen gegenüber die VOB Teil B verwendet wird, durch ihre Interessenvertretungen im Vergabe- und Vertragsausschuss vertreten sind und ausreichend Gelegenheit haben, sich in eine ausgewogene, den Bedürfnissen der Bauvertragsparteien entsprechende Gestaltung der VOB Teil B einzubringen. Voraussetzung ist allerdings stets, dass das Klauselwerk in diesem Sinne tatsächlich ausgewogen ist, was für jede neue Fassung der VOB Teil B von den Gerichten zu überprüfen ist.

c. Weder mittelbare noch unmittelbare Berücksichtigung der Verbraucherinteressen

[28] Jedenfalls ist die Privilegierung der VOB Teil B dann nicht zu rechtfertigen, wenn sie gegenüber Vertragspartnern verwendet wird, die weder unmittelbar

noch mittelbar ihre besonderen Interessen bei der Gestaltung des Vertragswerks einbringen können. Dass die Verbraucherinteressen einer besonderen Berücksichtigung bei der Gestaltung Allgemeiner Geschäftsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen bedürfen, ergibt sich schon daraus, dass Verbraucher in aller Regel in geschäftlichen Dingen unerfahren sind und eines besonderen Schutzes bedürfen. Die Mitwirkung der öffentlichen Hand auf Auftraggeberseite an der Erarbeitung der VOB Teil B bietet keine Gewähr für eine ausreichende Vertretung der Verbraucherinteressen. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Interessen der öffentlichen Hand mit den typischen Verbraucherinteressen übereinstimmen. Die öffentliche Hand errichtet in aller Regel andere Bauvorhaben mit anderen Zweckbestimmungen als Verbraucher. Sie ist geschäftlich erfahren und ohne weiteres in der Lage, fachliche und rechtliche Beratung hinzuzuziehen. Bei ihr besteht ein anderes Verständnis von den Regeln der VOB Teil B und ihrem Zusammenspiel als bei Verbrauchern. Auch ist sie anders als ein Verbraucher in der Lage, die Nachteile zu kompensieren, die durch eine unangemessene Regelung zu ihren Lasten entstehen könnten. So wird z.B. ein privater Besteller eines Einfamilienhauses durch eine kürzere Gewährleistungsfrist ungleich stärker belastet als eine öffentliche Körperschaft.

d. Keine abweichende Entscheidung durch die Gesetzeslage

[29] Eine andere Beurteilung ergibt sich nicht aus dem Gesetz. Die Privilegierung der VOB Teil B ist durch richterliche Fortbildung entwickelt worden, um Wertungswidersprüche zu vermeiden, die durch eine Inhaltskontrolle einzelner Bestimmungen entstehen, wenn die VOB Teil B als Ganzes in ihrem Anwendungsbereich als einigermaßen ausgewogen angesehen werden kann. Eine dahingehende Regelung war im Zeitpunkt der Grundsatzentscheidung des Senats im AGB-Gesetz nicht enthalten. Sie ist auch durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts nicht geschaffen worden.

aa. Gesetzesmotive im AGBG

[30] Nach § 23 II Nr. 5 AGBG finden § 10 Nr. 5 und § 11 Nr. 10 f) AGBG keine Anwendung für Leistungen, für die die Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) Vertragsgrundlage ist. Aus dieser Regelung ergibt sich lediglich, dass die Klauselverbote aus § 10 Nr. 5 und § 11 Nr. 10 f) AGBG entfallen. Eine weitergehende Aussage enthalten die Regelungen nicht. Insbesondere lassen sie nicht den Schluss zu, dass einzelne Bestimmungen der VOB Teil B nicht der Inhaltskontrolle nach § 9 sowie §§ 10 und 11 AGBG unterliegen, wenn die VOB Teil B als Ganzes vereinbart ist. Dem steht schon entgegen, dass lediglich einzelne Klauselverbote aus dem Anwendungsbereich heraus-

genommen worden sind. Hätte der Gesetzgeber die VOB Teil B insgesamt privilegieren wollen, so hätte er eine andere Regelung finden müssen. Insbesondere hätte er auch Regelungen zur Anwendung des § 9 AGBG verabschieden müssen. Die Gesetzesmotive geben dementsprechend auch keinen Anhaltspunkt dafür, dass die gesamte VOB Teil B der Inhaltskontrolle entzogen werden sollte. Vielmehr hatte man lediglich bestimmte Regelungen der VOB Teil B im Auge, die der Inhaltskontrolle entzogen werden sollten. Das war in erster Linie die Regelung zur Gewährleistungsfrist. Später sind auf Vorschlag des Rechtsausschusses Regelungen zu fiktiven Erklärungen hinzugekommen, wobei in erster Linie an die Fiktion der Abnahme nach § 12 Nr. 5 VOB/B gedacht war (BT-Drucks. 7/5422, S. 4). Es mag sein, dass der Gesetzgeber seinerzeit davon ausgegangen ist, dass andere Regelungen der VOB Teil B bei einer Inhaltskontrolle nicht problematisch sind. Diese Einschätzung wäre unzutreffend, wie die Rechtsprechung des Senats belegt (Unwirksamkeit des § 2 Nr. 8 Abs. 1 Satz 1 VOB/B a.F. - BGH, Urteil vom 31.01.1991 - VII ZR 291/88, BGHZ 113, 315; Unwirksamkeit des § 16 Nr. 3 Abs. 2 a.F. (vorbehaltlose Annahme der Schlusszahlung) - BGH, Urteil vom 17.09.1987 - VII ZR 155/86, BGHZ 101, 357; Unwirksamkeit des § 16 Nr. 3 Abs. 2 n.F. - BGH, Urteil vom 19.03.1998 - VII ZR 116/97, BGHZ 138, 176; Urteil vom 09.10.2001 - X ZR 153/99, BauR 2002, 775; Urteil vom 22.01.2004 - VII ZR 419/02, BGHZ 157, 346; Urteil vom 10.05.2007 - VII ZR 226/05, BauR 2007, 1404 = NZBau 2007, 581 = ZfBR 2007, 665; Urteil vom 12.07.2007 - VII ZR 186/06, BauR 2007, 1726 = NZBau 2007, 644 = ZfBR 2007, 681; Unwirksamkeit des § 16 Nr. 6 a.F. (Zahlung an Nachunternehmer) - BGH, Urteil vom 21.06.1990 - VII ZR 109/89, BGHZ 111, 394). Eine solche unzutreffende Einschätzung rechtfertigt es nicht, dem insoweit klaren Gesetz einen Inhalt zu unterlegen, wonach die gesamte VOB Teil B privilegiert sein sollte. Der Senat hat das Ergebnis der Privilegierung dementsprechend auch nicht auf eine Auslegung des § 23 II Nr. 5 AGBG gestützt, sondern auf eine besondere Anwendung des § 9 AGBG (BGH, Urteil vom 16.12.1982 - VII ZR 92/82, BGHZ 86, 135, 142).

[31] Die Privilegierung der VOB Teil B in Verbraucherverträgen ergibt sich auch nicht aus der dargestellten Systematik des AGB-Gesetzes. Der Gesetzgeber hat nicht die VOB Teil B der Inhaltskontrolle entzogen, wenn sie als Ganzes vereinbart ist. Diese Regelung hat er insbesondere auch nicht für Verbraucherverträge getroffen, sondern sich für diese Verträge darauf beschränkt, einzelne Klauseln der VOB Teil B den zwingenden Klauselverboten zu entziehen. Er hat es dadurch der Rechtsprechung überlassen, eine im Einklang mit den Regelungen der §§ 9 ff. AGBG stehende Lösung zu entwickeln, die den in diesem Gesetz zum Ausdruck gebrachten Anforderungen an den

Schutz des Vertragspartners des Verwenders Geltung verschafft. Insbesondere hat der Gesetzgeber der Rechtsprechung die Möglichkeit eröffnet, nicht nur hinsichtlich der Privilegierung der insgesamt vereinbarten VOB Teil B nach Verbrauchern und in Bauvertragsachen erfahrenen Vertragspartnern zu differenzieren, sondern die Verbraucherinteressen durch eine Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG angemessen zu berücksichtigen, und zwar unabhängig davon, dass einzelne Klauseln der VOB Teil B von zwingenden Klauselverboten ausgenommen sind.

bb. Kein Änderung durch die Schuldrechtsmodernisierung

[32] Durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts hat sich insoweit inhaltlich nichts geändert. In § 307 BGB ist eine Sonderbehandlung der VOB Teil B nicht vorgesehen. Dieses Klauselwerk ist lediglich unter der Bezeichnung Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil B in § 308 Nr. 5 und § 309 Nr. 8 b) ff) BGB erwähnt, die die Anwendung der dort enthaltenen Klauselverbote ausschließen, wenn die VOB Teil B insgesamt einbezogen ist. Darüber, wie die Kontrolle von Klauseln, die nicht unter diese Vorschriften fallen, vorzunehmen ist, enthält das Gesetz keine Regelungen. Solche waren auch nicht beabsichtigt. Das Gesetzgebungsverfahren gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber insoweit eine Regelung treffen wollte, die über diejenige des § 23 II Nr. 5 AGBG hinausging. Das ergibt sich aus den Gesetzesmaterialien.

(1) Ziel der Neuregelung der §§ 305 ff. BGB

[33] Vorrangiges Ziel der Neuregelung der §§ 305 ff. BGB durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz war es, das AGB-Gesetz in das Bürgerliche Gesetzbuch zu integrieren, um die gesetzliche Regelung zu vereinfachen und übersichtlicher zu gestalten (BT-Drucks. 14/6040, S. 149). Dies entspricht einem der grundlegenden Ziele der Reform, "die das Bürgerliche Gesetzbuch immer mehr überwuchernden (schuldrechtlichen) Sondergesetze zu sichten und ihren dauerhaften Bestand in das Bürgerliche Gesetzbuch zu integrieren", was "zu einer übersichtlicheren Schuldrechtsordnung" führen sollte (aaO, S. 79; ähnlich auch auf S. 91). Mit dieser Zielsetzung sind die Ausnahmeregelungen für Verträge, in die die Verdingungsordnung für Bauleistungen einbezogen ist, nicht mehr in einer gesonderten Vorschrift (§ 23 II Nr. 5 AGBG), sondern nun bei dem jeweiligen Klauselverbot aufgeführt (vgl. aaO, S. 154).

[34] Sachliche Änderungen sollten mit der Neuregelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht verbunden sein. Vielmehr wollte der Gesetzgeber „das im AGB-Gesetz enthaltene (geschlossene) System aufrechterhalten“ (aaO, S. 150). Soweit inhaltliche Änderungen vorgesehen wurden, sollte "das AGB-Gesetz durch Ergänzungen und teilweise Neu-

formulierungen fort[geschrieben werden], die aber im Ergebnis Rechtsprechung und Lehre zur Anwendung des AGB-Gesetzes entsprechen" (aaO, S. 150).

(2) *Keine Privilegierung durch Nichtanwendung der § 308 Nr. 5, § 309 Nr. 8 b) ff)*

[35] Eine Privilegierung der VOB Teil B als Ganzes hat der Gesetzgeber insbesondere nicht dadurch beabsichtigt, dass er die Nichtanwendung von Klauselverboten davon abhängig gemacht hat, dass die Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil B anstatt wie in § 23 AGBG "Grundlage des Vertrages" nunmehr "insgesamt einbezogen" (§ 308 Nr. 5 und § 309 Nr. 8 b) ff) BGB) sein muss. Damit wollte der Gesetzgeber der gefestigten Rechtsprechungspraxis Rechnung tragen, die das Eingreifen der im bisherigen § 23 II Nr. 5 AGBG zugunsten der VOB Teil B geregelten Ausnahmen davon abhängig macht, dass diese insgesamt, das heißt ohne ins Gewicht fallende Einschränkungen übernommen worden ist (aaO, S. 154). Diese gesetzgeberische Intention wird durch die in der Gesetzesbegründung zitierten Entscheidungen des Senats bestätigt. Alle dort genannten Entscheidungen (BGH, Urteil vom 10.10.1985 - VII ZR 325/84, BGHZ 96, 129, 133; Urteil vom 07.05.1987 - VII ZR 366/85, BGHZ 100, 391, 399; Urteil vom 24.10.1985 - VII ZR 31/85, BGHZ 96, 146; Urteil vom 07.05.1987 - VII ZR 129/86, BauR 1987, 438 = ZfBR 1987, 199; Urteil vom 29.09.1988 - VII ZR 186/87, BauR 1989, 77 = ZfBR 1989, 28) betreffen die Frage, ob die Verkürzung der Gewährleistungsfrist einer Überprüfung nach dem AGB-Gesetz standhält, wenn ausschließlich die Gewährleistungsregeln der VOB Teil B vereinbart worden sind. Lediglich insoweit ist also die bekannte Rechtsprechung "ohne inhaltliche Änderung" (BT-Drucks. 14/6040, S. 154) kodifiziert worden.

[36] Davon ist die Frage zu unterscheiden, ob die VOB Teil B, sofern sie als Ganzes vereinbart ist, einer isolierten Inhaltskontrolle ihrer einzelnen Klauseln anhand der §§ 307 ff. BGB entzogen ist. Zu dieser Frage hat der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts keine Entscheidung getroffen. Soweit in der Gesetzesbegründung ausgeführt ist, es könne davon ausgegangen werden, dass die VOB Teil B in ihrer jeweils geltenden Fassung einen insgesamt angemessenen Interessenausgleich zwischen den an Bauverträgen Beteiligten schafft, dient dies lediglich als Begründung dafür, dass die Privilegierung in § 308 Nr. 5 BGB die Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil B in ihrer jeweils gültigen Fassung erfassen sollte (aaO, S. 154). Die Absicht, die ausdrücklich nur beschränkt angeordnete Privilegierung der Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil B dahin auszudehnen, dass eine Einzelkontrolle ihrer Bestimmungen nicht vorzunehmen sei, kann daraus nicht abgelesen werden. Dem entspricht es, dass die grundlegende Entscheidung des Senats, die Verdingungs-

ordnung für Bauleistungen nur als Ganzes einer Kontrolle gemäß § 9 AGBG zu unterziehen (BGH, Urteil vom 16.12.1982 - VII ZR 92/82, BGHZ 86, 135), in der Gesetzesbegründung nicht zitiert ist. Zudem ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber, wenn er diese umstrittene Problematik hätte entscheiden wollen, dies auch im Hinblick auf die verfassungsrechtlich gebotene Normenklarheit (vgl. BVerfGE 114, 73, 91 f.) und die europarechtlichen Anforderungen an die Richtlinienumsetzung (vgl. EuGH, NJW 2001, 2244, 2245) im Gesetzestext hinreichend klar und bestimmt zum Ausdruck gebracht hätte.

III. Zurückverweisung an das Berufungsgericht

[37] Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden. Die Beurteilung der Wirksamkeit der streitgegenständlichen Bestimmungen bedarf einer umfassenden Würdigung, in die insbesondere die typischen Interessen der Vertragsparteien sowie die Anschauungen der beteiligten Verkehrskreise einzubeziehen sind (vgl. Palandt/Grüneberg, 67. Aufl., § 307 BGB, Rdn. 8). Hierzu hat das Berufungsgericht bisher keine Feststellungen getroffen; dies wird es nachzuholen haben. Das Berufungsurteil ist deshalb aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Das Berufungsgericht muss den geltend gemachten Unterlassungsanspruch prüfen und in diesem Zusammenhang beurteilen, inwieweit die Klauseln wirksam sind.

[38] Soweit es Klauseln beurteilt, die nach ihrem Regelungsgehalt unter § 308 Nr. 5 oder § 309 Nr. 8 b) ff) BGB fallen, ist das Berufungsgericht nicht gehindert, eine Inhaltskontrolle nach § 307 BGB vorzunehmen. Die Klauselverbote der §§ 308, 309 BGB sind Ausprägungen der Generalklausel des § 307 BGB. Als Generalklausel tritt § 307 BGB zurück, wenn eine AGB-Bestimmung dem Klauselverbot der §§ 308, 309 BGB unterfällt. Soweit eine Allgemeine Geschäftsbedingung nach ihrem Regelungsgehalt zwar den §§ 308, 309 BGB unterfällt, danach aber nicht unwirksam ist, bedeutet dies nicht, dass ihre Wirksamkeit feststünde. Die Inhaltskontrolle gemäß § 307 BGB kann unter Berücksichtigung des Prüfungsmaßstabes dieser Norm zur Unwirksamkeit der Regelung führen (vgl. BGH, Urteil vom 27.04.1988 - VIII ZR 84/87, BGHZ 104, 232, 239; Urteil vom 08.03.1984 - IX ZR 144/83, BGHZ 90, 280, 283 f.; Erman/Roloff, BGB, 12. Aufl., vor §§ 307 - 309, Rdn. 2; Staudinger/Coester, aaO, § 307 Rdn. 11 f.; Ulmer/Brandner/Hensen/A. Fuchs, AGB-Gesetz, 10. Aufl., Vorb. v. § 307 BGB, Rdn. 8). Bei der Überprüfung nach § 307 BGB sind die in §§ 308, 309 BGB zum Ausdruck gebrachten Wertungen zu berücksichtigen (vgl. BGH, Urteil vom 12.03.1987 - VII ZR 37/86, BGHZ 100, 157, 182; Urteil vom 04.12.1996 - XII ZR 193/95, NJW 1997, 739, 740; Erman/Roloff, ebd.; Staudinger/Schlosser, aaO, Rdn. 12; Ulmer/Brandner/Hensen/A. Fuchs, aaO, Vorb. v. §

307 BGB, Rdn. 9). Gleiches gilt, wenn der Gesetzgeber Klauseln ausdrücklich dem zwingenden Klauselverbot entzieht.

[39] Danach ist das Berufungsgericht nicht von vornherein gehindert, die Regelungen der VOB Teil B, die dem Regelungsgehalt des § 308 Nr. 5 und des § 309 Nr. 8 b) ff) BGB unterfallen, nach § 307 BGB für unwirksam zu halten. Allerdings ist bereits Anlass für die gesetzliche Entscheidung zu § 23 II Nr. 5 AGBG die Annahme des Gesetzgebers gewesen, die VOB Teil B stelle ein ausgewogenes Vertragswerk dar, so dass es nicht gerechtfertigt sei, deren Gewährleistungsregeln und deren Regelungen zu fiktiven Erklärungen daran scheitern zu lassen, dass sie den Klauselverboten unterliegen. Indem er es unterlassen hat, die VOB Teil B insgesamt der Inhaltskontrolle zu entziehen, hat er die Überprüfung und Beurteilung dieser Annahme der Rechtsprechung überlassen und damit auch den Weg eröffnet, eine andere Lösung zu entwickeln. Eine solche Lösung muss auch die weiteren Erkenntnisse zur VOB Teil B einbeziehen. Bei der Beurteilung der Angemessenheit von Klauseln der VOB Teil B in einem Vertrag mit einem Verbraucher kann die Rechtsprechung nicht unberücksichtigt lassen, dass ein tragender Pfeiler für die Annahme des Gesetzgebers fehlt, die

VOB Teil B sei eine für alle Bauverträge angemessene Regelung. Denn Verbrauchervertreter sind im Vergabe- und Vertragsausschuss nicht vertreten und Verbraucherinteressen werden nach den nunmehr eindeutigen Erklärungen dieses Ausschusses nicht in der Weise berücksichtigt wie die Interessen anderer Auftraggeber von Bauleistungen. Dieser Einschätzung entsprechen die vom Deutschen Bundestag am 26.06.2008 (BT-Protokoll Nr. 16/172) beschlossene Streichung der Ausnahmetatbestände in § 308 Nr. 5 und § 309 Nr. 8 b) ff) BGB und die Neuregelung des § 310 Abs. 1 BGB. Danach soll die Privilegierung der VOB Teil B nur bei einer Verwendung gegenüber Unternehmen im Sinne des § 14 BGB, juristischen Personen des öffentlichen Rechts und Sondervermögen des öffentlichen Rechts, nicht aber bei Verwendung gegenüber Verbrauchern gelten.

[40] In die Überlegungen zur Inhaltskontrolle nach § 307 BGB müssen schließlich auch die Gesichtspunkte einfließen, die durch die Anwendung dieser Regelung unabhängig von der gesetzlichen Wertung zu §§ 308 und 309 BGB eröffnet werden. Das sind auch Gesichtspunkte der Transparenz, Regelungsklarheit und Angemessenheit.

Standort: Reisevertrag

Problem: Mangel

BGH, URTEIL VOM 15.07.2008
X ZR 93/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Kl. begehrt vom bekl. Reiseveranstalter aus eigenem und abgetretenem Recht Ansprüche aus Reisevertrag. Der Kl. unternahm mit seiner Ehefrau eine Pauschalreise in die Türkei. Während des Rückfluges traten technische Probleme am Flugzeug auf, die zu einem Beinaheabsturz der Maschine und zu einer unplanmäßigen Zwischenlandung in Istanbul führten. Der Kl. hat geltend gemacht, der Erholungswert der Reise sei durch das Erlebte vollständig aufgehoben worden. Mit seiner Klage hat der Kl. die vollständige Rückzahlung des Reisepreises und eine Entschädigung wegen nutzlos aufgewendeter Urlaubszeit in Höhe von 72 EUR je Tag und Person verlangt, insgesamt einen Betrag von 3.270 EUR nebst Zinsen.

Durch Teilanerkennnis- und Schlussurteil hat das Amtsgericht die Bekl. zur Zahlung von 280 EUR nebst Zinsen verurteilt und die Klage im Übrigen abgewiesen. Die Berufung des Kl. ist ohne Erfolg geblieben (das Berufungsurteil ist in RA 2008, 69 abgedruckt). Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kl. seine Forderung, soweit sie in den Vorinstanzen erfolglos geblieben ist, weiter. Die Bekl. tritt dem Rechtsmittel entgegen.

Prüfungsrelevanz:

Der erkennende Senat befasste sich in erster Linie mit dem Umfang der Minderung i.S.v. § 651 d I 1 BGB. Dem Wortlaut nach ist die Minderung nur "für die Dauer des Mangels" vorgesehen.

Dies nahm das Berufungsgericht zum Anlass, eine Minderungsquote von 1/14 anzunehmen. Die Reise habe insgesamt 14 Tage betragen und der die Minderung tragende Umstand des Beinaheabsturzes sei am letzten Reisetag aufgetreten. Das Berufungsgericht vertritt die Rechtsansicht, dass die Rückwirkung eines Mangels auf die Reisezeit eine Konstellation darstelle, die i.R.e. Schadensersatzes gem. § 651 f I BGB zu berücksichtigen sei. Eine im Wesentlichen mangelfreie Reisezeit könne nicht dadurch rückwirkend mangelbehaftet werden, dass die bis dahin erreichte Erholung durch einen nachfolgenden Mangel wieder beseitigt werde. Auch die Nachwirkungen eines Mangels könnten allenfalls soweit zu einer Minderung führen, als sie in die Reisezeit fielen, minderten aber nicht den Wert der Reise selbst, sondern stellten einen Mangelfolgeschaden dar.

Der erkennende Senat stimmt dieser Auffassung nicht in vollem Umfang zu. Dem Kl. kann tatsächlich unter dem Gesichtspunkt der Minderung ein Anspruch auf Rückzahlung des Reisepreises bis hin zu dessen vollständiger Rückzahlung zustehen, §§ 651 d I, 651 c I, 638 III, 398 BGB. Zwar unterscheidet sich die Rege-

lung in § 651d BGB von der in § 638 BGB, auf die sie im Übrigen verweist, dadurch, dass sie die Minderung auf die "Dauer des Mangels" beschränkt. Der erkennende Senat stellt klar, dass in dem Fall, in dem die Reise zwar zunächst mangelfrei verläuft, dann aber mit einem für den Reisenden besonders schwerwiegenden Ereignis endet, der Wert der Reise für den Reisenden gegenüber einer mangelfreien bis zu ihrem Ende durchgeführten Reise nach § 638 III BGB über die grundsätzlich zu berücksichtigende zeitanteilige Einschränkung stärker gemindert sein und im Einzelfall völlig entfallen kann. Zwar werden im Verlauf der Reise auftretende Mängel i.d.R. die Reise für die vorhergehende und/oder die nachfolgende Zeit nicht entwerten. Das gilt jedoch nicht in jedem Fall. Ein Ereignis, das einen besonders schwerwiegenden Reisemangel herbeiführt, kann selbst dann, wenn es erst nach Abschluss der Erholungsphase der Reise eintritt, dazu führen, dass die Reise insgesamt oder weitgehend ihren Zweck verfehlt. Das gilt auch unter dem Gesichtspunkt, dass der Reiseveranstalter nur die Bereitstellung der Reiseleistungen und nicht Erholung an sich schuldet (vgl. OLG Düsseldorf NJW-RR 2003, 59, 61; Tonner in MünchKomm/BGB, 4. Aufl. 2005, Rdn. 21 zu § 651d für den Fall, dass eine Ausstrahlungswirkung eintrete; Staudinger/Jörn Eckert, BGB, Neubearbeitung 2003, Rdn. 3 zu § 651d BGB). Der Wortlaut der Regelung in § 651d BGB steht dieser Interpretation der Bestimmung schon deshalb nicht entgegen, weil die über die zeitanteilige Dauer des Mangels hinausgehende Minderung voraussetzt, dass das Ereignis, das den Mangel herbeiführt, von besonderer Schwere ist. Hierfür spricht schließlich auch, dass mit der Neuregelung des Reisevertragsrechts in Umsetzung der Pauschalreise-Richtlinie jedenfalls keine Verschlechterung der Rechtsposition des Reisenden gegenüber dem zuvor geltenden Rechtszustand in § 638 BGB beabsichtigt war, die aber dann einträte, wenn Minderungsansprüche in jedem Fall auf den von dem Ereignis unmittelbar betroffenen Zeitraum beschränkt würden.

Vertiefungshinweise:

- Zum Schmerzensgeldanspruch bei Todesfall: *LG Düsseldorf*, NJOZ 2007, 1271. (Tödlicher Stromschlag auf indonesischem Schiff); *BGH*, RA 2006, 674 = NJW 2006, 3268 (Wasserrutsche)
- Zur Reiseveranstalterhaftung nach Zurückhalten der Visumreferenznummer durch das Reisebüro: *OLG Düsseldorf*, NJW-RR 2005, 644.
- Zur Haftung des Reiseveranstalters allgemein: *BGH*, RA 2003, 261 = NJW 2003, 261; *LG Düsseldorf*, NJW-RR 2003, 59
- Zur Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht: *BGH*, RA 2006, 454 = NJW 2006, 2326 (Gastwirt); *BGH*, RA 2004 2004, 320 = NJW 2004, 1031 (Gebrauchtwagenhändler); *Edenfeld*, VersR 2002, 272

- Zum Schadensersatz bei unterbliebenem Weckruf: *AG Duisburg*, RA 2008, 478

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Der Golfkrieg"

Leitsatz:

Bei besonderer Schwere kann ein Ereignis, das zu einem Mangel führt, eine Minderung rechtfertigen, die nicht auf den anteiligen Reisepreis für die Dauer des Ereignisses beschränkt ist.

Sachverhalt:

Der Kl. macht gegen den beklagten Reiseveranstalter aus eigenem und abgetretenem Recht seiner Ehefrau Ansprüche aus einem Reisevertrag geltend.

[1] Er buchte für sich und seine Ehefrau bei der Bekl. eine Pauschalreise mit Flug und Aufenthalt in einer Hotelanlage in der Südtürkei zum Gesamtpreis von 1.110 EUR.

[2] Während des Rückflugs am 08.10.2005 traten technische Probleme am Flugzeug auf, die zu einer außerplanmäßigen Landung in Istanbul führten. Nachdem den im Transitbereich wartenden Passagieren mitgeteilt worden war, dass das Flugzeug repariert sei, verweigerte ein Teil der Passagiere den Weiterflug mit diesem Fluggerät. Eine daraufhin bereitgestellte Ersatzmaschine startete rund 12 Stunden nach der außerplanmäßigen Landung und erreichte ohne weitere Zwischenfälle den Zielflughafen.

[3] Der Kl. hat geltend gemacht, die technischen Probleme hätten zu einem Beinaheabsturz des Flugzeugs geführt und er sowie seine Ehefrau hätten Todesangst ausgestanden. Dadurch sei der Erholungswert der Reise vollständig aufgehoben worden. Mit seiner Klage hat der Kl. die vollständige Rückzahlung des Reisepreises und eine Entschädigung wegen nutzlos aufgewendeter Urlaubszeit in Höhe von 72 EUR je Tag und Person verlangt, insgesamt einen Betrag von 3.270 EUR nebst Zinsen.

[4] Die Bekl. hat die Forderung in Höhe eines Betrags von 280 EUR nebst Zinsen anerkannt und im Übrigen Klageabweisung begehrt. Durch Teilanerkennnis- und Schlussurteil hat das Amtsgericht die Bekl. zur Zahlung von 280 EUR nebst Zinsen verurteilt und die Klage im Übrigen abgewiesen. Die Berufung des Kl. ist ohne Erfolg geblieben (das Berufungsurteil ist in RRA 2008, 69 abgedruckt). Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kl. seine Forderung, soweit sie in den Vorinstanzen erfolglos geblieben ist, weiter.

Aus den Gründen:

I. Rückverweisung des angefochtenen Urteils an das Berufungsgericht wegen Minderung

Soweit die Revision die Verneinung einer Minderung

des Reisepreises (§ 651d I BGB) nebst Zinsen angreift, führt sie zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens zu übertragen ist. Dabei hat der Senat berücksichtigt, dass sich aus den Entscheidungen der Vorinstanzen nicht mit hinreichender Sicherheit ergibt, auf welche der geltend gemachten Forderungen der anerkannte Betrag von 280 EUR nebst Zinsen angerechnet worden ist, auch wenn einiges dafür spricht, dass die Anrechnung zumindest teilweise auf den geltend gemachten Minderungsbetrag erfolgen sollte. Dafür, dass eine Tilgungsbestimmung bei der Leistung durch die Bekl. erfolgt ist (§ 366 I BGB), fehlt es an Feststellungen. Der festgestellte Sachverhalt lässt zudem auch eine Beurteilung dahin, ob sich die Tilgung aus der Regelung in § 366 II BGB ergibt, nicht zu.

1. Minderung "für die Dauer des Mangels" gem. § 651 d I 1 BGB

[5] Das Berufungsgericht hat angenommen, dass die Regelung in § 651d I 1 BGB eine Minderung ausdrücklich nur "für die Dauer des Mangels" vorsehe und dass, da nach dem Klagevortrag lediglich der Rückreisetag mangelbehaftet gewesen sei, bei einer Reisedauer von 14 Tagen lediglich eine Minderungsquote von 1/14, bezogen auf den Reisepreis, und damit ein Minderungsbetrag von 79,29 EUR in Betracht komme.

[6] Soweit der Kl. geltend mache, dass der behauptete Beinaheabsturz den Erholungswert der Reise vollständig zunichte gemacht habe, sei die Frage der Rückwirkung eines Mangels angesprochen. Dessen Behandlung sei zwar dogmatisch umstritten, jedoch nur über Schadensersatzansprüche nach § 651f BGB zu lösen. Auch wenn sich aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ergebe, dass eine Preisanpassung ausnahmsweise auch dann zugelassen werden könne, wenn der Mangel schon kurz nach Reisebeginn auftrete, sei im vorliegenden Fall der der Erholung dienende Teil der Reise bereits abgeschlossen gewesen, bevor der Mangel aufgetreten sei. Eine im Wesentlichen mangelfreie Reisezeit könne nicht dadurch rückwirkend mangelbehaftet werden, dass die bis dahin erreichte Erholung durch einen nachfolgenden Mangel wieder beseitigt werde. Auch die Nachwirkungen eines Mangels könnten allenfalls soweit zu einer Minderung führen, als sie in die Reisezeit fielen, minderten aber nicht den Wert der Reise selbst, sondern stellten einen Mangelfolgeschaden dar.

2. Rückzahlung kann den vollständigen Reisepreis beinhalten

[7] Dies hält revisionsrechtlicher Überprüfung nicht in vollem Umfang stand. Dem Kl. kann unter dem Gesichtspunkt der Minderung ein Anspruch auf Rückzah-

lung des Reisepreises bis hin zu dessen vollständiger Rückzahlung zustehen (§§ 651d I, 651c I, 638 III, 398 BGB).

a. Beeinträchtigungen nach Beendigung der Reise rechtfertigen Schadensersatz, § 651 f BGB

Nicht zu beanstanden ist allerdings die Auffassung des Berufungsgerichts, dass erst nach Beendigung der Reise auftretende Beeinträchtigungen des Reisenden im Weg des Schadensersatzes nach § 651f BGB auszugleichen sind und nicht im Weg der Minderung nach § 651d BGB. Ob dies auch für Nachwirkungen des Mangels während der Dauer der Reise gilt (so etwa LG Frankfurt a.M. NJW-RR 2002, 270, 271), bedarf hier keiner Erörterung, weil eine entsprechende Fallkonstellation nicht vorliegt.

b. Schwerwiegender Mangel kann den Erholungswert in Gänze aufheben

[8] Anders ist der Fall jedoch zu beurteilen, soweit sich der Kl. darauf beruft, dass der Wert der Reise durch den von ihm behaupteten und schon mangels hierzu getroffener Feststellungen für das Revisionsverfahren als richtig zu unterstellenden Beinaheabsturz gemindert gewesen sei. Zwar unterscheidet sich die Regelung in § 651d BGB von der in § 638 BGB, auf die sie im Übrigen verweist, dadurch, dass sie die Minderung auf die "Dauer des Mangels" beschränkt. Dies darf jedoch nicht zu der Annahme verführen, dass etwa bei einer Reise, die zunächst mangelfrei verläuft, dann aber mit einem für den Reisenden besonders schwerwiegenden Ereignis endet, das zu einem gravierenden Reisemangel führt, nur eine Minderung nach der anteiligen Zeit (im vorliegenden Fall also nur für den Unfalltag) eintrete, wie es das Berufungsgericht offensichtlich angenommen hat. In einem solchen Fall kann der Wert der Reise für den Reisenden gegenüber einer mangelfrei bis zu ihrem Ende durchgeführten Reise nach § 638 III BGB über die grundsätzlich zu berücksichtigende zeitanteilige Einschränkung stärker gemindert sein und im Einzelfall völlig entfallen.

[9] Nichts anderes hat auch der Senat in seinem Urteil vom 14.12.1999 (X ZR 122/97, NJW 2000, 1188) zum Ausdruck gebracht, in dem es um eine Verletzung ging, die zum Tod des Reisenden geführt und die Reise für diesen letztendlich insgesamt wertlos gemacht hat.

[10] Soweit in Teilen der Rechtsprechung und der Literatur auch in solchen Fällen des "rückwirkenden" Mangels schematisch nur auf die vom Mangel betroffene Zeit abgestellt wird (so etwa LG Frankfurt a.M. (24. Zivilkammer) NJW-RR 1993, 1330, 1331, unter Ableitung aus der synallagmatischen Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung; LG Frankfurt a.M. NJW-RR 2002, 270; LG Frankfurt a.M. RRA 2003, 259; LG Düsseldorf RRA 2000, 12, NJW-RR 2001, 50 und NJW-RR 2001, 1872, 1873; Tempel, RRA 1997,

67, 70 und RRa 2002, 4, 5 f.; zu § 651f BGB auch Teichmann, JZ 1993, 990, 994) oder eine Erstreckung nur ausnahmsweise dann zugelassen wird, wenn der Mangel schon kurz nach Reisebeginn auftritt (Führich, Reiserecht, 5. Aufl., Rdn. 305, 306; Niehuus in AnwK-BGB, 2005, Rdn. 9 zu § 651d BGB), kann dem nicht beigetreten werden.

[11] Zwar werden im Verlauf der Reise auftretende Mängel in aller Regel die Reise für die vorhergehende und/oder die nachfolgende Zeit nicht entwerten. Das gilt jedoch nicht uneingeschränkt und in jedem Fall. Denn ein Ereignis, das einen besonders schwerwiegenden Reisemangel herbeiführt, kann selbst dann, wenn es erst nach Abschluss der Erholungsphase der Reise eintritt, dazu führen, dass die Reise insgesamt oder weitgehend ihren Zweck verfehlt. Das gilt auch unter dem Gesichtspunkt, dass der Reiseveranstalter nur die Bereitstellung der Reiseleistungen und nicht Erholung an sich schuldet (vgl. OLG Düsseldorf NJW-RR 2003, 59, 61; OLG Frankfurt NJW-RR 1999, 202, 203 mit Zitat aus OLG Frankfurt vom 14.01.1993 - 16 U 2/92, soweit ersichtlich sonst nicht veröffentlicht; LG Frankfurt a.M. (21. Zivilkammer) NJW-RR 1990, 1396, 1397, allerdings unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes nach § 651f BGB; LG Hamburg NJW-RR 1997, 1138, jedenfalls im Ausgangspunkt auch zutreffend AG Neuss RRa 2000, 181 f.; Tonner, Anm. zu BGH LM § 651a BGB Nr. 9 Bl. 5; Tonner in MünchKomm/BGB, 4. Aufl. 2005, Rdn. 21 zu § 651d für den Fall, dass eine Ausstrahlungswirkung eintrete; Staudinger/Jörn Eckert, BGB, Neubearbeitung 2003, Rdn. 3 zu § 651d BGB). Für den Fall, dass der Reisende durch einen Reisemangel zu Tode kommt oder schwere Verletzungen erleidet, liegt dies auf der Hand. Auch in dem vom Amtsgericht Neuss (aaO) entschiedenen Fall ist ohne Weiteres einsichtig, dass eine Vergewaltigung einer Reisenden durch einen Angehörigen des Personals des Leistungsträgers auch am letzten Reisetag den Urlaub insgesamt entwerten kann. Dieses Ergebnis kann auch nicht mit der synallagmatischen Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung überspielt werden; die Herausnahme mangelfreier Teilleistungen aus der Berechnung des Minderungsbetrags

kann im Einzelfall vielmehr schon deshalb ausscheiden, weil es für die Minderung im Ergebnis auf die Mangelhaftigkeit der Reise insgesamt und nicht allein auf die Mangelfreiheit einzelner Teilleistungen ankommt (vgl. BGHZ 130, 128, 132).

Der Wortlaut der Regelung in § 651d BGB steht dieser Interpretation der Bestimmung schon deshalb nicht entgegen, weil die über die zeitanteilige Dauer des Mangels hinausgehende Minderung voraussetzt, dass das Ereignis, das den Mangel herbeiführt, von besonderer Schwere ist. Hierfür spricht schließlich auch, dass mit der Neuregelung des Reisevertragsrechts in Umsetzung der Pauschalreise-Richtlinie jedenfalls keine Verschlechterung der Rechtsposition des Reisenden gegenüber dem zuvor geltenden Rechtszustand in § 638 BGB beabsichtigt war, die aber dann einträte, wenn Minderungsansprüche in jedem Fall auf den von dem Ereignis unmittelbar betroffenen Zeitraum beschränkt würden. Wieweit eine Minderung des Reisepreises vorzunehmen ist, kann bei schwerwiegenden Ereignissen mithin nicht durch ein Abzählen mangelfreier und mangelfreier Reisetage allein bestimmt werden, sondern es bedarf daneben einer wertenden Betrachtung im Einzelfall (vgl. OLG Düsseldorf NJW-RR 2003, 59, 61), bei der zu berücksichtigen ist, ob etwa bei einer Erholungsreise der Erholungszweck durch das Ereignis ausnahmsweise gänzlich entfallen oder überlagert worden ist. Diese Wertung wird das Berufungsgericht nunmehr nachzuholen haben, sofern es in tatrichterlicher Würdigung zu dem Ergebnis kommt, dass die vom Kl. behaupteten schwerwiegenden Mängel der Rückreise vorgelegen haben.

II. Revision ist hins. der Entschädigung wegen nutzlos aufgewendeter Urlaubszeit unzulässig

[12] Soweit mit der Revision das Begehren weiterverfolgt wird, die Bekl. zur Zahlung einer Entschädigung wegen nutzlos aufgewendeter Urlaubszeit zu verurteilen, ist das Rechtsmittel unzulässig und deshalb zurückzuweisen. Insoweit fehlt es im Sinn der Bestimmung des § 551 III 1 Nr. 2 Buchst. a ZPO mangels eines konkreten Angriffs an einer hinreichenden Rechtsmittelbegründung.

Standort: Familienrecht**Problem: Ausgleich nichtehelicher Lebenspartner**

BGH, URTEIL VOM 09.07.2008
XII ZR 39/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Parteien lernten sich im Jahr 1990 kennen. Im gleichen Jahr erwarb die Kl. ein Grundstück, das mit einem Einfamilienhaus bebaut wurde. Das Haus sollte den Parteien als gemeinsame Wohnung dienen. Als Kostenaufwand für das Vorhaben wurden 320.000 DM veranschlagt, welche beide gemeinsam aufbringen wollten. Beide Parteien trugen durch finanzielle Leistungen und Arbeitsleistungen bei und erlangten Eigentum zu jeweils 1/2. Als die nichteheliche Lebenspartnerschaft im Jahr 2003 beendet wurde, stellte sich die Frage des Ausgleichs.

Die Kl. verlangt von dem Bekl. Ausgleich der von ihr für den Grundstückserwerb sowie für die Planung und Errichtung des Wohnhauses erbrachten Leistungen, die ihren Angaben zufolge den finanziellen Beitrag des Bekl. übersteigen. Das Landgericht hat die Klage in diesem Punkt abgewiesen. Die Berufung der Kl. blieb erfolglos. Dagegen richtet sich ihre zugelassene Revision, mit der sie ihren erstinstanzlichen Antrag weiterverfolgt. Die Revision führt zur Aufhebung des Urteils und zur Zurückverweisung an das Berufungsgericht.

Prüfungsrelevanz:

Der erkennende Senat befasste sich mit dem Ausgleichsanspruch nichtehelicher Lebenspartner nach der Beendigung der Lebenspartnerschaft.

Die Entscheidung ist von grundlegender Bedeutung, da sie eine Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung beinhaltet (vgl. insoweit noch BGH, RA 2008, 120). In der bisherigen Rechtsprechung des BGH wurden gemeinschaftsbezogene Zuwendungen der Partner untereinander nicht ausgeglichen. Dies wurde damit begründet, dass bei einer nichtehelichen Lebenspartnerschaft die persönlichen Beziehungen derart im Vordergrund stünden, dass sie auch das die Gemeinschaft betreffende vermögensbezogene Handeln der Partner bestimmten. Daher bestehe nicht nur in persönlicher, sondern auch in wirtschaftlicher Hinsicht grundsätzlich keine Rechtsgemeinschaft. Daraus folge nun, dass in dem Fall, in dem die Partner nicht etwas Besonderes unter sich geregelt hätten, persönliche und wirtschaftliche Leistungen nicht gegeneinander aufgerechnet würden. (Grundlegend dazu BGH, NJW 2004, 58; zuletzt BGH, RA 2008, 120)

In Betracht kommt - wie auch nach bisheriger Rechtsprechung - ein Ausgleich nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen gem. §§ 730, 731 BGB, was jedoch das Vorliegen eines Gesellschaftsvertrages erfordert. Der Vertrag kann nicht nur ausdrücklich, son-

dern auch schlüssig geschlossen werden, wobei der BGH die Anforderungen daran präzisiert. Erforderlich dazu ist, dass die Parteien die Absicht hatten, mit dem Erwerb des Vermögensgegenstands einen gemeinschaftlichen Wert zu schaffen, der ihnen nach ihrer Vorstellung auch gemeinsam gehören sollte. Im vorliegenden Fall waren jedoch die Anforderungen an den schlüssigen Vertragsschluss nicht erfüllt.

Aufgegeben hat der BGH die bisherige Rechtsansicht zu den Ansprüchen aus ungerechtfertigter Bereicherung i.S.v. § 812 I 2, 2.Fall BGB sowie zum Wegfall der Geschäftsgrundlage gem. § 313 BGB. Der erkennende Senat weist darauf hin, dass nach § 812 I 2, 2.Fall BGB für den Empfänger einer Leistung die Pflicht zur Herausgabe der Zuwendung besteht, sofern der mit der Leistung bezweckte Erfolg nicht eingetreten ist. Voraussetzung dazu ist jedoch, dass die Parteien eine entsprechende Zweckabrede getroffen haben; eine lediglich einseitige Vorstellung diesbezüglich genügt nicht. Eine stillschweigende Einigung i.d.S. ist jedoch dann anzunehmen, wenn der eine Teil mit seiner Leistung einen bestimmten Erfolg bezweckt und der andere Teil dies erkennt und die Leistung entgegengenommen hat, ohne zu widersprechen. Das Berufungsgericht hatte sich mit dem Vorliegen der Zweckabrede nicht auseinander gesetzt, wobei der BGH das Vorliegen für möglich erachtete. In der Folge verwies der erkennende Senat die Sache unter Aufhebung des Urteils im Übrigen zurück an das Berufungsgericht.

Als Auffangtatbestand, d.h. sofern das Bereicherungsrecht nicht greift, kommt nach Rechtsauffassung des BGH ein Ausgleich nach den Grundsätzen des § 313 BGB in Betracht. Dies ist dann denkbar, wenn die Zuwendung in der Erwartung des Bestands der Lebenspartnerschaft getätigt wurde und diese als so erheblich zu bewerten sind, dass deren Nichtausgleich nach den Gesamtumständen unbillig ist. Das insoweit notwendige Schuldverhältnis i.S.v. § 313 I BGB sei ein schlüssiger Kooperationsvertrag zwischen den Lebenspartnern, dessen Geschäftsgrundlage durch das Scheitern der Partnerschaft entfallen sei (ein vergleichbares Institut ist bei Ehegatten bereits anerkannt, BGHZ 84, 361, 367 ff.). Diese Auffassung ist jedoch durchaus kritikwürdig. Nach rechtspolitischen Erwägungen kann es nicht richtig sein, einen finanziellen Ausgleich über § 313 BGB zu ermöglichen, der demjenigen eines Zugewinnausgleichs gem. § 1378 BGB angenähert ist. Dies würde den Wertungen des Art. 6 GG zuwiderlaufen. Aus diesem Grund wird auch überwiegend in der Literatur und Rechtsprechung die Anwendbarkeit der Norm verneint (so in BGH, NJW 1996, 2727; 1997, 3371; offengelassen in BGH, NJW 2008, 443 = RA 2008, 120; Palandt-Brudermüller, Einl. V. § 1297

Rn 33).

Vertiefungshinweise:

☐ Zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft: *BGH*, RA 2008, 120 = *NJW* 2008, 443; *Wever*, *FamRZ* 2003, 565; *Lipp*, *JuS* 1999, 847; *Wiebe*, *JuS* 1995, 227

☐ Zur Rückforderung von Zuwendungen: *Schmidt*, *JuS* 2004, 249; *OLG Koblenz*, RA 2001, 537 = *NJW* 2001, 2480 (Rückforderung durch Schwiegereltern); *Diederichsen*, *NJW* 1983, 1017

☐ Zum Ausgleich bei Tod: *OLG Hamm*, RA 2002, 243 = *FamRZ* 2002, 159 (Tod eines Lebensgefährten); *BGH*, RA 1999, 612 = *NJW* 1999, 2962 (Tod eines Ehegatten)

Kursprogramm:

☐ *Examenskurs*: "Das junge Glück"

Leitsätze:

Nach Beendigung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft kommen wegen wesentlicher Beiträge eines Partners, mit denen ein Vermögenswert von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung geschaffen wurde, nicht nur gesellschaftsrechtliche Ausgleichsansprüche, sondern auch Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 I 2, 2. Alt. BGB) sowie nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage in Betracht (Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung, vgl. etwa *BGH Urteile vom 06.10.2003 - II ZR 63/02 - FamRZ 2004, 94* und vom *08.07.1996 - II ZR 193/95 - NJW-RR 1996, 1473 f.*). Das kann auch dann der Fall sein, wenn die Partner Miteigentümer einer Immobilie zu je ½ sind, der eine aber erheblich höhere Beiträge hierzu geleistet hat als der andere.

Sachverhalt:

[1] Die Parteien streiten um Ansprüche nach Beendigung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft.

[2] Sie lebten seit 1995 zusammen und haben eine gemeinsame Tochter. 1995 erwarben sie ein Grundstück, wobei sie den Kaufpreis sowie die Grunderwerbsteuer je zur Hälfte aufbrachten. Beide wurden als Miteigentümer zu je ½ im Grundbuch eingetragen. In der Folgezeit wurde das Grundstück mit einem Einfamilienhaus bebaut. Im Rahmen dieses Bauvorhabens erbrachte die Kl., die von Beruf Architektin ist, unter anderem Planungsleistungen. Nach der Fertigstellung bewohnten die Parteien das Haus gemeinsam bis zu ihrer Trennung im Januar 2002.

[3] Die Kl. verlangt von dem Bekl. noch Ausgleich der von ihr für den Grundstückserwerb sowie für die Planung und Errichtung des Wohnhauses erbrachten Leistungen, die ihren Angaben zufolge den finanziellen Beitrag des Bekl. übersteigen. Sie hat die Auffassung

vertreten, nach der Trennung der Parteien müsse der Bekl. ihr die Hälfte ihrer Mehrleistungen nebst Zinsen, insgesamt 203.926,77 €, erstatten.

[4] Das Landgericht hat die Klage in diesem Punkt abgewiesen. Die Berufung der Kl. blieb erfolglos. Dagegen richtet sich ihre zugelassene Revision, mit der sie ihren erstinstanzlichen Antrag weiterverfolgt.

Aus den Gründen:

[5] Die Revision ist begründet. Sie führt im Umfang der Anfechtung zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und insoweit zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. Entscheidung und Begründung des Berufungsgerichts

[6] Das Berufungsgericht hat die Auffassung vertreten, der Kl. stehe der von ihr geltend gemachte Ausgleichsanspruch für finanzielle Aufwendungen und Leistungen, die sie im Zusammenhang mit der Planung und Errichtung des Hauses erbracht habe, nicht zu. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt:

[7] Das rechtliche Verhältnis der Parteien beurteile sich im Hinblick auf das im gemeinsamen Eigentum stehende Grundstück nach den Bestimmungen der Bruchteilsgemeinschaft (§§ 741 ff. BGB). Die Vorschriften über die Gesellschaft bürgerlichen Rechts seien dagegen nicht anwendbar. Dies setze voraus, dass die Parteien im Hinblick auf das gemeinsame Grundstück entweder ausdrücklich einen Gesellschaftsvertrag geschlossen oder bei Anschaffung und Bebauung des Grundstücks eine über die nichteheliche Lebensgemeinschaft hinausgehende gesellschaftsrechtliche Zielsetzung verfolgt hätten. Beide Voraussetzungen lägen hier aber nicht vor. Die Parteien hätten selbst nicht behauptet, ausdrücklich einen solchen Vertrag geschlossen zu haben. Ihrem Vortrag könne mit der erforderlichen Sicherheit ebenso wenig eine über die nichteheliche Lebensgemeinschaft hinausgehende gesellschaftsrechtliche Zielsetzung entnommen werden. Der Umstand, dass ein Grundstück als Familienheim angeschafft werde, das auch langfristig gemeinsam bewohnt werden solle, begründe keine ausreichenden Anhaltspunkte für die Schaffung eines gemeinschaftlichen Vermögenswertes, der über die Zeit des Zusammenlebens hinaus Bestand haben solle. Zwar könne auch dann, wenn kein ausdrücklich abgeschlossener Gesellschaftsvertrag vorliege, ein Ausgleichsanspruch nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen in Betracht kommen. Dies werde dann erwogen, wenn die Partner durch gemeinsame Leistungen zum Bau eines zwar auf den Namen des einen Partners eingetragenen, aber als gemeinsames Vermögen betrachteten Anwesens beigetragen hätten. Auch das sei hier aber nicht der Fall; vielmehr stehe das Grundstück im Miteigentum der Parteien, so dass kein Bedürfnis für einen Ausgleich bestehe. Auch wenn die Kl. als Ar-

chitektin für die Planung, Finanzierung und Erstellung des Neubaus ungleich größere Leistungen erbracht haben sollte als der Bekl., entspreche es nicht der persönlich geprägten Rechtsnatur der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, in einem solchen Fall eine Auseinandersetzung nach den §§ 730 ff. BGB vorzunehmen und sämtliche Leistungen der Partner - zumindest die für das gemeinsame Grundstück erbrachten - gegeneinander aufzurechnen.

[8] Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

II. Entscheidung des BGH in der Revision

1. Bisherige Rechtsprechung des BGH

[9] Nach bisher ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs werden allerdings gemeinschaftsbezogene Zuwendungen der Partner grundsätzlich nicht ausgeglichen. Zur Begründung ist ausgeführt worden, bei einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft stünden die persönlichen Beziehungen derart im Vordergrund, dass sie auch das die Gemeinschaft betreffende vermögensbezogene Handeln der Partner bestimmten und daher nicht nur in persönlicher, sondern auch in wirtschaftlicher Hinsicht grundsätzlich keine Rechtsgemeinschaft bestehe. Wenn die Partner nicht etwas Besonderes unter sich geregelt hätten, würden dementsprechend persönliche und wirtschaftliche Leistungen nicht gegeneinander aufgerechnet. Beiträge würden geleistet, sofern Bedürfnisse aufträten und, wenn nicht von beiden, so von demjenigen erbracht, der dazu in der Lage sei. Gemeinschaften dieser Art sei - ähnlich wie einer Ehe - die Vorstellung grundsätzlich fremd, für Leistungen im gemeinsamen Interesse könnten ohne besondere Vereinbarung "Gegenleistung", "Wertersatz", "Ausgleich" oder "Entschädigung" verlangt werden (BGHZ 77, 55, 58 f.; BGH Urteile vom 04.11.1991 - II ZR 26/91 - FamRZ 1992, 408; vom 01.02.1993 - II ZR 106/92 - FamRZ 1993, 939, 940; vom 08.07.1996 - II ZR 193/95 - NJW- RR 1996, 1473; vom 25.09.1997 - II ZR 269/96 - FamRZ 1997, 1533 und vom 06.10.2003 - II ZR 63/02 - FamRZ 2004, 94).

2. Ausgleich gem. §§ 730, 731 BGB möglich

[10] Nach der vorgenannten Rechtsprechung kann aber ein Ausgleichsanspruch nach den Vorschriften über die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft in Betracht kommen, wenn die Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten einen entsprechenden Gesellschaftsvertrag geschlossen haben. Eine rein faktische Willensübereinstimmung reicht für eine nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen zu beurteilende Zusammenarbeit dagegen nicht aus. Gerade weil die nichteheliche Lebensgemeinschaft vom Ansatz her eine Verbindung ohne Rechtsbindungswillen darstellt, ist ein solcher für die Anwendung gesellschaftsrechtlicher Regelungen

erforderlich (Senatsurteil BGHZ 165, 1, 10). Das kann in Betracht kommen, wenn die Parteien die Absicht verfolgt haben, mit dem Erwerb eines Vermögensgegenstandes, etwa einer Immobilie, einen - wenn auch nur wirtschaftlich - gemeinschaftlichen Wert zu schaffen, der von ihnen für die Dauer der Partnerschaft nicht nur gemeinsam genutzt werden, sondern ihnen nach ihrer Vorstellung auch gemeinsam gehören sollte. Dabei können sich Indizien für ein nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen zu bewertendes Handeln zum Beispiel aus Planung, Umfang und Dauer des Zusammenwirkens ergeben. In die Gesamtwürdigung der in Betracht zu ziehenden Umstände sind ferner die Art des geschaffenen Vermögenswertes, die von den Parteien erbrachten Leistungen und ihre finanziellen Verhältnisse einzubeziehen (BGH Urteil vom 21.07.2003 - II ZR 249/01 - FamRZ 2003, 1542, 1543).

3. Kein Ausgleich nach Gesellschaftsrecht ersichtlich

[11] Einen solchen gesellschaftsrechtlichen Ausgleichsanspruch hat das Berufungsgericht ebenfalls verneint. Seine Ausführungen hierzu halten allerdings nur im Ergebnis der rechtlichen Nachprüfung stand.

a. Großzügige Anwendung der gesellschaftsrechtlichen Regeln

[12] Ein nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen zu bewertendes Handeln der Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft setzt nicht voraus, dass diese einen über den typischen Rahmen dieser Gemeinschaft hinausgehenden Zweck verfolgen, wie das im Verhältnis von Ehegatten zueinander zu fordern ist, wenn gesellschaftsrechtliche Ansprüche geltend gemacht werden (vgl. hierzu Senatsurteil BGHZ 142, 137, 146). Diese Differenzierung hat ihren Grund in der Ausgestaltung der Rechte und Pflichten in einer Ehe: Ehegatten sind zur ehelichen Lebensgemeinschaft, zur Rücksichtnahme bei der Wahl und Ausübung einer Erwerbstätigkeit sowie dazu verpflichtet, durch ihre Arbeit und mit ihrem Vermögen die Familie angemessen zu unterhalten (§§ 1353 I 2, 1356 II 2, 1360 BGB). Insoweit erhält ein mitarbeitender Ehegatte bei Scheidung einer im gesetzlichen Güterstand geführten Ehe grundsätzlich bereits durch den Zugewinnausgleich einen angemessenen Ausgleich. Bei der nichtehelichen Lebensgemeinschaft bestehen dagegen weder rechtliche Mitarbeitspflichten noch güterrechtliche Ausgleichsmöglichkeiten. Das erlaubt hier eine großzügigere Anwendung gesellschaftsrechtlicher Auseinandersetzungsregeln (BGHZ 84, 388, 391; Senatsurteil BGHZ 142, 137, 146; vgl. auch Staudinger/Löhnig BGB [2007] Anhang zu §§ 1297 ff. Rdn. 95).

b. Kein konkludenter Vertragsschluss i.S.v. § 705 BGB ersichtlich

[13] Gleichwohl sind die Voraussetzungen eines gesellschaftsrechtlichen Ausgleichsanspruchs nicht er-

füllt. Nach den getroffenen Feststellungen kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Parteien zumindest konkludent einen Gesellschaftsvertrag in Bezug auf die Errichtung des Hauses geschlossen haben.

[14] Verfolgen die Partner nämlich, wie hier, einen Zweck, der nicht über die Verwirklichung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft hinausgeht, bestehen grundsätzlich Zweifel an dem erforderlichen Rechtsbindungswillen. Denn in diesem Bereich haben Partner regelmäßig keine über die Ausgestaltung ihrer Gemeinschaft hinausgehenden rechtlichen Vorstellungen (so auch Hausmann/Hohloch aaO 4. Kap. Rdn. 69; Staudinger/Löhnig aaO Anhang zu §§ 1297 ff. Rdn. 99). [15] Davon abgesehen hat die Kl., wie die Revision anführt, geltend gemacht, beide Parteien seien bereits beim Ankauf des Grundstücks davon ausgegangen, alle Kosten hälftig aufzuteilen und für den Fall, dass ein Partner höhere Aufwendungen habe, der andere ihm diese auszugleichen habe. Damit ist aus der Sicht der Klägerin, deren Vorbringen mangels anderweitiger Feststellungen im Revisionsverfahren zugrunde zu legen ist, aber eine eigenständige Vereinbarung getroffen worden, die der Annahme des schlüssigen Zustandekommens eines Gesellschaftsvertrages entgegensteht. Denn mit der behaupteten Abrede über die Kostentragung konnte eine der dinglichen Rechtslage entsprechende finanzielle Belastung erreicht werden; ein Bedürfnis für eine gesellschaftsvertragliche Regelung bestand deshalb nicht. Dieser Beurteilung steht nicht entgegen, dass - wie die Revision dargelegt - Zahlungen von einem auf "GBR P., M." laufenden Konto geleistet wurden.

4. Erstattung aus Vereinbarung

[16] Die Kl. ist deshalb darauf zu verweisen, ihre Ansprüche aufgrund der behaupteten Vereinbarung geltend zu machen, falls sie den hierfür erforderlichen Beweis zu führen vermag.

5. Bereicherungsrechtliche Ansprüche und Wegfall der Geschäftsgrundlage

[17] Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung sowie nach den Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) hat der Bundesgerichtshof grundsätzlich verneint. Der Grundsatz, dass die Partner einer gescheiterten nichtehelichen Lebensgemeinschaft ihre persönlichen und wirtschaftlichen Leistungen nicht gegeneinander aufrechnen könnten, stehe der Annahme entgegen, das Scheitern der nichtehelichen Lebensgemeinschaft lasse die Geschäftsgrundlage für die bisher erbrachten Leistungen entfallen. Ein Vertrag, dessen Geschäftsgrundlage wegfallen könne, liege nicht in dem Umstand, dass zwei Partner sich zu einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft zusammenschlossen. Regelten sie ihre Beziehungen nicht besonders, so handele es sich um einen rein tatsächlichen Vorgang, der keine Rechtsgemeinschaft begründe

(BGH Urteile vom 08.07.1996 - II ZR 340/95 - FamRZ 1996, 1141, 1142 und II ZR 193/95 - NJW-RR 1996, 1473, 1474 sowie vom 25.09.1997 - II ZR 269/96 - FamRZ 1997, 1533, 1534).

a. Leistungszweck

[18] Diese Rechtsprechung ist, wie der Senat bereits in seinem Urteil vom 31.10.2007 (XII ZR 261/04 - FamRZ 2008, 247, 249) ausgeführt hat, nicht ohne Kritik geblieben. Zwar wird mit unterschiedlicher Begründung überwiegend die Auffassung geteilt, ein Ausgleich habe für solche Leistungen auszuscheiden, die wie die Erfüllung der laufenden Unterhaltsbedürfnisse oder die Entrichtung der Miete für die gemeinsam genutzte Wohnung, das Zusammenleben in der gewollten Art erst ermöglicht hätten. Solche Leistungen würden in dem Bewusstsein erbracht, dass jeder Partner nach seinen Möglichkeiten zur Gemeinschaft beizutragen habe, hätten ihren Unterhaltungszweck erfüllt und könnten nach der Beendigung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft nicht rückwirkend als zwecklos erachtet werden (Soergel/Lange BGB 12. Aufl. Nehel LG Rdn. 26; Hausmann/Hohloch aaO Kap. 4 Rdn. 8 f.; Staudinger/Löhnig aaO Anhang zu §§ 1297 ff. Rdn. 85; Grziwotz Nichtehele Lebensgemeinschaft 4. Aufl. § 5 Rdn. 20, 29; Gernhuber/Coester-Waltjen FamR 5. Aufl. § 44 Rdn. 20; Bürger in Schröder/Bergschneider Familienvermögensrecht 2. Aufl. Rdn. 7.16 f.; Coester JZ 2008, 315 f.; Wellenhofer LMK 2008, 251355; Schulz FamRZ 2007, 593, 594).

b. Kooperationsvereinbarung unter nichtehelichen Lebenspartnern

[19] Wegen derjenigen Leistungen, die diesen Rahmen überschreiten und die bei einem oder beiden Partnern zur Bildung von die Beendigung der Lebensgemeinschaft überdauernden Vermögenswerten geführt haben, wird je nach Fallgestaltung über gesellschaftsrechtliche Ansprüche hinaus ein rechtlich schutzwürdiges Ausgleichsbedürfnis gesehen. Generell wird insofern darauf hingewiesen, die Entscheidung für eine nichteheliche Lebensgemeinschaft bedeute zwar eine Entscheidung gegen die Rechtsform der Ehe, enthalte aber keinen Verzicht darauf, Konflikte nach festen Rechtsregeln auszutragen (vgl. etwa Soergel/Lange aaO Rdn. 6; Wellenhofer LMK 2008, 251355). Wenn die Annahme einer gänzlichen Rechtsfreiheit des nichtehelichen Zusammenlebens ernst genommen werde, so müsse daraus gefolgert werden, dass Zuwendungen unter den Partnern ohne Rücksicht auf ihre Größenordnung ausschließlich dem außerrechtlichen Bereich zuzuweisen wären. Dies wäre indessen schon deshalb unhaltbar, weil die Partner mit solchen Zuwendungen zumindest dinglich ohne Zweifel Rechtsfolgen herbeiführen wollten; die Änderung der Rechtszuständigkeit sei aber bei Vermögensverschiebungen im Verhältnis der Partner zueinander ein nur innerhalb

der Rechtsordnung erreichbares Ziel. Fordere die Änderung der Eigentumszuordnung einen hierauf gerichteten Rechtsfolgwillen der Partner, so werde ein solcher bezüglich des zugrunde liegenden Kausalgeschäfts nur schwerlich geleugnet werden können (Hausmann/Hohloch aaO Kap. 4 Rdn. 3).

[20] Wenn andererseits im Rahmen einer Ehe einem Ehegatten überobligationsmäßige Leistungen erbracht würden, so beruhen diese nicht auf dem Eherecht, erfolgten aber gleichwohl nicht rechtsgrundlos. Sie beruhen auf einem (stillschweigenden) "familienrechtlichen Kooperationsvertrag sui generis", wonach jede Seite das ihr Mögliche zur Sicherung und Ausgestaltung der Lebensgemeinschaft beitrage und keine wechselseitige Verrechnung stattfinde. Die gleiche (eherechtsunabhängige) Situation bestehe aber in der faktischen Lebensgemeinschaft. Das Fehlen einer rechtlichen Beziehung zwischen den Partnern bedeute nur, dass diese untereinander keinen Anspruch auf Zuwendungen hätten. Es heiße aber nicht, unbenannte Zuwendungen erfolgten rechtsgrundlos. Aufgabe des familienrechtlichen Kooperationsvertrages sei es lediglich, einen Behaltensgrund für die Zuwendung zu schaffen. So weit gehe aber auch die rechtliche Verbindung zwischen den Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Bei Auflösung der Ehe greife beim gesetzlichen Güterstand oder bei der Gütergemeinschaft das Eherecht korrigierend ein; diese Korrekturmöglichkeit fehle bei der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, soweit nicht etwas anderes vereinbart worden sei (Coester JZ 2008, 315; Lüderitz/Dethloff Familienrecht 28. Aufl. § 8 Rdn. 33). Ansprüche, die nach allgemeinen Regeln begründet seien, könnten indessen nicht deshalb versagt werden, weil die Partner unverheiratet zusammengelebt hätten (Schulz FamRZ 2007, 593, 594).

[21] Darüber hinaus erweise sich die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs als widersprüchlich: Zum einen werde ein Ausgleich wegen Störung der Geschäftsgrundlage bei Scheitern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft grundsätzlich ausgeschlossen; zum anderen werde aber die Abgrenzung zwischen einem familienrechtlichem Kooperationsvertrag - und damit die Lösung über die Grundsätze der Geschäftsgrundlagenstörung - und einer Innengesellschaft - also einem gesellschaftsrechtlichen Ausgleich - als fließend bezeichnet (Lüderitz/Dethloff aaO § 8 Rdn. 34).

c. Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung

[22] Bei Zuwendungen, die über das hinausgehen, was unzweifelhaft nicht auszugleichen ist, werden vor allem Ansprüche aus § 812 I 2, 2. Alt. BGB sowie solche nach den Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage für möglich gehalten (vgl. etwa Staudinger/Löhnig aaO Anhang zu §§ 1297 ff. Rdn. 112 ff.; Soergel/Lange aaO Rdn. 91, 95; Hausmann/Hohloch aaO Kap. 4 Rdn. 153 ff.; Grziwotz aaO § 5 Rdn. 42;

Gernhuber/Coester-Waltjen aaO § 24 Rdn. 24; Lüderitz/Dethloff aaO § 8 Rdn. 35; Schulz FamRZ 2007, 593, 598 ff.; M. Lipp AcP 180 (1980), 537, 577 ff.; OLG Stuttgart NJW-RR 1993, 1475, 1477; OLG Karlsruhe NJW 1994, 948, 949). Der vorliegende Fall erfordert die Beantwortung der Frage, ob solche Ansprüche nach Beendigung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft in Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung in Betracht zu ziehen sind. Das ist zu bejahen.

6. Erwerb von Vermögensgegenständen zur Schaffung gemeinsamer Werte

[23] Nach der Rechtsprechung des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs konnte ein Ausgleichsanspruch in Anwendung gesellschaftsrechtlicher Grundsätze auch dann bestehen, wenn die Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft nicht ausdrücklich oder stillschweigend einen entsprechenden Gesellschaftsvertrag geschlossen hatten, sondern wenn sie lediglich die Absicht verfolgt haben, mit dem Erwerb eines Vermögensgegenstandes einen - wenn auch nur wirtschaftlich - gemeinschaftlichen Wert zu schaffen, der von ihnen für die Dauer der Partnerschaft nicht nur gemeinsam genutzt, sondern ihnen nach ihrer Vorstellung auch gemeinsam gehören sollte (so etwa BGH Urteile vom 25.09.1997 - II ZR 269/96 - FamRZ 1997, 1533; vom 08.07.1996 - II ZR 193/95 - NJW-RR 1996, 1473; und vom 04.11.1991 - II ZR 26/91 - FamRZ 1992, 408). Der nunmehr zuständige erkennende Senat hat diese Rechtsprechung in seiner Entscheidung vom 28.09.05 (BGHZ 165, 1, 10) insofern aufgegeben, als bis dahin die Anwendung gesellschaftsrechtlicher Vorschriften auch ohne zumindest schlüssig zustande gekommenen Gesellschaftsvertrag für möglich gehalten worden war, und hat die Auffassung vertreten, dass eine rein faktische Willensübereinstimmung nicht als ausreichend erachtet werden könne (siehe oben unter II 3). Diese geänderte Beurteilung, an der der Senat festhält, kann, wie der vorliegende Fall zeigt, zu einer Einschränkung des Anwendungsbereichs gesellschaftsrechtlicher Ausgleichsansprüche führen. Denn gerade in den Fällen, in denen die in Rede stehende gemeinsame Wertschöpfung der Verwirklichung des nichtehelichen Zusammenlebens zu dienen bestimmt ist, werden häufig keine über die Ausgestaltung der Lebensgemeinschaft hinausgehenden Vorstellungen der Partner und somit kein Rechtsbindungswillen festzustellen sein.

[24] Eine Verkürzung der nach der bisherigen höchstgerichtlichen Rechtsprechung bestehenden Ausgleichsmöglichkeiten ist indessen im Ergebnis nicht gerechtfertigt und würde auch den Bedürfnissen der Praxis nicht gerecht. Vielmehr sprechen gewichtige Gesichtspunkte dafür, ein Bedürfnis nach einem nicht auf die §§ 730 ff. BGB beschränkten Ausgleich anzuerkennen.

[25] In einer Ehe stehen die persönlichen Beziehungen

ebenfalls im Vordergrund und bestimmen das vermögensbezogene Handeln der Ehegatten, ohne dass daraus hinsichtlich überobligationsmäßiger Leistungen auf das Fehlen einer Rechtsgemeinschaft geschlossen würde. Insofern werden ehebezogene Zuwendungen angenommen, die nach Scheidung der Ehe, insbesondere bei Gütertrennung, zu Ausgleichsansprüchen nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage führen können (ebenso Hausmann/Hohloch aaO Kap. 4 Rdn. 4). Zudem vermag auch das Argument, der leistende Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft habe deren Scheitern bewusst in Kauf genommen, mithin nicht auf deren Bestand vertrauen dürfen, nicht länger zu überzeugen. Der Partner weiß zwar, dass die Lebensgemeinschaft jederzeit beendet werden kann, seiner Zuwendung wird aber regelmäßig die Erwartung zugrunde liegen, dass die Gemeinschaft von Bestand sein werde. Soweit er hierauf tatsächlich und für den Empfänger der Leistung erkennbar vertraut hat, erscheint dies schutzwürdig. Dass nur das Vertrauen von Ehegatten in die lebenslange Dauer ihrer Verbindung rechtlich geschützt ist (§ 1353 I 1 BGB), vermag mit Blick auf die hohe Scheidungsquote eine unterschiedliche Behandlung nicht überzeugend zu begründen (vgl. auch Hausmann/Hohloch aaO 4. Kap. Rdn. 156 f. und Schulz FamRZ 2007, 593, 595).

[26] Mit Rücksicht hierauf hält der Senat nicht daran fest, Ansprüche nach den Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage oder die ungerechtfertigte Bereicherung wegen Zweckverfehlung kämen zwischen den Partnern einer beendeten nichtehelichen Lebensgemeinschaft grundsätzlich nicht in Betracht. Vielmehr ist bei Leistungen, die über das hinausgehen, was das tägliche Zusammenleben erst ermöglicht (vgl. II 5 a), im Einzelfall zu prüfen, ob ein Ausgleichsverlangen unter diesen rechtlichen Gesichtspunkten begründet ist. Das gilt im Übrigen nicht nur für nichteheliche Lebensgemeinschaften, sondern würde auch für andere Formen des gemeinschaftlichen Lebens und Wirtschaftens gelten, wie sie etwa unter verwitweten Geschwistern, sonstigen Verwandten oder Freunden vorstellbar sind; auf einen sexuellen Bezug kommt es insofern nicht an.

7. Keine Anhaltspunkte für Zweckabrede i.S.v. § 812 I 2, 2. Fall BGB

[27] Einen Bereicherungsanspruch nach § 812 I 2, 2. Alt. BGB hat die Kl. nicht geltend gemacht. Für die erforderliche Zweckabrede sind auch keine Anhaltspunkte ersichtlich.

8. Ausgleich über § 313 BGB

a. Anwendungsbereich

[28] In Betracht kommt allerdings ein Ausgleichsanspruch nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB), soweit der gemein-

schaftsbezogenen Zuwendung die Vorstellung oder Erwartung zugrunde lag, die Lebensgemeinschaft, deren Ausgestaltung sie gedient hat, werde Bestand haben. Die Rückabwicklung erfasst insoweit Fälle, in denen es nicht zu gesellschaftsrechtlichen Ausgleichsansprüchen kommt oder in denen eine Zweckabrede im Sinne des § 812 I 2, 2. Alt. BGB nicht festzustellen ist. Sie hat allerdings nicht zur Folge, dass sämtliche Zuwendungen bei Scheitern der Beziehung auszugleichen wären. Auszuscheiden sind zunächst die im Rahmen des täglichen Zusammenlebens ersatzlos erbrachten Leistungen. Nicht anders zu beurteilen sind aber auch die Leistungen desjenigen Partners, der nicht zu den laufenden Kosten beiträgt, sondern größere Einmalzahlungen erbringt: Er kann insofern nicht besser gestellt werden als derjenige Partner, dessen Aufwendungen den täglichen Bedarf decken oder der sonst erforderlich werdende Beiträge übernimmt (Senatsurteil vom 31.10.2007 - XII ZR 261/04 - FamRZ 2008, 247, 249).

b. Vorliegen von gemeinschaftsbezogenen Zuwendungen

[29] Um gemeinschaftsbezogene Zuwendungen in dem vorgenannten Sinne handelt es sich allerdings nicht, soweit Architektenleistungen der Kl. in Frage stehen. Solche Eigenleistungen, die ein Partner zugunsten des anderen erbringt und mit denen er dessen Vermögen steigert, können begrifflich nicht als Zuwendungen angesehen werden, weil es insofern nicht zu einer Übertragung von Vermögenssubstanz kommt (BGHZ 84, 361, 365; Senatsurteil BGHZ 127, 48, 51). Daraus folgt aber nicht, dass Arbeits- oder andere Eigenleistungen - im Gegensatz zu gemeinschaftsbezogenen Leistungen - nach dem Scheitern einer Lebensgemeinschaft nicht zu Ausgleichsansprüchen führen können, denn wirtschaftlich betrachtet stellen sie ebenso eine geldwerte Leistung dar wie die Übertragung von Vermögenssubstanz.

[30] Der Bundesgerichtshof hat deshalb nach dem Scheitern einer Ehe einen Ausgleichsanspruch wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage bejaht, wenn ein Ehegatte bei Gütertrennung für den Ausbau des im Eigentum des anderen stehenden Familienwohnheims in erheblichem Umfang Arbeitsleistungen erbracht hat. Wenn diese Arbeitsleistungen über erwiesene Gefälligkeiten und insbesondere über das, was etwa im Rahmen der Unterhaltungspflicht oder der Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft an Beistandsleistungen geschuldet wird, weit hinausgehen, können die Umstände den Schluss auf einen still-schweigend zustande gekommenen besonderen familienrechtlichen Vertrag (sog. Kooperationsvertrag) zulassen, dessen Geschäftsgrundlage durch das Scheitern der Ehe entfallen ist (BGHZ 84, 361, 367 ff.).

[31] Diese Beurteilung ist im Rahmen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft oder sonstigen Partnerschaft

im Grundsatz ebenfalls heranzuziehen. Sie kann etwa dann in Betracht kommen, wenn die Annahme eines konkludenten Gesellschaftsvertrags aufgrund der Fallgestaltung ausscheidet, die Arbeitsleistungen aber erheblich über bloße Gefälligkeiten oder das, was das tägliche Zusammenleben erfordert, hinausgehen und zu einem messbaren und noch vorhandenen Vermögenszuwachs des anderen Partners geführt haben. Da nichteheliches Zusammenleben allerdings keine Beistandspflichten begründet, kann - anders als im Verhältnis von Ehegatten zueinander - hier freilich nicht gefordert werden, dass der Rahmen derartiger Leistungen überschritten wird. Erbringt einer der Partner unter solchen Umständen Arbeitsleistungen, so kann davon auszugehen sein, dass diese Leistungen nach einer stillschweigenden Übereinkunft mit dem anderen Partner zur Ausgestaltung der Lebensgemeinschaft erbracht werden und darin ihre Geschäftsgrundlage haben.

c. Abwägungsvorgang

[32] Bei der Abwägung, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang Zuwendungen zurückerstattet oder Arbeitsleistungen ausgeglichen werden müssen, ist zu berücksichtigen, dass der Partner es einmal für richtig erachtet hat, dem anderen diese Leistungen zu gewähren. Ein korrigierender Eingriff ist grundsätzlich nur gerechtfertigt, wenn dem Leistenden die Beibehaltung der durch die Leistungen geschaffenen Vermögensverhältnisse nach Treu und Glauben nicht zuzumuten ist. Insofern erscheint es sachgerecht, auf den Maßstab zurückzugreifen, der für den Ausgleich von Zuwendungen unter Ehegatten gilt, die im Güterstand der Gütertrennung leben (vgl. hierzu Senatsurteil vom 23.04.1997 - XII ZR 20/95 - FamRZ 1997, 933 m.w.N.). Das Merkmal der Unbilligkeit impliziert zu-

gleich, dass ein Ausgleich nur wegen solcher Leistungen in Betracht kommt, denen nach den jeweiligen Verhältnissen erhebliche Bedeutung zukommt. Maßgebend ist eine Gesamtabwägung der Umstände des Einzelfalls, in die auch der Zweck der Zuwendung einzubeziehen sowie zu berücksichtigen ist, inwieweit dieser Zweck erreicht worden ist.

[33] Hinsichtlich der Frage, inwieweit wegen Arbeitsleistungen ein Ausgleich zu gewähren ist, muss zusätzlich beachtet werden, dass für die erbrachten Leistungen keine Bezahlung, sondern nur eine angemessene Beteiligung an dem gemeinsam Erarbeiteten verlangt werden kann (BGHZ 84, 361, 368). Der Ausgleichsanspruch ist dabei in zweifacher Weise begrenzt: zum einen durch den Betrag, um den das Vermögen des anderen zur Zeit des Wegfalls der Geschäftsgrundlage noch vermehrt ist, zum anderen durch die ersparten Kosten einer fremden Arbeitskraft (vgl. insoweit zum Ausgleich unter Ehegatten Johannsen/Henrich/Jaeger Eherecht 4. Aufl. § 1414 Rdn. 24; Haas FamRZ 2002, 205, 216, Schulz FamRB 2005, 142, 145 f.).

[34] Eine den danach maßgeblichen Anforderungen entsprechende Beurteilung des Sachverhalts hat das Berufungsgericht - auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs - nicht vorgenommen.

9. Zurückverweisung an das Berufungsgericht

[35] Daher kann das angefochtene Urteil im Umfang des Revisionsangriffs keinen Bestand haben. Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, das die erforderlichen Feststellungen, auch zur streitigen Höhe der Zuwendungen, nachzuholen haben wird. Im weiteren Verfahren wird die Kl. auch Gelegenheit haben, zu einem eventuellen Bereicherungsanspruch nach § 812 I 2, 2. Alt. BGB vorzutragen.

Standort: Arbeitsrecht

Problem: Außerordentliche Kündigung

BAG, URTEIL VOM 13.12.2007
2 AZR 537/06 (NJW 2008, 2732)

Problemdarstellung:

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung. Die Bekl. betreibt bundesweit eine Drogeriekette. Die Kl. war bei der Bekl. als Verkaufsstellenverwalterin angestellt. Während einer Spätkontrolle wurde der Spind der Kl. durch die Leiterin der Außenrevision durchsucht und ein Lippenstift wurde in der Jacke der Kl. aufgefunden. Zwischen den Parteien ist streitig, ob es sich bei dem Lippenstift um einen Tester handelt oder ob es sich dabei um Verkaufsware handelt. Mit Schreiben vom 10.02.2005 hörte die Bekl. den Betriebsrat der Region 1 zu einer beabsichtigten fristlosen, hilfsweise fristgerechten Kündigung der Kl. an. Der Betriebsrat gab keine Stel-

lungnahme ab. Die Bekl. kündigte das Arbeitsverhältnis der Kl. mit Schreiben vom 15.02.2005 fristlos.

Das ArbG hat die Kündigungsschutzklage nach Beweisaufnahme abgewiesen. Auf die Berufung der Kl. hat das LAG der Klage stattgegeben. Die vom LAG zugelassene Revision der Bekl. hatte Erfolg und führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Prüfungsrelevanz:

Das BAG beschäftigt sich mit der Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung wegen Diebstahls, wobei sich die Frage der Verwertbarkeit von Tatsachen stellte, die unter Verstoß gegen das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates gem. § 87 I Nr. 1 BetrVG gewonnen wurden.

Das erkennende Gericht würdigt die Beweise gem. § 286 ZPO frei unter Berücksichtigung des gesamten

Inhalts der Verhandlung und des Ergebnisses der Beweisaufnahme. Das Berufungsgericht hatte genau dies verkannt und nicht sämtliche Umstände in die Entscheidungsfindung einbezogen; es war davon ausgegangen, dass eine Unverwertbarkeit der - im Übrigen unstreitigen - Tatsache des Besitzes der Kl. am Lippenstift anzunehmen sei.

Das BAG trat dem entschieden entgegen. Die unstrittige Tatsache kann im Prozess verwertet werden. Im Arbeitsprozess gilt genau so wie im Zivilprozess die Dispositionsmaxime sowie der Beibringungsgrundsatz. Daher ist ordnungsgemäß in den Prozess eingeführter Prozessstoff zwingend zu beachten. Ein Verwertungsverbot von Sachvortrag kennt der Zivilprozess nicht. Zu prüfen ist lediglich, ob die Tatsachen unschlüssig oder unbewiesen sind. Daraus folgt, dass das seitens des LAG angenommene Verwertungsverbot im Widerspruch zu den Grundprinzipien des Prozessrechts steht (so auch Heinemann, MDR 2001, 137, 140). Das Verwertungsverbot verstieße zudem gegen Art. 103 I GG, wonach jeder erhebliche Sachvortrag zu berücksichtigen ist. Daher kann grundsätzlich ein Verstoß gegen das Mitbestimmungsrecht grundsätzlich kein Verwertungsverbot bedingen (so auch BAGE 105, 356 = NJW 2003, 3436 = NZA 2003, 1193; Altenburg/Leister, NJW 2006, 469, 470; a.A. LAG Baden-Württemberg, BB 1999, 1439; LAG Bremen, Urt. v. 28.07.2005 - 3 Sa 98/05, BeckRS 2005, 43027; Fischer, BB 1999, 154, 155f.).

Die zivilrechtliche Rechtsprechung verfolgt insoweit eine vermittelnde Lösung. Danach muss die Verwertbarkeit eines Beweismittels im Einzelfall anhand der Abwägung der betroffenen Interessen unter Berücksichtigung des Schutzzwecks des verletzten Norm festgestellt werden. Dieser sog. "Abwägungslehre" folgt im Ergebnis auch das BVerfG (NJW 2002, 3619). Das BAG hat sich im Kern genau dieser Auffassung angeschlossen. Demnach konnte hier die Verwertbarkeit nicht verneint werden. Vorliegend ist weder nach dem Schutzzweck der betroffenen Norm ein Verwertungsverbot geboten, noch spricht eine etwaige Verletzung des Persönlichkeitsrechts dafür.

Der Schutzzweck des verletzten § 87 I Nr.1 BetrVG gebietet kein Verwertungsverbot. Der Sinn der Norm besteht unter anderem darin, Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht der betroffenen Arbeitnehmer durch bestimmte Verhaltenskontrollen nur bei gleichberechtigter Mitbestimmung des Betriebsrats zuzulassen. Es geht insoweit also um einen kollektiv-rechtlich vermittelten Schutz der Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer. Soweit § 87 I Nr. 1 BetrVG den Schutz des Persönlichkeitsrechts des Arbeitnehmers bezweckt, sind die Schutzzwecke dieser Norm und die zivilprozessualen Grundsätze über ein mögliches (Beweis-)Verwertungsverbot identisch. Ist demnach eine Informations- bzw. Beweisverwertung nach allgemei-

nen Grundsätzen zulässig, so ist bei Missachtung des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats oder bei einer nicht ausreichenden Einhaltung eines betriebsverfassungsrechtlichen Verfahrens ein darüber hinausgehendes Verwertungsverbot grundsätzlich abzulehnen.

Auch eine erhebliche Verletzung der Persönlichkeitsrechte ist abzulehnen. Denn das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis wird allerdings nicht schrankenlos gewährleistet. Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers können durch Wahrnehmung überwiegend schutzwürdiger Interessen des Arbeitgebers gerechtfertigt sein. Bei einer Kollision des allgemeinen Persönlichkeitsrechts mit den Interessen des Arbeitgebers ist somit durch eine Güterabwägung im Einzelfall zu ermitteln, ob das allgemeine Persönlichkeitsrecht den Vorrang verdient (BVerfGE 106, 28 = NJW 2002, 3619; BVerfGE 117, 202 = NJW 2007, 753; BAGE 102, 190 = NJW 2003, 1204 = NZA 2003, 432; BAGE 93, 1 = NJW 2000, 1211 = NZA 2000, 418; zuletzt BAGE 105, 356 = NJW 2003, 3436 = NZA 2003, 1193). Dabei ist im Rahmen der Abwägung zu beachten, dass das Grundgesetz einer wirksamen Rechtspflege eine besondere Bedeutung beimisst (vgl. Art. 20 III GG; s. BAGE 105, 356 = NJW 2003, 3436 = NZA 2003, 1193). Hier war kein Sachverhalt gegeben, der auf Grund einer erheblichen Verletzung des Persönlichkeitsrechts eine ausnahmsweise Annahme eines prozessualen Verwertungsverbots als geboten erscheinen lässt. Dies folgt nicht zuletzt daraus, dass die Kl. in die Kontrolle eingewilligt hat. Ob und wann etwas anderes gelten muss, wenn keine Einwilligung der Betroffenen vorliegt, wurde allerdings in diesem Fall mangels Entscheidungserheblichkeit offen gelassen (zu möglichen Anforderungen BAGE 111, 173 = NJW 2005, 313 = NZA 2004, 1278).

Die obig dargelegten Leisätze sind als Orientierungssätze der Richterinnen und Richter am BAG ausgewiesen und als Leitfaden für eine Klausur daher unbedingt zu beachten.

Vertiefungshinweise:

- Zur Kündigungsschutzklage: BAG RA 2008, 430 = NJW 2008, 1900 (Orientierungssätze für die Richterinnen und Richter am BAG)
- Zur Beweislast bei Klagen auf Entfernung einer Abmahnung aus der Personalakte: *Kopke*, NZA 2007, 1211
- Zum Kündigungsverzicht bei Abmahnung in der Wartezeit: *BAG*, NZA 2008, 403; *BAG* NZA 2007, 972
- Zur fristlosen Kündigung wegen Verstoßes gegen Sicherheitsvorschriften: *LAG Schleswi-Holstein*, NZA-RR 2007, 634
- Zur Verhaltensbedingten Kündigung: *BAG*, NZA

2007, 617

Zur Überwachung von Arbeitnehmern: Grobys, Die Überwachung von Arbeitnehmern in Call Centern, 2007, S. 129ff.

Kursprogramm:

Examenskurs: "Die Folgen der Rezession"

Examenskurs: "Champions"

Leitsätze:

1. Vom Arbeitnehmer zu Lasten des Arbeitgebers begangene Vermögensdelikte sind regelmäßig geeignet, eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund zu rechtfertigen. Dies gilt nach der ständigen Rechtsprechung des Senats auch dann, wenn die rechtswidrige Verletzungshandlung nur Sachen von geringem Wert betrifft.

2. Die Durchführung von Taschenkontrollen der Mitarbeiter unterliegt dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 I Nr. 1 BetrVG.

3. Beachtet der Arbeitgeber das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 I Nr. 1 BetrVG oder sich aus einer Betriebsvereinbarung (hier: BV-Personenkontrolle) ergebende Pflichten nicht, so führt dieser Umstand nicht dazu, dass der Arbeitgeber die unstreitige Tatsache eines im Besitz der Arbeitnehmerin während einer Personenkontrolle aufgefundenen Gegenstands (hier: eines Lippenstifts) in einem Kündigungsschutzprozess nicht verwerten kann.

4. Ein „Sachvortragsverwertungsverbot“ kennt das deutsche Zivilprozessrecht nicht. Der beigebrachte Tatsachenstoff ist entweder unschlüssig oder unbewiesen, aber nicht „unverwertbar“. Das Arbeitsgericht ist an ordnungsgemäß in den Prozess eingeführten Sachvortrag der Parteien gebunden. Insbesondere unstreitige Tatsachen muss es berücksichtigen und darf einen Parteivortrag nicht ohne gesetzliche Grundlage unbeachtet und unverwertet lassen. (Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG)

Sachverhalt:

Die Parteien streiten noch über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung. Die Bekl. betreibt bundesweit eine Drogeriekette. Die am 03.07.1951 geborene Kl. war seit dem 13.02.1995 bei der Bekl. beschäftigt und wurde zuletzt als Verkaufsstellenverwalterin in der Verkaufsstelle I eingesetzt. Der für die Verkaufsstelle I zuständige Betriebsrat der Region 1 und die Bekl. schlossen am 01.04.2003 eine „Betriebsvereinbarung zur betrieblichen Ordnung - Personalkontrollen“ (im Folgenden: BV-Personalkontrolle). Die Leiterin der Außenrevision, die Zeugin S, und die Mitarbeiterin der Außenrevision, die Zeugin V, führten am 08.02.2005 eine so genannte Spätkontrolle in

der Verkaufsstelle I durch. Sie kontrollierten beide noch in der Filiale anwesenden Mitarbeiterinnen, die Kl. und die Arbeitnehmerin H. In der sich in einem Spind befindlichen Jacke der Kl. fand die Zeugin S einen Lippenstift der Marke „Jade Forever Metallic“. Zwischen den Parteien ist streitig, ob es sich bei diesem Lippenstift um reguläre Verkaufsware oder einen so genannten Tester handelte und welche Farbnummer dieser Lippenstift hatte. Mit Schreiben vom 10.02.2005 hörte die Bekl. den Betriebsrat der Region 1 zu einer beabsichtigten fristlosen, hilfswise fristgerechten Kündigung der Kl. an. Der Betriebsrat gab keine Stellungnahme ab. Die Bekl. kündigte das Arbeitsverhältnis der Kl. mit Schreiben vom 15.02.2005 fristlos.

Mit ihrer Klage hat sich die Kl. gegen diese Kündigung gewandt und insbesondere ausgeführt: Sie habe sich den Lippenstift nicht zu Unrecht angeeignet. Er habe sich schon mehrere Monate in ihrem Besitz befunden. Es habe sich nicht um reguläre Verkaufsware der Bekl., sondern um einen so genannten Tester gehandelt (Farbnummer 20 und nicht 110). Sie habe ihn im Herbst 2004 erlaubterweise aus einem Korb des Personalraums in der Filiale mitgenommen. Es sei damals üblich und bis Ende des Jahres 2004 erlaubt gewesen, so genannte Tester mitzunehmen. Die „Tester“ habe die Arbeitnehmerin K in den Korb des Pausenraums gelegt. Im Übrigen habe die Bekl. das Verfahren nach der BV-Personalkontrolle nicht eingehalten. Schon deshalb sei die Kündigung unwirksam. Die Bekl. hat zur Begründung ihres Klageabweisungsantrags vorgetragen: Die Kündigung sei aus wichtigem Grund gerechtfertigt. Die Kl. habe reguläre Ware aus dem Bestand des Drogeriemarkts entwendet. Es habe sich bei dem Lippenstift nicht um einen „Tester“ gehandelt. Dies zeige schon das Scanner-Etikett (EAN-Code). Der Abgleich der Inventurdaten der Verkaufsstelle I habe im Übrigen das Fehlen genau dieses Lippenstifts ergeben. Eine Regelung oder Übung, „Tester“ für den Privatgebrauch mitnehmen zu dürfen, habe es nicht gegeben. Die Regelungen der BV-Personalkontrolle seien eingehalten worden. Ein möglicher Verstoß gegen die kollektivrechtlichen Regelungen könne auch nicht ein Beweisverwertungsverbot und die Unwirksamkeit der Kündigung rechtfertigen.

Das ArbG hat die Kündigungsschutzklage nach Beweisaufnahme abgewiesen. Auf die Berufung der Kl. hat das LAG der Klage stattgegeben. Die vom LAG zugelassene Revision der Bekl. hatte Erfolg und führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

[11]Das LAG hat zu Unrecht angenommen, die außerordentliche Kündigung der Bekl. vom 15. 02.2005 sei bereits deshalb rechtsunwirksam, weil die Bekl. die Erkenntnisse aus der Personalkontrolle vom 08.02.005

nicht habe verwenden dürfen.

A. Entscheidung und Begründung des LAG

[12] Das LAG hat zur Begründung seiner der Klage stattgebenden Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt: Das Arbeitsverhältnis sei durch die außerordentliche Kündigung der Bekl. vom 15.02.2005 nicht aufgelöst worden. Die Bekl. könne die Ermittlungsergebnisse aus der Spätkontrolle vom 08.02.2005 nicht heranziehen. Diese seien unter Verstoß gegen die Verfahrensregelungen der BV-Personalkontrolle gewonnen worden. Es könne deshalb dahingestellt bleiben, ob die Bekl. die Inbesitznahme von regulärer Ware durch die Kl. bewiesen habe oder auch die Inbesitznahme eines „Testers“ ausreichen könnte, das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund zu beenden.

[13] Die Bekl. habe die Verfahrensregelungen der BV-Personalkontrolle nicht eingehalten. Diese Betriebsvereinbarung sehe regelmäßige Personalkontrollen nach Nr. 3 II nur unter gewissen Voraussetzungen vor. Nach Nr. 4 der BV-Personalkontrolle müsse ein bestimmtes Verfahren bei Durchführung solcher Kontrollen eingehalten werden. Die am 08.02.2005 durchgeführte Spätkontrolle entspreche nicht den Vorgaben der BV-Personalkontrolle. Zum einen seien die zu kontrollierenden Personen nicht auf Grund des Zufallsprinzips ermittelt worden. Zum anderen sei der Sachverhalt dem Betriebsrat nicht unverzüglich mitgeteilt und die Polizei nicht zur weiteren Beweisaufnahme eingeschaltet worden. Es sei auch kein Betriebsratsmitglied an einem Gespräch mit der Revision beteiligt worden. Die Kl. habe auf eine solche Teilnahme eines Betriebsratsmitglieds nicht verzichtet. Auf Grund dieser Verstöße gegen die Verfahrensregelungen der BV-Personalkontrolle dürfe die Bekl. die gewonnenen Erkenntnisse aus der Spätkontrolle nicht verwenden. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Taschenkontrollen diene zumindest auch dem Schutz des Arbeitnehmers vor Persönlichkeitsrechtsverletzungen. Die von den Betriebsparteien geschaffenen Verfahrensregelungen sollten gerade diesen Schutz gewährleisten. Es sei daher gerechtfertigt, bei Nichteinhaltung der Regeln der BV-Personalkontrolle den ermittelten Sachverhalt nicht zu Lasten der Kl. verwenden zu dürfen. Dem Schutzzweck der BV-Personalkontrolle entspreche es, bei Nichteinhaltung der mitbestimmten Regelung eine Unwirksamkeit der Maßnahme als Rechtsfolge anzunehmen.

B. Entscheidung des BAG in der Revision

[14] Dem folgt der Senat nicht.

[15] Auf Grund der bisherigen tatsächlichen Feststellungen kann noch nicht davon ausgegangen werden, dass für die Kündigung vom 15.02.2005 kein wichtiger Grund i.S. von § 626 I BGB vorliegt. Jedenfalls rechtfertigen die möglichen Verstöße der Mitarbeiter der Bekl. gegen die Regelungen der BV-Personalkon-

trolle bei der Durchführung der Spätkontrolle am 08.02.2005 es nicht, die daraus gewonnenen, unstreitigen Erkenntnisse, nämlich die Auffindung des Lippenstifts in der Tasche der Kl., bei der Bewertung des wichtigen Grundes außer Acht zu lassen. Ob die Kl. diesen Lippenstift sich rechtswidrig zugeeignet und deshalb die Bekl. das Arbeitsverhältnis der Kl. aus wichtigem Grund zu Recht gekündigt hat, wird das LAG nach der Zurückverweisung des Rechtsstreits näher zu klären und zu bewerten haben (§ 563 I ZPO).

I. Wichtiger Grund i.S.v. § 626 I BGB

[16] Nach § 626 I BGB kann ein Arbeitsverhältnis von jedem Vertragsteil aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Dabei sind vom Arbeitnehmer zu Lasten des Arbeitgebers begangene Vermögensdelikte regelmäßig geeignet, eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund zu rechtfertigen (vgl. insbesondere Senat, NZA 1985, 91; BAG, NZA 1985, 286 = AP BGB § 626 Nr. 80 = EzA BGB n.F. § 626 Nr. 91; zuletzt BAG, NZA 2004, 486 = AP BGB § 626 Nr. 179 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 5, und NJOZ 2005, 3779 = NZA-RR 2005, 615 Os. = AP BGB § 626 Nr. 191 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 7). Ein Arbeitnehmer, der im Zusammenhang mit seiner Arbeitsleistung strafrechtlich relevante Handlungen gegen das Vermögen seines Arbeitgebers begeht, verletzt damit seine arbeitsvertragliche Rücksichtnahmepflicht schwerwiegend und missbraucht das in ihn gesetzte Vertrauen in erheblicher Weise (vgl. zuletzt Senat, NJOZ 2005, 3779 = NZA-RR 2005, 615 Os.). Dies gilt nach der ständigen Rechtsprechung des Senats auch dann, wenn die rechtswidrige Verletzungshandlung nur Sachen von geringem Wert betrifft (vgl. zuletzt bspw. Senat, NZA 2004, 486).

II. Wichtiger Grund bei rechtswidriger Zueignung des Lippenstifts

[17] Demnach läge im Entscheidungsfall ein wichtiger Grund an sich vor, wenn die Kl. einen im Eigentum der Bekl. stehenden Lippenstift sich rechtswidrig zugeeignet hat. Ob dies der Fall ist bzw. die Bekl. eine Aneignung von so genannten „Testern“ durch die Mitarbeiter geduldet hat, ist zwischen den Parteien streitig und lässt sich auf Grund der bisherigen trichterlichen Feststellungen nicht abschließend beurteilen.

1. Verwendbarkeit der Erkenntnisse aus der Spätkontrolle vom 08.02.2005

[18] Entgegen der Auffassung des LAG ist jedoch ein wichtiger Grund wegen einer erheblichen Pflichtver-

letzung der Kl. noch nicht deshalb ausgeschlossen, weil sich die Bekl. auf die durch die Spätkontrolle vom 08.02.2005 gewonnenen Erkenntnisse nicht stützen könnte. Die möglichen Verstöße der Mitarbeiter der Bekl. gegen die Regelungen der BV-Personalkontrolle bei dieser durchgeführten Spätkontrolle rechtfertigen es nicht, die unstreitige Tatsache, dass die Kl. im Besitz eines aus dem Sortiment der Bekl. stammenden Lippenstifts war, im Prozess gar nicht zu berücksichtigen.

a. Freie Beweiswürdigung des erkennenden Gerichts gem. § 286 ZPO

[19] Nach § 286 ZPO hat das Gericht unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlung und des Ergebnisses einer möglichen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob es eine tatsächliche streitige Behauptung für wahr erachtet. Diese Würdigung ist grundsätzlich Sache des Tatrichters. Das RevGer. kann lediglich überprüfen, ob das BerGer. die Voraussetzungen und Grenzen von § 286 I ZPO gewahrt und eingehalten hat. Revisionsrechtlich von Bedeutung ist dabei insbesondere, ob das BerGer. tatsächlich den gesamten Inhalt der Verhandlung berücksichtigt und - für den Fall einer durchgeführten Beweisaufnahme - alle erhobenen Beweise gewürdigt hat, ob die Beweiswürdigung in sich widerspruchsfrei sowie frei von Verstößen gegen Denkgesetze und allgemeine Erfahrungssätze und ob sie rechtlich möglich ist (vgl. BAGE 102, 190 = NJW 2003, 1204 = NZA 2003, 432 = AP BetrVG 1972 § 103 Nr. 48 = EzA BetrVG 1972 § 103 Nr. 44; BAGE 86, 347 = NJW 1998, 3439 = NZA 1998, 194; BAGE 105, 356 = NJW 2003, 3436 = NZA 2003, 1193).

b. Einbeziehung des gesamten berücksichtigungsfähigen Inhalts

[20] Die Ausführungen des LAG halten auch einer in diesem Sinne eingeschränkten revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Das BerGer. hat nicht den gesamten rechtlich berücksichtigungsfähigen Inhalt der Verhandlung in seine Bewertung des wichtigen Grundes einbezogen. Entgegen der Auffassung des LAG war die Bekl. nicht gehindert, sich zur Begründung für eine erhebliche Pflichtverletzung der Kl. auf die Spätkontrolle vom 08.02.2005 und deren Ergebnis zu berufen.

aa. Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Taschenkontrollen der Mitarbeiter

[21] Zutreffend ist das LAG zunächst davon ausgegangen, dass die Durchführung von Taschenkontrollen der Mitarbeiter unzweifelhaft dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 I Nr. 1 BetrVG unterliegt (vgl. BAGE 58, 297 = NZA 1988, 811; BAGE 92, 184 = NJW 2000, 1969 = NZA 2000, 421). Auch ist der Arbeitgeber verpflichtet, eine mit dem Betriebsrat ver-

einbarte Betriebsvereinbarung durchzuführen und vereinbarungswidrige Maßnahmen und Verfahrensverstöße zu unterlassen (vgl. insb. BAGE 56, 313 = NZA 1988, 255 = AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 21; BAG, NZA 1988, 253 = AP BetrVG § 77 Auslegung Nr. 2 = EZA BGB § 611 Teilzeitarbeit Nr. 2; NZA 1989, 184 = AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 29; NZA 2003, 1097 = AP BetrVG 1972 § 21a Nr. 1; Fitting, BetrVG, 23. Aufl., § 77 BetrVG Rdnr. 7 m.w. Nachw.).

[22] Weiterhin hat das BerGer. in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise angenommen, die Bekl. habe bei der Durchführung der Spätkontrolle die Vorgaben der BV-Personalkontrolle nur unzureichend beachtet. Gegen diese tatsächlichen Feststellungen und Wertungen wendet sich die Revision im Kern auch nicht.

bb. Verwertbarkeit der unstreitigen Tatsache

[23] Entgegen der Auffassung des LAG folgt aber aus den Verstößen der Bekl. bzw. ihrer Mitarbeiter gegen die BV-Personalkontrolle nicht, dass die Bekl. die unstreitige Tatsache des im Besitz der Kl. aufgefundenen Lippenstifts im Kündigungsschutzprozess nicht verwerten kann.

(1) Dispositionsmaxime im Arbeitsprozess kennt kein Verwertungsverbot

[24] Im Arbeitsgerichtsprozess gilt wie im Zivilprozess die Dispositionsmaxime und der Verhandlungs- oder Beibringungsgrundsatz (Zöller/Greger, ZPO, 26. Aufl., Vor § 128 Rdnrn. 9ff.; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 28. Aufl., Einl. I Rdnr. 2). Das entscheidende Gericht darf nur die von den Parteien vorgebrachten Tatsachen verwerten (Zöller/Greger, Vor § 128 Rdnr. 10; Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 21. Aufl., Vor § 128 Rdnr. 76). Daraus ergibt sich im Umkehrschluss die Bindung des Gerichts an den Vortrag der Parteien und an einen vorgetragenen, entscheidungserheblichen Sachverhalt. Ein entsprechender Vortrag kann nicht ohne gesetzliche Grundlagen (wie z.B. ausnahmsweise in Form der Präklusionsvorschriften) unbeachtet und unverwertet gelassen werden (Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 65. Aufl., Grdz. § 128 Rdnr. 24; Cahn, AcP [198] 35 [36]; Heinemann, MDR 2001, 137 [138]). Ordnungsgemäß in den Prozess eingeführten Sachvortrag muss das entscheidende Gericht berücksichtigen. Ein „Verwertungsverbot“ von Sachvortrag kennt das deutsche Zivilprozessrecht nicht. Der beigebrachte Tatsachenstoff ist entweder un schlüssig oder unbewiesen, aber nicht „unverwertbar“. Dies gilt umso mehr, wenn der Sachverhalt unstreitig ist. Das Gericht ist an ein Nichtbestreiten (wie auch an ein Geständnis) grundsätzlich gebunden (Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 128 Rdnr. 23). Es darf für unbestrittene Tatsachen keinen Beweis verlangen und erheben (Stein/Jonas/Leipold, § 138 Rdnr. 31a). Die Annahme eines „Sachvortragsverwertungsver-

bots“, so wie ihn das LAG im Ergebnis angenommen hat, steht somit in deutlichem Widerspruch zu den Grundprinzipien des deutschen Zivil- und Arbeitsgerichtsverfahrens (s. auch Heinemann, MDR 2001, 137 [140]).

(2) Einschränkung des Anspruchs auf rechtliches Gehör gem. Art. 103 I GG

[25] Ein solches „Verwertungsverbot“ von Sachvortrag würde zudem den Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör nach Art. 103 I GG umfassend einschränken. Art. 103 I GG verpflichtet das Gericht, jeden erheblichen Vortrag einer bzw. der Partei(en) zur Kenntnis zu nehmen und bei seiner Entscheidungsfindung in Erwägung zu ziehen. Würde das entscheidende Gericht aber vor allem - unstrittiges - entscheidungserhebliches Vorbringen von vornherein ausblenden können, würde dies zu einer erheblichen Verkürzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör führen.

cc. Folgen der Verletzung des Mitbestimmungsrechts

[26] Allein die Verletzung eines Mitbestimmungsstatbestands oder die Nichteinhaltung einer Betriebsvereinbarung und deren Verfahrensregelungen können es demnach grundsätzlich nicht rechtfertigen, einen entscheidungserheblichen, unstrittigen Sachvortrag der Parteien nicht zu berücksichtigen und im Ergebnis ein „Sachverhaltsverwertungsverbot“ anzuerkennen (s. auch BAGE 105, 356 = NJW 2003, 3436 = NZA 2003, 1193; i.E. ebenso Altenburg/Leister, NJW 2006, 469 [470]; a.A. LAG Baden-Württemberg, BB 1999, 1439; LAG Bremen, Urt. v. 28.07.2005 - 3 Sa 98/05, BeckRS 2005, 43027; Fischer, BB 1999, 154 [155f.]).

(1) Kein prozessuales Verwendungs- bzw. Beweisverwertungsverbot

[27] Dies gilt umso mehr, als weder das Betriebsverfassungsgesetz noch die ZPO ein - ausdrückliches - prozessuales Verwendungs- bzw. Beweisverwertungsverbot für mitbestimmungswidrig erlangte Informationen oder Beweismittel kennen (vgl. insbesondere BAGE 105, 356 = NJW 2003, 3436 = NZA 2003, 1193; zusammenfassend: Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge/Prütting, ArbGG, 5. Aufl., § 58 Rdnr. 32; Stein/Jonas/Leipold, § 284 Rdnr. 56). Vielmehr folgt aus § 286 ZPO i.V. mit Art. 103 I GG die Verpflichtung der Gerichte, den von den Parteien vorgebrachten Sachverhalt und die von ihnen angebotenen Beweise zu berücksichtigen (vgl. insb. BVerfGE 117, 202 = NJW 2007, 753 [754]; BAGE 105, 356 = NJW 2003, 3436 = NZA 2003, 1193; Dauster/Braun, NJW 2000, 313 [317, 319]; Prütting, in: MünchKomm-ZPO, 2. Aufl., § 284 Rdnr. 65; Schlewing, NZA 2004, 1071 [1072]; Werner, NJW 1988, 993 [998]). Dementsprechend bedarf es für die Annahme eines Verwertungsverbots einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage (Prütting, in: MünchKomm-ZPO, 2. Aufl., § 284 Rdnr.

65; Rhotert, BB 1999, 1378; Altenburg/Leister, NJW 2006, 469 [470]).

(2) Verwertungsverbot nur, wenn Schutzzweck der verletzten Norm dies zwingend gebietet

[28] Zwar genießt im Zivilprozess die Wahrheitspflicht keinen generellen Vorrang vor allen anderen Prozesszwecken (vgl. Stein/Jonas/Leipold, § 284 Rdnr. 56 m.w. Nachw.). Rechtswidrig erlangte Beweismittel sind deshalb nicht schlechthin immer im Prozess verwertbar. Vielmehr kann ein rechtswidriges Verhalten einer Prozesspartei auch prozessuale Auswirkungen in Form eines Verwertungsverbots haben (Prütting, in: Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge, § 58 Rdnr. 32). Allerdings wird dies aber nur anzuerkennen sein, wenn im Entscheidungsfall der Schutzzweck der verletzten Norm eine solche prozessuale Sanktion zwingend gebietet. Dementsprechend kann ein prozessuales Verwertungsverbot nur in Betracht kommen, wenn in verfassungsrechtlich geschützte Grundpositionen einer Prozesspartei eingegriffen wird (Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge/Prütting, § 58 Rdnr. 32; Stein/Jonas/Leipold, § 284 Rdnr. 58; Werner, NJW 1988, 993 [998]).

[29] Denn in einem gerichtlichen Verfahren tritt der Richter den Verfahrensbeteiligten in Ausübung staatlicher Hoheitsgewalt gegenüber. Er ist nach Art. 1 III GG bei seiner Urteilsfindung an die maßgeblichen Grundrechte gebunden und zu einer rechtsstaatlichen Verfahrensgestaltung verpflichtet (s. zuletzt BVerfGE 117, 202 = NJW 2007, 753). Aus dem Rechtsstaatsprinzip folgt die Pflicht des Richters zu einer fairen Handhabung des Prozess-, insbesondere des Beweisrechts (s. BVerfGE 117, 202 = NJW 2007, 753).

[30] Aus dem Umstand, dass eine Information oder ein Beweismittel unzulässig erlangt wurde, ergibt sich deshalb noch nicht zwingend deren Nichtverwertbarkeit. Grundsätzlich muss zwischen der Erlangung einer Information oder eines Beweismittels und dessen Verwertung getrennt werden (vgl. insb. BAGE 102, 190 = NJW 2003, 1204 = NZA 2003, 432; Schlewing, NZA 2004, 1071 [1073]; Werner, NJW 1988, 993 [997]). Erst wenn durch die Verwertung einer rechtswidrig erlangten Information oder eines Beweismittels ein erneuter bzw. perpetuierender Eingriff in rechtlich erheblich geschützte Positionen der anderen Prozesspartei erfolgt, kann ein prozessuales Verbot einer Verwertung in Betracht kommen.

dd. Kein anderes Ergebnis d.d. Theorie von der Wirksamkeitsvoraussetzung

[31] Auch die so genannte Theorie von der Wirksamkeitsvoraussetzung führt zu keinem anderen Ergebnis und rechtfertigt nicht die Anerkennung eines Verwertungsverbots für mitbestimmungswidrig, aber ansonsten rechtmäßig erlangte Informationen oder Beweismittel (vgl. Wiese, in: Festschr. f. Lorenz, S. 915, 939

m.w. Nachw.; Grosjean, DB 2003, 2650 [2653]; a.A. Fischer, BB 1999, 154 [155]). Die Rechtsprechung des 2. Senats hat in Kündigungsstreitigkeiten stets zwischen den betriebsverfassungsrechtlichen Rechtsfolgen mitbestimmungswidriger Maßnahmen einerseits und den kündigungsrechtlichen Auswirkungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern andererseits unterschieden (vgl. bspw. BAGE 93, 41 = NJW 2000, 2444 = NZA 2001, 107). Es sprechen schon erhebliche systematische Argumente gegen die Annahme eines Beweisverwertungsverbots im Falle von bloß mitbestimmungswidrig erlangten Informationen oder Beweismitteln. Dies gilt aber erst recht für ein mögliches Sachvortragsverwertungsverbot. Zwar handelt der Arbeitgeber, der das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats oder ein durch eine Betriebsvereinbarung etabliertes Beteiligungsverfahren missachtet, rechtswidrig. Für diesen Fall sehen aber sowohl das Betriebsverfassungsrecht kollektiv-rechtliche Sanktionen (insb. § 23 III BetrVG und den allgemeinen betriebsverfassungsrechtlichen Unterlassungsanspruch) als auch das Individualarbeitsrecht (z. B. Leistungsverweigerungsrechte) Reaktionsmöglichkeiten vor (vgl. Wiese, in: Festschr. f. Lorenz, S. 915, 935). Ein mitbestimmungswidriges Verhalten des Arbeitgebers ist somit durchaus sanktionsbewehrt. Einer darüber hinausgehenden - individualprozessrechtlichen - Sanktion bedarf es deshalb nicht. Dies gilt umso mehr, als - wie schon ausgeführt - grundsätzlich auch materiell-rechtswidrige erlangte Beweismittel im Zivilprozess verwertet werden können (vgl. den Fall und die Entscheidung zu BAGE 102, 190 = NJW 2003, 1204 = NZA 2003, 432).

[32] Hinzu kommt, dass auch eine Betriebsvereinbarung zu einem Mitbestimmungstatbestand, der einen Persönlichkeitsrechtsbezug hat, nicht festlegen kann, ob das Persönlichkeitsrecht verletzt ist oder nicht. Dementsprechend kann aus der Existenz einer Betriebsvereinbarung und einer möglichen Verletzung ihrer Regelungen nicht allein auf eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts eines Arbeitnehmers geschlossen werden. Ob eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts vorliegt, muss deshalb im Einzelfall festgestellt werden und lässt sich nicht allein mit nicht eingehaltenen Verfahrensregelungen einer Betriebsvereinbarung begründen. Entscheidend für ein Verwertungsverbot kann allenfalls ein Verstoß gegen das Persönlichkeitsrecht und nicht ein Verstoß gegen die Regelung des § 87 I Nr. 1 BetrVG oder gegen die Regelungen einer Betriebsvereinbarung sein (vgl. BAGE 105, 356; Haußmann/Krets, NZA 2005, 259 [263]).

ee. Berücksichtigung des Schutzzwecks der verletzten Norm

[33] Schließlich gebietet auch der Schutzzweck von § 87 I Nr. 1 BetrVG und von § 77 BetrVG jedenfalls in den Fällen, in denen die Verwertung der Information bzw. des Beweismittels zumindest nach allgemeinen

Grundsätzen zulässig ist, nicht die Annahme eines Verwertungsverbots (vgl. BAGE 105, 356 = NJW 2003, 3436 = NZA 2003, 1193). Der Sinn von § 87 I Nr. 1 BetrVG besteht unter anderem darin, Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht der betroffenen Arbeitnehmer durch bestimmte Verhaltenskontrollen nur bei gleichberechtigter Mitbestimmung des Betriebsrats zuzulassen. Es geht insoweit also um einen kollektiv-rechtlich vermittelten Schutz der Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer. Soweit § 87 I Nr. 1 BetrVG den Schutz des Persönlichkeitsrechts des Arbeitnehmers bezweckt, sind die Schutzzwecke dieser Norm und die zivilprozessualen Grundsätze über ein mögliches (Beweis-)Verwertungsverbot identisch. Ist demnach eine Informations- bzw. Beweisverwertung nach allgemeinen Grundsätzen zulässig, so ist bei Missachtung des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats oder bei einer nicht ausreichenden Einhaltung eines betriebsverfassungsrechtlichen Verfahrens ein darüber hinausgehendes Verwertungsverbot grundsätzlich abzulehnen.

c. Keine erhebliche Verletzung des Persönlichkeitsrechts der Bekl.

[34] Ein Verwendungs- und Verwertungsverbot kommt deshalb allenfalls dann in Betracht, wenn durch das Verhalten der Bekl. oder ihrer Repräsentanten bei der durchgeführten Spätkontrolle Persönlichkeitsrechte der Kl. erheblich verletzt worden wären. Eine derartige Verletzung des Persönlichkeitsrechts der Kl. ist aber im Entscheidungsfall nicht erkennbar.

aa. Allgemeines Persönlichkeitsrecht gem. Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG

[35] Das durch Art. 2 I i.V. mit Art. 1 I GG gewährleistete allgemeine Persönlichkeitsrecht ist zwar auch im Privatrechtsverkehr und insbesondere im Arbeitsverhältnis zu beachten (BAGE 105, 356 = NJW 2003, 3436 = NZA 2003, 1193). Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt den Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis nicht nur vor einer lückenlosen technischen Überwachung am Arbeitsplatz (bspw. BAGE 105, 356 = NJW 2003, 3436 = NZA 2003, 1193) sondern auch vor anderen Eingriffen (vgl. ErfK/Dieterich, 7. Aufl., Art. 2 GG Rdnr. 80). So stellen körperliche und sonstige Durchsuchungen, wie die Kontrolle des persönlichen Schrankes, mitgeführter Taschen oder Kleidungsstücke, in aller Regel zwar einen beachtlichen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht dar (BGHZ 124, 39 = NJW 1994, 188; KK-Nack, StPO, 3. Aufl., § 102 Rdnr. 11; Löwe/Rosenberg/Schäfer, StPO, 24. Aufl., § 102 Rdnr. 36).

bb. Schranken des Persönlichkeitsrechts des Arbeitnehmers

[36] Das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis wird allerdings nicht schrankenlos gewährleistet. Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht des

Arbeitnehmers können durch Wahrnehmung überwiegend schutzwürdiger Interessen des Arbeitgebers gerechtfertigt sein. Bei einer Kollision des allgemeinen Persönlichkeitsrechts mit den Interessen des Arbeitgebers ist somit durch eine Güterabwägung im Einzelfall zu ermitteln, ob das allgemeine Persönlichkeitsrecht den Vorrang verdient (BVerfGE 106, 28 = NJW 2002, 3619; BVerfG, NJW 1992, 815 = NZA 1992, 307 = AP BGB § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 24 = EzA BGB § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 10; zuletzt BVerfGE 117, 202 = NJW 2007, 753; BAGE 102, 190 = NJW 2003, 1204 = NZA 2003, 432; BAGE 93, 1 = NJW 2000, 1211 = NZA 2000, 418; zuletzt BAGE 105, 356 = NJW 2003, 3436 = NZA 2003, 1193). Dabei ist im Rahmen der Abwägung zu beachten, dass das Grundgesetz einer wirksamen Rechtspflege eine besondere Bedeutung beimisst (vgl. Art. 20 III GG; s. BAGE 105, 356 = NJW 2003, 3436 = NZA 2003, 1193). Auch im Zivilprozess, in dem über Rechte und Rechtspositionen der Parteien innerhalb eines privatrechtlichen Rechtsverhältnisses gestritten wird, sind die Aufrechterhaltung einer funktionsfähigen Rechtspflege und das Streben nach einer materiell richtigen Entscheidung wichtige Belange des Gemeinwohls. Um die Wahrheit zu ermitteln, sind die Gerichte deshalb grundsätzlich gehalten, den von den Parteien in den Prozess eingeführten Vortrag einerseits und gegebenenfalls die angebotenen Beweismittel andererseits zu berücksichtigen. Dies folgt, wie schon erwähnt, aus dem in § 286 ZPO niedergelegten Grundsatz der freien Beweiswürdigung, dem Rechtsstaatsprinzip sowie dem grundrechtsähnlichen Recht auf rechtliches Gehör gem. Art. 103 I GG. Diese Aspekte können als Bestandteil der verfassungsgemäßen Ordnung das allgemeine Persönlichkeitsrecht beschränken (vgl. BVerfGE 106, 28 = NJW 2002, 3619). Allerdings reicht allein das allgemeine Interesse an einer funktionsfähigen Zivilrechtspflege nicht aus, um im Rahmen der Abwägung stets von einem gleichen oder gar höheren Gewicht ausgehen zu können, als es dem allgemeinen

Persönlichkeitsrecht zukommt. Gleiches gilt für das Interesse, sich ein Beweismittel für zivilrechtliche Ansprüche zu sichern (BVerfGE 106, 28 = NJW 2002, 3619; BVerfG, NJW 2007, 753; BGHZ 162, 1 = NJW 2005, 497 = StAZ 2005, 102; Stein/Jonas/Leipold, § 284 Rdnr. 63). Vielmehr müssen weitere Aspekte hinzutreten, die trotz der Persönlichkeitsbeeinträchtigung eine bestimmte Informationsbeschaffung und Beweiserhebung als schutzbedürftig qualifizieren. Im Zivilprozess kann es insbesondere Situationen geben, in denen sich der Beweisführer in einer Notwehrsituation oder einer notwehrrähnlichen Lage befindet (BVerfGE 106, 28 = NJW 2002, 3619; s. auch Stein/Jonas/Leipold, § 284 Rdnrn. 62f.).

cc. Keine Ausnahme bzgl. Verwertbarkeit wegen erheblicher Verletzung des Persönlichkeitsrechts

[37] Danach ist im Entscheidungsfall kein Sachverhalt gegeben, der auf Grund einer erheblichen Verletzung des Persönlichkeitsrechts eine ausnahmsweise Annahme eines prozessualen Verwertungsverbots als geboten erscheinen lässt. Das Persönlichkeitsrecht der Kl. wird schon deshalb nicht in einem verfassungsrechtlich bedenklichen Maße beeinträchtigt, weil die Kl. in die Kontrolle eingewilligt hat. Ob und wann etwas anderes gelten muss, wenn keine Einwilligung der Betroffenen vorliegt, kann hier dahingestellt bleiben (vgl. zu möglichen Anforderungen BAGE 111, 173 = NJW 2005, 313 = NZA 2004, 1278).

III. Zurückverweisung gem. § 563 I 1 ZPO

[38] Da nicht feststeht, ob es sich bei dem durch die Spätkontrolle aufgefundenen Lippenstift um einen so genannten Tester gehandelt hat und die Mitnahme dieser (gebrauchten bzw. benutzten) Ware von der Bekl. erlaubt bzw. geduldet worden war, war der Rechtsstreit an das LAG zur weiteren Sachaufklärung und auch zur abschließenden Interessenabwägung zurückzuverweisen (§ 563 I 1 ZPO).

Strafrecht**Standort: § 212 StGB****Problem: Tötungsvorsatz**

BGH, URTEIL VOM 03.06.2008 (LG AUGSBURG)
1 STR 59/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte ist Vater eines im Tatzeitpunkt sechs Monate alten Kindes, für dessen Versorgung er zeitweise allein verantwortlich und mit der er völlig überfordert war. Er biss das Kind wiederholt in Arme, Gesicht und Gesäß und schüttelte es so heftig, dass Blutgefäße im Kopf des Kindes rissen. Die Mutter ging mit dem Kind zur Polizei, was zu einer rechtsmedizinischen Untersuchung führte, in deren Rahmen die lebensgefährlichen inneren Blutungen im Kopf des Kindes festgestellt wurden. Das Leben des Kindes konnte durch intensive medizinische Maßnahmen gerettet werden.

Das LG Augsburg hatte den Angeklagten aufgrund seines Verhaltens wegen versuchten Totschlags, §§ 212 I, 22, 23 I StGB, verurteilt. Hiergegen wandte sich der Angeklagte mit der Revision, mit der er insb. rügte, dass das LG zu Unrecht von einem Tötungsvorsatz ausgegangen sei. Der BGH wies diese Revision als unbegründet zurück.

Prüfungsrelevanz:

Tötungsdelikte sind häufig Gegenstand von Prüfungsaufgaben. Die Anforderungen an das Vorliegen eines Tötungsvorsatzes sind hierbei vor allem im zweiten Examen zu prüfen, wo in einer Klausur die Angaben in der (Ermittlungs-) Akte daraufhin zu untersuchen sind, ob sie die Annahme eines Tötungsvorsatzes des Beschuldigten rechtfertigen. Im ersten Examen stellt dies aufgrund der unstreitigen Klausursachverhalte dort kaum ein Problem dar, ist jedoch gelegentlich Gegenstand von mündlichen Prüfungen. Das vom BGH in der vorliegenden Entscheidung auch angesprochene Problem der Abgrenzung von beendetem und unbeendetem Versuch und die Anforderungen an einen entsprechenden Rücktritt sind jedoch in beiden Examen sehr häufig in Klausuren zu finden.

Ein klassisches Problem in der Praxis (und in den praxisnahen Aufgabenstellungen des 2. Examens) ist die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Gericht das Vorliegen eines Tötungsvorsatzes annehmen kann. Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit werden, insb. im Bereich der Tötungsdelikte, zahlreiche Auffassungen vertreten (vgl. hierzu

die Übersicht bei Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben, § 15 Rn 72 ff.). Der BGH folgt der sog. Billigungs- oder Einwilligungstheorie, nach der ein dolus eventualis dann gegeben ist, wenn der Täter den Erfolgseintritt zumindest für möglich hält und diesen billigend in Kauf nimmt (BGHSt 7, 363). Insofern ist ein "Billigen im Rechtssinne" ausreichend, d.h. der Täter braucht den Erfolgseintritt nicht gutzuheißen, es genügt, wenn er sich mit diesem abfindet, selbst wenn er ihm eigentlich unerwünscht ist (BGHSt 36, 1). Gerade bei den Tötungsdelikten sind jedoch im Hinblick auf die insofern bestehende hohe Hemmschwelle besonders hohe Anforderungen an die Annahme eines (Tötungs-) Vorsatzes zu stellen (vgl. Lackner/Kühl, § 212 Rn 3 mwN). Der BGH geht hierbei allerdings davon aus, dass ein Tötungsvorsatz jedenfalls dann indiziert ist, wenn der Täter bewusst besonders gefährliche Handlungen vornimmt (BGH, NStZ-RR 2006, 11 = RA 2006, 33; 2007, 304 = RA 2007, 671; NJW 2006, 386 = RA 2006, 93). Im vorliegenden Fall hat der BGH einen Tötungsvorsatz angenommen, zum einen im Hinblick darauf, dass der Täter den Säugling äußerst heftig und sehr schnell geschüttelt habe, sodass sein Verhalten besonders gefährlich war. Zum anderen hatte der BGH für die Annahme des Tötungsvorsatzes herangezogen, dass der Täter vor der Tat mehrfach von verschiedenen Seiten eindringlich darauf hingewiesen worden war, dass man bei Kleinkindern besonders auf den Kopf achten müsse, da hier stets die Gefahr eines Genickbruchs oder anderer schwerwiegender Verletzungen bestünde.

Des Weiteren befasst sich der BGH in der vorliegenden Entscheidung ausführlich mit der Abgrenzung von beendetem und unbeendetem Versuch. Diese Abgrenzung ist deshalb besonders wichtig, weil sich hiernach - zumindest beim Alleintäter - die Anforderungen an einen straffbefreienden Rücktritt richten, § 24 I StGB. Für einen Rücktritt vom unbeendetem Versuch ist es nämlich ausreichend, dass der Täter lediglich freiwillig die weitere Tatausführung aufgibt, § 24 I 1. Fall StGB, während ein Rücktritt vom beendetem Versuch grundsätzlich voraussetzt, dass der Täter freiwillig die Vollendung der Tat verhindert, § 24 I 2. Fall StGB. Die Abgrenzung zwischen beendetem und unbeendetem Versuch ist nach ganz herrschender Meinung anhand der Tätervorstellung nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung vorzunehmen (sog. "Rücktrittshorizont", vgl. BGHSt 31, 175; 33, 298; BGH, StV

2003, 213; 2007, 72; Fischer, § 24 Rn 14). Geht der Täter davon aus, sein bisheriges Handeln reiche nicht aus, den Erfolg der Tat herbeizuführen, so liegt ein unbeendeter Versuch vor; glaubt er hingegen, sein bisheriges Verhalten werde zum Erfolg der Tat führen oder macht er sich überhaupt keine Vorstellungen hierüber, so liegt ein beendeter Versuch vor (BGHSt 14, 79; 40, 304, 306; BGH, StV 1982, 70; Fischer, § 24 Rn 14). In der vorliegenden Entscheidung betont der BGH, dass der Grundsatz "in dubio pro reo" auch im Rahmen des Rücktritts gilt, und zwar sowohl bzgl. der Frage ob ein unbeendeter oder beendeter Versuch gegeben ist (wobei die Annahme eines unbeendeten Versuches wegen der insofern geringeren Rücktrittsbedingungen die für den Täter günstigere Alternative darstellt) als auch bei der Prüfung des Vorliegens der jeweiligen Rücktrittsbedingungen. Allerdings betont der BGH, dass es hier - wie sonst auch bei der Anwendung des Zweifelsatzes - nicht zulässig ist, zugunsten des Täters Tatvarianten zu unterstellen, für die es keinerlei konkrete Anhaltspunkte gibt (BGH, NJW 2007, 2274; NStZ-RR 2005, 147; NStZ 2004, 35; 2008, 508; Leipold/Beukelmann NJW-Spezial 2008, 281).

Vertiefungshinweise:

☐ Zu den Anforderungen für die Annahme eines (bedingten) Tötungsvorsatzes: *BGH*, NStZ-RR 2005, 11 = RA 2006, 33; 2007, 304 = RA 2007, 671; NJW 2006, 386 = RA 2006, 93; NStZ 2002, 541; 2004, 331; *Alt-vater*, NStZ 2002, 20; *Eser*, NStZ 1981, 430; *Köhler*, JA 1981, 35; *Schneider*, NStZ 2004, 202

☐ Zur Abgrenzung von beendetem und unbeendetem Versuch: *BGHSt* 14, 79; 31, 175; 33, 298; 40, 304; *BGH*, StV 1982, 70; *Herzberg*, NJW 1986, 2466; *Otto/Ströber*, JURA 1987, 374; *Puppe*, NStZ 1986, 15; *Roxin*, JR 1986, 424; *Rudolphi*, NStZ 1983, 361

Kursprogramm:

☐ *Examenskurs*: "Der eiskalte Engel"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Zur Annahme eines Tötungsvorsatzes beim Schütteln eines Kleinkinds.

2. Ein straffbefreiender Rücktritt kommt schon im Ansatz nicht in Betracht, wenn der Versuch fehlgeschlagen ist. Dies ist der Fall, wenn entweder der Erfolgseintritt objektiv nicht mehr möglich ist und der Täter dies erkennt oder wenn der Täter den Erfolgseintritt jedenfalls nicht mehr für möglich hält. Ein Versuch ist (unter anderem) dann nicht fehlgeschlagen, wenn der Täter die Tat zwar auf der Stelle kurzfristig nicht fortsetzen kann, ihm dies aber ohne nennenswerte zeitliche Zäsur möglich bleibt.

3. Liegt kein fehlgeschlagener Versuch vor, so kommt es hinsichtlich des Rücktritts darauf an, ob

ein unbeendeter oder ein beendeter Versuch vorliegt. Dies richtet sich nach der Vorstellung, die der Täter zu dem Zeitpunkt hat, zu dem er auf die ihm mögliche Weiterführung der Tat verzichtet (sog. "Rücktrittshorizont"). Geht er davon aus, sein bisheriges Handeln reiche nicht aus, den Erfolg der Tat herbeizuführen, so läge ein unbeendeter Versuch vor; für einen straffbefreienden Rücktritt genügt dann freiwilliges Nichtweiterhandeln (§ 24 I 1 1. Fall StGB). Glaubte er dagegen, sein bisheriges Verhalten werde zum Erfolg der Tat führen oder macht er sich überhaupt keine Vorstellungen hierüber, so liegt ein beendeter Versuch vor. Straffbefreiender Rücktritt verlangt dann, dass er erfolgreiche Bemühungen entfaltet, um den drohenden Eintritt des (schädlichen) Erfolgs seiner Tat zu verhindern (§ 24 I 1 2. Fall StGB).

4. Der Zweifelsatz ist auch auf das Vorliegen von Rücktrittsvoraussetzungen anzuwenden, wenn bei einer Gesamtbeurteilung der Tatsachen keine eindeutigen Feststellungen getroffen werden können. Jedoch ist es in diesem Zusammenhang nicht zulässig, zugunsten des Angeklagten Tatvarianten zu unterstellen, für die es keinerlei konkrete Anhaltspunkte gibt.

Sachverhalt:

Der Angeklagte ist Vater des am 4. März 2006 geborenen D, eines sehr unruhigen Kindes, das viel schrie. Ende August/Anfang September 2006 war der Angeklagte weitgehend allein für die Versorgung des Kindes verantwortlich.

Mit dieser Aufgabe war er überfordert. Er behandelte das Kind "zunehmend gereizt und aggressiv". Zu einem nicht exakt feststellbaren Zeitpunkt innerhalb dieses Zeitraumes packte der Angeklagte das schreiende Kind am Brustkorb und schüttelte es, um es zum Schweigen zu bringen, so heftig in "sagittaler Richtung", dass der Kopf nach vorne und hinten schlug und wegen der noch schwachen Nackenmuskulatur erst in der Extremposition, also Brust und Nacken, abgebremst wurde. Es kam zum Abriss so genannter Brückenvenen zwischen Schädelkalotte und Gehirn. Dies führte zu subduralen Blutungen und zu beidseits flächenhaften mehrschichtigen Netzhauteinblutungen. Unabhängig davon hatte der Angeklagte das Kind auch wiederholt in den Oberarm, die Wange und das Gesäß gebissen, was zu entsprechenden Spuren an dessen Körper führte. Weitere Spuren am Körper des Kindes im Bereich der Gesäßfalte/Steißbeinregion sowie unterhalb beider Schlüsselbeine waren vom Angeklagten durch stumpfe Gewalteinwirkung hervorgerufen worden (wegen dieser Taten wurde das Verfahren eingestellt, da sie neben den abgeurteilten Taten nicht ins Gewicht fielen). Der Angeklagte versuchte, gegenüber der Mutter des Kindes diese Spuren sowohl als "Knutschflecken" als auch als von der Katze ver-

ursacht zu verharmlosen. Die Mutter ging aber wegen dieser Verletzungsspuren zur Polizei, die eine Untersuchung in der Rechtsmedizin veranlasste.

Dort fiel der ungewöhnliche Umfang des Kopfes des Kindes auf und es wurde sofort in die Kinderklinik verbracht, wo sein Leben - nur - durch zahlreiche intensivmedizinische Maßnahmen gerettet werden konnte. Im Rahmen dieser Untersuchungen wurde anhand entsprechender Spuren im Körper des Kindes festgestellt, dass es auch schon vor Ende August/Anfang September in ähnlicher Weise und mit ähnlichen Folgen wie dort geschüttelt worden sein muss (zur Erfahrung, dass wiederholte Tathandlungen in diesem Zusammenhang nicht selten sind vgl. auch Schneiders/Schröder: Das Schütteltrauma - eine häufig unbekannte Form der Kindesmisshandlung, Kriminalistik 2005, 734, 735). Zum Zeitpunkt der Hauptverhandlung vor dem Landgericht war eine bestimmte Hirnfunktion des Kindes noch gestört. Ob dauerhaft geistige oder motorische Retardierungen zurückbleiben werden, war noch nicht absehbar. [...]

Der Angeklagte hat in der Hauptverhandlung keine Angaben zur Sache gemacht und im Ermittlungsverfahren jedes Fehlverhalten bestritten. Auch mit sachverständiger Hilfe konnte die Strafkammer - nahe liegend - nicht exakt feststellen, an welchem Tag der Angeklagte das Kind erstmals so heftig geschüttelt hatte, dass die geschilderten Folgen auftraten. Festzustellen war nur, dass das Kind mindestens vier Wochen alt war, als ihm diese Verletzungen zugefügt wurden und dass die Verletzungen schon mindestens vier Wochen alt waren, als sie entdeckt wurden. Da das Kind am 6. März 2006 geboren wurde und ab dem 8. September 2006 in der Kinderklinik untersucht und behandelt wurde, hat demnach das erste Schütteln frühestens Anfang April 2006 und spätestens Mitte August 2006 stattgefunden. Der Angeklagte wohnte jedoch erst ab Ende April 2006 mit dem Kind in derselben Wohnung. Daher geht die Strafkammer davon aus, dass die erste Tat nicht vor diesem Zeitpunkt begangen wurde.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts; Abweisung der Revision

[1] Der Angeklagte wurde wegen versuchten Totschlags in zwei Fällen, jeweils in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sieben Jahren verurteilt.

[2] Seine auf die näher ausgeführte Sachrüge gestützte Revision bleibt erfolglos. [...]

II. Begründung

1. Zu den Feststellungen zum äußeren Geschehensablauf, insb. zur Täterschaft des Angeklagten

[6] Die Feststellungen zum äußeren Geschehensablauf

sind nicht zu beanstanden. Der näheren Ausführung bedarf dies nur insoweit, als die Revision die Täterschaft des Angeklagten hinsichtlich des ersten Schüttelns nicht für rechtsfehlerfrei festgestellt hält. [...]

b. Argumentation der Revision

[8] Die Revision meint, die Annahme der Täterschaft des Angeklagten sei ein Zirkelschluss. Ein Tatzeitpunkt vor Ende April 2006 sei medizinisch nicht auszuschließen. Der Angeklagte habe aber erst ab Ende April 2006 Gelegenheit zur Tat gehabt. Das Gericht habe sich mit der Möglichkeit, dass die Tat schon vorher begangen worden sei, der Angeklagte also nicht der Täter sei, gedanklich nicht auseinandergesetzt. Soweit die Strafkammer, so die Revision ergänzend in der Hauptverhandlung vor dem Senat, geprüft und verneint habe, ob andere Personen als der Angeklagte als Täter in Betracht kämen, bezöge sich dies (ebenfalls) nur auf den Zeitraum ab Ende April 2006. Dies bekräftige, dass die Strafkammer den möglichen Tatzeitraum rechtsfehlerhaft zum Nachteil des Angeklagten verkürzt habe.

c. Zum Vorliegen einer kausalen Handlung des Angeklagten

[9] Der Senat sieht keinen Rechtsfehler.

[10] Das Kind lebte bis Ende April 2006 in der Wohnung des früheren Ehemannes der Mutter, R, dann zogen Mutter und Kind mit dem Angeklagten zusammen. Die Strafkammer hat jedoch, ohne insoweit eine zeitliche Einschränkung vorzunehmen, geprüft, ob der frühere Ehemann oder - sämtliche - andere Personen, die mit dem Kind schon in der Wohnung des früheren Ehemannes Kontakt hatten, als Täter in Betracht kommen. Ihre Prüfung beschränkt sich daher offensichtlich nicht auf den Zeitraum, ab dem das Kind nicht mehr in der Wohnung des früheren Ehemannes lebte. Dass die Strafkammer diese Personen rechtsfehlerhaft als Täter ausgeschlossen hätte, ist weder konkret behauptet noch sonst ersichtlich. Mit anderen Personen als denen, deren mögliche Täterschaft die Strafkammer geprüft hat, hatte das Kind, so ergeben die Urteilsgründe, zu keinem Zeitpunkt Kontakt. Auch diese Feststellungen, gegen die die Revision ebenfalls keine konkreten Einwendungen erhebt, sind rechtsfehlerfrei.

Wenn also eine andere Person als der Angeklagte Täter des ersten Schüttelns sein sollte, müsste es ein Unbekanntes gewesen sein, zu dem das Kind im Übrigen keinen Kontakt hatte. Es ist jedoch weder im Hinblick auf den Zweifelssatz noch sonst geboten, zu Gunsten des Angeklagten einen Sachverhalt zu unterstellen, für dessen Vorliegen sich keine konkreten Anhaltspunkte ergeben haben (NJW 2007, 2274; NSStZ-RR 2005, 147; 2003, 371 <LS>; NSStZ 2004, 35, 36 m.w.N.). Dementsprechend war auch eine ausdrückliche Erörterung der aufgezeigten fern liegenden und bloß theoretischen Möglichkeit nicht geboten.

2. Zum Vorliegen eines (bedingten) Tötungsvorsatzes

[11] Auch der - bedingte - Tötungsvorsatz ist rechtsfehlerfrei bejaht.

[12] Der Senat verkennt nicht, dass nach forensischer Erfahrung in "Schüttelfällen" ein derartiger Vorsatz vielfach nicht festzustellen ist (vgl. zusammenfassend Schneider in NStZ 2004, 202, 203 <Anm. zu BGH aaO 201 f.> m.w.N.; vgl. auch Schneiders/Schröder aaO m.w.N. in Fußn. 9). Allein dass ein bestimmtes Ergebnis nicht fern liegt, schließt jedoch nicht aus, dass der Tatrichter im Einzelfall auch rechtsfehlerfrei zu einem anderen Ergebnis kommen kann (vgl. BGH, Urt. vom 12. Juni 2007 - 1 StR 73/07; zum Tötungsvorsatz beim Schütteltrauma vgl. BGH, Urt. vom 7. Dezember 1999 - 1 StR 538/99). Hier stützt die Strafkammer die Annahme eines Tötungsvorsatzes nicht allein auf das - wie sich die Strafkammer nach sachverständiger Beratung und Demonstration überzeugt hat - vorliegend "äußerst heftige" und "sehr schnelle" Schütteln, sondern auch etwa darauf, dass der Angeklagte wiederholt und von unterschiedlichen Personen darauf hingewiesen worden war, dass man bei Kindern "ganz besonders auf den Kopf achten müsse, nachdem diese ihren Kopf noch nicht selbst halten könnten", und dass "so ein Genick schnell gebrochen sei". Diese und weitere für und gegen einen Tötungsvorsatz, auch hinsichtlich des erforderlichen voluntativen Vorsatzelements (vgl. zusammenfassend Schneider aaO m.w.N.), sprechende Gesichtspunkte, wie sie sich etwa aus den Feststellungen zum sonstigen Verhalten des Angeklagten gegenüber dem Kind ergeben, hat die Strafkammer sorgfältig gegeneinander abgewogen. Hinsichtlich des zweiten Schüttelns hat sie auch erwogen (und verneint), ob der letztlich nicht tödliche Ausgang des ersten Schüttelns gegen einen (bedingten) Tötungsvorsatz beim zweiten Schütteln sprechen könnte. Es ist insgesamt nicht ersichtlich, dass das von ihr gefundene Ergebnis auf widersprüchlicher, lückenhafter oder unklarer Grundlage beruhte, gegen Denk- oder Erfahrungssätze verstieße oder sonst die dem Tatrichter bei der Beweiswürdigung gezogenen rechtlichen Grenzen überschritte.

3. Zum Fehlen eines strafbefreienden Rücktritts gem. § 24 StGB

[13] Der Generalbundesanwalt weist zutreffend darauf hin, dass die Strafkammer nicht geprüft hat, ob (jeweils) ein strafbefreiender Rücktritt (§ 24 StGB) vorliegen könnte. Ein den Bestand des Urteils gefährdender durchgreifender Mangel liegt deshalb jedoch nicht vor.

a. Rücktritt ausgeschlossen bei fehlgeschlagenem Versuch

[14] Ein strafbefreiender freiwilliger Rücktritt käme allerdings schon im Ansatz nicht in Betracht, wenn die Tat(en) fehlgeschlagen wäre(n). Dies ist der Fall, wenn

entweder der Erfolgseintritt objektiv nicht mehr möglich ist und der Täter dies erkennt oder wenn der Täter den Erfolgseintritt jedenfalls nicht mehr für möglich hält (st. Rspr., vgl. nur BGHSt <GS> 39, 221, 228 m.w.N.).

b. Kein fehlgeschlagener Versuch im vorliegenden Fall

[15] Es ist den Urteilsgründen jedoch nicht zu entnehmen, dass die Strafkammer (jeweils) von einem fehlgeschlagenen Versuch ausgegangen wäre.

[16] Allerdings stellt sie Erwägungen darüber an, wie lange genau der Angeklagte das Kind geschüttelt hat. Sachverständig beraten geht sie davon aus, dass - auch angesichts des Gewichts des Kindes - ein Erwachsener das Kind so heftig wie festgestellt zehn oder maximal 20 Sekunden geschüttelt haben kann, danach würde er ermüden und könnte nicht länger schütteln. "Zu Gunsten des Angeklagten", so die Strafkammer, gehe sie davon aus, dass er zehn Sekunden geschüttelt habe, offenbar weil er dann ermüdet gewesen sei. Wenn mit alledem zum Ausdruck gebracht sein sollte, es läge ein fehlgeschlagener Versuch vor, weil der Angeklagte das Kind so lange geschüttelt habe, wie er konnte, bestünden allerdings Bedenken. Ein Versuch ist (unter anderem) dann nicht gescheitert, wenn sie der Täter zwar auf der Stelle kurzfristig nicht fortsetzen kann, ihm dies aber ohne nennenswerte zeitliche Zäsur möglich bleibt (BGH, Beschl. vom 27. November 2002 - 1 StR 462/02 m.w.N. = NStZ-RR 2003, 199 <LS>; BGHSt aaO m.w.N.). Dass ein junger, zur Tatzeit 22 oder 23 Jahre alter Mann, selbst wenn er wegen Ermüdung einen Säugling nicht länger als zehn oder 20 Sekunden schütteln kann, nicht alsbald wieder so zu Kräften käme, dass er weiter schütteln könnte, wenn er dies will, versteht sich jedenfalls nicht von selbst. Im Übrigen ist jedenfalls im zweiten Fall der Versuch schon deshalb nicht fehlgeschlagen, weil das Kind ohne die späteren intensivmedizinischen Maßnahmen an den Folgen des Schüttelns gestorben wäre. Der Senat versteht die Urteilsgründe jedoch nicht so, dass die Strafkammer deshalb den Rücktritt nicht prüft, weil sie die Versuche wegen Ermüdung als endgültig gescheitert ansehen würde. Abgesehen davon, dass dies nicht ausdrücklich ausgeführt ist, spricht gegen diese Annahme insbesondere, dass die Strafkammer in diesem Zusammenhang die von ihr als wesentlich angesehene Frage in den Mittelpunkt stellt, ob der Angeklagte nach zehn oder erst nach 20 Sekunden ermüdet war, was - allenfalls - für die Frage der Intensität der Handlung bedeutsam sein mag, für die Frage eines gescheiterten Versuchs aber bedeutungslos ist.

[17] Im Übrigen bemerkt der Senat in diesem Zusammenhang, dass es jedenfalls nicht ausgeschlossen erscheint, dass der Täter in derartigen Fällen zu schütteln aufhört, weil das Kind still geworden ist und er deshalb sein eigentliches Ziel erreicht hat: "Das Fatale bei

dem Schütteltrauma ist, dass der von dem Täter/der Täterin intendierte Erfolg, dass der Säugling endlich aufhört zu schreien, aufgrund der Schädigungen sofort eintritt" (Schneiders/Schröder aaO 735). Die unterbliebene Erörterung dieser Möglichkeit durch die Strafkammer stellt jedoch keine den Bestand des Urteils gefährdende Lücke dar, weil die (etwaige) Feststellung, der Angeklagte habe zu Schütteln aufgehört, weil das Kind nicht mehr geschrien hat, keine notwendigen - zumal nicht den Angeklagten entlastende - Schlüsse darüber ergibt, welche Vorstellungen er über die bisherigen Folgen des Schüttelns hatte.

c. Abgrenzung zwischen beendetem und unbeendetem Versuch

[18] Liegt kein fehlgeschlagener Versuch vor, so kommt es hinsichtlich des Rücktritts darauf an, ob ein unbeendeter oder ein beendeter Versuch vorliegt. Dies richtet sich nach der Vorstellung, die der Täter zu dem Zeitpunkt hat, zu dem er auf die ihm mögliche Weiterführung der Tat verzichtet ("Rücktrittshorizont"; st. Rspr. seit BGHSt 33, 295 ff. unter Hinweis auf BGHSt 31, 170). Geht er davon aus, sein bisheriges Handeln reiche nicht aus, den Erfolg der Tat herbeizuführen, so läge ein unbeendeter Versuch vor; für einen strafbefreienden Rücktritt genügt dann freiwilliges Nichtweiterhandeln (§ 24 Abs. 1 Satz 1, 1. Alternative StGB). Glaubt er dagegen, sein bisheriges Verhalten werde zum Erfolg der Tat führen - oder macht er sich überhaupt keine Vorstellungen hierüber (vgl. BGHSt 40, 304, 306) - so liegt ein beendeter Versuch vor. Strafbefreiender Rücktritt verlangt dann, dass er erfolgreiche Bemühungen entfaltet, um den drohenden Eintritt des (schädlichen) Erfolgs seiner Tat zu verhindern (§ 24 Abs. 1 Satz 1, 2. Alternative StGB).

d. Zum Fehlen der Voraussetzungen für einen Rücktritt vom beendeten Versuch

[19] Ein auf erfolgreichen Rettungsbemühungen beruhender Rücktritt (vom beendeten Versuch) liegt offensichtlich nicht vor.

e. Kein unbeendeter Versuch

[20] Grundvoraussetzung für die Annahme eines strafbefreienden Rücktritts wäre daher, dass der Angeklagte nach dem Schütteln geglaubt hätte, tödliche Folgen würden schon allein deshalb ausbleiben, weil er nicht weiter schüttelte. Hiervon brauchte die Strafkammer nicht auszugehen:

[21] Der Angeklagte wusste nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen beim Schütteln, dass dieses tödliche Folgen haben konnte, und nahm dies billigend in Kauf.

[22] In tatsächlicher Hinsicht unterscheidet sich eine solche Gewalthandlung von vielen anderen Gewalthandlungen insoweit, als ihre Auswirkungen nicht ohne weiteres äußerlich erkennbar sind; ebenso wenig muss der tödliche Erfolg in unmittelbarem zeitlichen

Zusammenhang mit der todesverursachenden Handlung stehen, sondern er kann - wie es hier ohne die Rettungsmaßnahmen der Fall gewesen wäre - auch etliche Tage später noch eintreten. Unter diesen Umständen ist nicht ersichtlich, an welche realen Gesichtspunkte die Annahme anknüpfen könnte, der Angeklagte habe bei Beendigung des Schüttelns geglaubt, dass die von ihm beim Schütteln noch für möglich gehaltenen Folgen jetzt doch nicht eintreten sollten. Auch er selbst hat sich weder innerhalb noch außerhalb des Verfahrens je in diesem Sinne geäußert. Bei einer solchen Beweislage sind präzise Feststellungen über eine sogenannte innere Tatsache - also darüber, was der Angeklagte, ohne dies erkennbar werden zu lassen, geglaubt oder nicht geglaubt hat - offenbar nicht möglich.

[23] Allerdings ist der Zweifelssatz auch auf das Vorliegen von Rücktrittsvoraussetzungen anzuwenden, wenn bei einer Gesamtbeurteilung der Tatsachen keine eindeutigen Feststellungen getroffen werden können. Jedoch ist es - auch - in diesem Zusammenhang nicht zulässig, zu Gunsten des Angeklagten Tatvarianten zu unterstellen, für die es keinerlei konkrete Anhaltspunkte gibt (st. Rspr. vgl. d. N. oben II 1 c; speziell zum Rücktritt vgl. BGH, Urt. vom 13. März 2008 - 4 StR 610/07; vgl. hierzu zusammenfassend auch Leibold/Beukelmann NJW-Spezial 2008, 281). All dies führt auch bei einem (wie hier) schweigenden beziehungsweise pauschal bestreitenden Angeklagten nicht zu einer mit dem Schuldprinzip kollidierenden Beweislastumkehr, sondern ist notwendige Folge der Verpflichtung des Gerichts, gemäß § 261 StPO seine Überzeugung aus dem Gang der Hauptverhandlung zu schöpfen (vgl. BVerfG, Beschl. vom 8. November 2006 - 2 BvR 1378/06; BGH NJW 2007, 2274).

[24] Kann aber eine Vorstellungsänderung des Angeklagten als auf nichts gestützte und daher nur denktheoretische Möglichkeit schon im Ansatz nicht tragfähige Grundlage ihn begünstigender Schlussfolgerungen sein, so brauchte die Strafkammer diese Möglichkeit auch nicht ausdrücklich zu erörtern.

4. Zum Fehlen von Rechtsfehlern im Übrigen

[25] Auch im Übrigen ist der Schuldspruch rechtsfehlerfrei.

5. Zur Strafzumessung

[26] Ebenso hält auch der Strafausspruch rechtlicher Überprüfung Stand. Anzumerken ist insoweit nur folgendes:

Die Strafkammer führt näher aus, dass gegen den Angeklagten 1997 ein Verfahren wegen Verwendens von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen gemäß § 45 JGG behandelt wurde (eingetragen im Erziehungsregister gem. § 60 Abs. 1 Nr. 7 BZRG) und dass er in einem weiteren Verfahren wegen Sachbeschädigung 2002 vom Jugendrichter verwarnt wurde (einge-

tragen im Erziehungsregister gem. § 60 Abs. 1 Nr. 2 BZRG). Weitere Vorahndungen gibt es nicht. Ausweislich der Urteilsgründe sind diese Feststellungen auf einen mehrere Monate vor der Hauptverhandlung erhobenen Auszug aus dem Bundeszentralregister gestützt. Da der Angeklagte aber zum Zeitpunkt der Hauptverhandlung bereits das 24. Lebensjahr vollendet hatte, waren die genannten Eintragungen im Erziehungsregister gemäß § 63 Abs. 1 und 2 BZRG bereits entfernt und durften gemäß § 63 Abs. 4 BZRG i.V.m. § 51 Abs. 1 BZRG nicht mehr zum Nachteil des Angeklagten verwendet werden (BGHR BZRG § 60 Erzie-

hungsregister 1 m.w.N.; § 63 Verwertung 1).

Nachdem die Strafkammer jedoch diese Vorahndungen ausschließlich unter der Überschrift "Strafmilderungsgründe" bewertet und dort ausführt, dass sie "allesamt noch dem Jugendrecht unterfielen, nicht einschlägig (sind) und ... bereits längere Zeit zurück(liegen)", kann der Senat ausschließen, dass sich der aufgezeigte Mangel zum Nachteil des Angeklagten ausgewirkt hat. Der Senat hat daher zu der andernfalls nahe liegenden Prüfung, ob die Strafe als angemessen i.S.d. § 354 Abs. 1a StPO anzusehen ist, keine Veranlassung.

Standort: § 249 StGB

Problem: Irrtum über Zueignungsanspruch

BGH, URTEIL VOM 23.07.2008

5 STR 46/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Angeklagten hatten das Opfer überfallen, mit einer Eisenstange geschlagen und dessen Wohnung erfolglos nach Bargeld durchsucht. Sie hatten sich dahingehend eingelassen, sie hätten von dem Opfer Schulden aus Drogengeschäften eintreiben wollen und deshalb Geld gesucht. Das LG Hamburg hatte die Angeklagten wegen gefährlicher Körperverletzung, §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 4 StGB, und Nötigung, § 240 I StGB, verurteilt. Eine Verurteilung wegen versuchten schweren Raubes, §§ 249 I, 250 II Nr. 1, 22, 23 I StGB, hatte es abgelehnt, da die Angeklagten Ansprüche eintreiben wollten und deshalb keinen Vorsatz bzgl. der Rechtswidrigkeit der von ihnen beabsichtigten Zueignung gehabt hätten. Der BGH hob die Entscheidung auf, soweit der versuchte schwere Raub verneint worden war.

Prüfungsrelevanz:

Sowohl Vermögensdelikte, insb. §§ 242, 249 StGB, als auch Irrtumsprobleme stellen in beiden Examen klassische Examensaufgaben dar. Da die vorliegende Entscheidung diese beiden Problemkreise miteinander verbindet, dürfte sie eine besonders hohe Examensrelevanz aufweisen, wenn sie auch inhaltlich nichts wirklich Neues bringt.

Sowohl der Tatbestand des Diebstahls, § 242 I StGB, als auch derjenige des Raubes, § 249 I StGB, setzen voraus, dass der Täter in der Absicht handelt, die weggenommene Sache "sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen". Rechtswidrig ist eine vom Täter beabsichtigte Zueignung dann, wenn er keinen fälligen und durchsetzbaren Anspruch auf Übereignung der weggenommenen Sache hat (BGHSt 17, 87; Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn 59; Krey/Hellmann, BT II, Rn 92). Hierbei ist zu berücksichtigen, dass sich aus einem Kaufvertrag über Drogen niemals ein fäl-

liger und durchsetzbarer Übereignungsanspruch - weder bzgl. der gekauften Drogen noch bzgl. des Geldes mit dem diese bezahlt werden sollen - ergeben kann. Ein solcher Vertrag ist nämlich gem. § 134 BGB wegen Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot (insb. §§ 29, 29a BtMG) nichtig, sodass aus ihm keine durchsetzbaren Ansprüche resultieren können. Nimmt also nach Abschluss eines solchen Kaufvertrages der Käufer die verkauften Drogen oder der Verkäufer das Geld, mit dem bezahlt werden sollte, weg, so ist die entsprechend beabsichtigte Zueignung immer noch rechtswidrig.

Da allerdings die Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung ein objektives Tatbestandsmerkmal darstellt, ist insofern Vorsatz - zumindest dolus eventualis - erforderlich (BGH, NJW 1990, 2832; Fischer, § 242 Rn 49; Krey/Hellmann, BT II, Rn 96). Hat also der Täter zwar objektiv keinen fälligen durchsetzbaren Anspruch auf Übereignung der weggenommenen Sache, stellt sich aber einen solchen vor, so ist zwar die beabsichtigte Zueignung objektiv rechtswidrig, es fehlt jedoch an dem insofern erforderlichen Vorsatz des Täters, sodass dieser gem. § 16 I 1 StGB nicht wegen Diebstahls oder Raubes bestraft werden kann (BGH, StV 2004, 207; Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn 65; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn 190). In der vorliegenden Entscheidung stellt der BGH allerdings (wie bereits in dem Urteil BGH, NSTZ 2004, 37 (= RA 2003, 706)) klar, dass der Vorsatz bzgl. der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung nicht bereits dann entfällt, wenn der Täter sich lediglich nach den Anschauungen der einschlägigen kriminellen Kreise als berechtigter Inhaber eines Zahlungsanspruchs gegen das Opfer fühlt. Entscheidend ist, ob er sich vorstellt, dass dieser Anspruch auch von der Rechtsordnung anerkannt wird und er seine Forderung demgemäß mit gerichtlicher Hilfe in einem Zivilprozess durchsetzen könnte. Da die Angeklagten im vorliegenden Fall aber nicht davon ausgingen, ihre Ansprüche gegen das Opfer auch vor Gericht durchsetzen zu können, hatten sie vorsätzlich bzgl. der Rechtswidrigkeit der beabsichtig-

ten Zueignung gehandelt.

Interessant ist in Konstellationen wie derjenigen im vorliegenden Fall, dass selbst dann, wenn der Vertrag, aus dem der Verkäufer einen Anspruch auf Zueignung des Kaufpreises ableiten will, wirksam ist, sich aus dem Vertrag kein Speziesanspruch auf Zueignung bestimmter Geldscheine ergibt, sondern nur ein Gattungsanspruch auf Zahlung eines bestimmten Geldbetrages. Das heißt, selbst wenn der Vertrag wirksam ist, hat der Verkäufer keinen fälligen durchsetzbaren Anspruch auf die Zueignung bestimmter (von ihm weggenommener) Geldscheine oder Münzen. Somit kommt immer noch eine Strafbarkeit wegen Diebstahls oder Raubes an dem Geld in Betracht. Glaubt der Täter, er habe aus dem zugrunde liegenden Kaufvertrag einen Anspruch auf die Zueignung bestimmter Münzen, so stellt dies eigentlich einen - unter § 17 StGB fallenden und wegen Vermeidbarkeit unbeachtlichen Verbots- bzw. Erlaubnisirrtum (über die Reichweite des Rechtfertigungsgrundes des § 229 BGB) dar (Krey/Hellmann, BT II, Rn 97; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn 190). Jedoch baut die ganz herrschende Meinung, insb. die Rechtsprechung, dem Täter in solchen Fällen, eine "Brücke" zum Tatbestandsirrtum des § 16 I StGB, indem sie betont, dass eine differenzierte Betrachtung von Gattungs- und Speziesansprüchen, gerade bei Geldschulden, vom Laien nicht erwartet werden könne. Glaube der Täter, die im Gewahrsam des Schuldners befindlichen Geldmittel als die unmittelbar geschuldeten beanspruchen zu können, so glaube er an einen bestehenden Anspruch bzgl. der weggenommenen Sache, sodass ein Tatbestandsirrtum i.S.v. § 16 I 1 StGB (bzgl. der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung) bestehe (BGH, StV 2004, 207; Joecks, Vor § 242 Rn 55; Krey/Hellmann, BT II, Rn 98).

Vertiefungshinweise:

Zum Vorsatz bzgl. der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung i.R.v. §§ 242, 249 StGB: *BGH*, NSStZ 1998, 216; 2004, 37 = RA 2003, 706; StV 2000, 78; NJW 1990, 2832; *Ebel*, JZ 1983, 178; *Gribbohm*, NJW 1968, 240; *Hirsch*, JZ 1963, 149; *Mohrbotter*, GA 1967, 199

Kursprogramm:

Examenskurs: "Die Geldeintreiber"

Leitsätze (der Redaktion):

Nicht anders als bei der Prüfung, ob ein Zahlungsanspruch aus einem Drogenverkauf der Annahme der Absicht einer unrechtmäßigen Bereicherung im Sinne des § 253 I StGB beim nötigen Einfordern dieses Anspruchs entgegensteht, kommt es bei der Prüfung, ob der Angeklagte zur Verwirklichung eines solchen Zahlungsanspruchs zu Selbst-

hilfzwecken in Erfüllung eines vorgestellten Übereignungsanspruchs gehandelt hat darauf an, ob der Angeklagte nach laienhafter Bewertung der Umstände einen Anspruch auf die erstrebte Leistung sich nicht zumisst oder für zweifelhaft hält. Ein Irrtum über das Bestehen eines solchen Anspruchs liegt nicht vor, wenn sich der Nötigende lediglich nach den Anschauungen der einschlägig kriminellen Kreise als berechtigter Inhaber eines Zahlungsanspruchs gegen das Opfer fühlt. Entscheidend ist, ob er sich vorstellt, dass dieser Anspruch auch von der Rechtsordnung anerkannt wird und er seine Forderung demgemäß mit gerichtlicher Hilfe in einem Zivilprozess durchsetzen könnte.

Sachverhalt:

Nach reichlichem Alkoholkonsum beschlossen die Angeklagten am späten Abend des 9. April 2007, ihrem Bekannten T einen Denkkzettel zu verpassen. I war über T verärgert, weil dieser entgegen seinem Versprechen unberechtigt von I eingezogene 20 Euro nicht zurückgezahlt hatte. Der Angeklagte W war auf T eifersüchtig. Er glaubte, dieser habe versucht, mit seiner damaligen Freundin sexuell zu verkehren. W bewaffnete sich mit einer Eisenstange mit angeschweißtem Griff (Tonfa). Gegen 2.30 Uhr des 10. April 2007 drangen W und I in die Wohnung des T ein, attackierten diesen schon an der Wohnungstür und nachfolgend im Schlafzimmer mit Faustschlägen. Währenddessen entschlossen sich die Angeklagten, von T Geld "einzutreiben", der Angeklagte W "Schulden aus früheren Drogengeschäften". Nachdem T auf das von W geäußerte Verlangen nach Geld gesagt hatte, er hätte keines, durchsuchte I die Schränke. W hielt T mit der Eisenstange in Schach und schlug so heftig auf ihn ein, dass es u.a. zu Frakturen am Nasenbein und an zwei Mittelhandknochen der rechten Hand kam. I hatte kein Geld gefunden und nahm zwei Mobiltelefone mit, um zu verhindern, dass T die Polizei verständigen konnte.

Aus den Gründen:

[1] Das Landgericht hat den Angeklagten W und seinen Tatgenossen I jeweils wegen gefährlicher Körperverletzung in Tateinheit mit Nötigung zu Freiheitsstrafen von je zwei Jahren verurteilt und hinsichtlich des Angeklagten W die Vollstreckung der Freiheitsstrafe zur Bewährung ausgesetzt. Die vom Generalbundesanwalt vertretene Revision der Staatsanwaltschaft zum Nachteil des Angeklagten W hat im beantragten Umfang Erfolg.

1. Entscheidung des Landgerichts

[...] [5] Das Landgericht hat die Angeklagten nicht - entsprechend dem in der Hauptverhandlung erteilten Hinweis - wegen versuchten (besonders) schweren Raubes verurteilt, sondern lediglich wegen Nötigung.

Die Strafkammer hat sich nicht von einem Vorsatz der Angeklagten hinsichtlich der "Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung" überzeugen können, weil die Angeklagten vom Bestehen von Zahlungsansprüchen gegen ihr Opfer ausgegangen seien.

2. Entscheidung des BGH

[6] Die Revision hat Erfolg. Der Angeklagte W hat sich entgegen der Annahme des Landgerichts nicht in einem Tatbestandsirrtum betreffend die Rechtswidrigkeit der Zueignung befunden (vgl. BGHSt 17, 87; BGH, Beschluss vom 15. Mai 2001 - 3 StR 153/01; BGH StV 2004, 207).

a. Keine Rechtfertigung des Angeklagten aus § 229 BGB

[7] Der Angeklagte konnte nicht zum Zwecke der Selbsthilfe gemäß § 229 BGB (mittäterschaftlich) handeln, weil solches einen bestehenden Zahlungsanspruch vorausgesetzt hätte (§ 229 BGB a. E. "Verwirklichung des Anspruchs"; vgl. auch BGHSt 17, 87, 89 f.). Dem Angeklagten als Drogenverkäufer stand gegen den Drogenkäufer T ein solcher Anspruch nicht zu (BGHSt 48, 322, 325 ff.).

b. Zum Fehlen eines tatbestandsausschließenden Irrtums des Angeklagten W

[8] Soweit das Landgericht dem Angeklagten W einen Irrtum über das Bestehen eines Zahlungsanspruchs gegen T zugebilligt hat, beruht dies auf durchgreifenden sachlich-rechtlichen Wertungsfehlern.

aa. Zum Fehlen von Zahlungsansprüchen der Angeklagten

[9] Das Landgericht hat mit zutreffenden Erwägungen die Einlassung des Angeklagten W als widerlegt angesehen, er habe sich zur Abwicklung eines Drogengeschäfts, des Erwerbs von Marihuana für fünf Euro, zu T begeben. Beim Bestehen von Zahlungsansprüchen aus früheren Drogengeschäften wäre der Angeklagte in der Lage gewesen, Drogen von T zu fordern, ohne für diese bezahlen zu müssen. Für die Einlassung, alte - im Übrigen in keiner Weise konkretisierte - Ansprüche durchsetzen zu wollen, ergaben sich vor diesem Hintergrund somit keinerlei Anhaltspunkte, weshalb der Tatrichter aufgrund des Zweifelssatzes nicht gehalten war, das Bestehen solcher Ansprüche seinen Feststellungen zugrunde zu legen (vgl. BVerfG - Kammer -, Beschluss vom 8. November 2006 - 2 BvR 1378/06; BGHSt 51, 324, 325).

bb. Zum Fehlen eines Irrtums bzgl. des Vorliegens von Zahlungsansprüchen

[10] Das Landgericht hat zudem für die Anerkennung des Bestehens eines Zahlungsanspruchs einen zu großzügigen, den Angeklagten W mithin begünstigenden Maßstab angenommen.

[11] Nicht anders als bei der Prüfung, ob ein Zahlungsanspruch aus einem Drogenverkauf der Annahme der Absicht einer unrechtmäßigen Bereicherung im Sinne des § 253 Abs. 1 StGB beim nötigen Erfordern dieses Anspruchs entgegensteht (vgl. BGHSt 48, 322, 328 f.), kommt es bei der Prüfung, ob der Angeklagte zur Verwirklichung eines solchen Zahlungsanspruchs zu Selbsthilfzwecken in Erfüllung eines vorgestellten Übereignungsanspruchs gehandelt hat (vgl. Fischer, StGB 55. Aufl. § 242 Rdn. 50) darauf an, ob der Angeklagte nach laienhafter Bewertung der Umstände einen Anspruch auf die erstrebte Leistung sich nicht zumisst oder für zweifelhaft hält (vgl. BGHSt aaO S. 329). Ein Irrtum über das Bestehen eines solchen Anspruchs liegt nicht vor, wenn sich der Nötigende lediglich nach den Anschauungen der einschlägig kriminellen Kreise als berechtigter Inhaber eines Zahlungsanspruchs gegen das Opfer fühlt. Entscheidend ist, ob er sich vorstellt, dass dieser Anspruch auch von der Rechtsordnung anerkannt wird und er seine Forderung demgemäß mit gerichtlicher Hilfe in einem Zivilprozess durchsetzen könnte (vgl. BGHSt aaO).

[12] Eine solche Vorstellung des Angeklagten lässt sich aus dem Zusammenhang der Feststellungen des Landgerichts sicher ausschließen. Nach der Beweiswürdigung des Landgerichts sieht der Senat keinen Anhaltspunkt für eine andere Vorstellung des Angeklagten W bei festgestelltem beabsichtigtem Eintreiben von Forderungen aus Drogengeschäften als die Absicht, Entgelt für abgegebene Drogen realisieren zu wollen.

c. Zur Strafbarkeit der Angeklagten wegen (versuchten) besonders schweren Raubes

[13] Demnach kann der Senat nach Beseitigung des Wertungsfehlers auf der Grundlage der verbliebenen fehlerfrei getroffenen Feststellungen entsprechend dem in der Hauptverhandlung vor dem Landgericht dem Angeklagten erteilten Hinweis auf versuchten besonders schweren Raub - Verbrechen gemäß §§ 249, 250 Abs. 2 Nr. 1, § 22 StGB - durchentscheiden (vgl. Meyer-Goßner, StPO 51. Aufl. § 354 Rdn. 15 m.w.N.). Das von dem Angeklagten eingesetzte Tonfa stellt ein gefährliches Werkzeug im Sinne des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB dar (vgl. BGHSt 45, 249, 250). Die vom Landgericht ausgeurteilte Nötigung (Duldung der Wohnungsdurchsuchung) tritt im Wege der Gesetzeskonkurrenz hinter dem Raubdelikt zurück (vgl. BGHSt 48, 233, 238 f.; 32, 165, 176; Fischer aaO § 240 Rdn. 63).

3. Zur Strafzumessung

[14] Der neue Tatrichter wird auf der Grundlage der bisher getroffenen Feststellungen nur noch die Strafe neu zu bestimmen haben. Hierfür weist der Senat darauf hin, dass - vor dem Hintergrund des ersichtlich

auf der gefährlichen Körperverletzung liegenden Unrechtschwerpunkts - wenigstens unter Verbrauch des vertypten Milderungsgrundes des § 23 StGB die Anwendung eines minder schweren Falles gemäß § 250 Abs. 3 StGB in Betracht zu ziehen sein wird, dessen Strafraumen weiter gemäß §§ 21, 49 StGB zu mildern sein könnte, weshalb auf der Hand liegt, dass die

neue Strafe - bis auf die um zwei Monate erhöhte Untergrenze - aus dem weitgehend gleichen wie dem bisher verwendeten Strafraumen (§§ 224, 21, 49 StGB) zu bestimmen sein wird. Bei durchweg bestandener Rechtstreue des Angeklagten erschiene die Festsetzung der bisherigen Rechtsfolge nicht rechtsfehlerhaft.

Standort: § 250 II Nr. 1 StGB

Problem: Verwenden des Werkzeugs

BGH, URTEIL VOM 08.05.2008

3 STR 102/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Angeklagten waren nachts maskiert in das Haus des Opfers eingedrungen, weil sie Geld erbeuten wollten, das in einem Tresor lagerte. Sie traten dem Opfer gegenüber, wobei einer von ihnen einen 60 cm langen Baseballschläger aus Metall quer vor der Brust hielt und zwangen es so, ihnen die Tresorkombination zu verraten. Dann entnahmen sie dem Tresor das Geld und flohen. Das LG Oldenburg hatte die Angeklagten aufgrund dieses Verhaltens wegen mittäterschaftlichen schweren Raubes, §§ 249 I, 250 I Nr. 1a, 25 II StGB, verurteilt. Eine Qualifikation gem. § 250 II Nr. 1 StGB lehnte das LG ab, da die Angeklagten das gefährliche Werkzeug (den Baseballschläger) nicht verwendet hätten. Der BGH hob das Urteil auf, da eine Verwendung i.S.v. § 250 II Nr. 1 StGB sehr wohl gegeben sei.

Prüfungsrelevanz:

Vermögensdelikte, insb. die §§ 249 ff. StGB, sind häufig Gegenstand von Prüfungsaufgaben in beiden Examen. Gerade die Voraussetzungen der Qualifikationstatbestände der §§ 250, 251 StGB erfreuen sich hier einer großen Beliebtheit.

Sehr streitig ist i.R.v. § 250 I Nr. 1a StGB die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Gegenstand ein "anderes gefährliches Werkzeug" darstellt. Dies entspricht - wegen des insoweit identischen Wortlauts des Tatbestandes - dem Streit um die Voraussetzungen des § 244 I Nr. 1a StGB (vgl. hierzu BGH, NStZ 2008, 512 = RA 2008, 508). Das Problem der §§ 244 I Nr. 1a, 250 I Nr. 1a StGB besteht darin, dass der Gesetzgeber bei der Neufassung dieser Tatbestände im Rahmen des 6. StrRG davon ausging, dass für die Definition des Begriffs des anderen gefährlichen Werkzeugs bei den Vermögensdelikten 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 ein Gegenstand, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und der Art sei-

ner Benutzung im konkreten Einzelfall dazu geeignet ist, erhebliche Verletzungen zuzufügen (BGH, NStZ 1999, 616; 2007, 95; Fischer, § 224 Rn 9; Lackner/Kühl, § 224 Rn 5). Da jedoch die Definition des anderen gefährlichen Werkzeugs i.R.v. § 224 I Nr. 2 StGB vor allem auf die konkrete Verwendung des Werkzeugs abstellt und die §§ 244 I Nr. 1a, 250 I Nr. 1a StGB eine Verwendung des Werkzeugs gar nicht voraussetzen (sondern nur ein Beisichführen), lässt sich diese Definition nicht ohne weiteres übertragen, sodass nunmehr zahlreiche Auffassungen zu den entsprechenden Voraussetzungen bestehen (vgl. hierzu die Darstellung bei BGH, RA 2008, 508, 511 ff.).

Im Rahmen von § 250 II Nr. 1 StGB stellt sich dieses Problem jedoch nicht. Da hier das gefährliche Werkzeug tatsächlich verwendet werden muss, kann zur Bestimmung der Gefährlichkeit auf die Kriterien des § 224 I Nr. 2 StGB zurückgegriffen werden. Allerdings stellt sich i.R.v. § 250 II Nr. 1 StGB die Frage, welche Anforderungen an ein "Verwenden" zu stellen sind.

Nach herrschender Meinung, insb. auch der Rechtsprechung, ist Verwenden i.S.v. § 250 II Nr. 1 StGB jeder zweckgerichtete Gebrauch der Waffe oder des Werkzeugs als Nötigungsmittel im Rahmen der Verwirklichung des Grundtatbestandes (BGHSt 26, 176, 180; Fischer, § 250 Rn 18; Schönke/Schröder-Eser, § 250 Rn 29; Rengier, BT I, § 8 Rn 9). Hierbei ist es unbeachtlich, ob der Täter das Werkzeug im Rahmen einer Gewaltanwendung oder einer Drohung verwendet (BGH, NStZ-RR 1999, 102; NStZ 1999, 301; Fischer, § 250 Rn 18a; Schönke/Schröder-Eser, § 250 Rn 29). Kein Verwenden hingegen ist das bloße Mitsichführen - auch dann nicht, wenn es offen erfolgt -, das deshalb nur über § 250 I Nr. 1a StGB erfasst wird (BGH, NStZ-RR 1997, 7; 2004, 169; Fischer, § 250 Rn 18a). Der BGH stellt in der vorliegenden Entscheidung klar, dass das Verwenden eines anderen gefährlichen Werkzeugs im Rahmen einer Drohung nicht unbedingt voraussetzt, dass der Täter mit diesem herumfuchelt oder anderweitig die Gefährlichkeit des Werkzeugs demonstriert. Es kann durchaus ausreichen, wenn er das Werkzeug offen in der Hand hält und mit der - zumindest vorgetäuschten - Bereitschaft dem Opfer entgegentritt, dieses auch zu benutzen. Die durch eine solche beeindruckende "Präsentation" des Werkzeugs beim Opfer erzeugte Furcht vor der Benutzung des

Werkzeugs durch den Täter stellt ein wesentliches Mehr an Unrecht gegenüber dem Tatbestand des § 250 I Nr. 1a StGB dar, sodass auch die gegenüber § 250 I StGB erhöhte Mindeststrafe des § 250 II StGB gerechtfertigt ist.

Vertiefungshinweise:

□ Zum Verwenden i.S.v. § 250 II Nr. 1 StGB: *BGHSt* 26, 176, 180; *BGH*, JR 1999, 33; *NStZ-RR* 1997, 7; *NStZ-RR* 1999, 102; 2004, 169; *NStZ* 1999, 301; *Hörnle*, JURA 1998, 174; *Küper*, JZ 1999, 189

Kursprogramm:

- Examenskurs: "Der Bankräuber"
 □ Examenskurs: "Der Besuch"

Leitsätze (der Redaktion):

- 1. Der Täter verwendet ein anderes gefährliches Werkzeug i.S.v. § 250 II Nr. 1 StGB dann, wenn er es zur Wegnahme einer fremden beweglichen Sache gerade als Mittel entweder der Gewalt gegen eine Person oder der Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben gebraucht. Dabei setzt ein vollendetes Verwenden zur Drohung voraus, dass das Opfer das Nötigungsmittel als solches erkennt und die Androhung seines Einsatzes wahrnimmt.**
- 2. Kein Verwenden i.S.v. § 250 II Nr. 1 StGB ist das bloße Mitsichführen und zwar grundsätzlich auch dann nicht, wenn es offen erfolgt.**

Aus den Gründen:

[1] Das Landgericht hat die Angeklagten B, La und L jeweils des schweren Raubes, den Angeklagten M der Beihilfe zum schweren Raub schuldig gesprochen. Den Angeklagten B hat es deswegen zur Freiheitsstrafe von fünf Jahren und sechs Monaten, den Angeklagten La zur Freiheitsstrafe von fünf Jahren sowie den Angeklagten L unter Einbeziehung einer Vorstrafe zur Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Jahren und drei Monaten verurteilt. Gegen den Angeklagten M hat es eine Freiheitsstrafe von zwei Jahren und vier Monaten verhängt. Die hiergegen gerichtete, zu Ungunsten der Angeklagten eingelegte Revision der Staatsanwaltschaft rügt die Verletzung sachlichen Rechts. Die Beschwerdeführerin beanstandet insbesondere, dass das Landgericht die Tat nicht als besonders schweren Raub gemäß § 249 Abs. 1, § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB gewürdigt hat. Das vom Generalbundesanwalt vertretene Rechtsmittel hat Erfolg.

1. Zum Vorliegen der Voraussetzungen des § 250 II Nr. 1 StGB

[2] Die Auffassung des Landgerichts, der unbekannte Mittäter der Angeklagten habe, als er mit dem mit einer Hand schräg vor seine Brust gehaltenen, etwa 60

cm langen Baseballschläger aus Metall dem Opfer allein gegenübertrat, in objektiver Hinsicht lediglich den Qualifikationstatbestand des § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB, nicht aber den des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB verwirklicht, hält rechtlicher Prüfung nicht stand.

[3] Zutreffend geht das Landgericht allerdings zunächst davon aus, dass es sich bei dem Baseballschläger um ein gefährliches Werkzeug im Sinne beider Qualifikationsvarianten handelte; denn ein Baseballschläger ist ein Gegenstand, der nach seiner objektiven Beschaffenheit geeignet ist, einem Opfer erhebliche Körperverletzungen zuzufügen, wenn er als Schlagwerkzeug eingesetzt wird (s. nur Sander in *MünchKomm*, StGB § 250 Rdn. 61).

[4] Dieses gefährliche Werkzeug hat der Täter nicht nur bei sich geführt, sondern im Sinne des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB verwendet.

[5] Der Begriff des Verwendens umfasst jeden zweckgerichteten Gebrauch (vgl. Sander aaO § 250 Rdn. 58). Nach der Konzeption der Raubdelikte bezieht sich das Verwenden auf den Einsatz des Nötigungsmittels im Grundtatbestand, so dass es immer dann zu bejahen ist, wenn der Täter zur Wegnahme einer fremden beweglichen Sache eine Waffe oder ein gefährliches Werkzeug gerade als Mittel entweder der Gewalt gegen eine Person oder der Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben gebraucht (vgl. *BGHSt* 45, 92 m. w. N.; *BGH*, *Beschl.* vom 3. Februar 1999 - 1 ARs 1/99; Sander aaO § 250 Rdn. 58). Dabei setzt (vollendetes) Verwenden zur Drohung voraus, dass das Opfer das Nötigungsmittel als solches erkennt und die Androhung seines Einsatzes wahrnimmt. Drohung ist das Inaussichtstellen eines künftigen Übels, auf das der Drohende Einfluss hat oder zu haben vorgibt (vgl. *BGHSt* 16, 386) und dessen Verwirklichung er nach dem Inhalt seiner Äußerung für den Fall des Bedingungseintritts will. Die Äußerung der Drohung kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen (vgl. *Fischer*, StGB 55. Aufl. § 240 Rdn. 31 m. w. N.). Kein Verwenden ist das bloße Mitsichführen und zwar grundsätzlich auch dann nicht, wenn es offen erfolgt (vgl. *BGH NStZ-RR* 1999, 15; 2004, 169; *Fischer* aaO § 250 Rdn. 18).

[6] Danach hat der unbekannte Täter, indem er dem Opfer in der festgestellten Weise mit dem Baseballschläger entgegengetreten ist, den Tatbestand des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB objektiv verwirklicht. Durch das Halten des Baseballschlägers schräg vor den Oberkörper drohte der maskierte Täter konkludent damit, bei Widerstand und Nichtbefolgung seiner (künftigen) Forderungen mit diesem zuzuschlagen. Für die schlüssige Androhung der Verwendung des Baseballschlägers als Schlagwerkzeug genügte die Präsentation dieses insofern außerordentlich gefährlichen Gegenstandes in der festgestellten Art und Weise. Entgegen der Annahme des Landgerichts bedurfte es weiterer Hand-

lungen, wie etwa Drohbewegungen oder drohender Äußerungen, nicht. Rechtlich unzutreffend ist in diesem Zusammenhang das Argument der Strafkammer, bei der Verwendung bereits objektiv sehr gefährlicher Gegenstände, wie Waffen, Messern oder auch Baseballschlägern, deren bloßer Anblick von einem verständigen Betrachter in der Situation eines Überfalls bereits als schlechthin bedrohlich wahrgenommen werde, müsse gerade deswegen eine über das sichtbare "Vor-den-Körper-Halten" hinausgehende Handlung des Täters hinzukommen, die auf seine Drohintention schließen lasse. Unabhängig davon, dass hier das Schlagwerkzeug nicht nur schlicht getragen wurde, ist gerade das Gegenteil der Fall: Von besonders gefährlichen Werkzeugen, insbesondere von Waffen, kann nämlich schon allein von ihrem verdeckten, aber von dem Bedrohungopfer erkannten Tragen eine hinreichende Drohwirkung ausgehen (vgl. BGH NStZ-RR 1999, 7). Dies muss erst recht für ein offenes, für die zu bedrohende Person deutlich wahrnehmbares Vorzeigen solcher Werkzeuge gelten (vgl. BGH NStZ-RR 2004, 108).

[7] Diese Drohung, die bei dem Tatopfer nach dessen Reaktion die entsprechende einschüchternde Wirkung hervorrief, hatte der Täter nahe liegend auch beabsichtigt. Schon die Mitnahme des Baseballschlägers und seine konkrete Präsentation gegenüber dem Opfer geben hierauf einen deutlichen Hinweis.

2. Zum Bestehen eines Vorsatzes bzgl. der Verwirklichung des § 250 II Nr. 1 StGB

[8] Soweit das Landgericht die Verurteilung der Angeklagten wegen besonders schweren Raubes bzw. Beihilfe hierzu ferner auch deswegen abgelehnt hat, weil allein deren Kenntnis vom Vorhandensein des Baseballschlägers noch nicht den Schluss zulasse, sie hätten auch dessen Einsatz gebilligt, vielmehr könne zu Gunsten der Angeklagten nicht ausgeschlossen werden, dass sie darauf vertrauten, allein ihr übermächtiges Auftreten werde die Hausbewohner gefügig machen, liegt dem eine rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung zu Grunde.

[9] Bereits die Anwendung des Zweifelssatzes ist verfehlt; denn er gebietet es nicht, zu Gunsten des Angeklagten zum objektiven wie zum subjektiven Tatbestand einen Sachverhalt zu unterstellen, für dessen Vorliegen nach den festgestellten Umständen nichts spricht (st. Rspr.; vgl. BGHSt 34, 29, 34; BGH NStZ 2005, 155; 2006, 652 m. w. N.). Im Übrigen kann er nur dann eingreifen, wenn der Tatrichter nach umfassender Würdigung aller maßgeblichen Umstände und Beweisanzeichen von einem den Angeklagten belastenden Sachverhalt keine ausreichend sichere Überzeugung zu gewinnen vermag. An einer derartigen Abwägung aller in diesem Zusammenhang maßgeblichen Gesichtspunkte fehlt es hier; denn die Beweiswürdigung des Landgerichts weist zu der Vorstellung

der Angeklagten über eine mögliche Verwendung des Baseballschlägers Lücken auf und ist somit rechtsfehlerhaft. Insoweit wäre Folgendes zu erwägen gewesen: [10] Das Mitführen des Baseballschlägers machte nur dann Sinn, wenn mit ihm zumindest durch die Androhung eines Zuschlagens erwarteter oder tatsächlich geleisteter Widerstand anwesender Personen überwunden werden sollte. Ungeachtet des Fehlens einer entsprechenden ausdrücklichen Feststellung im Sachverhalt geht auch das Landgericht von diesem Zweck aus. Denn es führt im Rahmen der Beweiswürdigung aus, die vier Angeklagten hätten damit gerechnet, dass es die "mögliche Gegenwehr von anwesenden Hausbewohnern zu überwinden galt" und dass "die geplante Mitnahme eines Angriffswerkzeugs" aus Sicht der Täter "sinnvoll" war, da es sich bei dem Überfallenen um einen Jäger handelte, "in dessen Haus mit dem Vorhandensein von Jagdwaffen gerechnet werden musste". Hinzu kommt die nach den Vorbereitungen der Tat ersichtlich vorhandene Vorstellung aller Tatbeteiligten, dass sich die Tageseinnahmen in einem verschlossenen Tresor befanden und deshalb die zugehörige Zahlenkombination nur über die Bedrohung von anwesenden Personen erlangt werden konnte. Wegen der nach diesem Tatplan notwendigen Konfrontation mit Personen hatten sie sich maskiert und Fesselungsmaterial mitgeführt. Vor diesem Hintergrund lag der Schluss, dass der mitgeführte Baseballschläger nach der Vorstellung der Angeklagten der Bedrohung anwesender Personen dienen sollte, zumindest ausgesprochen nahe; denn ein sonstiger vernünftiger Grund für die Mitnahme des Baseballschlägers war nicht ersichtlich. Da sich das Landgericht damit nicht auseinandergesetzt hat, hält auch seine zusätzliche Erwägung zur subjektiven Tatseite revisionsgerichtlicher Prüfung nicht stand. Dies gilt auch hinsichtlich des Angeklagten M. Dieser ist nach den Feststellungen zwar im Fluchtfahrzeug zurück geblieben. Er kannte aber alle Einzelheiten des gemeinsamen Tatplanes und wusste insbesondere von dem Mitführen der vorhandenen Tatmittel einschließlich des Baseballschlägers.

3. Zur Mitwirkung eines weiteren Unbekannten und zur Täterschaft des Angeklagten M

[11] Die Sache bedarf daher der Verhandlung und Entscheidung durch einen neuen Tatrichter. Dieser wird unter Würdigung sämtlicher Beweise zunächst zu prüfen haben, ob tatsächlich ein den übrigen Tatbeteiligten völlig Unbekannter ukrainischer oder litauischer Herkunft oder doch der Angeklagte M in das Haus eingedrungen ist. Auch insoweit gilt, dass die bestreitende Einlassung eines Angeklagten nicht unkritisch übernommen werden darf und dass der Tatrichter nicht von der dem Angeklagten günstigsten Fallgestaltung auch dann ausgehen muss, wenn hierfür keine Anhaltspunkte bestehen (s. o. 2.; vgl. auch Meyer-Goßner, StPO 50. Aufl. § 261 Rdn. 26).

[12] Sollte der neue Tatrichter wiederum zu dem Beweisergebnis kommen, der Angeklagte M sei nicht in das Haus eingedrungen, so wird er zur Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe dessen Tatbeteiligung nach den gesamten Umständen, die von der Vorstellung dieses Angeklagten umfasst waren, in wertender Betrachtung zu beurteilen haben. Wesentliche Anhaltspunkte für die rechtliche Einordnung können der Grad des eigenen Interesses am Taterfolg, der Umfang

der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille zur Tatherrschaft sein, ob also die Durchführung und der Ausgang der Tat - zumindest nach der Vorstellung des Angeklagten M - maßgeblich auch von seinem Willen abhängen sollten (st. Rspr.; vgl. BGHSt 28, 346, 348; 37, 289, 291 m. w. N.; BGH NStZ 2000, 482, 483; BGH, Urt. vom 11. Mai 2006 - 3 StR 23/06).

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht

Problem: Art. 5 III GG; Art. 33 V GG

BVERFG, BESCHLUSS VOM 06.05.2008
2 BvR 337/08 (NJW 2008, 2568)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall wurde ein ehrenamtlicher Richter seines Amtes enthoben, weil er privat in einer rechtsgerichteten Band spielte. Das BVerfG prüft, ob die Amtsenthebung möglicherweise gegen die Kunstfreiheit verstoßen könnte. Folgende Probleme stellten sich:

A. Die Kunstfreiheit umfasst nach dem BVerfG "Werkbereich" (Erstellung des Kunstwerks) und "Wirkbereich" (dessen Verbreitung). Weder das eine noch das andere wurde dem Bf. hier verboten. In der Amtsenthebung wegen der Bandmitgliedschaft sah das BVerfG aber eine mittelbare Verkürzung der Kunstfreiheit von hinreichendem Gewicht, sodass ein Eingriff vorlag.

B. Die Kunstfreiheit ist nur verfassungsimmanent beschränkbar. Als kollidierendes Verfassungsrecht kam hier die Pflicht des ehrenamtlichen Richters zur Verfassungstreue in Betracht. Allerdings ist diese im Grundgesetz nirgend explizit geregelt. Das BVerfG geht daher einen "Umweg": Es leitet zunächst die Treuepflicht für Beamte aus den "hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums" des Art. 33 V GG ab, was relativ unproblematisch ist, und erstreckt diese Treuepflicht dann über Art. 92 und 20 III GG zunächst auf Berufsrichter und sodann auf ehrenamtliche Richter. Die verfassungsimmanente Schranke bildeten somit Art. 33 V i.V.m. 92 i.V.m. 20 III GG.

C. Bei der Abwägung der Treuepflicht mit der Kunstfreiheit im Wege "praktischer Konkordanz" ging das Gericht insbesondere darauf ein, dass es nicht von vornherein unverhältnismäßig ist, wenn ein außerdienstliches Verhalten zu dienstlichen Sanktionen führt.

Prüfungsrelevanz:

Der Beschluss könnte leicht in eine Examensklausur umgewandelt werden, zumal der Fall sich nicht nur mit der Kunstfreiheit beschäftigt, Vielmehr war auch auf deren Verhältnis zur Meinungsfreiheit einzugehen. Wäre statt des ehrenamtlichen Richters ein hauptamtlichen Richter von dienstlichen Sanktionen betroffen, käme außerdem die Berufsfreiheit des Art. 12 I GG zum Tragen. Soll es nicht die Kunstfreiheit sein, bieten

sich für Prüfungszwecke andere nur verfassungsimmanent beschränkbare Grundrechte an, wie z.B. im Fall der Kopftuch tragenden Schöffin (vgl. Vertiefungshinweise) die Glaubensfreiheit aus Art. 4 I GG.

Besonders betont sei noch einmal, dass auch verfassungsimmanente Schranken einer Konkretisierung durch ein (einfaches) Gesetz bedürfen. Dies wird vielfach übersehen, das BVerfG stellt es im vorliegenden Beschluss jedoch erneut klar heraus.

Vertiefungshinweise:

Grundrechtskollision mit Kunstfreiheit: *BGH*, RA 2005, 616 = NJW 2005, 2844

Kopftuch tragende Schöffin: *Bader*, NJW 2007, 2964

Entbindung eines ehrenamtlichen Handelsrichters wegen Nichterreichbarkeit: *OLG Frankfurt a.M.*, NJOZ 2007, 1710

Zur Disziplinarbefugnis der Verwaltungsgerichte: *BVerwG*, NVwZ-RR 2007, 695

Kursprogramm:

Examenskurs : "Ernie der Flitzer"

Leitsätze:

1. Ein ehrenamtlicher Richter kann wegen fehlender Verfassungstreue aus dem Amt entfernt werden. Er zeigt mangelnde Verfassungstreue, wenn er in seinem außeramtlichen Verhalten Mitglied einer Band ist, die an einer Allianz von Rechtsextremisten teilnimmt und Lieder auf einer CD veröffentlicht hat, die bundesweit der Beschlagnahme wegen Verstoßes gegen §§ 90a, 185, 187 StGB unterliegt.

2. Für die Amtsenthebung ehrenamtlicher Richter und die Entlassung hauptamtlicher Richter müssen nicht zwingend die gleichen Maßstäbe gelten, denn dem ehrenamtlichen Richter wird mit der Amtsenthebung nicht gleichzeitig die wirtschaftliche Existenzgrundlage entzogen. Daher ist eine Amtsenthebung eines ehrenamtlichen Richters ohne konkretes Dienstvergehen und ohne förmliches Disziplinarverfahren verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

Sachverhalt:

Der Bf. wurde für die Zeit vom 1.1.2004 bis 31.12.2008 als ehrenamtlicher Richter beim ArbG

Stuttgart berufen. Mit Beschluss vom 11.1.2008 ent hob ihn das LAG Baden-Württemberg des Amtes, weil der Bf. - wie erst nachträglich bekannt wurde - schon seit 1989 Mitglied der 1987 gegründeten Rockband „X2.“ ist, die bei über 200 Konzerten im In- und Aus land mit einer Vielzahl anderer rechtsextremistischer Skinhead-Bands aufgetreten ist. Im Verlauf von Li veauftritten der Band zeigte das Publikum wiederholt den Hitler-Gruß. Eine CD der Band unterliegt der bundesweiten Beschlagnahme wegen Verstoßes gegen §§ 90a, 185, 187 StGB, ihre Internetseite ist wegen ausländerfeindlichen Gedankenguts indiziert, einige ihrer Lieder wurden auf einer von der NPD veröffent lichten CD verwendet. Der Bf. lehnt es ab, sich von der Band zu distanzieren.

Das LAG hat das Verhalten des Bf. als grobe Verlet zung seiner Amtspflicht nach § 27 S. 1 ArbGG gewür digt. Auch außeramtliches Verhalten eines ehrenamtli chen Richters könne eine grobe Amtspflichtverletzung darstellen. Dem Bf. sei es auch außerhalb seines Am tes versagt, in der Öffentlichkeit die Verfassung zu bekämpfen und deren Abschaffung zu proklamieren.

Mit der zulässigen Verfassungsbeschwerde rügt der Bf. die Verletzung seiner Grundrechte aus Art. 5 I 1 (Meinungsfreiheit), Art. 5 III 1 (Kunstfreiheit), Art. 2 I und Art. 1 I GG. Ist die Verfassungsbeschwerde be gründet?

Lösung:

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn der Bf. durch die Amtsenthebung in einem seiner Grund rechte oder grundrechtsgleichen Rechte verletzt ist.

A. Verletzung der Kunstfreiheit

In Betracht kommt zunächst eine Verletzung der Kunstfreiheit aus Art. 5 III GG. Dann müsste ein nicht gerechtfertigter Eingriff in den Schutzbereich dersel ben vorliegen.

I. Schutzbereich betroffen

Streitig ist, was unter “Kunst” i.S.d. Art. 5 III GG zu verstehen ist. Der klassische Kunstbegriff fordert eine hergebrachte, anerkannte Kunstform, zu der auch das Spielen und Komponieren von Musik zu zählen ist. Der materielle Kunstbegriff fordert ein schöpferisches Gestalten, in dem der Künstler seine Erfahrungen, Ein drücke und Meinungen verarbeitet. Die vom Bf. und seiner Band verbreitete Musik ist Ausdruck einer sol chen, schöpferischen Tätigkeit des Komponieren und Textens. Auch nach diesem Kunstbegriff läge hier also ein künstlerisches Betätigen vor. Das BVerfG schließlich vertritt den sog. “offenen” Kunstbegriff, wonach sich Kunst überhaupt nicht definieren lasse, sondern etwas dynamisches, letztlich vom Künstler selbst geprägtes sei. An den Indizien des sog. “Werk bereichs” - dieser entspricht im Wesentlichen dem schöpferischen Gestalten i.S.d. materiellen Kunstbe-

griffs - und des sog. “Wirkbereichs”, also der Darbie tung gegenüber Dritten, für die eine künstlerische Be tätigung regelmäßig vielschichtig deutbar sein muss, lasse sich “Kunst” von “Nichtkunst” abgrenzen. Diese Kriterien wendet das Gericht auch auf den vorliegen den Fall an:

“[14] Als Mitglied einer Rockband kann der Bf. für alle mit dieser Mitgliedschaft zusammenhängenden, hier in Rede stehenden Aktivitäten - die Mitwirkung als Gitarrist bei Auftritten der Gruppe wie auch die Herstellung und Verbreitung von deren Tonträgern - den Schutz der Kunstfreiheit in Anspruch nehmen. Die Kunstfreiheitsgarantie, die nicht durch wertende Ein engung des Kunstbegriffs eingeschränkt werden darf (BVerfGE 67, 213 [224] = NJW 1985, 261), betrifft in gleicher Weise den “Werkbereich” und den “Wirkbe reich” des künstlerischen Schaffens. Beide Bereiche bilden eine unlösbare Einheit. Nicht nur die künstleri sche Betätigung (Werkbereich), sondern darüber hin aus auch die Darbietung und Verbreitung des Kunst werks sind sachnotwendig für die Begegnung mit dem Werk als eines ebenfalls kunstspezifischen Vorgangs; dieser “Wirkbereich”, in dem der Öffentlichkeit Zu gang zu dem Kunstwerk verschafft wird, ist der Bo den, auf dem die Freiheitsgarantie des Art. 5 III GG vor allem erwachsen ist (BVerfGE 30, 173 [189]).”

[Anm.: Deplatziert wären hier Ausführungen zur Qua lität der vom Bf. verbreiteten Kunst, also etwa zu den Inhalten seiner rechtsgerichteten Musik. Eines eint nämlich alle Kunstbegriffe: Es ist irrelevant, welche Inhalte die künstlerische Betätigung zum Gegenstand hat. Eine “Qualitätskontrolle” findet unter Geltung des Grundgesetzes schon deshalb nicht statt, weil sich objektivierbare, scharfe Abgrenzungskriterien hierfür nicht finden ließen - über Geschmack kann man be kanntlich streiten. Darüber hinaus lehrt die geschicht liche Erfahrung, dass der Kunstbegriff nicht dem Zeit geist überlassen werden darf.]

II. Eingriff

Unter einem Eingriff ist jede spürbare Verkürzung des Schutzbereichs zu verstehen. Lediglich Bagatellen be dürfen keiner Rechtfertigung. Dem Bf. ist die Fortset zung seiner Tätigkeit als ehrenamtlicher Richter ver sagt worden. Darin liegt eine Sanktion seiner künst lischen Betätigung, denn die Amtsenthebung geht ausschließlich auf diese zurück.

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Der Eingriff ist verfassungsrechtlich gerechtfertigt, wenn die Schranken des Grundrechts ihn decken.

1. Schranken

a. Verfassungsimmanente Schranken

Art. 5 III GG ist nur verfassungsimmanent beschränk-

bar. Insbesondere findet der qualifizierte Gesetzesvorbehalt aus Art. 5 II GG aus systematischen Gründen keine Anwendung auf die Kunstfreiheit. Als kollidierendes Verfassungsrecht kommen vielfach Grundrechte Dritter in Betracht. Eine Beeinträchtigung solcher ist hier aber nicht ersichtlich. Das BVerfG stellt allerdings klar, dass das gesamte Verfassungsrecht als verfassungsimmanente Schranke in Betracht kommt:

“[15] Die Garantie des Art. 5 III 1 GG findet ihre Grenzen nicht nur in den Grundrechten Dritter. Vielmehr kann sie mit Verfassungsbestimmungen aller Art kollidieren (vgl. BVerfGE 30, 173 [193] = NJW 1971, 1645; BVerfGE 67, 213 [228] = NJW 1985, 261). In allen Fällen, in denen andere Verfassungsgüter mit der Ausübung der Kunstfreiheit in Widerstreit geraten, muss ein verhältnismäßiger Ausgleich der gegenläufigen, gleichermaßen verfassungsrechtlich geschützten Interessen mit dem Ziele ihrer Optimierung gefunden werden (vgl. BVerfGE 77, 240 [253] = NJW 1988, 325); der Konflikt zwischen der Kunstfreiheit und anderen verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgütern ist also im Wege fallbezogener Abwägung zu lösen. Dabei müssen zunächst anhand einzelner Grundgesetzbestimmungen diejenigen verfassungsrechtlich geschützten Güter konkret herausgearbeitet werden, die bei realistischer Einschätzung der Tatumstände mit der Wahrnehmung des Rechts aus Art. 5 III 1 GG kollidieren (vgl. BVerfGE 81, 278 [292f.] = NJW 1990, 1982 m.w. Nachw.).”

aa. Pflicht zur Verfassungstreue der Berufsbeamten

Eine solche verfassungsimmanente Schranke könnte sich hier aus Art. 33 V GG ergeben. Zu den “hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums” gehört auch eine Treuepflicht gegenüber dem Staat, diese wiederum impliziert die Pflicht, für die Verfassungsordnung einzutreten. Das BVerfG führt aus:

“[16] Zu diesen Rechtsgütern gehört der verfassungsrechtliche Grundsatz, dass von Beamten und Richtern - einschließlich der ehrenamtlichen Richter - zu fordern ist, für die Verfassungsordnung, auf die sie vereidigt sind, einzutreten (vgl. BVerfGE 39, 334 [346] = NJW 1975, 1641).

[17] Berufsbeamte und Berufsrichter unterliegen einer politischen Treuepflicht, die zu den von Art. 33 V GG garantierten hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums zählt. Gemeint ist damit nicht eine Verpflichtung, sich mit den Zielen oder einer bestimmten Politik der jeweiligen Regierung zu identifizieren. Gemeint ist vielmehr die Pflicht zur Bereitschaft, sich mit der Idee des Staates, dem der Beamte dienen soll, mit der freiheitlichen demokratischen, rechts- und sozialstaatlichen Ordnung dieses Staates zu identifizieren. Dies schließt nicht aus, an Erscheinungen dieses Staates Kritik üben zu dürfen, für Änderungen der bestehenden Verhältnisse - innerhalb des Rahmens der Verfassung und mit den verfassungsrechtlich vorgesehe-

nen Mitteln - eintreten zu können, solange in diesem Gewand nicht eben dieser Staat und seine verfassungsmäßige Grundlage in Frage gestellt werden. Unverzichtbar ist, dass der Beamte den Staat und die geltende verfassungsrechtliche Ordnung bejaht, sie als schützenswert anerkennt, in diesem Sinne sich zu ihnen bekennt und aktiv für sie eintritt. Der Beamte, der dies tut, genügt seiner Treuepflicht und kann von diesem Boden aus auch Kritik äußern und Bestrebungen nach Änderungen der bestehenden Verhältnisse - im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung und auf verfassungsmäßigen Wegen - unterstützen. Die Treuepflicht gebietet, den Staat und seine geltende Verfassungsordnung zu bejahen und dies nicht bloß verbal, sondern auch dadurch, dass der Beamte die bestehenden verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Vorschriften beachtet und erfüllt. Die politische Treuepflicht fordert mehr als nur eine formal korrekte, im Übrigen uninteressierte, kühle, innerlich distanzierte Haltung gegenüber Staat und Verfassung; sie fordert vom Beamten, dass er sich eindeutig von Gruppen und Bestrebungen distanziert, die diesen Staat, seine verfassungsmäßigen Organe und die geltende Verfassungsordnung angreifen, bekämpfen und diffamieren (vgl. BVerfGE 39, 334 [347f.] = NJW 1975, 1641).”

bb. Übertragung auf (ehrenamtliche) Richter

Allerdings ist der Bf. nicht Beamter, sondern (ehrenamtlicher) Richter gewesen. Fraglich ist somit, ob die oben aus den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums entwickelten Grundsätze sich auf ehrenamtliche Richter übertragen lassen.

(1). Richter

Das BVerfG stellt zunächst (hauptamtliche) Beamte und Richter gleich. Richter seien als Teil des “öffentlichen Dienstes” i.S.d. Art. 33 V GG den Beamten gleichgestellt:

“[18] Zum öffentlichen Dienst i.S. des Art. 33 V zählen auch die hauptamtlichen Richter. Im Hinblick auf die Verpflichtung zur Verfassungstreue hat das BVerfG in der grundlegenden Entscheidung vom 22. 5. 1975 ausdrücklich von einem Grundsatz i.S. des Art. 33 II GG gesprochen, nach dem vom Beamten und Richter zu fordern ist, dass er für die Verfassungsordnung, auf die er vereidigt ist, eintritt (BVerfGE 39, 334 [346] = NJW 1975, 1641). Ferner wird in der Entscheidung die Verfassungstreue des Bewerbers als von Art. 33 V GG geforderte Voraussetzung für den Eintritt in das Beamtenverhältnis bezeichnet, die durch das einfache Recht und hier unter anderem durch § 9 Nr. 2 DRiG konkretisiert werde (BVerfGE 39, 334 [352] = NJW 1975, 1641). Es ist auch sachlich gerechtfertigt, an die Verfassungstreue der Richter keine geringeren Anforderungen zu stellen als an die Verfassungstreue der Beamten. Gerade der Berufsrichter als nicht weisungsunterworfenen, sachlich wie persönlich

unabhängiger Amtswalter, der - regelmäßig in öffentlicher Sitzung - sichtbar Staatsgewalt ausübt und Urteile im Namen des Volkes fällt, muss auf dem Boden der Verfassung stehen. Wer hierfür nicht Gewähr bietet, ist für das Richteramt ungeeignet. Wer als Richter seiner Pflicht zur Verfassungstreue nach Maßgabe der jeweiligen Gesetze (für Richter des Bundes vgl. § 46 DRiG i.V. mit § 52 II BBG) nicht nachkommt, muss mit disziplinarrechtlichen Folgen rechnen, die in entsprechend schweren Fällen bis hin zur Entfernung aus dem Dienst reichen können (etwa nach §§ 63 I, 64 DRiG i.V. mit §§ 5 I Nr. 5, 10 BDG). Allerdings enthält das Grundgesetz, zum Schutz der richterlichen Unabhängigkeit und um jeglichen Missbrauch im Sinne politischer Einflussnahme auf die Arbeit des Richters auszuschließen, in Art. 97 II GG formelle Mindestanforderungen für die Entlassung oder Amtsenthebung der hauptamtlich und planmäßig endgültig angestellten Richter.“

(2). Ehrenamtliche

Es bleibt zu fragen, ob diese Treuepflicht der (hauptamtlichen) Beamten und Richter auch für Ehrenämter gilt. Das BVerfG hat es in der Vergangenheit - unter Zustimmung der h.L. - stets abgelehnt, Art. 33 V GG auch auf Ehrenämter anzuwenden (vgl. BVerfGE 6, 376 [385] = NJW 1957, 1025; Battis, in: Sachs, GG, 4. Aufl. [2007], Art. 33 Rdnr. 69; Jachmann, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 5. Aufl., Art. 33 V Rdnr. 42; Dreier/Masing, GG, Bd. II, 2. Aufl. [2006], Art. 33 Rdnr. 78). Nunmehr fordert das Gericht allerdings auch von ehrenamtlichen Richtern eine aus der Treuepflicht folgende Verfassungstreue unter Rückgriff auf Art. 92 und 20 III GG:

“[19] Nicht nur hauptamtliche, sondern auch ehrenamtliche Richter unterliegen einer Pflicht zur besonderen Verfassungstreue. Dies folgt - unbeschadet der Tatsache, dass Art. 33 V nur die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums anerkennt und somit auf Ehrenbeamte und ehrenamtliche Richter nicht unmittelbar anzuwenden ist - aus der Funktion ehrenamtlicher Richter als den hauptamtlichen Richtern gleichberechtigte Organe genuin staatlicher Aufgabenerfüllung.

[20] Nach Art. 92 GG ist die rechtsprechende Gewalt “den Richtern” anvertraut. Das Grundgesetz bestimmt nichts darüber, in welchem Umfang die Verwendung von Berufsrichtern - das heißt von Richtern, die in einem Dienstverhältnis zum Bund oder zu einem Land stehen und hauptberuflich als Richter tätig sind - notwendig ist. Es überlässt die Zuziehung von ehrenamtlichen Richtern dem Ermessen des Gesetzgebers. Seit jeher hat der Gesetzgeber ehrenamtliche Richter herangezogen; vielfach hat er ihnen in den Spruchkörpern ein zahlenmäßiges Übergewicht zuerkannt - etwa in der KfH, dem Schöffengericht, der kleinen Strafkammer oder eben dem ArbG. Dies ist verfassungsrecht-

lich nicht zu beanstanden (st. Rspr., vgl. etwa BVerfGE 26, 186 [200] = NJW 1969, 2192; BVerfGE 42, 206 [208f.] = NJW 1976, 2870; BVerfGE 54, 159 [167] = NJW 1981, 912).

[21] Art. 92 i.V. mit Art. 20 II GG fordert jedoch, dass die rechtsprechende Gewalt durch staatliche Gerichte ausgeübt wird. Ein Gericht wird nicht schon dadurch als “staatliches” ausgewiesen, dass seine Bildung auf staatlichem Gesetz beruht und dass es der Erfüllung staatlicher Aufgaben dient. Seine Bindung an den Staat muss vielmehr auch in personeller Hinsicht ausreichend gewährleistet sein; dazu gehört beispielsweise, dass der Staat bei der Berufung der Richter mitwirkt (vgl. BVerfGE 48, 300 [315] = NJW 1978, 1795). Hierbei haben die Landesjustizverwaltungen streng darauf zu achten, dass zum ehrenamtlichen Richter nur Personen ernannt werden dürfen, die nach ihrem Persönlichkeitsbild und ihrer fachlichen Befähigung - einschließlich ihrer Einstellung zu den Grundentscheidungen unserer Verfassung - die Gewähr dafür bieten, dass sie die ihnen von Verfassungs und Gesetzes wegen obliegenden, durch den Eid bekräftigten richterlichen Pflichten jederzeit uneingeschränkt erfüllen werden (vgl. BVerfGE 48, 300 [321] = NJW 1978, 1795).

[22] Die Treuepflicht des ehrenamtlichen Richters erhält wie die Treuepflicht des hauptamtlichen Beamten oder Richters unter der Geltung des Grundgesetzes ein besonderes Gewicht dadurch, dass diese Verfassung nicht wertneutral ist, sondern sich für zentrale Grundwerte entscheidet, sie in ihren Schutz nimmt und dem Staat aufgibt, sie zu sichern und sie zu gewährleisten. Sie trifft Vorkehrungen gegen ihre Bedrohung, und sie institutionalisiert besondere Verfahren zur Abwehr von Angriffen auf die verfassungsmäßige Ordnung. Sie konstituiert eine wehrhafte Demokratie. Diese Grundentscheidung der Verfassung schließt es aus, dass der Staat, dessen verfassungsmäßiges Funktionieren auch von der freien inneren Bindung seiner Amtsträger an die geltende Verfassung abhängt, zur Ausübung von Staatsgewalt Bewerber zulässt und in (Ehren-)Ämtern, die mit der Ausübung staatlicher Gewalt verbunden sind, Bürger belässt, die die freiheitliche demokratische, rechts- und sozialstaatliche Ordnung ablehnen und bekämpfen (vgl. BVerfGE 39, 334 [349] = NJW 1975, 1641).“

cc. Zwischenergebnis

Aus der Gesamtschau der Art. 33 V i.V.m. 92 und 20 III GG ergibt sich eine Treuepflicht der ehrenamtlichen Richter zur Verfassung. Diese kommt als verfassungsimmanente Schranke von Grundrechten (hier: Kunstfreiheit) in Betracht.

b. Konkretisierung

“[23] Eingriffe in das vorbehaltlos gewährleistete Grundrecht des Art. 5 III 1 GG bedürfen einer hinrei-

chend bestimmten gesetzlichen Grundlage (vgl. für den Fall des Eingriffs in das Grundrecht des Art. 4 I GG BVerfGE 108, 282 [299] = NJW 2003, 3111).“

[Anm.: Dass auch verfassungsimmanente Schranken - genau wie Gesetzesvorbehalte - der Konkretisierung durch ein Parlamentsgesetz bedürfen, wird vielfach übersehen, ergibt sich jedoch zwingend aus einem "erst-Recht-Schluss": Wenn schon ein relativ schwaches Grundrecht mit Gesetzesvorbehalt nur auf legislativer Grundlage eingeschränkt werden darf, dann muss die Legislative erst Recht eine gesetzliche Grundlage für einen Eingriff in ein relativ starkes, nur verfassungsimmanent beschränkbares Grundrecht regeln. Der Unterschied zwischen Gesetzesvorbehalt und verfassungsimmanenter Schranke liegt nach diesem Verständnis nur noch darin, dass bei verfassungsimmanenten Schranken "vorgeprüft" werden muss, ob auch das Grundgesetz kollidierende Regelungen enthält (verneinendenfalls bestünde keine taugliche Schranke), während beim Gesetzesvorbehalt allein das einfache Parlamentsgesetz als Schranke genügt.]

Eine solche Konkretisierung findet das BVerfG hier in § 27 S. 1 ArbGG:

“[24] Nach § 27 S. 1 ArbGG ist ein ehrenamtlicher Richter auf Antrag der zuständigen Stelle seines Amtes zu entheben, wenn er seine Amtspflicht grob verletzt hat.”

2. Schranken-Schranken

Art. 33 V, 92, 20 III GG i.V.m. § 27 S. 1 ArbGG können die Amtsenthebung des Bf. aber nur dann rechtfertigen, wenn sie ihrerseits verfassungsgemäß und auch auf den Fall des Bf. verfassungsgemäß angewendet worden sind.

a. Verfassungsmäßigkeit der Schranke

Die formelle Verfassungsmäßigkeit des § 27 S. 1 ArbGG unterliegt keinem Zweifel. Fraglich ist aber seine materielle Verfassungsmäßigkeit, insbesondere im Hinblick auf Bestimmtheit und Verhältnismäßigkeit. Sowohl der Bestimmtheits- als auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz leiten sich aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 III GG ab, haben also Verfassungsrang.

aa. Bestimmtheit

Das BVerfG hält die Norm trotz ihrer generalklauselartigen Formulierung (“Amtspflicht...grob verletzt”) für hinreichend bestimmt:

“Verfassungsrechtliche Bedenken gegen diese Norm bestehen nicht. Insbesondere ist die Vorschrift hinreichend bestimmt. Wenn sie die Amtspflichten der ehrenamtlichen Richter nicht im Einzelnen normiert, ist dies mit der Situation im Disziplinarrecht der hauptamtlichen Richter und Beamten vergleichbar, wo sich

seit jeher Generalklauseln finden, nach denen die schuldhaft Verletzung von Berufspflichten mit einer der gesetzlich vorgesehenen Disziplinarstrafen geahndet wird (vgl. etwa § 46 DRiG i.V. mit § 77 I BBG für Richter des Bundes; vgl. ferner § 30 I Nr. 2 DRiG). Diese Generalklauseln sind nach der Rechtsprechung des BVerfG selbst unter dem strengen Maßstab des Art. 103 II GG nicht zu beanstanden, weil eine vollständige Aufzählung der mit einem Beruf verbundenen Pflichten nicht möglich und in der Regel auch nicht nötig ist; denn es handelt sich um Normen, die nur den Kreis der Berufsangehörigen betreffen, sich aus der ihnen gestellten Aufgabe ergeben und daher für sie im allgemeinen leicht erkennbar sind (BVerfGE 26, 186 [203f.] = NJW 1969, 2192; vgl. auch BVerwGE 93, 269 [274] = NJW 1993, 948).“

bb. Verhältnismäßigkeit

“[25] Die Vorschrift verstößt auch nicht gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. § 27 S. 1 ArbGG trägt dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit insbesondere dadurch Rechnung, dass er dessen Berücksichtigung bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals der „grob Amtspflichtverletzung“ erlaubt. Es ist auch nicht von Verfassungen wegen geboten, im Falle von Amtspflichtverletzungen ehrenamtlicher Richter eine dem Disziplinarrecht der hauptamtlichen Richter (vgl. etwa §§ 63 I, 64 DRiG i.V. mit § 5 I BDG) vergleichbare Abstufung von Sanktionsmöglichkeiten vorzusehen. Im Falle der ehrenamtlichen Richter in der Arbeitsgerichtsbarkeit besteht unterhalb der Amtsenthebung lediglich die Möglichkeit, ein Ordnungsgeld nach § 28 ArbGG zu verhängen, was voraussetzt, dass die betreffende Amtspflichtverletzung nicht als „grob“ i.S. des § 27 S. 1 ArbGG anzusehen ist. Diese gesetzliche Ausgestaltung ist den sachlichen Unterschieden zwischen hauptamtlicher und ehrenamtlicher Tätigkeit geschuldet. Die Amtsenthebung des ehrenamtlichen Richters trifft diesen schon deshalb ungleich weniger scharf als die Entlassung des hauptamtlichen Richters jenen, weil sie dem ehrenamtlichen Richter nicht gleichzeitig die wirtschaftliche Existenzgrundlage entzieht, die im Falle des hauptamtlich und planmäßig endgültig angestellten Richters unter dem Gesichtspunkt der Garantie der persönlichen Unabhängigkeit Art. 97 II GG auch verfassungsrechtliches Gewicht hat.”

[Anm.: Weder hier noch in der Verhältnismäßigkeit der Anwendung (zu dieser sogleich) prüft das BVerfG die Verhältnismäßigkeit sauber nach legitimem Zweck, Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit. Vielmehr springt das Gericht gleich auf die im Rahmen der Angemessenheit vorzunehmende Güterabwägung. In einem Gutachten empfiehlt es sich jedoch in aller Regel, Schritt für Schritt zu prüfen.]

b. Verfassungsmäßige Anwendung

Fraglich bleibt nach alledem, ob die verfassungsmäßige Schranke auch auf den konkreten Fall des Bf. verfassungsmäßig angewendet wurde. Das BVerfG prüft in diesem Rahmen nicht im Sinne einer "Superrevisionsinstanz", ob die Voraussetzungen der Norm nach einfachem Recht vorlagen. Vielmehr müsste eine Verletzung spezifischen Verfassungsrechts vorgelegen haben. Dies wäre insbesondere der Fall, wenn sich die Amtsenthebung als unverhältnismäßig erweisen würde. Verhältnismäßig ist die Anwendung, wenn sie zur Erreichung eines legitimen Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen ist. Zweifelhaft ist hier nur die Angemessenheit, d.h. ob die Amtsenthebung auch unter Berücksichtigung der Rechte des Bf. in einem ausgewogenen Verhältnis zu dem verfolgten Ziel - dem Schutz von Rechtspflege und Verfassung vor der Mitwirkung von nicht verfassungstreuen Personen an gerichtlichen Entscheidungen - steht.

aa. Pflicht zur Verfassungstreue auch außerhalb des Amtes

Dem Bf. wird vorgeworfen, sich im Rahmen seiner Mitgliedschaft in einer rechtsgerichteten Rockband nicht verfassungstreu verhalten zu haben. Unangemessen wäre es, aus diesem privaten Verhalten dienstliche Konsequenzen zu ziehen, wenn die Verfassungstreue der ehrenamtlichen Richter sich auf den dienstlichen Bereich beschränkte. Dies ist jedoch nicht der Fall:

"[28] Zwar enthalten weder das Arbeitsgerichtsgesetz noch das Deutsche Richtergesetz oder das Landesrichtergesetz Baden-Württemberg Normen, die ausdrücklich eine Amtspflicht ehrenamtlicher Richter zur Verfassungstreue statuieren, wie dies etwa im nordrhein-westfälischen Landesrecht durch Verweis auf das allgemeine Beamtenrecht (§ 6 NWRiG i.V. mit §§ 183, 55 II NWBG) der Fall ist (vgl. dazu LAG Hamm, NZA 1994, 45). Die Annahme einer solchen Amtspflicht ist jedoch bereits vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Grundsätze über die Verfassungstreue der ehrenamtlichen Richter nahe liegend. Dass auch das Bundes- wie das baden-württembergische Landesrecht die Pflicht zur Verfassungstreue voraussetzen, hat sich in den Vorschriften über die Vereidigung niedergeschlagen, auf die auch das LAG hinweist. Denn nach § 45 III, IV DRiG und entsprechend nach § 13 I, II BadWürttRiG schwört oder gelobt der ehrenamtliche Richter bei seiner Vereidigung, die Pflichten eines ehrenamtlichen Richters getreu dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland und getreu dem Gesetz zu erfüllen, nach bestem Wissen und Gewissen ohne Ansehen der Person zu urteilen und nur der Wahrheit und Gerechtigkeit zu dienen. Der Eid oder das Gelöbnis machen diese Pflicht für den einzelnen ehrenamtlichen Richter leicht erkennbar.

[29] Die gerade auch nach den Vorschriften über die

Eidesleistung vorausgesetzte Treue zur Verfassung ist eine persönliche Eigenschaft, die aus verfassungsrechtlicher Sicht Voraussetzung der Eignung für das Amt des ehrenamtlichen Richters ist (vgl. BVerfGE 48, 300 [321]). Damit liegt es nahe, die Treuepflicht - wie es das LAG getan hat - über die eigentliche Richtertätigkeit hinaus auf das Verhalten außerhalb der Teilnahme an Gerichtsverhandlungen zu erstrecken; auch im Schrifttum wird dies befürwortet (vgl. Bader/Creutzfeldt/Friedrich, ArbGG, 4. Aufl. [2006], § 27 Rdnr. 3; Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöße, ArbGG, 6. Aufl. [2008], § 27 Rdnr. 7; Schwab/Weth, ArbGG, 2. Aufl. [2008], § 27 Rdnrn. 7f.). Aus der Tatsache, dass in § 27 S. 1 ArbGG von der Verletzung von „Amts“-Pflichten die Rede ist, ist nicht zwingend zu folgern, dass sich die Norm ausschließlich auf das Verhalten des ehrenamtlichen Richters während der eigentlichen Amtsausübung beziehen könnte."

bb. Abwägung mit der Kunstfreiheit im Wege "praktischer Konkordanz"

"[35] Die Würdigung des Auftretens und der Liedtexte der Band „X2.“ durch das LAG verkennt auch nicht die aus der Kunstfreiheit des Bf. folgenden besonderen Anforderungen. Künstlerische Darstellungen müssen von den Gerichten anhand der der Kunst eigenen Strukturmaßstäbe unter Anlegung werkgerechter Maßstäbe interpretiert werden (BVerfGE 30, 173 [188] = NJW 1971, 1645; BVerfGE 75, 369 [376] = NJW 1988, 317). Sind verschiedene Interpretationsmöglichkeiten denkbar, so darf das Gericht nicht ohne nähere Auseinandersetzung mit den Alternativen von einer Deutung ausgehen, die sich als rechtswidrig darstellt (vgl. BVerfGE 67, 213 [229f.] = NJW 1985, 261). Vorliegend ist das LAG in eingehender Auseinandersetzung mit den Liedtexten und dem Auftreten der Band „X2.“ zu dem Schluss gekommen, dass diese bei einer Gesamtwürdigung der Umstände Assoziationen zum nationalsozialistischen Regime weckten, gewaltverherrlichend seien und von einer verfassungsfeindlichen Ideologie zeugten. Eine plausible anderweitige Deutung lässt sich insbesondere auch dem Vorbringen des Bf. nicht entnehmen. [...]

[37] Es oblag insofern in erster Linie dem LAG, die kollidierenden Güter von Verfassungsrang, also die Kunstfreiheit und den Grundsatz der Verfassungstreue der ehrenamtlichen Richterschaft, gegeneinander abzuwägen und den Konflikt nach Maßgabe der grundgesetzlichen Wertordnung und unter Berücksichtigung der Einheit dieses grundlegenden Wertsystems zu lösen, also einen verhältnismäßigen Ausgleich der gegenläufigen, gleichermaßen verfassungsrechtlich geschützten Interessen mit dem Ziele ihrer Optimierung zu finden (vgl. BVerfGE 30, 173 [193] = NJW 1971, 1645; BVerfGE 77, 240 [253] = NJW 1988, 325; BVerfGE 81, 278 [292] = NJW 1990, 1982). Auf der

Ebene des einfachen Rechts ist ein Spielraum für die Berücksichtigung dieser verfassungsrechtlichen Anforderungen in erster Linie durch das Tatbestandsmerkmal der "groben Amtspflichtverletzung" eröffnet. Das LAG hat sich dementsprechend explizit mit der Frage eines Eingriffs in die Kunstfreiheit des Bf. durch die Amtsenthebung befasst; es ist zu dem Schluss gekommen, dass ein solcher Eingriff gerechtfertigt und der Verstoß des Bf. gegen seine Pflicht zur Verfassungstreue als grob i.S. des § 27 S. 1 ArbGG anzusehen sei.

[38] Dass das Ergebnis dieser Abwägung zwingend anders als tatsächlich geschehen hätte ausfallen müssen, lässt sich nicht sagen. Das Verhalten des Bf. dürfte zwar nicht zur schwerwiegendsten Kategorie denkbarer Verletzungen der Verfassungstreuepflicht zählen, zumal nach den Feststellungen des LAG zu Gunsten des Bf. davon auszugehen ist, dass sein pflichtwidriges Verhalten sich auf die eigentliche richterliche Tätigkeit nicht ausgewirkt hat; doch ist der Verstoß des Bf. auch nicht völlig unerheblich. Andererseits jedoch ist auch die Belastung des Bf. durch den in der Amtsenthebung liegenden Eingriff als zwar nicht nur geringfügig, aber immerhin deutlich weniger schwerwiegend als etwa im Fall der Entlassung eines hauptamtlichen Richters anzusehen.

IV. Zwischenergebnis

Der Eingriff in die Kunstfreiheit ist durch verfassungsimmanente Schranken gerechtfertigt. Der Bf. ist nicht in seinem Grundrecht aus Art. 5 III GG verletzt.

B. Verletzung der Meinungsfreiheit

Der Bf. könnte aber in seinem Grundrecht auf freie Meinungsäußerung aus Art. 5 I 1, 1. Hs GG verletzt sein. Allerdings beinhaltet schon die Kunstfreiheit ei-

nen Wirkungsbereich, der die Verbreitung einer mit dem Kunstwerk verbundenen Meinungsäußerung schützt. Auch unterliegt der lediglich verfassungsimmanent beschränkbare Art. 5 III GG strengeren Schranken als Art. 5 I 1, 1. Hs GG, der seine Schranken in der Trias des Art. 5 II GG findet. Deshalb halten BVerfG und h.L. die Meinungsfreiheit regelmäßig für subsidiär zur Kunstfreiheit (vgl. nur BVerfGE 30, 173, 200; 75, 369, 377; Bethge, in: Sachs, GG, Art. 5 Rn 194).

Auf die Konkurrenzenfrage geht das BVerfG im vorliegenden Beschluss zwar nicht ein; es stellt aber nur in einem Ergebnissatz fest, dass aus Art. 5 I 1, 1. Hs GG auch hier keine weitergehenden Rechte folgen als aus der Kunstfreiheit:

"[40] Auch das Grundrecht der Meinungsfreiheit (Art. 5 I 1 GG) ist nicht verletzt. Der angegriffene Beschluss des LAG bewegt sich innerhalb der durch die allgemeinen Gesetze, hier §§ 27, 21 V 2 bis 5 ArbGG, gezogenen Schranken der Meinungsfreiheit (Art. 5 II GG) und greift nicht unverhältnismäßig in das Grundrecht des Bf. ein."

[Anm.: In einem Gutachten könnte die Konkurrenzenfrage auch offen gelassen werden, wenn die Meinungsfreiheit geprüft und - wie hier - aufgezeigt wird, dass sie ebenfalls nicht verletzt ist.]

C. Ergebnis

Eine Verletzung anderer Grundrechte oder grundrechtsgleicher Rechte des Bf. ist nicht ersichtlich. Seine Verfassungsbeschwerde ist somit unbegründet.

[Anm.: Fern liegt insbesondere eine Prüfung von Art. 12 I 1 GG, denn ein Ehrenamt ist schon mangels Gewinnerzielungsabsicht kein "Beruf".]

Standort: Erbrecht

Problem: Leistung auf den Todesfall

BGH, URTEIL VOM 21.05.2008

IV ZR 238/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Parteien streiten um die Todesfalleistung aus einem Lebensversicherungsvertrag. Der Ehemann der Bekl. hatte einen entsprechenden Versicherungsvertrag geschlossen und als Bezugsberechtigte seine spätere nichteheliche Lebenspartnerin eingesetzt. Die Bekl. und ihr Sohn sind gesetzliche Erben. Mit Schreiben vom 19.05.2004 wandte sich die Bekl. an den Versicherer und widerrief den Auftrag des Versicherers, der Kl. das Schenkungsangebot zu übermitteln. Gleichwohl wandte sich die Versicherung an die Kl. und überbrachte ihr das Schenkungsangebot. Wegen der Rechtsunsicherheit, wer nunmehr auszahlungsbe-rechtigt sei, hinterlegte der Versicherer die Versiche-

rungssumme beim Amtsgericht unter Verzicht auf das Recht zur Rücknahme.

Mit Klage und Widerklage fordern die Parteien wechselseitig die Freigabe des hinterlegten Betrages. Unter Abweisung des jeweils entgegengerichteten Begehrens haben das Landgericht der Widerklage und das Berufungsgericht der Klage stattgegeben. Mit der Revision erstrebt der Streithelfer der Bekl. die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Prüfungsrelevanz:

Der erkennende Senat hatte sich hier mit einem klassischen Problem aus dem Bereicherungsrecht mit erbrechtlichen Bezügen zu befassen. Zu beurteilen war eine Schenkung auf den Todesfall - ein Klassiker im Ersten und Zweiten Staatsexamen.

Die Kl. begehrte die Einwilligung zur Auszahlung des

hinterlegten Geldes. Die Falllösungen bereiten den Studenten und Referendaren vor allem deshalb Probleme, weil eine stringente Trennung zwischen dem sog. Deckungsverhältnis (Vertrag zwischen dem Versprechenden und dem Versprechensempfänger = Verhältnis, woraus die Leistung i.S.v. § 328 I BGB zugewandt wird) und dem Valutaverhältnis (Vertrag zwischen dem Versprechensempfänger und dem Dritten = Verhältnis, warum die Leistung erfolgt) notwendig ist. Des weiteren beinhaltet diese Konstellation erbrechtliche Bezüge insoweit, als die Auswirkungen des Ablebens des Versprechensempfängers auf die Vertragsverhältnisse zu prüfen ist. Genaue Argumentation ist insbesondere bei dem Abschluss des Schenkungsvertrages als Valutaverhältnis gefragt. In dem hier zur Entscheidung stehenden Fall kam es auf das klassische Problem der Formnichtigkeit des Schenkungsvertrages i.S.v. § 125 BGB nicht an. Vielmehr lag der Schwerpunkt auf der Prüfung des Widerrufs des Übermittlungsvertrages gem. § 130 I 2 BGB. Hier scheiterte der Schenkungsvertrag bereits bei der Einigung. Die Erben des Versprechensempfängers hatten rechtzeitig von dem Widerrufsrecht Gebrauch gemacht. In diesem Zusammenhang sollte kurz problematisiert werden, ob überhaupt das Recht zum Widerruf der Willenserklärung gem. § 130 I 2 BGB vererblich i.S.v. § 1922 I BGB ist. Dies wird von der ganz herrschenden Auffassung in Literatur und Rechtsprechung mit dem Argument bejaht, dass das durch den Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall geschaffene Forderungsrecht zugunsten des Dritten nicht eine so starke Rechtsposition verleihen kann, dass die vom Gesetzgeber auch über den Tod hinausgehende Widerrufsmöglichkeit (§§ 671, 672 BGB) gänzlich beiseite geschoben wird (BGH, NJW 1975, 382, 384).

Vertiefungshinweise:

- Zur Einzahlung auf ein Kindersparbuch: *BGH*, NJW 2005, 2222
- Zur Schenkung auf den Todesfall: *Leipold*, ZEV 2008, 392; *OLG Stuttgart*, NJW-RR 2008, 389; *BGH*, RA 2004, 256 = NJW 2004, 767; *Wolff*, Jura 1997, 375 ff.; *Schreiber*, Jura 1995, 159 ff.; *Martinek*, JuS 1994, 473 ff., 564 ff.

Kursprogramm:

- Examenskurs: "Sparbuch auf den Todesfall"
- Examenskurs: "Adios Muchachos"
- Assessorkurs: "Der undankbare Neffe"

Leitsätze:

a. Die Erklärung des Versicherungsnehmers gegenüber seinem Lebensversicherer, ein Dritter sei für die Todesfalleistung bezugsberechtigt, beinhaltet -bezogen auf das Valutaverhältnis zwischen dem

Versicherungsnehmer und dem Dritten - regelmäßig den konkludenten Auftrag, dem Dritten nach Eintritt des Versicherungsfalles das Zuwendungsangebot des Versicherungsnehmers zu überbringen.

b. Ob der Dritte die Versicherungsleistung im Verhältnis zu den Erben des Versicherungsnehmers behalten darf, beantwortet grundsätzlich allein des Valutaverhältnis (Fortführung von BGHZ 157, 79, 82 f. und der Senatsurteile vom 25.04.1975 - IV ZR 63/74 - VersR 1975, 706 unter 1 a; 01.04.1987 - IVa ZR 26/86 - VersR 1987, 659 unter 2).

c. Erlangt der Dritte nach dem Tode des Versicherungsnehmers Kenntnis von seiner Bezugsberechtigung und fordert er deshalb vom Versicherer die Todesfalleistung, so wird ihm ein Schenkungsangebot des Versicherungsnehmers nicht schon dadurch übermittelt, dass der Versicherer Unterlagen zur Prüfung des Sachverhalts (hier die Übersendung des Versicherungsscheins und einer Sterbeurkunde) anfordert.

d. Zur Auslegung einer an den Versicherer gerichteten Erklärung, nach deren Wortlaut die Erben des Versicherungsnehmers allein die im Deckungsverhältnis eingeräumte Bezugsberechtigung des Dritten anfechten.

e. § 120 BGB ist nicht anzuwenden, wenn der dem Boten erteilte Auftrag vor Übermittlung der Erklärung an den Empfänger wirksam widerrufen wurde.

Sachverhalt:

Die Parteien streiten um die Todesfalleistung aus einer Lebensversicherung.

Der Ehemann der Bekl. (im Folgenden: Versicherungsnehmer) hatte bei der ... Lebensversicherung AG (im Folgenden: Versicherer) eine kapitalbildende Lebensversicherung gehalten und zunächst der Bekl. und dem im Oktober 2001 geborenen gemeinsamen Sohn die Bezugsberechtigung für die Todesfalleistung eingeräumt.

Ab Februar 2004 lebte der Versicherungsnehmer mit der Kl. in nichtehelicher Lebensgemeinschaft zusammen. Er wollte sich von der Bekl. scheiden lassen. Mit an den Versicherer gerichtetem Schreiben vom 02.03.2004 widerrief er die ursprüngliche Bezugsberechtigung und setzte stattdessen die Kl. als Bezugsberechtigte für die Todesfalleistung ein, was ihm der Versicherer mit Schreiben vom 08.03.2004 bestätigte. Am Abend des 16.05.2004 verließ der Versicherungsnehmer nach einer Aussprache mit der Kl., die sich von ihm trennen wollte, gegen 22.30 Uhr die gemeinsame Wohnung. Um 22.58 Uhr stürzte er sich von der über den Nordostseekanal führenden Brücke der Bundesautobahn 23 (Rader Hochbrücke). In derselben Nacht erlag er den dabei erlittenen inneren Verletzungen.

gen.

Nach Sichtung der Versicherungsunterlagen wies der Vater des Versicherungsnehmers die Kl. im Laufe des 17.05.2004 auf ihre Bezugsberechtigung für die Todesfallleistung hin. Die Kl. beauftragte ihn daraufhin, diese gegenüber dem Versicherer geltend zu machen. In einem vom Vater noch am selben Tage mit dem Versicherer geführten Telefonat forderte der zuständige Sachbearbeiter zunächst die Übersendung der Versicherungspolice und einer Sterbeurkunde. Letztere wurde dem Versicherer vom Vater des Versicherungsnehmers am 28.05.2004 zugestellt.

Die Bekl. und ihr Sohn sind aufgrund gesetzlicher Erbfolge je zur Hälfte Erben des Versicherungsnehmers. Mit anwaltlichem Schreiben vom 19.05.2004 wandte sich der Streithelfer der Bekl. in deren Auftrag an den Versicherer. Wörtlich heißt es darin unter anderem:

"Hiermit fechte ich die rechtsgeschäftliche Erklärung des [Versicherungsnehmers], mit welcher dieser [die Kl.] als Begünstigte seiner Lebensversicherung eingesetzt hat, im Namen meiner Mandantin an. (...) Das Recht zur Anfechtung steht meiner Mandantin als Erbin und Rechtsnachfolgerin ihres verstorbenen Ehegatten zu. (...) Ob Sie die Lebensversicherungssumme an [die Kl.] zur Auszahlung bringen, steht natürlich in Ihrem Ermessen. Allerdings besteht das Risiko einer zweiten Inanspruchnahme. Sollte die Abänderung der Begünstigung wegen der Anfechtung oder wegen Geschäftsunfähigkeit nichtig sein, so wird meine Mandantin auf ihre Rechte aus dem Lebensversicherungsvertrag bestehen."

Das Schreiben erreichte den Versicherer spätestens am 25.05.2004. Dieser wies die Bekl. mit Schreiben vom 16.06.2004 darauf hin, dass er sich für verpflichtet halte, die Versicherungsleistung an die Kl. auszuführen, weil deren Bezugsberechtigung durch den Versicherungsfall unwiderruflich geworden sei und er der Kl. zudem mit Schreiben vom 09.06.2004 das Schenkungsangebot des Versicherungsnehmers überbracht habe. Dennoch hinterlegte der Versicherer die Versicherungssumme sodann beim Amtsgericht Wiesbaden unter Verzicht auf das Recht zur Rücknahme.

Hat die Kl. gegen die Bekl. einen Anspruch auf Einwilligung zur Auszahlung des Betrages?

Lösung:

Die Kl. könnte einen Anspruch auf Auszahlung des Betrages gem. § 812 I 1 2. Fall BGB haben.

A. Etwas erlangt

Die Bekl. müsste etwas erlangt haben. Das ist dann der Fall, wenn die vermögenswerte Rechtsstellung der Bekl. verbessert wurde. Durch die Einräumung einer Sperrposition wird demjenigen, zu dessen Gunsten sie erfolgt, eine wirtschaftlich günstigere Rechtsstellung

eingerräumt (BGH, NJW 1972, 1045; Palandt-Sprau, § 812 Rn 17). Also liegt ein vermögenswerter Vorteil vor.

B. In sonstiger Weise

Die Bekl. müsste die Rechtsposition in sonstiger Weise erlangt haben. Dazu dürfte die Sperrposition von niemandem an die Bekl. geleistet worden sein. Zudem müsste in den Zuweisungsgehalt eines Rechts der Kl. eingegriffen worden sein.

I. Wahrung der Subsidiarität der Nichtleistungskondition

Niemand dürfte die Sperrposition an die Bekl. geleistet haben. Leistung ist die bewußte und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens. Fraglich ist, ob die Versicherung an die Bekl. geleistet hat. Hier ist jedoch Sinn und Zweck der Einräumung einer Sperrposition zu berücksichtigen. Eine Sperrposition wird immer dann eingeräumt, wenn der Schuldner vermeiden will, an den Falschen zu leisten. Also geht es nicht darum, dass der Versicherer das Vermögen der Bekl. mehren wollte, sondern darum, einen Regress zu vermeiden. Folglich ist keine vorrangige Leistungsbeziehung gegeben. Also ist die Subsidiarität gewahrt.

II. Eingriff in den Zuweisungsgehalt eines fremden Rechts

Es müsste ein Eingriff in den Zuweisungsgehalt eines Rechts der Kl. vorliegen. Dies ist dann der Fall, wenn der Rechtskreis der Kl. verkürzt wird. Vorliegend ist der Rechtskreis der Kl. verkürzt, wenn sie Forderungsberechtigte ist, ihr also der Anspruch auf Auszahlung des Lebensversicherungsbetrages gem. §§ 1 S.1, 159 I VVG i.V.m. §§ 328 I, 330, 331 BGB zusteht. Mit Schreiben des Versicherungsnehmers an den Versicherer vom 02.03.2004 widerrief dieser die ursprüngliche Bezugsberechtigung und setzte stattdessen die Kl. als Bezugsberechtigte für die Todesfallleistung ein. Dies bestätigte ihm der Versicherer mit Schreiben vom 08.03.2004. In dem Schreiben der Versicherungsnehmers liegt ein Antrag auf Änderung des Versicherungsvertrages gem. § 1 S.1, 159 I VVG, nach dem die Forderung nicht in den Nachlass gelangen sollte, sondern der Kl. sollte ein unmittelbares Forderungsrecht gem. §§ 331, 328 I BGB eingeräumt werden. Die entsprechende Annahme wurde durch das Bestätigungsschreiben vom 08.03.2004 erklärt. Zweifel an der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts bestehen nicht.

[Anm.: Eine Formnichtigkeit des Rechtsgeschäfts gem. § 125 S. 1 BGB scheidet aus. Weder ist ein Verstoß gegen § 518 I, noch einer gegen § 230I BGB ersichtlich. Dem Deckungsverhältnis zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Versicherer liegt ein Lebensversicherungsvertrag gem. §§ 1, 159 VVG zugrunde. Mithin liegt kein Schenkungsvertrag vor. Beide Nor-

men haben also allenfalls Bedeutung für das Valutageschäft im Verhältnis des Versprechensempfängers (= Erblasser) und dem Dritten als Zuwendungsempfänger. Daher sind die Normen für das Deckungsverhältnis unbeachtlich (Palandt-Heinrichs, § 331 Rn 1; MünchKomm-Musielak, § 2301 Rn 32).]

Also ist die Kl. Forderungsinhaberin. Ein Eingriff in den Zuweisungsgehalt liegt vor.

III. Auf Kosten des Kondiktionsgläubigers

Die Vermögensmehrung erfolgte auch auf Kosten der Kl..

C. Ohne Rechtsgrund

Fraglich ist, ob die Zuwendung des Vermögens ohne Rechtsgrund erfolgte. Dieser ist hier nicht ersichtlich.

Also liegen die Voraussetzungen des § 812 I 1 2. Fall BGB vor.

D. Einrede der unzulässigen Rechtsausübung gem. § 242 BGB

Fraglich ist, ob dem Anspruch der Einwand gem. § 242 BGB entgegengehalten werden kann, so dass der Anspruch nicht durchsetzbar ist. Dies ist dann der Fall, wenn der Bekl. seinerseits einen Anspruch auf Rückabtretung der Versicherungsforderung hat (BGH, NJW 1975, 382, 383). Ein solcher Anspruch könnte hier aus § 812 I 1 1. Fall BGB folgen.

I. Etwas erlangt

Die Kl. hat einen Auszahlungsanspruch gegenüber der Lebensversicherung gem. §§ 1, 159 I, 328 I, 331 BGB erworben. Daher liegt ein Vermögensvorteil vor.

II. Durch Leistung

Die Vermögenszuwendung müsste durch Leistung der Bekl. erfolgt sein. Leistung ist eine bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens (Palandt-Sprau, § 812 Rn 3). Der zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Versicherer geschlossene Vertrag war gerade darauf gerichtet, dass die Kl. nach dem Ableben des Versicherungsnehmers Anspruchsinhaberin werden sollte. In die Rechtsstellung der Versicherungsnehmers rückte die Bekl. gem. § 1922 I BGB ein. Demnach liegt eine bewusste und zweckgerichtete Mehrung des Vermögens der Kl. durch die Bekl. vor.

III. Ohne Rechtsgrund

Der Rechtsgrund für die Erlangung des Auszahlungsanspruchs fehlt dann, wenn der Kl. kein Anspruch aus dem Valutaverhältnis zusteht. Die Zuwendung sollte hier unentgeltlich erfolgen, so dass ein Rechtsgrund in einem wirksamen Schenkungsvertrag gem. § 516 I BGB liegen könnte.

Der erkennende Senat führte dazu aus: “[21] Ob der von einer Bezugsberechtigung Begünstigte die Versicherungsleistung im Verhältnis zu den dem Versicherungsnehmer nachfolgenden Erben behalten darf, beantwortet grundsätzlich allein das Valutaverhältnis. § 2301 BGB ist insoweit nicht anzuwenden (BGHZ aaO S. 82). Als Valutaverhältnis kommt hier, wie das Berufungsgericht unangegriffen festgestellt hat, allein eine Schenkung in Betracht. Die Erklärung des Versicherungsnehmers gegenüber dem Versicherer, es werde der Kl. eine Bezugsberechtigung für die Todesfallleistung einer Lebensversicherung eingeräumt, ist - bezogen auf das Valutaverhältnis - zugleich als konkludenter Auftrag an den Lebensversicherer zu verstehen, ihr nach Eintritt des Versicherungsfalles das Schenkungsangebot des Versicherungsnehmers zu überbringen. [22] Ein insoweit mit Botendiensten beauftragter Versicherer erfüllt diesen Auftrag in der Regel durch Auszahlung der Versicherungssumme an den Begünstigten, weil darin konkludent das Schenkungsangebot des verstorbenen Versicherungsnehmers zum Ausdruck kommt. Dieses Angebot kann der Begünstigte durch Annahme des Geldes konkludent annehmen (vgl. für eine Bankanweisung: Senatsurteil vom 30.10.1974 aaO).”

1. Einigung

Fraglich ist, ob eine Einigung zu bejahen ist.

a. Antrag durch das Telefonat vom 17.05.2004 gem. § 145 BGB

Hier könnte der Versicherer als Erklärungsbote des Versicherungsnehmers durch Telefonat vom 17.05.2004 das Angebot unterbreitet haben. Inhalt des Telefonats war, dass die Versicherung Belege zur Prüfung des seitens der Kl. erhobenen Anspruchs angefordert hat. Daraus kann nach dem objektiven Empfängerhorizont gem. §§ 133, 157 BGB nur gefolgert werden, dass die Versicherung erst nach Prüfung der Sachlage weitere Erklärungen abgeben wollte (so bereits BGH, WM 1976, 1130).

Ein anderes Ergebnis folgt auch nicht aus dem Umstand, dass die Kl. in dem Telefonat von der Bezugsberechtigung erfahren hat. Die Mitteilung von der Bezugsberechtigung ersetzt das Schenkungsangebot jedoch nicht (BGH, NJW 1979, 2032).

Also ist insoweit kein Antrag ersichtlich.

b. Antrag durch das Schreiben vom 09.06.2004 gem. § 145 BGB

Das Schenkungsangebot hat der Versicherer mit Schreiben vom 06.06.2004 übersandt. Die Bekl. hatte allerdings vorher - am 19.05.2004 - den Widerruf des Übermittlungsvertrags gem. § 130 I 2 BGB erklärt. Demnach wird die Erklärung nicht wirksam, wenn dem anderen vorher oder gleichzeitig ein Widerruf zugeht.

aa. Widerrufsrecht der Bekl.

Der Bekl. müsste ein Widerrufsrecht zustehen. Dies ist streitig.

(1.) Widerrufsrecht durch Universalsukzession gem. § 1922 I BGB

Einer Ansicht nach ist das Widerrufsrecht vererblich. Demnach erwarb die Bekl. die Rechtsposition des Versicherungsnehmers und damit das dem Versicherungsnehmer als Auftraggeber gem. § 671 I BGB zustehende Widerrufsrecht aus dem Auftragsverhältnis zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Versicherer (h.M.: BGH, NJW 1975, 382, 383; 84, 480 481; Palandt-Heinrichs, § 330 Rn 4).

(2.) Kein Widerrufsrecht

Einer anderen Ansicht nach steht dem Erben kein Widerrufsrecht zu. Der Vertrag zugunsten des Dritten entfaltet insoweit für den Begünstigten weitreichende Wirkungen (Soergel-Hadding, § 331 Rn 15).

(3.) Stellungnahme

Gegen die zweite Auffassung spricht, dass die Universalsukzession gem. § 1922 I BGB dem Rechtsnachfolger diejenige Rechtsposition verschaffen will, die der Erblasser inne hatte. Das durch den Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall geschaffene Forderungsrecht zugunsten des Dritten kann nicht eine so starke Rechtsposition verleihen, dass die vom Gesetzgeber auch über den Tod hinausgehende Widerrufsmöglichkeit (§§ 671, 672 BGB) gänzlich beiseite geschoben wird (BGH, NJW 1975, 382, 384). Folglich hat die Bekl. ein Widerrufsrecht inne.

bb. Wirksame Ausübung des Widerrufs

Die Bekl. müsste vom Widerrufsrecht wirksam Gebrauch gemacht haben. Dazu müsste der Widerruf rechtzeitig i.S.v. § 130 I 2 BGB sein.

(1.) Vorliegen einer Widerrufserklärung

Es müsste eine Widerrufserklärung i.S.v. § 130 I 2 BGB vorliegen. Das Schreiben vom 19.05.2004 enthält eine einseitige Willenserklärung. Gem. § 133 BGB ist der wirkliche Wille des Erklärenden zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks festzuhalten.

Der erkennende Senat führt dazu aus: "Der Tatrichter hat eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung so auszulegen, wie der Erklärungsempfänger sie nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte von seinem Empfängerhorizont aus verstehen musste (vgl. dazu die Rechtsprechungsnachweise bei Heinrichs/Ellenberger in Palandt, BGB 67. Aufl. § 133 Rn 9; BGHZ 157, 79, 83). Innerhalb dieses normativen Rahmens kommt es darauf an, was der Erklärende gewollt und inwieweit er seinen Willen für den Erklärungsempfänger erkennbar zum Ausdruck

gebracht hat. Der Empfänger darf der Erklärung dabei nicht einfach den für ihn günstigsten Sinn beilegen, sondern muss unter Berücksichtigung aller ihm bekannten Umstände mit gehöriger Aufmerksamkeit prüfen, was der Erklärende gemeint hat (vgl. dazu Senatsurteil vom 12.02.1981 - IVa ZR 103/80 - NJW 1981, 2295 unter II 3; Heinrichs/Ellenberger aaO). Das gilt insbesondere dann, wenn - wie hier - erkennbar eine von zwei möglichen Auslegungen für den Erklärenden wirtschaftlich wenig Sinn macht."

Hier war der Wille darauf gerichtet, gänzlich zu verhindern, dass die Kl. in den Genuss der Versicherungsleistung kommt. Ein nur begrenzter Erklärungswille dahingehend, dass zwar im Deckungsverhältnis die Bezugsberechtigung für die Todesfalleistung mittels Anfechtung beseitigt werden, es aber gleichwohl bei dem Auftrag bleiben sollte, der Kl. die Versicherungsleistung schenkweise anzubieten, wäre in sich widersprüchlich gewesen. Es ist kein Grund ersichtlich, warum der Versicherer das Schreiben so verstehen sollte. Der Lebensversicherer verfügte über besondere Kenntnisse tatsächlicher und rechtlicher Art, die er hins. der Auslegung des Schreibens vom 19.05.2004 einsetzen musste. Daher hatte der Versicherer Kenntnis von der rechtlichen Problematik der Zuwendung einer Todesfalleistung mittels Bezugsberechtigung und insbesondere der Trennung von Deckungs- und Valutaverhältnis. Er hatte infolge dieser besonderen Rechtskenntnis bereits das Schreiben des Versicherungsnehmers vom März 2004, in welchem die Änderung der Bezugsberechtigung zugunsten der Kl. erklärt worden war, zutreffend als gleichzeitig konkludent erteilten Auftrag verstanden, im Versicherungsfalle das mit der Bezugsrechtsänderung verbundene Schenkungsangebot des Versicherungsnehmers an die Kl. weiterzuleiten. Das ergibt sich bereits daraus, dass er der Kl. im Juni 2004 tatsächlich ein solches Angebot unterbreitete.

"[32] Schon wegen dieses zutreffenden Vorverständnisses der Erklärung des Versicherungsnehmers war der Versicherer ebenso in der Lage zu erkennen, dass auch die Erben des Versicherungsnehmers, soweit sie am 19.05.2004 lediglich eine Erklärung abgaben, die ihrem Wortlaut nach auf eine vollständige Beseitigung der Bezugsberechtigung der Kl. gerichtet war, damit konkludent auch auf das Valutaverhältnis zielten und den ursprünglich vom Versicherungsnehmer ebenfalls nur konkludent erteilten Übermittlungsauftrag für das Schenkungsangebot widerrufen wollten. Insbesondere konnte der Versicherer erkennen, dass dem unmissverständlichen Willen der Erben, eine Zuwendung der Versicherungssumme an die Kl. zu unterbinden, vor allem dadurch Geltung verschafft werden konnte, dass das Schenkungsangebot an die Kl. unterblieb."

Also liegt eine Widerrufserklärung vor. Zweifel an der Rechtzeitigkeit des Widerrufs bestehen nicht. Der Widerruf ging dem Versicherer am 19.05.2004 zu, während der Versicherer mit Schreiben vom 06.06.2004

das Schenkungsangebot übersandte.

(2.) Beachtlichkeit des Widerrufs

Der Widerruf müsste beachtlich sein. Die Unbeachtlichkeit des Widerrufs könnte sich daraus ergeben, dass das Risiko der unrichtigen Übermittlung durch einen Boten gem. § 120 BGB ohnehin den Erklärenden bzw. dessen Erben trifft. Allerdings ist hier kein Umstand i.S.v. § 120 BGB gegeben. Vorliegend wurde der Auftrag zur Übermittlung des Schenkungsangebots vor dessen Abgabe wirksam widerrufen. Daher ist kein Irrtum eines Boten insofern gegeben, als dieser die von ihm zu überbringende Erklärung unbewusst verändert. Nur in diesem Fall ist es sachgerecht, dem Erklärenden das Risiko der Falschübermittlung aufzuerlegen (so auch: Staudinger/Singer, BGB [2004] § 120 Rn 1, 2; Palandt/Heinrichs/Ellenberger, § 120 Rn 4; Gruber in juris-PK-BGB Buch 1, 3. Aufl. 2006 § 120 Rn 10; OLG Koblenz BB 1994, 819, 820; OLG Oldenburg NJW 1978, 951, 952).

“Teilweise wird zwar gefordert, die Haftung des Erklärenden auch auf die Fälle zu erstrecken, in denen der Bote die ihm anvertraute Erklärung bewusst oder sogar absichtlich verändert, weil sich auch dies noch im Rahmen des vom Absender übernommenen Risikos bewege (Staudinger/Singer aaO; MünchKomm-Kramer, § 120 Rn 4; Marburger AcP 173, 137 ff.). Einigkeit besteht aber darüber, dass § 120 BGB jedenfalls dann keine Anwendung findet, wenn der Bote vom angeblich Erklärenden überhaupt nicht beauftragt worden ist oder - wie hier - der Übermittlungsauftrag noch vor Weiterleitung der Willenserklärung widerrufen worden ist (Staudinger/Singer aaO; Gruber aaO; OLG Koblenz aaO).”

Daher ist nach allen Auffassungen hier kein Fall des § 120 BGB gegeben. Der erkennende Senat erklärte dazu:

”[34] Die Hilfserwägung des Berufungsgerichts, es komme auf einen möglichen Widerruf des Auftrags durch die Erben gar nicht an, weil das Risiko unrichtiger Übermittlung einer Nachricht durch einen Boten nach § 120 BGB ohnehin der Erklärende bzw. hier seine Erben, trifft nicht zu. Ein Fall der falschen Übermittlung einer Willenserklärung im Sinne von § 120 BGB liegt hier nicht vor, weil der Auftrag zur Überbringung des Schenkungsangebots vor dessen Abgabe wirksam widerrufen wurde. Der Versicherer hat dies bei seinem Schreiben an die Kl. vom 09.06.2004 nicht beachtet.

[35] Die Gleichstellung einer falschen Übermittlung durch einen Boten mit einem Irrtum des Erklärenden in § 120 BGB beschränkt sich nach herrschender Meinung auf Fälle, in denen ein Bote die von ihm zu überbringende Erklärung unbewusst verändert. Nur dann erscheint es gerechtfertigt, den Erklärenden, der den Boten als Übermittlungshilfe einsetzt, für das damit übernommene Risiko haften zu lassen (vgl. zum Meinungsstand Staudinger/Singer, BGB [2004] § 120 Rdn. 1, 2; Palandt/Heinrichs/Ellenberger, BGB 67. Aufl. § 120 Rdn. 4; Gruber in juris-PK-BGB Buch 1, 3. Aufl. 2006 § 120 Rdn. 10; OLG Koblenz BB 1994, 819, 820; OLG Oldenburg NJW 1978, 951, 952). Teilweise wird zwar gefordert, die Haftung des Erklärenden auch auf die Fälle zu erstrecken, in denen der Bote die ihm anvertraute Erklärung bewusst oder sogar absichtlich verändert, weil sich auch dies noch im Rahmen des vom Absender übernommenen Risikos bewege (Staudinger/Singer aaO; Münch-Komm-BGB/Kramer, 5. Aufl. § 120 Rdn. 4; Marburger AcP 173, 137 ff.). Einigkeit besteht aber darüber, dass § 120 BGB jedenfalls dann keine Anwendung findet, wenn der Bote vom angeblich Erklärenden überhaupt nicht beauftragt worden ist oder - wie hier - der Übermittlungsauftrag noch vor Weiterleitung der Willenserklärung widerrufen worden ist (Staudinger/Singer aaO; Gruber aaO; OLG Koblenz aaO).

[36] Dem schließt sich der Senat an. Ist § 120 BGB auf das am 09.06.2004 übermittelte Angebot nicht anzuwenden, so kann im Weiteren offen bleiben, ob - wie vielfach angenommen wird (OLG Oldenburg aaO; Palandt/Heinrichs/Ellenberger aaO; Palandt/Heinrichs aaO § 177 Rdn. 2; Staudinger/Singer aaO jeweils m.w.N.) - analog § 177 I BGB eine schwebend unwirksame Erklärung im Raume stand (die die Erben des Versicherungsnehmers hier nicht genehmigt haben), oder ob überhaupt keine dem Erklärenden zurechenbare Willenserklärung vorlag (OLG Koblenz aaO; Gruber aaO Rdn. 11). Ein Schenkungsvertrag ist in keinem Falle zustande gekommen.”

E. Ergebnis

Der Widerruf ist beachtlich. Mithin ist kein Schenkungsvertrag gem. § 516 BGB zustande gekommen. Ein Rechtsgrund gem. § 812 I 1 Fall BGB ist nicht ersichtlich. Der Anspruch der Bekl. gegen die Kl. ist also gegeben. Der dolo-agit-Einwand gem. § 242 BGB greift also ein, so dass der Anspruch der Kl. gegenüber der Bekl. nicht durchsetzbar ist.

Standort: Strafrecht**Problem: "Vermögen" in §§ 253, 263 StGB**

BGH, BESCHLUSS VOM 27.05.2008
4 STR 58/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte ein Fahrzeug gekauft, von dem er wusste, dass es vorher gestohlen worden war. Allerdings hatte er von vornherein nicht vorgehabt, dem Verkäufer - der ebenfalls Kenntnis von der Herkunft des Fahrzeugs hatte - den Kaufpreis zu bezahlen. Zusammen mit einem Partner fuhr der Angeklagte mit dem Verkäufer mit dem verkauften Fahrzeug und dem Pkw des Partners an eine einsame Stelle, wo sie den Verkäufer unter Bedrohung mit einem "waffenähnlichen Gegenstand" dazu zwangen, auszusteigen und sie mit dem noch nicht bezahlten Fahrzeug wegfahren zu lassen.

Das LG Rostock hatte den Angeklagten insb. wegen Betruges, § 263 I StGB und schwerer räuberischer Erpressung, §§ 253 I, 255, 250 I Nr. 1 StGB, verurteilt. Der BGH hob die Verurteilung wegen schwerer räuberischer Erpressung auf, da dem Opfer kein Vermögensnachteil entstanden sei. Bezüglich der Zwangsausübung durch die Bedrohung sei seitens des Angeklagten deshalb nur eine Strafbarkeit wegen Nötigung, § 240 I StGB, gegeben.

Prüfungsrelevanz:

Das zentrale Problem des vorliegenden Falles ist die Frage, was im Bereich des Strafrechts als "Vermögen" zu verstehen ist. Dieses klassische Problem stellt sich bei zahlreichen Tatbeständen, neben §§ 253, 263 StGB, die im vorliegenden Fall angesprochen werden, auch z.B. in §§ 263a, 266, 266b StGB. Da Vermögensdelikte besonders häufig den Gegenstand von Examensaufgaben darstellen, ist dieses Problem als besonders examensrelevant zu bewerten. Die vorliegende Entscheidung enthält insofern zwar wenig Neues, bestätigt jedoch die bisherige Rechtsprechung.

Immer dann, wenn ein Tatbestand eine "Vermögensverfügung", einen "Vermögensnachteil" oder einen "Vermögensschaden" voraussetzt, stellt sich die Frage, was denn im Sinne des Strafrechts zum "Vermögen" gehört. Hierzu werden vor allem zwei verschiedene Vermögensbegriffe vertreten: Während die herrschende Literatur dem sog. juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff folgt und nur solche Vermögenspositionen zum strafrechtlich geschützten Vermögen zählt, die auch zivilrechtlich anerkannt sind (vgl. Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 82 f.; Rengier, BT I, § 13 Rn 55), sehen Rechtsprechung und ein Teil der Literatur den Begriff des Vermögens im Strafrecht weiter als im Zivilrecht und fassen hierunter sämtliche geldwerten Rechtspositionen ungeachtet

dessen, ob sie von der Zivilrechtsordnung anerkannt sind (BGH, NJW 2001, 981; Krey/Hellmann, BT II, Rn 433 ff.). In der vorliegenden Entscheidung setzt der BGH seine bisherige Rechtsprechung fort.

Gerade bei Fällen im "Ganovenumfeld" wie in der vorliegenden Entscheidung kommen die genannten Vermögensbegriffe häufiger zu unterschiedlichen Ergebnissen, sodass auch gerade solche Fälle besonders gerne zum Gegenstand von Examensaufgaben gemacht werden.

Vertiefungshinweise:

Zum strafrechtlichen Vermögensbegriff: BGHSt 8, 254; BGH, NJW 2001, 981; NSTz 2001, 534; Hecker, JuS 2001, 230; Kargl, JA 2001, 714; Neumann, JuS 1993, 749; Otto, JURA 1993, 424

Kursprogramm:

- Examenskurs: "Die Perlenkette"
- Examenskurs: "Die Geldeintreiber"
- Examenskurs: "Eine Hand wäscht die andere"

Leitsätze (der Redaktion):

- 1. Auch der durch einen Diebstahl erlangte rechtswidrige Besitz gehört zu dem von § 263 StGB geschützten Vermögen.**
- 2. Eine nach Beendigung eines Betruges erfolgte Bedrohung dient allenfalls der Sicherung des erlangten Vermögensvorteils und führt somit nicht zu einem (weiteren) Vermögensnachteil i.S.v. § 253 I StGB.**
- 3. Zwar kann eine Erpressung auch dadurch begangen werden, dass der Täter das Tatopfer durch Drohung oder Gewalt dazu veranlasst, auf die Geltendmachung einer Forderung zu verzichten. Der von dem Tatbestand vorausgesetzte Vermögensschaden tritt in diesen Fällen aber nur ein, wenn eine Forderung besteht und auch werthaltig ist.**

Sachverhalt:

E bot dem B einen Mercedes-Vito-Transporter, den Freunde von ihm mittels eines gefundenen Fahrzeugschlüssels gestohlen hatten, zum "Kauf" an. B ging zum Schein auf das Angebot ein und bot für den Transporter, der einen Wert von etwa 20.000,- € hatte, 500,- € an. Tatsächlich hatte er vor, sich das Fahrzeug zu verschaffen, ohne etwas dafür zu bezahlen. In diesen Plan weihte er den S ein. Gemeinsam holten sie den E am späten Abend ab und fuhren mit ihm im Fahrzeug des S zum Abstellort des Transporters. B ließ sich die Fahrzeugschlüssel aushändigen und erklärte dem E wahrheitswidrig, dieser werde das Geld erhalten, sobald der Transporter in L., wohin sie nun

alle fahren würden, an den Endabnehmer verkauft worden sei.

B fuhr mit dem Transporter voran. S folgte ihm zunächst mit seinem Fahrzeug, auf dessen Beifahrersitz der E saß. Sodann bog er absprachegemäß in ein Waldstück und hielt dort an. S und B forderten den E mehrfach auf, auszusteigen. Dieser widersetzte sich zunächst unter Hinweis auf die ausstehende Bezahlung. Erst als S ihm - entsprechend dem gemeinsamen Tatplan - einen waffenartigen Gegenstand, den er zum Schein laut durchgeladen hatte, an den Kopf hielt, stieg E aus und "verzichtete endgültig auf die 500 € und den Transporter".

Strafbarkeit des B?

[Anm.: §§ 242, 246, 249 StGB sowie Straftaten des 21. Abschnitts sind nicht zu prüfen.]

Lösung:

A. Strafbarkeit des B gem. § 263 I StGB durch die Zusicherung der Bezahlung

Dadurch, dass B dem E versprach, 500,- € für den gestohlenen Transporter zu bezahlen, könnte B sich wegen Betrugs gem. § 263 I StGB gegenüber und zum Nachteil des E strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Täuschung über Tatsachen

B müsste E über Tatsachen getäuscht haben.

Täuschung ist jede intellektuelle Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen, die geeignet ist, eine Fehlvorstellung über Tatsachen hervorzurufen (Fischer, § 263 Rn 10; Joecks, § 263 Rn 22; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 11). Tatsachen sind alle gegenwärtigen Zustände oder Geschehnisse, die dem Beweis zugänglich sind (RGSt 55, 131; Fischer, § 263 Rn 6; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 8).

Durch das Verkaufsgespräch, das sie miteinander führten, also eine intellektuelle Einwirkung, hatte B bei E die Fehlvorstellung hervorgerufen, dass B tatsächlich dazu bereit sei, 500,- € für den Transporter zu bezahlen. Bei der Zahlungswilligkeit des B handelt es sich auch um eine Tatsache, da hierüber - durch Vernehmung des B - Beweis erhoben werden könnte (sog. "innere Tatsache", vgl. Krey/Hellmann, BT II, Rn 339).

B hat E also über die innere Tatsache seiner Zahlungswilligkeit getäuscht.

2. Täuschungsbedingter Irrtum

Durch die Täuschung müsste B bei E einen Irrtum hervorgerufen oder unterhalten haben.

Irrtum ist jede Fehlvorstellung über Tatsachen (Joecks,

§ 263 Rn 47; Lackner/Kühl, § 263 Rn 18; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn 508).

Durch seine Täuschungshandlung (s.o.) hat B bei E die Fehlvorstellung hervorgerufen, dass B tatsächlich zahlungswillig sei. Ein täuschungsbedingter Irrtum des E ist somit gegeben.

3. Irrtumsbedingte Vermögensverfügung

E müsste eine irrtumsbedingte Vermögensverfügung vorgenommen haben.

Vermögensverfügung ist jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen des Opfers, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt (BGHSt 14, 170; Fischer, § 263 Rn 40; Krey/Hellman, BT II, Rn 385).

Eine irrtumsbedingte Vermögensverfügung des E könnte hier darin bestehen, dass er infolge des Irrtums über die Zahlungswilligkeit des B (s.o.) den gestohlenen Transporter an B übergab. Hierdurch verlor E den unmittelbaren Besitz an dem Fahrzeug, was eine Vermögensminderung darstellen könnte. Allerdings ist hierbei zu berücksichtigen, dass B diesen Besitz von seinen Freunden in dem Wissen erlangt hatte, dass diese das Fahrzeug gestohlen (also durch verbotene Eigenmacht erlangt) hatten, sodass auch der Besitz des E i.S.v. § 858 II 2 BGB fehlerhaft ist. Auch stellt es eine (versuchte) Hehlerei, §§ 259 I, 22, 23 I StGB, und/oder eine Begünstigung, § 257 I StGB, des E dar, wenn sich dieser den gestohlenen Wagen von den Dieben übergeben lässt, um diesen für die Vortäter zu verkaufen. Fraglich ist insofern, ob der fehlerhafte Besitz des E, den dieser darüber hinaus auch durch eine Straftat erlangt hat, überhaupt zum strafrechtlich geschützten Vermögen gehört. Wäre dies nicht der Fall, so würde das Vermögen des E durch die Übergabe des Transporters auch nicht gemindert, sodass eine Vermögensverfügung nicht vorliegen würde.

a. Juristisch-ökonomischer Vermögensbegriff

Nach dem in der Literatur herrschenden juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff gehören zum Vermögen nur diejenigen vermögenswerten Güter und Rechtspositionen, die unter dem Schutz der Rechtsordnung stehen und nicht rechtlich missbilligt werden (Lackner/Kühl, § 263 Rn 35; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 82 f.; Kargl, JA 2001, 714; Rengier, BT I, § 13 Rn 55; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn 535).

Der durch verbotene Eigenmacht erlangte und somit auch der gem. § 858 II 2 BGB fehlerhafte Besitz unterstehen nicht dem Schutz der Zivilrechtsordnung, was sich eindeutig darin zeigt, dass der frühere rechtmäßige Besitzer gegen denjenigen, der ihm gegenüber fehlerhaft besitzt, gem. § 861 I BGB einen Herausgabeanspruch hat und sich der verbotenen Eigenmacht sogar gem. § 859 I BGB mit Gewalt erwehren darf. Damit stellt der fehlerhafte Besitz des E auch kein Vermögen im Sinne des Strafrechts dar, sodass das Vermögen des

E durch den Verlust dieses Besitzes auch nicht gemindert wird. Mangels Vermögensminderung ist somit nach dieser Auffassung eine Vermögensverfügung des E nicht gegeben.

b. Rein wirtschaftlicher Vermögensbegriff

Die Gegenauffassung, der rein wirtschaftliche Vermögensbegriff, fasst unter das Vermögen alle vermögenswerten Güter und Rechtspositionen einer Person ohne Rücksicht auf deren Anerkennung durch die Zivilrechtsordnung (BGH, NStZ-RR 1999, 184; NJW 2001, 981; OLG Düsseldorf, NJW 1988, 322; Krey/Hellmann, BT II, Rn 433 ff.).

Auch der fehlerhafte oder durch eine Straftat (etwa einen Diebstahl) erlangte Besitz hat jedoch einen wirtschaftlichen Wert, da auch derjenige, der eine Sache gestohlen oder diese anderweitig durch Delikt erlangt hat, mit der Sache nach seinem Belieben verfahren, sie insbesondere benutzen kann. Somit hat auch der Besitz des E an dem gestohlenen Transporter einen wirtschaftlichen Wert und stellt deshalb nach dem rein wirtschaftlichen Vermögensbegriff einen Vermögensbestandteil dar. Durch den Verlust dieses Vermögensbestandteils wurde also das Vermögen des E unmittelbar gemindert, sodass nach dieser Auffassung eine Vermögensverfügung vorliegt.

So sieht es auch der BGH im vorliegenden Fall: "Dieser Angeklagte täuschte den Zeugen [E] über seine Zahlungswilligkeit und erreichte damit, dass der Zeuge ihm den Besitz an dem Transporter überließ. Damit hat er den Tatbestand des § 263 Abs. 1 StGB erfüllt. Ohne Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, dass die Freunde des Zeugen, für die dieser das Fahrzeug absetzen wollte, den Besitz daran durch Diebstahl erlangt hatten, denn auch der durch einen Diebstahl erlangte rechtswidrige Besitz gehört zu dem von § 263 StGB geschützten Vermögen (vgl. Fischer StGB 55. Aufl. § 263 Rdn. 64 m.w.N.)."

c. Stellungnahme

Für den juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff spricht der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung: Eine Rechtsposition, die vom Zivilrecht nicht anerkannt ist, die dort also kein Vermögen darstellt, kann auch strafrechtlich kein Vermögen sein. Ein wichtiges Argument für den rein wirtschaftlichen Vermögensbegriff ist jedoch die Schließung von Strafbarkeitslücken. Der vorliegende Fall demonstriert deutlich, dass derjenige, der einen Dieb durch Täuschung zur Übergabe der Beute veranlasst, nach dem juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff keine Vermögensverfügung veranlasst und deshalb nicht wegen Betruges bestraft werden kann und auch sonst straflos wäre. Dies würde jedoch zu Strafbarkeitslücken im "Ganovenumfeld" führen. Ein solches Ergebnis wäre jedoch unsinnig, da der durch einen Diebstahl erlangte Besitz zwar nicht gegenüber dem Bestohlenen, aber doch ge-

genüber Dritten schutzwürdig ist. Dem rein wirtschaftlichen Vermögensbegriff ist somit zu folgen. Eine irrtumsbedingte Vermögensverfügung ist somit gegeben.

4. Verfügungsbedingter Vermögensschaden

Durch die Verfügung müsste E einen Vermögensschaden erlitten haben.

Ein Vermögensschaden ist gegeben, wenn der Gesamtwert des Vermögens des Opfers durch die Vermögensverfügung verringert wurde (BGH, NStZ 1998, 506; Lackner/Kühl, § 263 Rn 36; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn 538). Da vorliegend eine Vermögensverfügung - und somit eine Vermögensminderung - bei E gegeben ist (s.o.), wäre das Vermögen des E nur dann nicht geschädigt worden, wenn dieser für die erlittene Vermögensminderung ein Äquivalent erhalten hätte. Da E jedoch für die Übergabe des Transporters keinen Gegenleistung erhalten hat, liegt somit ein verfügungsbedingter Vermögensschaden des E vor.

5. Vorsatz

B handelte vorsätzlich.

6. Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung

B müsste auch in der Absicht gehandelt haben, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil, also eine Bereicherung, zu verschaffen.

B müsste zunächst die Absicht gehabt haben, sich oder einem Dritten einen Vermögensvorteil zu verschaffen. Vermögensvorteil i.S.v. § 263 I StGB ist jede günstigere Gestaltung der Vermögenslage (BGH, wistra 1999, 378; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 167; Rengier, BT I, § 13 Rn 103).

B hatte die Absicht, sich den Besitz an dem Transporter zu verschaffen, was eine günstigere Gestaltung seiner Vermögenslage darstellen würde. Er hat also mit Bereicherungsabsicht gehandelt.

Die von B beabsichtigte Bereicherung müsste auch rechtswidrig und stoffgleich sein.

Rechtswidrig ist die beabsichtigte Bereicherung, wenn der Täter keinen fälligen, durchsetzbaren Anspruch auf sie hat (BGH, NStZ 2003, 663; Fischer, § 263 Rn 111; Rengier, BT I, § 13 Rn 110).

Ein fälliger durchsetzbarer Anspruch des B auf Übergabe des Fahrzeugs aus einem zwischen ihm und E geschlossenen Kaufvertrag kommt nicht in Betracht. Da beide wussten, dass das verkaufte Fahrzeug gestohlen war, ist der Vertrag gem. § 134 BGB nichtig, sodass sich aus ihm keine durchsetzbaren Ansprüche ergeben können. Selbst wenn der Vertrag wirksam wäre, so wären hieraus entstehende Ansprüche als Rechtsgrundlage der von B beabsichtigten Bereicherung nicht zu berücksichtigen. Bei der Prüfung der Rechtswidrigkeit der vom Täter beabsichtigten Bereicherung sind nämlich i.R.v. § 263 I StGB solche Ansprüche nicht zu berücksichtigen, die erst durch die

Täuschung entstehen (Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 172). Und ohne Täuschung des B über seine Zahlungswilligkeit wäre es gar nicht zum Abschluss des Vertrages gekommen. Die von B beabsichtigte Bereicherung ist also rechtswidrig. Sie müsste auch stoffgleich sein.

Stoffgleich ist die Bereicherung, wenn sie die Kehrseite des Schadens beim Opfer darstellt, was der Fall ist, wenn Vorteil und Schaden auf derselben Verfügung beruhen (BGH, NStZ 2003, 264; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 168; Krey/Hellmann, BT II, Rn 492).

Die von B beabsichtigte Bereicherung (Erlangung des Besitzes an dem Transporter) stellt die Kehrseite des Schadens bei E (Verlust des Besitzes, s.o.) dar, da insb. beide auf derselben Verfügung (der Übergabe des Fahrzeugs) beruhen. Die von B beabsichtigte Bereicherung ist also auch stoffgleich.

Da B auch wusste, dass die von ihm beabsichtigte Bereicherung rechtswidrig und stoffgleich war, hat er in der Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung gehandelt.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

B handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis

B ist strafbar gem. § 263 I StGB.

B. Strafbarkeit des B gem. §§ 253 I, 255, 250 I Nr. 1, 25 II StGB durch das Vorhalten des waffenartigen Gegenstandes

Dadurch, dass S dem E einen waffenartigen Gegenstand, nachdem er ihn durchgeladen hatte, an den Kopf hielt, könnte B sich wegen mittäterschaftlicher schwerer räuberischer Erpressung gem. §§ 253 I, 255, 250 I Nr. 1, 25 II StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

B müsste zunächst den Tatbestand des Grunddelikts, der mittäterschaftlichen räuberischen Erpressung gem. §§ 253 I, 255, 25 II StGB, verwirklicht haben.

1. Raubmittel

Zunächst müsste ein Raubmittel, also Gewalt gegen eine Person oder Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben, eingesetzt worden sein.

a. Gewalt gegen eine Person

S könnte dadurch, dass er dem E den waffenartigen Gegenstand an den Kopf hielt, Gewalt gegen eine Person angewandt haben.

Gewalt gegen eine Person ist der mittelbar oder unmittelbar auf den Körper des Opfers bezogene, körperlich wirkende Zwang zur Überwindung geleisteten oder erwarteten Widerstands (BGH, NStZ 1982, 114; Fischer, § 249 Rn 4; Rengier, BT I, § 7 Rn 3). Im vor-

liegenden Fall könnte die Gewaltanwendung allenfalls darin bestanden haben, dass S dem E einen waffenartigen Gegenstand an den Kopf hielt. Fraglich ist jedoch, ob das Vorhalten einer (Schuss-) Waffe eine Gewaltanwendung gegen eine Person i.S.v. §§ 249 I; 255 StGB darstellt.

aa. Rechtsprechung

Nach der Rechtsprechung kann auch das bloße Vorhalten einer Waffe ohne weitere Einwirkung auf den Körper des Opfers Gewalt gegen eine Person darstellen (BGHSt 23, 126, 127 f.). Die für eine Gewaltanwendung erforderliche körperliche Wirkung des ausgeübten Zwangs bestehe in den entsprechenden körperlichen Reaktionen des Opfers (Schwitzen, Steigerung der Pulsfrequenz) auf eine entsprechende Handlung des Täters.

Nach dieser Auffassung stellt das Vorhalten des waffenähnlichen Gegenstandes also eine Gewaltanwendung gegen eine Person dar, sofern diese die genannten körperlichen Reaktionen zeigt. Dass E auf das Vorhalten des waffenähnlichen Gegenstandes in entsprechender Weise reagiert hat, kann bei lebensnaher Auslegung des Sachverhaltes angenommen werden. S hat nach dieser Auffassung Gewalt gegen eine Person angewandt.

bb. Literatur

Die in der Literatur herrschende Gegenauffassung lehnt eine Gewaltanwendung i.S.v. §§ 249 I; 255 StGB beim bloßen Vorhalten einer Waffe ab, da hier kein körperlich, sondern nur ein geistig wirkender Zwang ausgeübt werde (Joecks, § 249 Rn 19 ff.; Krey/Hellmann, BT II, Rn 186a; Schünemann, JA 1980, 349, 350).

Nach dieser Auffassung ist also eine Anwendung von Gewalt gegen eine Person nicht gegeben.

cc. Stellungnahme

Der Rechtsprechung ist darin zuzustimmen, dass ein Verhalten, das so massiv auf die Willensfreiheit des Opfers einwirkt wie das Vorhalten einer Waffe in der Regel tatsächlich körperliche Auswirkungen im Sinne der genannten Stresssymptome beim Opfer haben wird. Wenn allerdings nach ganz herrschender Meinung Gewalt einen "körperlich wirkenden Zwang" voraussetzt, so ist dies wohl im Sinne einer körperlichen Einwirkung und nicht einer bloßen körperlichen Auswirkung gemeint, sodass das Vorhalten einer Waffe nicht unter den Gewaltbegriff fallen dürfte. Auch aus kriminologischen Gesichtspunkten ist es nicht weiter schlimm, in Fällen wie dem vorliegenden eine Gewaltanwendung abzulehnen, da jedenfalls eine Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben gegeben sein dürfte, die zur Verwirklichung der Tatbestände der §§ 249 I; 255 StGB völlig ausreichend ist. Der herrschenden Literatur ist somit zu folgen. Ei-

ne Anwendung von Gewalt gegen eine Person liegt nicht vor.

b. Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben

Dadurch, dass S dem E einen waffenähnlichen Gegenstand an den Kopf hielt, könnte er jedoch mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben des E gedroht haben.

Drohung ist das Inaussichtstellen eines zukünftigen Übels, auf dessen Eintritt der Täter Einfluss hat oder zu haben vorgibt (Fischer, § 255 Rn 1, § 240 Rn 31).

Durch das Vorhalten des waffenähnlichen Gegenstand, den er zudem vorher durchgeladen hatte, um seine Einsatzbereitschaft zu demonstrieren, hat S dem E zumindest konkludent in Aussicht gestellt, ihn in naher Zukunft zu erschießen. S hat also mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib und Leben des E gedroht.

c. Zurechnung gem. § 25 II StGB

Die Drohung wurde nicht von B, sondern von S vorgenommen, sodass eine Täterschaft des B nur in Betracht kommt, wenn ihm die Tathandlung des S zugerechnet werden kann. Hier könnten B und S Mittäter sein. In diesem Fall würde B die Tathandlung des S gem. § 25 II StGB zugerechnet.

Mittäterschaft setzt die gemeinschaftliche Begehung einer Straftat aufgrund eines gemeinsamen Tatplans, also durch bewusstes und gewolltes Zusammenwirken, voraus (Joecks, § 25 Rn 61; Wessels/Beulke, AT, Rn 524).

B und S haben aufgrund eines gemeinsamen Tatplans gehandelt. Da B auch mit am Tatort war und somit das Geschehen - gemeinsam mit S - in den Händen hielt, hatte er auch Tatherrschaft. Außerdem hatte B ein erhebliches eigenes Interesse am Taterfolg und somit Täterwillen, da er die Beute der Tat - den Transporter - selber behalten wollte. Eine Mittäterschaft von B und S ist somit gegeben, sodass B die Drohung des S gem. § 25 II StGB zuzurechnen ist.

2. Opferreaktion

E müsste eine tatbestandsmäßige Opferreaktion vorgenommen haben. S hat E durch das Bedrohen mit dem waffenähnlichen Gegenstand dazu genötigt, das Fahrzeug des S zu verlassen und endgültig auf den verkauften Transporter und die Zahlung von 500,- € zu verzichten. Fraglich ist, welche Anforderungen an eine tatbestandsmäßige Opferreaktion i.S.v. §§ 253 I, 255 StGB zu stellen sind.

a. Rechtsprechung

Nach der Rechtsprechung und einem Teil der Literatur kommt als Opferreaktion i.R.v. §§ 253 I, 255 StGB jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen des Opfers in Betracht (BGH, NstZ 1999, 350; 2003, 604; Krey/Hellmann, BT II, Rn 305).

Nach dieser Auffassung läge also eine taugliche Opferreaktion vor, nämlich das Aussteigen als Handlung, das Dulden des Wegfahrens des verkauften Werkzeugs und das Unterlassen der Aufforderung, 500,- € zu zahlen.

b. Herrschende Literatur

Die herrschende Auffassung in der Literatur hingegen verlangt als Opferreaktion bei der (räuberischen) Erpressung eine Vermögensverfügung, also ein Verhalten, das sich vermögensmindernd auswirkt (Lackner/Kühl, § 253 Rn 3; Schönke/Schröder-Eser, § 253 Rn 8; Rengier, BT I, § 11 Rn 10 ff.; Noak/Sengbusch, JURA 2005, 495).

Das Aussteigen des E aus dem Auto des S wirkt sich jedenfalls nicht vermögensmindernd aus, sodass dieses keine taugliche Opferreaktion darstellt.

aa. Besitzverlust am Transporter als Vermögensminderung

Allerdings könnte sich der Verlust des Besitzes an dem von E verkauften Transporter als Vermögensminderung infolge der Drohung darstellen. Er stellt der (fehlerhafte) Besitz an gestohlenen Sachen einen Vermögensbestandteil dar (s.o.). Fraglich ist jedoch, ob E diesen erst dadurch verlor, dass er B mit dem Transporter wegfahren ließ.

Hierzu führt der BGH in der vorliegenden Entscheidung aus: “[Die Vermögensminderung] auf Seiten des Zeugen, [die] in dem Besitzverlust des Transporters ohne entsprechende Gegenleistung bestand, ist bereits durch den vorangegangenen Betrug eingetreten. Die nach Beendigung des Betruges erfolgte Bedrohung diente allenfalls der Sicherung des vom Angeklagten B bereits erlangten Vermögensvorteils (vgl. BGHR StGB § 253 Abs. 1 Vermögensschaden 2; Eser in Schönke/Schröder StGB 27. Aufl. § 253 Rdn. 37; zu den Sonderfällen unmittelbar anschließender Gewaltanwendung nach fehlgeschlagener Täuschung bzw. vor Beendigung des Betruges vgl. BGHR StGB § 263 Abs. 1 Versuch 1 m.w.N.; BGH NstZ 2002, 33).”

Das Dulden des Wegfahrens des B mit dem Transporter ist also keine Vermögensminderung und somit keine taugliche Opferreaktion des E i.S.v. §§ 253 I, 255 StGB.

bb. Nichtgeltendmachung der Kaufpreisforderung als Vermögensminderung

Schließlich kommt es als Opferreaktion des E in Betracht, dass dieser es unterließ, die Forderung aus dem Kaufvertrag über den Transporter geltend zu machen. Dann müsste die Kaufpreisforderung des E gegen B aber ein Bestandteil des strafrechtlich geschützten Vermögens darstellen, da ansonsten eine Unmöglichkeit oder eine wesentliche Gefährdung der Durchsetzung dieser Forderung keine Vermögensminderung und damit auch keine Vermögensverfügung darstellen könn-

te. Nach dem rein wirtschaftlichen Vermögensbegriff spielt es zwar insofern grundsätzlich keine Rolle, dass der Kaufvertrag zwischen B und E gem. § 134 BGB nichtig ist, da der sich auf eine gestohlene Sache bezieht und deshalb gegen ein gesetzliches Verbot (insb. § 259 I StGB) verstößt. Denn nach dieser Auffassung gehören zum Vermögen im Sinne des Strafrechts eben nicht nur diejenigen Rechtspositionen, die auch zivilrechtlich geschützt sind, sondern alle vermögenswerten Güter und Rechtspositionen. Damit stellt sich natürlich die Frage, ob eine nichtige Forderung einen wirtschaftlichen Wert haben kann. Dies ist nach den Vertretern des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs zwar möglich, aber nur dann, wenn der Schuldner in Kenntnis der Nichtigkeit trotzdem freiwillig (z.B. aufgrund geschäftlicher oder freundschaftlicher Beziehungen zum Gläubiger) zur Leistung bereit ist (BGHSt 2, 364, 366; Krey/Hellmann, BT II, Rn 430). Im vorliegenden Fall war B jedoch gerade nicht bereit, freiwillig den Kaufpreis zu bezahlen, sodass die entsprechende Forderung des E wertlos war und somit der Verzicht des E auf die Geltendmachung der Forderung auch keine Vermögensminderung darstellt.

So löst es auch der BGH: "Der endgültige Verzicht auf die versprochene Gegenleistung, zu dem der Zeuge genötigt wurde, trägt die Verurteilung wegen schwerer räuberischer Erpressung ebenfalls nicht. Zwar kann eine Erpressung auch dadurch begangen werden, dass der Täter das Tatopfer durch Drohung oder Gewalt dazu veranlasst, auf die Geltendmachung einer Forderung zu verzichten. Der von dem Tatbestand vorausgesetzte Vermögensschaden [und auch eine Vermögensminderung] tritt in diesen Fällen aber nur ein, wenn eine Forderung besteht und auch werthaltig ist. Hier stand dem Zeugen [E] jedoch kein Anspruch auf Zahlung gegen den Angeklagten B zu."

Auch der Verzicht des E auf die Geltendmachung der Kaufpreisforderung wirkt sich also nicht vermögensmindernd aus.

Eine Vermögensminderung wurde durch das drohungsbedingte Verhalten des E nicht bewirkt, sodass keine Vermögensverfügung und deshalb nach der herrschenden Literatur keine tatbestandsmäßige Opferreaktion gegeben ist.

c. Stellungnahme

Für die Literaturlauffassung spricht die strukturelle Verwandtschaft von Betrug und Erpressung, die beide Selbstschädigungsdelikte darstellen. Da der Betrug allerdings eine Vermögensverfügung als Opferreaktion voraussetzt, ist es sinnvoll, eine solche auch im Rahmen der (räuberischen) Erpressung zu verlangen. Andererseits spricht der Wortlaut des § 253 I StGB, der als Opferreaktion ausdrücklich nur (irgend-) eine Handlung, Duldung oder Unterlassung verlangt, für die Auffassung der Rechtsprechung. Darüber hinaus

passt der Begriff der Vermögensverfügung eher zum Tatbestand des Betruges als zu demjenigen der (räuberischen) Erpressung. Der Begriff der "Verfügung" impliziert nämlich immer ein gewisses Maß an Freiwilligkeit, was bei einem irrtumsbedingten Opferverhalten - wie des § 263 I StGB voraussetzt - gegeben, bei einem gewalt- oder drohungsbedingten Opferverhalten - was aber eine Voraussetzung für §§ 253 I, 255 StGB ist - aber eher fernliegend ist. Somit ist der Rechtsprechung zu folgen. Eine tatbestandliche Opferreaktion des E ist somit gegeben.

3. Vermögensnachteil

Dem E müsste ein Vermögensnachteil entstanden sein. Ein Vermögensnachteil i.S.v. §§ 253 I, 255 StGB liegt dann vor, wenn das Gesamtvermögen des Opfers durch die Tat gemindert wurde (Lackner/Kühl, § 253 Rn 4, § 263 Rn 36; Schönke/Schröder-Eser, § 253 Rn 9, § 263 Rn 99).

Weder das Dulden des Wegfahrens noch der Verzicht auf die Geltendmachung des Zahlungsanspruches haben zu einer Vermögensminderung bei E geführt (s.o.), sodass auch ein Vermögensnachteil bei E nicht eingetreten sein kann.

II. Ergebnis

Mangels Vermögensnachteils ist B nicht strafbar gem. §§ 253 I, 255, 250 I Nr. 1a, 25 II StGB.

C. Strafbarkeit des B gem. §§ 240 I, 25 II StGB durch das Vorhalten des waffenartigen Gegenstandes

Dadurch, dass S dem E einen waffenartigen Gegenstand, nachdem er ihn durchgeladen hatte, an den Kopf hielt, könnte B sich allerdings wegen mittäterschaftlicher Nötigung gem. §§ 240 I, 25 II StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Mittäterschaftliche Anwendung eines Nötigungsmittels

Zunächst müsste ein Nötigungsmittel, also Gewalt oder Drohung mit einem empfindlichen Übel, eingesetzt worden sein.

Das Vorhalten des waffenähnlichen Gegenstandes stellt zwar keine Gewaltanwendung dar (s.o.), jedoch liegt darin eine (konkludente) Drohung mit dem Erschießen (s.o.), also einem empfindlichen Übel.

Diese Drohung hat zwar nicht B selbst verübt, sondern der S, da S und B jedoch Mittäter sind, ist dem B die Handlung des S gem. § 25 II StGB zuzurechnen (s.o.).

2. Nötigungserfolg

E müsste zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung genötigt worden sein.

Dies ist der Fall, da E sowohl zur Vornahme einer Handlung (des Aussteigens) als auch zur Duldung des

Wegfahrens und zur Unterlassung der Geltendmachung der Kaufpreisforderung (s.o.) genötigt wurde.

3. Nötigungsspezifische Kausalität

Die Anwendung des Nötigungsmittels müsste auch kausal für die Opferreaktion des E sein.

§ 240 I StGB setzt voraus, dass zwischen dem Nötigungsmittel und dem Nötigungserfolg ein Kausalzusammenhang in dem Sinne besteht, dass das abgenötigte Verhalten die spezifische und unmittelbare Folge des angewandten Zwangsmittels sein muss (BGHSt 37, 353; Schönke/Schröder-Eser, § 240 Rn 14; Dierlamm, NSTZ 1992, 576). Die dem E abgenötigten Verhaltensweisen hat dieser gerade und nur wegen der vorliegenden Drohung vorgenommen, sodass die i.R.v. § 240 I StGB erforderliche nötigungsspezifische Kausalität gegeben ist.

4. Vorsatz

B handelte auch vorsätzlich.

In der Literatur wird teilweise i.R.v. § 240 I StGB bzgl. des Nötigungserfolges Absicht im Sinne eines zielgerichteten Handelns verlangt (Schönke/Schröder-Eser, § 240 Rn 34; SK-Horn/Wolters, § 240 Rn 7). Da die Drohung jedoch gezielt vorgenommen wurde, um die entsprechenden Reaktionen des E hervorzurufen, hat B auch mit einer entsprechenden Absicht gehandelt, sodass auch diese qualifizierten Anforderungen an den Vorsatz erfüllt wären.

II. Rechtswidrigkeit

B müsste rechtswidrig gehandelt haben. Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich. Die Rechtswidrigkeit einer Nötigung setzt jedoch weiter voraus, dass

die Anwendung des Nötigungsmittels zu dem angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen ist, § 240 II StGB.

Verwerflich i.S.v. § 240 II StGB ist ein Verhalten dann, wenn es einen erhöhten Grad sittlicher Missbilligung aufweist (BGHSt 17, 328, 331 ff.; Fischer, § 240 Rn 41). Im vorliegenden Fall ist insofern zu berücksichtigen, dass die Drohung insbesondere den Zweck hatte, den Besitz an dem Transporter zu sichern, den B durch einen Betrug erlangt hatte (s.o.). Ein Verhalten, durch das die Beute einer Straftat gesichert werden soll, weist allerdings einen erhöhten Grad sittlicher Missbilligung auf, was sich insbesondere dadurch zeigt, dass für vergleichbare Verhaltensweisen auch ein eigener Tatbestand - die Begünstigung, § 257 StGB - existiert.

B hat somit rechtswidrig gehandelt.

III. Schuld

B hat auch schuldhaft gehandelt.

IV. Ergebnis

B ist strafbar gem. §§ 240 I, 25 II StGB.

D. Konkurrenzen und Gesamtergebnis

B hat sich wegen Betruges, § 263 I StGB, und mittäterschaftlicher Nötigung, §§ 240 I, 25 II StGB, strafbar gemacht. Da die Nötigung zumindest teilweise mit dem Betrug zeitlich zusammenfällt - immerhin dient sie der Sicherung der Beute des Betruges und somit zumindest der Beendigung der Tat gem. § 263 I StGB -, stehen diese Delikte zueinander in Tateinheit, § 52 StGB. B ist also strafbar gem. §§ 263 I, 240 I, 25 II, 52 StGB.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

Autor/Titel:	Beaucamp, Guy: "Verwaltungsrechtliche Fragen rund um das Verkehrszeichen"
Fundstelle:	JA 2008, 612 (Heft 8/9)
Inhalt:	Der Autor geht anhand von Beispielfällen auf alle gängigen Examensprobleme im Zusammenhang mit Verkehrszeichen ein. Besonders breiten Platz nimmt dabei die Bekanntgabeproblematik ein, die wiederum Folgeprobleme nach sich zieht (Stichworte: Verkehrszeichen als taugliche Grundverfügung für Verwaltungszwangmaßnahmen; Beginn der Rechtsbehelfsfristen). In materieller Hinsicht wird auf § 45 StVO als Ermächtigungsgrundlage eingegangen, in prozessualer Hinsicht auf die (neben der Klagefrist) häufig problematische Klagebefugnis.

Autor/Titel:	Hofmann, Ekkehard: "Grundrechtskombinationen in der Fallbearbeitung - Konkurrenzen, Kollisionen, Verstärkungswirkungen"
Fundstelle:	Jura 2008, 667 (Heft 9)
Inhalt:	Der Autor nimmt sich eines Problems an, das er selbst als "ungelöste Herausforderung" bezeichnet, denn die Rechtsprechung des BVerfG zur Kombination von Grundrechten ist ein nahezu undurchdringliches Dickicht. Angefangen vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG über die Kombination von Freiheitsrechten mit organschaftlichen Rechten (Art. 38 I 2 GG i.V.m. Art. 47 S. 2 GG, vgl. BVerfG, RA 2003, 525 = DVBl 2003, 1316) reicht die Palette bis hin zur jüngsten Nichtraucherentscheidung, die Art. 12 I GG und Art. 3 I GG kombiniert (BVerfG, RA 2008, 522 = NJW 2008, 2409). Zur Schutzbereichsbegrenzung eines Grundrechts durch ein anderes vgl. auch BVerfG, RA 2008, 277 = NVwZ 2008, 549: Kunstfreiheit begrenzt postmortales Persönlichkeitsrecht).

Zivilrecht

Autor/Titel:	Pils, Johannes: "Der Ort der Nacherfüllung im Kaufrecht"
Fundstelle:	JuS 2008, 767 (Heft 9)
Inhalt:	Der Autor befasst sich mit der Frage, wo sich bei der Nacherfüllung der Erfüllungsort befindet. Dies wird in Rechtsprechung und Literatur nicht einheitlich beantwortet. Einer Auffassung nach sei insoweit der sog. Belegenheitsort zu beachten, d.h. der Ort, an dem sich die Sache bestimmungsgemäß befindet. Einer anderen Auffassung nach müsse auf den ursprünglichen Leistungsort abgestellt werden. Der Autor scheint eine vermittelnde Auffassung für vorzugswürdig zu erachten, wonach eine Differenzierung nach der Interessenlage zu erfolgen habe. Da diese Rechtsfrage an andere Probleme aus dem Kaufrecht anknüpft, wie z.B. an die Selbstvornahme oder die irrtümliche Inanspruchnahme der Mängelrechte bei Nichtvorliegen eines Mangels, ist die Thematik für die Staatsexamina von hoher Bedeutung.

Autor/Titel:	Lettmaier, Saskia: "Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in der zivilrechtlichen Fallbearbeitung - zugleich ein Spiegel der neueren Rechtsprechung"
Fundstelle:	JA 2008, 566 (Heft 8)
Inhalt:	Die Autorin befasst sich mit der stets aktuellen Frage des Schutzes des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Zivilprozess unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung. Zuletzt hatte sich der BGH in dem Fall "Heide Simonis" zu diesem Thema geäußert (vgl. BGH, RA 2008, 489). Im Hinblick auf die Diffuse Rechtsprechung ist dieses Thema für die Examensklausuren von Relevanz und sollte daher unter Berücksichtigung der Rechtsprechung erarbeitet werden. Dazu eignet sich dieser Beitrag gut.

Strafrecht

Autor/Titel:	Schramm, Edward: "Grundfälle zum Diebstahl"
Fundstelle:	JuS 2008, 773 (Heft 9)
Inhalt:	Im zweiten Teil seines Aufsatzes (1. Teil: JuS 2008, 678) befasst sich der Verfasser mit den Problemkonstellationen, die bei den subjektiven Tatbestandsmerkmalen des § 242 I StGB, den regelbeispielen des § 243 I StGB und den Qualifikationen der §§ 244, 244a StGB auftreten können. Die Darstellung ist zwar noch gröber als im ersten Teil, beinhaltet aber gerade klassische Examensprobleme, sodass die Lektüre des Aufsatzes vor allem als Einstieg in die Problematik, zur Wiederholung oder bei erheblichem Zeitmangel gut geeignet ist.

Autor/Titel:	Kudlich, Hans: "Der Versuch des unechten Unterlassungsdelikts"
Fundstelle:	JA 2008, 601 (Heft 8 - 9)
Inhalt:	Der Verfasser befasst sich mit dem Problem des Klausurschreibers, die Besonderheiten des unechten Unterlassungsdelikts in den allgemeinen gutachterlichen Prüfungsaufbau des Versuchs zu integrieren. Hierbei spricht er vor allem die insofern klassischen Problemkreise des Irrtums über die Garantstellung, des unmittelbaren Ansatzens zum Versuch des Unterlassungsdelikts und des entsprechenden Rücktritts an, stellt die entsprechenden Lösungsansätze allerdings sehr kurz dar. Als Einstieg und vor allem wegen der Herangehensweise aus Sicht eines Examenskandidaten lesenswert.

Autor/Titel:	Trüg, Gerson / Habetha, Jörg: "Beweisverwertung trotz rechtswidriger Beweisgewinnung - insbesondere mit Blick auf die 'Liechtensteiner Steueraffäre'"
Fundstelle:	NStZ 2008, 481 (Heft 9)
Inhalt:	Die Autoren befassen sich ausführlich mit der allgemeinen Herleitung von Beweiserhebungs- und vor allem -verwertungsverboten, was zu begrüßen ist, da insbesondere letztere ja kaum gesetzlich geregelt sind. Sie stellen insofern die Problemkonstellationen und Auswirkungen der verschiedenen Ansätze, natürlich unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung, dar. Schließlich wenden sie die gefunden Grundsätze auf einen aktuellen Fall (den sog. "Fall Zumwinkel", vgl. z.B. Schünemann, NStZ 2008, 305) an. Angenehm an diesem Aufsatz ist, dass nicht ein aktueller Fall herangezogen wird, um kurz Grundlagen darzustellen, sondern diese Grundlagen ausführlich präsentiert werden und die Anwendung auf den - bekannten - Fall eigentlich nur ein "Bonus" ist. Wegen der dort hohen Prüfungsrelevanz von Beweisverwertungsverboten empfiehlt sich eine Lektüre dieses Aufsatzes insb. vor der (mündlichen) Prüfung im 2. Examen.