

Öffentliches Recht

Standort: Versammlungsrecht

Problem: Meinungsbeschränkende Auflagen

BVERFG, BESCHLUSS VOM 19.12.2007
1 BvR 2793/04 (NVwZ 2008, 671)

Problemdarstellung:

Das BVerfG hatte sich mit der Frage zu beschäftigen, unter welchen Voraussetzungen eine Versammlung mit Auflagen nach § 15 I VersG belegt werden kann, wenn es um den Inhalt der kollektiven Meinungsäußerung geht. Konkret waren Äußerungen mit rechtsradikaler Tendenz verboten worden.

Das BVerfG meint, dass Äußerungen keinesfalls gegen die "öffentliche Ordnung" verstoßen können. Diese werde nämlich durch die jeweils herrschende Anschauung bestimmt, während die Versammlungsfreiheit auch und vor allem ein Minderheitenrecht sei. Könnte nun einer Versammlung eine bestimmte Meinungsäußerung unter Rückgriff auf die "öffentliche Ordnung" verboten werden, weil die herrschende Anschauung diese Ansicht nicht teile, liefe die Versammlungsfreiheit praktisch leer. Über die "öffentliche Ordnung" würde ein Gesinnungsrecht eingeführt, das zu unterbinden das BVerfG sich seit langem auf die Fahnen geschrieben hat.

Prüfungsrelevanz:

A. Mit dieser Entscheidung drängt das BVerfG den Anwendungsbereich der "öffentlichen Ordnung" noch weiter zurück. Bisher stand das Gericht ohnehin schon auf dem Standpunkt, dass Versammlungsverbote nicht auf die "öffentliche Ordnung" gestützt werden können (vgl. Vertiefungshinweise zum "Machtkampf" des BVerfG mit dem OVG Münster über diese Frage). Nun sollen also auch noch *Auflagen* nicht an der "öffentlichen Ordnung" zu messen sein, soweit sie an eine von der Versammlung geäußerte Meinung anknüpfen. Die "öffentliche Ordnung" kann nach alledem nur noch solche Auflagen rechtfertigen, die zur Bekämpfung von versammlungsspezifischen Gefahren notwendig sind. Solche werden sich allerdings vielfach auch schon unter die "öffentliche Sicherheit" subsumieren lassen (Steinewerfen, Krawalle etc.), mit der Folge, dass es eines Rückgriffs auf die "öffentliche Ordnung" auch hier nicht mehr bedarf. Es bleiben danach nur noch ganz wenige Fälle, in denen man die "öffentliche Ordnung" wirklich braucht. Das BVerfG nennt beispielhaft ein aggressives, provokatives, die

Bürger einschüchterndes Verhalten der Versammlungsteilnehmer.

B. Man würde die Entscheidung allerdings überinterpretieren, wenn man ihr entnehmen wollte, dass Meinungsäußerungen aus einer Versammlung heraus überhaupt nicht mehr durch Auflagen unterbunden werden dürfen. Das BVerfG stellt nämlich explizit klar, dass dies zum Schutz der "öffentlichen Sicherheit" sehr wohl in Betracht kommt. Dies wiederum setzt voraus, dass die Äußerungen strafbar sind, denn zu den Schutzgütern der "öffentlichen Sicherheit" gehört das gesamte geschriebene Recht, somit auch das Strafrecht.

C. Für ein Gutachten kaum zu empfehlen wäre übrigens der Aufbau des vorliegenden Urteils, in dem das BVerfG die Prüfung der Meinungsfreiheit aus Art. 5 I 1 GG und der Versammlungsfreiheit aus Art. 8 I 1 GG vermischt. Übersichtlicher dürfte es sein, jedes Grundrecht für sich zu prüfen. Sie sind nebeneinander anwendbar (vgl. schon BVerfGE 81, 236, 258; Sachs, GG, Art. 8 Rn 72).

Das BVerfG stellt zudem klar, dass eine Meinungsbeschränkung, die gegen Art. 5 I 1 GG verstößt, auch vor Art. 8 I GG keinen Bestand haben kann. Dies ist vor allem für die Schranken wichtig, denn Art. 5 II GG fordert als Schranke ein allgemeines Gesetz, enthält also einen qualifizierten Gesetzesvorbehalt, wohingegen Art. 8 II GG einen einfachen Gesetzesvorbehalt enthält. Es ist somit auch im Rahmen des Art. 8 I GG zu prüfen, ob das als Schranke herangezogene Gesetz allgemein i.S.d. Art. 5 II GG ist (sog. "Schrankendivergenz"), wenn der Eingriff in einer Meinungsbeschränkung liegt. Die Schranke des Art. 5 II GG wird m.a.W. in diesem Fall in den Art. 8 I GG übertragen.

Vertiefungshinweise:

☐ Verbot rechtsgerichteter Versammlungen aus Gründen der "öffentlichen Ordnung": *BVerfG*, RA 2006, 385 = BayVBl 2006, 348; RA 2004, 613 = NJW 2004, 1618; RA 2001, 256 = NJW 2001, 1409; NJW 2001, 2072; NVwZ-RR 2000, 554 gegen *OVG NRW*, RA 2001, 256 = NJW 2001, 2113; DVBl 2001, 584

☐ Zur Demonstrationsfreiheit für Rechtsextremisten: *Hoffmann-Riem*, NJW 2004, 2777

Kursprogramm:

- Examenskurs : "Rechtes Verhalten"
- Examenskurs : "Der anachronistische Zug"
- Assessorkurs : "Fieser Verein"

Leitsätze (der Redaktion):

1. § 15 I VersG bedarf aus verfassungsrechtlichen Gründen einer einschränkenden Auslegung dahingehend, dass eine Gefahr für die öffentliche Ordnung als Grundlage beschränkender Verfügungen ausscheidet, soweit sie im Inhalt von Äußerungen gesehen wird.

2. Äußerungen aus einer Versammlung heraus können nur, aber immerhin dann gem. § 15 I VersG unter Rückgriff auf das geschriebene Recht als Schutzgut der öffentlichen Sicherheit untersagt werden, wenn sie durch Strafgesetze oder andere Gesetze verboten sind.

3. Der Inhalt von Meinungsäußerungen, der im Rahmen des Art. 5 GG nicht unterbunden werden darf, kann auch nicht zur Rechtfertigung von Maßnahmen herangezogen werden, die das Grundrecht des Art. 8 GG beschränken.

4. Beschränkende Verfügungen zum Schutz der öffentlichen Ordnung bleiben insoweit verfassungsrechtlich unbedenklich, als sich die in § 15 I VersG vorausgesetzte Gefahr nicht aus dem Inhalt der Äußerung, sondern aus der Art und Weise der Durchführung der Versammlung ergibt. Eine derartige Gefahr kann beispielsweise bei einem aggressiven und provokativen, die Bürger einschüchternden Verhalten der Versammlungsteilnehmer bestehen, durch das ein Klima der Gewaltdemonstration und potentieller Gewaltbereitschaft erzeugt wird.

Sachverhalt:

Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen beschränkende Verfügungen ("Auflagen") gem. § 15 I VersG, durch welche u.a. das Rufen von Parolen mit der Wortfolge "Nationaler Widerstand" auf einer von dem Bf. angemeldeten Versammlung untersagt wurde, sowie gegen verwaltungsgerichtliche Entscheidungen hierzu. Der Bf. meldete für den 30.6.2001 eine Kundgebung mit Umzug unter dem Motto "Gegen Demonstrationsverbote" an. Am 27.6.2001 erließ die Ordnungsbehörde eine Verfügung, die insgesamt elf als "Auflagen" bezeichnete beschränkende Verfügungen umfasste. Die allein angegriffenen Auflagen Nrn. 9 und 10 dieser Verfügung lauteten wie folgt: Das Rufen von Parolen mit der Wortfolge "Nationaler Widerstand" wie zum Beispiel "Hier marschiert der Nationale Widerstand" oder "Hier spaziert der Nationale Widerstand" wird untersagt. Die Verwendung dieser v.g. Parolen in schriftlicher Form, wie z.B. auf Flugblättern, Plakaten usw. wird ebenfalls untersagt. In Ver-

sammlungsreden und Sprechchören sowie auf Transparenten haben Aussagen zur verbotenen "Freiheitlichen Arbeiterpartei Deutschlands (FAP)" bzw. zu den Bezeichnungen „Nationaler Widerstand Hochsauerland“ und „Freie Nationalisten Sauerland/Siegerland“ zu unterbleiben.

Zur Begründung der Auflage Nr. 9 führte die Behörde aus, diese Auflage ergebe sich im Wesentlichen aus dem Beschluss des OVG Münster vom 9.2.2001 (OVG Münster, NJW 2001, 1441). Hinsichtlich der Auflage Nr. 10 führte die Ordnungsbehörde aus, sie resultiere daraus, dass Aussagen zu den genannten Organisationen in der Bevölkerung Assoziationen zum Nationalsozialismus hervorrufen könnten. Nach Durchführung der Veranstaltung am 30.6.2001 erhob der Bf. bei dem VG Arnsberg Fortsetzungsfeststellungsklage. Mit dieser beantragte er u.a. festzustellen, dass die Auflagenverfügung hinsichtlich der Auflage Nr. 9 in vollem Umfang und hinsichtlich der Auflage Nr. 10, soweit es den "Nationalen Widerstand Hochsauerland" sowie die "Freien Nationalisten Sauerland/Siegerland" betreffe, rechtswidrig sei. Die Klage wurde insoweit als unbegründet abgewiesen. Das OVG wies den Antrag des Bf. auf Zulassung der Berufung mit dem angegriffenen Beschluss als unbegründet zurück. Die Verfassungsbeschwerde hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Verfassungsbeschwerde ist zur Entscheidung anzunehmen, weil dies zur Durchsetzung der Rechte des Bf. aus Art. 8 I GG angezeigt ist (§ 93b S. 1 i.V. mit § 93a II lit. b BVerfGG). Das BVerfG hat die maßgeblichen verfassungsrechtlichen Fragen zur Versammlungsfreiheit bereits entschieden (vgl. BVerfGE 69, 315 [342ff.]; 90, 241 [246ff.]; 111, 147 [154ff.]). Danach ist die zulässige Verfassungsbeschwerde offensichtlich begründet i.S. des § 93c I 1 BVerfGG.

A. Verhältnis von Meinungs- und Versammlungsfreiheit

Die Hoheitsakte verletzen den Bf., soweit sie mit der Verfassungsbeschwerde angegriffen sind, in seinem Grundrecht auf Versammlungsfreiheit (Art. 8 I GG). Daneben ist die Meinungsfreiheit des Art. 5 I 1 GG betroffen. Der Bf. will allerdings nicht erreichen, dass er die in den Auflagen erwähnten Aussagen als Einzelner äußern darf, sondern dass dies in einer von ihm veranstalteten Versammlung ermöglicht wird. Insoweit geht es ihm um das Grundrecht auf Versammlungsfreiheit.

B. Eingriff in den Schutzbereich**I. Versammlungsfreiheit**

Durch die Auflagen wird die in Art. 8 I GG geschützte Freiheit berührt, mit anderen Personen zum Zwecke einer gemeinschaftlichen, auf die Teilhabe an der öf-

fentlichen Meinungsbildung gerichteten Erörterung oder Kundgebung örtlich zusammen zu kommen. Der Schutzbereich dieser Grundrechtsnorm ist nicht nur betroffen, wenn eine Versammlung verboten oder aufgelöst wird, sondern auch, wenn die Art und Weise ihrer Durchführung durch staatliche Maßnahmen beschränkt wird (vgl. BVerfGE 111, 147 [154f.]). Wird der Versammlung verboten, in bestimmter Weise Meinungsinhalte zu artikulieren, so beschränkt dies ihre Möglichkeit, in einer selbst bestimmten Weise an der öffentlichen Meinungsbildung durch gemeinschaftliche Erörterung oder Kundgebung teilzuhaben. Eine solche Beschränkung liegt insbesondere vor, wenn versammlungstypische Äußerungsformen, wie etwa Aufrufe, gemeinsame Lieder oder Transparente (vgl. BVerfGE 69, 315 [343]) behindert werden. Weitere Beispiele sind Redeverbote (vgl. BVerfG, NVwZ 2002, 713; NVwZ-RR 2002, 500 [501]) oder die Untersagung der Verwendung von öffentlichkeitswirksamen Symbolen wie Fahnen (vgl. BVerfG, NVwZ 2002, 983). Derartige Maßnahmen betreffen den Schutzbereich der Versammlungsfreiheit.

II. Meinungsfreiheit

Solche Beschränkungen in der Kombination des Inhalts und der versammlungsspezifischen Ausdrucksform von Meinungen betreffen ebenfalls die Meinungsfreiheit des Art. 5 I GG und sind daher auch vor Art. 5 II GG zu rechtfertigen (vgl. BVerfGE 90, 241 [247]; 111, 147 [154]).

Das BVerfG hatte sich schon verschiedentlich mit Auflagen des vorliegenden Typs zu befassen, allerdings bisher nur im Rahmen von Anträgen auf vorläufigen Rechtsschutz gem. § 32 BVerfGG. In mehreren Eilentscheidungen hat es entsprechende Auflagen der Versammlungsbehörde nach § 15 I VersG oder vergleichbare Maßgaben der Fachgerichte nach § 80 V 4 VwGO nicht beanstandet oder in dem Tenor seiner Eilrechtsentscheidung bekräftigt. Das Gericht hat aber vielfach ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es nach den Grundsätzen des Eilrechtsschutzes entschieden habe, und hinzugefügt, dass die Überprüfung der Rechtmäßigkeit solcher Auflagen nach § 15 I VersG den Fachgerichten im Hauptsacheverfahren vorbehalten bleibe (vgl. statt vieler: BVerfG, NVwZ 2002, 983). Das BVerfG hat im Rahmen seiner Folgenabwägung Beschränkungen der Modalitäten der Versammlungsdurchführung allein daraufhin geprüft, ob sie zu einer Gefahrenminderung beitragen können, die eine Durchführung der Versammlung ungeachtet verbleibender Risiken hinnehmbar erscheinen lasse (vgl. statt vieler: BVerfG, NJW 2001, 2072 [2075]; NJW 2001, 2076 [2078]). Es hat dementsprechend beschränkende Verfügungen und Maßgaben unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit hingenommen oder Maßgaben selbst angeordnet, wenn sie eine mildere Maßnahme zur Gefahrenabwehr darstellten als

das von der Behörde angeordnete Versammlungsverbot oder eine bestimmte Auflage.

Demgegenüber ist vorliegend zu überprüfen, ob die angegriffenen Auflagen und die dazu im Hauptsacheverfahren ergangenen Entscheidungen der Verwaltungsgerichte den grundrechtlichen Anforderungen außerhalb des Eilrechtsschutzes genügen.

C. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

I. Schranke

1. Gesetzesvorbehalt aus Art. 8 II

Die in den angegriffenen Auflagen erfolgten Beschränkungen der Versammlungsfreiheit bedürfen gem. Art. 8 II GG einer gesetzlichen Grundlage.

Vorliegend wird die beschränkende Verfügung auf § 15 I VersG gestützt. Diese Norm sieht mit Rücksicht auf die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Versammlungsfreiheit beschränkende Verfügungen gegenüber Versammlungen nur für den Fall vor, dass die öffentliche Sicherheit oder Ordnung nach den zur Zeit des Erlasses der Verfügung erkennbaren Umständen bei Durchführung der Versammlung oder des Aufzugs unmittelbar gefährdet ist. Die beschränkende Verfügung soll Rechtsgütern dienen, deren Schutz im betroffenen Fall der Ausübung der Versammlungsfreiheit vorgeht, und sie soll den Gefahren auf eine Weise entgegenwirken, die stärker beeinträchtigende Maßnahmen, etwa ein Verbot der Versammlung, nicht erforderlich werden lassen.

Nicht auf der Grundlage des § 15 I VersG werden demgegenüber behördliche Maßgaben erlassen, die nicht eine Abwehr konkret bevorstehender unmittelbarer Gefahren bezwecken, sondern sich in bloßen Hinweisen auf die allgemeine Rechtslage erschöpfen, Vorkehrungen für abstrakt gefährliche Tatbestände vorsehen oder im Sinne vorsorgender Maßnahmen lediglich den reibungslosen Ablauf einer Versammlung gewährleisten sollen (vgl. dazu BVerfG, NVwZ 2007, 1183 [1184]; NVwZ 2008, 414). Soweit solche Maßnahmen keine Grundrechtseingriffe darstellen, bedürfen sie auch keiner besonderen gesetzlichen Grundlage.

Das für beschränkende Verfügungen voraussetzende Erfordernis einer unmittelbaren Gefährdung setzt eine Sachlage voraus, die bei ungehindertem Geschehensablauf mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden für die der Versammlungsfreiheit entgegenstehenden Interessen führt (vgl. BVerfGE 69, 315 [353, 360]). Unter Berücksichtigung der Bedeutung der Versammlungsfreiheit darf die Behörde bei dem Erlass von vorbeugenden Verfügungen keine zu geringen Anforderungen an die Gefahrenprognose stellen (vgl. BVerfGE 69, 315 [354]). Daher müssen zum Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung erkennbare Umstände dafür vorliegen, aus denen sich die unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Ordnung ergibt. Als

Grundlage der Gefahrenprognose sind konkrete und nachvollziehbare tatsächliche Anhaltspunkte erforderlich (vgl. BVerfGE 69, 315 [353f.]; 115, 320 [361]; BVerfG, NVwZ 2002, 983); bloße Vermutungen reichen nicht aus (vgl. BVerfG, NVwZ 1998, 834 [835]).

2. Qualifizierter Gesetzesvorbehalt aus Art. 5 II GG

Soweit Beschränkungen mit dem Inhalt der die Versammlung betreffenden Meinungsäußerungen begründet werden, ist die besondere Gewährleistung der Meinungsfreiheit aus Art. 5 GG zu berücksichtigen. Der Inhalt von Meinungsäußerungen, der im Rahmen des Art. 5 GG nicht unterbunden werden darf, kann auch nicht zur Rechtfertigung von Maßnahmen herangezogen werden, die das Grundrecht des Art. 8 GG beschränken (vgl. BVerfGE 90, 241 [246]; 111, 147 [155]). Die angegriffenen Auflagen untersagen das Rufen von Parolen bestimmten Inhalts sowie deren schriftliche Verwendung sowie „Aussagen zu“ bestimmten Gruppierungen. Der Inhalt dieser Meinungsäußerungen kann nicht im Rahmen von Art. 5 GG unterbunden werden; mit ihm kann daher eine Beschränkung der Versammlungsfreiheit vorliegend nicht gerechtfertigt werden.

a. Meinungsäußerung

Meinungen i.S. des Art. 5 I GG sind durch die subjektive Einstellung des sich Äußernden zum Gegenstand der Äußerung gekennzeichnet (vgl. BVerfGE 93, 266 [289]). Für sie ist das Element der Stellungnahme und des Dafürhaltens kennzeichnend (vgl. BVerfGE 90, 241 [247]). Unerheblich ist, ob die Äußerung „wertvoll“ oder „wertlos“, „richtig“ oder „falsch“, „emotional“ oder „rational“ begründet ist (vgl. BVerfGE 61, 1 [7]).

Bezeichnungen wie „Nationaler Widerstand“ (Auflage Nr. 9) oder „Nationaler Widerstand Hochsauerland“ (Auflage Nr. 10) weisen ein Element der Stellungnahme und Beurteilung jedenfalls dann auf, wenn sie als ein „verbales Erkennungszeichen politisch agierender Rechtsradikaler“ verwendet werden. Sie beziehen sich mit dem Wort „national“ in positiv wertender Absicht auf eine entsprechende politische Einstellung und verhalten sich mit dem Ausdruck „Widerstand“ ablehnend zu dazu gegenläufigen Einstellungen und Verhältnissen. Entsprechendes gilt auch für die Bezeichnung „Freie Nationalisten“ (Auflage Nr. 10), die neben der Bezeichnung der Gruppierung als „frei“ die befürwortende Stellungnahme für einen „nationalistischen“ Standpunkt einschließt. Der politisch wertende Charakter derartiger Bezeichnungen entfällt nicht dadurch, dass sie von denjenigen, die die so gekennzeichnete politische Anschauung teilen, zur kollektiven Selbstbezeichnung gebraucht werden. Die Auffassung, Äußerungen mit der Wortfolge „Nationaler Widerstand“ seien als bloße Kennzeichnung einer rechtsradikalen politischen Bewegung bereits vom Schutzbereich der

Meinungsfreiheit nicht umfasst (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 29.8.2006 - 1 B 19/05), beruht auf einer Verkennung der Reichweite dieses Grundrechts.

b. Allgemeine Gesetze

Die Meinungsfreiheit ist nicht schrankenlos gewährleistet. Beschränkungen der Freiheit, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern, bedürfen einer Rechtfertigung anhand der Schranken des Art. 5 II GG, auch wenn die Äußerung in einer oder durch eine Versammlung erfolgt (vgl. BVerfGE 90, 241 [246] = NJW 1994, 1779 = NVwZ 1994, 892 L; BVerfGE 111, 147 [154] = NJW 2004, 2814 = NVwZ 2004, 1483 L).

aa. Definition

Allgemeine Gesetze i.S. des Art. 5 II GG sind solche, die sich nicht gegen die Meinungsfreiheit an sich oder gegen die Äußerung einer bestimmten Meinung richten, die vielmehr dem Schutz eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung, zu schützenden Rechtsguts dienen. Dieses Rechtsgut muss in der Rechtsordnung allgemein und damit unabhängig davon geschützt sein, ob es durch Meinungsäußerungen oder auf andere Weise verletzt werden kann (vgl. BVerfGE 117, 244 [260] = NJW 2007, 1117 = NVwZ 2007, 685 L).

bb. Subsumtion

§ 15 I VersG dient dem Schutz schlechthin geschützter Rechtsgüter unabhängig davon, ob sie durch Meinungsäußerungen oder auf andere Weise gefährdet werden.

(1). Kein Verstoß gegen die „öffentliche Ordnung“ durch Meinungsäußerungen

Allerdings bedarf § 15 I VersG aus verfassungsrechtlichen Gründen einer einschränkenden Auslegung dahingehend, dass eine Gefahr für die öffentliche Ordnung als Grundlage beschränkender Verfügungen ausscheidet, soweit sie im Inhalt von Äußerungen gesehen wird (vgl. BVerfGE 111, 147 [155ff.] = NJW 2004, 2814 = NVwZ 2004, 1483 L).

Der Gesetzgeber hat in den allgemeinen Gesetzen, insbesondere den Strafgesetzen, Beschränkungen von Meinungsäußerungen an nähere tatbestandliche Voraussetzungen gebunden; eine Berufung auf das Tatbestandsmerkmal der öffentlichen Ordnung ist insofern nicht vorgesehen (vgl. BVerfGE 111, 147 [155] = NJW 2004, 2814 = NVwZ 2004, 1483 L). Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass Meinungsäußerungen in der pluralistischen Demokratie des Grundgesetzes grundsätzlich frei sind, es sei denn, der Gesetzgeber hat im Interesse des Rechtsgüterschutzes Schranken im Einklang mit Art. 5 II GG festgelegt. Für den Begriff der öffentlichen Ordnung ist demge-

genüber kennzeichnend, dass er auf ungeschriebene Regeln verweist, deren Befolgung nach den jeweils herrschenden und mit dem Wertgehalt des Grundgesetzes zu vereinbarenden sozialen und ethischen Anschauungen als unerlässliche Voraussetzung eines geordneten menschlichen Zusammenlebens innerhalb eines bestimmten Gebiets angesehen wird (vgl. BVerfGE 69, 315 [352]; BVerfGK 2, 1 [6]).

Das Grundrecht der Meinungsfreiheit ist ein Recht auch zum Schutz von Minderheiten; seine Ausübung darf nicht allgemein und ohne eine tatbestandliche Eingrenzung, die mit dem Schutzzweck des Grundrechts übereinstimmt, unter den Vorbehalt gestellt werden, dass die geäußerten Meinungsinhalte herrschenden sozialen oder ethischen Auffassungen nicht widersprechen (vgl. BVerfGE 111, 147 [155f.]). Ermächtigungen zur Beschränkung grundrechtlicher Freiheiten knüpfen nicht an die Gesinnung, sondern an Gefahren für Rechtsgüter an, die aus konkreten Handlungen folgen (vgl. BVerfGE 25, 44 [57f.]; 111, 147 [159]; BVerfG, NJOZ 2007, 2939). Dementsprechend hat der Gesetzgeber in seiner Rechtsordnung, insbesondere in den Strafgesetzen, Meinungsäußerungen nur dann beschränkt, wenn sie zugleich sonstige Rechtsgüter - etwa die Menschenwürde oder das allgemeine Persönlichkeitsrecht - verletzen (vgl. BVerfGE 111, 147 [156]). Das Grundgesetz enthält darüber hinaus in Art. 9 II, 18 und 21 II sowie auch in Art. 26 I GG besondere Schutzvorkehrungen, die zeigen, dass der Verfassungsstaat des Grundgesetzes sich gegen Gefährdungen seiner Grundordnung - auch soweit sie auf der Verbreitung nationalsozialistischen Gedankenguts beruhen - im Rahmen rechtsstaatlich geregelter Verfahren wehrt. Aus den aufgeführten Normen des Grundgesetzes können aber keine weitergehenden Rechtsfolgen als die ausdrücklich angeordneten abgeleitet werden. Die Sperrwirkung dieser Vorschriften steht daher insbesondere einer Berufung auf ungeschriebene verfassungsimmanente Schranken als Rechtfertigung für sonstige Maßnahmen zum Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung entgegen (vgl. BVerfGE 111, 147 [158f.]). Das Grundgesetz baut zwar auf der Erwartung auf, dass die Bürger die allgemeinen Werte der Verfassung akzeptieren und verwirklichen, erzwingt die Werteloyalität aber nicht. Kritik an der Verfassung und ihren wesentlichen Elementen ist ebenso erlaubt wie die Äußerung der Forderung, tragende Bestandteile der freiheitlichen demokratischen Grundordnung zu ändern (vgl. BVerfGE 113, 63 [82]; BVerfGK 2, 1 [5]; 7, 221 [227]).

Die Strafrechtsordnung ermöglicht die Bekämpfung solcher Rechtsgutverletzungen, die etwa durch antisemitische oder rassistische Äußerungen erfolgen. Werden die entsprechenden Strafgesetze durch Meinungsäußerungen missachtet, so liegt darin eine Verletzung der öffentlichen Sicherheit; eine so begründete Gefahr kann deshalb durch die Ordnungsbehörden abgewehrt

werden, und zwar auch mit Auswirkungen auf Versammlungen (vgl. BVerfGE 111, 147 [156]). Auf eine derartige Gefahr ist der Bescheid vorliegend jedoch nicht gestützt worden.

(2). Öffentliche Ordnung bleibt aber auf versammlungsspezifische Gefahren anwendbar

Beschränkende Verfügungen zum Schutz der öffentlichen Ordnung sind insoweit verfassungsrechtlich unbedenklich, als sich die in § 15 I VersG vorausgesetzte Gefahr nicht aus dem Inhalt der Äußerung, sondern aus der Art und Weise der Durchführung der Versammlung ergibt (vgl. BVerfGE 111, 147 [156f.]).

II. Anwendung der Schranke auf den konkreten Fall

Für eine solche Gefahrenlage sind vorliegend hinsichtlich der Auflagen Nrn. 9 und 10 jedoch keine hinreichenden Anhaltspunkte gegeben.

1. Beispiele für die öffentliche Ordnung gefährdende Verhaltensweisen

Eine Gefahr für die öffentliche Ordnung infolge der Art und Weise der Durchführung einer Versammlung kann beispielsweise bei einem aggressiven und provokativen, die Bürger einschüchternden Verhalten der Versammlungsteilnehmer bestehen, durch das ein Klima der Gewaltdemonstration und potentieller Gewaltbereitschaft erzeugt wird. Ein Anlass für Beschränkungen der Versammlungsfreiheit unter Berufung auf das Schutzgut der öffentlichen Ordnung kann ferner gegeben sein, wenn Rechtsextremisten einen Aufzug an einem speziell der Erinnerung an das Unrecht des Nationalsozialismus und den Holocaust dienenden Feiertag so durchführen, dass von seiner Art und Weise Provokationen ausgehen, die das sittliche Empfinden der Bürgerinnen und Bürger erheblich beeinträchtigen (vgl. auch BVerfG, NVwZ 2006, 585). Gleiches gilt, wenn ein Aufzug sich durch sein Gesamtgepräge mit den Riten und Symbolen der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft identifiziert und durch Wachrufen der Schrecken des vergangenen totalitären und unmenschlichen Regimes andere Bürger einschüchtert (vgl. BVerfGE 111, 147 [157] = NJW 2004, 2814 = NVwZ 2004, 1483 L). Art. 8 GG schützt zwar Aufzüge, nicht aber Aufmärsche mit paramilitärischen oder in vergleichbarer Weise aggressiven und einschüchternden Begleitumständen (vgl. BVerfG, NJW 2001, 2069 [2071] = NVwZ 2001, 907 L).

Offenbar mit Blick auf diese Rechtsprechung hat die Ordnungsbehörde im vorliegenden Fall insbesondere in weiteren Auflagen eine Reihe von beschränkenden Verfügungen auf § 15 I VersG gestützt, die ausweislich der Begründung solchen Erscheinungsformen einer Versammlung entgegenwirken sollen. So wurde die Verwendung von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen sowie das Tragen von Uniformen, Uniformteilen oder gleichartigen Kleidungsstücken als

Ausdruck einer gemeinsamen politischen Gesinnung ebenso untersagt wie das gemeinsame Tragen von dunklen Springerstiefeln in Verbindung mit dem Tragen von Bomberjacken, gegebenenfalls nebst einer militärischen Kopfbedeckung. Auch wurde das geschlossene Marschieren in Blöcken, Zügen und Reihen verboten.

2. Streitgegenständliche Auflagen

Diese Auflagen sind allerdings nicht Gegenstand der Rügen des Bf. Die Verfassungsbeschwerde begrenzt sich auf die Auflagen Nrn. 9 und 10 und damit auf zwei Auflagen mit Versammlungsbezug, die gewisse Formen der Äußerung bestimmter Inhalte beschränken. Die besonderen Vorkehrungen in den anderen soeben erwähnten Auflagen verdeutlichen, dass die Ordnungsbehörde sich mit den Auflagen Nrn. 9 und 10 den in den anderen Auflagen noch nicht erfassten Gefährdungen zuwenden wollte. Die Rechtmäßigkeit der Auflagen Nrn. 9 und 10 richtet sich danach, ob sie der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Ordnung dienen, die aus der Art und Weise der Durchführung der Versammlung folgten. Das war vorliegend nicht der Fall.

Durch die Auflagen wurde das Rufen von Parolen mit der Wortfolge „Nationaler Widerstand“ oder deren Verwendung in schriftlicher Form, etwa in Flugblättern (Auflage Nr. 9), ebenso untersagt wie Aussagen zu den Bezeichnungen „Nationaler Widerstand Hochsauerland“ und „Freie Nationalisten Sauerland/Siegerland“ in Versammlungsreden und Sprechchören sowie auf Transparenten (Auflage Nr. 10). Derartige Äußerungen können - wie ausgeführt - nur dann gem. § 15 I VersG untersagt werden, wenn sie im Einklang mit Art. 5 II GG durch Strafgesetze oder andere Gesetze verboten sind. Dass die Aussagen mit dem

untersagten Inhalt strafbar oder auf andere Weise gesetzlich verboten seien, hat die Ordnungsbehörde jedoch nicht angenommen. Insbesondere ist sie nicht davon ausgegangen, dass es sich bei den damit bezeichneten Gruppierungen um Vereine handele, die auf der Grundlage von Art. 9 II GG gem. § 3 VereinsG durch die Verbotsbehörde verboten worden seien. Dementsprechend hat sie die untersagten Äußerungen auch weder als „Parolen und Grußformen“ verbotener Vereine, deren Verwendung § 9 II 1 i.V. mit § 9 I 1 Nr. 1 Alt. 2 VereinsG für die Dauer der Vollziehbarkeit des Verbots verbietet, noch als eine gem. § 20 I Nr. 5 VereinsG strafbare Verwendung der Kennzeichen verbotener Vereine angesehen. Auch hat sie die Äußerungen nicht als eine Verwendung von „Parolen und Grußformen“ bewertet, die gem. § 86a II i.V. mit § 86a I Nr. 1 und § 86 I Nrn. 1, 2 oder 4 StGB strafbar wäre. [...]

Da schon die verfassungsrechtlich geforderten nachvollziehbaren tatsächlichen Anhaltspunkte für eine Gefahrenprognose in der Verfügung nicht angeführt werden, genügt der Auflagenbescheid nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen an Beschränkungen von Meinungsäußerungen im Rahmen einer Versammlung. Erst recht hat die Behörde jedoch die grundrechtlichen Anforderungen dadurch verkannt, dass sie davon ausgegangen ist, allein aus dem gemeinsamen lauten Skandieren könnte eine hinreichende Gefahr für die öffentliche Ordnung abgeleitet werden. Im Übrigen ist der Bescheid auch insoweit verfassungsrechtlich zu beanstanden, als er die Verletzung der öffentlichen Ordnung in den geäußerten Inhalten selbst sah. Auch die angegriffenen Gerichtsentscheidungen verletzen, soweit die Rügen des Bf. sich gegen sie richten, das Grundrecht auf Versammlungsfreiheit. [...]

Standort: § 80 V VwGO

Problem: Sofortige Vollziehung einer Abrissverfügung

OVG GREIFSWALD, BESCHLUSS VOM 06.02.2008
3 M 9/08 (NVWZ-RR 2008, 669)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, ob und wann die Bauaufsichtsbehörde eine Abrissverfügung mit der Anordnung der sofortigen Vollziehung versehen darf.

Das OVG Greifswald ist mit der h.M. der Auffassung, dass eine solche die Ausnahme bleiben müsse, weil durch einen sofortigen Abriss u.U. erhebliche wirtschaftliche Werte vernichtet würden. Die Eigentumsgarantie des Art. 14 I GG stehe einer solchen Konsequenz regelmäßig entgegen.

Allerdings soll es vier Fallgruppen geben, in denen ausnahmsweise doch eine sofortige Vollziehung angeordnet werden kann:

1. wenn die Beseitigung einem Nutzungsverbot gleichgestellt werden kann, weil sie ohne Substanzverlust und andere hohe Kosten zu bewerkstelligen ist,
2. wenn die negative Vorbildwirkung des Baus es schon vor dem Abschluss der Hauptsache erforderlich macht, einer Ausweitung der Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung rasch vorzubeugen,
3. wenn ein notorischer Schwarzbauer nur auf diese Weise erfolgversprechend an der Fortsetzung seiner rechtswidrigen Betätigung gehindert werden kann,
4. wenn die von dem Bauwerk ausgehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ein sofortiges Einschreiten durch Beseitigung der baulichen Anlagen erfordert.

Es soll genügen, wenn einer dieser vier Fälle vorliegt, wobei das Gericht allerdings auch betont, dass es sich letztlich nur um Indizien handelt, die eine Einzelfall-

abwägung keineswegs entbehrlich machen. Deshalb wird eine Anordnung der sofortigen Vollziehung umso dringlicher sein, je mehr Fallgruppen vorliegen und je intensiver sie betroffen sind.

Zu beachten sind allerdings zwei Unterausnahmen: War der baurechtswidrige Zustand der Behörde seit langem bekannt und handelte sie gleichwohl zunächst nicht, kann dies gegen eine besondere Dringlichkeit der Sache sprechen. Ferner dürfe das Willkürverbot des Art. 3 I GG nicht verletzt sein. Danach dürfe sich die Behörde nicht einzelne aus einer Vielzahl baurechtswidriger Bauten "herauspicken", es sei denn, hierfür bestünde ein sachlicher Grund. Hingegen sei es zulässig, einen Fall nach dem anderen abzuarbeiten.

Prüfungsrelevanz:

Die Ausführungen des OVG lassen sich inhaltlich leicht nachvollziehen. Erläuterungsbedürftig mag allein der Prüfungsaufbau in einem Gutachten sein: In Examensaufgaben wird sich das Problem im Rahmen eines Antrags des Bauherrn nach § 80 V 1, 2. Fall VwGO gegen die Anordnung der sofortigen Vollziehung der Abrissverfügung stellen. Nach der Zulässigkeitsprüfung (A.) ist in der Begründetheit (B.) zunächst auf die formelle Rechtmäßigkeit der sofortigen Vollziehungsanordnung einzugehen (I.). Sodann ist im Rahmen einer summarischen Prüfung das Suspensivinteresse des Antragstellers gegen das Vollzugsinteresse der Öffentlichkeit abzuwägen (II.). Diese Abwägung orientiert sich vor allem an den Erfolgsaussichten der Hauptsache (1.), denn im vorläufigen Rechtsschutz soll gewinnen, wer am Ende auch obsiegt. An dieser Stelle ist also die Abrissverfügung inzidenter auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen (was wiederum die formelle und materielle Illegalität des abzureißenden Baus voraussetzt). Ist die Abrissverfügung rechtswidrig, gewinnt der Antragsteller bereits seinen Antrag nach § 80 V VwGO. Ist sie rechtmäßig, verliert er jedoch nach ganz h.M. nicht automatisch, weil § 80 II Nr. 4 VwGO ein *besonderes* öffentliches Vollzugsinteresse fordert. Nicht jeder rechtmäßige Verwaltungsakt darf m.a.W. für sofort vollziehbar erklärt werden. Vielmehr müssen besondere Umstände hinzukommen. Bei der Prüfung, ob ein solches besonderes öffentliches Interesse vorliegt (2.), sind die oben in der Problemdarstellung aufgeführten Erwägungen darzustellen, wonach dieses bei Abrissverfügungen in der Regel zu verneinen ist (a.), jedoch in vier alternativ anwendbaren Fallgruppen ausnahmsweise gegeben sein kann (b.), wenn keine Unterausnahme wie Willkür oder lange Passivität der Behörde vorliegen (c.).

Vertiefungshinweise:

Anordnung der sofortigen Vollziehung von Abrissverfügungen: *BVerwG*, NVwZ-RR 1992, 360; *OVG Greifswald*, NordÖR 2003, 167; *OVG Lüneburg*, BRS

56 Nr. 208; *OVG Münster*, BRS 58 Nr. 128; BRS 35 Nr. 143; *OVG Weimar*, ThürVBl 1994, 291; *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 1997, 465

Kursprogramm:

- Examenskurs : "Ernie der Flitzer"
- Examenskurs: "Das illegale Wochenendhaus"

Leitsätze:

1. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung einer rechtmäßigen Beseitigungsanordnung ist grundsätzlich zulässig, wenn die Beseitigung ohne Substanzverlust und andere hohe Kosten zu bewerkstelligen ist, die Vorbildwirkung eines illegal ausgeführten Vorhabens eine Nachahmung befürchten lässt, so dass der Ausweitung der Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung rasch vorgebeugt werden muss, ein beharrlicher und notorischer Schwarzbauer nur auf diese Weise erfolgversprechend an der Fortsetzung seiner rechtswidrigen Betätigung gehindert werden kann, oder wenn die von dem Bauwerk ausgehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ein sofortiges Einschreiten erfordert.

2. Ein langes Nichttätigwerden kann dazu führen, dass die Eilbedürftigkeit im Sinne des § 80 II Nr. 4 i.V.m. III VwGO nicht vorliegt. Das gilt nicht, wenn die zuständige Behörde sich nunmehr zu einem effektiven, dem Gleichheitsgrundsatz entsprechenden Einschreiten entschließt.

Sachverhalt:

Das Verwaltungsgericht hat in dem angefochtenen Beschluss angenommen, dass die angefochtenen Verwaltungsakte des Antragstellers offensichtlich rechtmäßig sind, insbesondere das Vorgehen des Antragstellers nunmehr dem Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 3 Abs. 1 GG genügt. Es hat jedoch die besondere Rechtfertigung für die Anordnung der sofortigen Vollziehung verneint, nachdem der Antragsteller etwa 6 Jahre nach Kenntniserlangung von dem baurechtswidrigen Zustand nicht eingeschritten sei. Hiergegen wendet sich die Beschwerde im Ergebnis zu Recht.

Aus den Gründen:

Widerspruch und Anfechtungsklage haben entsprechend der gesetzlichen Regelung des § 80 Abs. 1 VwGO grundsätzlich aufschiebende Wirkung. Ausnahmsweise kann die Behörde jedoch die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs dadurch beseitigen, dass sie nach § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO die sofortige Vollziehung dieser Verfügung anordnet. Sie ist zu einer solchen Anordnung aber nur berechtigt, wenn die sofortige Vollziehung der Verfügung im öffentlichen Interesse oder im überwiegenden Interesse eines Beteiligten geboten erscheint. Vor Erlass der Anordnung

muss die Behörde einerseits die Interessen der Öffentlichkeit und eines etwaigen Beteiligten an einer sofortigen Durchführung der Maßnahme sowie andererseits die entgegenstehenden Interessen des Betroffenen an dem Bestand der aufschiebenden Wirkung des eingelegten Widerspruchs gegeneinander abwägen. Das besondere Interesse an der sofortigen Vollziehung der Verfügung ist gemäß § 80 Abs. 3 Satz 1 VwGO grundsätzlich schriftlich zu begründen.

A. Grundsatz: Keine Anordnung der sofortigen Vollziehung einer Abrissverfügung

Grundsätzlich scheidet die Anordnung der sofortigen Vollziehung einer bauordnungsrechtlichen Beseitigungsverfügung aus. Die Gefahr eines nicht unerheblichen wirtschaftlichen Nachteils für den Betroffenen wiegt schwerer als die Nachteile, die mit dem vorläufigen weiteren Bestand dieses Baukörpers für die öffentlichen Belange verbunden sind. Es entspricht dem in Art. 14 Abs. 1 GG gewährleisteten Schutz des Eigentums, dass mit erheblichem Aufwand geschaffene Substanzwerte grundsätzlich nicht zerstört werden, so lange nicht sicher ist, ob sie erhalten bleiben dürfen. Ist diese Frage Gegenstand eines Rechtsstreits, ist es deshalb grundsätzlich geboten, mit der Vollziehung einer Verfügung, die eine solche Zerstörung vorschreibt, zu warten, bis rechtskräftig über die Genehmigungsfähigkeit einer mit erheblichem Aufwand geschaffenen Bausubstanz entschieden ist (vgl. nur OVG Hamburg, Beschluss vom 28.02.1997 - Bs II 5/97; Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 5. Aufl. 2008, Rn. 1288 m.w.N.).

B. Ausnahmen

Die sofortige Vollziehung einer rechtmäßigen Beseitigungsanordnung ist aber im Wesentlichen aus vier Gesichtspunkten heraus zulässig (Senat, NVwZ 1995, 608; NordÖR 2003, 167; vgl. auch Finkelnburg/Dombert/Külpmann, a.a.O., Rn. 1288 m.w.N.):

1. wenn die Beseitigung einem Nutzungsverbot gleichgestellt werden kann, weil sie ohne Substanzverlust und andere hohe Kosten zu bewerkstelligen ist,
2. wenn die Vorbildwirkung eines illegal ausgeführten Vorhabens eine Nachahmung in solchem Maße schon bis zum bestands- oder rechtskräftigen Abschluss der Hauptsache befürchten lässt, dass der Ausweitung der Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung rasch vorgebeugt werden muss,
3. wenn ein beharrlicher und notorischer Schwarzbauer nur auf diese Weise erfolgversprechend an der Fortsetzung seiner rechtswidrigen Betätigung gehindert werden kann, oder
4. wenn die von dem Bauwerk ausgehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ein sofortiges Einschreiten durch Beseitigung der baulichen Anlagen erfordert.

Diese Gesichtspunkte stehen grundsätzlich selbstständig nebeneinander. Das gilt namentlich für die des fehlenden Substanzverlustes und der Vorbildwirkung (vgl. auch OVG Lüneburg, BRS 56 Nr. 208; OVG Münster, BRS 58 Nr. 128). Sie können auch kumulativ die Dringlichkeit begründen.

I. Vergleichbarkeit mit Nutzungsuntersagung

Die erste Fallgruppe betrifft diejenigen Fälle, in denen im Einzelfall die Entfernung einer genehmigungspflichtigen, aber ungenehmigten Anlage mangels wesentlichen Substanzverlusts ohne schwerwiegenden Nachteil möglich ist. Sie stellt dann keinen schwereren Eingriff dar als die Untersagung der Nutzung einer ungenehmigt fertig gestellten Anlage. Ein Nutzungsverbot kann in einem solchen Falle regelmäßig schon zur Sicherung der Ordnungsfunktion des formellen Baurechts unter Anordnung der sofortigen Vollziehung erlassen werden, um die Effektivität des Baugenehmigungsverfahrens zu sichern (Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Rn. 1287). Nach der Rechtsprechung des Senats kann zudem dann, wenn zur formellen Baurechtswidrigkeit noch eine materielle hinzu kommt und diese offensichtlich ist, unter Umständen auch die sofortige Vollziehung einer Abbruchverfügung geboten sein, selbst wenn diese zu einem Substanzverlust führt, wenn eine besondere Dringlichkeit des Eingreifens besteht.

II. Erhebliche negative Vorbildwirkung

Die zweite Fallgruppe setzt voraus, dass die Vorbildwirkung eines illegal ausgeführten Vorhabens eine Nachahmung in solchem Maße schon bis zum bestands- oder rechtskräftigen Abschluss der Hauptsache befürchten lässt, dass der Ausweitung der Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung rasch vorgebeugt werden muss. Eine negative Vorbildwirkung in diesem Sinne setzt grundsätzlich eine Einzelfallbetrachtung voraus (VGH Kassel, HessVGRspr. 1992, 90 [92]). Es müssen konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass das Vorhandensein der baulichen Anlage bereits Nachahmung gefunden hat oder mit Wahrscheinlichkeit finden wird. Dabei sind das betroffene Grundstück, seine Situation bzw. Umgebung, das betroffene Gebiet sowie ggf. sonstige bedeutsame Umstände konkret in den Blick zu nehmen (vgl. Senat, NVwZ 1995, 608; DÖV 2003, 637).

III. Subsumtion

Danach ist im vorliegenden Fall die besondere Dringlichkeit schon nach Maßgabe der ersten Fallgruppe zu bejahen. Die Anlage ist - wie der Senat in seinem Beschluss vom 13.08.2007 ausgeführt hat - formell rechtswidrig und auch offensichtlich materiell nicht genehmigungsfähig. Die Beseitigungsverfügung kommt angesichts der leichten Abbaubarkeit der Werbetafel einer Nutzungsuntersagung gleich. Ein Nut-

zungsverbot würde, wenn es nicht sofort wirksam ist, seinen Zweck verfehlen, weil der erstrebte Nutzen oder Erfolg aus der illegal aufgestellten Anlage vom Aufsteller bereits (weitgehend) erzielt ist, bevor eine Verbotsverfügung bestandskräftig wird. Bei Werbeträgern kommt hinzu, dass bei einer - wie vorliegend - vollständig fertig gestellten Anlage ein „reines“ Nutzungsverbot ins Leere geht, weil die Werbeanlage allein durch ihre Existenz den vom Antragsteller gewünschten Erfolg bringt (OVG Münster, BRS 35 Nr. 143; Finkelnburg u.a., a.a.O., Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Rn. 1289).

Was die Vorbildwirkung angeht, so ist zu berücksichtigen, dass die Aufsteller von Werbeanlagen sich praktisch in allen Verfahren auf andere angeblich illegal aufgestellte oder rechtswidrig genehmigte Werbeanlagen in der Umgebung berufen. Erfahrungsgemäß ermutigt ein solches Vorgehen, wie es der Antragsgegner praktiziert hat, zur Nachahmung in anderen Fällen, so dass die Ordnungsfunktion des formellen Baurechts unterlaufen wird (vgl. OVG Münster, a.a.O.). Dies wird auch im vorliegenden Fall deutlich: Der Antragsgegner beruft sich auf eine Vielzahl von anderen Fällen, in denen der Antragsteller nicht gegen illegale Werbetafeln eingeschritten sei. Mit den in der Antragserwiderung vom 01.10.2007 aufgeführten mehr als 57 Werbeanlagen geht der Antragsgegner davon aus, dass es sich jeweils um vergleichbare Fälle handle, in denen der Antragsteller nicht eingeschritten sei. Allein der äußere Anschein des Nichteinschreitens, der durch das Vorhandensein der Werbeanlagen vermittelt wird, löst hier die Vorbildwirkung aus. Sie tritt wechselseitig zwischen den verschiedenen Werbeanlagen ein.

C. Keine Unterausnahme

I. Lange Passivität der Behörde

Der Antragsteller macht in der Beschwerdeschrift zu Recht geltend, dass der Anordnung des Sofortvollzugs nicht der Zeitablauf von Kenntnisnahme der rechtswidrigen Errichtung der Anlage bis zum Einschreiten durch den Antragsteller entgegensteht.

Ein langes Nichttätigwerden der zuständigen Ordnungsbehörde kann allerdings dazu führen, dass die Eilbedürftigkeit im Sinne des § 80 Abs. 2 Nr. 4 i. V. m. Abs. 3 VwGO nicht vorliegt. Dies bedarf aber jeweils einer den Einzelfall berücksichtigenden Würdigung. Der vom Verwaltungsgericht herangezogenen Entscheidung des OVG Münster (BRS 47 Nr. 198) lässt sich für den vorliegenden Fall keine parallele Wertung entnehmen. Dieser Beschluss betrifft eine Fallgestaltung, in der die zuständige Behörde bereits über eine vollstreckbare Verfügung gegenüber einem der Störer verfügte, aus der sie jahrelang nicht vollstreckt hatte, während sie nun gegenüber dessen Ehefrau unter Anordnung des Sofortvollzugs vorging.

Diese Fallgestaltung ist mit der vorliegenden nicht vergleichbar. Der hier zu beurteilende Fall ist dadurch gekennzeichnet, dass - wie dargelegt - einerseits die Werbeanlage ihre Nutzung entfaltet, solange sie unter dem Schutz der aufschiebenden Wirkung von Widerspruch und Klage trotz ihrer formellen und materiellen Rechtswidrigkeit stehen bleibt, und andererseits eine Vorbildwirkung entfaltet. Würde in einem solchen Falle die Dringlichkeit verneint werden, nachdem die Behörde sich entschlossen hat, unter Beachtung des Gleichheitsgrundsatzes gegen derartige rechtswidrige Zustände einzuschreiten, müsste sie diese möglicherweise mehrere Jahre lang hinnehmen, weil sämtliche Verantwortliche für illegale Werbetafeln sich auf die fehlende Dringlichkeit berufen könnten. Gerade die angesprochene Vorbildwirkung bedingt aber, dass die zuständige Behörde, hat sie sich nunmehr zu einem effektiven Einschreiten entschlossen, entsprechend verfahren kann. Ansonsten würde eine Perpetuierung des formell und materiell rechtswidrigen Zustandes eintreten.

II. Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 I GG

Die angefochtenen Bescheide genügen entgegen der Ansicht des Antragsgegners, die er in seinem Schriftsatz vom 01.10.2007 geäußert hat, nunmehr auch dem Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG. Dieser Grundsatz verpflichtet die Baurechtsbehörde, ihre bauordnungsrechtliche Tätigkeit maßgeblich auch am Gleichheitssatz auszurichten. Sie muss das eingeräumte Ermessen in gleichgelagerten Fällen gleichmäßig ausüben. Ergreift oder unterlässt die Behörde Maßnahmen zur Bekämpfung baurechtswidriger Zustände, so hat sie in allen vergleichbaren Fällen in der gleichen Art und Weise zu verfahren. Das bedeutet bei einer Vielzahl von Verstößen jedoch nicht, dass sie gleichzeitig tätig werden muss; entschließt sie sich zu einem Einschreiten, so ist es ihr unbenommen, die Verhältnisse nach und nach zu bereinigen; ihr ist es lediglich verwehrt, systemlos oder willkürlich vorzugehen; beschränkt sie sich darauf, einen Einzelfall herauszugreifen, so handelt sie dem Gleichbehandlungsgebot zuwider, es sei denn, dass sie hierfür sachliche Gründe anzuführen vermag (BVerwG, BRS 57 Nr. 248 m.w.N.).

I. Voraussetzungen für einen Gleichheitsverstoß

Der Senat hat in seinem Beschluss vom 13.08.2007 - 3 M 48/07 - weiter ausgeführt:

„Die Bauaufsichtsbehörde muss bei ihren Anordnungen das Gleichbehandlungsgebot nach Art. 3 Abs. 1 GG beachten und darf nicht einzelne Bürger gegenüber anderen willkürlich, d.h. ohne rechtfertigenden Grund, benachteiligen. Daraus folgt allerdings nicht, dass rechtswidrige Zustände, die bei einer Vielzahl von Grundstücken vorliegen, stets „flächendeckend“ zu bekämpfen sind. Vielmehr darf die Behörde - etwa

in Ermangelung ausreichender personeller und sachlicher Mittel - auch anlassbezogen vorgehen und sich auf die Regelung von Einzelfällen beschränken, sofern sie hierfür sachliche Gründe anzuführen vermag (vgl. BVerwG, Buchholz 406.17 Bauordnungsrecht Nr. 5). So kann es rechtmäßig sein, wenn die Behörde einen geeigneten Fall als „Musterfall“ auswählt, um erst nach einer gerichtlichen Bestätigung ihrer Rechtsauffassung gleichartige Fälle aufzugreifen. Ebenso ist es mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar, wenn die Behörde zunächst nur Fälle aufgreift, in denen eine Verschlechterung des bestehenden Zustands droht (BVerwG, NVwZ-RR 1992, 360).“

2. Subsumtion

Im vorliegenden Fall hat der Antragsgegner keine in diesem Sinne gleichgelagerten Fälle benannt, hinsichtlich derer dem Antragsteller der Vorwurf der Ungleichbehandlung gemacht werden könnte. Der Gleichbehandlungsgrundsatz verpflichtet die Behörde zu einem nach Zeitpunkt und Modalitäten gleichmäßigen Vorgehen gegen rechtswidrige Zustände, soweit nicht in der Sache begründete Unterschiede Abwei-

chungen rechtfertigen. Die Rechtsprechung hat im Baurecht den räumlichen Bezug des Gleichheitssatzes bei einer entsprechenden Rüge im Prozess aus der Erkenntnis eingeschränkt, dass der Bauaufsichtsbehörde ein gleichmäßiges Einschreiten in ihrem gesamten Bereich aus verschiedenen praktischen Gründen unmöglich ist. Eine Verletzung des Gleichheitssatzes führt somit nur dann zur Aufhebung einer Maßnahme, wenn die Behörde in räumlich benachbarten Fällen unterschiedlich vorgeht (OVG Weimar, ThürVBl 1994, 291). Maßgebend ist ein bestimmter topographischer Bereich (VGH Mannheim, NVwZ-RR 1997, 465).

Nach diesen Grundsätzen kann der Antragsgegner von vornherein nicht eine Gleichbehandlung mit denjenigen Werbetafeln verlangen, die außerhalb der Ortschaft A. aufgestellt worden sein sollen. Der Anspruch auf Gleichbehandlung mit Anlagen endet somit an den Ortsgrenzen. Für die Ortschaft A. hat der Antragsgegner auf die Werbeanlagen der B. GmbH verwiesen. Insoweit führt der Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 30.11.2007 zu Recht aus, dass der Antragsteller durch die jeweils angemessenen Maßnahmen zur Beseitigung der Werbetafeln geschritten ist.

Standort: § 80 III VwGO

Problem: Heilung von Begründungsmängeln?

OVG BERLIN-BRANDENBURG, BESCHLUSS VOM 16.04.2008 3 S 106/07 (NVwZ-RR 2008, 727)

Problemdarstellung:

Ordnet die Behörde nach § 80 II Nr. 4 VwGO die sofortige Vollziehung eines Verwaltungsakts an, muss sie diese Vollziehungsanordnung nach § 80 III 1 VwGO schriftlich begründen. Streitig ist, ob und ggf. bis wann eine fehlende oder inhaltlich unzureichende Begründung geheilt werden kann. Die Rechtsprechung hat eine solche Heilungsmöglichkeit mehrheitlich zunächst bejaht, solange noch kein Antrag nach § 80 V 1 VwGO gegen die sofortige Vollziehungsanordnung gestellt worden ist; mittlerweile wollen einige Oberverwaltungsgerichte eine Heilung sogar noch im Verfahren nach § 80 V VwGO zulassen. Gegen jegliche Heilungsmöglichkeit wehrt sich hingegen die wohl herrschende Lehre, und dies mit schwerem Geschütz (vgl. zu allen Ansichten die Vertiefungshinweise). Von „rechtlichem Ungehorsam“ der Rechtsprechung gegenüber dem Gesetzgeber ist dort die Rede (Schoch, VwGO, § 80 Rn 179), weil es an einer Heilungsvorschrift mangelt. Das OVG Berlin-Brandenburg wehrt sich im vorliegenden Beschluss gegen diesen Vorwurf und bejaht unter Rückgriff auf die Prozessökonomie sowie Sinn und Zweck der Begründungspflicht.

Prüfungsrelevanz:

Holt eine Behörde die Begründung des § 80 III VwGO ganz oder teilweise nach, muss in einem Gutachten

streitig dargestellt werden, ob und bis wann dies angesichts des Fehlens einer Heilungsvorschrift überhaupt möglich ist. Dass sich ein solches Problem leicht in eine Klausur zu § 80 V VwGO einbauen lässt, liegt auf der Hand. Besonders reizvoll ist dies, weil es bislang an einem klärenden Wort des BVerwG fehlt. Alle Ansichten sind deshalb gegenwärtig gut vertretbar.

Vertiefungshinweise:

- Gegen eine Heilung: *VGH München*, NVwZ-RR 2002, 646; *Kopp/Schenke*, VwGO, 15. Aufl. 2007, § 80 Rdnr. 87; *Schoch* in: *Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner*, VwGO, § 80 Rdnr. 179
- Für eine Heilung bis zur Stellung eines Antrags nach § 80 V VwGO: *OVG Koblenz*, NVwZ 1985, 919; *OVG Saarlouis*, OVG 18, 187 [192]
- Für eine Heilung noch im Verfahren nach § 80 V VwGO: *OVG Bremen*, NordÖR 1999, 284; *OVG Greifswald*, NVwZ-RR 1999, 409; NVwZ-RR 2007, 21 [23]; *OVG Lüneburg*, InfAuslR 2002, 13; *Tietje*, DVBl 1998, 124

Kursprogramm:

- Examenskurs*: „Ernie der Flitzer“

Leitsatz:

Die nach § 80 III 1 VwGO erforderliche schriftliche Begründung für die sofortige Vollziehung eines Verwaltungsaktes kann noch im gerichtlichen Verfahren mit heilender Wirkung nachgeholt oder er-

gänzt werden.

Sachverhalt:

Der zu einem nicht bekannten Zeitpunkt ins Bundesgebiet eingereiste Ast., ein kamerunischer Staatsangehöriger, betrieb in den Jahren 1997 und - nach angeblichem Aufenthalt im Heimatland - 2001 bis 2004 erfolglos ein Asyl- und ein Asylfolgeverfahren. Sein Aufenthalt wurde nach Abschluss des Asylfolgeverfahrens geduldet. Am 15. 6. 2007 erteilte ihm der Ag. eine Aufenthaltserlaubnis nach § 23 I AufenthG i.V. mit dem Erlass Nr. 9/2006 des Ministeriums des Innern des Landes Brandenburg vom 8.12.2006 (Bleiberechtsregelung). Diese Aufenthaltserlaubnis nahm der Ag. im Hinblick darauf, dass der Ast. im Juni 2002 rechtskräftig vom AG Tiergarten wegen Menschenhandels zu einer Bewährungsstrafe von 6 Monaten verurteilt worden war, sowie weiter im Hinblick auf die Inanspruchnahme öffentlicher Leistungen durch den Ast. mit Bescheid vom 21. 8. 2007 unter Anordnung der sofortigen Vollziehung zurück. Den Antrag, die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs wiederherzustellen, hat das VG abgelehnt. Die Beschwerde des Ast. wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

Der Ast. macht geltend, der angefochtene Beschluss gehe zu Unrecht davon aus, dass die Vollziehungsanordnung des Ag. den formellen Anforderungen des § 80 III VwGO entspreche. Dies greift nicht durch.

A. Zulässigkeit der Heilung von Begründungsmängeln bei § 80 III VwGO

Entgegen der Auffassung des Ast. war es dem Ag. nicht verwehrt, die in § 80 III 1 VwGO vorgeschriebene schriftliche Begründung des besonderen Interesses an der sofortigen Vollziehung der Rücknahmeverfügung vom 21. 8. 2007 mit heilender Wirkung nachzuholen.

Diese Frage ist allerdings in Rechtsprechung und Literatur umstritten (vgl. die Nachweise bei: Finkelnburg u.a., Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 5. Aufl. [2008], Rdnr. 750, Fußn. 61; sowie bei: Wolff/Decker, VwGO/VwVfG, 2. Aufl. [2007], § 80 VwGO, Rdnrn. 33f.). Eine höchstrichterliche Klärung ist bislang nicht erfolgt (offen gelassen etwa im Beschluss des BVerwG v. 18. 9. 2001 - 1 DB 26/01 Rdnr. 8, juris). Seit geraumer Zeit wird jedoch zunehmend die Möglichkeit bejaht, eine unterbliebene oder unzulängliche Begründung mit heilender Wirkung noch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nachzuholen. Auch der Senat ist der Auffassung, dass eine unzulängliche oder unterbliebene Begründung i.S. von § 80 III 1 VwGO noch im Laufe eines gerichtlichen Verfahrens nach § 80 V VwGO mit heilender Wirkung nachgeholt oder ergänzt werden kann (so bereits auch OVG Berlin, OVG 18, 119 [123f.]; LKV 1992, 333).

I. Prozessökonomie

Dies steht im Einklang mit anderen vergleichbaren Regelungen (§ 45 II VwVfG, § 114 S. 2 VwGO) und dient der Prozessökonomie. Da nach wohl einhelliger Auffassung die Behörde jederzeit befugt ist, eine neue Vollziehungsanordnung zu erlassen (vgl. nur VGH München, NJW 2002, 3044; Puttler, § 80 Rdnrn. 99, 153), führt die gegenteilige Auffassung zu einer leeren Förmerei, die dem Rechtsschutzsystem der Verwaltungsgerichtsordnung fremd ist (vgl. BVerwGE 85, 163 [167] = NJW-RR 1990, 1351). Die Behörde gleichwohl - nach gerichtlicher Aufhebung der den Anforderungen des § 80 III 1 VwGO nicht genügenden Anordnung - auf den Erlass einer neuen Vollziehungsanordnung zu verweisen, hätte für den betroffenen Bürger eine Verfahrensverdoppelung zur Folge. Schließlich wäre eine solche Verfahrensweise - bei tatsächlich bestehender Eilbedürftigkeit - mit dem Wesen der Anordnung der sofortigen Vollziehung nur schwerlich vereinbar.

II. Gesetzgeberische Passivität

Soweit hiergegen eingewendet wird, mit Erwägungen der Prozessökonomie ließen sich unliebsame Formvorschriften stets beiseite schieben, und es handele sich um rechtlichen Ungehorsam, dem offenbar das Gesetz nicht passe (so Schoch, § 80 Rdnr. 179), ist darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber, dem die uneinheitliche Haltung insbesondere der Rechtsprechung zu der in Rede stehenden Frage schwerlich entgangen sein dürfte, keinen Bedarf gesehen hat, anlässlich einer der Novellierungen der Verwaltungsgerichtsordnung in den vergangenen Jahren eine eindeutige Regelung einzuführen. Dies wäre jedoch zu erwarten gewesen, würden in der Rechtsprechung tatsächlich Tendenzen zu rechtlichem Ungehorsam auftreten.

III. Rechtsgedanke statt Analogie

Dass § 80 III VwGO eine abschließende Regelung darstellt, die auch eine analoge Anwendung von § 45 II VwVfG nicht zulassen soll (vgl. Puttler, § 80 Rdnr. 99; Schoch, § 80 Rdnr. 179), schließt nicht aus, den Rechtsgedanken der letztgenannten Vorschrift zu berücksichtigen. Eine ausdrückliche, der hier vertretenen Auffassung entgegenstehende Regelung trifft § 80 III 1 VwGO nicht, so dass der Befund, dass es sich um eine abschließende Regelung handele, letztlich ohne durchgreifende Aussagekraft bleibt.

IV. Teleologie

Die mit § 80 III 1 VwGO verfolgten Ziele sind mit einem Verständnis der Vorschrift, das die Möglichkeit einer Begründungsnachholung oder -ergänzung mit heilender Wirkung zulässt, vereinbar. Das Begründungserfordernis soll drei Funktionen erfüllen: Gegenüber der Behörde kommt ihm eine Warnfunktion, gegenüber dem Bürger eine Rechtsschutzfunktion und

gegenüber dem angerufenen Gericht eine Informationsfunktion zu (Finkelnburg u.a., Rdnr. 741; Puttler, § 80 Rdnr. 96; vgl. zur Warnfunktion insbesondere: BVerwG, Beschl. v. 18. 9. 2001 - 1 DB 26/01). Diese Funktionen bleiben auch durch eine erst im gerichtlichen Verfahren nachgeholte oder ergänzte Begründung gewahrt (vgl. Tietje, S. 128/129). Dies gilt entgegen dem Beschwerdevorbringen auch im Hinblick auf die Rechtsschutzfunktion, die dem Bürger die Abschätzung der Erfolgsaussichten eines Antrages nach § 80 V VwGO ermöglichen soll. Werden die Erfolgsaussichten eines bereits anhängig gemachten Antrags durch die nachgeholte Begründung der Vollziehungsanordnung entscheidend geschmälert, so kann der Ast. von der Fortführung des Verfahrens - sei es durch Rücknahme, sei es durch die Erklärung, der Rechtsstreit sei in der Hauptsache erledigt, - Abstand nehmen; in einem solchen Fall wird regelmäßig eine für ihn günstige Kostenentscheidung nach § 155 IV VwGO oder nach § 161 II VwGO in Betracht kommen (vgl. OVG Greifswald, NVwZ-RR 1999, 409; Finkelnburg u.a., Rdnr. 752).

B. Hinreichende Begründung nachgeholt

Das VG hat angenommen, dass die nachgeholte Begründung den Anforderungen des § 80 III 1 VwGO genüge.

I. Begründung nach § 80 III VwGO von Begründung des Verwaltungsakts zu unterscheiden

Der Ag. habe darauf hingewiesen, dass die Anordnung der sofortigen Vollziehung im besonderen öffentlichen Interesse liege, weil anderenfalls für die Zeit bis zur rechtskräftigen Entscheidung eine erhebliche Ungleichbehandlung gegenüber denjenigen Ausländern eintrete, deren Antrag auf Gewährung eines Bleiberechts wegen des Vorliegens von Straftaten abgelehnt worden sei. Außerdem habe der Ast. für diesen Zeitraum Anspruch auf Leistungen der Grundsicherung. Dem hält der Ast. entgegen, der Ag. habe sich lediglich auf die Rechtmäßigkeit der Rücknahmeverfügung gestützt, was dem Begründungserfordernis nach § 80 III 1 VwGO jedoch nicht genüge. Dies geht an dem angefochtenen Beschluss vorbei.

II. Inhaltliche Richtigkeit irrelevant

Das VG hat weiter ausgeführt, für die Frage, ob die Anordnung der sofortigen Vollziehung den formellen Anforderungen des § 80 III VwGO genüge, sei unbeachtlich, ob die hierfür von der Behörde gegebenen Begründungen durchgriffen. Hiergegen wendet sich der Ast. nicht. Damit kommt es auf seine Darlegungen nicht an, dass - aus seiner Sicht - die vom Ag. vorgebrachten Argumente ungeeignet seien, ein öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung zu begründen. [...]

Standort: § 40 VwGO

Problem: Rechtsweg gegen ehrverletzende Äußerung

OVG KOBLENZ, BESCHLUSS VOM 25.02.2008
2 F 10194/08 (NVwZ-RR 2008, 722)

Problemdarstellung:

Der Beklagte war Bürgermeister der Gemeinde H und als solcher zugleich Aufsichtsratsvorsitzender der örtlichen Stadtwerke AG. In dieser Eigenschaft äußerte er sich ehrverletzend über den Kläger. Die Frage war, vor welchem Gericht letzterer seinen Anspruch auf Widerruf einklagen muss.

Zur Rechtswegbestimmung einschlägig ist die Generalklausel des § 40 I 1 VwGO, der eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit zur Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs verlangt. Zur Frage, wann eine Streitigkeit öffentlich-rechtlich ist, werden mehrere Theorien vertreten, die sich allesamt ergänzen. Für ehrverletzende Äußerungen wird regelmäßig auf den Sachzusammenhang abgestellt, in dem die Äußerung steht.

Das VG hielt deshalb den ordentlichen Rechtsweg für einschlägig. Der Beklagte habe sich als Aufsichtsratsvorsitzender der Stadtwerke AG, also als Privatperson geäußert. Dem trat das OVG nun entgegen: Der Beklagte habe als Bürgermeister der Gemeinde in seiner amtlichen Funktion im Aufsichtsrat gesessen und sich

auch als solcher geäußert. Wegen des Sachzusammenhangs mit dieser Stellung sei der Verwaltungsrechtsweg gegeben.

Prüfungsrelevanz:

Staatliche Äußerungen kommen immer wieder in Examensaufgaben vor. Neben der hier einschlägigen Ehrverletzung geht es häufig um Warnungen (vor Glykolwein, Jugendsekten usw.), die Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche nach sich ziehen können. Der Verwaltungsrechtsweg kann in diesen Fällen stets nach dem Sachzusammenhang geprüft werden: Äußert sich der staatliche Hoheitsträger in seiner öffentlich-rechtlichen Funktion oder der Privatmann? Gegebenenfalls ist ein Schwerpunkt zu bilden, wobei die gesamte Aussagesituation mit einzubeziehen ist. Beispielsweise wird mehr für eine staatliche Äußerung sprechen, wenn sich ein Amtswalter zu Angelegenheiten seines Aufgabenbereichs äußert, als wenn es sich um ein Thema handelt, für das der Betreffende gar nicht zuständig ist. Auch der Ort der Aussage kann eine Rolle spielen. Beispielsweise wird im Deutschen Bundestag eher der Abgeordnete sprechen, auf einer Grillfeier hingegen eher der Privatmann.

Vertiefungshinweise:

- Folgenbeseitigungsanspruch nach ehrverletzenden Meinungsäußerungen: *Faber*, NVwZ 2003, 159
- Verwaltungsrechtsweg im Vergaberecht: *BVerwG*, RA 2007, 420 = NWVBl 2007, 300
- Verwaltungsrechtsweg gegen Glockengeläut: *VG Arnsberg*, RA 2007, 623
- Verwaltungsrechtsweg bei Maßnahmen eines Verwaltungshelfers: *OVG Münster*, RA 2006, 447 = NWVBl 2006, 295 gegen *VG Düsseldorf*, RA 2006, 449 = NWVBl 2006, 305

Kursprogramm:

- Examenskurs* : "Versetzung einer Straßenlaterne"

Leitsatz:

Für die Klage eines Aufsichtsratsmitgliedes auf Widerruf einer Äußerung des Aufsichtsratsvorsitzenden eines gemeindlichen Unternehmens in Privatrechtsform ist der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet, wenn beide ihr Aufsichtsratsmandat auf Grund ihrer kommunalrechtlichen Ämter als Gemeinderatsmitglied bzw. Bürgermeister wahrnehmen.

Sachverhalt:

Der Kläger begehrt von dem Beklagten, dem Bürgermeister der Gemeinde H, den Widerruf ehrverletzender Äußerungen, welche dieser in seiner Eigenschaft als Aufsichtsratsvorsitzender der Gemeindewerke H. AG getätigt hat.

Das VG hatte den Rechtsstreit an die ordentliche Gerichtsbarkeit verwiesen. Die hiergegen gerichtete Beschwerde des Kl. hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Beschwerde des Kl. hat Erfolg, da es sich bei dem gegen den Bekl. geltend gemachten Widerrufsanspruch um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit i.S. des § 40 I 1 VwGO handelt. Deshalb ist die im angefochtenen Beschluss ausgesprochene Verweisung des Rechtsstreits an das LG Frankenthal aufzuheben.

A. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit

Ob eine Streitigkeit öffentlich-rechtlich oder bürger-

lich-rechtlich ist, richtet sich nach der Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der geltend gemachte Anspruch hergeleitet wird. Dabei kann eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit auch auf einem Gleichordnungsverhältnis beruhen. Dies ist dann der Fall, wenn die das Rechtsverhältnis beherrschenden Rechtsnormen nicht für jedermann gelten, sondern Sonderrecht des Staates oder sonstiger Träger öffentlicher Aufgaben sind (vgl. *BVerwG*, NVwZ 2007, 820).

B. Sachzusammenhang mit der wahrgenommenen Aufgabe

Zwar hat der Bekl. in seiner Eigenschaft als Aufsichtsratsvorsitzender der Gemeindewerke H. dem Kl. als Aufsichtsratsmitglied eine Verletzung der gem. § 116 S. 2 AktG i.V. mit § 52 GmbHG bestehenden Verschwiegenheitspflicht vorgeworfen. Jedoch ergibt sich diese Verpflichtung aus einem Rechtsverhältnis, das durch § 87 I RhPfGO und somit öffentlich-rechtlich geprägt ist. Danach kann die Gemeinde wirtschaftliche Unternehmen sowie Einrichtungen i.S. des § 85 III 1 RhPfGO als Unternehmen in einer Rechtsform des privaten Rechts führen oder sich daran beteiligen, wenn der öffentliche Zweck diese Rechtsform rechtfertigt (Nr. 1), durch die Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages oder der Satzung sichergestellt ist, dass das Unternehmen den öffentlichen Rechtszweck erfüllt (Nr. 2) und die Gemeinde einen ihrer Beteiligung angemessenen Einfluss, insbesondere im Aufsichtsrat oder in einem entsprechenden Überwachungsorgan des Unternehmens, erhält und dieser durch die Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages oder der Satzung oder in anderer Weise gesichert wird (Nr. 3). Entsprechend diesen gesetzlichen Anforderungen sind sowohl der Bekl. als auch der Kl. allein kraft ihrer kommunalrechtlichen Ämter als Bürgermeister bzw. Gemeinderatsmitglieder Mitglieder des Aufsichtsrates der Gemeindewerke H. Darüber hinaus haben sie bei der Ausübung ihres Aufsichtsratsmandates stets den öffentlichen Zweck des Unternehmens zu beachten.

Deshalb nehmen die Bet. bei ihrer Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglieder zugleich ihre kommunalrechtlichen Ämter wahr. Die sich hieraus ergebenden Rechte und Pflichten sind demnach öffentlich-rechtlicher Natur.

*Zivilrecht***Standort: BGB AT****Problem: Vertretungsmacht kraft Rechtschein**

BGH, URTEIL VOM 27.05.2008
XI ZR 149/08 (NJW 2008, 3355)

Problemdarstellung:

Die Kl. nehmen die Bekl. u.a. auf Rückzahlung von Zins- und Tilgungsleistungen und auf Erstattung vorgerichtlicher Rechtsverfolgungskosten Zug-um-Zug gegen Übertragung eines Gesellschaftsanteils in Anspruch. Die Bekl. begehrt widerklagend die Zahlung der Darlehensrestforderung nebst Zinsen.

Die Kl. erteilten einer Geschäftsbesorgerin, einer Steuerberatungsgesellschaft, eine umfassende notariell beglaubigte Vollmacht. Die insoweit Bevollmächtigte verfügte jedoch über keine Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz (RBerG). Die Geschäftsbesorgerin schloss mit der Bekl. namens der Kl. einen Darlehensvertrag, wobei bei Vertragsschluss die Vollmachtsurkunde nicht vorgelegt wurde. Erst bei der durch die Geschäftsbesorgerin ausgeübten Weisung zur Auszahlung des Darlehens kam es zu deren Vorlage.

Das Landgericht hat die Bekl. zur Zahlung von 100.555,30 € nebst Zinsen Zug-um-Zug gegen Übertragung des Gesellschaftsanteils, diese wiederum Zug-um-Zug gegen Zahlung von 38.754,08 € verurteilt und festgestellt, dass der Bekl. aus dem Darlehensvertrag kein Anspruch gegen die Kl. mehr zusteht. Die Klage im Übrigen und die Widerklage hat es abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen, die Kl. zur Zahlung von 17.417,18 € nebst Zinsen verurteilt und die Anschlussberufung, mit der die Kl. ihre abgewiesenen erstinstanzlichen Anträge weiterverfolgt haben, zurückgewiesen. Mit der - vom Berufungsgericht zugelassenen - Revision verfolgen die Kl. ihr Klagebegehren weiter. Die Revision hatte teilweise Erfolg.

Prüfungsrelevanz:

Die vorliegende Entscheidung befasst sich mit einem sehr aktuellen Problem, der Rückzahlung von Zins- und Tilgungsleistungen in Ansehung von - vermeintlich - unwirksamen Darlehensverträgen im Zusammenhang mit Beteiligungen an Fondsgesellschaften. Der Schwerpunkt der Entscheidung des BGH lag bei der Frage, welche Anforderungen an die wirksame Stellvertretung der Darlehensnehmer gem. § 164 I BGB zu stellen sind. Dabei blieb der erkennende Senat

seiner bisherigen Linie treu, präziserte die Anforderungen jedoch. Hier trat die Geschäftsbesorgerin als Vertreterin der Kl. auf.

Die Kl. hatten der Geschäftsbesorgerin, einer Steuerberatungsgesellschaft, eine umfassende notariell beglaubigte Innenvollmacht gem. § 167 I 1. Fall BGB erteilt. Insoweit hatte das Berufungsgericht befunden, dass wegen der wirksamen Stellvertretung gem. § 164 I BGB ein wirksamer Darlehensvertrag zwischen den Kl. und der Bekl. zustande gekommen war und daher ein Anspruch der Kl. gem. § 812 I 1 1. Fall BGB nicht bestand. Dem folgte der erkennende Senat nicht. Unstreitig wurde die Vollmachtsurkunde durch die Vertreterin erst zum Zeitpunkt des Auszahlungsbegehrens vorgelegt, welches diese für die Kl. ausübte. Der erkennende Senat bekräftigte seine bisherige Auffassung dahingehend, dass für die Ausbildung eines entsprechenden Rechts Scheins i.S.v. §§ 171 I, 172 I BGB die Vollmacht spätestens bei Vertragsschluss vorzulegen ist (st.Rspr., vgl. Senat BGHZ 161, 15, 29 und Urteile vom 20.04.2004 - XI ZR 164/03, WM 2004, 1227, 1228, vom 20.04.2004 - XI ZR 171/03, WM 2004, 1230, 1232, vom 09.11.2004 - XI ZR 315/03, WM 2005, 72, 75 und vom 04.12.2007 - XI ZR 227/06, WM 2008, 244, 245 Tz. 16, für BGHZ vorgesehen; jeweils m.w.Nachw.). Der maßgebliche Zeitpunkt ist deshalb derjenige des Vertragsschlusses, weil gem. § 172 I BGB die Aushändigung und die Vorlage der Vollmachtsurkunde der besonderen Mitteilung der Vollmacht gleichstehen. Erst dann, wenn die Kundgabe der Vollmacht erfolgt ist, kann sich der Vertreter auf die Vollmacht berufen, § 171 I BGB. Also kann der Dritte sich erst dann auf die Rechtscheinhaftung des Vertretenen gem. §§ 172 I, 171 I BGB berufen, wenn ihm die Vollmachtserteilung durch die Vorlage der Vollmachtsurkunde bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses kundgemacht wird (MünchKommSchramm, § 171 Rn. 12; Palandt-Heinrichs, § 171 Rn. 2). Damit wurde hier die Urkunde zu spät vorgelegt. Ein Rechtsgrund aus dem Darlehensvertrag bestand daher mangels Genehmigung der Kl. gem. §§ 177 I, 184 I BGB nicht.

Kurz angeprüft wurde, ob in der Entgegennahme der Auszahlung des Darlehens eine Bestätigung des Rechtsgeschäfts gem. § 141 I BGB liegt. Die Bestätigung ist eine Willenserklärung, die unter anderem einen sog. Bestätigungswillen voraussetzt (Palandt-Heinrichs, § 141 Rn. 6). Dieser ist dann gegeben,

wenn die Parteien die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts kennen, mindestens jedoch Zweifel an der Rechtsbeständigkeit des Vertrages haben (BGH 11, 60; 129, 377). Hier wurden in tatsächlicher Hinsicht weder die Kenntnis noch Zweifel durch das Berufungsgericht festgestellt.

Damit hielt das Berufungsurteil in rechtlicher Hinsicht nicht stand. Gleichwohl war im Ergebnis das Berufungsurteil aus anderen Gründen weitestgehend richtig, § 561 ZPO. Ein Rechtsrund für das Behaltendürfen des ausgezahlten Nettokreditvertrages folgte aus der durch die Vertreterin ausgebrachten Auszahlungsanweisung. Diese müssen sich die Kl. zurechnen lassen. Die Vertreterin legte bei der Anweisung eine Ausfertigung der notariell beglaubigten Vollmachtsurkunde vor, so dass ein Rechtsschein analog §§ 171 - 173 BGB einer Bevollmächtigung entstand. Derjenige, der wissentliche einen Rechtsschein einer wirksamen Bevollmächtigung schafft, ist im Verhältnis zu Dritten an diese Kundgabe gebunden (BGH 102, 60 = NJW 1988, 697), wenn der Dritte auf den geschaffenen Rechtsschein vertraute. Die analoge Anwendung der Normen ergibt sich daraus, dass die erteilte Vollmacht gem. § 167 I 1. Fall BGB nichtig war, weil sie gegen Art. 1 § 1 RBERG verstieß. Nach st. Rspr. des BGH bedarf derjenige, der ausschließlich oder hauptsächlich die rechtliche Abwicklung eines kreditfinanzierten Fondsbeitritts im Rahmen eines Steuersparmodells für den Erwerber besorgt, der Erlaubnis nach Art. 1 § 1 RBERG. Ein ohne diese Erlaubnis abgeschlossener Geschäftsbesorgungsvertrag und eine umfassende Vollmacht zum Abschluss aller mit dem Erwerb oder der Finanzierung des Fondsanteils zusammenhängenden Verträge sind nichtig (st. Rspr.; vgl. BGHZ 145, 265, 269 ff.; 159, 294, 299; 167, 223, 227; Senatsurteile vom 25.04.2006 - XI ZR 219/04, WM 2006, 1060, 1061, vom 17.10.2006 - XI ZR 185/05, WM 2007, 110, 112 Tz. 21 und vom 05.12.2006 - XI ZR 341/05, WM 2007, 440, 441 Tz. 14, m.w.Nachw.). Daher kommt es für die Zurechenbarkeit der Zahlungsanweisung entscheidend auf die Vorlage der Vollmachtsurkunde im Zeitpunkt der Ausführung der Zahlungsanweisung durch Überweisung auf das Konto der Fondsgesellschaft und nicht auf den Zeitpunkt der Erteilung der Zahlungsanweisung an. Für die Schutzwürdigkeit der Bekl. macht es keinen Unterschied, ob ihr die Vollmachtsurkunde bereits bei Erteilung der Zahlungsanweisung oder erst bei deren Ausführung vorlag.

Vertiefungshinweise:

☐ Zur Stellvertretung: *AG Kerpen*, RA 2007, 311 = NJW-RR 2007, 565 (Identitätstäuschung bei Online-Auktionen); *Becker/Schäfer*, JA 2006, 597; *OLG Köln*, NJW 2006, 1676 (Identitätstäuschung); *BGH*, NJW 2006, 701 (Namenstäuschung); *Pfeifer*, JuS 2004, 694;

Drexl/Mentzel, Jura 2002, 289 ff.; 375 ff.; *BGH*, NJW 2002, 2325 (Rechtsscheinhaftung gem. §§ 171, 172 BGB); *Löhnig*, JA 2002, 913; *Waas*, Jura 2000, 292; *Monhemius*, JA 1998, 378; *BGH*, NJW 1995, 43 (Handeln für den Betriebsinhaber)

☐ Zu Verbotsgesetzen: *BGH*, RA 2008, 324 (Spielvertrag); *BGH*, RA 2007, 215 (Abtretung); *Beater*, AcP 197, 505; *BGH*, RA 2005, 735 = NJW 2006, 45 (Schenkkreis); *BGH*, RA 2005, 339 = NJW 2005, 1490 (Kauf eines Radarwarngerätes); *Taupitz*, JZ 1994, 221; *Otte*, JA 1985, 192

Kursprogramm:

☐ Examenskurs: "Stibitzki"

☐ Examenskurs: "Schwarzarbeit"

Leitsatz:

Schließt ein Vertreter, dessen Vollmacht nach Art. 1 § 1 I 1 RBERG in Verbindung mit § 134 BGB nichtig ist, einen Darlehensvertrag, setzt seine Vertretungsbefugnis gemäß §§ 171 f. BGB voraus, dass die Vollmachtsurkunde spätestens bei Abschluss des Vertrages, nicht erst bei Auszahlung des Darlehens vorliegt.

Sachverhalt:

[1] Die Kl. begehren die Rückabwicklung eines Darlehensvertrages, den sie mit der beklagten Bank zur Finanzierung einer Immobilienfondsbeteiligung geschlossen haben. Die Bekl. fordert mit der Widerklage die Rückzahlung des restlichen Darlehens.

[2] Die Kl., ein damals 42 Jahre alter Arzt und seine damals 36 Jahre alte, ebenfalls als Ärztin tätige Ehefrau, wurden 1992 von einem Vermittler - angeblich in ihrer Wohnung - geworben, sich zum Zweck der Vermögensbildung und Steuerersparnis an dem geschlossenen Immobilienfonds GbR G. zu beteiligen. Sie unterschrieben einen undatierten Zeichnungsschein, in dem sie sich verpflichteten, eine Beteiligung in Höhe von 235.000 DM zu übernehmen, und der A. Steuerberatungs GmbH (im Folgenden: Geschäftsbesorgerin) den Abschluss eines Treuhand- und Geschäftsbesorgungsvertrages anboten. Am 29.09.1992 erteilten sie der Geschäftsbesorgerin, die über eine Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz nicht verfügte, eine umfassende notariell beglaubigte Vollmacht.

[3] Die Geschäftsbesorgerin nahm das Angebot an und schloss namens der Kl. mit der Bekl. einen auf den 06.10.1992 datierten Vertrag über Darlehen in Höhe von 103.024 DM und 66.701 DM. Das Disagio betrug jeweils 10%. Die Darlehen hatten Laufzeiten von 13 Jahren und sollten bei Fälligkeit mit Hilfe von Lebensversicherungen über 60.393 DM und 41.501 DM getilgt werden. Als Sicherheiten dienten ein Teil der auf dem Fondsgrundstück lastenden Grundschuld sowie die Abtretung der Rechte aus den Lebensversicherun-

gen. Die Nettokreditbeträge über 91.691,60 DM und 59.363,90 DM wurden auf die vom 23.10.1992 datierende Anweisung der Geschäftsbesorgerin von der Beklagten im November 1992 mit Wertstellung zum 30.10.1992 auf einem Konto der Fondsgesellschaft valutiert.

[4] Am 02.06.1997 und am 22.06.2002 erklärten sich die Kl. persönlich mit der Weiterführung der Darlehen zu geänderten Konditionen einverstanden.

[5] Nachdem die Kl. von 2000 bis 2005 Zinsen in Höhe von insgesamt 27.726,35 € gezahlt hatten, erklärten sie am 04.01.2005 den Widerruf und den Rücktritt vom Darlehensvertrag. Die Beklagte kündigte die Darlehen wegen Zinsrückständen am 24.06.2005. Die Darlehen sind durch Auszahlung der Ablaufleistungen der Lebensversicherungen in Höhe von 72.828,95 € zum 01.08.2005 getilgt.

[6] Die Kl. nehmen die Bekl. auf Rückzahlung der Zins- und Tilgungsleistungen in Höhe von 100.555,30 € nebst Zinsen und auf Erstattung vorgerichtlicher Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 1.160,23 € Zug-um-Zug gegen Übertragung des Gesellschaftsanteils, diese wiederum Zug-um-Zug gegen Freistellung von allen Verpflichtungen der Kl. im Zusammenhang mit der Fondsbeteiligung und gegen Erstattung der an den Fonds geleisteten Nachschüsse in Höhe von 38.754,08 € sowie auf Feststellung, dass der Bekl. aus dem Darlehensvertrag kein Anspruch gegen die Kl. zustehe und dass die Bekl. mit der Annahme des Gesellschaftsanteils in Verzug sei, in Anspruch. Hilfsweise begehren sie die unbedingte Verurteilung der Bekl.. Die Bekl. begehrt widerklagend die Zahlung der Darlehensrestforderung in Höhe von 17.417,18 € nebst Zinsen.

[7] Das Landgericht hat die Bekl. zur Zahlung von 100.555,30 € nebst Zinsen Zug-um-Zug gegen Übertragung des Gesellschaftsanteils, diese wiederum Zug-um-Zug gegen Zahlung von 38.754,08 € verurteilt und festgestellt, dass der Bekl. aus dem Darlehensvertrag kein Anspruch gegen die Kl. mehr zusteht. Die Klage im Übrigen und die Widerklage hat es abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen, die Kl. zur Zahlung von 17.417,18 € nebst Zinsen verurteilt und die Anschlussberufung, mit der die Kl. ihre abgewiesenen erstinstanzlichen Anträge weiterverfolgt haben, zurückgewiesen. Mit der - vom Berufungsgericht zugelassenen - Revision verfolgen die Kl. ihr Klagebegehren weiter.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung und Begründung des Berufungsgerichts

[8] Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

[9] Die Klage sei abzuweisen, weil die Kl. sich nicht auf die Nichtigkeit der Vollmacht der Geschäftsbesorgerin berufen könnten. Aufgrund des Ergebnisses der

Beweisaufnahme stehe fest, dass der Bekl. die Ausfertigung der notariellen Vollmacht zwar nicht bei Abschluss des Darlehensvertrages am 06.10.1992, wohl aber vor der Auszahlung des Darlehens am 30.10.1992 vorgelegen habe. Dies sei nach dem Zweck der Rechtsscheinhaftung und den Gesamtumständen des Falles der maßgebliche Anknüpfungszeitpunkt bei der Anwendung der §§ 171, 172 BGB. Der Wortlaut des § 172 I BGB möge zwar dafür sprechen, dass die Urkunde entsprechend der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (NJW 2005, 664 = WM 2005, 127) spätestens bei Abschluss des Darlehensvertrages vorliegen müsse. Andererseits komme es aber für den Schutz einer vorleistungspflichtigen Partei kraft Rechtsscheins erst auf den Zeitpunkt an, in dem sie etwas aus der Hand geben müsse. Auch zum Schutz des Vertretenen müsse der maßgebliche Zeitpunkt nicht auf den Vertragsschluss festgelegt werden, weil die Haftung aus Rechtsschein für ihn mit der Hingabe der verkörperten Vollmacht beginne. Außerdem sei die Einbettung der Vollmacht in ein Gesamtkonzept zu bedenken. Die Kl. hätten sich schon im Zeichnungsschein zur Erteilung der Vollmacht verpflichtet. Die Abwicklung sei zwischen den Parteien und der Geschäftsbesorgerin abgesprochen gewesen. Ferner sei dem Wortlaut des § 179 BGB zu entnehmen, dass eine Vollmachtsurkunde nachgereicht werden könne, ohne dass dies ein Fall der Genehmigung sei. Eine Trennung zwischen Kausal- und Erfüllungsgeschäft hätte im Übrigen zur Folge, dass der Darlehensvertrag unwirksam wäre, die Kl. aber gleichwohl die Auszahlung gegen sich gelten lassen müssten und damit Konditionsschuldner wären. Jedenfalls seien die Darlehensauszahlung und -entgegennahme nach Vollmachtvorlage als Bestätigung gemäß § 141 BGB anzusehen.

[10] Der Zahlungsanspruch der Kl. sei auch nicht gemäß § 3 HWiG begründet. Die Geschäftsbesorgerin habe den Darlehensvertrag nicht in einer Haustürsituation geschlossen. Die Kl. hätten auch nicht behauptet, die notariell beglaubigte Vollmacht in ihrer Wohnung unterzeichnet zu haben.

[11] Schadensersatzansprüche, etwa wegen einer arglistigen Täuschung des Vermittlers, seien nicht substantiiert dargetan.

[12] Die Widerklage sei begründet. Die Bekl. habe den Darlehensvertrag wirksam gekündigt. Die Höhe der Darlehensrestschuld sei unstreitig.

[13] Die Anschlussberufung der Kl. sei unbegründet, weil ihnen kein Anspruch gegen die Bekl. zustehe.

II. Entscheidung des BGH in der Revision

[14] Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung im entscheidenden Punkt nicht stand.

1. Kein Schadensersatzanspruch wegen unzureichender Aufklärung

[15] Einen Schadensersatzanspruch wegen Auf-

klärungsverschuldens hat das Berufungsgericht allerdings rechtsfehlerfrei verneint. Die Revision macht ohne Erfolg geltend, der Vermittler habe die Kl. über die Fondsbeteiligung arglistig getäuscht. Substantiiertes Vorbringen der Kl. zu unrichtigen Angaben des Vermittlers fehlt. Sie werfen dem Vermittler lediglich allgemein vor, sie nicht ausreichend bzw. vollständig über alle Risiken der Fondsbeteiligung aufgeklärt zu haben. Dass der Vermittler insoweit vorsätzlich gehandelt hätte, wird nicht einmal ansatzweise dargelegt, geschweige denn unter Beweis gestellt.

2. Kein Anspruch aus § 3 HWiG

[16] Die Begründung, mit der das Berufungsgericht einen Anspruch gemäß § 3 HWiG verneint hat, ist rechtlich ebenfalls nicht zu beanstanden. Da der Darlehensvertrag durch die Geschäftsbesorgerin als Vertreterin der Kl. abgeschlossen wurde, kommt es darauf an, ob diese sich in einer Haustürsituation befand (Senat BGHZ 144, 223, 227 f.; 161, 15, 32). Dies war unstreitig nicht der Fall.

3. Kein Anspruch aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB

[17] Rechtsfehlerhaft ist hingegen die Auffassung des Berufungsgerichts, den Kl. stehe kein Anspruch gemäß § 812 I 1 Alt. 1 BGB zu, weil der Darlehensvertrag vom 06.10.1992 wirksam zustande gekommen sei.

a. Vorlage der Vollmachtsurkunde spätestens bei Abschluss des Darlehensvertrages, §§ 171 ff. BGB

[18] Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts reicht es, was den Darlehensvertrag angeht, für die Vertretungsbefugnis der Geschäftsbesorgerin gemäß § 171 I, § 172 BGB nicht aus, dass der Bekl. die notariell beglaubigte Vollmacht der Geschäftsbesorgerin vor der Auszahlung der Darlehen vorlag. Die Vollmacht muss spätestens bei Abschluss des Darlehensvertrages vorliegen (st.Rspr., vgl. Senat BGHZ 161, 15, 29 und Urteile WM 2004, 1227, 1228; WM 2004, 1230, 1232; WM 2005, 72, 75; WM 2008, 244, 245 Tz. 16, jeweils m.w.N.). Das Senatsurteil vom 27.09.2005 - XI ZR 116/04, Umdruck S. 11, besagt entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung nichts anderes, weil es nicht die Wirksamkeit des Darlehensvertrages, sondern die Wirksamkeit der Auszahlungsanweisung betrifft.

[19] Das Erfordernis der Vorlage spätestens bei Abschluss des Darlehensvertrages ergibt sich aus Wortlaut und Regelungszweck der §§ 171 f. BGB. Die Vorlage der Vollmachtsurkunde steht gemäß § 172 I BGB der besonderen Mitteilung einer Bevollmächtigung durch den Vollmachtgeber gleich. Erst wenn die Kundgabe der Bevollmächtigung durch diese Mitteilung erfolgt ist, ist der Bevollmächtigte gemäß § 171 I BGB zur Vertretung befugt. Der Adressat der Kundgabe kann sich auf die Rechtsscheinhaftung gemäß § 171 BGB nur berufen, wenn ihm bei Abschluss des Ver-

tretergeschäfts die Mitteilung schon kundgemacht war (RGZ 104, 358, 360; MünchKomm/Schramm, BGB 5. Aufl. § 171 Rdn. 12; Bamberger/Roth/Habermeier, BGB, § 171 Rdn. 5; Palandt/Heinrichs, BGB 67. Aufl. § 171 Rdn. 2). § 171 BGB greift hingegen nicht ein, wenn die Mitteilung erst nach Abschluss des Vertretergeschäfts erfolgt (Soergel/Leptien, BGB 13. Aufl. § 171 Rdn. 2; Bamberger/Roth/Habermeier, BGB § 171 Rdn. 5). Das Vertrauen des Rechtsverkehrs, zu dessen Schutz § 171 I BGB eine Rechtsscheinvollmacht begründet (Staudinger/Schilken, BGB Neubearb. 2004, § 171 Rdn. 2 m.w.Nachw.), kann sich erst auf die Mitteilung bzw. die Vorlage der Vollmachtsurkunde gründen. Da sich dieses Vertrauen auf die Vertretungsbefugnis bezieht, kommt es auf den Zeitpunkt an, in dem von der Vertretungsmacht Gebrauch gemacht wird, d.h. den des Vertretergeschäfts, nicht aber, wie das Berufungsgericht meint, auf den Zeitpunkt, in dem der Vertragspartner durch eine vermögenswirksame Disposition etwas aus der Hand gibt. Aus § 179 I BGB ergibt sich entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nichts anderes. Dass die dort geregelte Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht nur besteht, sofern der Vertreter nicht seine Vertretungsmacht nachweist, erlaubt keinen Rückschluss auf die Voraussetzungen der Vertretungsbefugnis gemäß §§ 171 f. BGB, insbesondere nicht auf den maßgeblichen Zeitpunkt der Vorlage der Vollmachtsurkunde.

b. Keine Bestätigung des Rechtsgeschäfts gem. § 141 I BGB durch Entgegennahme des Darlehens

[20] Die Darlehensauszahlung und -entgegennahme stellen entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht etwa eine Bestätigung des Darlehensvertrages im Sinne des § 141 I BGB dar. Eine Bestätigung setzt einen Bestätigungswillen und damit das Bewusstsein der Unwirksamkeit des früheren Geschäfts voraus. Ob bereits aufgekommene Zweifel an der Wirksamkeit ausreichen, bedarf keiner Entscheidung. Das Berufungsgericht hat weder ein Bewusstsein der Parteien von der Unwirksamkeit des Darlehensvertrages noch diesbezügliche Zweifel festgestellt.

III. Revisionszurückweisung gem. § 561 ZPO

[21] Das Berufungsurteil stellt sich aber aus anderen Gründen teilweise als richtig dar (§§ 561 ZPO).

1. Darlehensvertrag ist kein Rechtsgrund i.S.v. § 812 I 1 Alt. 1 BGB

[22] Der Darlehensvertrag kommt allerdings als Rechtsgrund der Zins- und Tilgungsleistungen nicht in Betracht.

a. Geschäftsbesorgerin handelte ohne Vollmacht i.S.v. § 167 I BGB

[23] Er ist nicht etwa deshalb wirksam, weil die Geschäftsbesorgerin ihn aufgrund einer wirksam erteilten

Vollmacht für die Kl. abgeschlossen hat.

aa. Notariell beglaubigte Vollmacht ist unwirksam wegen Art. 1 § 1 RBERG.

[24] Die notariell beglaubigte Vollmacht vom 29.09.1992 ist entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung unwirksam.

[25] Nach feststehender Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bedarf derjenige, der ausschließlich oder hauptsächlich die rechtliche Abwicklung eines kreditfinanzierten Fondsbeitritts im Rahmen eines Steuersparmodells für den Erwerber besorgt, der Erlaubnis nach Art. 1 § 1 RBERG. Ein ohne diese Erlaubnis abgeschlossener Geschäftsbesorgungsvertrag und eine umfassende Vollmacht zum Abschluss aller mit dem Erwerb oder der Finanzierung des Fondsanteils zusammenhängenden Verträge sind nichtig (st.Rspr.; vgl. BGHZ 145, 265, 269 ff.; 159, 294, 299; 167, 223, 227; Senatsurteile vom 25.04.2006 - XI ZR 219/04, WM 2006, 1060, 1061, vom 17.10.2006 - XI ZR 185/05, WM 2007, 110, 112 Tz. 21 und vom 05.12.2006 - XI ZR 341/05, WM 2007, 440, 441 Tz. 14, m.w.Nachw.).

[26] Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung hat die Vollmacht vom 29.09.1992 einen solchen umfassenden Charakter. Sie erstreckt sich auf die Erklärung des Beitritts zum Immobilienfonds, auf alle notariellen und grundbuchamtlichen Erklärungen, z.B. die Begründung von Grundpfandrechten, die Übernahme der persönlichen Haftung, die persönliche Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung in das gesamte Vermögen und die Abgabe von Sicherungszweckerklärungen, auf Rechtsgeschäfte im Zusammenhang mit der Instandsetzung und Bewirtschaftung des Gebäudes, auf alle Verträge zur Finanzierungsbeschaffung und -betreuung, auf die Abtretung von Ansprüchen gegen den Lebensversicherer und auf alle sonstigen erforderlichen oder zweckmäßigen Vereinbarungen.

[27] Die Revisionserwiderung macht ohne Erfolg geltend, ein Teil der erfassten Verträge habe von der GbR abgeschlossen werden sollen, insoweit habe die Vollmacht entsprechend der bis zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 27.09.1999 (BGHZ 142, 315 ff.) herrschenden Rechtsauffassung die persönliche Haftung der Kl. als Gesellschafter begründen sollen. Dies ändert nichts daran, dass die Kl. die Geschäftsbesorgerin umfassend bevollmächtigt haben, diese Rechtsgeschäfte in ihrem Namen vorzunehmen und sie persönlich zu verpflichten. Im Übrigen hätte die Vollmacht auch ohne diesen Teil umfassenden Charakter, weil sie sich auf den Fondsbeitritt, die Darlehensverträge, die Übernahme der persönlichen Haftung, die persönliche Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung, die Abgabe von Sicherungszweckerklärungen, die Abtretung der Ansprüche aus den Lebensversicherungen und auf sonstige erforderliche und zweckmäßige Vereinbarungen erstreckt.

bb. Keine Vollmacht aus dem Zeichnungsschein

[28] Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung ist dem von den Kl. unterschriebenen Zeichnungsschein keine Vollmacht zum Abschluss des Darlehensvertrages zu entnehmen.

[29] Der Zeichnungsschein enthält keine ausdrückliche Vollmacht, sondern nur die Verpflichtung, dem Treuhänder eine umfassende Vollmacht zu erteilen. Er verweist zwar auch auf das Angebot zum Abschluss eines Treuhand- und Geschäftsbesorgungsvertrages, der in § 2 Nrn. 1 und 2 eine Vollmacht enthält. Diese ist aber ebenso wie die notariell beglaubigte Vollmacht vom 29.09.1992 unwirksam, weil sie umfassend alle Rechtshandlungen und Rechtsgeschäfte im Zusammenhang mit dem Fondsbeitritt, der Finanzierung, der dinglichen Absicherung, der Beratung und Betreuung der Gesellschaft, dem Erwerb, der Instandsetzung und der Vermietung des Grundbesitzes und alle sonstigen zur Erreichung des Vertragszweckes notwendigen, nützlichen oder dienlichen Erklärungen betrifft.

[30] Dass der Zeichnungsschein auch den Gesellschaftsvertrag in Bezug nimmt, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Der Gesellschaftsvertrag enthält, anders als die Revisionserwiderung meint, keine Vollmacht zum Abschluss des Darlehensvertrages. Nach § 2 Nr. 5 I des Gesellschaftsvertrages wird das finanzierte Eigenkapital zwar aus der persönlichen Finanzierung der Gesellschafter nach Bedarf auf Anforderung der Geschäftsbesorgerin aufgenommen und als Einlage der Gesellschaft zur Verfügung gestellt. Dieser Klausel ist aber keine Bevollmächtigung der Geschäftsbesorgerin zu entnehmen, die Gesellschafter bei Abschluss der Darlehensverträge rechtsgeschäftlich zu vertreten.

b. Keine Vollmacht kraft Rechtsschein gem. §§ 171 I, 172 BGB

[31] Die Geschäftsbesorgerin war bei Abschluss des Darlehensvertrags auch nicht gemäß § 171 I, § 172 BGB zur Vertretung der Kl. befugt. Die nach Beweisaufnahme getroffene Feststellung des Berufungsgerichts, die notariell beglaubigte Vollmacht habe der Bkl. bei Abschluss des Darlehensvertrags nicht vorgelegen, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Die hiergegen gerichteten Verfahrensrügen der Revisionserwiderung hat der Senat geprüft, aber nicht für durchgreifend erachtet (§ 564 S.1 ZPO).

c. Kein Wirksamwerden des Darlehensvertrages durch Genehmigung gem. §§ 177 I, 184 I BGB

[32] Der Darlehensvertrag ist auch nicht durch die Vereinbarungen zur Konditionenanpassung, die die Kl. persönlich am 02.06.1997 und am 22.06.2002 unterschrieben haben, gemäß § 177 I, § 184 I BGB wirksam geworden.

[33] Die Anpassungsvereinbarungen enthalten entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung keine aus-

drückliche Genehmigung. Sie dienen nicht dem Zweck, dem im Jahre 1992 geschlossenen Darlehensvertrag rückwirkend zur Wirksamkeit zu verhelfen und bringen an keiner Stelle auch nur sinngemäß zum Ausdruck, dass dieser Vertrag genehmigt werden solle. Die von der Revisionserwiderung angeführte, in der Änderungsvereinbarung vom 22.06.2002 getroffene Bestimmung, dass die übrigen Bedingungen des alten Darlehensvertrages unverändert fortgelten, reicht hierfür nicht aus. Sie ist vielmehr Ausdruck der Vorstellung der Parteien, dass der Darlehensvertrag schon bisher gegolten hatte, zu einer Genehmigung also keine Veranlassung bestand.

[34] Auch eine konkludente Genehmigung liegt nicht vor. Eine solche setzt voraus, dass der Genehmigende die Unwirksamkeit kennt oder zumindest mit ihr rechnet (Senat, Urteile vom 27.09.2005 - XI ZR 79/04, BKR 2005, 501, 503 und vom 27.02.2007 - XI ZR 56/06, WM 2007, 731, 732 Tz. 17). Dies ist vom Berufungsgericht nicht festgestellt und von den Parteien nicht vorgetragen worden.

2. Ein Rechtsgrund bzgl. des Nettokredites folgt aus der Anweisung zur Auszahlung des Darlehens

[35] Die Zahlungen der Kl. sind aber in Höhe der Nettokreditbeträge von insgesamt 77.233,45 € mit Rechtsgrund erfolgt. In Höhe dieses Betrages stand der Bekl. aufgrund der Auszahlung der Darlehen auf ein Konto der Fondsgesellschaft ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gemäß § 812 I 1 Alt. 1 BGB gegen die Kl. zu. Die Kl. haben die Darlehensvaluta durch diese aufgrund der Anweisung der Geschäftsbesorgerin vom 23.10.1992 erfolgte Auszahlung erlangt. Die Anweisung ist ihnen zuzurechnen, weil der Bekl. nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts bei Ausführung der Anweisung eine Ausfertigung der notariell beglaubigten Vollmacht, die die Kl. der Geschäftsbesorgerin erteilt hatten, vorlag (vgl. Senat, Urteil vom 18.12.2007 - XI ZR 324/06, WM 2008, 967, 971 Tz. 41).

a. Vertretungsbefugnis analog §§ 171 - 173 BGB auch bei Unwirksamkeit der Vollmacht

[36] Die Vertretungsbefugnis der Geschäftsbesorgerin ergibt sich insoweit, ungeachtet der Unwirksamkeit der Vollmacht, aus der entsprechenden Anwendung der §§ 171 bis 173 BGB. Diese Vorschriften sind Anwendungsfälle des allgemeinen Rechtsgrundsatzes, dass derjenige, der durch besonderen Kundgebungsakt einem gutgläubigen Dritten gegenüber wissentlich den Rechtsschein einer Vollmacht setzt, im Verhältnis zu dem Dritten an diese Kundgabe gebunden ist (BGHZ 102, 60, 64). Die §§ 171 bis 173 BGB dienen dem Vertrauensschutz zugunsten Dritter, die vom Fehlen der Vertretungsmacht des ihnen gegenüber handelnden Bevollmächtigten keine Kenntnis hatten oder haben mussten (Staudinger/Schilken, BGB Neubearb. 2004 §

171 Rdn. 1 f.).

[37] Gemessen hieran kommt es für die Zurechenbarkeit der Zahlungsanweisung der Geschäftsbesorgerin entscheidend auf die Vorlage der Vollmachtsurkunde im Zeitpunkt der Ausführung der Zahlungsanweisung durch Überweisung auf das Konto der Fondsgesellschaft und nicht auf den Zeitpunkt der Erteilung der Zahlungsanweisung an. Für die Schutzwürdigkeit der Bekl. macht es keinen Unterschied, ob ihr die Vollmachtsurkunde bereits bei Erteilung der Zahlungsanweisung oder erst bei deren Ausführung vorlag. Da sie ihr Vertrauen auf den von den Kl. wissentlich gesetzten Rechtsschein einer Vollmacht erst durch die Ausführung der Zahlungsanweisung der Geschäftsbesorgerin betätigt hat, reicht es für die entsprechende Anwendung der §§ 171 bis 173 BGB aus, dass ihr die Vollmachtsurkunde in diesem Zeitpunkt vorlag.

b. Vorlage der Urkunde erfolgte rechtzeitig

[38] Dass der Bekl. die Vollmachtsurkunde vor der Auszahlung der Darlehensvaluta an die Fondsgesellschaft vorlag, hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei festgestellt. Die hiergegen gerichteten Verfahrensrügen der Revision hat der Senat geprüft, aber nicht für durchgreifend erachtet (§ 564 S.1 ZPO).

3. Kein Rechtsgrund für Zuwendungen oberhalb des Nettokredites

[39] Die über die Nettokreditbeträge hinausgehenden Zahlungen der Kl. in Höhe von insgesamt 23.321,85 € sind hingegen ohne Rechtsgrund erfolgt.

IV. Aufhebung des Urteils des Berufungsgerichts und Neubescheidung, §§ 562 I, 563 III ZPO

[40] Das angefochtene Urteil war daher aufzuheben (§ 562 I ZPO). Da weitere Feststellungen nicht zu treffen sind, hatte der Senat in der Sache selbst zu entscheiden (§ 563 III ZPO).

[41] Die Bekl. war gemäß § 812 I 1 Alt. 1 BGB zur Rückzahlung der über die Nettokreditbeträge hinausgehenden Leistungen der Kl. in Höhe von 23.321,85 € zu verurteilen. In Höhe der Nettokreditbeträge von insgesamt 77.233,45 € war die Klage hingegen abzuweisen. Dasselbe gilt für die Klage auf Erstattung der Kosten in Höhe von 1.160,23 €, die durch die vorgerichtliche Einschaltung eines Rechtsanwaltes angefallen sind. Ein Anspruch gemäß § 280 I und II, § 286 I 1 BGB besteht nicht, weil die Kl. die Bekl. nicht in Verzug gesetzt haben. Das Schreiben ihrer Prozessbevollmächtigten vom 26.08.2005 bezeichnet die geltend gemachten Ansprüche nicht hinreichend bestimmt. Die Bekl. hat die Erfüllung der Ansprüche auch nicht ernsthaft und endgültig verweigert. Die Beendigung der Vergleichsgespräche reicht dafür nicht aus.

[42] Unbegründet ist auch der unter Berufung auf die frühere Rechtsprechung des II. Zivilsenats (BGHZ

159, 294, 309 ff.) gestellte Antrag, die Bekl. Zug-um-Zug gegen Übertragung des Fondsanteils, diese wiederum Zug-um-Zug gegen Freistellung von allen Verpflichtungen der Kl. im Zusammenhang mit der Fondsbeteiligung und gegen Erstattung von Nachschüssen in Höhe von 38.754,08 €, die die Kl. aus Eigenmitteln geleistet haben, zu verurteilen. Der erkennende Senat hat diese Rechtsprechung, an der der II. Zivilsenat nicht festgehalten hat, aufgegeben (BGHZ 167, 223, 236 f. Tz. 37 ff.). Die Bekl. ist gemäß § 812 I 1 Alt. 1 BGB nicht verpflichtet, die Kl. von Verpflichtungen im Zusammenhang mit dem Fondsbeitritt freizustellen und ihre Nachschüsse zu ersetzen. Auf den Hilfsantrag war deshalb nur die unbedingte Verurteilung der Bekl. zur Zahlung von

23.321,85 € nebst Zinsen auszusprechen. Ebenso war der Antrag, den Verzug der Bekl. mit der Annahme der Fondsbeteiligung festzustellen, abzuweisen.

[43] Zulässig und begründet ist hingegen die Klage auf Feststellung, dass der Bekl. aus dem Darlehensvertrag kein Anspruch gegen die Kl. mehr zusteht. Das Feststellungsinteresse ist nicht durch die Widerklage entfallen, weil diese nur einen Teil der Ansprüche aus dem Darlehensvertrag erfasst.

[44] Die Widerklage war abzuweisen, weil der Darlehensvertrag unwirksam ist. Die Darlehensvaluta, die die Kl. aufgrund der ihnen zuzurechnenden Anweisung der Geschäftsbesorgerin erlangt haben, haben sie bereits zurückgezahlt.

Standort: Familienrecht/ZPO II

Problem: Zustimmung gem. § 1365 BGB

BGH, BESCHLUSS VOM 29.05.2008
V ZB 6/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Mit notarieller Erklärung räumte der E.R. der zwischenzeitlich verstorbenen Schuldnerin gegen Zahlung eines Betrages i.H.v. 120.000 DM ein Erbbaurecht an mehreren Grundstücken ein. Am selben Tag bestellte E.R. mit einer weiteren notariell beurkundeten Erklärung der Gläubigerin eine Grundschuld iH.v. 600.000 DM an den Grundstücken und den Erbbaurechten, wobei die Schuldnerin an der Bestellung als „... persönliche Schuldnerin“ beteiligt war. Wegen der Grundschuldbetrages und der Zinsen unterwarf sich der E.R. der sofortigen Zwangsvollstreckung in den belasteten Grundbesitz. Demnach sollte die Zwangsvollstreckung gegen den jeweiligen Grundeigentümer /Erbbauberechtigten zulässig sein. Die Schuldnerin und ihr Vater übernahmen als Gesamtschuldner die persönliche Haftung für „einen Geldbetrag in Höhe des Grundschuldbetrages“ und unterwarfen sich der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen.

Auf Antrag der Gläubigerin hat das Amtsgericht die Zwangsversteigerung des Erbbaurechts angeordnet. Die Erinnerung der Schuldnerin hat es zurückgewiesen, nachdem der Urkundsnotar die Erklärung über die Vollstreckungsunterwerfung in den Grundbesitz im Wege der Berichtigung um den Zusatz „sowie der zukünftige Erbbauberechtigte“ ergänzt hatte. Das Landgericht hat den Anordnungsbeschluss aufgehoben. Dagegen wendet sich die Gläubigerin mit ihrer von dem Landgericht zugelassenen Rechtsbeschwerde, deren Zurückweisung die Erben der Schuldnerin beantragen.

Prüfungsrelevanz:

Der erkennende Senat hatte sich mit zwei interessanten Problemen des Vollstreckungsrechts zu befassen. Zu-

nächst stellte sich die Frage, wie es sich auf das Vollstreckungsverfahren auswirkt, wenn der Vollstreckungsschuldner verstirbt. Gem. § 779 I ZPO wird Zwangsvollstreckung durch den Tod der Schuldnerin nicht unterbrochen, wenn sie zur Zeit des Todes der Schuldnerin bereits begonnen hatte. Die Zwangsvollstreckung wird gem. § 779 I ZPO in den Nachlass fortgesetzt, wobei diese Regelung auf alle Arten der Zwangsvollstreckung Anwendung findet (Zöller-Stöber, § 779 Rn 2). Daher gilt die Norm auch für das Zwangsversteigerungsverfahren, für welches gem. § 869 ZPO die Regelungen nach dem ZVG Anwendung finden. Die Zwangsvollstreckung beginnt mit dem ersten Zugriff auf das Schuldnervermögen (Musielak-Lackmann, § 779 Rn 2). Vorliegend war der Beschluss der Zwangsversteigerung bereits vor dem Ableben der Schuldnerin angeordnet worden, so dass die Zwangsvollstreckung bereits begonnen hatte und auch nach dem Ableben der Schuldnerin gem. § 779 I ZPO fortzusetzen war.

Fraglich war hier, ob die Unterwerfungserklärung der Schuldnerin unter die Zwangsvollstreckung in das Erbbaurecht gem. § 794 I Nr. 5 ZPO wirksam ist. Dies hatte das Beschwerdegericht abgelehnt. Dem trat der Senat entgegen. Problematisch war, ob nach der Unterwerfungsurkunde nur der Eigentümer des Grundstücks oder auch die Erbbauberechtigte der Unterwerfung unterfiel. Die Unterwerfungserklärung war also ausulegen. Der Prüfungsumfang des BGH in der Rechtsbeschwerde ist darauf beschränkt, ob der Tatrichter die gesetzlichen Auslegungsregeln, die anerkannten Auslegungsgrundsätze, die Denkgesetze und die Erfahrungssätze beachtet und die der Auslegung zugrunde liegenden Tatsachen ohne Verfahrensfehler festgestellt hat (st. Rspr., vgl. BGHZ 131, 136, 138; 135, 269, 273; 137, 69, 72; 150, 32, 37; BGH, NJW 2000, 2508, 2509). In der hier vorliegenden Entscheidung hatte das Beschwerdegericht bei der Auslegung weder den aus

der Urkunde hervorgehenden Zweck (vgl. BGH 109, 19, 22) noch die Interessenlage der Parteien beachtet (BGH, NJW 2003, 2235, 2236). Die umfassende Sicherung der Gläubigerin, die nach der Vorbemerkung in der Urkunde erzielt werden sollte, war nur dann zu erreichen, wenn die Erbbauberechtigte gesamtschuldnerisch mit dem Grundeigentümer haftet, da anderenfalls ein Vorrang des Erbbaurechts gem. § 10 I 1 Erbbaurechtsgesetz begründet würde. Daher war die Schuldnerin nicht nur persönlich Haftende, an dem Rechtsgeschäft beteiligt, sondern auch als künftige Erbbauberechtigte.

Zu prüfen war nunmehr, ob eine Unterwerfungserklärung dem Zustimmungserfordernis gem. § 1365 BGB unterliegt. Dies ist nach unstreitiger Ansicht nicht der Fall, weil eine Unterwerfungserklärung eine prozessuale Willenserklärung ist und eine Verfügung über das Vermögen im Ganzen oder Teile davon nicht enthält (Bamberger/Roth-Mayer, § 1365 Rn. 19; Erman-Gamillscheg, § 1365 Rn. 20; MünchKomm-Koch, § 1365 Rn. 50, Staudinger-Thiele, § 1365 Rn. 55). Dass die Vollstreckungsunterwerfung die Zwangsvollstreckung in ein Erbbaurecht auch eröffnet, wenn es das gesamte Vermögen des Ehegatten darstellt, ändert daran nichts. Das Zustimmungserfordernis des § 1365 BGB schützt den Ehegatten nicht umfassend und hindert den anderen Ehegatten insbesondere nicht an der Eingehung von Verbindlichkeiten, die ihn zwar nicht zu einer Verfügung über sein ganzes oder nahezu ganzes Vermögen verpflichten, die dessen Bestand aber gleichwohl nachhaltig gefährden und es einem Zugriff seiner Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung aussetzen (BGHZ 143, 356, 361, BGH, Beschl. v. 20.12.2005, VII ZB 50/05, NJW 2006, 849, 850; OLG Rostock, FamRZ 1995, 1583, 1584).

Vertiefungshinweise:

Zum Veräußerungsverbot nach § 1365 BGB: BGH, WM 2000, 1947; Leible, JA 2002, 742; BGH, NJW 1996, 1740; Dörr/Hansen, NJW 1997, 2918; BGH, NJW 1994, 1785; Finkenauer, JA 1994, 112

Kursprogramm:

- Examenskurs: "Familienleid"
 Assessorkurs: "Die Maklerprovision"

Leitsatz:

Eine Vollstreckungsunterwerfungserklärung unterliegt nicht dem Zustimmungserfordernis des § 1365 BGB.

Sachverhalt:

[1] Mit notarieller Erklärung vom 20.09.1999 räumte E. R. der während des Verfahrens verstorbenen Schuldnerin gegen Zahlung von 120.000 DM ein

(Gesamt-) Erbbaurecht an mehreren Grundstücken ein. Am selben Tag bestellte er, bezeichnet als „Eigentümer/Besteller“, mit einer weiteren notariell beurkundeten Erklärung der Gläubigerin an den Grundstücken und Erbbaurechten eine (Gesamt-) Grundschuld über 600.000 DM. Die Schuldnerin war an dieser Grundschuldbestellung als „zukünftige Erbbauberechtigte...und als persönlicher Schuldner“, ihr Vater ebenfalls „als persönlicher Schuldner“, beteiligt. Wegen des Grundschuldbetrages und der Zinsen unterwarf sich E. R. der Zwangsvollstreckung in den belasteten Grundbesitz in der Weise, dass die Vollstreckung „gegen den jeweiligen Eigentümer/Erbbauberechtigten“ zulässig sein sollte. Die Schuldnerin und ihr Vater übernahmen als Gesamtschuldner die persönliche Haftung für „einen Geldbetrag in Höhe des Grundschuldbetrages“ und unterwarfen sich der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen.

[2] Auf Antrag der Gläubigerin hat das Amtsgericht mit Beschluss vom 09.03.2006 die Zwangsversteigerung des Erbbaurechts angeordnet. Die Erinnerung der Schuldnerin hat es zurückgewiesen, nachdem der Urkundsnotar die Erklärung über die Vollstreckungsunterwerfung in den Grundbesitz im Wege der Berichtigung um den Zusatz „sowie der zukünftige Erbbauberechtigte“ ergänzt hatte. Das Landgericht hat den Anordnungsbeschluss aufgehoben. Dagegen wendet sich die Gläubigerin mit ihrer von dem Landgericht zugelassenen Rechtsbeschwerde, deren Zurückweisung die Erben der Schuldnerin beantragen.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung und Begründung des Beschwerdegerichts

[3] Das Beschwerdegericht meint, das Zwangsversteigerungsverfahren sei nicht durch den Tod der Schuldnerin unterbrochen worden. Es werde vielmehr entsprechend § 779 ZPO in den Nachlass fortgesetzt. Die Anordnung der Zwangsversteigerung sei aber aufzuheben, weil es an einer wirksamen Vollstreckungsunterwerfung fehle. Nach dem Wortlaut der Urkunde habe sich nur „der Besteller“ der Zwangsvollstreckung in den Grundbesitz unterworfen. Das sei nach der Bezeichnung der Beteiligten im Rubrum der Urkunde nur E. R., nicht aber auch die Schuldnerin. Zwar sei unstreitig, dass auch die Schuldnerin der Gläubigerin eine Grundschuld habe bestellen wollen. Daraus ergebe sich aber nicht mit der gebotenen Eindeutigkeit, dass diese sich auch der sofortigen Zwangsvollstreckung habe unterwerfen wollen. Daran ändere die vorgenommene Berichtigung der Urkunde nichts. Denn diese sei unzulässig.

II. Entscheidung des BGH in der Rechtsbeschwerde

[4] Diese Erwägungen halten einer rechtlichen Prüfung im Ergebnis nicht stand.

1. Keine Unterbrechung der Zwangsversteigerung wegen des Todes der Schuldnerin gem. § 779 I ZPO

[5] Zu Recht ist das Beschwerdegericht allerdings davon ausgegangen, dass das Zwangsversteigerungsverfahren durch den Tod der Schuldnerin nicht unterbrochen worden ist. Eine Zwangsvollstreckung, die zur Zeit des Todes des Schuldners bereits begonnen hat, wird nämlich nach § 779 I ZPO in dessen Nachlass fortgesetzt. Diese Regelung gilt für jede Zwangsvollstreckung (MünchKomm-ZPO/Schmidt, 3. Aufl., § 779 Rdn. 2; Zöller/Stöber, ZPO, 26. Aufl., § 779 Rdn. 2; Hintzen/Wolf, Zwangsvollstreckung, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, Rdn. 3.45) und damit nach § 869 ZPO auch für das Zwangsversteigerungsverfahren (Stöber, ZVG, 18. Aufl., § 15 Anm. 30.4; Zöller/Stöber, aaO, § 779 Rdn. 2). Die Voraussetzungen lagen vor, weil die Zwangsversteigerung durch den Beschluss des Amtsgerichts Hagen vom 09.03.2006 angeordnet worden war und damit vor dem Todesfall begonnen hatte. Die Erinnerung der früheren Schuldnerin gegen die Anordnung ändert daran nichts. Begonnen hat die Zwangsvollstreckung nämlich mit der ersten Vollstreckungshandlung (Musielak/Lackmann, ZPO, 6. Aufl., § 779 Rdn. 2).

2. Unterwerfungserklärung i.S.v. § 794 I Nr. 5 ZPO ist wirksam

[6] Zu Unrecht nimmt das Beschwerdegericht aber an, es fehle an einer wirksamen Unterwerfung der Schuldnerin unter die Zwangsvollstreckung in das Erbbaurecht.

a. Überprüfungsumfang der Auslegung des Beschwerdegerichts in der Rechtsbeschwerde

[7] Nach Ansicht des Beschwerdegerichts ist „der Besteller“, der sich in der Grundschuldbestellungs- und Unterwerfungsurkunde vom 20.09.1999 der Vollstreckung unter anderem in das Erbbaurecht unterworfen hat, nur der als solcher bezeichnete Eigentümer des Erbbaugrundstücks, nicht aber auch die Schuldnerin als Erbbauberechtigte. Eine solche Auslegung ist im Rechtsbeschwerdeverfahren zwar nur eingeschränkt überprüfbar, nämlich dahin, ob der Tatrichter die gesetzlichen Auslegungsregeln, die anerkannten Auslegungsgrundsätze, die Denkgesetze und die Erfahrungssätze beachtet und die der Auslegung zugrunde liegenden Tatsachen ohne Verfahrensfehler festgestellt hat (st. Rspr., vgl. BGHZ 131, 136, 138; 135, 269, 273; 137, 69, 72; 150, 32, 37; BGH, Urt. v. 29.03.2000, VIII ZR 297/98, NJW 2000, 2508, 2509). In diesem Rahmen ist sie aber zu beanstanden. Das Beschwerdegericht hat zwar erkannt, dass eine Unterwerfungserklärung, wenn auch in Grenzen, auslegungsfähig ist (Senat, Urt. v. 23.11.1979, V ZR 123/76, NJW 1980, 1050, 1051; Beschl. v. 14.04.2005, V ZB 4/05, DNotZ 2005, 845, 846; MünchKomm-ZPO/Wolfsteiner, 3. Aufl., § 794 Rdn. 182;

Zöller/Stöber aaO, § 794 Rdn. 29; Wolfsteiner, Die Vollstreckbare Urkunde, 2. Aufl., Rdn. 11.37). Es hat aber die anerkannte Auslegungsregel nicht beachtet, dass der Tatrichter bei der Auslegung jedenfalls den aus der Urkunde hervorgehenden Zweck (BGHZ 109, 19, 22), die daraus ersichtliche Interessenlage der Parteien (BGH, Urt. v. 13.03.2003, IX ZR 199/00, NJW 2003, 2235, 2236; Senat, Urt. v. 09.05.2003, V ZR 240/02, NJW-RR 2003, 1053, 1054) und ihre sprachlichen Gepflogenheiten zu berücksichtigen hat (Senat, Urt. v. 02.02.2007, V ZR 34/06, juris).

b. Überprüfung der Auslegung durch den BGH

[8] Der Zweck des Rechtsgeschäfts und die Interessenlage der Parteien ergeben sich aus der Vorbemerkung der Urkunde. Danach sollte der Gläubigerin eine Gesamtgrundschuld an dem Erbbaugrundstück und an dem Erbbaurecht bestellt werden, das der Eigentümer des Erbbaugrundstücks der Schuldnerin mit einer am selben Tage beurkundeten Erklärung bestellt hatte. Da das Erbbaurecht nach § 10 I 1 ErbbauRG an erster Rangstelle zu begründen war, konnte nur so eine ausreichende Absicherung der Gläubigerin erreicht werden. Diese Form der dinglichen Absicherung konnte nicht allein E. R. als Eigentümer des Erbbaugrundstücks herbeiführen. Sie setzte vielmehr eine Mitwirkung der Schuldnerin als künftiger Erbbauberechtigter voraus. Denn nur sie war formell- wie materiellrechtlich in der Lage, das im Entstehen begriffene Erbbaurecht in der nach der Vorbemerkung der Urkunde vorgesehenen Weise mitzubelasten. Dass die Schuldnerin nicht nur wegen der ebenfalls vorgesehenen Übernahme der persönlichen Haftung, sondern auch als künftige Erbbauberechtigte an dem Rechtsgeschäft beteiligt werden sollte, weist das Rubrum der Urkunde ausdrücklich aus.

c. Wortlaut der Erklärung steht dem nicht entgegen

[9] Allerdings wird, das ist dem Beschwerdegericht und der Rechtsbeschwerdeerwiderung zuzugeben, allein der Eigentümer des Erbbaugrundstücks E. R. als „Besteller“ bezeichnet. Diese Bezeichnung lässt auf den ersten Blick erwarten, dass im Text der Urkunde mit „Besteller“ allein E. R. angesprochen wird. Dem entspricht aber der weitere Text der Urkunde nicht. In deren - einem Formularmuster der Gläubigerin - folgenden Abschnitten I. bis IV. werden sämtliche Erklärungen ausschließlich von dem „Besteller“ abgegeben. Das gilt auch für sämtliche Erklärungen, die sich auf die Belastungen des Erbbaurechts und die Durchführung der Urkunde insoweit beziehen. Solche Erklärungen konnte E. R. nicht abgeben. Er sollte das nach der Urkunde auch nicht. Vielmehr sollten diese Erklärungen von der Schuldnerin in ihrer Eigenschaft als künftiger Erbbauberechtigter abgegeben werden. Nur so ließ sich der in der Vorbemerkung beschriebene Zweck erreichen. Das ist offensichtlich und wird

auch von dem Beschwerdegericht nicht in Zweifel gezogen.

d. Schuldnerin ist "Bestellerin" i.S. des Vertrages

[10] Die Beteiligten haben damit den nach Rubrum und Vorbemerkung, die dem Formular der Gläubiger als selbständig formulierter Text vorgeheftet sind, zu erwartenden Sprachgebrauch aufgegeben und sind in dem anschließenden Teil der Urkunde, der dem Formular der Gläubigerin entspricht, wieder in den Sprachgebrauch des Formulars zurückgefallen. Danach ist Besteller nicht allein E. R. als Eigentümer des Erbbaugrundstücks, sondern jeder, der eine Belastung bestellen soll. Das war hier auch die Schuldnerin. Denn sie sollte eine Grundschuld auf ihrem seinerzeit entstehenden Erbbaurecht einräumen. Dieser vom Rubrum abweichende Sprachgebrauch betrifft nicht nur die eigentliche Grundschuldbestellung, sondern sämtliche Erklärungen, die in diesem Zusammenhang abgegeben wurden. Der Sprachgebrauch des verwandten Formulars ist insoweit einheitlich und konsequent. Anhaltspunkte dafür, dass die Beteiligten ihm gerade in dem letzten Absatz des Abschnitts über die Bestellung der Grundschuld, der sich mit der dinglichen Vollstreckungsunterwerfung befasst, nicht folgen wollten, sind nicht ersichtlich. Die daran anschließenden Abschnitte der Urkunde erfassen im Gegenteil ebenso offensichtlich sowohl den Eigentümer des Grundstücks als auch die Schuldnerin. Das gilt entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerdeerwiderung auch für die Erklärung in Abschnitt II der Urkunde, die Grundschuld solle erst auf dem Erbbaugrundstück eingetragen werden. Auch dieser Abschnitt spricht inhaltlich nicht nur den Eigentümer des Grundstücks, sondern auch die Schuldnerin an. Er befasst sich nämlich mit der Frage, wie angesichts der vorgesehenen Gesamtgrundschuld an Erbbaugrundstück und Erbbaurecht verfahren werden soll, wenn die Eintragungsvoraussetzungen zu unterschiedlichen Zeitpunkten eintreten. Diese Frage konnten der Eigentümer und die Schuldnerin als künftige Erbbauberechtigte nur gemeinsam mit der Gläubigerin vereinbaren. Damit liegt eine wirksame Unterwerfung auch der Schuldnerin unter die Zwangsvollstreckung in das Erbbaurecht vor.

e. Berichtigung der Urkunde ist ohne Belang

[11] Auf die von dem Urkundsnotar vorgenommene Berichtigung der Urkunde und die Frage, ob sie zulässig war, kommt es nicht an.

3. Maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen der dinglichen Position

[12] Der Anordnung der Zwangsversteigerung steht, anders als die Rechtsbeschwerdeerwiderung meint, auch nicht entgegen, dass das zu belastende Erbbaurecht

seinerzeit mangels Eintragung in das Grundbuch, die am 20.05.2003 nachfolgte, noch nicht entstanden war. Für die Wirksamkeit einer dinglichen Unterwerfungserklärung reicht es nach unbestrittener Ansicht aus, wenn der sich Unterwerfende bei Eintragung des Grundpfandrechts Eigentümer des Grundstücks, bei der Belastung eines Erbbaurechts dessen Inhaber, ist (Senat, BGHZ 108, 372, 376; RGZ 132, 6, 8; BayObLG DNotZ 1987, 216; OLG Saarbrücken, NJW 1977, 1202, 1203; KG NJW-RR 1987, 1229; OLG Naumburg NotBZ 2001, 114; LG Erfurt NotBZ 2003, 478, 479; Musielak/Lackmann, aaO, § 800 Rdn. 4, 6; Zöller/Stöber, aaO, § 800 Rdn. 5; Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, aaO, Rdn. 28.37). So liegt es hier.

4. Verpfändung des Erbbaurechts ist nicht zustimmungsbedürftig gem. § 1365 BGB

[13] Unbegründet ist schließlich auch der Einwand der Schuldnerin, die Verpfändung des Erbbaurechts und die Vollstreckungsunterwerfung hätten als Verfügung über das Vermögen der Schuldnerin als Ganzes nach § 1365 BGB der Zustimmung ihres Ehemanns bedurft. Eine Vollstreckungsunterwerfungserklärung unterliegt nach unbestrittener Ansicht dem Zustimmungserfordernis des § 1365 BGB nicht, weil sie eine prozessuale Willenserklärung ist und eine Verfügung über das Vermögen im Ganzen oder Teile davon nicht enthält (LG Lübeck, SchlAnz 1959, 79; ebenso BayObLGE (NF) XIV (1914), 499, 503 für Gesamtgut; Bamberger/Roth/Mayer, BGB, 2. Aufl., § 1365 Rdn. 19 a. E.; Erman/Gamillscheg, BGB, 12. Aufl., § 1365 Rdn. 20; MünchKomm-BGB/Koch, 4. Aufl., § 1365 Rdn. 50; Staudinger/Thiele, BGB [2007], § 1365 Rdn. 55). Dass die Vollstreckungsunterwerfung die Zwangsvollstreckung in ein Erbbaurecht auch eröffnet, wenn es das gesamte Vermögen des Ehegatten darstellt, ändert daran nichts. Das Zustimmungserfordernis des § 1365 BGB schützt den Ehegatten nicht umfassend und hindert den anderen Ehegatten insbesondere nicht an der Eingehung von Verbindlichkeiten, die ihn zwar nicht zu einer Verfügung über sein ganzes oder nahezu ganzes Vermögen verpflichten, die dessen Bestand aber gleichwohl nachhaltig gefährden und es einem Zugriff seiner Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung aussetzen (BGHZ 143, 356, 361, BGH, Beschl. v. 20.12.2005, VII ZB 50/05, NJW 2006, 849, 850; OLG Rostock, FamRZ 1995, 1583, 1584).

III. Nebenentscheidungen

[14] Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91 I, 97 I ZPO, der im Streit um die Anordnung der Zwangsversteigerung anwendbar ist, weil sich die Beteiligten hier wie in einem kontradiktorischen Verfahren gegenüberstehen (Senat, BGHZ 170, 378, 381).

Standort: ZPO I**Problem: Materielle Rechtskraft**

BGH, URTEIL VOM 23.07.2008
XII ZR 158/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Kl. nimmt den Bekl. aus einem Schulbeitritt auf Zahlung rückständiger Miete und Nebenkosten in Anspruch. In einem Vorprozess hat die Kl. rückständige Miete und Nebenkosten aus abgetretenem Recht gegen die Mieterin und gegen Dr. Ba. geltend gemacht. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat das landgerichtliche Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Im vorliegenden Rechtsstreit macht die Kl. die Ansprüche gegen Dr. Ba. erneut - diesmal aus eigenem Recht - geltend. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Berufungsgericht hat das landgerichtliche Urteil aufgehoben und die Klage erneut abgewiesen. Dies erfolgte mit der Begründung, die Klage sei unzulässig. Über den Streitgegenstand des Rechtsstreits sei bereits rechtskräftig im Vorprozess entschieden worden. Die Rechtskraft des Vorprozesses stehe daher einer neuen Klage entgegen. Dagegen richtet sich die Revision der Kl., die der Senat zugelassen hat, mit Erfolg. Der erkennende Senat hob das Urteil auf und verwies die Sache zur erneuten Entscheidung an das Berufungsgericht zurück.

Prüfungsrelevanz:

Der erkennende Senat setzt sich in dieser Entscheidung mit der materiellen Rechtskraft gem. § 322 ZPO auseinander. Es stellte sich hier die Frage, ob einer auf eigenes Recht gestützten Klage die Rechtskraft eines Urteils zwischen denselben Parteien entgegensteht, in dem die allein auf abgetretenes Recht gestützte Klage abgewiesen worden ist. Dies verneint der erkennende Senat im Unterschied zur Vorinstanz. Diese hatte entschieden, dass die materielle Rechtskraft der Entscheidung des ersten Rechtsstreits (aus abgetretenem Recht) einer erneuten Klageerhebung (aus eigenem Recht) entgegenstehe.

Zum besseren Verständnis sind zunächst die Inhalte der formellen und der materiellen Rechtskraft darzulegen. Die formelle Rechtskraft gem. § 705 S.1 ZPO ist Voraussetzung für die materielle Rechtskraft gem. § 322 ZPO. Formelle Rechtskraft erlangt eine gerichtliche Entscheidung, wenn sie überhaupt nicht oder nicht mehr angefochten werden kann. Die materielle Rechtskraft demgegenüber hat zum Ziel, den Rechtsfrieden unter den Parteien zu wahren, in dem jeder Rechtsstreit bei Eintritt der Rechtskraft ein Ende findet, so dass die Entscheidung über den Streitgegenstand dann auch endgültig ist. Das Wesen der materiel-

len Rechtskraft besteht also darin, dass im Falle eines späteren Prozesses das Gericht und die Parteien an die rechtskräftige Entscheidung gebunden sind. Diese Bindung bedeutet, dass eine abweichende Entscheidung verboten und dass jede neue Verhandlung und Entscheidung über die rechtskräftig festgestellte Rechtsfolge ausgeschlossen ist (BGHZ 36, 365; NJW 1985, 2535, 2825). Dieses "ne bis in idem" ist die entscheidende Aussage der materiellen Rechtskraft (Schwab, JuS 1976, 69, 73) und bildete den Kern dieses Urteils.

Maßgeblich für den Umfang der materiellen Rechtskraft ist der Streitgegenstand. Streitgegenstand ist im Zivilprozess der prozessuale Anspruch. Die ZPO und die weiteren einschlägigen Gesetze enthalten keine Definition des Begriffs des Streitgegenstands, obwohl sie ihn wörtlich oder im übertragenen Sinne verwenden (vgl. §§ 2, 148 ZPO). Nach der h.M. ist der Begriff rein prozessual und bestimmt sich aus dem Klageantrag und dem Klagegrund (Creifelds, Rechtswörterbuch zum Streitgegenstand). Das bedeutet, dass der Streitgegenstand prozessual zweigliedrig ist. Hierbei ist zu beachten, dass für den Streitgegenstandsbegriff allein der vom Kl. erhobene prozessuale Anspruch, d.h. das sich aus dem Klageantrag und dem tatsächlichen Klagegrund zusammensetzende Klagebegehren maßgeblich ist (Zöller, § 253 Rn 12 ff.). Also sind der prozessuale Anspruch und die materielle Rechtslage streng voneinander zu trennen. Genau an dieser Stelle lag die Problematik dieser Entscheidung.

Die Kl. hatte im Vorprozess ausschließlich Ansprüche aus abgetretenem Recht, nicht solche aus eigenem Recht, geltend gemacht. Dies ergibt sich aus dem Tatbestand des oberlandesgerichtlichen Urteils in jenem Verfahren. Damit wurden Ansprüche aus eigenem Recht nicht rechtshängig gem. § 261 I, II ZPO. Bei der Frage, ob eine Klage auf eigene oder abgetretene Ansprüche gestützt wird, handelt es sich nicht um verschiedene rechtliche Begründungen desselben prozessualen Anspruchs, sondern um verschiedene Streitgegenstände (BGH, Urteile vom 04.05.2005 - VIII ZR 93/04 - NJW 2005, 2004 ff. m.w.N. und vom 17.10.1995 - VI ZR 246/94 - NJW 1996, 117, 118 f.). Daher wird mit der Entscheidung über Ansprüche aus abgetretenem Recht nicht zugleich über solche aus eigenem Recht entschieden. Folgerichtig konnte sich die Rechtskraft auch nicht auf diesen Streitgegenstand erstrecken.

Vertiefungshinweise:

□ Zum Streitgegenstandsbegriff: BGH, RA 2007, 446; BGH, RA 2004, 327 = NJW 2004, 1252; BGH, NJW 2001, 158; Lüke, JuS 2000, 1042; Musielak, NJW 2000, 3593; BGH, NJW 1992, 117

Kursprogramm:

Assessorkurs: "Die voreilige Auflassung"

Leitsatz:

Einer auf eigenes Recht gestützten Klage steht die Rechtskraft eines Urteils zwischen denselben Parteien nicht entgegen, in dem die allein auf abgetretenes Recht gestützte Klage abgewiesen worden ist (im Anschluss an BGH, Urteil vom 04.05.2005 - VIII ZR 93/04 - NJW 2005, 2004 ff.).

Tatbestand:

Die Kl. nimmt den Bekl. aus einem Schuldbeitritt auf Zahlung rückständiger Miete und Nebenkosten in Anspruch.

[1] Die B. Immobilien Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. Objektverwaltungs-KG - L. vermietete am 26.07.1995 an die Ba. Beratungs- und Betreuungsgesellschaft mbH Gewerberäume (im Folgenden: Gewerbmietvertrag I).

[2] § 18 des Vertrages lautet:

[3] "Herr Dr. R. Ba. ... tritt hiermit gesamtschuldnerisch zusammen mit dem Mieter in sämtliche durch dieses Mietverhältnis begründeten Zahlungspflichten persönlich, d.h. haftend mit seinem Privatvermögen, ein."

[4] In § 15 ist folgende Regelung enthalten:

"... 2. Der Vermieter ist ohne Zustimmung des Mieters und jederzeit berechtigt, seine Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag auf einen Dritten zu übertragen."

Am 27.03.1996 schlossen die Vermieterin und die L. Immobilien- und Baumanagementgesellschaft, deren Rechtsnachfolgerin die Kl. ist, einen Generalmietvertrag über Gewerbegrundstücke in mehreren Städten (im Folgenden: Generalmietvertrag II), zu denen auch das an die Ba. Beratungs- und Betreuungsgesellschaft vermietete Grundstück gehört.

[5] § 5 dieses Mietvertrages lautet:

[6] Die Parteien sind sich darüber einig, dass der Auftragnehmer auf Vermieterseite in die in Abs. 3 aufgeführten Mietverträge anstelle des Auftraggebers eintreten soll.

Es obliegt dem Auftragnehmer, die erforderliche Zustimmung der Mieter einzuholen. Der Auftraggeber erklärt durch Unterzeichnung dieses Vertrages bereits heute seine Zustimmung.

5.1 Der Eintritt des Auftragnehmers erfolgt jeweils unter der aufschiebenden Bedingung, dass die Mieter dem Eintritt des Auftragnehmers auf Vermieterseite zustimmen. Für diesen Fall schließen die Parteien hinsichtlich der Mietflächen, deren Mieter dem Eintritt des Auftragnehmers zugestimmt haben, schon jetzt den nachstehenden Generalmietvertrag (TEIL A).

5.2 Für die Mietobjekte, deren Mieter einem Eintritt des Auftragnehmers auf Vermieterseite nicht zustimmen oder noch nicht zugestimmt haben, schließen die

Parteien die in Teil B dieses Vertrages formulierte Mietgarantie- und Mietetrtrittsvereinbarung. Die vorbezeichnete Mietgarantie- und Mietetrtrittsvereinbarung endet mit dem Zeitpunkt der Zustimmung der Mieter zum Eintritt des Auftragnehmers in den jeweils bestehenden Mietvertrag auf Vermieterseite oder mit Beendigung des Mietverhältnisses zwischen Auftraggeber und Mieter. Für diesen Fall findet Abs. 5.1 Satz 2 Anwendung." In § 2 der Mietgarantie- und Mietetrtrittsvereinbarung (Teil B) heißt es:

[7] "1. Der Auftraggeber tritt sämtliche Mietzinsansprüche aus den in der Präambel Ziffer 3 genannten Mietverträgen an den Auftragnehmer ab.

2. Der Auftragnehmer nimmt die Abtretung an.

3. Der Auftraggeber verpflichtet sich, die Abtretung den in der Präambel Ziffer 3 aufgeführten Mietern anzuzeigen." In einem Vorprozess hat die Kl. rückständige Miete und Nebenkosten aus abgetretenem Recht gegen die Mieterin und gegen Dr. Ba. geltend gemacht. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat das landgerichtliche Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen.

[8] Im vorliegenden Rechtsstreit macht die Kl. die Ansprüche gegen Dr. Ba. erneut - diesmal aus eigenem Recht - geltend. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben.

[9] Das Berufungsgericht hat das landgerichtliche Urteil aufgehoben und die Klage erneut abgewiesen. Dagegen richtet sich die Revision der Kl., die der Senat zugelassen hat.

Entscheidungsgründe:

[10] Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

1. Entscheidung des Berufungsgerichts

[11] Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Die Klage sei unzulässig. Über den Streitgegenstand des Rechtsstreits sei bereits rechtskräftig im Vorprozess entschieden worden. Die Rechtskraft des Vorprozesses stehe einer neuen Klage entgegen.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts habe sich das Urteil des Oberlandesgerichts im Vorprozess sowohl mit einem Anspruch der Kl. aus abgetretenem Recht als auch aus Vertragsübernahme befasst und beide Varianten verneint. Die Kl. stütze sich im vorliegenden Verfahren nicht auf einen neuen Streitgegenstand, sondern auf tatsächliche und rechtliche Aspekte, die sie im Vorprozess nicht hinreichend dargetan habe. Das Oberlandesgericht habe im Vorprozess ausgeführt, Teil B des Generalmietvertrages II sehe zwar eine Abtretung vor, aber nur für Ansprüche aus solchen Verträgen, bei denen der Mieter einer Vertragsübernahme, wie in Teil A vorgesehen, nicht zugestimmt habe. Gleichzeitig sei es davon ausgegangen, dass ein Eintritt der Kl. in den Generalmietvertrag I unstreitig nicht

erfolgt sei, weil die Kl. vorgetragen habe, die Vermietstellung habe nach wie vor die B. Immobilien Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. Objektverwaltungs-KG - L. inne. Ein Anspruch aus Vertragsübernahme sei damit vom Gericht des Vorprozesses ausdrücklich geprüft worden.

[12] Der Eintritt der Rechtsvorgängerin in den Vertrag sei zwar - wenn man dem folge, was die Kl. jetzt vortrage - tatsächlich in Punkt 5.1 des Generalmietvertrages II bereits geregelt; die aufschiebende Bedingung einer Zustimmung der Mieterin sei vorab eingetreten.

[13] Der vorab genehmigte Vermieterwechsel sei lediglich im Außenverhältnis zur Mieterin nicht aufgedeckt. Insoweit habe das rechtskräftige Urteil des 4. Zivilsenats im Vorprozess auf der ausdrücklich dargelegten Einschätzung beruht, eine Vertragsübernahme habe nicht stattgefunden. Dies werde durch den Wortlaut "soll eintreten" in § 5 des Generalmietvertrages II gestützt. Mit dieser ambivalenten Formulierung könne sowohl ein sofortiger als auch ein künftiger Eintritt gemeint sein. Die nachfolgende Regelung in Punkt 5.1 des Generalmietvertrages II spreche zwar dafür, dass ein direkter Eintritt gemeint gewesen sei, lediglich aufschiebend bedingt durch die Zustimmung der jeweiligen Mieter. Dies habe die Kl. im Vorprozess nicht vertieft, sondern die Auffassung vertreten, ihr stehe jedenfalls aus abgetretenem Recht der Mietzins zu.

Dass die zweifellos mit der Klageforderung des Vorprozesses identische Mietzinsforderung damals nicht Streitgegenstand gewesen sei, treffe deshalb nicht zu. Eine Abtretungsforderung sei eine Forderung aus eigenem Recht im Gegensatz zu einer Prozessstandschaft oder einer Forderungsinhaberschaft aus einer Inkassozession. Die Kl. ziele mit ihrer Argumentation zum Streitgegenstand richtigerweise auf eine Unterscheidung zwischen originärem und abgeleitetem eigenem Recht, wie es in der Entscheidung des VIII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 04.05.2005 (VIII ZR 93/04) zum Ausdruck komme. Aus abgeleitetem im Gegensatz zu originärem eigenem Recht habe die Kl. in beiden Prozessen geklagt. Dies unterscheide den vorliegenden Fall von den Fällen, in denen eine Klage mangels Aktivlegitimation abgewiesen worden sei und der Kl. nach Abtretung durch den Berechtigten später zulässigerweise nochmals klage.

[14] Der gesamte Sachverhalt einschließlich des Übertragungsvorganges habe im Vorprozess zur Beurteilung des Gerichts gestanden. Es handele sich nach dem Vorbringen in diesem Rechtsstreit lediglich um eine komplette Vertragsübernahme durch die Kl. im Wege des Vermietersaustausches, nicht um eine Abtretung einzelner Forderungen, wie die Kl. im Vorprozess dargetan habe. Insofern unterscheide sich der vorliegende Sachverhalt auch von der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 04.05.2005 (VIII ZR 93/04), welche die Kl. für ihren Standpunkt heranziehe. Ob der marginale Unterschied zwischen Einzelabtretung und gene-

rellem Vertragseintritt geeignet sein könne, einen anders gelagerten Streitgegenstand zu begründen, könne offen bleiben, da der Vortrag der Parteien und die Entscheidung des Gerichts im Vorprozess sich mit beiden Fragen befasst habe und sich das Problem aus diesem Grund nicht stelle.

Im Vorprozess sei bereits in der Klageerwiderung vom Bekl. vorgetragen worden, die Kl. sei mangels Zustimmung der damaligen Bekl. nicht aus eigenem Recht legitimiert. Ebenso stehe der Kl. aus abgetretenem Recht keine Forderung zu. Die Kl. habe hierauf erwidert, die Zustimmung sei bereits gemäß § 15 Ziff. 2 des Generalmietvertrages I erteilt worden, jedenfalls stehe der Kl. gemäß 5.2 des Generalmietvertrages II der Anspruch kraft Abtretung zu. Das Landgericht habe im Vorprozess die Forderung aus abgetretenem Recht zugesprochen, wobei es nicht zwischen dem Eintritt in den Vertrag gemäß § 15 Ziff. 2 des Generalmietvertrages I, den es als vorab erteilte Zustimmung gewertet habe, und einer Abtretung nach Ziffer 5.2 des Generalmietvertrages II differenziert habe. Die Aktivlegitimation der Kl. sei sodann von den damaligen Bekl. in der Berufungsbegründung als hauptsächlicher Berufungsangriff über mehrere Seiten gerügt worden, und zwar so-wohl unter dem Aspekt der Vertragsübernahme nach § 15 Satz 2 des Generalmietvertrages I als auch der Abtretung nach § 2 Abs. 1 Teil B des Generalmietvertrages II. In der damaligen Berufungserwiderung habe die Kl. ausgeführt, völlig zu Recht habe das Landgericht auf § 15 Ziff. 2 des Generalmietvertrages I abgestellt, der eine Zustimmungserklärung enthalte. Eben diese Begründung werde nunmehr als Grund der Klage im vorliegenden Rechtsstreit herangezogen.

[15] Sodann werde ausgeführt, dass es der Zustimmung wegen der Abtretung der Mietzinsforderung in § 2 Teil B des Generalmietvertrages II nicht bedürfe. In der mündlichen Verhandlung vor dem Einzelrichter des 4. Zivilsenats sei laut Protokoll vom 17.07.2002 die Problematik der Abtretung erörtert worden, insbesondere die Fragen, ob die Abtretung die streitgegenständlichen Ansprüche und aufgrund des Schuldbeitritts den Bekl. erfasse. Im Urteil vom 04.06.2003 habe der 4. Zivilsenat ausgeführt, die Abtretung in Punkt 5.2 der Präambel zum Generalmietvertrag II gelte nur für Ansprüche aus solchen Mietobjekten, deren Mieter einem Eintritt des Auftragnehmers auf Vermieterseite nicht zugestimmt habe. Unstreitig habe jedoch der Mieter zugestimmt. Wörtlich heiße es im Urteil des Vorprozesses: "Weshalb gleichwohl, wie zwischen den Parteien unstrittig ist, ein Eintritt der Kl. in den Mietvertrag mit der Bekl. zu 1 (der im vorliegenden Rechtsstreit nicht beteiligten Mieterin) nicht erfolgt ist, ist nicht bekannt."

[16] Die Einschätzung des Landgerichts, das Oberlandesgericht habe die damalige Klage nur unter dem Gesichtspunkt der Abtretung, nicht aber der Vertrags-

übernahme geprüft, sei infolgedessen nicht zutreffend. Das Oberlandesgericht habe damals auch den Eintritt der Kl. in den Vertrag geprüft und - aufgrund des damaligen Vortrags der Kl., sie sei nicht Vermieterin - möglicherweise objektiv unzutreffend verneint. Dies könne vom Berufungsgericht des vorliegenden Rechtsstreits nicht mehr korrigiert werden, selbst wenn vor dem Urteil vom 04.06.2003 ein Hinweis nach § 139 ZPO geboten gewesen wäre. Die Klageforderung sei rechtskräftig abgewiesen.

2. Entscheidung des BGH in der Revision

[17] Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

[18] Zu Unrecht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, das Oberlandesgericht habe im Vorprozess auch über Ansprüche aus eigenem Recht der Klägerin rechtskräftig und damit auch für diesen Streitfall bindend entschieden.

a. Verschiedenheit der Streitgegenstände liegt vor

[19] Die Kl. wollte im Vorprozess ausschließlich Ansprüche aus abgetretenem Recht, nicht solche aus eigenem Recht, geltend machen. Dies ergibt sich aus dem Tatbestand des oberlandesgerichtlichen Urteils in jenem Verfahren (S. 3 Abs. 1, S. 6 Mitte). Damit wurden Ansprüche aus eigenem Recht nicht rechtshängig. Bei der Frage, ob eine Klage auf eigene oder abgetretene Ansprüche gestützt wird, handelt es sich nicht um verschiedene rechtliche Begründungen desselben prozessualen Anspruchs, sondern um verschiedene Streitgegenstände (BGH, NJW 2005, 2004 ff.; NJW 1996, 117, 118). Mit der Entscheidung über Ansprüche aus abgetretenem Recht wird deshalb nicht zugleich über solche aus eigenem Recht entschieden.

b. Keine Änderung des Streitgegenstandes durch die Kl. herbeigeführt

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts wurden Ansprüche aus eigenem Recht auch nicht deshalb anhängig, weil das Bestehen solcher Ansprüche im Rahmen der mündlichen Verhandlung erörtert wurde oder die Kl. schriftsätzlich dazu Stellung nahm. Soweit die Bekl. im Vorprozess behauptet hat, der Kl. stünden allenfalls Ansprüche aus eigenem Recht zu, und die Kl. sich damit auseinandergesetzt und begründet hat, warum ihr lediglich Ansprüche aus übertragenem Recht zustünden, sind die Ansprüche aus eigenem Recht nicht rechtshängig geworden. Das Berufungsgericht verkennt, dass ausschließlich der Kl. mit seinem Klagebegehren den Streitgegenstand bestimmt. Vorbringen des Bekl. oder Verteidigungsvorbringen des Kl. gegenüber Beklagtenvortrag verändert den vom Kl. mit seinem Antrag und seinem Klagevorbringen festgelegten Streitgegenstand nicht (Thomas/Putzo/Reichold ZPO 28. Aufl. Einl. II Rdn. 14;

Zöller/Vollkommer, ZPO 26. Aufl. Einl. Rdn. 65).

c. Keine Erstreckung der Rechtskraft auf präjudizielle Rechtsverhältnisse

[20] Ohne Erfolg beruft sich die Revisionserwiderung darauf, Ansprüche aus abgetretenem Recht und aus eigenem Recht schlossen sich im Streitfall aufgrund der Vertragsgestaltung aus. Ansprüche aus abgetretenem Recht bestünden nur, wenn Ansprüche aus eigenem Recht nicht gegeben seien. Das Oberlandesgericht habe deshalb aus logischen Gründen die Frage prüfen müssen, ob Ansprüche aus eigenem Recht bestehen.

[21] Diese Überlegungen sind zwar im Ansatz zutreffend. Das Berufungsgericht konnte Ansprüche aus abgetretenem Recht nur zusprechen, wenn es - gleichzeitig - Ansprüche aus eigenem Recht verneinte. Die Revisionserwiderung verkennt aber, dass es sich insoweit lediglich um eine Vorfrage handelte, über die nicht mit Rechtskraft entschieden wurde. Das Gericht des Zweitprozesses ist nicht gebunden, wenn nicht der Streitgegenstand, sondern eine Vorfrage des Erstprozesses im Zweitprozess präjudiziell ist, beiden Prozessen somit lediglich eine gemeinsame Vorfrage zugrunde liegt. Eine materielle Rechtskraft tritt insoweit nicht ein, weil sie sich auf präjudizielle Rechtsverhältnisse und bestehende Sinn- und Ausgleichszusammenhänge nicht erstreckt (BGH, NJW 2003, 3058, 3059; Zöller/Vollkommer aaO vor § 322 Rdn. 28).

d. Keine "überschießende" Entscheidung

[22] Der Revisionserwiderung kann auch nicht darin gefolgt werden, das Oberlandesgericht habe im Vorprozess auf jeden Fall über Ansprüche aus eigenem Recht entscheiden wollen, unabhängig davon, ob die Kl. sie geltend gemacht habe. Aus den Entscheidungsgründen des Urteils im Vorprozess ergibt sich eindeutig, dass das Oberlandesgericht eine solche - überschießende - Entscheidung nicht treffen wollte.

[23] Das Oberlandesgericht hat dort ausgeführt, zwischen den Parteien sei unstrittig, dass die Bekl. zu 1 des Vorprozesses (Ba. Beratungs- und Betreuungsgesellschaft mbH) in § 15 Nr. 2 des Generalmietvertrages der Übertragung der Rechte und Pflichten auf einen Dritten bereits zugestimmt habe. Es hat dann sein Unverständnis darüber zum Ausdruck gebracht, dass die Kl. gleichwohl daran festhalte, nicht in den Mietvertrag eingetreten zu sein und deshalb weiterhin nicht Ansprüche aus eigenem, sondern lediglich aus abgeleitetem Recht geltend mache. Eine Entscheidung über von der Kl. nicht geltend gemachte Ansprüche aus eigenem Recht hat das Oberlandesgericht damit nicht treffen wollen.

3. Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung

[24] Das angefochtene Urteil war danach aufzuheben und die Sache an das OLG zurückzuverweisen.

Strafrecht**Standort: § 242 StGB****Problem: Vollendungszeitpunkt der Wegnahme**

BGH, URTEIL VOM 26.06.2008
3 STR 182/08 (NSTZ 2008, 624)

Problemdarstellung:

Nach einem Streit, in dessen Rahmen er dem Opfer ein kleines Messer an den Bauch gehalten hatte, ergriff der Angeklagte im Laden des Opfers unter dessen Augen einen Laptop und trug ihn aus dem Laden. Das Opfer lief dem Angeklagten hinterher und es kam zu einer Rangelei um den Laptop, in deren Rahmen der Angeklagte dem Opfer einen Kopfstoß versetzte. Dann verlor der Angeklagte das Interesse an dem Laptop und ging ohne diesen fort.

Das Landgericht Osnabrück hatte den Angeklagten aufgrund dieses Verhaltens wegen Bedrohung, § 241 StGB, und Körperverletzung, § 223 StGB, verurteilt. Eine Strafbarkeit wegen Diebstahls, § 242 StGB, oder räuberischen Diebstahls, § 252 StGB, hatte es abgelehnt, da die Wegnahme des Laptops noch nicht vollendet sei. Von einem Versuch des Diebstahls oder Raubes, § 249 I StGB, sei der Angeklagte zurückgetreten. Der BGH hob auf die Revision der Staatsanwaltschaft hin dieses Urteil auf, da die Wegnahme des Laptops sehr wohl vollendet und somit auch eine Strafbarkeit des Angeklagten wegen eines Wegnahmedeliktens denkbar sei.

Prüfungsrelevanz:

Vermögensdelikte - und hier insbesondere die Delikte, die eine Wegnahme voraussetzen wie §§ 242, 249, 252 StGB - sind ständig Gegenstand von Examensaufgaben. Vom Kandidaten werden hier auch Detailkenntnisse und die sorgfältige Prüfung kniffliger Einzelfälle verlangt. Die vorliegende Entscheidung ist insofern ein nahezu klassischer Fall, sodass sie eine hohe Examensrelevanz aufweisen dürfte.

Tathandlung des Diebstahls (und auch des Raubes) ist die Wegnahme. Eine solche setzt den Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendig tätereigenen, Gewahrsams voraus (Fischer, § 242 Rn 10; Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn 22). Eine Vollendung der Wegnahme (und somit des Diebstahls oder Raubes) hängt also insbesondere davon ab, ob der Täter bereits neuen Gewahrsam begründet hat. Dies ist dann der Fall, wenn er die Sachherrschaft derart erlangt hat, dass er sie ohne Behinderung durch den früheren Gewahrsamsinhaber ausüben und dieser seiner-

seits nicht mehr ohne Beseitigung der Sachherrschaft des Täters über die Sache verfügen kann (BayObLG, NJW 1996, 3000; OLG Köln, StV 1989, 156; Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn 38).

Befindet sich der Täter in einer fremden Herrschaftsbereich wie einem Ladengeschäft (einer sog. "Gewahrsamssphäre"), so hängt der Zeitpunkt der Vollendung der Wegnahme insbesondere von der Größe des Tatobjekts ab. Bei kleinen Sachen wie Münzen oder Ringen kann hier das bloße Ergreifen der Sache zur Begründung neuen Gewahrsams (in Form einer sog. "Gewahrsamsenkave") und somit zur Vollendung des Diebstahls ausreichen (BGHSt 23, 253; Rengier, BT I, § 2 Rn 25). Bei größeren Gegenständen wie Büchern oder CDs muss der Täter diese in seine Kleidung oder ein mitgebrachtes Behältnis verbringen, um neuen Gewahrsam zu begründen (BGHSt 16, 271; Fischer, § 242 Rn 18; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn 113). Bei noch größeren Gegenständen wie Kühlschränken oder Fernsehgeräten ist die Bildung einer Gewahrsamsenkave grds. gar nicht möglich. In allen Fällen ist jedoch davon auszugehen, dass neuer Gewahrsam spätestens dann begründet wird, wenn der Täter die fremde Gewahrsamssphäre verlässt (OLG Karlsruhe, NSTZ-RR 2005, 140, 141; Krey/Hellmann, BT II, Rn 41a). Der BGH betont im vorliegenden Fall, dass deshalb der Angeklagte spätestens mit Verlassen des Geschäfts neuen Gewahrsam an dem Laptop begründet haben dürfte.

Der BGH führt weiter aus, dass auch die Beobachtung der Handlung des Angeklagten durch das Opfer einer Begründung neuen Gewahrsams nicht entgegen steht. Nach herrschender Meinung, der insb. auch die Rechtsprechung folgt, handelt es sich beim Diebstahl nämlich nicht um ein heimliches Delikt, sodass die Beobachtung des Täters durch das Opfer (oder einen Dritten) für die Vollendung der Wegnahme unbeachtlich ist (BGHSt 16, 271; Fischer, § 242 Rn 21; Krey/Hellmann, BT II, Rn 42). Eine Mindermeinung lehnt die Begründung neuen Gewahrsams bei Beobachtung des Täters durch das Opfer grundsätzlich ab, da der Täter in diesem Falle nicht mehr die Möglichkeit habe, seine Beute in Sicherheit zu bringen, dies aber Voraussetzung für eine vollendete Wegnahme sei (Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn 40, Meyer, JZ 1962, 620).

Der genaue Zeitpunkt der Vollendung der Wegnahme ist in einem Fall wie dem vorliegenden, in dem der Täter im Zusammenhang mit einer Wegnahme Gewalt

gegen eine Person anwendet, auch wichtig, um zwischen Raub, § 249 I StGB, und räuberischem Diebstahl, § 252 StGB, abgrenzen zu können. Der Raub setzt nach ganz herrschender Meinung einen Finalzusammenhang voraus, d.h. der Täter muss das Raubmittel einsetzen, um die Wegnahme zu ermöglichen oder zu erleichtern (BGH, StV 2004, 206; NStZ 2003, 431; Schönke/Schröder-Eser, § 249 Rn 7; Krey/Hellmann, BT II, Rn 192). Für einen räuberischen Diebstahl muss der Täter hingegen handeln, "um sich im Besitz des gestohlenen Gutes zu erhalten". Das bedeutet, dass ein räuberischer Diebstahl nicht gegeben sein kann, wenn die Wegnahme im Zeitpunkt der Anwendung des Raubmittels noch nicht vollendet ist, da der Täter dann ja noch gar keinen Besitz an der Beute hat, zu dessen Erhaltung er aber i.R.v. § 252 StGB handeln müsste. Ist die Wegnahme aber bereits vollendet, so scheidet der Raub aus, da dann die Wegnahme ja bereits stattgefunden hat und der Täter die Gewalt somit nicht mehr einsetzen kann, um die Wegnahme zu ermöglichen.

Vertiefungshinweise:

Zur Vollendung der Wegnahme i.S.v. §§ 242, 249 StGB: *BayObLG*, NJW 1997, 3326; *Freund*, StV 1991, 63; *Martin*, JuS 1998, 890;

Zur Wegnahme trotz Beobachtung: *BGHSt* 16, 271; *BGH*, StV 1985, 323; *NStZ* 1987, 71; 1988, 270; *Geiger*, JuS 1992, 834; *Otto*, JURA 1997, 467; *Seelmann*, JuS 1985, 203

Kursprogramm:

Examenkurs: "Das Undercover-Handy"

Examenkurs: "Der Rembrandt-Liebhaber"

Leitsätze (der Redaktion):

Die zur Vollendung des Diebstahls führende Wegnahme ist dann vollzogen, wenn fremder Gewahrsam gebrochen und neuer Gewahrsam begründet ist. Für die Frage des Wechsels der tatsächlichen Sachherrschaft ist entscheidend, dass der Täter die Herrschaft über die Sache derart erlangt, dass er sie ohne Behinderung durch den alten Gewahrsamsinhaber ausüben kann und dieser über die Sache nicht mehr verfügen kann, ohne seinerseits die Verfügungsgewalt des Täters zu brechen. Ob dies der Fall ist, richtet sich nach den Anschauungen des täglichen Lebens. Einen bereits gesicherten Gewahrsam setzt die Tatvollendung nicht voraus.

Sachverhalt:

Der Angeklagte hatte vor geraumer Zeit seinen Laptop zur Reparatur in das Computerfachgeschäft des Geschädigten, des Zeugen M, gebracht. Am Tattag erschien er erneut in dem Ladenlokal. Zwischen dem

Angeklagten und dem Zeugen kam es alsbald zu einem Wortgefecht und der Aufforderung des sehr impulsiven Angeklagten, ihm einen neuen Laptop zu geben, da - was nicht zutraf - der Zeuge das Gerät des Angeklagten beschädigt habe. Daraufhin legte der Zeuge M den Laptop des Angeklagten auf den Verkaufstresen und forderte ihn auf, das Geschäft zu verlassen. Der Angeklagte nahm ein auf dem Tresen liegendes kleines Messer an sich und hielt es dem Geschädigten kurz an den Bauch. Nachdem der Angeklagte wieder vom Zeugen abgelassen hatte, nahm er einen IBM-Laptop zum Verkaufspreis von 899 Euro aus einem Regal und verließ damit das Ladenlokal. Der Zeuge M folgte ihm sogleich nach und ergriff, als er den Angeklagten auf dem Gehweg erreicht hatte, das Notebook, um es dem Angeklagten wieder zu entwenden. Dieser versetzte dem Zeugen nunmehr einen Stoß mit dem Kopf, wodurch dieser eine blutende Platzwunde an der Oberlippe erlitt. Das Gezerre um das Notebook setzte sich fort, bis der Angeklagte davon abließ, weil er sein Interesse daran verloren hatte und sich entfernte.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts

1. Entscheidung des Landgerichts; Rechtsmittel

[1, 2] Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Bedrohung und wegen vorsätzlicher Körperverletzung zu einer Gesamtgeldstrafe in Höhe von 70 Tagessätzen zu je 40 Euro verurteilt. Hiergegen richten sich die Revisionen der Staatsanwaltschaft, die eine Verurteilung wegen schweren Raubes, und die des Angeklagten, der mit der allgemeinen Sachrüge einen Freispruch anstrebt. Das vom Generalbundesanwalt vertretene Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft hat in vollem Umfang Erfolg, das des Angeklagten führt lediglich zur Aufhebung der Verurteilung wegen Bedrohung. [...]

2. Rechtliche Würdigung des Landgerichts

[4] Das Landgericht hat die Handlungen des Angeklagten lediglich als Bedrohung und als Körperverletzung gewertet. Wegen eines Wegnahmedeliktes hat es den Angeklagten nicht verurteilt, da ein solches nicht vollendet sondern nur versucht worden und der Angeklagte von einem Versuch strafbefreiend zurückgetreten sei.

II. Entscheidung des BGH

[5] Das Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft führt zur Aufhebung des Urteils.

1. Zur Vollendung der Wegnahme

[6] Das Landgericht hat seiner Prüfung, ob die Wegnahme des Laptops vollendet war, als der Angeklagte von dem Gegenstand abließ, einen zu engen Maßstab

zugrunde gelegt. Die Annahme, die Wegnahmehandlung sei nicht vollendet gewesen, hält deshalb rechtlicher Prüfung nicht stand.

[7] Nach der Rechtsprechung ist die zur Vollendung des Diebstahls führende Wegnahme dann vollzogen, wenn fremder Gewahrsam gebrochen und neuer Gewahrsam begründet ist. Für die Frage des Wechsels der tatsächlichen Sachherrschaft ist entscheidend, dass der Täter die Herrschaft über die Sache derart erlangt, dass er sie ohne Behinderung durch den alten Gewahrsamsinhaber ausüben kann (BGHSt 16, 271, 273 ff.) und dieser über die Sache nicht mehr verfügen kann, ohne seinerseits die Verfügungsgewalt des Täters zu brechen (Fischer, StGB 55. Aufl. § 242 Rdn. 17 m. w. N.). Ob dies der Fall ist, richtet sich nach den Anschauungen des täglichen Lebens (BGHSt 23, 254, 255). Einen bereits gesicherten Gewahrsam setzt die Tatvollendung nicht voraus.

[8] Hiervon ausgehend lässt die Rechtsprechung bei handlichen und leicht beweglichen Sachen regelmäßig schon ein Ergreifen und Festhalten bzw. das offene Wegtragen des Gegenstands als Wegnahmehandlung genügen und weist in Fällen, in denen der Täter einen leicht zu transportierenden Gegenstand an sich gebracht hat, einer Person jedenfalls dann die ausschließliche Sachherrschaft zu, wenn sie den umschlossenen Herrschaftsbereich des Gewahrsamsinhabers verlassen hat (vgl. BGH bei Dallinger MDR 1967, 896; BGHR StGB § 242 Abs. 1 Wegnahme 1; OLG Karlsruhe NStZ-RR 2005, 140, 141; Ruß in LK 11. Aufl. § 242 Rdn. 42). Daran ändert auch grundsätzlich die Beobachtung des auf frischer Tat betroffenen Täters nichts, da der Diebstahl keine heimliche Tat ist. Die Entdeckung des Täters gibt vielmehr nur die Möglichkeit, ihm die Sache wieder abzunehmen (vgl. BGHR StGB aaO).

[9] Diese Grundsätze zugrunde gelegt, war die Wegnahme des Laptops jedenfalls spätestens vollendet, nachdem der Angeklagte mit ihm in der Hand das Ladenlokal und damit den Herrschaftsbereich des Gewahrsamsinhabers verlassen hatte. Dem steht - anders als dies das Landgericht meint - nicht entgegen, dass der Angeklagte den Gegenstand offen wegtrug und nicht am Körper oder in einer mitgeführten Tasche verborgen hatte. Dass der Angeklagte die alleinige tatsächliche Herrschaft über den Gegenstand hier bereits durch das bloße körperliche Ergreifen und Fortschaffen des Gegenstands erlangt hatte, ergibt sich schon daraus, dass der Ladeninhaber seine Verfügungsgewalt nur noch gegen den Willen des Ange-

klagten und unter Anwendung von körperlicher Gewalt wiederherstellen konnte (vgl. BGH MDR aaO). Die Verteidigung seines Besitzes durch den bisherigen Gewahrsamsinhaber erfuhr durch das Fortschaffen des Gegenstands aus seinem Herrschaftsbereich eine zusätzliche Erschwernis. Dem Umstand, dass es dem Angeklagten lediglich gelungen war, sich mit dem Laptop nur wenige Schritte von dem Ladenlokal zu entfernen, kommt deshalb in einem Fall wie dem vorliegenden keine entscheidende Bedeutung zu.

2. Aufhebung des Urteils

[10] Der Rechtsfehler führt auf die Revision der Staatsanwaltschaft zur Aufhebung des Urteils insgesamt. Obwohl die Feststellungen eine vollendete Wegnahme und damit einen vollendeten Diebstahl tragen, kann der Senat in der Sache nicht selbst entscheiden, da auch eine Verurteilung des Angeklagten wegen räuberischen Diebstahls nach §§ 252, 249 StGB in Betracht kommt. Insoweit bedarf es jedenfalls zur subjektiven Tatseite weitere Feststellungen. Der Aufhebung unterliegt wegen des nicht ausschließbaren sachlichen Zusammenhangs mit der Wegnahmehandlung auch die Verurteilung des Angeklagten wegen Bedrohung. Der neue Tatrichter wird deshalb Gelegenheit haben, den Sachverhalt auch unter dem Gesichtspunkt einer Raubtat nach §§ 249, 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB zu prüfen.

III. Zur Aufhebung der Verurteilung wegen Bedrohung

[11] Das Rechtsmittel des Angeklagten führt zur Aufhebung der Verurteilung wegen Bedrohung.

[12] Die getroffenen Feststellungen belegen weder das Vorliegen der objektiven noch der subjektiven Voraussetzungen des § 241 Abs. 1 StGB. Entgegen § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO geben die Urteilsgründe nicht die für erwiesen erachteten Tatsachen an, in denen die gesetzlichen Merkmale der Straftat gefunden werden; eine Subsumtion wird nicht vorgenommen.

[13] Das Urteil lässt weder erkennen, mit der Begehung welchen Verbrechens der Angeklagte den Zeugen M bedroht hat, noch, aus welchen Umständen sich das Landgericht eine Überzeugung von dem Vorsatz des Angeklagten bei dessen Messereinsatz gebildet hat. Das bloße Halten eines kleinen Messers vor den Bauch des Geschädigten kann auch die Bedrohung nur mit einem Vergehen, z. B. einer Körperverletzung sein (vgl. zur subjektiven Seite BGHSt 17, 307 ff.; Träger/Schluckebier in LK 11. Aufl. § 241 Rdn. 14 m. w. N.).

Standort: § 185 StGB**Problem: Bezeichnung eines Polizisten als "Oberförster"**

AG BERLIN-TIERGARTEN, BESCHLUSS VOM 26.05.2008 (412 Ds) 2 JuJS 186-08 (74/08) (NJW 2008, 3233)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte einem Polizeikommissar, der gerade eine Verkehrskontrolle durchführte, zugerufen: "Herr Oberförster, zum Wald geht es da lang!".

Die Staatsanwaltschaft hatte aufgrund dieses Verhaltens Anklage wegen Beleidigung, § 185 StGB, erhoben. Das AG Berlin-Tiergarten lehnte die Eröffnung des Hauptverfahrens gem. §§ 203 f. StPO ab, da kein hinreichender Tatverdacht der Begehung einer Straftat gegeben sei.

Prüfungsrelevanz:

Die Straftaten gegen die Ehre, §§ 185 ff. StGB, gehören in beiden Examen zum Prüfungstoff, sodass insofern zumindest Grundkenntnisse vom Prüfling erwartet werden. Die Frage, unter welchen Umständen eine "falsche" Anrede eines Hoheitsträgers eine Beleidigung darstellt, ist hier eine klassische Problemkonstellation.

§ 185 StGB setzt einen Angriff auf die Ehre eines anderen durch vorsätzliche Kundgabe einer Miss- oder Nichtachtung voraus (BGHSt 16, 63; Fischer, § 185 Rn 4). Gerade gegenüber Hoheitsträgern, deren Maßnahmen ja häufig von Betroffenen mit einer gewissen Emotionalität aufgenommen werden, ist ein Abweichen von der offiziellen Bezeichnung gang und gäbe. Eine strafbare Beleidigung ist hier aber nur gegeben, wenn in der "falschen" Anrede auch eindeutig eine Missachtung zum Ausdruck kommt. So stellt es zum Beispiel eine Beleidigung dar, wenn man einen Polizisten als "bedenkenlosen Berufslügner" bezeichnet (OLG Hamburg, JR 1997, 521) oder das Vorgehen der Polizei mit "Gestapo-Methoden" vergleicht (LG Hechingen, NJW 1984, 1766). Während die Bezeichnung als "Scheißbulle" oder "Bullenschwein" immer noch eine Beleidigung darstellt (vgl. BayObLG, JR 1989, 72; NJW 1990, 1742; OLG Oldenburg, JR 1990, 128), kann in der bloßen Betitelung eines Polizisten als "Bulle" nicht ohne weiteres eine Beleidigung gesehen werden, da dies mittlerweile eine übliche Bezeichnung für Polizeibeamte darstellt (LG Regensburg, NJW 2006, 629 = RA 2006, 159). Auch die Bezeichnung von Bundesgrenzschutzbeamten als "Menschenjäger" ist nicht ohne weiteres als Missachtenskundgabe zu verstehen, da der Begriff der "Jagd" durchaus positiv belegt ist und auch die "Jagd" auf Menschen nicht unbedingt immer etwas Schlechtes sein muss, z.B. bei der "Jagd" der Polizei auf Verbrecher (OLG Hamm, NStZ-RR 2007, 140 = RA 2007, 324). Mit ähnlichen Argumenten verneint das AG Berlin-Tier-

garten, das sich im vorliegenden Fall ebenfalls mit der Verwendung waidmännischer Terminologie für einen Polizisten befassen musste, den Tatbestand des § 185 StGB. Der bloße Gebrauch der Bezeichnung "Oberförster" für einen Polizisten stelle keine Beleidigung dar, da es sich hierbei nur um einen Dienstgrad handle, dessen - fehlerhafte - Verwendung nicht zwingend eine Missachtenskundgabe beinhalte (genauso wenig wäre es ja für einen Oberförster eine Beleidigung, wenn man ihn "Polizeikommissar" nennen würde). Auch der Hinweis, dass es zum Wald "da lang" gehe, sei keine Beleidigung und zwar auch dann - dies betont das AG Berlin-Tiergarten ausdrücklich - wenn in der angezeigten Richtung gar kein Wald zu finden sei. Es handle sich im vorliegenden Fall lediglich um eine dumm-flapsige, bestenfalls witzige Bemerkung des Täters, der keine weitere - insbesondere keine strafrechtliche - Aufmerksamkeit zu schenken sei.

Vertiefungshinweise:

☐ Zur Beleidigung von Hoheitsträgern: *OLG Hamm*, NStZ-RR 2007, 140 = RA 2007, 324; *BayObLG*, NJW 2005, 1291; NStZ 2005, 215; *KG*, NStZ 2005, 693; *LG Regensburg*, NJW 2006, 629 = RA 2006, 159; *Bölke*, NJW 2004, 2352; *Leipold/Beukelmann*, NJW-Spezial 2008, 634; *Nolte/Tams*, JuS 2004, 111; *Otto*, NJW 2006, 575; *Seelmann-Eggebert/Soehring*, NJW 2005, 571; *Zaczyk*, JR 2003, 36

Leitsatz (der Redaktion):

Einem Polizeikommissar zuzurufen "Herr Oberförster, zum Wald geht es da lang!" stellt keine Beleidigung dar.

Sachverhalt:

Mit ihrer Anklageschrift hat die Staatsanwaltschaft dem Angeschuldigten eine Beleidigung zur Last gelegt. Sie warf ihm vor, er habe einem - als Anhalteposten im Rahmen einer Verkehrssonderkontrolle eingesetzten - Polizeikommissar im Vorbeigehen zugerufen: "Herr Oberförster, zum Wald geht es da lang!" Damit soll der Angeschuldigte in strafbarer Weise die Ehre des Polizeibeamten verletzt haben. Das AG hat die Eröffnung des Hauptverfahrens abgelehnt.

Aus den Gründen:

Nun versteht sich der ehrverletzende Charakter dieser Äußerung keineswegs von selbst, ist doch die Tätigkeit im Forstdienst etwa eines Bundeslandes für sich genommen kaum geeignet, den sittlichen, personalen oder sozialen Geltungswert einer Person in Frage zu stellen, vielmehr dürfte es sich bei den dienstlichen Verrichtungen eines Försters in aller Regel um nützliche, dem Gemeinwohl dienende Tätigkeiten handeln.

Die persönlichen Empfindungen des Adressaten der Äußerung, hier des Polizeikommissars, der sich in seiner Ehre als Polizeibeamter und Mensch angegriffen fühlte, sind nicht maßgeblich für die Frage, ob eine Äußerung ehrverletzenden Inhalts ist oder nicht, vielmehr ist dies durch Auslegung der Äußerung zu ermitteln (Regge, in: MünchKomm-StGB, § 185 Rdnr. 9). Der danach in den Blick zu nehmende "verständige Dritte" jedoch würde einen Zusammenhang mit der Verrichtung forstlicher Tätigkeiten als sachlich unzutreffend hier wohl bestreiten, kaum aber sich in seinem Achtungsanspruch als Person beeinträchtigt sehen.

Hieran ändert sich auch dadurch nichts, dass der Angeschuldigte den Polizeibeamten nicht als (bloßen) Förster, sondern als "Oberförster" titulierte hat, wenngleich das Gericht nicht verkennt, dass hiermit eine gewisse sprachliche Nähe zu dem "Oberlehrer" hergestellt ist, der meist kritische und auch bissige, kaum aber beleidigende Charakterisierungen zugeschrieben bekommt. Oberförster war bzw. ist die Dienstbezeichnung für einen im höheren bzw. gehobenen Dienst tätigen staatlichen Forstbeamten oder auch Angestellten im Forstdienst (vgl. etwa Hasel/Schwartz, Forstgeschichte, 2002, S. 192).

So heißt es etwa in der Forstdienstbezeichnungsverordnung des Landes Mecklenburg-Vorpommern vom 17.06.1996, dass die Dienstbezeichnung "Oberförster" derjenige Angestellte trägt, der Tätigkeiten, die dem gehobenen Dienst entsprechen, verrichtet und in die Vergütungsgruppen BAT III oder II a eingruppiert ist. In der Vorschrift über die Dienstbezeichnungen der Forstangestellten des Landes Brandenburg (Runderlass des Ministers für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten v. 24.02.1993 auf Grundlage des § 45 BbgLandeswaldG) wird festgelegt, dass dem Revierförster (Forstangestellter des gehobenen Dienstes) nach erfolgreicher sechsjähriger Tätigkeit in dieser Funktion die Dienstbezeichnung "Oberförster" verliehen werden kann.

Ob der Geschädigte im vorliegenden Verfahren auch schon auf eine erfolgreiche sechsjährige Tätigkeit im gehobenen Polizeidienst zurückblicken kann, lässt sich der Akte (naturgemäß) nicht entnehmen, jedenfalls wird ein verständiger Dritter die inkriminierte Äußerung auch nicht wegen des Zusatzes "Ober" als beleidigend empfinden, ebenso wenig wie sich ein verständiger Revierförster durch die Bezeichnung als "Oberkommissar" in seinem Ehrgefühl gekränkt sehen würde.

Die Staatsanwaltschaft, die die ihr übermittelten Zweifel des Gerichts an der Strafbarkeit in der vom Angeschuldigten getätigten Äußerung unverständlich fand ("nicht ansatzweise nachvollziehbar"), hat in ihrer Rückäußerung betont, nicht die Titulierung als "Oberförster" allein stehe in Rede sondern die gesamte Äußerung "Herr Oberförster, zum Wald geht es da lang!" sei eine strafbare Äußerung der Missachtung. Leider hat die Staatsanwaltschaft versäumt, dem Gericht mitzuteilen, inwiefern die Bezugnahme auf den Wald bzw. die Richtung, in der dieser gelegen sei, der für sich nicht ehrverletzenden Äußerung des Angeschuldigten (s. dazu die vorstehenden Ausführungen) ehrverletzenden Charakter sollte verleihen können. Es mag sein, dass sich nach einer kleinen Weile des Nachdenkens und Assoziierens mit dem Begriff Wald oder Holz Bezeichnungen oder Ausdrücke finden ließen, die, hätte der Angeschuldigte sie gebraucht, gewiss dem Tatbestand der Beleidigung unterfielen, indessen hat er dies nicht getan, so dass es müßig ist, in dieser Richtung nachzusinnen, worin die Beleidigungsrelevanz des Waldes liegen könnte. Sollte sich herausstellen - das Gericht hat dies nicht geprüft und es auch für nicht erforderlich gehalten -, dass in der unmittelbaren Nähe des Ortes der Handlung sich gar kein Wald befindet oder möglicherweise die vom Angeschuldigten im Zuge seiner Äußerung angegebene Richtung dieses Waldes unzutreffend gewesen sein sollte, so könnte dies dazu führen, dass ein verständiger Dritter sich schwer tun müsste, der Äußerung des Angeschuldigten überhaupt eine sinnvolle Bedeutung abzugewinnen, eine ehrenrührige strafbare Beleidigung ließe sich ihr gleichwohl auch dann nicht entnehmen. Dieser verständige Dritte käme mutmaßlich zu dem Schluss, dass es sich bei der Äußerung des Angeschuldigten um das handelt, was sie auch wirklich darstellt: eine dumme, allenfalls mäßig komische Bemerkung, der man keine weitere Bedeutung beimessen und Beachtung schenken sollte. [...]

Das Gericht sieht sich veranlasst, höchst vorsorglich darauf hinzuweisen, dass damit keineswegs einer Nachgiebigkeit gegenüber Beleidigungen von Polizeibeamten das Wort geredet werden soll. Diese sind nicht verpflichtet, sich im Dienst beschimpfen zu lassen, im Gegenteil sollten sie gegen (wirkliche) Beleidigungen in ihrem eigenen Interesse und im Interesse des Ansehens ihres Berufsstands vorgehen und sie nicht ungeahndet lassen. Aber eine Beleidigung liegt nur dann vor, wenn es sich um eine ernstliche Herabwürdigung der Person handelt, nicht aber unterfällt jede flapsige, spöttische Bemerkung dem Tatbestand der Beleidigung gem. § 185 StGB.

Standort: § 244a StGB**Problem: Täterschaft und Teilnahme**

BGH, BESCHLUSS VOM 24.07.2008
3 STR 243/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte mit drei anderen Personen folgende Vorgehensweise verabredet: Während die anderen in Geschäfte einbrachen und dort die Tresore stahlen übernahm der Angeklagte es, die Tresore in seiner Werkstatt aufzuschweißen und sie anschließend zu entsorgen. Der Inhalt des Tresors wurde unter den anderen aufgeteilt, der Angeklagte erhielt für seine Mitwirkung jeweils nur eine pauschale Entlohnung.

Das Landgericht Düsseldorf hatte den Angeklagten wegen mittäterschaftlichen schweren Bandendiebstahls, §§ 244a I, 25 II StGB, in mehreren Fällen verurteilt. Insbesondere hatte das Landgericht in einem Fall, in dem die anderen Beteiligten die Tresore aus zwei selbstständigen Taten gleichzeitig beim Angeklagten abgeliefert hatten und dieser die Tresore unmittelbar nacheinander aufgeschweißt hatte, trotzdem eine Tatmehrheit, § 53 StGB, angenommen. Auf die Revision des Angeklagten hob der BGH das Urteil auf. Zum einen sei der Angeklagte zwar Mitglied der Diebesbande, aber kein Mittäter, sondern nur Teilnehmer an den entsprechenden Diebstahlstaten. Zum anderen sei das Landgericht auch zu Unrecht von einer Tatmehrheit ausgegangen.

Prüfungsrelevanz:

Die vom BGH in der vorliegenden Entscheidung angesprochenen Probleme der bandenmäßigen Begehung werden zwar anhand eines schweren Bandendiebstahls, § 244a I StGB, diskutiert, sind aber auch bei anderen Bandendelikten (z.B. §§ 250 I Nr. 2, 260 I Nr. 2, 263 III 2 Nr. 1, 263 V StGB) in vergleichbarer Weise denkbar. Auch die Prüfung des Vorliegens von Tateinheit oder -mehrheit, die der BGH hier für eine Beihilfe vornimmt, ist bei Mittäterschaft, mittelbarer Täterschaft und Anstiftung in gleicher Weise durchzuführen, worauf der BGH auch ausdrücklich hinweist.

Während der BGH ursprünglich die Ansicht vertrat, dass ein Bandenmitglied stets Mittäter der Taten der jeweiligen Bande sei (vgl. BGHSt 3, 40), geht er mittlerweile - mit der ganz herrschenden Literatur - davon aus, dass für jedes Bandenmitglied für jede einzelne Tat der Bande anhand der allgemeinen Abgrenzungskriterien für Täterschaft und Teilnahme zu prüfen ist, ob es an dieser als Mittäter, als Teilnehmer oder ggf. gar nicht beteiligt war (BGH, NStZ 2003, 32, 33; Schönke/Schröder-Eser, § 244 Rn 27). Nach der herrschenden Literatur wäre somit auch bei Bandende-

likten für die Annahme einer Mittäterschaft eines Bandenmitglieds zu prüfen, ob dieses bzgl. der konkreten Tat der Bande Tatherrschaft hatte, also das Geschehen planvoll lenkend in den Händen hielt (LK-Roxin, § 25 Rn 36; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, Vor §§ 25 ff. Rn 61 ff.; Jescheck/Weigend, AT § 16 V; Wessels/Beulke, AT, Rn 512 ff.). Die Rechtsprechung hingegen nimmt eine Täterschaft dann an, wenn ein Täterwille (*animus auctoris*) gegeben ist; Täter ist also, wer die Tat "als eigene" will. Als Indizien hierfür zieht der BGH - auch im vorliegenden Fall - den Grad des Interesses am Taterfolg, den Umfang der Beteiligung, aber auch die Tatherrschaft oder zumindest den Willen zur Tatherrschaft heran (BGHSt 49, 166; BGH, NStZ-RR 2002, 74; JZ 2003, 575, 579). Das Erfordernis einer Einzelfallprüfung des Vorliegens der Voraussetzungen der Täterschaft bei jedem Bandenmitglied kann nach beiden Auffassungen dazu führen, dass ein Bandenmitglied, das nur untergeordnete Beiträge erbringt (so wie der Angeklagte in der vorliegenden Entscheidung), u.U. nur Beihilfe zu der Bandentat leistet.

Weiter befasst sich der BGH in der vorliegenden Entscheidung mit der Prüfung der Konkurrenzen bei verschiedenen Beteiligungsformen. Ausgangspunkt dieser Prüfung ist stets die Frage, ob verschiedene Delikte durch eine oder mehrere Handlungen begangen wurden, wobei - vorbehaltlich einer Gesetzeskonkurrenz - im ersten Falle Tateinheit, im letzteren Tatmehrheit vorliegt (vgl. die Darstellung bei Wessels/Beulke, AT, Rn 753 ff.). Der BGH setzt in der vorliegenden Entscheidung sein bisherige Rechtsprechung fort und geht - in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre - davon aus, dass die Frage, ob eine oder mehrere Handlungen gegeben sind, für jeden Beteiligten gesondert zu prüfen ist. Das heißt, eine Handlungseinheit ist z.B. beim mittelbaren Täter oder Gehilfen dann anzunehmen, wenn dieser nur eine Handlung vorgenommen hat, ungeachtet dessen wieviele Handlungen bei der tatnächsten Person (dem Tatmittler bzw. dem Haupttäter) vorliegen (BGH, NStZ 1999, 451; RA 2007, 34; Schönke/Schröder-Stree/Sternberg-Lieben, § 52 Rn 21; Fischer, Vor § 52 Rn 11 f.).

Vertiefungshinweise:

☐ Zur Mittäterschaft bei Bandendelikten: BGHSt 46, 321; BGH, NStZ 2003, 32; NStZ-RR 2003, 265; StV 2004, 21; RA 2007, 34; Donsell/Schumann, JR 2002, 52

☐ Zur Abgrenzung von Tateinheit und -mehrheit bei mehreren Beteiligten: BGH, NStZ-RR 1999, 297; NStZ 2000, 83; wistra 2001, 336; RA 2003, 578; 2007, 34

Kursprogramm:

- Examenskurs: "Wie die Eltern so die Kinder"
- Examenskurs: "Das eingespielte Team"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Schließen sich mehrere Täter zu einer Bande zusammen, um fortgesetzt Straftaten zu begehen, hat dies nicht zur Folge, dass jede von einem der Bandenmitglieder aufgrund der Bandenabrede begangene Tat den anderen Bandenmitgliedern ohne weiteres als gemeinschaftlich begangene Straftat im Sinne des § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden kann. Vielmehr ist für jede einzelne Tat nach den allgemeinen Kriterien festzustellen, ob sich die anderen Bandenmitglieder hieran als Mittäter, Anstifter oder Gehilfen beteiligt oder ob sie gegebenenfalls überhaupt keinen strafbaren Tatbeitrag geleistet haben.

2. Sind an einer Deliktsserie mehrere Personen als Mittäter, mittelbare Täter, Anstifter oder Gehilfen beteiligt, ist die Frage, ob die einzelnen Straftaten tateinheitlich oder tatmehrheitlich zusammentreffen, für jeden der Beteiligten gesondert zu prüfen und zu entscheiden.

Sachverhalt:

Die Mitangeklagten R, H und M brachen in Tankstellen oder Lebensmittelmärkte ein und entwendeten daraus Tresore sowie Zigaretten. In einigen Fällen blieb es beim Versuch. Fünf dieser Taten förderte der Angeklagte dadurch, dass er absprachegemäß die zu ihm gebrachten Tresore in seiner Werkstatt aufschweißte und anschließend entsorgte bzw. - im Fall des Versuchs - einen solchen Tatbeitrag zuvor zugesagt hatte. Für zwei Einbruchsdiebstähle stellte er zudem seinen Transporter zur Verfügung. Die jeweils in den Tresoren enthaltenen Geldbeträge zwischen 4.000 und 25.000 Euro teilten die Mitangeklagten R, H und M unter sich auf, während der Angeklagte für das Aufschweißen und Entsorgen der Tresore jeweils einen Betrag zwischen 400 und 500 Euro erhielt. In einer Nacht (Fälle II. 7. und 8. der Urteilsgründe) entwendeten die Mitangeklagten nacheinander aus zwei Tankstellen jeweils einen Tresor. Anschließend brachten sie beide Tresore zu dem Angeklagten, der sie gegen die übliche Entlohnung aufschweißte und entsorgte.

Aus den Gründen:*1. Entscheidung des Landgerichts*

[1, 2] Das Landgericht hat den Angeklagten wegen "schweren Bandendiebstahls in fünf Fällen, wobei es in einem Fall beim Versuch blieb", zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt. Mit seiner Revision rügt der Angeklagte die Verletzung materiellen Rechts. Das Rechtsmittel hat in dem aus der Be-

schlussformel ersichtlichen Umfang Erfolg; im Übrigen ist es unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO. [...]

[3] Das Landgericht hat dem Angeklagten alle Taten, an denen er beteiligt war, als Mittäter zugerechnet. Außerdem hat es in den Fällen II. 7. und 8. der Urteilsgründe das Aufschweißen der zwei aus verschiedenen Einbruchsdiebstählen stammenden Tresore als in Tateinheit (§ 53 Abs. 1 StGB) zueinander stehende Einzeltaten bewertet.

2. Entscheidung des BGH

[4] Die rechtliche Wertung des Landgerichts hält zum Teil der revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen ist der Angeklagte lediglich der Beihilfe zum schweren Bandendiebstahl (§ 242 Abs. 1, § 244 a Abs. 1, § 27 Abs. 1 StGB) in drei Fällen sowie der Beihilfe zum versuchten schweren Bandendiebstahl (§ 242 Abs. 1, § 244 a Abs. 1, §§ 22, 27 Abs. 1 StGB) schuldig.

a. Zum Fehlen der Voraussetzungen für eine Mittäterschaft des Angeklagten

[5] Schließen sich mehrere Täter - wie vom Landgericht auch hinsichtlich des Angeklagten rechtsfehlerfrei angenommen - zu einer Bande zusammen, um fortgesetzt Diebstähle nach § 242 Abs. 1, § 244 a Abs. 1 StGB zu begehen, hat dies nicht zur Folge, dass jede von einem der Bandenmitglieder aufgrund der Bandenabrede begangene Tat den anderen Bandenmitgliedern ohne weiteres als gemeinschaftlich begangene Straftat im Sinne des § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden kann. Vielmehr ist für jede einzelne Tat nach den allgemeinen Kriterien festzustellen, ob sich die anderen Bandenmitglieder hieran als Mittäter, Anstifter oder Gehilfen beteiligt oder ob sie gegebenenfalls überhaupt keinen strafbaren Tatbeitrag geleistet haben. Die Abgrenzung zwischen Mittäterschaft an bzw. Beihilfe zu der jeweiligen Einzeltat ist in wertender Betrachtung unter Berücksichtigung aller Umstände vorzunehmen, die von der Vorstellung des jeweiligen Bandenmitglieds umfasst sind. Maßgeblich sind dabei insbesondere sein Interesse an der Durchführung der Tat sowie der Umfang seiner Tatherrschaft oder jedenfalls sein Wille Tatherrschaft auszuüben, d.h. ob objektiv oder jedenfalls aus seiner Sicht die Ausführung der Tat wesentlich von seiner Mitwirkung abhängt (vgl. BGH NSTZ-RR 2003, 265, 267; Fischer, StGB 55. Aufl. § 25 Rdn. 12 und § 244 Rdn. 19 a).

[6] Nach diesen Kriterien sind die festgestellten Tatbeiträge des Angeklagten als Beihilfehandlungen zu werten. Diese beschränkten sich mit dem Aufschweißen der angelieferten Tresore und dem Überlassen des Transporters auf unterstützende Tätigkeiten. Die Einbrüche in die Tankstellen und die Lebensmittelmärkte sowie die Entwendung der Tresore erfolgten durch andere Bandenmitglieder, die über deren Durchfüh-

nung und die Auswahl der Tatobjekte ohne den Angeklagten entschieden, der nur über die bevorstehende Anlieferung der Tresore unterrichtet wurde. Für das Aufschießen bekam der Angeklagte jeweils nur einen angesichts der Tatbeute vergleichsweise geringen Betrag als Entlohnung. Unter diesen Umständen ist eine Tatherrschaft des Angeklagten ebenso wenig erkennbar wie sein Wille hierzu.

b. Zum Vorliegen einer Tateinheit

[7] In den Fällen II. 7. und 8. der Urteilsgründe hat der Angeklagte die zwei selbständigen Haupttaten durch eine Unterstützungshandlung gefördert, so dass auch nur eine Beihilfe vorliegt. Sind an einer Deliktsserie mehrere Personen als Mittäter, mittelbare Täter, Anstifter oder Gehilfen beteiligt, ist die Frage, ob die einzelnen Straftaten tateinheitlich oder tatmehrheitlich zusammentreffen, für jeden der Beteiligten gesondert zu prüfen und zu entscheiden (BGH NStZ-RR 2003, 265, 267). Hat ein Gehilfe, der an der unmittelbaren Ausführung der Taten nicht beteiligt war, einen mehrere Einzeldelikte fördernden einheitlichen Tatbeitrag erbracht, werden ihm insoweit die jeweiligen Taten der Haupttäter nur als tateinheitlich begangen zugerechnet, weil sie in seiner Person durch den einheitlichen Tatbeitrag zu einer Handlung im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB verknüpft werden. Ob die Haupttäter die ihnen zurechenbaren Taten tatmehrheitlich begangen haben, ist demgegenüber ohne Belang (vgl. BGH wi-

stra 2001, 336, 337 m. w. N; Fischer aaO vor § 52 Rdn. 34, 36).

[8] Ein die zwei Einbruchsdiebstähle fördernder einheitlicher Tatbeitrag des Angeklagten ist festgestellt. Er sagte - wie sich aus dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe ergibt - vor deren Durchführung zu, die Tresore, die in dieser Nacht erbeutet werden, aufzuschweißen. Die Tresore wurden zusammen angeliefert und vom Angeklagten unmittelbar nacheinander geöffnet.

3. Änderung des Schuldspruchs

[9] Der Senat schließt aus, dass in einer neuen Hauptverhandlung noch Feststellungen getroffen werden können, die zu einer anderen rechtlichen Bewertung der Taten führen. Er ändert deshalb den Schuldspruch entsprechend (§ 354 Abs. 1 StPO). § 265 Abs. 1 StPO steht dem nicht entgegen, weil sich der geständige Angeklagte gegen den geänderten Schuldvorwurf nicht anders als geschehen hätte verteidigen können.

4. Aufhebung des Strafausspruchs

[10] Die Änderung des Schuldspruchs führt zur Aufhebung der Einzelstrafen sowie der Gesamtstrafe. Die Feststellungen zum Strafausspruch sind rechtsfehlerfrei getroffen und können deshalb bestehen bleiben. Ergänzende weitere Feststellungen, die hierzu nicht in Widerspruch stehen, sind zulässig.

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.

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht

Problem: Beschlagnahme eines Fotos

VGH MANNHEIM, URTEIL VOM 08.05.2008
1 S 2914/07 (NVwZ-RR 2008, 700)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall hatte die Polizei den Film eines Fotografen beschlagnahmt, der ohne Erlaubnis eine Passantin abgelichtet hatte. Der VGH Mannheim meint, dies sei zum Schutz des Rechts der Passantin am eigenen Bild gerechtfertigt. Zwar verbiete das Kunsturhebergesetz (KUG) in seinen §§ 22 und 23 nur die unbefugte *Veröffentlichung* von Bildern, welche hier nicht zu befürchten gewesen sei. Auch stelle § 201a StGB nur das unerlaubte *Anfertigen* von Bildern Dritter *im höchstpersönlichen Lebensbereich* unter Strafe, während es hier um ein Auftreten in der Öffentlichkeit ging. Diese Normen seien jedoch nicht abschließend, denn das aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 I i.V.m. 1 I GG folgende Recht am eigenen Bild gehe weiter als diese einfach-gesetzlichen Ausprägungen seines Schutzbereichs. Es erfasse auch die Kontrolle über das eigene Bild bei einem Auftreten in der Öffentlichkeit. Dieses sei jedenfalls dann durch das Fotografieren verletzt, wenn keine Duldungspflicht bestehe.

Prüfungsrelevanz:

A. Der Fall ist nachstehend ebenso wie im Original nach den Vorschriften des baden-württembergischen Landesrechts gelöst, welches in § 33 PolG BW eine spezielle Ermächtigung für die Beschlagnahme von Gegenständen enthält. Außer in Sachsen (§ 27 Sächs-PolG) gibt es eine solche in keinem anderen Bundesland mehr, weil sie neben der Sicherstellung, die ggf. mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden kann, als überflüssig erachtet wird. In diesen Bundesländern müsste in einem Gutachten mithin wie folgt differenziert werden:

- geht es um die Anordnung (Begründung) des amtlichen Gewahrsams an der Sache selbst (1. Stufe), sind die Vorschriften über die Sicherstellung als Ermächtigungsgrundlage heranzuziehen;

- geht es um die zwangsweise Durchsetzung dieser Anordnung (2. Stufe), etwa weil der Betroffene die Sache nicht freiwillig herausgibt, kann für die Erzwingung der Sicherstellung auf die Ermächtigungsgrundlagen für den Verwaltungszwang zurückgegriffen werden (z.B. Zwangsgeld und unmittelbarer Zwang).

B. Richtig interessant wird der Fall in einer denkbaren Abwandlung, in welcher der Betroffene nicht ein Foto von einem Dritten schießt, sondern den Polizisten selbst ablichtet. Dieser ordnet dann in seiner staatlichen Funktion als Polizist die Beschlagnahme (bzw. Sicherstellung) des Films an, um das ihm selbst als Privatperson zustehende Recht am eigenen Bild zu schützen. Hieraus ergibt sich das (unter "Verfahren" in der formellen Rechtmäßigkeit zu erörternde) Folgeproblem, dass er befangen i.S.d. § 20 I 2 VwVfG sein könnte. Die Lösung bietet dann § 20 III VwVfG, wonach auch ein Befangener bei Gefahr im Verzug unaufschiebbare Maßnahmen treffen darf. Davon wäre z.B. auszugehen, wenn kein anderer Polizeibeamter in der Nähe wäre.

Vertiefungshinweise:

Verletzung des allg. Persönlichkeitsrechts durch manipuliertes Bild: *BVerfG*, RA 2006, 203 = NJW 2005, 3271

Recht am eigenen Bild contra Berichterstattung in der Presse: *BVerfG*, EuGRZ 2000, 71; *VGH BW*, RA 2001, 193 = VBIBW 2001, 102

Weitere Entscheidungen zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht: *BVerfG*, RA 2004, 211 = NJW 2004, 1155; *SaarlVerfGH*, RA 2003, 412 = NVwZ-RR 2003, 393 (jeweils Recht am eigenen Namen); *OLG Düsseldorf*, RA 2002, 317 = NVwZ 2002, 629; *VG Karlsruhe*, RA 2002, 115 = NVwZ 2002, 117 (jeweils Recht auf informationelle Selbstbestimmung)

Zum Recht am eigenen Bild im Zivilrecht: *LG Hamburg*, AfP 2007, 385; *LG Nürnberg*, AfP 2007, 496

Zur Abgrenzung von Klageänderung und Fortsetzungsfeststellungsantrag: *BVerwG*, RA 2007, 506 = NJW 2007, 2790

Kursprogramm:

Examenskurs : "Die Prinzessin und die Paparazzi"

Leitsatz:

Auch das Fotografieren einer Person, die sich nicht im persönlichen Rückzugsbereich, sondern in der Öffentlichkeit aufhält, kann gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Recht am eigenen Bild) verstoßen und nach Maßgabe des § 2 II PolG das Einschreiten der Polizei rechtfertigen.

Sachverhalt:

Am 29.6.2005 hielt sich der Kl. im Lesesaal der Badischen Landesbibliothek in K. auf. Dort fotografierte er ohne deren Einwilligung eine andere Bibliotheksbenutzerin, Frau X. Deren Aufforderung, den Film herauszugeben, kam der Kl. nicht nach. Der hinzu gerufene Polizeivollzugsdienst verbrachte den Kl. zum Polizeipräsidium K., wo der Film beschlagnahmt und in Verwahrung genommen wurde. In der dem Kl. ausgehändigten Beschlagnahmeverfügung wird als Grund für die "bis zu einer gerichtlichen Entscheidung" angeordnete Beschlagnahme des Films der - so wörtlich - "Schutz privater Rechte nach dem Kunsturhebergesetz (KUG)" angegeben.

Mit seinem am 29.7.2005 erhobenen Widerspruch machte der Kl. geltend, dass eine nach § 22 KUG allein verbotene Veröffentlichung oder Verbreitung des Bildes nicht zu befürchten sei. Eine andere Vorschrift, die das Fotografieren von Personen hindere, sei nicht ersichtlich. Mit Widerspruchsbescheid vom 28.11.2005 wies das Regierungspräsidium K. den Widerspruch zurück. Der Kl. hat hiergegen zunächst Anfechtungsklage erhoben. Nachdem das Polizeipräsidium K. den Film während des laufenden Klageverfahrens herausgegeben hatte, stellte der Kl. seinen Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Beschlagnahme vom 29.6.2005 um.

Hat seine Klage Erfolg?

[Anm.: § 33 PolG BW lautet:

§ 33: Beschlagnahme

(1) Die Polizei kann eine Sache beschlagnahmen, wenn dies erforderlich ist

1. zum Schutz eines einzelnen oder des Gemeinwesens gegen eine unmittelbar bevorstehende Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung oder zur Beseitigung einer bereits eingetretenen Störung,

2. zur Verhinderung einer missbräuchlichen Verwendung durch eine Person, die nach diesem Gesetz oder nach anderen Rechtsvorschriften festgehalten oder in Gewahrsam genommen worden ist.

(2) Dem Betroffenen sind der Grund der Beschlagnahme und die gegen sie zulässigen Rechtsbehelfe unverzüglich bekanntzugeben. Auf Verlangen ist ihm eine Bescheinigung zu erteilen. § 32 Abs. 3 gilt entsprechend.

(3) Die Beschlagnahme ist aufzuheben, sobald ihr Zweck erreicht ist. Vorbehaltlich besonderer gesetzlicher Regelung darf die Beschlagnahme nicht länger als sechs Monate aufrechterhalten werden.]

Lösung:

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

*A. Zulässigkeit**I. Verwaltungsrechtsweg*

Der Verwaltungsrechtsweg könnte hier über § 40 I 1 VwGO eröffnet sein. Zunächst liegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor, da der Streitgegenstand aus dem öffentlichen Recht herrührt. Es geht um die Beschlagnahme eines Films, die in § 33 PolG BW geregelt ist, welcher die Rechtsmacht zur Beschlagnahme der Polizei des Landes Baden-Württemberg, mithin zwingend einem Hoheitsträger zubilligt. Zudem ist die Streitigkeit weder verfassungsrechtlicher Art, noch sind abdrängende Sonderzuweisungen ersichtlich. Somit ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Klägerbegehren, § 88 VwGO. Der Kl. hatte ursprünglich eine Anfechtungsklage nach § 42 I 1. Fall VwGO erhoben, gerichtet auf die Aufhebung der Beschlagnahme, begehrt nunmehr jedoch die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Beschlagnahme. Dieser Antrag könnte als Fortsetzungsfeststellungsantrag nach § 113 I 4 VwGO statthaft sein. Dann müsste es sich bei der Beschlagnahme um einen nach Klageerhebung erledigten Verwaltungsakt handeln.

I. Verwaltungsakt (VA)

Im Hinblick auf die VA-Qualität der Beschlagnahme nach § 35 S. 1 VwVfG könnte allein der Regelungsgehalt der Maßnahme fraglich sein, würde man in der Beschlagnahme bloß eine rein faktische Wegnahme der Sache sehen. Dieser geht jedoch stets (zumindest konkludent, hier sogar durch schriftlichen Bescheid) die Anordnung eines behördlichen Gewahrsams voraus. Diese begründet die Regelungswirkung (Dolderer, VBIBW 2003, 222).

2. Erledigung

Die Erledigung eines VA richtet sich nach § 43 II VwVfG.

a. Zeitablauf

Der VGH erwägt zunächst eine Erledigung durch Zeitablauf, verwirft diesen Gedanken aber i.E.:

"Allerdings hat die Beschlagnahme nicht automatisch durch Zeitablauf ihren Regelungsgehalt [...] verloren. Zwar bestimmt § 33 III 2 PolG, dass eine Beschlagnahme längstens sechs Monate aufrechterhalten werden darf. Wird diese materiell-rechtliche Vorgabe in einer Beschlagnahmeverfügung nicht beachtet, ist diese rechtswidrig; sie verliert deswegen aber nicht automatisch ihre Wirksamkeit. Die Beschlagnahme [wurde] nicht auf eine Höchstdauer von sechs Monaten beschränkt, sondern vielmehr "bis zu einer gerichtlichen Entscheidung" angeordnet."

b. Erledigung auf andere Weise

Der VGH sieht die Erledigung aber mit Herausgabe des Films eingetreten:

“Die Beschlagnahmeverfügung hat sich demnach erst dann erledigt, als das Polizeipräsidium den Film an die Stadt K. weitergeleitet und damit den bei ihm begründeten amtlichen Gewahrsam beendet hat.”

3. Nach Klageerhebung

§ 113 I 4 VwGO fordert, dass die Erledigung “vorher”, also vor dem Urteil, eingetreten sein muss. Aus der systematischen Stellung des § 113 VwGO im 10. Abschnitt und der Bezugnahme des Satzes 4 auf Satz 1, der die Begründetheit der Anfechtungsklage regelt, ergibt sich jedoch auch, dass der Erledigungszeitpunkt nach Klageerhebung liegen muss. Hier wurde der Film erst während des laufenden Klageverfahrens herausgegeben, sodass dies der Fall ist.

[Anm.: Auf eine Erledigung vor Klageerhebung wird § 113 I 4 VwGO von der h.M. analog angewendet, während eine m.M. einen Rückgriff auf § 43 VwGO bevorzugt (vgl. dazu Ehlers, Jura 2001, 415, 417 m.w.N.).]

III. Fortsetzungsfeststellungsinteresse

Nach § 113 I 4 VwGO a.E. muss der Kläger ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit des erledigten VA haben.

1. Wiederholungsgefahr

Eine klassische Fallgruppe für ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse ist die Wiederholungsgefahr. Eine solche lag nach Ansicht des VGH jedoch nicht vor:

“Aus dem Gesichtspunkt der Wiederholungsgefahr kann dieses aber nicht hergeleitet werden. Denn diese setzte die hinreichend bestimmte Gefahr aus, dass unter im Wesentlichen unveränderten tatsächlichen und rechtlichen Umständen ein gleichartiger Verwaltungsakt ergehen wird (vgl. hierzu zuletzt: BVerwG, Buchholz 310 § 113 I VwGO Nr. 23). Hierfür ist aber nichts ersichtlich.

2. Rehabilitation

Ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse kann sich aber auch aus ideellen Gründen, etwa solchen der Rehabilitation, ergeben. Wurde diese Fallgruppe früher vor allem bei diskriminierenden Verwaltungsakten angewendet, haben sich die Anforderungen mittlerweile abgeschwächt. Auch ein intensiver Grundrechtseingriff oder die Garantie effektiven Rechtsschutzes, wenn ein solcher gegen die erledigte Maßnahme vor Erledigung selbst möglicherweise nicht zu erreichen war, können genügen. Letzteres nimmt hier auch der VGH an:

“Ein ideelles Interesse an der Rechtswidrigkeitsfeststellung ist hier indessen zu bejahen. Der Kl. beruft sich auf ein Rehabilitationsinteresse wegen der dis-

kriminierenden Wirkung der behördlichen Maßnahme. Die - behauptete - Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts als solche reicht hierfür allerdings nicht aus; erforderlich ist eine “Bemakelung” des Betroffenen, die sich aus den Gründen des Bescheids oder den Umständen seines Erlasses ergibt, aus der Einstufung als Störer im polizeirechtlichen Sinne aber nicht automatisch folgt. Hieraus muss sich eine fortwirkende konkrete und objektive Beeinträchtigung der Rechtsstellung des Betroffenen ergeben, die gerade durch den gerichtlichen Ausspruch beseitigt werden kann (vgl. nur: VGH Mannheim, VBIBW 2005, 431 m.w.N.).

Ob der Kl. in dem für das Vorliegen der Sachentscheidungsvoraussetzungen maßgeblichen Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung des Senats in diesem Sinne noch auf merkliche ungünstige Nachwirkungen im persönlichen oder gesellschaftlichen Bereich verweisen kann, erscheint fraglich, bedarf hier aber keiner weiteren Prüfung. Denn ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse ideeller Art ist nicht auf eine Rehabilitation im engen Sinn beschränkt; unter Beachtung verfassungsrechtlicher Garantien ist das Rechtsschutzinteresse bei in der Vergangenheit liegenden Rechtsverletzungen nicht nur dann gegeben, wenn das gerichtliche Verfahren dazu dienen kann, eine fortwirkende Beeinträchtigung durch einen an sich beendeten Eingriff zu beseitigen. Vielmehr kann auch die Art des Eingriffs, insbesondere im grundrechtlich geschützten Bereich, verbunden mit dem durch Art. 19 IV GG garantierten Anspruch auf effektiven Rechtsschutz ein Feststellungsinteresse begründen. Hierzu zählen namentlich Feststellungsbegehren, die polizeiliche Maßnahmen zum Gegenstand haben (vgl. BVerwG, NJW 1997, 2534 m.w.N.; VGH Mannheim, NJW 2005, 88). Auch bei der Beschlagnahme fällt insoweit ins Gewicht, dass auf Grund von deren nur verhältnismäßig kurzer Dauer der gebotene Rechtsschutz in einem Hauptsacheverfahren kaum gewährt werden könnte.”

IV. Vorverfahren, Frist

Ein Vorverfahren war vor Erhebung der Anfechtungsklage nach § 68 I 1 VwGO nötig, bleibt somit auch bei Erledigung nach Klageerhebung erforderlich. Aus einer unzulässigen Anfechtungsklage könnte keine zulässige Fortsetzungsfeststellungsklage entstehen. Gleiches gilt für die Klagefrist des § 74 I VwGO.

Laut Sachverhalt hat der Kl. hier ein Vorverfahren durchgeführt. Für Verstöße gegen die Klagefrist des § 74 I 1 VwGO ist nichts ersichtlich.

V. Beklagter

Richtiger Beklagter ist analog § 78 I Nr. 1 VwGO der Rechtsträger der Polizei, hier also das Land Baden-Württemberg.

VI. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

Der Kl. ist nach §§ 63 Nr. 1, 61 Nr. 1, 1. Fall VwGO

beteiligtenfähig, das beklagte Land nach §§ 63 Nr. 2, 61 Nr. 1, 2. Fall VwGO. Die Prozessfähigkeit des Kl. ergibt sich aus § 62 I VwGO, die des beklagten Landes aus § 62 III VwGO.

B. Begründetheit

Die Klage ist begründet, soweit der Verwaltungsakt rechtswidrig war und den Kl. in seinen Rechten verletzte, §§ 113 I 1, 4 VwGO. Rechtmäßig ist ein belastender Verwaltungsakt wie die Beschlagnahme, soweit er auf einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage beruht und deren formelle und materielle Voraussetzungen vorliegen. Er ist mithin rechtswidrig, wenn es an einer dieser Voraussetzungen fehlt.

I. Ermächtigungsgrundlage

Als Ermächtigungsgrundlage kommt hier nur § 33 I PolG BW in Betracht. Danach kann die Polizei eine Sache u.a. beschlagnahmen, wenn dies zum Schutz eines einzelnen oder des Gemeinwesens gegen eine unmittelbar bevorstehende Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung oder zur Beseitigung einer bereits eingetretenen Störung erforderlich ist, § 33 I Nr. 1 PolG BW.

II. Formelle Rechtmäßigkeit

In formeller Hinsicht müsste die zuständige Behörde nach ordnungsgemäßigem Verfahren in der richtigen Form gehandelt haben.

1. Zuständigkeit

Die Beamten des Polizeivollzugsdienstes waren nach § 60 III PolG für die auf § 33 I PolG gestützte Maßnahme zuständig. Allerdings obliegt der Schutz privater Rechte - hier der fotografierten Frau X - gem. § 2 II PolG BW der Polizei nur auf Antrag des Berechtigten und nur dann, wenn gerichtlicher Schutz nicht rechtzeitig zu erlangen ist und wenn ohne polizeiliche Hilfe die Gefahr besteht, dass die Verwirklichung des Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert wird. Hierzu der VGH:

“Der Polizeivollzugsdienst des Bekl. hat diese Voraussetzung nicht verkannt. Er hat die Beschlagnahme als Sicherungsmaßnahme im Hinblick auf den erst noch zu beantragenden gerichtlichen Rechtsschutz angeordnet (vgl. VGH Mannheim, NVwZ 2001, 1292). Dabei ist er zu Recht von einer besonderen Dringlichkeit ausgegangen, da gerade die unbefugte Verfügungsmöglichkeit des Kl. über eine Fotografie der Betr. in Rede stand und ohne einen sofortigen polizeilichen Zugriff unkontrollierte Vervielfältigungen zu besorgen waren.”

[Anm.: Die Beschränkungen des § 2 II PolG BW greifen nicht ein, wenn neben dem Schutz privater Rechte noch andere Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung zu verteidigen sind, hier also etwa das

geschriebene Recht nach § 22 KUG. Ob dies der Fall ist oder nicht, zeigt regelmäßig erst die materielle Prüfung. Die vorstehenden Ausführungen sind daher vorsorglich zu verstehen: Selbst wenn es lediglich um den Schutz privater Rechte gehen sollte, hätte die Polizei handeln dürfen.]

2. Verfahren und Form

Gelegenheit zur Stellungnahme nach § 28 VwVfG hatte der bei der Beschlagnahme jederzeit anwesende Kl. auch. Den formellen Anforderungen des § 33 II PolG wurde durch die Aushändigung einer schriftlichen Bestätigung entsprochen.

III. Materielle Rechtmäßigkeit

In materieller Hinsicht müsste der Tatbestand der Ermächtigungsgrundlage erfüllt und die richtige Rechtsfolge gesetzt worden sein.

1. Tatbestand

a. Öffentliche Sicherheit betroffen

aa. Geschriebenes Recht

Unter den Schutz der öffentlichen Sicherheit fällt zunächst das gesamte geschriebene Recht. Zum geschriebenen Recht gehören auch die §§ 22, 23 KUG, welche die Veröffentlichung von Bildern einer Person durch Dritte regeln, auf die die Polizei zur Begründung der Beschlagnahme Bezug genommen hat, sowie § 201a StGB, der das unbefugte Herstellen von Bildaufnahmen aus dem höchstpersönlichen Lebensbereich unter Strafe stellt.

bb. Individualrechtsgüter

Darüber hinaus sind wichtige Individualrechte und -rechtsgüter geschützt. Als solches arbeitet der VGH das “Recht am eigenen Bild” heraus:

“Das Schutzgut der öffentlichen Sicherheit nach § 1 I 1 PolG umfasst die Rechte und Rechtsgüter der Einzelnen; dazu gehört neben Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre und Vermögen (vgl. nur: BVerfGE 69, 315 [352]) auch das durch Art. 1 I i.V. mit Art. 2 I GG geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht (vgl. VGH Mannheim, Urteil vom 22.2.1995 - 1 S 3184/94; Ruder/Schmitt, PolizeiR BW, 6. Aufl. [2005], Rdnr. 236; Götz, Allgemeines Polizei- und OrdnungsR, 12. Aufl. [1995], Rdnr. 91). Dieses wird u.a. durch das Recht am eigenen Bild konkretisiert (vgl. BVerfGE 101, 361 [381]; di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 I Rdnrn. 173ff.; Dreier, in: ders. [Hrsg.], GG, 2. Aufl. [2004], Art. 2 I, Rdnr. 72, jew. m.w.N.)”

[Anm.: Das Abstellen auf Art. 1 I i.V. mit Art. 2 I GG durch den VGH ist an dieser Stelle missverständlich. Es geht hier nämlich nicht um Grundrechte als geschriebenes Recht - gegen solche könnte der Kl. (von

wenigen Ausnahmen abgesehen) nämlich gar nicht verstoßen, weil nur der Staat grundrechtsverpflichtet ist - sondern um Individualrechte der Frau X. Richtig ist zwar, dass sich das Recht am eigenen Bild aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ableiten lässt, welches seinerseits in Art. 1 I i.V. mit Art. 2 I GG verbrieft ist. Darauf kommt es hier aber nicht an. Entscheidend ist allein, dass Frau X Trägerin eines solchen Rechts ist, nicht, dass es normativ verankert ist.]

b. Unmittelbar bevorstehende Störung

Eine unmittelbar bevorstehende Störung setzt die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts für das betroffene Schutzgut in allernächster Zukunft voraus. Ist der Schaden schon eingetreten, liegt solange noch eine Störung vor, wie die Schädigung fortwirkt.

Eine Störung in diesem Sinne infolge des vom Kl. geschossenen Fotos von Frau X erkennt der VGH im Zeitpunkt der Beschlagnahme des Films (29.6.2005) an. Dies zwar nicht für das geschriebene Recht, wohl aber für das Individualrecht der X am eigenen Bild:

“§ 22 KUG erwähnt als - nach § 33 KUG strafbewehrte - Verletzungshandlungen nur die Verbreitung und öffentliche Zurschaustellung eines Bildnisses ohne Einwilligung des Abgebildeten. § 201a StGB stellt das unbefugte Herstellen von Bildaufnahmen aus dem höchstpersönlichen Lebensbereich unter Strafe. Es ist indessen anerkannt, dass - nicht zuletzt angesichts der nur fragmentarischen Natur des Strafrechts - diese Regelungen nicht abschließend sind. Vielmehr kann auch das bloße Herstellen einer Aufnahme einer Person, die sich nicht im persönlichen Rückzugsbereich, sondern in der Öffentlichkeit aufhält, gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht verstoßen (vgl. Wandtke/Bullinger/Fricke, UrheberR, 2. Aufl. [2006], § 22 KUG, Rdnr. 9; Steffen, in: Löffler, PresseR, 5. Aufl. [2006], § 6 LPressG, Rdnrn. 119, 123, m.w.N.; VGH Mannheim, Urteil vom 22.2.1995 - 1 S 3184/94).

[Anm.: Hier zeigt sich, dass es irrelevant ist, ob die Behörde eine rechtlich zutreffende Begründung ihres Handelns gibt. In formeller Hinsicht genügt, dass überhaupt irgend eine konkrete Begründung vorhanden ist (§ 39 VwVfG oder Spezialgesetz), mag sie auch inhaltlich unzutreffend sein. In materieller Hinsicht genügt, dass der Tatbestand der Ermächtigungsgrundlage aus irgend einem Grund erfüllt ist, sei es der von der Behörde angegebene oder ein anderer. Deshalb ist es auch hier unschädlich, dass die Behörde die Beschlagnahme mit einem Verstoß gegen § 22 KUG begründet hat, diese tatsächlich aber nur auf einen un gerechtfertigten Eingriff in das Individualrecht am eigenen Bild gestützt werden kann. Für den VGH ist all dies offenbar so selbstverständlich, dass das Gericht hierauf mit keinem Wort eingeht.]

“Denn schon dadurch wird das Erscheinungsbild des Betroffenen in einer bestimmten Situation von seiner Person abgelöst, datenmäßig fixiert und seiner Kontrolle und Verfügungsmacht entzogen, woraus ein Schutzbedürfnis erwächst (s. BVerfGE 101, 361 [380f.]; BVerfG, NJW 2008, 1793). Die Feststellung eines unzulässigen Eingriffs in das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen durch das Anfertigen eines Bildes erfordert eine Würdigung aller Umstände des Einzelfalls und eine Güter- und Interessenabwägung der schutzwürdigen Rechtsposition der Bet. (BGH, NJW 1995, 1955f. = GRUR 1995, 621). Hiernach ist nichts dafür ersichtlich, dass die Betr. die Anfertigung der Bilder durch den Kl. hätte dulden müssen.”

[Anm.: Der VGH führt im Folgenden aus, dass die klägerischen Motive Ausdruck eines offensichtlich schon lang andauernden psychiatrischen Krankheitsbildes seien, das sich in Wahnvorstellungen äußere. Dass diese keine Duldungspflicht begründen können, ist evident. Es werden sich aber auch Fälle bilden lassen, in denen es anders liegt (man denke nur an einen Modelvertrag zwischen den Beteiligten oder ein legitimes Beweissicherungsinteresse des Kl. anlässlich einer Straftat).]

c. Richtiger Adressat

Dass der Kl. als Gewahrsamsinhaber richtiger Adressat der Beschlagnahme des Films war, unterliegt keinem Zweifel.

d. Befristung

Nach § 33 III 2 PolG BW ist eine Beschlagnahme nur für maximal sechs Monate zulässig. Die hier streitgegenständliche Beschlagnahmeverfügung vom 29.6.2005 wurde aber nicht auf längstens sechs Monate, sondern “bis zu einer gerichtlichen Entscheidung” befristet, also auf einen unbestimmten Zeitraum. Der VGH hält dies für den vorliegenden Prozess allerdings für irrelevant. Zu unterscheiden sei zwischen der Anordnung der Beschlagnahme am 29.6.2005 und deren anschließender Aufrechterhaltung. Der Kl. habe hier nur die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Anordnung der Beschlagnahme begehrt, nicht die ihrer Aufrechterhaltung in einem späteren Zeitpunkt, wie etwa dem der Erledigung oder des Ablaufs von sechs Monaten. Eine solche Beschränkung des Klageantrags sei auch erstens (jedenfalls für Dauerverwaltungsakte) zulässig und zweitens (unausgesprochen: nach § 88, 2. Hs VwGO) für das Gericht bindend:

“Der Kl. ist bei einer Fortsetzungsfeststellungsklage nicht darauf beschränkt, die Rechtswidrigkeit des erledigten Verwaltungsakts bezogen auf den Zeitpunkt feststellen zu lassen, der im Erledigungszeitpunkt für den mit der ursprünglichen Anfechtungsklage geltend gemachten Aufhebungsanspruch maßgeblich war. Dies ist bei einem Dauerverwaltungsakt wie der Beschlag-

nahme grundsätzlich der Zeitpunkt der Erledigung. Allerdings kommt auch bei einem Anfechtungsstreit insoweit nicht nur eine Aufhebung des Verwaltungsakts ex nunc - nur für die Zukunft -, sondern auch ex tunc - bezogen auf in der Vergangenheit liegende Zeitpunkte -, in Betracht (vgl. BVerwGE 97, 214 [220f.]; Gerhardt, in: Schoch, u.a. [Hrsg.], VwGO, § 113 Rdnrn. 34f.). Demnach kann auch in der veränderten prozessualen Situation die Rechtswidrigkeit eines Dauerverwaltungsakts bezogen auf verschiedene Zeitpunkte geltend gemacht werden (VGH Mannheim, VBIBW 2001, 100f.; vgl. auch BVerwGE 59, 148 [158f., 163])."

[Anm.: Hielte man eine derartige Beschränkung des Klageantrags für unzulässig, was - soweit ersichtlich - allerdings nicht vertreten wird, hätte man auf diesen Punkt schon in der Statthaftigkeit eingehen müssen.]

e. Zwischenergebnis

Die Voraussetzungen für die Anordnung einer Be-

schlagnahme lagen jedenfalls am 29.6.2005, dem hier maßgeblichen Zeitpunkt, vor.

2. Rechtsfolge

§ 33 I PolG BW eröffnet ein Entschließungs- und Auswahlmessen, welches das Gericht auf Ermessensfehler kontrollieren kann, § 114 VwGO. Solche sind hier aber nicht ersichtlich. Insbesondere war die Beschlagnahme nicht unverhältnismäßig, da - wie bereits oben gezeigt - einerseits ein legitimes Interesse des Kl. am Anfertigen der Bilder nicht erkennbar und der Gewahrsamsverlust am Film nur von vorübergehender Dauer war, andererseits das Recht am eigenen Bild von Frau X nicht anders hätte geschützt werden können.

C. Ergebnis

Die Klage ist zulässig, aber unbegründet. Sie hat keinen Erfolg.

Standort: Reisevertrag

Problem: Schadensersatz

OLG KÖLN, URTEIL VOM 30.06.2008
16 U 3/08 (NJW-RR 2008, 1448)

Problemdarstellung:

Die Kl. und ihr Ehemann begehren Schadensersatz materieller und immaterieller Art wegen eines Unfallereignisses auf einer Safarireise. Die Kl. stürzte auf dem Weg zu einem Treffpunkt mit Wildhütern in der Dunkelheit über eine Steinstufe im Gelände, weil der Weg nicht beleuchtet war und keine Führung durch die Dunkelheit erfolgte. Die Kl. zog sich dadurch einen Bruch des Schultergelenks zu. Die Kl. war durch diesen Bruch, der erst nach der Rückkehr nach Deutschland diagnostiziert worden war, in den noch folgenden 19 Tagen der Reise erheblich beeinträchtigt.

Das LG hat die Klage abgewiesen, da sich durch den Sturz der Kl. nur das allgemeine Lebensrisiko verwirklicht habe. Mit ihrer Berufung hat die Kl. beantragt, die Bekl. zur Zahlung von mindestens 3837,17 Euro sowie zu weiteren 966,30 Euro vorgerichtlicher Rechtsanwaltsgebühren und einem Schmerzensgeld von 7500 Euro zu verurteilen, sowie festzustellen, dass die Bekl. auch die künftigen Schäden zu ersetzen habe. Die Berufung hatte teilweise Erfolg.

Prüfungsrelevanz:

Das OLG Köln hatte sich mit klassischen Problemen aus dem Reiserecht und dem Deliktsrecht zu befassen. Zunächst einmal war der Umfang der Reiseleistung zu hinterfragen, um das Vorliegen eines Mangels gem. § 651 c I BGB prüfen zu können. Die Bekl. hatte eine

Safarireise beworben, die als Naturreise bezeichnet wurde. Nach den Katalogangaben waren von der Reiseleistung sämtliche Transfers, Besichtigungen und Waderungen umfasst. Dies führt dazu, dass die Bekl. auch dafür zu sorgen hat, dass die Reisenden von ihren Unterkünften zu den vorgesehenen Treffpunkten und zu den geplanten Ausflügen begleitet werden. Zu berücksichtigen ist dabei, dass die Angaben in den Reisekatalogen die Mindestanforderungen dessen beschreiben, was der Reisende als Umfang der Reiseleistung erwarten darf. Im vorliegenden Fall hatte der örtlich anwesende Reiseleiter die Gruppe nicht begleitet, obwohl die Reisenden ihn darum gebeten hatten. Die Kl. hatte gleich wie ihr Ehemann an der Exkursion teilgenommen und war auf dem Weg zu dem Treffpunkt gestürzt. Dadurch brach sie sich das Schultergelenk und litt geraume Zeit unter erheblichen Schmerzen. Die Reise hatte daher einen Mangel gem. § 651 c I BGB, der einen Schadensersatzanspruch der Kl. gem. § 651 f I BGB sowie gem. § 823 I BGB die deliktische Haftung der Bekl. rechtfertigte. Bei der deliktischen Haftung war genauer die Verletzung der Verkehrssicherungspflichten (VSP) der Reiseveranstalter zu überprüfen. Für die deliktsrechtliche Haftung des Reiseveranstalters wegen Verletzung einer VSP ist von Bedeutung, welche rechtlichen Verpflichtungen dem Veranstalter obliegen (BGHZ 103, 298; BGH, NJW-RR 2002, 1056; BGH, NJW 2000, 1188). Der Veranstalter übernimmt gemäß seinem Angebot die Planung und die Durchführung der Reise, haftet insoweit für deren Erfolg und trägt grds. die Gefahr des Nichtgelingens. Die Bekl. hat sich in ihrer Reisebeschrei-

bung zu einer „Studienreiseleitung“ und der Bereitstellung sämtlicher Transfers, Besichtigungsfahrten und Wanderungen verpflichtet.

Allerdings war hinsichtlich der Schadenshöhe in beiden Fällen zu berücksichtigen, dass die Kl. sich ein Mitverschulden gem. § 254 I BGB zur Last legen lassen muss. Sie hätte, da sie die Gefahren des Weges erkannt hat, von der Teilnahme an der Exkursion absehen müssen bzw. den Weg mit größtmöglicher Sorgfalt begehen müssen. Der erkennende Senat hielt hier eine Kürzung i.H.v. 1/3 für angemessen.

Daneben kann die Kl. gleich wie ihr Ehemann den immateriellen Schadenersatz gem. § 651 f II BGB geltend machen. Beide haben eine erhebliche Beeinträchtigung der Urlaubszeit erfahren, so dass der Erholungswert der Reise beeinträchtigt war. Folglich konnte ein Ersatz der nutzlos aufgewendeten Urlaubszeit in Geld gem. § 253 I BGB erfolgen. Der Ersatz des immateriellen Schadens außerhalb des Schmerzensgeldes kann gem. § 253 I BGB nur in den gesetzlich angeordneten Fällen begehrt werden. Es handelt sich um eine Norm mit großem Ausnahmecharakter, welche im BGB nur in § 651 f II BGB vorgesehen ist. Außerhalb des BGB ist ein Anwendungsbereich z.B. in § 97 II UrhG oder § 40 III SeemannsG eröffnet.

Vertiefungshinweise:

□ Zum Schmerzensgeldanspruch bei Todesfall: *OLG Düsseldorf*, NJOZ 2008, 606 (Stromschlag auf Schiffsreise); *BGH*, RA 2006, 3268 = *NJW* 2006, 3268 (Wasserrutsche).

□ Zum Pauschalreiserecht: *Staudinger/Illmann*, *NJW* 2008, 2752.

□ 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; *LG Köln*, *NJW-RR* 2004, 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 Schadenersatz bei unterbliebenem Weckruf: *AG Duisburg*, RA 2008, 478

□ Zum Umfang der Minderung wegen eines Reismangels: *BGH*, RA 2008, 570

Kursprogramm:

□ *Examenskurs*: „Der Golfkrieg“

reise“ bezeichneten Safarireise sowohl seine umfassende Reiseleitung wie auch sämtliche Transfers, Besichtigungsfahrten und Wanderungen als Teil der Reise an, so hat er auch für eine Begleitung der Reiseteilnehmer von ihren Unterkünften zu den vorgesehenen Treffpunkten der geplanten Exkursionen zu sorgen.

2. Kommt ein Reiseteilnehmer, ohne dass eine Begleitung des Veranstalters erfolgt, auf einem unbekanntem und zur Unfallzeit unbeleuchteten Weg zum Treffpunkt der angesagten Wanderung zu Fall, besteht eine grundsätzliche Haftung des Veranstalters. Die Haftung des Veranstalters kann durch ein etwaiges Mitverschulden des Reisenden gemindert sein (hier: 1/3), weil dieser bei der Begehung eines ihm unbekanntem und unwegsamem Weges nicht mit größtmöglicher Aufmerksamkeit gelaufen ist oder sogar die Exkursion abgebrochen hat.

Sachverhalt (vereinfacht):

Die Kl. verlangt auf Grund eines Unfalls anlässlich einer gemeinsam mit ihrem Ehemann bei der Bekl. gebuchten Pauschalreise Schadensersatz für aufgewendete Heilkosten, Reisepreisminderung bzw. Ersatz für vertane Urlaubszeit. Der Ehemann begehrt den Ersatz der nutzlos aufgewendeten Urlaubszeit.

Der Unfall ereignete sich noch bei Dunkelheit gegen 5 Uhr morgens auf dem mehrere 100 Meter langen Weg zu einem Treffpunkt mit Wildhütern, die die Reisegruppe auf eine „Pirsch zu Fuß“ begleiten sollten, wobei diese Exkursion Teil des von der Firma M in ihrem Katalog angebotenen Programms war. Der Weg war unbeleuchtet und den Reisenden nicht bekannt. Der Reiseleiter, der ausreichend qualifiziert ist und von der Bekl. ständig überwacht wird, hatte den Teilnehmern der Kleingruppe, die ihn um Teilnahme gebeten hatten, am Abend zuvor mitgeteilt, dass er sie zu dem Treffpunkt auf dem Gelände des Camps, auf dem übernachtet wurde, nicht begleiten werde und ihnen eine Wegbeschreibung gegeben. Die Kl., die sich mit den übrigen Teilnehmern getroffen hatte, stürzte auf dem Weg von ihrer Hütte zu dem Treffpunkt mit den Wildhütern über eine im Gelände befindliche Steinstufe. Hierbei zog sie sich einen erst in Deutschland diagnostizierten Bruch des Schultergelenks zu. Im weiteren Verlauf der noch 19 Tage dauernden Reise war sie durch diese Verletzung erheblich beeinträchtigt. Schon lange Autofahrten auf schlechten Straßen verursachten Schmerzen, an drei großen Wanderungen (zwischen dem fünften und achten Tag nach dem Unfall) konnte sie nicht teilnehmen. Auch an den verbleibenden Urlaubstagen fehlte wegen der ständigen Schmerzbelastung der erwartete Urlaubsgenuss.

Leitsätze:

1. Bietet ein Reiseveranstalter bei einer als „Natur-

Bestehen die geltend gemachten Ansprüche? Gehen Sie bei der Bearbeitung davon aus, dass sich die Kl.

prompt nach der Rückkehr an die Bekl. wendet und die Ansprüche geltend macht.

[Anm.: Gehen Sie davon aus, dass kein gesetzlicher Forderungsübergang gem. §§ 194 I, 86 I VVG erfolgt ist.]

Lösung:

I. Teil: Ansprüche der Kl. gegen die Bekl.

A. Anspruch der Kl. gegen die Bekl. auf Schadensersatz gem. § 651 f I BGB

Die Kl. könnte einen Anspruch auf Schadensersatz in Bezug auf materielle und immaterielle Schäden gem. § 651 f I BGB haben.

I. Reisevertrag i.S.d. § 651 a I 1 BGB

Die Kl. müsste mit der Bekl. einen Reisevertrag gem. § 651 a BGB geschlossen haben. Ein Reisevertrag ist dann gegeben, wenn ein Reiseveranstalter einem Reisenden gegen Entgelt zur Erbringung einer Gesamtheit von Reiseleistungen verpflichtet ist. Erforderlich sind mindestens zwei Reiseleistungen, die in etwa gleichwertig sein müssen.

[Anm.: Das Gesetz definiert den Begriff nicht. Gemeint ist die Pauschalreise. Dabei handelt es sich um eine aus mehreren Einzelleistungen zu einer Einheit zusammengefasste, als solche angebotene und innerhalb eines bestimmten Zeitraumes zu erbringende Gesamtleistung, die als Veranstaltung geschuldet ist (BGH, NJW 1995, 2629; Palandt-Sprau, Einf. v. § 651 a Rn 3).]

Die Kl. buchte eine Pauschalreise gemeinsam mit ihrem Ehemann. Es handelte sich um eine Safarireise in Form der Naturreise. Also liegt ein Reisevertrag vor.

II. Mangel i.S.d. § 651 c I BGB

Es müsste ein Reisemangel gem. § 651 c I BGB vorliegen. Ein Mangel liegt dann vor, wenn ein tauglichkeitsmindernder Fehler aus dem Gefahrenbereich des Veranstalters vorliegt (OLG Ffm, NJW-RR 1988, 1328) oder wenn eine zugesicherte Eigenschaft fehlt (Palandt-Sprau, § 651 a Rn 2). Ein Fehler ist dann gegeben, wenn die Ist-Beschaffenheit, d.h. die tatsächliche Beschaffenheit der Reise, von derjenigen abweicht, welche die Vertragsparteien bei Vertragsschluss vereinbart oder gemeinsam vorausgesetzt haben (sog. Soll-Beschaffenheit).

[Anm.: Die Angaben im Reisekatalog sind die Mindestanforderungen, die der Reisende erwarten darf (Palandt-Sprau, § 651 a Rn 5).]

Zum geschuldeten Inhalt der Safarireise führte der erkennende Senat aus:

“Die Bekl. als Reiseveranstalter hat sich durch den Reisevertrag verpflichtet, der Kl. und ihrem Ehemann die in ihrem Katalog für diese Reise beschriebenen Ausflüge und Natur- und Tierbeobachtungen zu ermöglichen. Dazu gehörte für den 5. Reisetag der Programmpunkt „Zu Fuß auf der Pirsch“, der für den frühen Vormittag eine zu Fuß durchgeführte zwei- bis dreistündige Pirsch zur Tierbeobachtung vorsah. Der Reiseveranstalter hat sich in seiner Reisebeschreibung zu einer „Studienreiseleitung“ und der Bereitstellung sämtlicher Transfers, Besichtigungsfahrten und Wanderungen verpflichtet. Im Übrigen ist der Veranstalter gehalten, während der gesamten Reise die Sicherheit und die Gesundheit der Reisetilnehmer jederzeit zu gewährleisten. Das gilt auch für Safarireisen (vgl. OLG München, NJW-RR 1999, 1358), die hier im Katalog der Bekl. nicht als „Abenteuer-“, sondern als „Naturreise“ beschrieben wird. Schon aus dieser allgemeinen Verpflichtung, aber insbesondere aus der vertraglich ausdrücklich übernommenen Reiseleitung folgt die Pflicht des Veranstalters, die Reisetilnehmer regelmäßig zu den jeweiligen Sammelpunkten bzw. Ausgangspunkten der geplanten Exkursionen zu begleiten. Diese Verpflichtung besteht jedenfalls dann, wenn der Weg für die Reisenden unbekannt und/oder gefahrträchtig ist.”

Die Reise wies einen Mangel auf. Da der Reiseveranstalter sich in seiner Reisebeschreibung zu einer „Studienreiseleitung“ und der Bereitstellung sämtlicher Transfers, Besichtigungsfahrten und Wanderungen verpflichtet hat, hätte eine Begleitung der Reisenden zum Treffpunkt erfolgen müssen. Zudem ist der Veranstalter gehalten, während der gesamten Reise die Sicherheit und die Gesundheit der Reisetilnehmer jederzeit zu gewährleisten. Dass es sich um eine Safarireise handelt, steht dem nicht entgegen, zumal die Reise nicht als Abenteuerreise sondern als Naturreise beworben worden war. Den Reisetilnehmern war die Örtlichkeit nicht bekannt; es handelte sich dabei um ein größeres Campgelände am Krüger-Nationalpark. Zwar übernachteten sie dort, jedoch war ihnen der Weg zum Treffpunkt mit den Wildhütern am Rande des Camps aus eigener Anschauung nicht bekannt. Es handelte sich um einen mehrere 100 m langen Weg, der in etwa zehn Minuten zurückgelegt werden konnte. Zum anderen musste die Gruppe diesen Weg bei Dunkelheit ohne Wegbeleuchtung innerhalb des Camps zurücklegen. Wegen dieser Umstände war der Reiseveranstalter verpflichtet, die Reisetilnehmer von ihren Übernachtungshütten durch das unbeleuchtete Campgelände zu dem Treffpunkt mit den Wildhütern zu führen und ggf. für eine Ausleuchtung des Weges und für Hinweise auf Hindernisse zu sorgen. Dieser Verpflichtung ist der örtliche Reiseleiter auch nicht nachgekommen. Er hat trotz Bitten einiger Reisetilnehmer die Gruppe sich selbst überlassen und damit vorsätzlich

Pflichten des Veranstalters verletzt, weil er als Hilfsperson des Reiseveranstalters tätig ist. Die fehlende Begleitung der Gruppe ohne Hinweise auf einen gut begehbaren Weg bzw. Warnungen vor Stolperstellen und ohne ausreichende Beleuchtung war ursächlich für den Sturz der Kl..

Also ist die Soll-Beschaffenheit in Form der Gewährleistung der Sicherheit der Reise nicht gegeben, so dass ein Reisemangel gem. § 651 c I BGB vorliegt (so bereits OLG Düsseldorf, RRA 2006, 112; NJW-RR 2003, 59).

III. Mängelanzeige oder Abhilfeverlangen

Fraglich ist, ob eine Mängelanzeige oder ein Abhilfeverlangen vorliegen muss. Nach h.M. muss der Reisende grds. am Urlaubsort, gleich wie bei der Minderung und der Kündigung unverzüglich i.S.v. § 121 I BGB Abhilfe verlangen (§ 651 e II BGB) oder den Mangel gem. § 651 d II BGB anzeigen. Es handelt sich um ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal, was deshalb zu prüfen ist, weil der Schadensersatz nach dem Wortlaut des § 651 f I BGB unbeschadet der Minderung und Kündigung begehrt werden kann. Daraus folgt, dass die Anforderungen an Schadensersatz, Minderung und Kündigung vergleichbar sein müssen. (BGHZ 92, 177; BGH, NJW 1985, 132; Palandt-Sprau, § 651 f Rn 1)

Hier ist weder eine Mängelanzeige noch ein Abhilfeverlangen ersichtlich. Dies ist dann unschädlich, wenn die Anzeige bzw. das Verlangen entbehrlich war. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Abhilfe nicht möglich ist (LG Hamburg, RRA 2002, 214) oder wenn für den Reiseleiter vor Ort der Mangel offensichtlich ist (AG Ffm, NJW-RR 2000, 787, str.). Der erkennende Senat führte dazu aus: "Entgegen der Meinung der Bekl. bedurfte es in Hinblick auf das vorangegangene Verhalten des Erfüllungsgehilfen der Bekl. keiner Mängelanzeige und Fristsetzung zur Abhilfe mehr, §§ 651 f, 651 c BGB. Da der Reiseleiter bereits am Vorabend seine Begleitung zum Treffpunkt gegenüber den Reisenden abgelehnt hatte, war die Kl. nicht gehalten, ihn am Morgen des Unfalltages nochmals zur Führung aufzufordern. Abgesehen davon war es der Kl. frühmorgens um 5 Uhr auch nicht zumutbar - wenn dies überhaupt telefonisch möglich war -, mit dem Reiseleiter Kontakt aufzunehmen, da in absehbarer Zeit die geplante Pirsch losgehen sollte, so dass Abhilfe in der verbleibenden Zeit nicht mehr erwartet werden konnte."

IV. Vertretenmüssen

Der Bekl. müsste die Pflichtverletzung zu vertreten haben. Gem. § 651 f I 2. Hs. BGB wird das Vertretenmüssen wegen der Negativformulierung des Gesetzes vermutet. Diese Vermutung ist jedoch widerleglich. Dem Reiseveranstalter steht der Entlastungsbeweis

offen, d.h. die Darlegung und der Beweis, dass der Mangel auf einem Umstand beruht, den er nicht zu vertreten hat (Palandt-Sprau, § 651 f Rn 4). Maßstab des Verschulden ist gem. § 276 BGB Vorsatz und Fahrlässigkeit. Hier ist ein eigenes Verschulden der Bekl. nicht ersichtlich. Allerdings bedient sich die Bekl. des örtlichen Reiseleiters, um ihre Verbindlichkeiten gegenüber den Reisenden erfüllen zu können. Also wird der Reiseleiter als Hilfsperson im Pflichtenkreis des Veranstalters tätig. Damit ist dieser Erfüllungsgehilfe gem. § 278 BGB. Der Reiseleiter hat den Reisenden das Geleit bis zum Treffpunkt mit den Wildhütern versagt; Auch wurden keine Vorkehrungen für eine Beleuchtung des Weges getroffen, obwohl die Reisenden dies angemahnt hatten. Folglich muss sich die Bekl. das fehlerhafte Verhalten des Reiseleiters zurechnen lassen.

V. Ausschluss

Ein Ausschluss gem. § 651 g I BGB ist nicht ersichtlich. Die Kl. hat die Ansprüche prompt nach der Rückkehr bei der Bekl. geltend gemacht.

VI. Rechtsfolge

Die Kl. hat einen Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 249 ff. BGB. Ersetzt wird der Nichterfüllungsschaden, der durch den Mangel verursacht ist. Geschützt ist das positive Interesse einschließlich der Mangelfolgeschäden (BGHZ 100, 157, MünchKomm-Tonner, § 651 f Rn 10), soweit diese Umstände nicht bereits durch die Minderung abgegolten sind.

1. Vorliegen eines Schadens

Es müsste ein Schaden vorliegen. Dies ist dann der Fall, wenn eine unfreiwillige Vermögenseinbuße gegeben ist.

a. Heilbehandlungskosten

Die Kl. hat Heilbehandlungskosten aufgewendet. Dabei handelt es sich um eine unfreiwillige Vermögenseinbuße. Diese ist gem. § 249 II 1 BGB als Schaden auch ersatzfähig. Also sind die Heilbehandlungskosten zu ersetzen.

b. Schmerzensgeld

Die Kl. begehrt Schmerzensgeld in angemessener Höhe. Die Ersatzfähigkeit des immateriellen Schadens ergibt sich aus § 253 II BGB. Zur Bemessung des Schmerzensgeldes führte der erkennende Senat aus: "Dem Senat erscheint ein Schmerzensgeld in Höhe von 6000 Euro erforderlich, aber auch ausreichend. Hierbei wurden die erhebliche Schmerzbelastung, die noch heute, nach zwei Jahren bestehende Beeinträchtigung in der Beweglichkeit des Armes, die die Kl. glaubhaft geschildert hat, sowie die noch andauernden Beschwerden bei passiver Belastung der Schulter, die die Kl. durch ihre Angaben und das ärztliche Attest

vom 05.05.2008 belegt hat, berücksichtigt. In diesem Zeugnis hat ein Facharzt nachvollziehbar begründet, dass die von der Kl. geltend gemachten aktuellen Beschwerden mit dem klinischen und sonographischen Befund in Einklang stehen. Ferner kommt der Arzt zu dem Ergebnis, dass eine Besserung der Symptomatik nur noch eingeschränkt zu erwarten ist, mithin weitere zukünftige Beschwerden nicht ausgeschlossen werden können. Zudem werden weitere Heilbehandlungen für förderlich gehalten. Den Inhalt dieses Gutachtens hat die Bekl., die das Vorliegen von Dauerschäden bestritten hat, nicht in Frage gestellt. Der Senat hat deshalb keine Bedenken, dieses Gutachten seiner Entscheidung zu Grunde zu legen. Die Einholung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens war nicht mehr geboten. Einzubeziehen war andererseits auch die Mitverursachung durch die Kl. mit einer Quote von 1/3. Schließlich hat der Senat sich an der Rechtsprechung anderer Gerichte orientiert (vgl. Jaeger/Luckey, Schmerzensgeldbeträge, 4. Aufl., Schulter E 603 bis E 905). In Hinblick auf die zukünftige Entwicklung geht der Senat davon aus, dass sich entsprechend dem fachärztlichen Gutachten vom 05.05.2008 voraussichtlich die Beschwerden durch Physiotherapie verringern, jedoch nicht völlig beheben lassen, so dass Schmerzen immer wieder auftreten können. Das von der Kl. verlangte höhere Schmerzensgeld erschien dem Senat indes aus den genannten Gründen überhöht. Insoweit ist die Klage - ebenso wie bezüglich der weitergehenden klägerischen Schadensersatzforderungen - abzuweisen."

2. Anspruchskürzung gem. § 254 I BGB

Fraglich ist, ob der Anspruch auf den Ersatz der materiellen Schäden wegen Mitverschuldens der Kl. gem. § 254 I BGB zu kürzen ist. Hier waren Umstände gegeben, die erkennbar zu besonderer Vorsicht veranlassen. Die Kl. hätte, wenn ihr der Weg angesichts der Dunkelheit zu gefährlich erschien, auf diese Exkursion verzichten müssen. Dies war ihr auch zumutbar, da sie in diesem Fall wegen der mangelhaften Leistung der Bekl. nicht rechtlos gestellt gewesen wäre. Wenn sie gleichwohl trotz des unbekanntes Geländes und der Dunkelheit den Weg antrat, hätte sie besonders aufmerksam sein müssen, um einen Sturz zu vermeiden. Dem kam die Kl. nicht nach.

"Dem Senat erscheint eine Mitverschuldensquote in Höhe eines Drittels angemessen. Denn dem leicht fahrlässigen Verhalten der Kl. steht das schon vorsätzliche Unterlassen des Reiseleiters gegenüber, der trotz der Anfragen der Reisenden diese bewusst an dem fraglichen Morgen sich selbst überlassen hat. Demgegenüber befand sich die Kl., die an dem Programmpunkt „Zu Fuß auf der Pirsch“ teilnehmen wollte, in einer durch die mangelhafte Reiseleitung verursachten - Konfliktsituation, so dass ihr Verschulden geringer zu veranschlagen ist."

[Anm.: Der immaterielle Schaden ist nicht gem. § 254 I BGB zu kürzen. Etwaige Mitverursachungsbeiträge des Geschädigten werden bereits bei der Ermittlung der Höhe des Schmerzensgeldes mit berücksichtigt. Dort werden sämtlich Umstände abgewogen, um ein angemessenes Schmerzensgeld zuzusprechen.]

Also hat die Kl. gegen die Bekl. einen Anspruch auf Schadensersatz gem. § 651 f I BGB wegen der Heilbehandlungskosten und bezüglich des Schmerzensgeldes.

B. Anspruch der Kl. gegen die Bekl. auf Schadensersatz gem. § 651 f II BGB

Die Kl. könnte zudem einen Anspruch auf Schadensersatz gem. § 651 f II BGB wegen nutzlos aufgewendeter Urlaubszeit haben.

I. Reisevertrag i.S.v. § 651 a I 1 BGB

Ein wirksamer Reisevertrag gem. § 651 a I 1 BGB liegt vor.

II. Mangel i.S.d. § 651 c I BGB

Ein Reisemangel gem. § 651 c I BGB wegen der fehlenden Sicherheit der Reise ist gleichfalls gegeben. Auf obige Ausführungen dazu wird verwiesen.

III. Erhebliche Beeinträchtigung der Reise

Die Beeinträchtigung der Reise müsste erheblich sein. Ob eine erhebliche Beeinträchtigung der Reise gegeben ist, ist aufgrund einer Gesamtwürdigung der Umstände, insbesondere der konkreten Ausgestaltung der geschuldeten Reise sowie der Art und Dauer der Beeinträchtigung, nach objektiven Maßstäben zu entscheiden (Palandt-Sprau, § 651 e Rn 2).

Der Bruch des Schultergelenks war für die Kl. in den ersten Wochen mit erheblichen Schmerzen verbunden. Die Kl. hatte in den ersten ein bis zwei Wochen nach dem Unfall zunächst keinen, später nur ganz geringen Urlaubsgenuss. Schon lange Autofahrten auf schlechten Straßen verursachten Schmerzen, an drei großen Wanderungen (zwischen dem fünften und achten Tag nach dem Unfall) konnte sie nicht teilnehmen. Auch an den verbleibenden Urlaubstagen fehlte wegen der ständigen Schmerzbelastung der erwartete Urlaubsgenuss. Damit ist die Erheblichkeit der Beeinträchtigung dargelegt.

IV. Mangelanzeige oder Abhilfeverlangen

Die grds. erforderliche Mangelanzeige gem. § 651 c II BGB bzw. das Abhilfeverlangen gem. § 651 e II 1 BGB waren aus obig dargelegten Gründen entbehrlich.

V. Vertretenmüssen

Die Bekl. müsste die Pflichtverletzung zu vertreten haben. Das Vertretenmüssen wird gem. § 651 f I 2. Hs. BGB vermutet. Eine Exkulpation ist nicht ersichtlich. Die Bekl. muss sich im Übrigen auch das Fehlverhalten

ten des Reiseleiters gem. § 278 BGB zurechnen lassen.

VI. Rechtsfolge:

Die Kl. hat damit einen Anspruch auf Ausgleich für die nutzlos aufgewendete Urlaubszeit in Geld gem. § 253 I BGB. Dieser Anspruch dient dem Ersatz immaterieller Schäden, welcher durch die Pauschalreise-richtlinie vorgeschrieben ist (Vgl. EuGH, NJW 2002, 1255). Für die Nutzlosigkeit ist entscheidend, ob und inwieweit der mit dem Urlaub verfolgte Erholungszweck verfehlt wird (Palandt-Sprau, § 651 f Rn 6). Für die Höhe sind Bemessungsmaßstäbe die Umstände des Einzelfalles, darunter insbesondere der Reisepreis und die Schwere des Verschuldens des Veranstalters. Anwendung findet auch § 254 I BGB, so dass das Mitverschulden des Geschädigten zu berücksichtigen ist (BGH, WM 1982, 92). Der Senat führt dazu aus:

“Für die ersten ein bis maximal zwei Wochen nach dem Unfall ist eine fast vollständige Beeinträchtigung des Urlaubs anzunehmen; für die restlichen neun Tage liegt diese sicherlich deutlich über 50%. Für die gesamte restliche Urlaubsreise geht der Senat deshalb von einer Beeinträchtigung/Minderung des Urlaubs um mehr als 70% aus. Als angemessene Höhe einer Entschädigung für die entgangene Urlaubszeit, bei der im Rahmen des Schadensersatzanspruches auch das Mitverschulden der Kl. zu berücksichtigen ist, erscheint dem Senat eine Quote in Höhe von 2/3 des Urlaubspreises. Dabei ist zu sehen, dass die gesundheitlichen Beeinträchtigungen, insbesondere die Schmerzbelastung als solche durch das zugesprochene Schmerzensgeld entschädigt werden und deshalb an dieser Stelle nicht (nochmals) entscheidend ins Gewicht fallen können.

Auf der Grundlage des Reisepreises pro Tag für eine Person errechnet sich diese Entschädigung wie folgt: Reisepreis für eine Person: 7432 Euro : 2 = 3716 Euro/Tagespreis: 161,57 Euro. Damit ergibt sich für die verbleibenden 19 Tage ein Reisepreis von 3069,83 Euro. Hiervon 2/3 sind 2046,55 Euro.”

C. Anspruch der Kl. gegen die Bekl. auf Schadensersatz gem. § 823 I BGB

Die Kl. könnte gegen die Bekl. einen Anspruch auf Schadensersatz gem. § 823 I BGB haben.

I. Rechtsgutverletzung

Es müsste eine Rechtsgutverletzung der Kl. vorliegen. Die Kl. ist an Körper und Gesundheit verletzt.

II. Verhalten der Bekl.

Es müsste ein anknüpfungsfähiges Verhalten der Bekl. vorliegen. Die Bekl. hat die Reise veranstaltet und damit aktiv gehandelt.

III. Kausalität und Zurechnung

Das Verhalten müsste für die Rechtsgutverletzung ad-

äquat kausal gewesen sein.

1. Verletzung einer Verkehrsicherungspflicht (VSP)

Das Verhalten der Bekl. führte nur mittelbar zum Verletzungserfolg. Fraglich ist, ob die Zurechnung durch die Verletzung einer VSP erfolgen kann.

a. Bestehen einer VSP

Dem Veranstalter müsste ein VSP obliegen. Eine VSP liegt dann vor, wenn eine Gefahrenquelle geschaffen oder unterhalten wird. Für die deliktsrechtliche Haftung des Reiseveranstalters wegen Verletzung einer VSP ist von Bedeutung, welche rechtlichen Verpflichtungen dem Veranstalter obliegen (BGHZ 103, 298; BGH, NJW-RR 2002, 1056; BGH, NJW 2000, 1188). Der Veranstalter übernimmt gemäß seinem Angebot die Planung und die Durchführung der Reise, haftet insoweit für deren Erfolg und trägt grds. die Gefahr des Nichtgelingens. Die Bekl. hat sich in ihrer Reisebeschreibung zu einer „Studienreiseleitung“ und der Bereitstellung sämtlicher Transfers, Besichtigungsfahrten und Wanderungen verpflichtet. Der Veranstalter ist im Übrigen gehalten, während der gesamten Reise die Sicherheit und die Gesundheit der Reisetilnehmer jederzeit zu gewährleisten. Das gilt auch für Safarireisen (vgl. OLG München, NJW-RR 1999, 1358), die hier im Katalog der Bekl. nicht als „Abenteuer-“, sondern als „Naturreise“ beschrieben wird. Schon aus dieser allgemeinen Verpflichtung, aber insbesondere aus der vertraglich ausdrücklich übernommenen Reiseleitung folgt die Pflicht des Veranstalters, die Reisetilnehmer regelmäßig zu den jeweiligen Sammelpunkten bzw. Ausgangspunkten der geplanten Exkursionen zu begleiten. Diese Verpflichtung besteht jedenfalls dann, wenn der Weg für die Reisenden unbekannt und/oder gefahrträchtig ist. Also ist eine VSP gegeben.

b. Verletzung der VSP

Die Bekl. müsste die VSP verletzt haben. Unstreitig hat die Bekl. die Sicherheit der Kl. als Teilnehmerin der Reise gefährdet, weil die aufgesuchten Örtlichkeiten nicht ausreichend gesichert sind.

2. Äquivalenztheorie

Fraglich ist ob die Kausalität anhand der Äquivalenztheorie zu bejahen ist. Dies ist dann der Fall, wenn die verletzte VSP nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass auch der tatbestandliche Erfolg in seiner konkreten Ausgestaltung entfiere. Hätte die Bekl. dafür gesorgt, dass die aufgesuchten Örtlichkeiten der Safarireise ausreichend gesichert sind bzw. die Reisenden begleitet worden wären, dann wäre die Kl. jedenfalls nicht wegen der Dunkelheit gestürzt.

3. Adäquanztheorie

Auch die Adäquanz müsste vorliegen. Dass ist dann

der Fall, wenn die durch die verletzte VSP gesetzte Bedingung regelmäßig und nicht nur unter ganz atypischen Kausalverläufen den tatbestandlichen Erfolg herbeiführt. Wenn auf einer Safarireise die aufgesuchten Orte nicht hinreichend gesichert sind, insbesondere die Wege nachts nicht beleuchtet sind, dann liegt es nicht außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit, dass sich ein Reisender bei Begehung dieses Weges an Körper und Gesundheit verletzt.

4. Schutzzweck der Norm

Fraglich ist, ob der Schutzzweck der Norm gewahrt ist. Zweifelhaft erscheint, ob die Zurechnung bedingt durch eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung der Kl. ausgeschlossen ist. Die Teilnahme an dem Ausflug basiert zwar auf einer freien Willensentschließung der Kl.. Jedoch ist allein dadurch das Band der Zurechnung noch nicht durchschnitten. Es scheint nicht gerechtfertigt, der Kl. bereits den haftungsbegründenden Tatbestand zu versagen. Vielmehr kann dieser Umstand auch auf der Ebene des Mitverschuldens gem. § 254 I BGB hinreichend anspruchsmindernd berücksichtigt werden.

Also sind die Kausalität und die Zurechnung zu bejahen.

IV. Rechtswidrigkeit

Die Rechtswidrigkeit wird nach der Lehre vom Erfolgsonrecht indiziert durch die Tatbestandlichkeit. Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich.

V. Verschulden

Die Bekl. müsste gem. § 823 I BGB schuldhaft, d.h. vorsätzlich oder fahrlässig, gehandelt haben. Vorliegend wurde durch die objektive Sorgfaltswidrigkeit die subjektive Sorgfaltswidrigkeit indiziert. Daher wird das Verschulden der Bekl. vermutet. Gründe für eine Exkulpation der Bekl. sind nicht ersichtlich.

VI. Rechtsfolge

Also hat die Kl. einen Anspruch auf Schadensersatz. Ersatzfähig sind alle adäquat kausal auf der Verletzung der VSP beruhenden Schadensposten. Die Kl. hat einen Schaden gem. § 249 II 1 BGB hinsichtlich der Heilbehandlungskosten sowie Schmerzen erlitten, die einen Anspruch gem. § 253 II BGB rechtfertigen. Der Ersatz des Schadens bzgl. der Heilbehandlungskosten ist gem. § 254 I BGB angemessen zu kürzen.

D. Anspruch der Kl. gegen die Bekl. gem. § 831 I BGB
Die Kl. könnte gegen die Bekl. einen Anspruch auf Schadensersatz gem. § 831 I BGB haben.

I. Verrichtungsgehilfe

Der Reiseleiter müsste Verrichtungsgehilfe der Bekl. sein. Verrichtungsgehilfe ist derjenige, der mit Wissen

und Willen des Geschäftsherrn weisungsabhängig im Rechtskreis des Geschäftsherrn tätig ist. Der Reiseleiter ist als Angestellter Verrichtungsgehilfe der Bekl..

II. Unerlaubte Handlung

Es müsste eine unerlaubte Handlung des Verrichtungsgehilfen vorliegen. In Betracht kommt eine rechtswidrige unerlaubte Handlung des Reiseleiters gem. § 823 II BGB i.V.m. §§ 229, 13 StGB. Problematisch ist jedoch, ob der Reiseleiter eine Garantenstellung inne hat. Diese Frage kann jedoch offen bleiben, wenn es an einem weiteren Merkmal fehlt.

III. Verschulden

Die Bekl. müsste schuldhaft gehandelt haben. Gem. § 831 I 2 BGB wird grds. das Verschulden vermutet. Die Bekl. kann sich jedoch entlasten, da sie nach dem Sachverhalt den Reiseleiter ordnungsgemäß ausgesucht und ständig überwacht hat.

Eine Haftung der Bekl. gem. § 831 I BGB scheidet also aus.

2. Teil: Ansprüche des Ehemanns der Kl. gegen die Bekl.

Es könnte ein Anspruch des Ehemanns der Kl. gegen die Bekl. auf Schadensersatz gem. § 651 f II BGB vorliegen.

A. Reisevertrag i.S.d. § 651 a I 1 BGB

Ein wirksamer Reisevertrag gem. § 651 a I 1 BGB liegt vor. Auch der Ehemann der Kl. war nach dem Sachverhalt Vertragspartei.

[Anm.: Beachten Sie dabei, dass sich im Rahmen einer Klausur das Problem der Mitverpflichtung der Ehegatten gem. § 1357 I 1 BGB stellen kann. Dies ist nicht ganz unproblematisch. Da Ehegatten regelmäßig über die Reiseplanung miteinander sprechen, handelt es sich wohl nicht um ein Geschäft zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs. Das LG Hamburg hat § 1357 I 1 BGB jedenfalls für den Fall einer gemessen am Lebensbedarf unangemessenen Familienpauschalreise verneint (Vgl. NJW 2002, 1055).]

B. Mangel i.S.d. § 651 c I BGB

Ein Reisemangel gem. § 651 c I BGB liegt wie bereits dargelegt vor.

C. Erhebliche Beeinträchtigung der Reise

Die Beeinträchtigung der Reise müsste erheblich sein. Durch die unfallbedingten Verletzungen der Ehefrau ist auch der Urlaub des Ehemannes beeinträchtigt, jedoch in weit geringerem Umfang. Er war in der Lage, an allen Programmpunkten teilzunehmen und die Naturschönheiten und anderen Sehenswürdigkeiten ohne

eigene Beeinträchtigungen zu genießen. Für ihn wirkte sich nachteilig aus, dass er die Reise nicht unbelastet mit seiner Partnerin genießen konnte. Eine entsprechende Beeinträchtigung liegt daher vor.

D. Mangelanzeige oder Abhilfeverlangen

Eine Mangelanzeige bzw. ein Abhilfeverlangen sind nach obigen Ausführungen entbehrlich.

E. Vertretenmüssen

Das Vertretenmüssen der Bekl. wird gem. § 651 f I 2.Hs. vermutet. Eine Exkulpation kommt nicht in Betracht.

F. Rechtsfolge

Daher hat der Ehemann einen Anspruch auf Ersatz der

nutzlos aufgewendeten Urlaubszeit §§ 651 f II, 253 I BGB.

Der erkennende Senat führt dazu aus:

“Für ihren Ehemann kann die Kl. auf Grund der Abtretung Schadensersatz in Form der Minderung des Reisepreises in Höhe von 205 Euro verlangen. Ausgehend von einem Prozentsatz von 10% ist dieser im Rahmen des Schadensersatzanspruchs mit Blick auf das Mitverschulden um 1/3 zu mindern. Danach errechnet sich bei einem Reisepreis für die verbleibende Zeit von 3069,83 Euro ein Schadensersatzanspruch in Höhe von 205 Euro.”

Damit ist der Anspruch gegeben.

Standort: §§ 25 ff. StGB

Problem: Beteiligung bei abredewidriger Tatbegehung

BGH, BESCHLUSS VOM 02.07.2008
1 STR 174/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte zusammen mit drei Bekannten einen Überfall auf den Leiter eines Supermarktes geplant. Als es zu Terminproblemen kam, beschlossen die anderen, die Tat ohne den Angeklagten durchzuführen, indem sie eine weitere Person als “vierten Mann” hinzuzogen. Sie führten den Überfall dann im Wesentlichen so wie vorher zusammen mit dem Angeklagten geplant aus, ohne ihm jedoch davon zu berichten.

Das Landgericht Tübingen hatte den Überfall als schwere räuberische Erpressung, §§ 253 I, 255, 250 I Nr. 1b StGB, gewertet. Eine Mittäterschaft, § 25 II StGB, des Angeklagten hatte es abgelehnt, diesen allerdings wegen Anstiftung, § 26 StGB, verurteilt. Gegen das Urteil des Landgerichts hatte der Angeklagte Revision eingelegt und eine Verurteilung nur wegen Beihilfe beantragt. Der BGH ging in dem Revisionsverfahren sogar noch weiter und verurteilte den Angeklagten gar nicht wegen Beteiligung an der von den anderen begangenen Tat, sondern nur wegen Verabredung zum Verbrechen, § 30 II StGB.

Prüfungsrelevanz:

Probleme aus dem Bereich Täterschaft und Teilnahme und hier insbesondere Irrtumsprobleme - wie im vorliegenden Fall - sind in beiden Examen als Prüfungsaufgaben besonders beliebt. Der vorliegende Fall bietet insofern zwar keine großen neuen Erkenntnisse, eignet sich aber u.a. auch deshalb hervorragend als Grundlage einer Klausur, weil er diese Probleme des Allgemeinen Teils mit den klassischen Examensdelikten Raub und räuberische Erpressung kombiniert.

Der BGH musste sich in der vorliegenden Entscheidung zunächst mit den Voraussetzungen für eine mittäterschaftliche Begehung gem. § 25 II StGB auseinandersetzen. Neben der grundlegenden Frage der Abgrenzung von (Mit-) Täterschaft und Teilnahme (vgl. hierzu die Entscheidung BGH, 3 StR 243/08, in diesem Heft), die hier meist zu diskutieren ist, setzt eine Mittäterschaft in Abgrenzung zur Nebentäterschaft insb. einen gemeinsamen Tatplan voraus. An diesem fehlt es, wenn einer der Mittäter Handlungen vornimmt, die von den anderen Mittätern so nicht gewollt und auch nicht abgesprochen waren (sog. Mittäterexzess, vgl. BGHSt 36, 234; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 25 Rn 95).

Ein Mittäterexzess ist erst Recht dann gegeben, wenn ein Mittäter die Tat ausführt, obwohl abgesprochen war, dass diese überhaupt noch nicht durchgeführt werden sollte. In der Vergangenheit hatte der BGH in Fällen, in denen einer der Mittäter im Vorbereitungsstadium Bedenken bzgl. der Tatausführung bekommen hatte und sich von den anderen Beteiligten hatte versprechen lassen, dass diese die Tat nicht ohne ihn ausführen würden, eine Strafbefreiung des “Rücktrittswilligen” abgelehnt, wenn die anderen die Tat entgegen ihrer Zusage dennoch ausgeführt hatten (BGHSt 28, 346; BGH, JR 2000, 70; Wessels/Beulke, AT, Rn 650). Eine Mittäterschaft des “Aussteigers” hatte der BGH in diesen Fällen allerdings abgelehnt, weil es stets um Vermögensdelikte gegangen war und die hier erforderliche Zueignungs- oder Bereicherungsabsicht des “Rücktrittswilligen” nicht im maßgeblichen Zeitpunkt der Vornahme der Tathandlung (durch die anderen Beteiligten) vorlag (BGH, NStZ 1994, 29), sodass nur eine Strafbarkeit wegen Beihilfe vorgelegen hatte. Im vorliegenden Fall zieht der BGH den fehlenden Vorsatz des Angeklagten sogar noch weiter als in den “Aussteiger“-Fällen. Da in diesen Fällen der “Rück-

trittswillige" doch immer noch damit rechne, dass die Tat vielleicht auch ohne ihn ausgeführt werde, könne noch ein Vorsatz angenommen werden. Im vorliegenden Fall sei der Angeklagte sich jedoch sicher gewesen, dass die anderen die Tat nicht ohne seine Mitwirkung ausführen würden, sodass er für die entsprechende Tatbegehung weder als Mittäter noch als Gehilfen haften könne.

Eine Strafbarkeit des Angeklagten wegen Anstiftung hat der BGH - im Gegensatz zum LG - mit der Begründung abgelehnt, dass nicht nachzuweisen sei, dass die Initiative zur Begehung der Tat vom Angeklagten ausgegangen sei. Er sei zwar im Vorfeld der "planende Kopf" der Gruppe gewesen. Dies zwingt jedoch nicht zu der Annahme, dass er auch den Tatentschluss der anderen Beteiligten zur Tatausführung hervorgerufen habe, was allerdings Voraussetzung für eine Anstiftung sei.

Vertiefungshinweise:

☐ Zur Strafbarkeit bei abweichender Ausführung der Tat durch die anderen Beteiligten: *BGHSt* 28, 346; *BGH*, *NStZ* 1994, 29; 1999, 449; *Guthra/Sommerfeld*, *JA* 2003, 775; *Hauf*, *NStZ* 1994, 263; *Roxin*, *JR* 1991, 206; *Vogler*, *ZStW* 1986, 331

☐ Zum "Bestimmen" i.S.v. § 26 StGB: *BGHSt* 47, 100; *BGH*, *NStZ* 1994, 30; 2000, 421; 2001, 42; *Börner*, *JURA* 2006, 415; *Geppert*, *JURA* 1997, 303; *Weßlau*, *ZStW* 104, 119

Kursprogramm:

☐ *Examenskurs*: "Die Skizze"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Ob ein Tatbeteiligter eine Tat als Täter begeht, ist in wertender Betrachtung nach den gesamten Umständen, die von seiner Vorstellung umfasst sind, zu beurteilen. Wesentliche Anhaltspunkte können sein der Grad des eigenen Interesses am Erfolg der Tat, der Umfang der Tatbeteiligung, die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille zur Tatherrschaft, so dass Durchführung und Ausgang der Tat maßgeblich auch vom Willen des Betroffenen abhängen. Die Annahme von Mittäterschaft erfordert nicht zwingend auch eine Mitwirkung am Kerngeschehen. Für eine Tatbeteiligung als Mittäter reicht ein auf der Grundlage gemeinsamen Wollens die Tatbestandsverwirklichung fördernder Beitrag aus, der sich auf eine Vorbereitungs- oder Unterstützungshandlung beschränken kann.

2. Eine Mittäterschaft scheidet jedenfalls dann aus, wenn die ausgeführte Tat wesentlich von der Vorstellung des Beteiligten und vom gemeinsamen Tatplan abweicht.

3. Entwickelten mehrere Beteiligte einen Tatplan -

gemeinsam, so liegt darin nicht unbedingt eine Anstiftung der jeweils anderen Beteiligten. Dies gilt auch für den Angeklagten mit der höchsten Planungskompetenz in der Tätergruppe.

Sachverhalt (gekürzt):

Gegen Ende 2006 war Gesprächsthema zwischen dem I sowie K und Z, Raubüberfälle in A. zu begehen. Es entwickelte sich die Idee, M, den Marktleiter des dortigen Penny-Markts zu überfallen, um die Einnahmen vorausgegangener Tage zu entwenden. Die Tat sollte an einem der Warenanlieferungstage in den frühen Morgenstunden vor Öffnung des Markts begangen werden, weil M zu diesen Zeiten allein im Markt war, um einen Diebstahl der angelieferten Waren zu verhindern. I, K und Z brachten in Erfahrung, dass die Tageseinnahmen nicht an jedem Tag von einem Geldtransportunternehmen abgeholt wurden. Nachdem sie noch den W gewonnen [...] hatten, kamen sie überein, dass der Überfall auf M am 29.01.2007 - unter Beteiligung und "Regie" des I - stattfinden solle.

Die vier trafen sich am 29.01.2007 zur Tatausführung, verschätzten sich jedoch in der Zeit und fuhren unverrichteter Dinge wieder nach Hause. I war an den darauf folgenden Tagen verhindert, weil er an seiner Arbeitsstelle Frühschicht hatte. K, W und Z beschlossen, den Plan in Unkenntnis des I zu nutzen und nur die Rollen neu zu verteilen. K übernahm den Tatbeitrag des I (Steuerung des Fluchtfahrzeugs), und als vierten (Ersatz-) Mann gewannen sie den H. Zunächst war I "planender Kopf" der Gruppe gewesen; auch diese Rolle wurde nunmehr von K übernommen. Noch bestand zwischen H, K, W und Z Einigkeit, dass der Angeklagte I an der Tatbeute beteiligt werden solle.

Am frühen Morgen des 31.01.2007 besprachen H, K, W und Z im Fluchtfahrzeug, wie der Überfall konkret ablaufen solle. Anschließend führten sie die Tat aus, indem sie M im Markttinneren überwältigten und mit einer ungeladenen Schreckschusspistole zur Öffnung des Tresors und zur Übergabe des vorrätigen Wechselgeldes (insgesamt 1.529,50 €) zwangen.

Strafbarkeit des I?

Lösung:

A. Strafbarkeit des I gem. §§ 249 I, 250 I Nr. 1b, 25 II StGB

I könnte sich dadurch, dass er mit K, W und Z den Überfall auf M geplant hat, den diese dann auch durchführten, wegen mittäterschaftlichen schweren Raubes gem. §§ 249 I, 250 I Nr. 1b, 25 II StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

Zunächst müsste der Tatbestand des Grunddelikts, §§ 249 I, 25 II StGB, verwirklicht sein.

Dazu müsste zunächst eines der genannten Raubmittel - Gewalt gegen eine Person oder Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben - angewendet worden sein. I selbst hat weder Gewalt gegen M angewandt noch diesem gedroht. Es könnte aber sein, dass die anderen ein Raubmittel angewandt hätten, das I über § 25 II StGB zugerechnet werden kann.

1. Gewalt gegen eine Person

H, K, W und Z könnten dadurch, dass sie M mit einer - ungeladenen - Schreckschusspistole dazu zwangen, das Wechselgeld aus dem Tresor herauszugeben, Gewalt gegen eine Person angewendet haben.

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

Fraglich ist jedoch, ob das Vorhalten einer Waffe "Gewalt gegen eine Person" darstellt.

a. Rechtsprechung

Nach einer Auffassung, die von der Rechtsprechung vor allem früher vertreten wurde, stellt bereits das Vorhalten einer Waffe oder eines vergleichbaren Gegenstandes Gewalt gegen eine Person dar, sofern das Opfer hierdurch in einen Erregungszustand gerät und deshalb sein körperliches Wohlbefinden beeinträchtigt wird (BGHSt 23, 126, 127 f.).

Im vorliegenden Fall ist davon auszugehen, dass M dadurch, dass bei ihm der Eindruck erzeugt wurde, die Täter seien im Besitz einer echten, einsatzbereiten Schusswaffe, eingeschüchtert und somit auch sein körperliches Wohlbefinden beeinträchtigt wurde. Nach dieser Auffassung ist also eine Gewaltanwendung i.S.v. § 249 I StGB gegeben.

b. Herrschende Literatur

Nach der herrschenden Auffassung in der Literatur stellt das bloße Vorhalten einer Waffe oder eines vergleichbaren Gegenstandes jedoch keine Gewalt gegen eine Person dar (Joecks, § 249 Rn 19 ff.; Krey/Hellmann, Rn 186a; Küper, JURA 1983, 206).

Nach dieser Auffassung haben H, K, W und Z also - keine Gewalt gegen eine Person angewandt.

c. Stellungnahme

Der Rechtsprechung ist zugute zu halten, dass das Vorhalten einer Waffe beim Opfer tatsächlich körperliche Wirkungen haben kann, nämlich körperliche Auswirkungen wie Steigerung des Blutdrucks oder der Pulsfrequenz, sodass eine Subsumtion eines solchen Verhaltens unter die allgemeine Definition des Begriffs der Personengewalt möglich erscheint.

Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung zum Gewaltbegriff betont, dass Gewalt nicht nur einen körperlich wirkenden, sondern

insbesondere auch eine körperlich vermittelten Zwang voraussetze (BVerfGE 92, 1). Eine solche körperliche Zwangsvermittlung, also eine körperliche Einwirkung, fehlt jedoch beim bloßen Bedrohen mit einer Waffe, auch wenn eine körperliche Auswirkung noch gegeben sein mag. Die Rechtsprechung lässt die Grenzen zwischen den Tatbestandsalternativen der Gewalt und der Drohung völlig verschwimmen, da die typischen Begleiterscheinungen einer Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben, die hierdurch verursachten Stress- und Angstzustände, gleichzeitig für die Annahme von Personengewalt herangezogen würden. Schließlich besteht auch kein kriminologisches Bedürfnis dafür, die entsprechenden Fälle als Gewalt gegen eine Person anzusehen, da sie über die Tathandlung der Bedrohung auch erfasst werden können.

Der herrschenden Literatur ist somit zu folgen. Eine Anwendung von Gewalt gegen eine Person ist nicht gegeben.

2. Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben

H, K, W und Z könnten M allerdings mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben gedroht haben.

Sie hatten M mit einer ungeladenen Schreckschusspistole zum Öffnen des Safes gezwungen, wobei sie aber offensichtlich den Eindruck vermitteln wollten, dass es sich bei dem entsprechenden Gegenstand um eine echte und geladene Pistole handelte, sodass bei M die Befürchtung entstand, dass die Täter ihn erschießen würden, wenn er nicht ihren Aufforderungen folgte. H, K, W und Z haben also mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben des M gedroht.

3. Zurechnung gem. § 25 II StGB

Da I selber kein Raubmittel angewendet hat, müsste ihm die Drohung der anderen Beteiligten (s.o.) gem. § 25 II StGB zugerechnet werden können. I müsste also Mittäter von H, K, W und Z sein.

Mittäterschaft i.S.v. § 25 II StGB setzt ein arbeitsteiliges Zusammenwirken aufgrund eines gemeinsamen Tatentschlusses voraus (Joecks, § 25 Rn 61; Wessels/Beulke, AT, Rn 524). Da I jedoch nicht wusste, dass die anderen M überfallen würden - jedenfalls wusste er nicht, dass sie es zu diesem Zeitpunkt und ohne seine Mitwirkung tun würden - ist fraglich, ob tatsächlich der für die Mittäterschaft erforderliche gemeinsame Tatentschluss gegeben ist.

Hierzu führt der BGH aus: "[12] Wie der Generalbundesanwalt in seiner Antragschrift im Ansatz zutreffend ausgeführt hat, wäre eine Tatbeteiligung des Angeklagten I im Grundsatz als Mittäterschaft nach § 25 Abs. 2 StGB zu qualifizieren (nachfolgend a). Allerdings begingen die Mitangeklagten, indem sie sich einseitig von dem gemeinschaftlich gefassten Tatentschluss lösten und den Marktleiter ohne Wissen und Willen des Angeklagten I überfielen, nicht die mittä-

terschaftlich geplante Tat, vielmehr eine andere Tat (nachfolgend b).

a. [13] Wäre die Tat gemäß dem gemeinsamen Tatplan ausgeführt worden, wäre der Angeklagte I daran als Mittäter beteiligt gewesen, selbst wenn von Vornherein nicht geplant gewesen wäre, dass er im Ausführungsstadium mitwirken sollte. Insoweit gilt: Ob ein Tatbeteiligter eine Tat als Täter begeht, ist in wertender Betrachtung nach den gesamten Umständen, die von seiner Vorstellung umfasst sind, zu beurteilen. Wesentliche Anhaltspunkte können sein der Grad des eigenen Interesses am Erfolg der Tat, der Umfang der Tatbeteiligung, die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille zur Tatherrschaft, so dass Durchführung und Ausgang der Tat maßgeblich auch vom Willen des Betreffenden abhängen. Die Annahme von Mittäterschaft erfordert nicht zwingend auch eine Mitwirkung am Kerngeschehen. Für eine Tatbeteiligung als Mittäter reicht ein auf der Grundlage gemeinsamen Wollens die Tatbestandsverwirklichung fördernder Beitrag aus, der sich auf eine Vorbereitungs- oder Unterstützungshandlung beschränken kann (st. Rspr.; vgl. nur BGH NStZ 2003, 253, 254; NStZ-RR 2002, 74, 75 m.w.N.).

b. [14] Mittäterschaft scheidet hier freilich aus, da die ausgeführte Tat wesentlich ebenso von der Vorstellung des Angeklagten I wie vom gemeinsamen Tatplan abweicht: Die Tat wurde absprachewidrig zu einem anderen Zeitpunkt in anderer Besetzung mit anderer Rollenverteilung der Ausführenden begangen. Darüber hinaus hatte der Angeklagte I weder Kenntnis von der Tatbegehung noch rechnete er auch nur damit; er ging vielmehr davon aus, dass sein Tatbeitrag noch nicht ausreiche und der Tatplan nicht ohne weitere Mitwirkungshandlungen seinerseits verwirklicht werde (vgl. auch Eser in Schönke/Schröder, StGB 27. Aufl. § 24 Rdn. 82; Vogler in LK 11. Aufl. § 24 Rdn. 164). Er hatte die Tatausführung noch nicht aus den Händen gegeben. Die konkrete Tat entsprach auch nicht dem Willen des Angeklagten I. Vielmehr wollte er auch im Ausführungsstadium mitwirken. Dementsprechend stellte er, als 'er aus der Zeitung erfahren hatte, dass 'sein' Überfall ohne seine Beteiligung ausgeführt worden war, Z zur Rede ... und verlangte seinen Beuteanteil'.

[15] In dem in diesem Sinne definierten fehlenden Wissen und Wollen unterscheiden sich Fälle der vorliegenden Art von verwandten Fallkonstellationen, die der Bundesgerichtshof bereits entschieden und dabei Mittäterschaft - zumindest im Grundsatz - bejaht hat. Das gilt vor allem für Fälle, in denen ein 'Hintermann' die Planung einer Tat (mit-)beherrscht, diese aber anschließend aus den Händen gibt und dabei das genaue Vorgehen bei der Tatausführung und den hierfür geeigneten Zeitpunkt dem Ermessen seines Mittäters überlässt (vgl. BGH NStZ 2003, 253, 254; NStZ-RR 2004, 40, 41; ferner Fischer, StGB 55. Aufl. § 25 Rdn. 12a). In derartigen Fällen umfasst der gemeinschaft-

lich gefasste Tatentschluss das Vorgehen insoweit nur im Allgemeinen und räumt einzelnen Mittätern in der Art der Ausführung Freiheiten ein (vgl. Joecks in MünchKomm-StGB § 25 Rdn. 205 m.w.N.). In der völligen Unkenntnis des Angeklagten I von der Tatbegehung unterscheidet sich der hiesige Fall aber auch von Fällen, in denen ein Mittäter im Vorbereitungsstadium von der Tatausführung Abstand nimmt, er allerdings - etwa wegen fehlgeschlagener Umstimmungsversuche - weiß oder zumindest damit rechnet, dass andere Mittäter (gegebenenfalls) seinen Tatbeitrag ersetzen und die Tat gleichwohl ohne ihn ausführen (vgl. BGHSt 28, 346; BGH NStZ 1994, 29; 1999, 449)."

Mangels gemeinsamen Tatentschlusses ist I also kein Mittäter, sodass ihm auch die Drohung von H., K, W und Z auch nicht gem. § 25 II StGB zugerechnet werden kann.

II. Ergebnis

I ist nicht strafbar gem. §§ 249 I, 250 I Nr. 1b, 25 II StGB

B. Strafbarkeit des I gem. §§ 249 I, 250 I Nr. 1b, 26 StGB

I könnte sich allerdings dadurch, dass er mit K, W und Z den Überfall auf M plante, wegen Anstiftung zum schweren Raub gem. §§ 249 I, 250 I Nr. 1b, 26 StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Teilnahmefähige Haupttat

Eine Strafbarkeit wegen Anstiftung setzt zunächst das Vorliegen einer teilnahmefähigen, d.h. vorsätzlichen und rechtswidrigen, Haupttat voraus. Als Haupttat kommt ein schwerer Raub gem. §§ 249 I, 250 I Nr. 1b StGB durch H, K, W und Z in Betracht. Dann müssten diese den entsprechenden Tatbestand vorsätzlich und rechtswidrig verwirklicht haben.

a. Raubmittel

H, K, W und Z haben M mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben gedroht (s.o.), also ein Raubmittel angewandt.

b. Fremde bewegliche Sache

Das von H, K, W und Z erbeutete Wechselgeld müsste ein taugliches Tatobjekt für einen Raub, also eine fremde bewegliche Sache, sein.

Bei den erbeuteten Geldscheinen und Münzen handelte es sich um bewegliche Sachen. Fremd i.S.v. § 249 I StGB ist eine Sache dann, wenn sie im Eigentum einer anderen Person als des Täters steht (Fischer, § 249 Rn 2, § 242 Rn 5; Joecks, § 249 Rn 7, Vor § 242 Rn 9 f.). Eigentümer des Wechselgeldes war M, sodass dieses für H, K, W und Z fremd war.

Bei den erbeuteten Geldscheinen und Münzen handelt es sich also um fremde bewegliche Sachen.

c. Wegnahme

H, K, W und Z müssten diese Sachen weggenommen haben. Eine Wegnahme i.S.v. § 249 I StGB setzt - ebenso wie bei § 242 I StGB - den Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams voraus (Fischer, § 249 Rn 2, § 242 Rn 10; Joecks, § 249 Rn 8).

Dann müsste zunächst fremder Gewahrsam bestanden haben. Gewahrsam ist die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene tatsächlich Sachherrschaft, wobei das Vorliegen dieser Elemente nach der Verkehrsanschauung zu beurteilen ist (BGHSt 22, 182; Fischer, § 242 Rn 11). Solange sich das Wechselgeld im Tresor befand, hatte M die tatsächliche Sachherrschaft darüber und auch einen entsprechenden Herrschaftswillen. Es bestand also zunächst Gewahrsam des M an dem Wechselgeld, also für H, K, W und Z fremder Gewahrsam.

Diese müssten neuen Gewahrsam begründet haben. Der Täter hat neuen Gewahrsam dann begründet, wenn er die Sachherrschaft derart erlangt hat, dass er sie ungehindert durch den alten Gewahrsamsinhaber ausüben und dieser seinerseits nicht mehr über die Sache verfügen kann, ohne die Verfügungsgewalt des Täters zu beseitigen (OLG Köln, StV 1989, 156; Lackner/Kühl, § 242 Rn 15). Dadurch, dass die Täter mit dem Wechselgeld weggingen, haben sie eine eigene Sachherrschaft erlangt. Es war auch für M nicht mehr ohne Weiteres möglich, auf das Geld zuzugreifen, so dass neuer Gewahrsam begründet worden ist.

Diese Gewahrsamsverschiebung müsste auch einen Gewahrsamsbruch darstellen. Ein Gewahrsamsbruch ist dann gegeben, wenn der Täter den fremden Gewahrsam gegen oder ohne den Willen des Gewahrsamsinhabers aufhebt (Schönke/Schröder-Eser, § 249 Rn 2, § 242 Rn 35). Ein Einverständnis des Opfers in die Gewahrsamsverschiebung schließt also die Wegnahme aus (BGHSt 4, 199; Lackner/Kühl, § 249 Rn 1, § 242 Rn 14). Während diese Wertung i.R.v. § 242 I StGB uneingeschränkt gilt, würde der Tatbestand des § 249 I StGB weitgehend leer laufen, wenn man hier jedes - auch ein abgenötigtes - Einverständnis als Tatbestandsausschluss heranziehen würde. Deshalb muss das Vorliegen des Gewahrsamsbruchs bei § 249 I StGB etwas anders geprüft werden als bei § 242 I StGB (vgl. hierzu die Darstellung bei Joecks, § 249 Rn 8 ff.).

Nach welchen Kriterien das Vorliegen einer Wegnahme i.R.v. § 249 I StGB zu prüfen ist, ist streitig. Dies hängt letztlich mit dem Verhältnis von Raub und räuberischer Erpressung und dem für eine Erpressung erforderlichen Opferverhalten zusammen.

aa. Rechtsprechung

Nach der Rechtsprechung kommt als Opferverhalten

im Rahmen einer (räuberischen) Erpressung - entsprechend dem Gesetzeswortlaut - jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen in Betracht. Deshalb beinhaltet jeder Raub immer auch eine räuberische Erpressung (bei der das Opferverhalten dann in der Duldung der Wegnahme bestehe, vgl. BGHSt 41, 123), sodass § 249 I StGB lediglich eine *lex specialis* zu §§ 253 I, 255 StGB darstelle. Eine Abgrenzung zwischen Raub und räuberischer Erpressung sei deshalb nach dem äußeren Erscheinungsbild vorzunehmen.

Die Täter ließen sich das Wechselgeld von M aus dem Tresor geben, sodass vom äußeren Erscheinungsbild her eine Weggabe vorliegt. Nach dieser Auffassung ist also eine Wegnahme nicht gegeben.

bb. Literatur

Nach herrschender Auffassung in der Literatur muss das Verhalten des Opfers bei einer (räuberischen) Erpressung stets - wie beim Betrug - eine Vermögensverfügung darstellen. Da der Raub hingegen - wie der Diebstahl - eine Wegnahme voraussetze, stünden §§ 253 I, 255 StGB und § 249 I StGB - ebenso wie § 263 I StGB und § 242 I StGB - in einem Exklusivitätsverhältnis. Die Abgrenzung habe bei beiden Deliktspaa- ren nach der inneren Willensrichtung des Opfers zu erfolgen (Fischer, § 253 Rn 11 mwN).

Innerhalb dieser Auffassung ist jedoch weiter streitig, wie die innere Willensrichtung des Opfers ausgestaltet sein muss, damit eine Wegnahme i.S.v. § 249 I StGB (und somit gerade keine Vermögensverfügung i.S.v. §§ 253 I, 255 StGB) gegeben ist.

(1) 1. Untermeinung

Nach einer Meinungsgruppe innerhalb der Literatur liegt eine Wegnahme i.S.v. § 249 I StGB dann vor, wenn das Opfer glaubt, dass der Täter die Beute auch ohne seine Mitwirkung erlangen würde, es sich selbst also nicht in einer "Schlüsselstellung" sieht (Joecks, § 249 Rn 9; Küper, BT, S. 376).

Das Geld, auf das die Täter es abgesehen hatten, befand sich in einem Tresor. Es ist davon auszugehen, dass die Täter diesen ohne Mitwirkung des M nicht so ohne Weiteres hätten öffnen können, da nur der M die Kombination des Tresors kannte. Da M dies auch wusste, ist davon auszugehen, dass er glaubte, dass die Täter das Wechselgeld ohne seine Mitwirkung nicht würden erlangen können, sodass sich M in einer "Schlüsselstellung" bzgl. der Gewahrsamsverschiebung sah. Nach dieser Auffassung wäre also keine Wegnahme gegeben.

(2) 2. Untermeinung

Nach einer anderen Auffassung ist eine Wegnahme i.S.v. § 249 I StGB nur dann gegeben, wenn das Opfer glaubt, es habe keine andere Wahl als sich dem Willen des Täters unterzuordnen, weil Widerstand zwecklos sei (Krey/Hellmann, BT II, Rn 300, 314).

Im vorliegenden Fall wurde M mit einem Gegenstand bedroht, den er für eine echte und einsatzbereite - Schusswaffe hielt. In diesem Fall hätte er keine andere Wahl gehabt als der Aufforderung der Täter nachzukommen, da er anderenfalls sofort erschossen worden wäre. Nach dieser Meinung liegt eine Wegnahme vor.

(3) 3. Untermeinung

Eine dritte Meinung nimmt eine Wegnahme i.S.v. § 249 I StGB immer dann an, wenn das Opfer den Gewahrsam nicht willentlich überträgt, wobei das äußere Erscheinungsbild als Indiz für die willentliche Gewahrsamsübertragung dienen soll (Schönke/Schröder-Eser, § 253 Rn 31; Rengier, BT I, § 11 Rn 22a; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn 731).

Vom äußeren Erscheinungsbild her lag hier eine Weggabe vor (s.o.), sodass auch nach dieser Auffassung eine Wegnahme nicht gegeben ist.

cc. Stellungnahme

Nach der zweiten Untermeinung innerhalb der Literatur wäre eine Wegnahme gegeben. Gegen diese Auffassung spricht jedoch, dass in den Fällen einer Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben, wie sie Raub und räuberische Erpressung - im Gegensatz zur einfachen Erpressung - voraussetzen, das Opfer eigentlich niemals eine "echte" Wahlmöglichkeit haben wird, da es in der Regel vor die Wahl gestellt wird, sich dem Täter zu fügen oder zu sterben. In dieser Lage wird das Opfer sich allerdings niemals für das angedrohte Übel entscheiden, da dessen Folgen einschneidend wären. Damit läge aber letztlich nie eine räuberische Erpressung vor, sondern immer ein Raub. Diese Auffassung ist deshalb abzulehnen. Nach allen anderen Meinungen ist eine Wegnahme i.S.v. § 249 I StGB nicht gegeben.

2. Zwischenergebnis

Da H, K, W und Z das Geld nicht weggenommen haben, ist ein schwerer Raub gem. §§ 249 I, 250 I Nr. 1b als teilnahmefähige Haupttat nicht gegeben.

II. Ergebnis

I ist nicht strafbar gem. §§ 249 I, 250 I Nr. 1b, 26 StGB

C. Strafbarkeit des I gem. §§ 253 I, 255, 250 I Nr. 1b, 26 StGB

I könnte sich dadurch, dass er mit K, W und Z den Überfall auf M plante, wegen Anstiftung zur schweren räuberischen Erpressung gem. §§ 253 I, 255, 250 I Nr. 1b, 26 StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Teilnahmefähige Haupttat

H, K, W und Z müssten den Tatbestand der schweren

räuberischen Erpressung vorsätzlich und rechtswidrig verwirklicht haben.

a. Tatbestand

aa. Grunddelikt: §§ 253 I, 255 StGB

Die Haupttäter müssten zunächst den Tatbestand des Grunddelikts, §§ 253 I, 255 StGB, verwirklicht haben.

(1) Raubmittel

H, K, W und Z haben M mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben gedroht (s.o.), also ein Raubmittel angewandt.

(2) Opferreaktion

M müsste eine tatbestandliche Opferreaktion vorgenommen haben.

Nach der Rechtsprechung und einem Teil der Literatur kommt als Opferreaktion bei der (räuberischen) Erpressung jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen in Betracht (BGHSt 42, 196, 199; BGH, NStZ 2003, 604; Krey/Hellmann, BT II, Rn 305). Die Literatur verlangt als Opferreaktion i.R.v. §§ 253 I, 255 StGB eine Vermögensverfügung, also ein vermögensminderndes Verhalten. Innerhalb der Literatur ist wiederum streitig, ob eine Vermögensverfügung bei der (räuberischen) Erpressung - wie beim Betrug - nur dann gegeben ist, wenn das Opferverhalten sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt (sog. enge Verfügungstheorie, Schönke/Schröder-Eser, § 253 Rn 8, § 263 Rn 55; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn 713; Biletzki, JURA 1995, 636) oder ob auch eine mittelbare Vermögensminderung für eine Verfügung ausreicht (sog. weite Verfügungstheorie, Lackner/Kühl, § 253 Rn 3; Rengier, BT I, § 11 Rn 22a; Tenckhoff, JR 1974, 489, 493).

Im vorliegenden Fall hat M den Tätern das Geld übergeben. Dies stellt nicht nur eine Handlung dar, sondern führt auch unmittelbar zu einer Vermögensminderung des M, da dieser hierdurch zumindest Besitz und Gewahrsam an dem Geld sofort verliert. Nach allen Auffassungen stellt also die Herausgabe des Geldes ein tatbestandliches Opferverhalten des M dar.

(3) Vermögensnachteil

Bei M müsste ein Vermögensnachteil eingetreten sein. Ein Vermögensnachteil liegt dann vor, wenn der Gesamtwert des Vermögens des Opfers durch die Tat verringert wurde (Lackner/Kühl, § 253 Rn 4, § 263 Rn 36; Schönke/Schröder-Eser, § 253 Rn 9, § 263 Rn 99). M hat Besitz und Gewahrsam an dem Wechselgeld verloren (s.o.), ohne dass er hierfür einen Ausgleich erlangt hätte. Er hat also einen Vermögensnachteil erlitten.

(4) Kausalität

Der Einsatz des Raubmittels war kausal für die Opfer-

reaktion und diese wiederum für den Vermögensnachteil.

(5) Mittäterschaft, § 25 II StGB

H, K, W und Z haben den Tatbestand in gleichberechtigtem, arbeitsteiligen Vorgehen aufgrund eines gemeinsamen Tatplans verwirklicht. Sie haben also gem. § 25 II StGB als Mittäter gehandelt.

(6) Vorsatz

H, K, W und Z handelten vorsätzlich.

(7) Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung

Die Täter müssten die Absicht gehabt haben, sich oder einen Dritten zu Unrecht zu bereichern.

H, K, W und Z hatten die Absicht, sich Besitz und Gewahrsam an dem Wechselgeld, also einen Vermögensvorteil zu verschaffen. Sie haben also mit Bereicherungsabsicht gehandelt.

Da sie keinen Anspruch auf diese Bereicherung hatten, war die Bereicherung auch rechtswidrig. Stoffgleichheit der beabsichtigten Bereicherung ist gegeben, wenn diese die Kehrseite des Vermögensnachteils beim Opfer darstellt, was der Fall ist, wenn Bereicherung und Nachteil unmittelbar auf derselben Opferreaktion beruhen (BGH, NSTz 2002, 254; Fischer, § 253 Rn 20, § 263 Rn 108). Die Täter beabsichtigten, genau das Geld zu erlangen, dessen Verlust den Nachteil bei M darstellte. Sowohl der Nachteil bei M als auch die beabsichtigte Bereicherung bei den Tätern würde unmittelbar durch dieselbe Opferreaktion - nämlich die Übergabe des Geldes durch M - eintreten. Die beabsichtigte Bereicherung war also auch stoffgleich.

Da H, K, W und Z Vorsatz bzgl. Rechtswidrigkeit und Stoffgleichheit der von ihnen beabsichtigten Bereicherung hatten, haben sie in der Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung gehandelt.

bb. Qualifikation: § 250 I Nr. 1b

H, K, W und Z haben bei der Tat vorsätzlich ein sonstiges Werkzeug oder Mittel, nämlich eine ungeladene Schreckschusspistole, bei sich geführt, um den Widerstand des M durch Drohung mit Gewalt zu verindern (was sie ja auch getan haben). Sie haben somit auch den Qualifikationstatbestand des § 250 I Nr. 1b StGB erfüllt.

b. Rechtswidrigkeit

H, K, W und Z handelten auch rechtswidrig.

H, K, W und Z haben den Tatbestand der (mittäterchaftlichen) schweren räuberischen Erpressung gem. §§ 253 I, 255, 250 I Nr. 1b StGB vorsätzlich und rechtswidrig verwirklicht, sodass dieses Delikt als teilnahmefähige Haupttat für eine Anstiftung des I in Betracht kommt.

2. Bestimmen

I müsste die Haupttäter zur Begehung der Haupttat bestimmt haben.

Bestimmen i.S.v. § 26 StGB ist das Hervorrufen des Tatentschlusses des Haupttäters (BGH, NSTz 2000, 421; 2001, 42; Fischer, § 26 Rn 3; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 26 Rn 4).

Da laut Sachverhalt zwar die Haupttäter zusammen mit I die Haupttat geplant haben, allerdings nicht genau ersichtlich ist, von wem die Initiative zur Begehung der Haupttat ausging, ist fraglich, ob sich mit der erforderlichen Sicherheit feststellen lässt, dass I bei den anderen den Tatentschluss hervorgerufen hat.

Hierzu führt der BGH aus: "[10] Nach den Urteilsfeststellungen war der Angeklagte I nicht Anstifter. Feststellungen, die die Annahme tragen, er habe den Tatentschluss bei den Mitangeklagten erst hervorgerufen, sind nicht getroffen worden. Vielmehr entwickelten die Angeklagten die Idee eines Raubüberfalls auf den Marktleiter des Penny-Markts gemeinsam. Die Informationen für den Tatplan stammten nicht allein vom Angeklagten I, sondern auch von Mitangeklagten, so etwa, was das Wissen um das Abholen der Tageseinnahmen bei dem Supermarkt durch ein Geldtransportunternehmen anbelangt. Den Entschluss zur Tatausführung am 29. Januar 2007, die noch im Vorbereitungsstadium abgebrochen wurde, fassten die Angeklagten ebenfalls gemeinsam.

[11] Der Angeklagte I zeigte zwar im Vorbereitungsstadium die höchste Planungskompetenz in der Tätergruppe und war dementsprechend 'zunächst' deren 'planender Kopf'. Aus den Urteilsgründen ergibt sich allerdings, dass die Planung einzelne Modalitäten der Verwirklichung eines dem Grunde nach feststehenden Tatentschlusses betraf. Dem entspricht es, dass die Mitangeklagten nach dem 29. Januar 2007 'beschlossen, I's fortbestehenden und von diesem nicht zurückgenommenen Plan für den Überfall zu nutzen und nur die Rollen neu zu verteilen', wobei auch die Rolle des 'planenden Kopfes' vom Mitangeklagten K übernommen wurde. Dementsprechend wurden im Fluchtfahrzeug in Abwesenheit des Angeklagten I einzelne Modalitäten der Tatausführung weiter präzisiert, indem der konkrete Ablauf des Überfalls besprochen wurde."

I hat also die Haupttäter nicht zur Begehung der Haupttat bestimmt.

II. Ergebnis

I ist nicht strafbar gem. §§ 253 I, 255, 250 I Nr. 1b, 26 StGB.

D. Strafbarkeit des I gem. §§ 253 I, 255, 250 I Nr. 1b, 27 I StGB

I könnte sich durch die gemeinsame Planung des Überfalls wegen Beihilfe zur schweren räuberischen Erpressung gem. §§ 253 I, 255, 250 I Nr. 1b, 27 I

StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Teilnahmefähige Haupttat

H, K, W und Z haben den Tatbestand der §§ 253 I, 255, 250 I Nr. 1b StGB vorsätzlich und rechtswidrig verwirklicht (s.o.), sodass eine teilnahmefähige Haupttat gegeben ist.

2. Hilfeleisten

I müsste den Haupttätern Hilfe geleistet haben.

Hilfeleisten i.S.v. § 27 I StGB ist jedes Fördern der Haupttat (BGH, NStZ 2007, 230, 232; Lackner/Kühl, § 27 Rn 2; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 27 Rn 7 f.). Durch das gemeinsame Planen hat I einen Förderungsbeitrag geleistet, da die Tat (mehr oder weniger) so wie von ihm vorher geplant auch durchgeführt worden ist, sodass die Vorschläge des I in der Planungsphase auch in die Begehung der Haupttat eingeflossen sind. I hat also Hilfe geleistet.

3. Vorsatz

I müsste auch vorsätzlich gehandelt haben.

Der Vorsatz des Gehilfen muss sich sowohl auf die teilnahmefähige Haupttat als auch auf seine eigene Hilfeleistung erstrecken (OLG Düsseldorf, StV 2002, 313; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 27 Rn 19; Geppert, JURA 1999, 273). Hier war I allerdings nicht davon ausgegangen, dass die Haupttäter die Tat ausführen würden (s.o.), jedenfalls nicht ohne dies mit ihm abzusprechen und ihn auch am Ausführungsstadium zu beteiligen. A hatte also keinen Vorsatz bzgl. der Begehung der teilnahmefähigen Haupttat.

So sieht es auch der BGH: “[16] Aus den [im Rahmen der Prüfung der Mittäterschaft] genannten Gründen kann der Angeklagte I ebenso wenig als Gehilfe nach

§ 27 StGB belangt werden.”

II. Ergebnis

I ist nicht strafbar gem. §§ 253 I, 255, 250 I Nr. 1b StGB

E. Strafbarkeit des I gem. §§ 30 II, 253 I, 255, 250 I Nr. 1b StGB

Durch die gemeinsame Planung des Überfalls könnte I sich allerdings wegen Verabredung gem. §§ 30 II, 253 I, 255, 250 I Nr. 1b StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

I müsste mit einem anderen verabredet haben, ein Verbrechen zu begehen.

Verabredung i.S.v. § 30 II StGB ist die ernstliche und konkretisierte Vereinbarung von mindestens zwei Beteiligten zur mittäterschaftlichen Begehung eines Verbrechens (BGH, NStZ-RR 2002, 74; Joecks, § 30 Rn 10; SK-Hoyer, § 30 Rn 46). I hatte mit K, W und Z ernstlich vereinbart, eine Tat auszuführen, die die vier als gleichberechtigte Partner aufgrund eines gemeinsamen Tatplans (also mittäterschaftlich) ausführen wollten. Diese Tat, die auch schon konkret geplant war, hätte den Tatbestand der schweren räuberischen Erpressung erfüllt, also eines Verbrechens (vgl. §§ 250 I, 12 I StGB).

Da I insofern auch vorsätzlich handelte, hat er den Tatbestand der Verabredung erfüllt.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

I handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis

I ist strafbar gem. §§ 30 II, 253 I, 255, 250 I Nr. 1b StGB.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

Autor/Titel:	Kutscha, Martin: "Neues Versammlungsrecht - Bayern als Modell?"
Fundstelle:	NVwZ 2008, 1210 (Heft 11)
Inhalt:	Der Freistaat Bayern hat im Juli 2008 als erstes Bundesland von seiner nach Änderung des Art. 74 I Nr. 3 GG gewonnenen Kompetenz Gebrauch gemacht und ein eigenes Versammlungsgesetz erlassen. Der Beitrag ist aber nicht nur für Bayern lesenswert, weil er viele Informationen zum Stand des Versammlungsrechts enthält, namentlich u.a. eine kritische Auseinandersetzung mit dem sog. "engen Versammlungsbegriff", für den sich der bayerische Gesetzgeber entschieden hat (nach dessen Legaldefinition in Art. 2 I BayVersG übrigens schon zwei Personen für eine Versammlung genügen sollen).

Zivilrecht

Autor/Titel:	Hey, Felix: "Neues zu Sicherungsgrundschuld und Darlehen im BGB - Gefahren für Darlehensnehmer bei Kreditverkäufen?"
Fundstelle:	Jura 2008, 721 (Heft 10)
Inhalt:	In den letzten Monaten wurde durch die Presse die Sorge der Darlehensnehmer geschürt, dass Banken durch Grundschulden gesicherte Darlehensforderungen an Finanzinvestoren verkaufen. Es stellt sich nun die Frage, ob der Darlehensnehmer befürchten muss, zwei Mal leisten zu müssen, da er einerseits aus der Forderung und andererseits aus dem Grundpfandrecht in Anspruch genommen werden könnte. Der Autor befasst sich eingehend mit den unterschiedlichen Konstellationen der Inanspruchnahme unter Berücksichtigung der neuesten Gesetzlage.

Autor/Titel:	Zerres, Thomas: "Die Gesamtschuld"
Fundstelle:	Jura 2008, 726 (Heft 10)
Inhalt:	Der Beitrag richtet sich insbesondere an die Studenten früherer Semester und befasst sich mit den Anforderungen an die Entstehung einer Gesamtschuld i.S.v. § 421 BGB. Anschließend erläutert der Autor eingehend die Folgen der Gesamtschuld, zum einen im Innenverhältnis, zum anderen im Außenverhältnis. Ein lesenswerter Beitrag!

Strafrecht

Autor/Titel:	Dehne-Niemann, Jan: "Wissenswertes zum räuberischen Diebstahl (§ 252 StGB)"
Fundstelle:	JURA 2008, 742 (Heft 10)
Inhalt:	Die Straftaten des 20. Abschnitts sind häufig Gegenstand von Examensaufgaben in beiden Examen. Der § 252 StGB mag hierbei nicht ganz die Bedeutung der §§ 249, 255 StGB haben, taucht jedoch auch immer wieder auf. Der vorliegende Aufsatz stellt hier die "klassischen" Probleme der Tatbestandsmerkmale des § 252 StGB unter besonderer Berücksichtigung häufig auftretender Klausurprobleme dar. Eine Aufbau des Aufsatzes, der sich noch mehr an der Struktur des Tatbestandes des § 252 StGB orientiert hätte, wäre etwas schöner gewesen, aber auch so eine hilfreiche Quelle zur Einarbeitung und Wiederholung.