

## Öffentliches Recht

### Standort: Meinungsfreiheit

### Problem: Allgemeinheit einschränkender Gesetze

BVERFG, BESCHLUSS VOM 04.11.2009  
1 BvR 2150/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

#### Problemdarstellung:

Im vorliegenden Beschluss nimmt das BVerfG anlässlich einer geplanten Gedenkfeier der NPD zu Ehren von Rudolf Heß ausführlich zur Verfassungsmäßigkeit des § 130 IV StGB Stellung. Dabei entwirft das Gericht eine völlig neue Schrankendogmatik zur Meinungsfreiheit aus Art. 5 I 1 GG, die - soweit ersichtlich - bisher nirgends vertreten worden ist. Im Einzelnen gilt:

A. Auch die Verbreitung nationalsozialistischen Gedankenguts ist nach Ansicht des BVerfG von der Meinungsfreiheit geschützt. Insoweit bietet die Entscheidung nichts Neues, denn entgegen einer m.M. in der Literatur hat das BVerfG es schon immer abgelehnt, bestimmte möglicherweise missliebige Meinungsäußerungen bereits im Schutzbereich herauszufiltern. So fallen z.B. auch Beleidigungen unter die Meinungsfreiheit. Art. 5 I 1 GG schützt nach Ansicht des BVerfG m.a.W. schlicht *jede* Meinungsäußerung. Darin ist dem Gericht zuzustimmen, denn ein Herausfiltern bestimmter Meinungen würde einer Gesinnungsjustiz Tür und Tor öffnen.

B. Auf Schrankenebene stellt das BVerfG zunächst klar, dass § 130 IV GG kein "allgemeines Gesetz" i.S.d. Art. 5 II GG sei. Auch dies überrascht nicht wirklich, denn allgemeine Gesetze sind nur solche, die sich nicht gegen eine bestimmte Meinung richten, sondern dem Schutz eines schlechterdings der Meinungsfreiheit vorgehenden Gemeinschaftswertes dienen. § 130 IV StGB richtet sich aber gegen eine bestimmte Meinung, nämlich gegen die Verherrlichung des Nationalsozialismus. Ist ein Gesetz nicht allgemein, spricht man von "Sonderrecht". § 130 IV StGB ist also "Sonderrecht".

C. Bisher konnte Sonderrecht nur dann taugliche Schranke der Meinungsfreiheit sein, wenn es unter die beiden anderen Schranken des Art. 5 II GG - Schutz der Jugend und der persönlichen Ehre - fiel. Zum Zwecke des Jugend- und Ehrschutzes durfte m.a.W. nach bisher ganz h.M. auch eine bestimmte Meinung verboten werden. Gerade Normen, die sich gegen die Verherrlichung des Nationalsozialismus richten, sind

bisher vielfach zwanglos unter den Ehrschutz - nämlich den Schutz der Ehre der Opfer des NS-Regimes - subsumiert worden. Es wäre zu erwarten gewesen, dass auch das BVerfG diesen Weg gehen würde.

D. Statt dessen überrascht das BVerfG mit seiner Ansicht, auch Gesetze zum Schutz der Jugend und der persönlichen Ehre müssten "allgemein" sein. Sonderrecht ließe sich m.a.W. auch zum Zwecke des Jugend- oder Ehrschutzes *nicht* (mehr) rechtfertigen.

E. Diese überraschende Feststellung hätte nun eigentlich zur Verfassungswidrigkeit des § 130 IV StGB führen müssen. Das BVerfG sieht dies jedoch anders: Gerade für Normen, die - wie § 130 IV StGB - der propagandistischen Gutheißung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft Grenzen setzen, gelte das Allgemeinerfordernis ausnahmsweise nicht! Das Grundgesetz insgesamt sei ein "Gegenentwurf" zum Naziregime, weshalb ihm eine solche Ausnahme immanent sei, möge sie auch nicht explizit geregelt sein.

F. Dennoch bleibe auch ein Gesetz, das der propagandistischen Gutheißung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft Grenzen setze, mit der Meinungsfreiheit im Wege der sog. "Wechselwirkungslehre" abwägungsfähig. Mit anderen Worten sei solches Sonderrecht nicht stets verfassungsgemäß, sondern unterliege ebenso den Anforderungen der Schranken-Schranken - insbesondere denen der Verhältnismäßigkeit - wie jede andere Grundrechtsschranke auch.

G. Das BVerfG prüft sodann abschließend die Verhältnismäßigkeit des § 130 IV StGB und kommt nach deren Bejahung zur Verfassungsmäßigkeit der Norm. Nachdem auch die auf § 130 IV StGB gestützte Strafe im konkreten Fall verfassungsgemäß war (diese Ausführungen sind weniger interessant und daher hier aus Platzgründen nicht wiedergegeben), wies das BVerfG die Verfassungsbeschwerde zurück.

#### Prüfungsrelevanz:

A. Das Urteil wird die gesamte Schrankendogmatik des Art. 5 II GG nachhaltig verändern. Es bietet gleich zwei grundlegend neue Erkenntnisse: Erstens müssen nun auch Jugend- und Ehrschutzgesetze allgemein sein (umfassendes Verbot des Sonderrechts), und

zweitens existiert von diesem Verbot eine ungeschriebene, dem Grundgesetz immanente Ausnahme für Normen, die der propagandistischen Guttheißung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft Grenzen setzen.

B. Dogmatisch ist die Entscheidung des BVerfG äußerst angreifbar. Wortlaut, Systematik und Historie des Art. 5 II GG suggerieren gerade, dass Jugend- und Ehrschutznormen *nicht* allgemein sein müssen. Unterwirft man sie mit dem BVerfG auch dem Allgemeinheitserfordernis, werden sie zudem vollständig überflüssig: Ist das Gesetz "allgemein", genügt schon die Schranke des "allgemeinen Gesetzes", und ist es nicht allgemein, nützen auch Jugend- und Ehrschutz nichts.

C. Erst Recht findet sich im Grundgesetz keine Norm, die - so wünschenswert dies auch sein mag - nun gerade Gesetze, die der propagandistischen Guttheißung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft Grenzen setzen, wieder vom umfassenden Allgemeinheitserfordernis ausnimmt. Dass das Grundgesetz ein "Gegenentwurf" zum Naziregime sei, mag sein. Es ist doch aber auch ein Gegenentwurf zu kommunistischen oder anderen totalitären Regimen. Mit welcher Begründung muss z.B. ein Gesetz, das der Verherrlichung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft Grenzen setzt, nicht allgemein sein, ein Gesetz, das etwa der Verherrlichung der stalinistischen Gewalt- und Willkürherrschaft Grenzen setzt, aber wohl?

D. Kaum zu erklären ist schließlich der Widerspruch der neuen Schrankendogmatik zu den Ausführungen des BVerfG im Schutzbereich: Die Verbreitung nationalsozialistischen Gedankenguts soll also vom Schutzbereich des Art. 5 I 1 GG erfasst werden, obwohl das gesamte Grundgesetz dem als Gegenentwurf entgegen steht? Ähnlich verhält es sich mit den Ausführungen zu den Schranken-Schranken: Das dem gesamten Grundgesetz immanente Verbot der Verherrlichung des Naziregimes soll also nur in den Grenzen der Verhältnismäßigkeit gelten? Spöttisch möchte man fragen, ob "ein bisschen verherrlichen" also erlaubt ist?

E. Jedenfalls solange noch keine Besprechungen des Urteils vorliegen, sollte die hier wiedergegebene Ansicht des BVerfG in einem Prüfungsgutachten wegen dieser erheblichen dogmatischen Bedenken nicht kritiklos übernommen werden. Als streitig muss also bis auf Weiteres gelten, ob Gesetze zum Schutz der Jugend oder der persönlichen Ehre auch "allgemein" sein müssen (a.A. die bisher nahezu allg.M.), und ob man - wenn man dem BVerfG in seiner Ansicht eines umfassenden Sonderrechtsverbots folgt - dann wieder eine ungeschriebene Ausnahme gerade für Anti-Nazi-Gesetze anerkennen will.

F. Abschließend sei angemerkt, dass diese Kopfgeburt

"ohne Not" zur Welt gebracht wurde. Erstens war der Beschwerdeführer verstorben. Es wäre dem BVerfG also ein Leichtes gewesen, das Verfahren einfach für erledigt zu erklären. Wenn man sieht, welche Mühe sich das Gericht gibt, trotz des Todes des Bf. noch die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde zu bejahen, kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, dass das Gericht hier - losgelöst vom konkreten Fall - einmal etwas klarstellen wollte. Und zweitens hätte man die i.E. bejahte Verfassungsmäßigkeit des nicht allgemeinen § 130 IV StGB auch - wie bisher - zwanglos über den Schutz der persönlichen Ehre begründen können.

#### *Vertiefungshinweise:*

☐ Meinungsbeschränkende Versammlungsaufgabe: *BVerfG*, RA 2008, 685 = *NVwZ* 2008, 671

☐ 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*: "Pazifisten"

#### *Leitsätze:*

**1. § 130 Abs. 4 StGB ist auch als nichtallgemeines Gesetz mit Art. 5 Abs. 1 und 2 GG vereinbar. Angesichts des sich allgemeinen Kategorien entziehenden Unrechts und des Schreckens, die die nationalsozialistische Herrschaft über Europa und weite Teile der Welt gebracht hat, und der als Gegenentwurf hierzu verstandenen Entstehung der Bundesrepublik Deutschland ist Art. 5 Abs. 1 und 2 GG für Bestimmungen, die der propagandistischen Guttheißung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft Grenzen setzen, eine Ausnahme vom Verbot des Sonderrechts für meinungsbezogene Gesetze immanent.**

**2. Die Offenheit des Art. 5 Abs. 1 und 2 GG für derartige Sonderbestimmungen nimmt den materiellen Gehalt der Meinungsfreiheit nicht zurück. Das Grundgesetz rechtfertigt kein allgemeines Verbot der Verbreitung rechtsradikalen oder auch nationalsozialistischen Gedankenguts schon in Bezug auf die geistige Wirkung seines Inhalts.**

#### *Sachverhalt:*

Der Beschwerdeführer meldete im Voraus bis in das Jahr 2010 jährlich wiederkehrend, darunter auch für den 20. August 2005, eine Veranstaltung unter freiem

Himmel in der Stadt Wunsiedel mit dem Thema „Gedenken an Rudolf Heß“ an. Die geplante Versammlung wurde - gestützt auf § 15 Abs. 1 VersG in Verbindung mit § 130 Abs. 4 StGB - unter Anordnung der sofortigen Vollziehung verboten. Die Anträge auf vorläufigen Rechtsschutz und die daraufhin erhobene Klage blieben durch alle Instanzen erfolglos.

Mit seiner Verfassungsbeschwerde wandte sich der am 29. Oktober 2009 verstorbene Beschwerdeführer sowohl gegen § 130 Abs. 4 StGB selbst als auch gegen dessen Auslegung durch das Bundesverwaltungsgericht im konkreten Fall und rügte - unter anderem - eine Verletzung seiner Grundrechte der Versammlungs- und Meinungsfreiheit sowie einen Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz.

Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts wies die Verfassungsbeschwerde - unter anderem - im Hinblick auf Art. 8 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 und 2 GG und Art. 103 Abs. 2 GG als unbegründet zurück.

### *Aus den Gründen:*

#### *A. Zulässigkeit*

##### *I. Beteiligtenfähigkeit*

[41] Am 29. Oktober 2009 ist der Beschwerdeführer verstorben. [...]

[43] Darüber, welche Folgen der Tod des Beschwerdeführers auf ein anhängiges Verfassungsbeschwerdeverfahren hat, ist gesetzlich nichts bestimmt. Zwar ist in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anerkannt, dass sich eine Verfassungsbeschwerde zur Durchsetzung höchstpersönlicher Rechte des Beschwerdeführers im Falle seines Todes erledigt (vgl. BVerfGE 6, 389 [442 f.]; 12, 311 [315]; 109, 279 [304]; BVerfGK 9, 62 [69]). Dieser Grundsatz gilt indes nicht ausnahmslos. Das Bundesverfassungsgericht hat bereits früh betont, dass sich diese Frage letztlich nur für den einzelnen Fall unter Berücksichtigung der Art des angegriffenen Hoheitsakts und des Standes des Verfassungsbeschwerdeverfahrens entscheiden lässt (vgl. BVerfGE 6, 389 [442]).

[44] Vorliegend wurde der Beschwerdeführer unter mehrmaliger Ablehnung seiner Anträge auf vorläufigen Rechtsschutz auf den Rechtsweg in der Hauptsache verwiesen, um die sich stellenden schwierigen Fragen zunächst von den Fachgerichten klären zu lassen und sie dann gegebenenfalls dem Bundesverfassungsgericht in aufbereiteter Form einer Prüfung zuzuführen. Er hat mit Blick auf die grundsätzliche Bedeutung des Verfahrens und als Versammlungsveranstalter im Interesse zahlreicher Betroffener daraufhin den Rechtsweg durch drei Instanzen erfolglos durchlaufen und Verfassungsbeschwerde erhoben.

Beim Tod des Beschwerdeführers hatten die Bundesregierung und die Landesrechtsanwaltschaft Bayern unter Bezugnahme auf die grundlegende Bedeutung der Entscheidung etwa für den öffentlichen Frieden bereits ausführlich Stellung genommen; die Sache war entscheidungsreif, der Senat hatte sie beraten, und das Verfahren stand unmittelbar vor seinem Abschluss. Zudem soll die erstrebte Entscheidung über die höchstpersönliche Betroffenheit des Beschwerdeführers hinaus Klarheit über die Rechtslage für Meinungsäußerungen bei einer Vielzahl zukünftiger Versammlungen und öffentlichen Auftritten schaffen und hat folglich allgemeine verfassungsrechtliche Bedeutung. Da die Verfassungsbeschwerde auch die Funktion hat, das objektive Verfassungsrecht zu wahren, auszulegen und fortzubilden (vgl. BVerfGE 98, 218 [242 f.]), kann das Bundesverfassungsgericht unter diesen Umständen auch nach Versterben des Beschwerdeführers über seine Verfassungsbeschwerde entscheiden.

#### *II. Beschwerdebefugnis*

[45] Zulässig ist die Verfassungsbeschwerde zunächst hinsichtlich der auf Art. 8 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 und 2 GG gestützten Rüge. Als Bestätigung eines Versammlungsverbots kann die angegriffene Entscheidung den Beschwerdeführer in seinem Recht aus Art. 8 Abs. 1 GG verletzen. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn die Versammlung in verfassungsrechtlich nicht tragfähiger Weise wegen ihres Inhalts verboten wird. Denn der Inhalt einer Meinungsäußerung, der im Rahmen des Art. 5 GG nicht unterbunden werden darf, kann nicht zur Rechtfertigung von Maßnahmen herangezogen werden, die das Grundrecht des Art. 8 GG beschränken. Dabei richtet sich die Reichweite der Versammlungsfreiheit insoweit nach dem Umfang des von Art. 5 Abs. 1 und 2 GG gewährten Schutzes (vgl. BVerfGE 90, 241 [246]; 111, 147 [154 f.]). Auch hinsichtlich der Zulässigkeit der Rügen einer Verletzung von Art. 3 Abs. 3, Art. 3 Abs. 1 und Art. 103 Abs. 2 GG bestehen keine Bedenken. [...]

#### *B. Begründetheit*

[47] Die Verfassungsbeschwerde ist unbegründet. § 130 Abs. 4 StGB ist mit dem Grundgesetz vereinbar [...].

#### *I. Verstoß gegen Art. 5 I 1 GG*

##### *1. Eingriff in den Schutzbereich*

[48] § 130 Abs. 4 StGB greift in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG ein.

##### *a. Schutzbereich*

[49] Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleistet jedermann

das Recht, seine Meinung frei zu äußern und zu verbreiten. Meinungen sind durch die subjektive Beziehung des Einzelnen zum Inhalt seiner Aussage geprägt (vgl. BVerfGE 7, 198 [210]). Für sie ist das Element der Stellungnahme und des Dafürhaltens kennzeichnend (vgl. BVerfGE 7, 198 [210]; 61, 1 [8]; 90, 241 [247]). Insofern lassen sie sich auch nicht als wahr oder unwahr erweisen. Sie genießen den Schutz des Grundrechts, ohne dass es darauf ankommt, ob die Äußerung begründet oder grundlos, emotional oder rational ist, als wertvoll oder wertlos, gefährlich oder harmlos eingeschätzt wird (vgl. BVerfGE 90, 241 [247]). Die Bürger sind dabei rechtlich auch nicht gehalten, die der Verfassung zugrunde liegenden Wertsetzungen persönlich zu teilen. Das Grundgesetz baut zwar auf der Erwartung auf, dass die Bürger die allgemeinen Werte der Verfassung akzeptieren und verwirklichen, erzwingt die Wertloyalität aber nicht (vgl. BVerfG, Beschlüsse der 1. Kammer des Ersten Senats vom 24. März 2001 - 1 BvQ 13/01 -, NJW 2001, S. 2069 [2070] und vom 15. September 2008 - 1 BvR 1565/05 -, NJW 2009, S. 908 [909]).

[50] Geschützt sind damit von Art. 5 Abs. 1 GG auch Meinungen, die auf eine grundlegende Änderung der politischen Ordnung zielen, unabhängig davon, ob und wie weit sie im Rahmen der grundgesetzlichen Ordnung durchsetzbar sind. Das Grundgesetz vertraut auf die Kraft der freien Auseinandersetzung als wirksamste Waffe auch gegen die Verbreitung totalitärer und menschenverachtender Ideologien. Dementsprechend fällt selbst die Verbreitung nationalsozialistischer Gedankenguts als radikale Infragestellung der geltenden Ordnung nicht von vornherein aus dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG heraus. Den hierin begründeten Gefahren entgegenzutreten, weist die freiheitliche Ordnung des Grundgesetzes primär bürgerschaftlichem Engagement im freien politischen Diskurs sowie der staatlichen Aufklärung und Erziehung in den Schulen gemäß Art. 7 GG zu.

### *b. Eingriff*

[51] Indem § 130 Abs. 4 StGB an die Billigung, Verherrlichung und Rechtfertigung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft anknüpft und diese unter weiteren Voraussetzungen unter Strafe stellt, greift die Vorschrift in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit ein.

### *2. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung*

[52] Der Eingriff in die Meinungsfreiheit ist gerechtfertigt. § 130 Abs. 4 StGB ist eine gesetzliche Grundlage, die in verfassungsrechtlich zulässiger Weise einen Eingriff in die Meinungsfreiheit rechtfertigen kann. Zwar handelt es sich bei der Strafnorm nicht um ein allgemeines Gesetz im Sinne des Art. 5 Abs. 2 Alternative 1 GG. Als Sonderrecht kann sie auch nicht

auf das Recht der persönlichen Ehre gemäß Art. 5 Abs. 2 Alternative 3 GG gestützt werden. In Bezug auf das nationalsozialistische Regime in den Jahren zwischen 1933 und 1945 erlaubt Art. 5 Abs. 1 und 2 GG jedoch auch Eingriffe durch Vorschriften, die nicht den Anforderungen an ein allgemeines Gesetz entsprechen. Angesichts des einzigartigen Unrechts und des Schreckens, die diese Herrschaft unter deutscher Verantwortung über Europa und weite Teile der Welt gebracht hat, und der für die Identität der Bundesrepublik Deutschland prägenden Bedeutung dieser Vergangenheit, können Äußerungen, die dies gutheißen, Wirkungen entfalten, denen nicht allein in verallgemeinerbaren Kategorien Rechnung getragen werden kann.

### *a. Schranken*

#### *aa. Allgemeines Gesetz*

[53] § 130 Abs. 4 StGB ist kein allgemeines Gesetz im Sinne des Art. 5 Abs. 2 Alternative 1 GG.

#### *(1). Anforderungen*

[54] Nach Art. 5 Abs. 2 Alternative 1 GG findet die Meinungsfreiheit ihre Grenzen in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze. Darunter sind Gesetze zu verstehen, die nicht eine Meinung als solche verbieten, die sich nicht gegen die Äußerung der Meinung als solche richten, sondern dem Schutz eines schlechthin ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung zu schützenden Rechtsguts dienen (vgl. BVerfGE 7, 198 [209 f.]; 28, 282 [292]; 71, 162 [175 f.]; 93, 266 [291]; stRspr). 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 111, 147 [155]; 117, 244 [260]).

[55] Ausgangspunkt für die Prüfung, ob ein Gesetz ein allgemeines ist, ist zunächst die Frage, ob eine Norm an Meinungsinhalte anknüpft. Erfasst sie das fragliche Verhalten völlig unabhängig von dem Inhalt einer Meinungsäußerung, bestehen hinsichtlich der Allgemeinheit keine Zweifel. Knüpft sie demgegenüber an den Inhalt einer Meinungsäußerung an, kommt es darauf an, ob die Norm dem Schutz eines auch sonst in der Rechtsordnung geschützten Rechtsguts dient. Ist dies der Fall, ist in der Regel zu vermuten, dass das Gesetz nicht gegen eine bestimmte Meinung gerichtet ist, sondern meinungsneutral-allgemein auf die Abwehr von Rechtsgutverletzungen zielt. Insoweit nimmt nicht schon jede Anknüpfung an den Inhalt von Meinungen als solche einem Gesetz den Charakter als allgemeines Gesetz. Vielmehr sind auch inhaltsanknüpfende Normen dann als allgemeine Gesetze zu beurteilen, wenn sie erkennbar auf den Schutz bestimmter Rechtsgüter und nicht gegen eine bestimmte Meinung gerichtet sind. Hiervon ausgehend hat das Bundesver-

fassungsgericht in Bezug auf Art. 5 Abs. 2 GG etwa die Vorschriften zu den politischen Mäßigungspflichten der Soldaten und Beamten (vgl. BVerfGE 28, 282 [292]; 39, 334 [367]), zur Strafbarkeit der Verunglimpfung des Staates und seiner Symbole gemäß § 90a StGB (vgl. BVerfGE 47, 198 [232]; 69, 257 [268 f.]), zur Beleidigung nach § 185 StGB (vgl. BVerfGE 93, 266 [291]; BVerfGK 8, 89 [96]; BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 12. Mai 2009 - 1 BvR 2272/04 -, NJW 2009, S. 3016 [3017]) oder zur Vorgängerfassung des Volksverhetzungstatbestandes nach § 130 StGB a.F. (vgl. BVerfGE 90, 241 [251]; 111, 147 [155]) als allgemeine Gesetze beurteilt.

[56] Allerdings kann aus dieser Rechtsprechung nicht im Umkehrschluss abgeleitet werden, dass immer, wenn eine Norm ein anerkanntes Rechtsgut schützt, deren Allgemeinheit schon allein damit gesichert ist (vgl. Enders, JZ 2008, S. 1092 [1094]). Die Tatsache, dass ein meinungsbeschränkendes Gesetz ein anerkanntes Rechtsgut schützt, garantiert dessen Allgemeinheit nicht für jeden Fall, sondern ist lediglich Indiz für die Wahrung rechtsstaatlicher Distanz und die Einhaltung des Gebots der Meinungsneutralität. Das Bundesverfassungsgericht hat stets betont, dass das fragliche Rechtsgut schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung geschützt sein muss (vgl. BVerfGE 111, 147 [155]; 117, 244 [260]) und damit Inhaltsanknüpfungen in Neutralität zu den verschiedenen politischen Strömungen und Weltanschauungen stehen müssen. Entsprechend war für die Qualifizierung des § 90a StGB als allgemeines Gesetz maßgeblich, dass diese Vorschrift die Herabwürdigung der Bundesrepublik Deutschland „unabhängig von einer politischen Überzeugung“ unter Strafe stellt (vgl. BVerfGE 47, 198 [232]). Nichts anderes gilt für die §§ 86, 86a StGB, die das Bundesverfassungsgericht gleichfalls als allgemeine Gesetze beurteilt hat (vgl. BVerfGE 111, 147 [155]). Zwar wird in § 86 Abs. 1 Nr. 4 in Verbindung mit § 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB ausdrücklich an nationalsozialistische Organisationen angeknüpft. Im Kontext der Gesamtnorm des § 86 Abs. 1 StGB handelt es sich dabei aber dennoch nicht um Sonderrecht. Die Vorschrift richtet sich nicht gegen die Verbreitung nationalsozialistischen Gedankenguts, sondern erhebt einen sachlich beschränkten Strafanspruch gegen die organisationsbezogene Fortführung von förmlich verbotenen Vereinigungen und Parteien und erstreckt ihn auf alle hiervon betroffenen Organisationen gleichermaßen.

### (2). Sonderrecht

[57] An der Allgemeinheit eines Gesetzes fehlt es, wenn eine inhaltsbezogene Meinungsbeschränkung nicht hinreichend offen gefasst ist und sich von vornherein nur gegen bestimmte Überzeugungen, Hal-

ten oder Ideologien richtet.

[58] Gesetze zum Schutz von Rechtsgütern sind nur allgemein, wenn sie sich bei der gebotenen Gesamtsicht als konsequent und abstrakt vom Rechtsgut her gedacht erweisen und ohne Ansehung konkret vorfindlicher Auffassungen ausgestaltet sind. Hierzu gehört eine hinreichend allgemein gefasste Formulierung der Verletzungshandlung sowie der geschützten Rechtsgüter, die sicherstellt, dass die Norm im politischen Kräftefeld als gegenüber verschiedenen Gruppierungen offen erscheint und sich die pönalisierte oder verbotene Meinungsäußerung grundsätzlich aus verschiedenen politischen, religiösen oder weltanschaulichen Grundpositionen ergeben kann. Geboten ist eine Fassung der Norm, die in rechtsstaatlicher Distanz gegenüber konkreten Auseinandersetzungen im politischen oder sonstigen Meinungskampf strikte „Blindheit“ gegenüber denen gewährleistet, auf die sie letztlich angewendet werden soll. Sie darf allein an dem zu schützenden Rechtsgut ausgerichtet sein, nicht aber an einem Wert- oder Unwerturteil hinsichtlich der konkreten Haltungen oder Gesinnungen.

[59] Die Allgemeinheit des Gesetzes verbürgt damit entsprechend dem Verbot der Benachteiligung oder Bevorzugung wegen politischer Anschauungen (Art. 3 Abs. 3 Satz 1 Alternative 9 GG) für Eingriffe in die Meinungsfreiheit ein spezifisches und striktes Diskriminierungsverbot gegenüber bestimmten Meinungen. Gesetze, die an den Inhalt von Meinungsäußerungen anknüpfen und durch solche verursachte Rechtsgutverletzungen unterbinden oder sanktionieren, sind nur unter strenger Neutralität und Gleichbehandlung zulässig.

### (3). Subsumtion

[60] Die Frage, ob eine Norm nach diesen Grundsätzen noch als allgemeines Gesetz oder als Sonderrecht zu beurteilen ist, lässt sich dabei nicht schematisch beantworten. Es kommt vielmehr auf eine Gesamtsicht an. Abzustellen ist hierbei insbesondere darauf, in welchem Maße eine Norm sich auf abstrakt-inhaltsbezogene, für verschiedene Haltungen offene Kriterien beschränkt oder konkret-standpunktbezogene, insbesondere etwa ideologiebezogene Unterscheidungen zugrunde legt (vgl. ähnlich bereits BVerfGE 47, 198 [232]). Ein Indiz für Sonderrecht ist es etwa, wenn sich eine Norm als Antwort auf einen konkreten Konflikt des aktuellen öffentlichen Meinungskampfes versteht oder anknüpfend an inhaltliche Positionen einzelner vorfindlicher Gruppierungen so formuliert ist, dass sie im Wesentlichen nur gegenüber diesen zur Anwendung kommen kann. Entsprechendes gilt für Sanktionen eines Verhaltens, das typischerweise einer konkreten Geisteshaltung oder einer spezifischen weltanschaulichen, politischen oder historischen Deutung entspringt, beziehungsweise auch für Normen, die ex-

klusiv auf die Zugehörigkeit zu Gruppen abstellen, die durch solche Haltungen definiert sind. Je mehr eine Norm so angelegt ist, dass sie absehbar allein Anhänger bestimmter politischer, religiöser oder weltanschaulicher Auffassungen trifft und somit auf den öffentlichen Meinungskampf einwirkt, desto mehr spricht dafür, dass die Schwelle zum Sonderrecht überschritten ist. Ein Anzeichen für Sonderrecht ist gleichfalls, wenn ein meinungsbeschränkendes Gesetz an bestimmte historische Deutungen von Geschehnissen anknüpft oder es sich auf den Schutz von Rechtsgütern eines nicht mehr offenen, sondern bereits feststehenden Personenkreises beschränkt. Insgesamt kommt es darauf an, ob die meinungsbeschränkende Norm eine prinzipielle inhaltliche Distanz zu den verschiedenen konkreten Positionen im politischen und weltanschaulichen Meinungskampf wahrt.

[61] Hiervon ausgehend ist § 130 Abs. 4 StGB kein allgemeines Gesetz. Zwar dient die Vorschrift dem öffentlichen Frieden und damit dem Schutz eines Rechtsguts, das auch sonst in der Rechtsordnung vielfältig geschützt wird. Jedoch gestaltet § 130 Abs. 4 StGB diesen Schutz nicht in inhaltsoffener, allgemeiner Art aus, sondern bezogen allein auf Meinungsäußerungen, die eine bestimmte Haltung zum Nationalsozialismus ausdrücken. Die Vorschrift dient nicht dem Schutz von Gewaltopfern allgemein und stellt bewusst nicht auf die Billigung, Verherrlichung und Rechtfertigung der Gewalt- und Willkürherrschaft totalitärer Regime insgesamt ab, sondern ist auf Äußerungen allein in Bezug auf den Nationalsozialismus begrenzt. Auch der Entstehungsgeschichte nach wurde die Vorschrift maßgeblich als Antwort auf öffentliche Versammlungen und Aufmärsche von Rechtsradikalen verstanden, die in ihren Kundgebungen an die Zeit des Nationalsozialismus anknüpfen - nicht zuletzt gerichtet gerade auch gegen die jährlichen Gedenkveranstaltungen für Rudolf Heß (vgl. Sitzungsprotokoll des Deutschen Bundestags 15/158 vom 18. Februar 2005, S. 14818, 14820; Innenausschussprotokoll 15/56 vom 7. März 2005, S. 11, 22 ff., 44, 45, 53 f., 57; BT-Drucks 15/5051, S. 6; Sitzungsprotokoll des Deutschen Bundestags 15/164 vom 11. März 2005, S. 15352). Sie ist insoweit die Reaktion des Gesetzgebers auf konkrete politische, als besonders gefährlich beurteilte Auffassungen im öffentlichen Meinungskampf. Die Vorschrift pönalisiert Meinungsäußerungen, die sich allein aus einer bestimmten Deutung der Geschichte und einer entsprechenden Haltung ergeben können. Sie ist damit nicht blind gegenüber vorfindlichen Grundpositionen, sondern normiert bereits im Tatbestand konkret-standpunktbezogene Kriterien. Damit ist sie kein allgemeines Gesetz, sondern Sonderrecht zur Abwehr von speziell solchen Rechtsgutverletzungen, die sich aus der Äußerung einer bestimmten Meinung, nämlich der Gutheißung der na-

tionalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft, ergeben.

#### *bb. Ehrschutz*

[62] § 130 Abs. 4 StGB kann als Sonderrecht auch nicht auf das Recht der persönlichen Ehre nach Art. 5 Abs. 2 Alternative 3 GG - hier bezogen auf die Würde der Opfer - gestützt werden. Das Erfordernis der Allgemeinheit meinungsbeschränkender Gesetze gemäß Art. 5 Abs. 2 Alternative 1 GG erstreckt sich auch auf Bestimmungen zum Ehrschutz.

[63] Art. 5 Abs. 2 GG legt einen Begriff des allgemeinen Gesetzes zugrunde, nach dem die Schwelle zum Sonderrecht nicht schon erreicht wird, wenn ein meinungsbeschränkendes Gesetz überhaupt an Meinungs-inhalte anknüpft, sondern erst dann, wenn bereits der Tatbestand konkret-standpunktbezogene Anknüpfungen enthält und die Norm damit nicht meinungsneutral ausgestaltet ist. Das in dem Erfordernis der Allgemeinheit liegende Verbot von Sonderrecht gewährleistet nach dieser Auffassung einen Schutz vor Diskriminierung in Anknüpfung an bestimmte Meinungen und politische Anschauungen, wie er ähnlich auch in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 Alternative 9 GG („politische Anschauungen“) enthalten ist, und sichert damit rechtsstaatliche Distanz zum Schutz der Meinungsfreiheit. In diesem Verständnis muss das Sonderrechtsverbot dann aber allgemein gelten und sich auf alle meinungsbeschränkenden Gesetze erstrecken. Gesetzliche Bestimmungen zum Schutz der Jugend oder der persönlichen Ehre unterliegen ihm ebenso wie solche zum Schutz anderer Rechtsgüter. Dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht auch bisher schon etwa den Straftatbestand der Beleidigung als allgemeines Gesetz angesehen (vgl. BVerfGE 69, 257 [268 f.]; 93, 266 [291]; vgl. auch BVerfGK 1, 289 [291]). Dieses Verständnis findet auch in der Geschichte der Meinungsfreiheit eine Stütze. Bereits nach Art. 118 der Verfassung des Deutschen Reichs (Weimarer Reichsverfassung) fand die Meinungsfreiheit ihre Schranken in den allgemeinen Gesetzen. Eine zusätzliche, über Einzelbestimmungen zum Zensurverbot hinausgehende Ausnahme zum Jugend- und Ehrschutz enthielt die Vorschrift nicht. Vielmehr wurden solche Bestimmungen als von den allgemeinen Gesetzen grundsätzlich mitumfasst angesehen, und zwar unabhängig von den verschiedenen Positionen um die inhaltliche Auslegung des Allgemeinkriteriums zwischen der Sonderrechtslehre (vgl. Häntzschel, AöR, Bd. 10, 1926, S. 228 [232]; Häntzschel, in: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. 29, 1932, S. 651 [657 ff.]; Rothenbücher, in: VVDStRL Heft 4 1928, S. 6 [20]) und der Lehre von Smend (vgl. VVDStRL Heft 4 1928, S. 44 [52]). Es ist nicht ersichtlich, dass der Grundgesetzgeber mit Art. 5 Abs. 1 und 2 GG diesbezüglich eine andere Grundentschei-

dung treffen wollte. Die ausdrückliche Aufnahme des Jugend- und Ehrschutzes in Art. 5 Abs. 2 GG sollte lediglich sicherstellen, dass solche Vorschriften weiterhin zulässig sind. Sie sollte jedoch nicht die an alle Gesetze zu stellenden Anforderungen an eine rechtsstaatliche Distanz durch Meinungsneutralität zurücknehmen.

*cc. Sonderregelung für Gesetze, die der Gutheißung des Nationalsozialismus Grenzen setzen*

[64] § 130 Abs. 4 StGB ist auch als nichtallgemeines Gesetz mit Art. 5 Abs. 1 und 2 GG vereinbar. Angesichts des sich allgemeinen Kategorien entziehenden Unrechts und des Schreckens, die die nationalsozialistische Herrschaft über Europa und weite Teile der Welt gebracht hat, und der als Gegenentwurf hierzu verstandenen Entstehung der Bundesrepublik Deutschland ist Art. 5 Abs. 1 und 2 GG für Bestimmungen, die der propagandistischen Gutheißung des nationalsozialistischen Regimes in den Jahren zwischen 1933 und 1945 Grenzen setzen, eine Ausnahme vom Verbot des Sonderrechts für meinungsbezogene Gesetze immanent.

[65] Von dem Erfordernis der Allgemeinheit meinungsbeschränkender Gesetze gemäß Art. 5 Abs. 2 GG ist eine Ausnahme anzuerkennen für Vorschriften, die auf die Verhinderung einer propagandistischen Affirmation der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft zwischen den Jahren 1933 und 1945 zielen. Das menschenverachtende Regime dieser Zeit, das über Europa und die Welt in unermesslichem Ausmaß Leid, Tod und Unterdrückung gebracht hat, hat für die verfassungsrechtliche Ordnung der Bundesrepublik Deutschland eine gegenbildlich identitätsprägende Bedeutung, die einzigartig ist und allein auf der Grundlage allgemeiner gesetzlicher Bestimmungen nicht eingefangen werden kann. Das bewusste Absetzen von der Unrechtsherrschaft des Nationalsozialismus war historisch zentrales Anliegen aller an der Entstehung wie Inkraftsetzung des Grundgesetzes beteiligten Kräfte (vgl. Verfassungsausschuss der Ministerpräsidenten-Konferenz der Westlichen Besatzungszonen, Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 23. August 1948, S. 18, 20, 22, 56), insbesondere auch des Parlamentarischen Rates (vgl. Parlamentarischer Rat, Schriftlicher Bericht zum Entwurf des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, Anlage zum stenographischen Bericht der 9. Sitzung des Parlamentarischen Rates am 6. Mai 1949, S. 5, 6, 9) und bildet ein inneres Gerüst der grundgesetzlichen Ordnung (vgl. nur Art. 1, Art. 20 und Art. 79 Abs. 3 GG). Das Grundgesetz kann weithin geradezu als Gegenentwurf zu dem Totalitarismus des nationalsozialistischen Regimes gedeutet werden und ist von seinem Aufbau bis in viele Details hin darauf ausgerichtet, aus den geschichtlichen Er-

fahrungen zu lernen und eine Wiederholung solchen Unrechts ein für alle Mal auszuschließen. Die endgültige Überwindung der nationalsozialistischen Strukturen und die Verhinderung des Wiedererstarkens eines totalitär nationalistischen Deutschlands war schon für die Wiedererrichtung deutscher Staatlichkeit durch die Alliierten ein maßgeblicher Beweggrund und bildete - wie etwa die Atlantik-Charta vom 14. August 1941, das Potsdamer Abkommen vom 2. August 1945 und das Kontrollratsgesetz Nr. 2 zur Auflösung und Liquidierung der Naziorganisationen vom 10. Oktober 1945 zeigen - eine wesentliche gedankliche Grundlage für die Frankfurter Dokumente vom 1. Juli 1948, in denen die Militärgouverneure die Ministerpräsidenten aus ihren Besatzungszonen mit der Schaffung einer neuen Verfassung beauftragten. Auch für die Schaffung der Europäischen Gemeinschaften sowie zahlreiche internationale Vertragswerke wie insbesondere auch die Europäische Menschenrechtskonvention ging von den Erfahrungen der Zerstörung aller zivilisatorischen Errungenschaften durch den Nationalsozialismus ein entscheidender Impuls aus. Sie prägen die gesamte Nachkriegsordnung und die Einbindung der Bundesrepublik Deutschland in die Völkergemeinschaft bis heute nachhaltig.

[66] Vor diesem Hintergrund entfaltet die propagandistische Gutheißung der historischen nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft mit all dem schrecklichen tatsächlich Geschehenen, das sie zu verantworten hat, Wirkungen, die über die allgemeinen Spannungslagen des öffentlichen Meinungskampfes weit hinausgehen und allein auf der Grundlage der allgemeinen Regeln zu den Grenzen der Meinungsfreiheit nicht erfasst werden können. Die Befürwortung dieser Herrschaft ist in Deutschland ein Angriff auf die Identität des Gemeinwesens nach innen mit friedensbedrohendem Potential. Insofern ist sie mit anderen Meinungsäußerungen nicht vergleichbar und kann nicht zuletzt auch im Ausland tiefgreifende Beunruhigung auslösen. Dieser geschichtlich begründeten Sonderkonstellation durch besondere Vorschriften Rechnung zu tragen, will Art. 5 Abs. 2 GG nicht ausschließen. Das Erfordernis der Allgemeinheit meinungsbeschränkender Gesetze, mit dem Art. 5 Abs. 2 GG den Gesetzgeber in Anknüpfung an lange Traditionslinien darauf verpflichtet, Rechtsgüterschutz vor Meinungsäußerungen unabhängig von bestimmten Überzeugungen, Haltungen und Ideologien zu gewährleisten, kann für diese die geschichtsgeprägte Identität der Bundesrepublik Deutschland betreffende, auf andere Konflikte nicht übertragbare einzigartige Konstellation keine Geltung beanspruchen. § 130 Abs. 4 StGB ist dementsprechend nicht deshalb verfassungswidrig, weil er eine Sonderbestimmung ist, die allein die Bewertung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft zu ihrem Gegenstand hat.

[67] Die Offenheit des Art. 5 Abs. 1 und 2 GG für derartige Sonderbestimmungen, die sich auf Äußerungen zum Nationalsozialismus in den Jahren zwischen 1933 und 1945 beziehen, nimmt den materiellen Gehalt der Meinungsfreiheit nicht zurück. Insbesondere kennt das Grundgesetz kein allgemeines antinationalsozialistisches Grundprinzip (vgl. so aber in der Sache: Battis/Grigoleit, NVwZ 2001, S. 121 [123 ff.]; OVG Münster, Beschluss vom 23. März 2001 - 5 B 395/01 -, NJW 2001, S. 2111), das ein Verbot der Verbreitung rechtsradikalen oder auch nationalsozialistischen Gedankenguts schon in Bezug auf die geistige Wirkung seines Inhalts erlaubte. Ein solches Grundprinzip ergibt sich insbesondere weder aus Art. 79 Abs. 3 GG noch aus Art. 139 GG, in dem aufgrund bewusster Entscheidung allein die dort genannten Vorschriften von der Geltung der Verfassung ausgenommen werden. Das Grundgesetz gewährt Meinungsfreiheit im Vertrauen auf die Kraft der freien öffentlichen Auseinandersetzung vielmehr grundsätzlich auch den Feinden der Freiheit. Der Parlamentarische Rat bekannte sich hierzu auch gegenüber dem soeben erst überwundenen Nationalsozialismus. In den Art. 9 Abs. 2, Art. 18 und Art. 21 Abs. 2 GG legte er fest, dass nicht schon die Verbreitung verfassungsfeindlicher Ideen als solche die Grenze der freien politischen Auseinandersetzung bildet, sondern erst eine aktiv kämpferische, aggressive Haltung gegenüber der freiheitlichen demokratischen Grundordnung (vgl. BVerfGE 5, 85 [141]). Entsprechend gewährleistet Art. 5 Abs. 1 und 2 GG die Meinungsfreiheit als Geistesfreiheit unabhängig von der inhaltlichen Bewertung ihrer Richtigkeit, rechtlichen Durchsetzbarkeit oder Gefährlichkeit (vgl. BVerfGE 90, 241 [247]). Art. 5 Abs. 1 und 2 GG erlaubt nicht den staatlichen Zugriff auf die Gesinnung, sondern ermächtigt erst dann zum Eingriff, wenn Meinungsäußerungen die rein geistige Sphäre des Für-richtig-Haltens verlassen und in Rechtsgutverletzungen oder erkennbar in Gefährdungslagen umschlagen.

#### *b. Schranken-Schranken*

[68] Auch die nach Art. 5 Abs. 1 und 2 GG anzuerkennende Ausnahme von dem Allgemeinheitserfordernis meinungsbeschränkender Gesetze aufgrund der Einzigartigkeit der Verbrechen der historischen nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft und der daraus folgenden Verantwortung für die Bundesrepublik Deutschland öffnet hierzu keine Türen, sondern belässt die Verantwortung für die notwendige Zurückdrängung solch gefährlicher Ideen der Kritik in freier Diskussion. Sie erlaubt dem Gesetzgeber lediglich, für Meinungsäußerungen, die eine positive Bewertung des nationalsozialistischen Regimes in ihrer geschichtlichen Realität zum Gegenstand haben, gesonderte Bestimmungen zu erlassen, die an die spezifischen Wir-

kungen gerade solcher Äußerungen anknüpfen und ihnen Rechnung tragen. Auch solche Bestimmungen müssen jedoch dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen und hierbei strikt an einem veräußerlichten Rechtsgüterschutz, nicht aber einer inhaltlichen Bewertung der betroffenen Meinung orientiert sein.

[69] § 130 Abs. 4 StGB genügt den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Die Vorschrift verfolgt mit dem Schutz des öffentlichen Friedens einen legitimen Zweck, zu dessen Erreichung sie geeignet, erforderlich und angemessen ist [wird ausgeführt].

#### *II. Verstoß gegen Art. 3 II 1 GG*

[86] § 130 Abs. 4 StGB verstößt auch nicht gegen Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG (Verbot der Benachteiligung wegen politischer Anschauungen), der vor Eingriffen schützt, die schon an das bloße „Haben“ einer politischen Anschauung anknüpfen. Hingegen richtet sich die Verfassungsmäßigkeit von Eingriffen, die an die Äußerung und Betätigung solcher Anschauungen anknüpfen, grundsätzlich nach den jeweiligen Freiheitsgrundrechten (vgl. BVerfGE 39, 334 [368]). Dies gilt jedenfalls dann, wenn den entsprechenden Freiheitsgrundrechten, wie vorliegend Art. 5 Abs. 1 und 2 GG, spezielle Gleichheitsgewährleistungen innewohnen. Eine Verletzung von Art. 3 Abs. 3 GG kommt damit nicht in Betracht. Erst recht können sich aus Art. 3 Abs. 1 GG keine weitergehenden Anforderungen als aus Art. 5 Abs. 1 und 2 GG ergeben.

#### *III. Verstoß gegen Art. 103 II GG*

[87] § 130 Abs. 4 StGB steht auch mit Art. 103 Abs. 2 GG in Einklang.

#### *1. Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht*

[88] Art. 103 Abs. 2 GG verpflichtet den Gesetzgeber, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen. Diese Verpflichtung dient einem doppelten Zweck. Einerseits geht es um den rechtsstaatlichen Schutz des Normadressaten: Jedermann soll vorhersehen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist. Andererseits soll sichergestellt werden, dass nur der Gesetzgeber über die Strafbarkeit entscheidet. Insoweit enthält Art. 103 Abs. 2 GG einen strengen Gesetzesvorbehalt, der es der vollziehenden und der rechtsprechenden Gewalt verwehrt, über die Voraussetzungen einer Bestrafung selbst zu entscheiden (vgl. BVerfGE 71, 108 [114]).

[89] Das schließt nicht eine Verwendung von Begriffen aus, die in besonderem Maße der Deutung durch den Richter bedürfen. Auch im Strafrecht steht der Gesetzgeber vor der Notwendigkeit, der Vielgestaltigkeit des Lebens Rechnung zu tragen. Wegen der Allgemeinheit und Abstraktheit von Strafnormen ist es



ferner unvermeidlich, dass in Grenzfällen zweifelhaft sein kann, ob ein Verhalten schon oder noch unter den gesetzlichen Tatbestand fällt oder nicht. Dann genügt, wenn sich deren Sinn im Regelfall mit Hilfe der üblichen Auslegungsmethoden ermitteln lässt und in Grenzfällen dem Adressaten zumindest das Risiko der Bestrafung erkennbar wird (vgl. BVerfGE 41, 314 [320]; 71, 108 [114 f.]; 73, 206 [235]; 85, 69 [73]; 87, 209 [223 f.]; 92, 1 [12]). [...]

## 2. Subsumtion

[95] Nach diesen Maßgaben bestehen gegen die Bestimmtheit des § 130 Abs. 4 StGB keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Die öffentlich oder in einer Versammlung zum Ausdruck gebrachte Billigung, Verherrlichung oder Rechtfertigung der historischen nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft

durfte der Gesetzgeber schon für sich jedenfalls grundsätzlich als eine strafwürdige und hinreichend bestimmt erfasste Störung des öffentlichen Friedens ansehen. Aus diesem Kontext heraus wird die Störung des öffentlichen Friedens auch als Tatbestandsmerkmal bestimmbar: Sie besteht in einem Absenken der Schwelle der Gewaltbereitschaft und in der bedrohenden Wirkung, die solchen Äußerungen vor dem speziellen Hintergrund der deutschen Geschichte in der Regel zukommt.

Eine solche Wirkung kann bei Verwirklichung der weiteren Tatbestandsmerkmale grundsätzlich vermutet werden. Das Tatbestandsmerkmal des öffentlichen Friedens gemäß § 130 Abs. 4 StGB erlaubt es dabei jedoch, atypischen Situationen im Sinne der Meinungsfreiheit Rechnung zu tragen. [...]

## Standort: Art. 13 GG

## Problem: Personaler Schutzbereich

BVERFG, BESCHLUSS VOM 09.07.2009  
2 BvR 1119/05 (NVwZ 2009, 1281)

### Problemdarstellung:

Art 13 I GG schützt die Unverletzlichkeit der Wohnung. In personaler Hinsicht enthält das Grundrecht expressis verbis keine Beschränkung des Schutzbereichs. Diese ergibt sich jedoch aus seinem Schutzzweck: Art. 13 I GG ist eng an die freie Entfaltung der Persönlichkeit angelehnt. Die Wohnung wird als Rückzugsbereich geschützt, als Refugium, in dem jedermann das Recht hat, in Ruhe gelassen zu werden. Daraus folgt zugleich, dass (nur) diejenigen Personen geschützt sind, denen die Wohnung als Refugium dient, also jene, welche in ihr wohnen. Der die Wohnung nicht selbst nutzende Eigentümer bzw. Vermieter ist daher nicht über Art. 13 I GG geschützt, für ihn kommt (nur) der Eigentumsschutz aus Art. 14 I 1 GG zur Anwendung. Diese - im Leitsatz zu 2 noch einmal bekräftigte - Rechtsprechung des BVerfG entspricht auch in der Literatur einhelliger Auffassung, ist also nichts Neues.

Wie liegt es jedoch, wenn ein Geschäftsraum durchsucht wird? Zur Erinnerung: Nach st.Rspr. des BVerfG sind auch Geschäftsräume "Wohnungen" i.S.d. Art. 13 I GG. Die Person des Unternehmers entspräche hier eher der des Eigentümers/Vermieters, denn ein Unternehmer wird sich in seine Geschäftsräume kaum zurückziehen wollen. Unmittelbar in den Geschäftsräumen tätig sind hingegen die Arbeitnehmer. Dennoch entsprach es der herrschenden Kommentarliteratur, dass nicht sie, sondern nur die Unternehmer aus Art. 13 I GG geschützt sind, soweit es um Geschäftsräume geht. Das BVerfG hatte zu dieser Frage - soweit ersichtlich - bisher nicht Stellung genom-

men, schließt sich vorliegend jedoch (ohne eigene Begründung) der h.L. an.

### Prüfungsrelevanz:

Durchsuchungen von Geschäftsräumen kommen in der Praxis immer wieder vor. Besonders wenn es um Redaktionsräume von Zeitungen geht, bereiten sie auch verfassungsrechtliche Probleme, weil dann neben Art. 13 I GG auch die Grundrechte aus Art. 5 I 2 GG (Pressefreiheit) und Art. 12 I GG (Berufsfreiheit) betroffen sind (vgl. Vertiefungshinweise). In einem solchen Fall wird beispielsweise nicht selten neben dem Verleger auch der Journalist, dessen Arbeitsplatz durchsucht worden ist, mit Rechtsbehelfen bzw. am Ende mit einer Verfassungsbeschwerde gegen die Durchsuchung vorgehen wollen. Dann ist es interessant zu wissen, dass er jedenfalls aus Art. 13 I GG weder klage- noch beschwerdebefugt i.S.d. §§ 42 II VwGO bzw. 90 I BVerfGG sein kann. Das BVerfG prüft die oben angesprochene Frage der personalen Schutzbereichseröffnung nämlich nicht erst in der Begründetheit, sondern explizit bereits in der Zulässigkeit unter "Beschwerdebefugnis" i.S.d. § 90 I BVerfGG.

### Vertiefungshinweise:

- Leitentscheidung des BVerfG zu Oddset-Sportwetten: BVerfGE 115, 276
- Durchsuchung wegen des Verdachts der unerlaubten Veranstaltung von Glücksspielen: BVerfG, NVwZ-RR 2009, 785
- Pressefreiheit bei Durchsuchung von Redaktionsräumen: BVerfG, RA 2007, 273 = NJW 2007, 1117

### Kursprogramm:

□ Examenskurs: "Steuerspitzelei"

**Leitsätze (der Redaktion):**

**1. Im personaler Hinsicht kann sich bei Geschäftsräumen nur deren Inhaber, also der Unternehmer, auf Art. 13 I GG berufen. Die Arbeitnehmer fallen demgegenüber nicht in den personalen Schutzbereich.**

**2. Bei Wohnraum ist hingegen der selbst nicht Gewahrsam innehabende Vermieter nicht Träger des Grundrechts aus Art. 13 I GG.**

**Sachverhalt:**

Die Verfassungsbeschwerden der Bf. zu 1 und zu 2 richteten sich jeweils gegen die Anordnung der Durchsuchung von Privatwohnungen und eines Wettbüros wegen des Verdachts der unerlaubten Veranstaltung von Glücksspielen gem. § 284 StGB (Oddset-Sportwetten). Der Bf. zu 3 wandte sich gegen die richterliche Bestätigung der Durchsuchung desselben Wettbüros und gegen die Beschlagnahme bei der Durchsuchung des Wettbüros sichergestellter Gegenstände. Die Verfassungsbeschwerden der Bf. zu 1 und 2 hatten bezüglich der Durchsuchung ihrer Privatwohnungen, die Verfassungsbeschwerde zu der Bf. zu 3 hatte bezüglich der Durchsuchung Erfolg.

**Aus den Gründen:**

*I. Keine Beschwerdebefugnis der Arbeitnehmer gegen Durchsuchung der Geschäftsräume*

Die Verfassungsbeschwerde des Bf. zu 1 ist nur zulässig, soweit er sich gegen die Anordnung der Durchsuchung seiner Privatwohnung wendet. Sie ist unzulässig und wird daher nicht zur Entscheidung angenommen, soweit sie sich gegen die Anordnung der Durchsuchung der Privatwohnungen des Herrn E und des Bf. zu 2 sowie gegen die Anordnung der Durchsuchung der Geschäftsräume richtet. Insoweit fehlt dem Bf. zu 1 mangels Selbstbetroffenheit die nach § 90 I BVerfGG erforderliche Beschwerdebefugnis. Diese ergibt sich im Hinblick auf die Durchsuchung der Geschäftsräume insbesondere nicht daraus, dass der Bf. zu 1 in den Geschäftsräumen als Aushilfe ge-

arbeitet hat. Bei Geschäftsräumen kommt der Schutz des Art. 13 I GG grundsätzlich nur dem Unternehmer, nicht auch dem Arbeitnehmer zugute (vgl. Gornig, in: Das Bonner GG I, 4. Aufl. [1999], Art. 13 Rdnr. 32; Schmitt Glaeser, in: Isensee/Kirchhof, HdbStR VI, 2. Aufl. [2001], § 129 Rdnr. 53 m.w. Nachw.; Ziekow/Guckelberger, in: BerlKomm-GG I, Art. 13 Rdnr. 43 [Mai 2005] m.w. Nachw.). Besonderheiten, aus denen sich ausnahmsweise auch für den Bf. zu 1 hinsichtlich der Geschäftsräume ein Schutz durch Art. 13 I GG ableiten ließe, sind nicht ersichtlich.

*II. Keine Beschwerdebefugnis des Vermieters gegen Durchsuchung der Mietwohnung*

Die Verfassungsbeschwerde des Bf. zu 2 ist ebenfalls nur zulässig, soweit dieser sich gegen die Anordnung der Durchsuchung seiner Privatwohnung wendet. Sie ist unzulässig und wird daher nicht zur Entscheidung angenommen, soweit sie sich gegen die Anordnung der Durchsuchung der Privatwohnungen des Herrn E und des Bf. zu 1 und gegen die Anordnung der Durchsuchung der Geschäftsräume richtet. Insoweit fehlt dem Bf. zu 2 mangels Selbstbetroffenheit die nach § 90 I BVerfGG erforderliche Beschwerdebefugnis. Diese ergibt sich im Hinblick auf die Durchsuchung der Geschäftsräume insbesondere nicht daraus, dass der Bf. zu 2 Untervermieter der Geschäftsräume ist. Der den Wohnraum selbst nicht innehabende Vermieter ist nicht Träger des Grundrechts aus Art. 13 I GG (vgl. Gornig, in: Das Bonner GG I, 4. Aufl. [1999], Art. 13 Rdnr. 30; Papier, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 13 Rdnr. 12 [Okt. 1999]; Ziekow/Guckelberger, in: BerlKomm-GG I, Art. 13 Rdnr. 42 [Mai 2005] m.w. Nachw.).

*III. Beschwerdebefugnis des Unternehmers gegen Durchsuchung der Geschäftsräume*

Die Verfassungsbeschwerde des Bf. zu 3 ist zulässig, soweit sie sich gegen die richterliche Bestätigung der Durchsuchung der Geschäftsräume richtet. Der Bf. zu 3 ist insoweit im Gegensatz zu den Bf. zu 1 und zu 2 beschwerdebefugt i.S. von § 90 I BVerfGG, weil er Unternehmer des Wettbüros ist und daher durch die Durchsuchung der Geschäftsräume in Art. 13 I GG verletzt sein kann.

**Standort: Kommunalrecht****Problem: Verzicht auf Selbstverwaltungsangelegenheit**

BVERWG, URTEIL VOM 27.05.2009  
8 C 10/08 (NVWZ 2009, 1305)

**Problemdarstellung:**

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, ob und in welchem Umfang eine Gemeinde über die Wahrnehmung ihrer Selbstverwaltungsangelegenheiten (Art. 28 II GG) disponieren kann. Konkret hatte die Stadt Offenbach - vereinfacht dargestellt - die Durchführung ihres traditionellen Weihnachtsmarktes auf einen privaten Dritten (einen aus Vertretern des Einzelhandels bestehenden Verein) übertragen, der als Marktbetreiber die Auswahl der Weihnachtsmarktbesucher in eigener Verantwortung unter privatrechtlichen Grundsätzen und ohne Beteiligung der Gemeinde vornahm.

Das BVerwG hält diese Übertragung für rechtswidrig. Art. 28 II GG begründe nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht der Gemeinde, sich um ihre Selbstverwaltungsangelegenheiten zu kümmern. Zwar bedeute die Autonomie der Gemeinden in diesem Bereich auch, dass sie Schwerpunkte setzen dürfe. Auch werde sich die Frage, in welchem Umfang sich die Gemeinde um diese oder jene Angelegenheit kümmern müsse, nicht pauschal beantworten lassen (Beispiel: Die Versorgung der Einwohner mit Strom und Wasser wird vordringlicher sein als der Bau eines neuen Theaters). Im konkreten Fall ging der völlige Verzicht der Gemeinde auf die Auswahl der Besucher des traditionellen Weihnachtsmarktes dem BVerwG zu weit: Es gab der Klage eines Beschickers auf Feststellung, dass die Gemeinde nicht berechtigt sei, über Zulassungsanträge durch private Dritte entscheiden zu lassen, statt.

**Prüfungsrelevanz:**

Die RA hat bereits mehrfach über Fälle berichtet, in denen eine Gemeinde bestimmte öffentliche Aufgaben auf Dritte (oder ein eigens geschaffenes neues Gremium) übertragen hat (siehe Vertiefungshinweise). Das Thema ist und bleibt also aktuell. In Examensaufgaben lässt es sich auf vielfältige Weise aufnehmen:

- Zunächst in der hier vorliegenden Fallkonstellation, in der die Feststellung des Nichtbestehens eines Rechts der Gemeinde auf Übertragung einer Selbstverwaltungsangelegenheit auf einen Dritten begehrt wird. Die Begründetheit einer solchen Feststellungsklage hängt dann davon ab, ob die Übertragung gegen Art. 28 II GG verstößt oder nicht.

- Weiterhin sind Verpflichtungsklagen, Leistungsklagen oder vorläufige Rechtsschutzanträge von Beschickern auf Zulassung zu einer gemeindlichen Einrichtung (hier: Weihnachtsmarkt) oder von anderen Pri-

vatleuten auf Bewilligung einer sonstigen gemeindlichen Leistung denkbar. In diesem Rahmen wird sich die Frage stellen, ob ein solcher Anspruch gegen die Gemeinde fortbesteht, obwohl sie dessen Erfüllung auf einen Dritten übertragen hat. Dies wäre jedenfalls dann der Fall, wenn die Übertragung gegen Art. 28 II GG verstieße und somit rechtswidrig wäre.

- Schließlich ließen sich kommunalaufsichtsrechtliche Klausuren bilden, in denen die Aufsichtsbehörde den Übertragungsbeschluss der Gemeinde beanstandet oder aufhebt und die Gemeinde hiergegen gerichtlich vorgeht. Auch in diesem Rahmen würde sich die Frage stellen, ob die Übertragung rechtmäßig ist oder nicht.

**Vertiefungshinweise:**

Übertragung von Selbstverwaltungsaufgaben auf Dritte: *BVerwG*, NVwZ 2007, 584.

Übertragung einer Vergabeentscheidung auf einen "Volksfestbeirat": *BayVGh*, RA 2004, 496 = *BayVBl* 2004, 494

Vergabe von Stellplätzen auf öffentlichem Volksfest durch Private: *VG Augsburg*, NVwZ-RR 2001, 468; *VG Freiburg*, NVwZ-RR 2002, 139

Organkompetenz zur Aufstellung von Vergaberichtlinien und Entscheidung über die Vergabe: *BayVGh*, RA 2003, 732 = *NvWZ-RR* 2003, 771

**Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Ohne Los nichts los"

*Examenskurs*: "Kein Platz auf der Kirmes"

**Leitsätze:**

**Aus der bundesverfassungsrechtlichen Garantie der kommunalen Selbstverwaltung folgt, dass sich eine Gemeinde im Interesse einer wirksamen Wahrnehmung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft nicht ihrer gemeinwohlorientierten Handlungsspielräume begeben darf. Eine materielle Privatisierung eines kulturell, sozial und traditionsmäßig bedeutsamen Weihnachtsmarktes, der bisher in alleiniger kommunaler Verantwortung betrieben wurde, widerspricht dem. Eine Gemeinde kann sich nicht ihrer hierfür bestehenden Aufgabenverantwortung entziehen. Ihr obliegt vielmehr auch die Sicherung und Wahrung ihres Aufgabenbereichs, um eine wirkungsvolle Selbstverwaltung und Wahrnehmung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zu gewährleisten.**

**Sachverhalt:**

Der Kl., Inhaber eines Imbissstandes wendet sich mit einer Feststellungsklage gegen die 1997 erfolgte „Pri-

vatisierung“ des Offenbacher Weihnachtsmarktes. Die Bekl. hatte bis zu diesem Zeitpunkt über Jahrzehnte den Weihnachtsmarkt in Offenbach selbst veranstaltet. Unter dem 12. 9. 1996 beschloss die Stadtverordnetenversammlung der Bekl., den Magistrat der Stadt zu beauftragen, die Vergabe des Weihnachtsmarktes ab 1997 an einen Dritten vorzubereiten. Die abschließende Auswahl sollte durch den Magistrat erfolgen unter der Maßgabe, dass der Einfluss des Magistrats auf die Gestaltung des Weihnachtsmarktes sicherzustellen sei. Nach Durchführung verschiedener Bewerbungsgespräche übertrug der Magistrat der Bekl. die Vergabe des Offenbacher Weihnachtsmarktes an den Beigel. zu 1 mit Vertrag vom 26. 9. 1997. Noch am Tage des Vertragsschlusses übertrug der Beigel. zu 1, ein Verein mit ca. 100 Mitgliedern, die schwerpunktmäßig aus dem Kreise des örtlichen Einzelhandels stammen, der Beigel. zu 2 vertraglich die Ausrichtung des Weihnachtsmarktes. Der Vertrag sah u.a. vor, dass die Beigel. zu 2 den Weihnachtsmarkt zu den in dem mit der Bekl. geschlossenen Vertrag enthaltenen Bedingungen organisieren und durchführen müsse. Die Beigel. zu 2 zahlte an den Beigel. zu 1 pro Weihnachtsmarkt einen Betrag von 5000 DM. In der Folgezeit verpflichtete die Beigel. zu 2 die von ihr ausgewählten Marktbesucher u.a. dazu, bestimmte Waren in den Ständen zu vermarkten.

Der 1997 zwischen dem Beigel. zu 1 und der Bekl. geschlossene Vertrag sah u.a. vor, dass der private Betreiber in eigener Verantwortung, für eigene Rechnung und unabhängig von Einzelfallanweisungen der Bekl. tätig sein soll. Die Übertragung geschah zunächst für einen Zeitraum von zwei Jahren. Zum Umfang der Übertragung ist geregelt, dass der Betreiber in eigener Verantwortung die Auswahl der Marktbesucher, die Marktordnung und die Werbung und Marktdurchführung übernimmt.

Mit Änderungsvertrag vom 5. und 10. 9. 2002 ist der Zeitraum für die Ausrichtung des Weihnachtsmarktes verlängert worden. Unter dem 30. 3. und 6. 4. 2006 schlossen die Bekl. und die Beigel. zu 1 und 2 eine Änderungsvereinbarung, wonach nunmehr die Auswahl der Weihnachtsmarktbesucher durch die Betreiberin in eigener Verantwortung auf der Grundlage eines öffentlichen Bewerbungsverfahrens unter privatrechtlichen Grundsätzen erfolge. In diesem Vertrag ist zugleich das Ausscheiden des Beigel. zu 1 aus dem bisherigen Vertrag vereinbart worden.

Für den 2004 veranstalteten Weihnachtsmarkt erstritt der Kl. eine Zulassung durch die Beigel. zu 2 mit Hilfe eines einstweiligen Verfügungsverfahrens vor dem LG Darmstadt. Die Bewerbung des Ast. für die Teilnahme am Weihnachtsmarkt 2005 lehnte die Beigel. zu 2 ebenfalls ab. Dagegen erhob der Kl. bei der Bekl. Widerspruch, den die Bekl. für unzulässig hielt, da kein Bescheid seitens der Bekl. erlassen worden sei.

Im danach angestregten einstweiligen Rechtsschutzverfahren vor dem VG Darmstadt lehnte das Gericht den Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen die Bekl. ab. Die dagegen erhobene Beschwerde hat der VGH Kassel mit Beschluss vom 11. 11. 2005 zurückgewiesen.

Im September 2005 hat der Kl. beim VG Klage erhoben. Zu ihrer Begründung hat er im Wesentlichen ausgeführt, dass die Bekl. nicht berechtigt gewesen sei, verbindliche Entscheidungen über Zulassungsanträge von Bewerbern hinsichtlich der Vergabe von Standplätzen auf dem Weihnachtsmarkt durch die Beigel. zu 2 treffen zu lassen.

Nach Abweisung der Klage durch das VG hat der Kl. die vom BerGer. zugelassene Berufung im Wesentlichen damit begründet, dass der Weihnachtsmarkt nach wie vor eine öffentliche Einrichtung sei, da er jahrzehntelang als traditionelles bzw. traditionsbildendes Volksfest durch die Bekl. ausgerichtet worden sei und immer auf gemeindlichen Grundstücken stattgefunden habe, die die Bekl. selbst hergerichtet habe.

Der VGH Kassel hat die Berufung zurückgewiesen. Die Revision des Kl. hatte Erfolg.

#### **Aus den Gründen:**

[21] Die Revision ist zulässig und mit dem Ergebnis der Zurückverweisung begründet.

#### *A. Zulässigkeit*

##### *I. Feststellungsinteresse*

[23] Mit dem VGH ist davon auszugehen, dass die vorliegende Feststellungsklage zulässig ist. Der Kl. hat ein Interesse an der begehrten Feststellung. Hierzu genügt jedes nach Sachlage anzuerkennende schutzwürdige Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder auch ideeller Art (st. Rspr.; vgl. nur BVerwGE 53, 134 [137]).

##### *II. Klagebefugnis*

[24] Es besteht auch die notwendige Klagebefugnis beim Kl. Über das in § 43 I VwGO geforderte berechtigte Interesse an der begehrten Feststellung hinaus ist nach ständiger Rechtsprechung § 42 II VwGO entsprechend anzuwenden (BVerfGE 74, 1 [4] = NJW 1987, 1192; BVerwGE 100, 262 [264] = NJW 1996, 2046 [2048] = NVwZ 1996, 887 L). Eine Feststellungsklage ist damit nur zulässig, wenn der Kl. geltend machen kann, in seinen Rechten verletzt zu sein, entweder weil er an dem feststellenden Rechtsverhältnis selbst beteiligt ist oder weil von dem Rechtsverhältnis eigene Rechte abhängen. Im vorliegenden Fall erscheint es aber nicht offensichtlich und eindeutig nach jeder Betrachtungsweise als unmöglich, dass dem Kl. ohne die seinerseits angegriffene Übertragung der Vergabe im Jahre 1997 ein Anspruch gegen die Bekl. auf Zulas-

sung zu dem genannten Weihnachtsmarkt zustehen könnte. Bei Rechtswidrigkeit der von ihm gerügten Privatisierung kann ihm ein Anspruch auf Zulassung zur Nutzung öffentlicher Einrichtungen der Gemeinde eröffnet sein.

### *B. Begründetheit*

[25] Der VGH hat bei seiner Sachentscheidung die bundesverfassungsrechtliche Garantie der kommunalen Selbstverwaltung in Art. 28 II 1 GG nicht hinreichend beachtet. Gemäß Art. 28 II 1 GG haben die Gemeinden das Recht, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Den Gemeinden ist damit durch Art. 28 II 1 GG ein grundsätzlich alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft umfassender Aufgabenbereich zugesichert und damit auch die Befugnis zu einer eigenverantwortlichen Führung der Geschäfte in diesem Bereich (BVerfGE 79, 127 [142] = NVwZ 1989, 347; auch BVerwGE 125, 68 [72] = Buchholz 415.1 Allg. KommunalR Nr. 156 = NVwZ 2006, 690).

### *I. Inhalt der Selbstverwaltungsautonomie*

[26] Die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft sind nach ständiger Rechtsprechung dabei diejenigen Bedürfnisse und Interessen, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder zu ihr einen spezifischen Bezug haben. Sie sind den Gemeindeeinwohnern gemeinsam, indem sie das Zusammenleben und das Zusammenwohnen der Menschen in der politischen Gemeinschaft betreffen. Auf die Verwaltungskraft der Gemeinde kommt es hierfür nicht an (BVerfGE 79, 127 [148] = NVwZ 1989, 347). Der bundesrechtliche Rechtsbegriff der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft ist dabei kein inhaltsloser disponibler Begriff, sondern er ist vom Sinne der grundgesetzlichen Selbstverwaltungsgarantie her zu verstehen und auch zu interpretieren (vgl. Püttner, Kommunale Selbstverwaltung, in: Isensee/Kirchhof, HdbStR VI, 3. Aufl. [2008], S. 1151).

### *II. Selbstverwaltung als Recht und Pflicht*

[27] Die Gemeinden sind infolge der Selbstverwaltungsgarantie nicht nur vor Eingriffen durch den Bund und die Länder in dem Kernbestand ihres Aufgabenbereichs geschützt, sondern aus Art. 28 II 1 GG ergibt sich auch eine Bindung der Gemeinden hinsichtlich der Aufrechterhaltung dieses Bestandes und damit die grundsätzliche Pflicht der gemeindlichen Wahrung und Sicherung ihres eigenen Aufgabenbestandes, wenn dieser in den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft wurzelt.

[28] Auf die gemeindliche Aufgabenwahrnehmung bezogene inhaltliche Vorgaben des Gesetzgebers bedürfen eines rechtfertigenden Grundes, etwa um eine ordnungsgemäße Erledigung sicherzustellen. Diese

Vorgaben müssen beschränkt bleiben "auf dasjenige, was der Gesetzgeber zur Wahrung des jeweiligen Gemeinwohlbelangs für erforderlich halten kann, wobei er angesichts der unterschiedlichen Ausdehnung, Einwohnerzahl und Struktur der Gemeinden typisieren darf und auch im Übrigen einen weiten Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum hat" (BVerfGE 83, 363 [382f.] = NVwZ 1992, 365). Dementsprechend hat der Gesetzgeber in § 19 I HessGO festgelegt, dass die Gemeinde die Aufgabe hat, in den Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit die für ihre Einwohner erforderlichen wirtschaftlichen, sozialen, sportlichen und kulturellen Einrichtungen bereitzustellen. Die Einwohner der Gemeinden sind im Rahmen der bestehenden Vorschriften berechtigt, die öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde zu benutzen, und verpflichtet, die Gemeindelasten zu tragen, § 20 I HessGO. Die gesetzliche Regelung in Hessen trägt somit den Anforderungen, die sich aus Art. 28 II 1 GG ergeben, Rechnung.

### *III. Disponibilität*

[29] Entgegen der Auffassung des BerGer. steht es nicht im freien Ermessen einer Gemeinde, „freie Selbstverwaltungsangelegenheiten“ zu übernehmen oder sich auch jeder Zeit wieder dieser Aufgaben zu entledigen. Gehören Aufgaben zu den Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises, so darf sich die Gemeinde im Interesse einer wirksamen Wahrnehmung dieses örtlichen Wirkungskreises, der ausschließlich der Gemeinde, letztlich zum Wohle der Gemeindeangehörigen, anvertraut ist, nicht ihrer gemeinwohlorientierten Handlungsspielräume begeben. Der Gemeinde steht es damit nicht grundsätzlich zu, sich ohne Weiteres der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zu entledigen. Anderenfalls hätten es die Gemeinden selbst in der Hand, den Inhalt der kommunalen Selbstverwaltung durch Abstoßen oder Nichtwahrnehmung ihrer ureigenen Aufgaben auszuhöheln. Um ein Unterlaufen des ihr anvertrauten Aufgabenbereichs zu verhindern, muss sich die Gemeinde grundsätzlich zumindest Einwirkungs- und Steuermöglichkeiten vorbehalten, wenn sie die Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises anderen übertragen will. Sie kann sich damit nicht ihres genuinen Verantwortungsbereichs für die Wahrnehmung ihrer Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises entziehen. Will sie Dritte bei der Verwaltung bestimmter Bereiche ihres eigenen Aufgabenbereichs einschalten, die gerade das Zusammenleben und das Zusammenwohnen der Menschen in der politischen Gemeinschaft betreffen, so muss sie ihren Einflussbereich über die Entscheidung etwa über die Zulassung im Grundsatz behalten. Der Gemeinde ist es verwehrt, gewissermaßen den Inhalt der Selbstverwaltungsaufgaben selbst zu beschneiden oder an Dritte abzugeben.

### 1. Umfang der Disponibilität von konkreter Aufgabe abhängig

[30] Geht es allein um eine wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde, bei der von vornherein zweifelhaft sein kann, ob es sich um eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft handelt, die das Zusammenleben und Zusammenwohnen der Menschen in der politischen Gemeinschaft betrifft, so wird die Frage einer Pflicht der gemeindlichen Wahrung und Sicherung ihres eigenen Aufgabenbestandes anders zu beantworten sein, als wenn es sich um öffentliche Einrichtungen mit kulturellem, sozialem und traditionsbildendem Hintergrund handelt, die schon lange Zeit in der bisherigen kommunalen Alleinverantwortung lagen. Je länger die kommunale Verantwortung für derart geprägte öffentliche Einrichtungen dauerte, umso mehr ist die Gemeinde zu einer wirksamen Wahrnehmung dieser Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft verpflichtet. Eine Gemeinde kann sich damit nicht der Aufgabenverantwortung für die so geprägten eigenen Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft entziehen. Vielmehr obliegt ihr auch die Sicherung ihres Aufgabebereichs, um eine wirkungsvolle Selbstverwaltung und die effektive Wahrnehmung der ureigenen Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft sicherzustellen.

[31] Aus dem Gebot der Sicherung und Wahrung des Aufgabenbestandes der Gemeinden ergibt sich, dass eine vollständige Übertragung von Aufgaben besonderer sozialer, kultureller und traditioneller Prägung wie ein Weihnachtsmarkt, an Dritte nicht zulässig ist. In welcher Weise die Gemeinde ihren Einflussbereich auf die Wahrnehmung für derartige Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises sich vorbehält, etwa durch eine funktionale oder formelle Privatisierung ist dabei eine Frage ihres Ermessens.

### 2. Formelle und funktionelle Privatisierung in jedem Fall zulässig

[32] Die Gemeinde hat die Möglichkeit, durch die so genannte „formelle Privatisierung“ bei der Veranstaltung etwa von Märkten, Messen, aber auch von Weihnachtsmärkten, die unmittelbare Veranstaltungszuständigkeit der Gemeinde einer kommunalen Eigenesellschaft zu übertragen. Die Verantwortlichkeit der Gemeinde für die Angelegenheit des örtlichen Wirkungskreises bleibt damit vollständig erhalten.

[33] Weiterhin ist der Gemeinde die Möglichkeit einer so genannten „funktionellen Privatisierung“ eröffnet. Dabei kommt es zu einem Zusammenwirken von Privatrechtsträgern und der Gemeinde, so etwa in Form von Betreiber- und Betriebsführungsmodellen. Die Gemeinde kann etwa einen privaten Unternehmer als Erfüllungsgehilfen im so genannten Submissionsmodell mit der Durchführung der Veranstaltung in ihrem Namen betrauen. Damit bleibt die Gemeinde aber in rechtlicher Hinsicht der Veranstalter des Marktes.

Ebenso kann das so genannte Konzessionsmodell zu Grunde gelegt werden, wonach eine öffentliche Einrichtung verpachtet werden und die Wahrnehmung an private Unternehmer weitergegeben werden kann. Hierbei ist allerdings zu beachten, dass die Rechtspflichten der Gemeinden gegenüber Beschickern, Besuchern und Dritten fortbestehen müssen. Die Gemeinde muss sich in diesem Fall jedenfalls Kontroll- und Einwirkungsrechte vorbehalten.

### 3. Subsumtion für Weihnachtsmärkte

[34] Die Veranstaltung eines Weihnachtsmarktes mit kulturellem, sozialem und traditionsbildendem Charakter gehört zur Wahrnehmung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft. Der VGH hat in diesem Zusammenhang übersehen, dass bei der Veranstaltung eines solchen Marktes keine vorrangige wirtschaftliche Betätigung einer Gemeinde vorliegt und deshalb auch die Subsidiaritätsbestimmung des Landesrechts zur Bevorzugung privater Wahrnehmung von wirtschaftlicher Tätigkeit nicht eingreift. Denn bei einem Weihnachtsmarkt mit dem umschriebenen Charakter treten die wirtschaftlichen Belange eindeutig zurück.

[35] Seine Würdigung allein aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten verkennt das Vorliegen der sozialen, kulturellen und traditionellen, gemeinschaftsbezogenen Gemeinwohlbelange, das örtliche Zusammengehörigkeitsgefühl unter den Gemeindebürgern, die Wahrung von Tradition und religiösen und historischen ortsbezogenen Gebräuchen. Eine Reduzierung dieser gemeinwohlorientierten Belange auf eine wirtschaftliche Betätigung im Zusammenhang mit der Veranstaltung eines Weihnachtsmarktes verkennt den Begriff der Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises.

[36] Es wird zudem übersehen, dass die Gerichte seit jeher bei der Ausrichtung von traditionellen und traditionsbildenden Volksfesten und Weihnachtsmärkten den Charakter der freien Selbstverwaltungsaufgabe und der Daseinsvorsorge hervorgehoben haben (VGH München, NVwZ-RR 1988, 71 = GewArch 1988, 245). Die sozialen Gesichtspunkte wie Veranstaltung von Alternachmittagen, das Auftreten von Musikkapellen und das Bestehen von Kindernachmittagen spielen bei derartigen Veranstaltungen eine erhebliche Rolle (vgl. VGH München, NVwZ-RR 1988, 71 = GewArch 1988, 245 [246]). Es ist auch seit Langem anerkannt, dass für einen traditionsbildenden und traditionellen Weihnachtsmarkt mit kommunalpolitischer Relevanz das Besucherinteresse, vertraute und beliebte Darbietungen aus früheren Veranstaltungen wieder zu finden und den Kontakt mit den Bürgern untereinander sicherzustellen, eine wesentliche Rolle spielt (vgl. VGH München, GewArch 1980, 299).

[37] Die Entledigung von Aufgaben wie traditionsreichen, kulturellen und sozialen Weihnachtsmärkten, die

zu den Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises gehören, führt damit inhaltlich zu einer unzulässigen Selbstbeschränkung der kommunalen Selbstverwaltung. Zu Recht wird in der Literatur (vgl. Gröpl, Privatisierung von Messen, Märkten und Volksfesten, GewArch 1995, 367 [370f.]) darauf hingewiesen, dass bei einer privaten Veranstaltung von sozial, kulturell und traditionsgeprägten Weihnachtsmärkten mit einer erhöhten Gewinnerzielung der privaten Veranstalter zu rechnen ist und deshalb die Standvergütungen von den Beschickern erhöht und auf die Besucher umgelegt werden. Ein erhöhtes Preisniveau schließt aber gerade sozialschwächere Gemeindeeinwohner vom Marktgeschehen aus, erschwert die gesellschaftliche Kommunikation im örtlichen Bereich und trägt darüber hinaus zur Kommerzialisierung des gesamten kommunalen Lebens mit bei.

#### 4. Ergebnis

[38] Zusammenfassend folgt somit aus Art. 28 II 1 GG auch eine Pflicht der Gemeinde zur grundsätzlichen Sicherung und Wahrung des Aufgabenbestandes, der zu den Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises gehört. Zu diesem Bestand gehört auch die Veranstaltung eines traditionsbildenden und traditionellen Weihnachtsmarktes mit kommunalpolitischer Rele-

vanz, der zugleich das Besucherinteresse an vertrauten und beliebten Darbietungen aus früheren Veranstaltungen beachtet und zur Förderung der Kontakte der Gemeindebürger untereinander beiträgt, bei dem damit soziale und kulturelle Gesichtspunkte prägend sind. Der Gemeinde ist es bei einem derartigen Aufgabenbereich verwehrt, sich der Verantwortung für die Durchführung von Veranstaltungen dieser Art endgültig zu entledigen. Sie muss sich Steuerungs- und Einwirkungsmöglichkeiten zu einer dem Wohl der Gemeindeeinwohner verpflichteten Durchführung von traditionellen Weihnachtsmärkten vorbehalten.

Wie wichtig ein derartiger neutraler, „unbefangener“, auch einen fairen Wettbewerb sichernder Einfluss des Hoheitsträgers ist, zeigt gerade der vorliegende Fall, bei dem die „Befangenheit“ der Marktveranstalter im Verhältnis zu den Marktbeschickern offensichtlich ist, wovon auch der VGH ausgeht. Auch ein weiterer fallbezogener Umstand zeigt die Notwendigkeit des Bestehens einer Steuerungsmöglichkeit durch die Gemeinde selbst. Die Durchführung des Weihnachtsmarktes wurde ursprünglich dem Beigel. zu 1 übertragen, der dann seinerseits noch am Tage des Vertragsschlusses die Beigel. zu 2 als Veranstalter einschaltete, ohne dass die Gemeinde als Träger des Vergabeverfahrens Einfluss auf diese Weiterleitung hatte.

### IMPRESSUM

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

*Zivilrecht***Standort: §§ 1004, 823 BGB      Problem: Quasi-negatorischer Unterlassungsanspruch**

OLG FRANKFURT AM MAIN, URTEIL VOM 15.10.2009  
16 U 39/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Der Kläger ist Ehemann der 1996 verstorbenen A, der Mutter von B. Der Beklagte zu 1) ist Verfasser, der Beklagte zu 2) Verleger des 2008 erschienen Romans „X – Die letzten Stunden von B.“ Der Kläger begehrt von den Beklagten Unterlassung der Verbreitung bestimmter Passagen des Romans.

Der Roman schildert die letzten Stunden B's in dem Zeitraum zwischen 23:57 Uhr und 7:01 Uhr. Ausgangspunkt des Textes ist der - biographisch belegte - Entschluss der Schauspielerin B, ihre Memoiren zu schreiben. Dabei enthält der Roman Passagen, in denen die Romanfigur B ihrer Mutter A eine persönliche Nähe zu Adolf Hitler und zum Nazi-Regime unterstellt. Der Kläger hat insoweit die Auffassung vertreten, A werde in ihrem postmortalen Persönlichkeitsrecht verletzt, da sie zu Unrecht als Nationalsozialistin dargestellt werde.

Das Landgericht hat mit Beschluss vom 24.09.2008 den Beklagten im Wege der einstweiligen Verfügung die Verbreitung von insgesamt sieben Textstellen untersagt, in denen die verstorbene Ehefrau als Nationalsozialistin dargestellt wird oder ihr entsprechende Aussagen in den Mund gelegt werden.

Auf den Widerspruch der Beklagten hat das Landgericht die einstweilige Verfügung größtenteils bestätigt. Allein beim Ausspruch der B „Das Mammerli war ein Nazischatz!“ hat das Landgericht die Grenze zur Schmähkritik nicht als überschritten angesehen und die einstweilige Verfügung entsprechend aufgehoben.

Mit der zulässigen Berufung begehren die Beklagten die Aufhebung der einstweiligen Verfügung des Landgerichts. Im Wege der Anschlussberufung begehrt der Kläger die Abänderung des Urteils des Landgerichts dahingehend, dass die einstweilige Verfügung in vollem Umfang bestätigt wird.

Die Berufung hat überwiegend Erfolg; die Anschlussberufung hat keinen Erfolg.

**Prüfungsrelevanz:**

Der erkennende Senat befasst sich in dieser Entscheidung im Kern mit einer Problematik des öffentlichen Rechts, nämlich der Abwägung von postmortalem Per-

sönlichkeitsrecht gem. Art. 1 I GG und der Kunstfreiheit gem. Art. 5 III GG. Über den zivilrechtlichen Unterlassungsanspruch aus §§ 1004 I 2, 823 I BGB analog kann jedoch auch eine solche Thematik problemlos Eingang in eine zivilrechtliche Klausur finden.

In Rechtsprechung und Literatur ist allgemein anerkannt, dass alle deliktisch geschützten Rechte und Rechtsgüter „negatorisch“ geschützt sind, sodass bei deren Verletzung ein Unterlassungsanspruch analog § 1004 I 2 BGB besteht. Damit ein solcher Anspruch gegeben ist, muss also zunächst ein Schutzgut des § 823 I BGB beeinträchtigt sein. Diesbezüglich konnte sich der Kläger vorliegend auf das postmortale Persönlichkeitsrecht seiner verstorbenen Ehefrau aus Art. 1 I GG berufen, das – genauso wie das allgemeine Persönlichkeitsrecht – als sog. Rahmenrecht von § 823 I BGB geschützt wird.

Der Senat führt zunächst aus, dass die Dauer des postmortalen Persönlichkeitsrechts vom Einzelfall abhängig ist, regelmäßig aber parallel mit der tatsächlichen Erinnerung an die verstorbene Person verblasst. Vorliegend bestand das postmortale Persönlichkeitsrecht der Verstorbenen auch noch dreizehn Jahre nach deren Tod, da ihre Erinnerung jedenfalls durch den Bekanntheitsgrad ihrer Tochter aktuell bleibt. Diese ist zwar ebenfalls verstorben, steht aber dennoch wiederholt im Fokus der Öffentlichkeit. Für das Persönlichkeitsbild sei es außerdem gerade von Bedeutung, wie ein Mensch seinerzeit zum NS-Regime gestanden hat.

Der Senat stellt weiter fest, dass – anders als das allgemeine – das postmortale Persönlichkeitsrecht nur aus dem Schutzbereich des Art. 1 I GG gewonnen wird, der einer Güterabwägung nicht zugänglich ist. Demnach ist ein festgestellter Eingriff in den Schutzbereich gleichbedeutend mit der Verletzung des Grundrechts; eine Rechtfertigung kommt nicht in Betracht. Insofern bestehen für die Annahme eines Eingriffs hohe Hürden.

Eine Güterabwägung zwischen dem postmortalen Persönlichkeitsrecht und der Kunstfreiheit des Art. 5 III GG nimmt der Senat jedoch dennoch vor. Dies aber nicht auf Ebene der Rechtfertigung, sondern im Rahmen des Eingriffs.

Die Schwere der Beeinträchtigung – und damit die Frage, ob ein Eingriff überhaupt vorliegt – hängt nämlich seit der Esra-Entscheidung des BVerfG (NJW 2008, 39) davon ab, in welchem Maße der Künstler



sein Werk als faktisch oder als fiktiv darstellt. Problematisch bei der Abwägung war, dass es sich bei dem Roman um sog. „Docufiction“ handelt, einem halbdokumentarischen Format, das die Darstellung realer Geschehnisse mit erzählerischen Mitteln verbindet. Der Senat geht jedoch davon aus, dass der Leser die Äußerungen B's in Richtung ihrer Mutter gerade nicht als biographisches Faktum, sondern als gedankliche Auseinandersetzung der Protagonistin mit ihrer Mutter und deren Rolle im NS-Regime versteht. Dies stellt keinen Eingriff in das postmortale Persönlichkeitsrecht dar. Weiterhin gibt es auch keinen Anspruch darauf, nicht negativ dargestellt zu werden, solange die Darstellung keine grobe Entstellung beinhaltet (vgl. BVerfG NJW 2001, 2957). Ein Anspruch analog §§ 1004 I 2, 823 I BGB besteht daher nicht. Allein bzgl. der Passage Ziff. a) 4 (vgl. Sachverhalt) sei ein Eingriff gegeben, da dem Leser insoweit die Faktizität des Erzählten nahegebracht wird.

In prüfungsrelevanter Hinsicht ist die Bedeutung von Unterlassungsverfügungen gegen künstlerische Akte vor dem Hintergrund der Esra-Entscheidung (NJW 2008, 39) und der Entscheidung des BVerfG zum sog. „Hagener Mädchenmord“ (NVwZ 2008, 549 „Ehrensache“) nicht zu unterschätzen.

#### **Vertiefungshinweise:**

Zum postmortalen Persönlichkeitsrecht: *BVerfG*, NVwZ 2008, 549; NJW 2008, 39; *BVerfGE* 30, 173; *BGH*, NJW 1990, 1986;

#### **Kursprogramm**

*Examenskurs*: „Die Prinzessin und die Paparazzi“

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

**Auch bei sog. „Docufiction“ kommt es hinsichtlich einer Beeinträchtigung des (postmortalen) Persönlichkeitsrechtes darauf an, ob dem Leser der Unterschied zwischen fiktiven und faktischen Elementen des Erzählten hinreichend deutlich gemacht wird. Ist dies der Fall liegt keine Beeinträchtigungen des postmortalen Persönlichkeitsrechtes aus Art. 1 I 1 GG vor; hierauf gestützte Abwehransprüche (analog §§ 1004 I 2, 823 I BGB) scheiden aus.**

#### **Sachverhalt:**

Der Verfügungskläger (im nachfolgenden: Kläger) ist der Ehemann der 1996 verstorbenen A, der Mutter von B. Er begehrt von den Verfügungsbeklagten (nachfolgend: Beklagte) Unterlassung der Verbreitung bestimmter Passagen in dem von dem Beklagten zu 2) verfassten und von der Beklagten zu 1) verlegten Roman „X - die letzten Stunden von B“.

Der Roman spürt den letzten Stunden B's in dem Zeitraum zwischen 23:57 Uhr und 7:01 Uhr nach, wobei die Kapitel als Überschriften Uhrzeiten tragen. Ausgangspunkt des Textes ist der - biographisch belegte - Entschluss der Schauspielerin, ihre Memoiren zu schreiben. Dabei enthält der Roman Passagen, in denen die Romanfigur B ihrer Mutter A eine persönliche Nähe zu Adolf Hitler und zum Nazi-Regime unterstellt. Der Kläger hat insoweit die Auffassung vertreten, A werde in ihrem postmortalen Persönlichkeitsrecht verletzt, da sie zu Unrecht als Nationalsozialistin dargestellt werde.

Das Landgericht hat mit Beschluss vom 24. September 2008 den Beklagten im Wege der einstweiligen Verfügung antragsgemäß strafbewehrt untersagt,

a) nachfolgende Aussagen über die verstorbene Ehefrau des Antragstellers zu verbreiten oder verbreiten zu lassen:

1. „Das Mammerli war ein Nazischatz!“, wie in dem Buch „X“ von C, 1. Auflage 2008 auf S. 29 geschehen,

2. „Aufgebrezelt wie ein Backfisch war Mama von der Teestunde auf

dem Obersalzberg nach Hause gekommen. Aufgegeilt, würde man heute vielleicht sagen. Und sie hat berichtet, wie der Wolf sie am Arm berührt hat - so nannte sie den Hitler zärtlich, genau wie später meinen Bruder und Vater.“, wie in dem Buch „X“ von C, 1. Auflage 2008 auf S. 30 geschehen,

3. „Die Alte glaubt immer noch an den Führer, und tief drinnen tut es ihr höchstens leid, dass es nicht geklappt hat mit dem schönen Reich.“, wie in dem Buch „X“ von C, 1. Auflage 2008 auf S. 33 geschehen,

4. „Als die Amerikaner 1945 nach Berchtesgaden kamen, haben sie A's Nazischrein einen Meter tief im Garten vergraben, die vielen schönen blutroten Fahnen, die A gewidmete Ausgabe von Y, die Bilder von sich und dem Mann vom Berg, die neben dem Herrgottswinkel standen.“, wie in dem Buch „X“ von C, 1. Auflage 2008 auf S. 35 geschehen,

5. „Für A und viele andere ist Hitler gar nicht tot.“, wie in dem Buch „X“ von C, 1. Auflage 2008 auf S. 37 geschehen,

b) sowie der verstorbenen Ehefrau des Antragstellers folgende Aussagen in den Mund zu legen:

1. „Aber Kind, der Führer hat doch von alldem nichts gewusst !“, wie in dem Buch „X“ von C, 1. Auflage 2008 auf S. 29 geschehen,

2. „Der Hitler war auch bloß ein Mensch, wie du und ich, vergiss das nicht.“, wie in dem Buch „X“ von C, 1. Auflage 2008 auf S. 33 geschehen.

Auf den Widerspruch der Beklagten hat das Landgericht die einstweilige Verfügung hinsichtlich der Passagen Ziff. a) 2 - 5 und b) 1 - 2 bestätigt. Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, dass der Leser aufgrund der vielen faktischen Übereinstimmungen

des Werks mit dem Erscheinungsbild, dem Lebens- und Berufsweg und der Umgebung B's auch in Bezug auf die Mutter nicht zwischen Wahrheit und Erdichtetem unterscheiden könne. Zwar sei die Kunstfreiheit nach Art. 5 III 1 GG *lex specialis* gegenüber der Meinungsäußerungsfreiheit nach Art. 5 I GG; dennoch könnten die Grundsätze für Meinungsäußerungen und Tatsachenbehauptungen entsprechend angewandt werden.

Hinsichtlich der in a) 2 und 4 sowie b) 1 und 2 der einstweiligen Verfügung angeführten Textpassagen handle es sich um Tatsachenbehauptungen, durch die A in ihrem postmortalen Persönlichkeitsrecht verletzt werde, da es den Beklagten nicht gelungen sei glaubhaft zu machen, dass A tatsächlich in dem aus den Passagen deutlich werdenden Umfang dem Nationalsozialismus nahe gestanden habe. Unter Würdigung der von beiden Seiten vorgelegten Unterlagen gehe die Kammer von einem *non liquet* aus.

Bei den Aussagen zu a) 3 und 5 handle es sich um Schmähungen der verstorbenen Ehefrau des Klägers, bei denen es nicht um die Auseinandersetzung in der Sache ginge, sondern um die Diffamierung der Person A, der eine einfältige, unkritische Naivität zum verbrecherischen, menschenverachtenden sog. „Dritten Reich“ unterstellt werde.

Demgegenüber sah das Landgericht in der Passage zu a) 1 die Grenzen zur Schmähkritik nicht mehr als überschritten an, da A nicht als aktiv dem Nationalsozialismus nahestehend, sondern lediglich von den Nationalsozialisten bewundert dargestellt werde.

Gegen dieses ihnen am 17.02.2009 zugestellte Urteil haben die Beklagten Berufung eingelegt; der Kläger hat Anschlussberufung eingelegt.

Die Beklagten beantragen, unter Abänderung des angefochtenen Urteils die einstweilige Verfügung des Landgerichts Frankfurt am Main vom 24.09.2008 aufzuheben und den Antrag auf ihren Erlass zurückzuweisen.

Der Kläger beantragt, die Berufung zurückzuweisen. Im Wege der Anschlussberufung beantragt er, das am 13.02.2009 verkündete Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main derart abzuändern, dass die einstweilige Verfügung der Kammer vom 24.09.2008 im vollen Umfang bestätigt wird.

Die Beklagten beantragen, die Anschlussberufung zurückzuweisen.

#### **Aus den Gründen:**

Die zulässige Berufung ist überwiegend begründet, während die zulässige Anschlussberufung keinen Erfolg hat.

#### **A. Anspruchsgrundlage**

Der Kläger hat gegen die Beklagten lediglich hinsichtlich der Passage a) 4 ( „Als die Amerikaner 1945 nach

Berchtesgaden kamen..“) einen Unterlassungsanspruch aus §§ 823 I, 1004 BGB analog wegen einer Verletzung des postmortalen Persönlichkeitsrechts seiner verstorbenen Ehefrau A; im Übrigen kann er von den Beklagten keine Unterlassung der Verbreitung der beanstandeten Passagen in dem Buch „X“ verlangen.

#### **B. Tatbestand**

Das Landgericht hat zunächst zutreffend angenommen, dass das postmortale Persönlichkeitsrecht der 1996 verstorbenen Ehefrau des Klägers durch die 12 Jahre später erfolgte Veröffentlichung des Romans betroffen ist.

#### **I. Postmortaler Persönlichkeitsschutz**

Postmortaler Persönlichkeitsschutz wird aus der Menschenwürde des Art. 1 I GG abgeleitet. Postmortal geschützt wird zum einen der allgemeine Achtungsanspruch, der dem Menschen kraft seines Personseins zusteht, zum anderen der sittliche, personale und soziale Geltungswert, den die Person durch ihre eigene Lebensleistung erworben hat (BVerfG NVwZ 2009, 549 „Ehrensache“).

Die Frage, wie eine Frau, die während des sog. Dritten Reichs als Filmschauspielerin in der Öffentlichkeit präsent war, zu dem Nazi-Regime gestanden hat, ist für das Persönlichkeitsbild von besonderer Bedeutung, so dass der Schutzbereich dieses Grundrechts grundsätzlich tangiert ist.

#### **II. Fortbestand**

Dabei ist mit dem Landgericht davon auszugehen, dass das Persönlichkeitsrecht der A auch postmortal noch fortbesteht.

Die Dauer des postmortalen Persönlichkeitsrechts hängt nach der grundlegenden Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH NJW 1990, 1986 „Emil Nolde“) von den Umständen des Einzelfalls ab, wobei es neben der Intensität der Beeinträchtigung vor allem auf die Bekanntheit und Bedeutung des durch das künstlerische Schaffen geprägten Persönlichkeitsbildes ankommt. Das Schutzbedürfnis schwindet in dem Maße, in dem die Erinnerung an den Verstorbenen verblasst und im Laufe der Zeit auch das Interesse an der Nichtverfälschung des Lebensbildes abnimmt. Dabei können die Zeiträume, für die postmortaler Persönlichkeitsschutz besteht, unterschiedlich lang ausfallen, je nachdem, ob es sich um einen ausübenden Künstler handelt, der z. B. als Theaterschauspieler oder -regisseur in der Regel nur seinen Zeitgenossen in Erinnerung bleiben wird, oder um einen bildenden Künstler, der seiner Nachwelt ein bleibendes Werk hinterlässt (BGH, a.a.O.).

Der Senat geht davon aus, dass A zumindest der Kriegs- und Nachkriegsgeneration noch ein Begriff

ist, auch wenn sie seit Ende der 60er Jahre bis zu ihrem Tod 1996 nicht mehr vor der Kamera stand. Hinzu kommt, dass sie die Mutter der legendären B ist, die im vergangenen Jahr 70 Jahre alt geworden wäre und deren Schicksal immer wieder im Fokus der Öffentlichkeit steht. Zwar sind für das postmortale Persönlichkeitsrecht die Bekanntheit und das Lebensbild entscheidend, das sich eine Person zu Lebzeiten erworben hat; dem steht jedoch nicht entgegen, dass die Erinnerung an dieses zu Lebzeiten erworbene Lebensbild zusätzlich durch eine ebenfalls in der Öffentlichkeit stehende Tochter wach gehalten werden kann. Zudem ist auch in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass gerade die Frage, wie ein Mensch zu dem NS-Regime gestanden hat, für das Persönlichkeitsbild von besonderer Bedeutung ist. Dies rechtfertigt es, auch 12 bzw. nunmehr 13 Jahre nach dem Tod A's einen Schutz ihrer postmortalen Persönlichkeit anzunehmen.

### III. Eingriff

In dieses postmortale Persönlichkeitsrecht wird aber lediglich durch die Passage zu Ziff. a) 4 eingegriffen. Bei der Frage, ob die Beklagten durch die angegriffenen Passagen in das postmortale Persönlichkeitsrecht der A eingegriffen haben, ist zunächst zu berücksichtigen, dass sich die Beklagten ihrerseits auf das Grundrecht der Kunstfreiheit nach Art. 5 III GG berufen können. Zwischen den Parteien ist im Grundsatz unstreitig, dass es sich bei dem Roman um ein Kunstwerk handelt, in dem der Beklagte zu 2) mit literarischen Ausdrucksmitteln die letzten Stunden B's zu rekonstruieren versucht.

Die künstlerische Freiheit läuft besonders Gefahr, durch das Persönlichkeitsrecht anderer Grenzen gesetzt zu bekommen; deshalb muss im Einzelnen untersucht werden, ob die Beeinträchtigung des (postmortalen) Persönlichkeitsrechts derart schwer wiegt, dass die Freiheit der Kunst zurückzutreten hat (BVerfG NJW 2008, 39 „Esra“). Umgekehrt ist zugleich zu beachten, dass sich das postmortale Persönlichkeitsrecht seinerseits allein aus der Menschenwürde nach Art. 1 GG, nicht jedoch aus dem Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit aus Art. 2 I GG ableitet. Da der Schutz der Menschenwürde einer Güterabwägung nicht zugänglich ist, kann auch der Schutz des postmortalen Persönlichkeitsrechts nicht im Zuge einer Güterabwägung relativiert werden. Steht fest, dass eine Handlung das postmortale Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt, ist deshalb zugleich ihre Rechtswidrigkeit geklärt (BVerfG, „Ehrensache“, a.a.O.). Deshalb bestehen für die Annahme einer rechtswidrigen Beeinträchtigung des postmortalen Persönlichkeitsrechts hohe Hürden: es bedarf einer sorgfältigen Begründung, wenn angenommen werden soll, dass der Gebrauch eines Grundrechts auf die unantastbare Men-

schwürde durchschlägt (vgl. BVerfG, a.a.O.).

Die Schwere der Beeinträchtigung des (postmortalen) Persönlichkeitsrechts hängt nach der Esra-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (a.a.O.) sowohl davon ab, in welchem Maße der Künstler es dem Leser nahelegt, den Inhalt seines Werks auf wirkliche Personen zu beziehen, als auch von der Intensität der Persönlichkeitsbeeinträchtigung, wenn der Leser diesen Bezug herstellt.

Es ist unstreitig, dass es in dem Roman des Beklagten zu 2) nicht um fiktive Romanfiguren geht; vielmehr handelt er von der „realen“ B und von realen Personen aus ihrem Leben, zu denen auch ihre Mutter A zählt. Der Beklagte zu 2) legt demnach von Anfang an dem Leser nahe, den Inhalt seines Werks auf wirkliche Personen und damit auch auf die reale Person A zu beziehen.

Bei dem Werk des Beklagten zu 2) handelt es sich um einen Roman, für den danach zunächst die Vermutung der Fiktionalität spricht. Allerdings stellt bereits der Untertitel „Die letzten Stunden von B“ klar, dass sich der Beklagte zu 2) nicht der Person B's bedient, um sie als Kunstfigur zu verfremden und zu verselbständigen; vielmehr ist es gerade sein Anliegen, sich der realen Person „B“ und ihren letzten Stunden zu nähern. Dabei dient ihm als fiktiver Aufhänger der - biographisch belegte - Entschluss der Schauspielerin, ihre Memoiren zu schreiben. In diesem fiktiven Zusammenhang lässt der Beklagte zu 2) B über ihr Leben sinnieren und es in gedanklicher Auseinandersetzung Revue passieren.

Auf diese Weise entsteht vor dem geistigen Auge des Lesers die biographisch korrekt recherchierte Lebensgeschichte von B. Der Kläger hat insoweit eine 17-seitige Liste von Übereinstimmungen zwischen dem realen Leben der B und den Darstellungen in dem Roman vorgelegt. Damit stellt sich das Werk als „Docufiction“ dar (vgl. zu diesem Begriffsgebrauch Becker, Anmerkung zum Urteil des LG, ZUM 2009, 313 ff.), ein halbdokumentarisches Format, das mit erzählerischen Mitteln von realen Geschehnissen handelt.

Daraus folgt aber nicht, dass der Leser ohne weiteres davon ausgehen würde, auch das Bild der Mutter sei biographisch korrekt dargestellt.

Die erforderliche kunstspezifische Betrachtung muss an dem Kontext der streitigen Passagen ansetzen und erfordert, sie in dem Gesamtzusammenhang, in dem sie stehen, zu betrachten. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass sich der Erzähler des Romans nicht direkt über A äußert und nicht unmittelbar Tatsachen oder Meinungen über ihre Vergangenheit und ihr Verhältnis zu Hitler und zur NS-Zeit in den Raum stellt. Ausgangs- und zugleich Mittelpunkt ist vielmehr B, die sich in ihren letzten Stunden mit ihrem Leben und ihren eigenen Erfahrungen, die sie in diesem Leben gemacht hat, auseinandersetzt.

Mit diesem Verständnis stellen die aufgeführten Passagen aber keinen Eingriff in das postmortale Persönlichkeitsrecht der A dar.

Zwar mag das Bild, das auf diese Weise - allein indirekt - von A entsteht, unzutreffend sein. Zum einen gibt es aber keinen Anspruch darauf, nicht negativ dargestellt zu werden; zum anderen liegt auch keine grobe Entstellung der Person der A dar, die allein eine die unantastbare Menschenwürde treffende Verletzung darstellen könnte (vgl. insoweit BVerfG NJW 2001, 2957 „Kaisen“).

Eine solche grobe Entstellung wäre allenfalls dann anzunehmen, wenn es für den Beklagten zu 2) aus historisch-biographischer Sicht überhaupt keine Veranlassung gegeben hätte, B diese Gedanken und diese Auseinandersetzung mit ihrer Mutter „in den Kopf“ zu legen. Das ist jedoch nicht der Fall. Vielmehr gibt es eine Vielzahl von Anknüpfungspunkten für die von dem Beklagten zu 2) gewählte künstlerische Verarbeitung und Auseinandersetzung zwischen B und ihrer Mutter.

Eine andere Bewertung ist allerdings im Hinblick auf die Passage „Als die Amerikaner 1945 nach Berchtesgaden kamen,...“ veranlasst. In ihr wird unmittelbar die Behauptung aufgestellt, A habe einen „Nazischrein“ mit vielen schönen blutroten Fahnen, einer ihr persönlich gewidmeten Ausgabe von Y und neben dem Herrgottswinkel stehenden Bildern von sich und dem „Mann vom Berg“ besessen, der 1945 bei Ankunft der Amerikaner einen Meter tief im Garten vergraben worden sei. Insoweit vermag der Leser nicht zu erkennen, dass es sich nicht um eine auf realen Erin-

nerungen beruhende, der Wahrheit entsprechende Tatsache, sondern - wie die Beklagten selbst vortragen - lediglich um eine „mögliche Konstruktion eines historischen Geschehens“ handeln soll; dem Leser wird - um im Duktus der Esra-Entscheidung zu bleiben - insoweit nicht deutlich gemacht, dass er nicht von der Faktizität des Erzählten ausgehen soll.

#### IV. Zwischenergebnis

Nach alledem war das Urteil auf die Berufung wie geschehen abzuändern.

#### C. Anschlussberufung

Die Anschlussberufung hat demgegenüber keinen Erfolg.

Das Landgericht hat zwar hinsichtlich der Äußerung „Das Mammerli war ein Nazischatz“ die einstweilige Verfügung im Ergebnis zu Recht aufgehoben und den Antrag abgelehnt; allerdings vermag sich der Senat nicht der Begründung des Landgerichts anzuschließen, wonach es sich um eine noch zulässige Meinungsäußerung handele, die noch nicht die Grenze zur Schmähkritik erreiche. Bei der angegriffenen Passage handelt es sich erkennbar um ein Wort- und Gedankenspiel der B, das nicht für „bare Münze“ genommen werden kann. Denn B diktiert diese Äußerung quasi als Sprachtest für das Diktiergerät, spult dann zurück und verwirft diese Aussage selbst mit einem „Nein. Jetzt mal richtig.“ Damit wird deutlich, dass diese Äußerung lediglich einen nicht wörtlich zu nehmenden Versuch darstellen sollte, das Thema der Auseinandersetzung mit der Mutter einzuleiten.

### Standort: Rücktritt

### Problem: Rücktritt vom gesamten Vertrag gem. § 323 V 1 BGB

BGH, URTEIL VOM 16.10.2009

V ZR 203/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

#### Problemdarstellung:

Der Kläger verkaufte dem Beklagten mit notariellem Vertrag vom 18.12.2002 eine Eigentumswohnung für 31.000 €. Der Kaufpreis sollte zu 16.000 € in Geld, zu 7.000 € durch Anrechnung von vor Vertragsschluss erbrachten Planungs- und Bauleistungen und zu 8.000 € durch Durchführung verschiedener Werkleistungen am Gemeinschaftseigentum erbracht werden.

Diese zuletzt genannten Leistungen waren nach § 16 des Vertrags bis zum 31.10.2004 „insoweit fertig zu stellen, dass von den Baumaßnahmen keine unververtretbaren Belästigungen für die anderen Sondereigentümer ausgehen“. Streit „über die Fertigstellung und/oder Ordnungsgemäßheit der Leistungen“ sollten durch einen Schiedsgutachter geklärt werden.

Der Beklagte zahlte 16.000 € und führte einen Teil der zu erbringenden Werkleistungen aus. Trotz verschiedener Aufforderungen durch den Kläger vollendete der Beklagte die Werkleistungen jedoch bis zum 30.09.2004 nicht. Mit Schreiben vom 04.10.2004 erklärte der Kläger den Rücktritt vom Kaufvertrag und belegte durch ein Schiedsgutachten, dass die noch ausstehenden Arbeiten zu einer unzumutbaren Beeinträchtigung der anderen Eigentümer führten. Der Kläger verlangt Räumung und Herausgabe der Wohnung, sowie Zustimmung zur Löschung der eingetragenen Auflassungsvormerkung.

Das Landgericht hat der Klage insoweit stattgegeben. Auf die Berufung des Beklagten hat das Kammergericht die Klage unter Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen insoweit abgewiesen. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision begehrt der Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Der Beklagte beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

**Prüfungsrelevanz:**

Der Senat befasst sich mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Rücktritt vom gesamten Vertrag gem. § 323 V 1 BGB möglich ist.

Die Frage ist eingekleidet in Ansprüche des Klägers auf Räumung und Herausgabe der Wohnung, sowie auf Zustimmung zur Löschung der eingetragenen Auflassungsvormerkung gem. § 894 BGB. Die Entscheidung zeigt zunächst, dass vor dem klassischen Herausgabeanspruch aus § 895 BGB vertragliche Herausgabeansprüche zu prüfen sind. Dem Anspruchsbegehren entsprach hier §§ 323 I 1, 346 I BGB. Der Beklagte hatte mit der Nichterbringung der Werkleistung trotz Fristsetzung des Klägers eine geschuldete und fällige Leistung nicht vertragsgemäß i.S.d. § 323 I 1 2. Fall BGB erbracht. Dem Senat stellte sich im Anschluss die Frage, ob der Kläger gem. § 323 V 1 BGB berechtigt war vom ganzen Vertrag zurückzutreten.

Dies ist nach dem Wortlaut der Vorschrift dann der Fall, wenn der Schuldner eine Teilleistung bewirkt, der Gläubiger an dieser aber kein Interesse hat. Vorliegend hatte der Schuldner mit der Zahlung von 16.000 € und den im Vorfeld erbrachten Sanierungsleistungen eine Teilleistung erbracht, so dass ein Rücktritt vom gesamten Vertrag vom Interesse des Klägers an dieser Teilleistung abhinge. Nach richtiger Ansicht des Senats findet die Vorschrift des § 323 V 1 BGB hier jedoch keine Anwendung. Das Regelungskonzept des § 323 V 1 BGB setzt gedanklich einen Teilrücktritt voraus. Der Gesetzgeber wollte erreichen, dass der Vertrag bei einer Teilleistung nicht vollständig rückabgewickelt werden muss, sondern sich die Rückabwicklung auf die durchführbaren oder durchgeführten Teile beschränkt. Kurz: Der Gesetzgeber hatte bei § 323 V 1 BGB die Aufspaltung des Vertrages im Blick (vgl. auch MünchKommBGB/Ernst, § 323 Rn. 202). Diese beinhaltet aber nicht nur, dass – wie der Wortlaut des Abs. 5 nahelegt – die Leistung des Schuldners, sondern auch diejenige des Gläubigers teilbar ist. Anderenfalls ist eine Aufspaltung des Vertrages nicht denkbar. Die Leistung des Gläubigers (des Klägers) bestand hier jedoch in der nicht teilbaren Besitzüberlassung und Auflassung der Wohnung. Damit war § 323 V 1 BGB nicht anwendbar. Der Kläger war zum Rücktritt vom ganzen Vertrag berechtigt.

Die Ausführungen des Senats sind nicht neu (vgl. BGH NJW 2000, 2550 und die Regelung des Art. 359 ADHGB), rücken den gerne übersehenen Ausschlussstatbestand des § 323 V 1 BGB jedoch wieder in den Vordergrund. Innerhalb des Rücktritts ist daher genau zu überprüfen, ob § 323 V 1 BGB überhaupt Anwendung findet. Ist dies nicht der Fall, ist der Rücktrittsgläubiger ohne weiteres zum Rücktritt vom gesamten Vertrag berechtigt. In diesem Zusammenhang ist außerdem auf den weiteren Ausschlussstatbestand des §

323 V 2 BGB hinzuweisen, der durch eine Entscheidung des BGH (NJW 2009, 508) ebenfalls an Aktualität gewonnen hat.

Zu beachten ist schließlich, dass § 323 V 1 BGB und § 281 I 2 BGB wortgleich und auch sonst vergleichbar sind (vgl. MünchKommBGB/Ernst, § 281 Rn. 127, 138 und § 275 Rn. 121 ff.). Die Problematik kann damit ebenso im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs statt der Leistung gem. § 281 BGB auftauchen.

**Vertiefungshinweise:**

☐ Zu § 323 V BGB: *BGH*, NJW 2009, 508; NJW 2006

**Leitsatz:**

**§ 323 Abs. 5 Satz 1 BGB setzt neben der Teilbarkeit der Leistung des Schuldners auch die Teilbarkeit der Leistung des Gläubigers voraus. Fehlt es daran, kann der Gläubiger auch dann vom ganzen Vertrag zurücktreten, wenn sein Interesse an der Teilleistung des Schuldners nicht entfallen ist.**

**Sachverhalt:**

Der Kläger verkaufte dem Beklagten mit notariellem Vertrag vom 18.12.2002 eine Eigentumswohnung für 31.000 €. Der Kaufpreis sollte wie folgt berichtigt werden:

- (1) 16.000 € in Geld,
- (2) 7.000 € durch Anrechnung von vor Vertragschluss erbrachten Planungs- und Bauleistungen und
- (3) 8.000 € durch Durchführung folgender Werkleistungen am Gemeinschaftseigentum:

- Sanierung der Außenfassade im Bereich der von ihm erworbenen Sondereigentumseinheit 16 (einschließlich Anstrich, Wärmedämmung und Austausch von Fenstern) und

- Eindeckung der Dachfläche des Seitenflügels einschließlich statischer Verstärkungsmaßnahmen.

Diese zuletzt genannten Leistungen waren nach § 16 des Vertrags bis zum 31.08.2004 „insoweit fertig zu stellen, dass von den Baumaßnahmen keine unvertretbaren Belästigungen für die anderen Sondereigentümer ausgehen“. Bei Fristüberschreitung war eine Vertragsstrafe von 500 € je angefangenem Monat bestimmt. Streit „über die Fertigstellung und/oder Ordnungsgemäßheit der Leistungen“ sollten durch einen Schiedsgutachter geklärt werden, dessen Kosten die Parteien anteilig zu tragen haben sollten.

Der Beklagte zahlte 16.000 € und führte einen Teil der zu erbringenden Leistungen aus. Mit Schreiben vom 22.06.2004 wies der Kläger den Beklagten darauf hin, dass die zu erbringenden Bauleistungen noch teilweise ausstünden, und behielt sich vor, nach Setzung einer angemessenen Nachfrist von dem Vertrag zurückzutreten. Mit weiterem Schreiben vom 07.09.2004

setzte der Kläger dem Beklagten eine Nachfrist bis zum 30.09.2004, die von ihm geschuldeten Bauleistungen zu erbringen. Diese blieb fruchtlos. Der Beklagte stellte die Zahlung der geforderten Vertragsstrafe nach zwei Monatsraten ein. Mit Schreiben vom 04.10.2004 erklärte der Kläger den Rücktritt vom Kaufvertrag. Er holte ein Schiedsgutachten ein, das zu dem Ergebnis kam, die noch ausstehenden Arbeiten führten zu einer unzumutbaren Beeinträchtigung der anderen Sondereigentümer. Der Kläger verlangt, soweit hier von Interesse, Räumung und Herausgabe der Wohnung und Zustimmung zur Löschung der eingetragenen Auflassungsvormerkung.

Das Landgericht hat der Klage insoweit stattgegeben. Auf die Berufung des Beklagten hat das Kammergericht die Klage unter Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen insoweit abgewiesen. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision begehrt der Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Der Beklagte beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

#### **Aus den Gründen:**

Der Kläger kann von dem Beklagten nach § 346 I BGB die Räumung und die Herausgabe der verkauften Eigentumswohnung und nach §§ 346 I, 894 BGB die Zustimmung zur Löschung der Auflassungsvormerkung verlangen. Auf Grund des erklärten Rücktritts sind das Recht des Beklagten zum Besitz der Wohnung und sein Eigentumsverschaffungsanspruch erloschen.

#### **A. Rücktritt vom Vertrag wirksam**

Der Kläger ist entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts wirksam vom Kaufvertrag der Parteien zurückgetreten. Er war dazu nach § 323 I BGB berechtigt, weil der Beklagte seine fälligen Verpflichtungen nicht vollständig erfüllt und der Kläger ihm erfolglos eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat. Der Kläger war berechtigt, von dem ganzen Vertrag zurückzutreten.

#### **B. Teilleistung des Schuldners hindert vollständigen Rücktritt nicht**

Dem steht nicht entgegen, dass der Beklagte den Barkaufpreis gezahlt und einen Teil der ihm noch obliegenden Bauleistungen erbracht hat. Eine Teilleistung des Schuldners berechtigt den Gläubiger zwar nach § 323 V 1 BGB zum Rücktritt vom ganzen Vertrag nur, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. Ein Fortfall des Interesses des Klägers an der Leistung des Beklagten kann hier auch nicht ohne Weiteres angenommen werden, weil die erbrachten Bauleistungen des Beklagten notwendig waren, um das Gebäude in einen ordnungsgemäßen Verwaltung entsprechenden Zustand zu versetzen. Das kann indessen offen bleiben, weil die Vorschrift hier nicht anwendbar ist.

#### **I. Unteilbarkeit der Gläubigerleistung**

Sie setzt nämlich voraus, dass nicht nur die Leistung des Schuldners teilbar ist, sondern auch die des Gläubigers. Daran fehlt es.

Mit § 323 V 1 BGB hat sich der Gesetzgeber für den Grundsatz des Teilrücktritts entschieden. Bei einem teilweisen Ausbleiben der geschuldeten Leistung soll dem Gläubiger im Regelfall kein Rücktritt vom ganzen Vertrag, sondern nur ein Teilrücktritt möglich sein. Damit will der Gesetzgeber erreichen, dass der Vertrag bei einer Teilleistung des Schuldners nicht immer vollständig rückabgewickelt werden muss, sondern sich auf die durchführbaren oder durchgeführten Teile beschränkt. Etwas anderes soll nur gelten, wenn der Gläubiger an dem durchgeführten Teil des Vertrags kein Interesse hat (Begründung des Entwurfs eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes in BT-DS 14/6040 S. 186). Dieses Regelungskonzept setzt gedanklich voraus, dass der als Regelfall gedachte Teilrücktritt möglich ist. Das ist bei dem typischen Anwendungsfall, der dem Gesetzgeber dabei vorschwebte, der Erbringung einer teilbaren Sachleistung gegen Entgelt, regelmäßig der Fall. Hier führt der Teilrücktritt zu dem angestrebten Ergebnis, dass sich die wechselseitigen Rechte und Pflichten aus dem Vertrag auf den durchgeführten Teil beschränken. Anders liegt es aber dann, wenn der teilbaren Leistung des Schuldners eine nicht teilbare Leistung des Gläubigers gegenübersteht. In einer solchen Konstellation lässt sich das mit dem Teilrücktritt angestrebte Ergebnis einer Beschränkung „des Vertrags“ auf den durchgeführten Teil nicht erreichen. Der Gläubiger kann seine – unteilbare - Leistung nicht auf einen Teil beschränken, der der Teilleistung des Schuldners entspricht. Er kann sie nur ganz erbringen oder ganz davon absehen. Eine solche Konstellation lässt sich auch nicht mit dem Erfordernis eines Interessefortfalls sinnvoll beherrschen. Dieses Abgrenzungskriterium erfasst nicht das Problem, dass sich der Vertrag selbst bei bestehendem Interesse des Gläubigers an der Leistung des Schuldners nicht eingeschränkt rückabwickeln lässt. Diese Möglichkeit setzt die Norm vielmehr stillschweigend voraus. Daran fehlt es, wenn nur die Leistung des Schuldners, nicht auch die Leistung des Gläubigers teilbar ist.

Dieser Fall liegt hier vor. Zwar sind die Leistungen, zu denen der Beklagte verpflichtet ist, teilbar. Ihnen steht aber die Verpflichtung des Klägers gegenüber, dem Beklagten die verkaufte Eigentumswohnung zu übergeben und aufzulassen. Diese Leistungen sind nicht teilbar. Damit scheidet ein Teilrücktritt von vornherein aus. Es kommt nur ein Rücktritt vom ganzen Vertrag in Betracht.

#### **II. Leistungsstörungen irrelevant**

Die Frage, welche Störungen der anderen Sonderei-

gentümer die Durchführung der Arbeiten verursacht und ob das dazu eingeholte Schiedsgutachten brauchbar ist, stellt sich nicht. Auf sie käme es nur an, wenn

der Kläger ohne Fristsetzung gemäß § 323 II BGB zurückgetreten wäre. Der Kläger ist aber nach Fristsetzung gemäß § 323 I BGB zurückgetreten.

### Standort: Bürgschaft

### Problem: Verjährungshemmung gem. § 203 S. 1 BGB

BGH, URTEIL VOM 14.07.2009  
XI ZR 18/08 (JUS 2009, 1055)

#### **Problemdarstellung:**

Die Klägerin hatte der Hauptschuldnerin Kredite zur Finanzierung eines Wohnungsbauvorhabens über insgesamt 14 Mio. DM gewährt. Die Beklagten übernahmen am 15.01.2001 gegenüber der Klägerin auf je 1 Mio. DM beschränkte, unbefristete und selbstschuldnerische Bürgschaften zur Sicherung aller Forderungen der Klägerin gegen die Hauptschuldnerin aus den Darlehensverträgen.

Im August 2002 vereinbarten die Klägerin und die Hauptschuldnerin mit Zustimmung der Beklagten eine Prolongation der Kredite bis zum 30.10.2002. Danach sollte das Darlehen zurückgezahlt werden. Im November 2002 lehnte die Klägerin eine Bitte der Hauptschuldnerin um weitere Prolongation ab. Zwischen Januar und Oktober 2003 versuchte die Hauptschuldnerin mit Zustimmung der Klägerin u.a. das teilweise fertiggestellte Bauvorhaben an einen Interessenten zu verkaufen, was schließlich jedoch nicht gelang. Am 21.10.2003 stellte die Hauptschuldnerin Insolvenzantrag. Dieser wurde am 22.03.2004 mangels Masse abgewiesen. Am 13.04.2006 wurde die Hauptschuldnerin wegen Vermögenslosigkeit aus dem Handelsregister gelöscht.

Mit der seit dem 10.11.2005 rechtshängigen Klage begehrt die Klägerin von den Beklagten als Bürgen gesamtschuldnerisch die Zahlung eines Teilbetrages von 330.000 € nebst Zinsen. Die Beklagten haben sie sich insbesondere auf die Verjährung der Hauptschuld berufen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht die Klage gegen diese abgewiesen und insoweit die Revision zugelassen. Mit ihrer Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Die Revision ist begründet.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Der Senat hatte in der vorliegenden Entscheidung die Frage zu beantworten, ob die zwischen Gläubiger und Hauptschuldner stattfindenden Verhandlungen i.S.d. § 203 S. 1 BGB nicht nur zur Hemmung der Verjährung gem. § 209 BGB im Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner, sondern auch zur Hemmung der Verjährung im Verhältnis zwischen Gläubiger und Bürgen

führen.

Die Bürgschaft gem. §§ 765 ff. BGB erweitert das Zweipersonenverhältnis zwischen Gläubiger und Hauptschuldner um einen (oder mehrere) Bürgen. Kommt der Hauptschuldner seiner Verpflichtung nicht nach, kann der Gläubiger aus der ursprünglichen Forderung (der Hauptforderung, meist § 488 I 2 BGB) i.V.m. § 765 BGB gegen den Bürgen vorgehen. Diesem Prinzip der Akzessorietät entspringen verschiedene Schutzvorschriften des Bürgen, wie § 768 BGB – wonach dem Bürgen die Einreden des Schuldners gegen die Forderung zustehen – oder § 776 BGB, wonach der Bürge jedenfalls zum Teil von der Schuld frei wird, wenn der Gläubiger eine weitere Sicherheit der Forderung aufgibt. Vorliegend kam es darauf an, ob die bei der Hauptforderung eingetretene Verjährungshemmung gem. §§ 203 S. 1, 209 BGB sich im Verhältnis zum Bürgen wie ein Einredeverzicht i.S.d. § 768 II BGB darstellt.

Die anspruchsbegründenden Voraussetzungen des § 488 I 2 BGB i.V.m. § 765 BGB lagen vor; insbesondere war die Forderung gegen die Hauptschuldnerin am 30.10.2002 nach Ablauf der Prolongation fällig geworden.

Fraglich war im weiteren, ob die beklagten Bürgen sich wirksam auf die Verjährung der Hauptforderung berufen konnten. Die regelmäßige Verjährung beginnt gem. § 199 I BGB mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder hätte erlangen müssen. Für die Hauptforderung lief die dreijährige Verjährungsfrist des § 195 BGB damit ab dem 01.01.2003 und endete am 31.12.2005, sofern keine Unterbrechung in Form der Hemmung o.ä. eintritt.

Die Verjährung der Hauptforderung war hier jedoch gem. §§ 203 S. 1, 209 BGB gehemmt. Die Parteien hatten nämlich zwischen Januar und Oktober 2003 in teilweiser Übereinkunft die Weiterveräußerung des von der Schuldnerin betriebenen Bauprojekts an einen dritten Investor versucht. Dieses Bestreben stuft der Senat entsprechend der weiten Auslegung des § 203 S. 1 BGB als „verhandeln“ im Sinne der Vorschrift ein. Die 10-monatige Hemmung führt gem. § 203 S. 2 BGB zu einer Unterbrechung der Verjährungsfrist von insgesamt 13 Monaten, so dass Verjährung der Hauptforderung frühestens zum 31.01.2007 anzunehmen war.

Dies wirkt auch gegenüber den Bürgen. Zwar erkennt

der Senat, dass eine Anerkennung der Hemmung für den Bürgen der Vorschrift des § 768 II BGB widersprechen könnte. Doch liege der Fall bei § 203 S. 1 BGB anders: Ein Verhandeln in diesem Sinnen erfüllt den Tatbestand des § 768 II BGB nämlich nur scheinbar, da die Wirkung der Hemmung kraft Gesetzes (§ 209 BGB) und nicht kraft Verfügung der Parteien eintritt. Anders als ein Einredeverzicht bedroht das Verhandeln nach § 203 S. 1 BGB den Bürgen auch nicht mit einem vollständigen Einredeverlust, so dass er insoweit weniger schutzwürdig ist.

Mithin konnten die Beklagten sich nicht auf den 31.12.2005 als Verjährungstermin berufen, sondern mussten sich ebenfalls die bei der Schuldnerin eingetretene Hemmung entgegenhalten lassen.

Interessant ist in diesem Zusammenhang die Klarstellung des Senats (in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung, vgl. BGHZ 153, 337 [342 f.]), dass die Hemmung der Hauptforderung nicht bereits durch die Erhebung der Bürgschaftsklage gem. § 204 I Nr. 1 BGB eintritt, solange eine selbständige Klage gegen den Schuldner (noch) möglich ist. Dies ist ausnahmsweise dann nicht der Fall, wenn der Schuldner als Rechtspersönlichkeit untergegangen ist und daher im Klagewege nicht mehr erreicht werden kann. Dies war hier im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit der Bürgschaftsklage am 10.11.2005 jedoch noch nicht der Fall; die Löschung der Hauptschuldnerin aus dem Handelsregister und der damit verbundene Untergang der Rechtspersönlichkeit fanden erst am 13.04.2006 statt.

Die Relevanz der Bürgschaft als Klausurthema ist beliebt, da einerseits das Dreipersonenverhältnis und die Akzessorietät, andererseits herkömmliche Probleme im Rahmen der Hauptforderung abgeprüft werden können. In der Originalentscheidung hatte sich die Klägerin ihre Forderung zusätzlich durch Grundpfandrechte absichern lassen, aus denen sie später die Zwangsvollstreckung betrieb. Dies zeigt, wie leicht die Bürgschaft auch mit immobilienrechtlichen Aspekten verknüpft werden kann.

#### **Kursprogramm:**

- Examenskurs: "Endlich ins Internet"
- Examenskurs: "Drum prüfe, wer für Papi bürgt!"

#### **Leitsätze:**

- 1. Eine durch ernsthafte Verhandlungen des Hauptschuldners mit dem Gläubiger gemäß § 203 S. 1 BGB bewirkte Hemmung der Verjährung ist auch gegenüber dem Bürgen wirksam.**
- 2. Eine gegen den Bürgen erhobene Klage hemmt auch bei einem späteren Untergang des Hauptschuldners als Rechtsperson gemäß § 204 I Nr. 1**

## **BGB die Verjährung der Hauptschuld (Fortführung von BGHZ 153, 337 [342 f.]).**

### **Sachverhalt:**

Die Klägerin nimmt die Beklagten im Wege der Teilklage aus Bürgschaften in Anspruch.

Die Beklagten übernahmen am 15.05.2001 gegenüber der Rechtsvorgängerin der Klägerin (nachfolgend: Klägerin) auf je 1 Mio. DM beschränkte unbefristete selbstschuldnerische Bürgschaften zur Sicherung aller Forderungen der Klägerin aus einem Bauträgerkredit über 6.040.000 DM und einem Avalkredit über 8.330.000 DM. Beide Kredite, die auch grundpfandrechtlich gesichert waren, hatte die Klägerin der B. GmbH (nachfolgend: Hauptschuldnerin) zur Finanzierung eines Wohnungsbauvorhabens gewährt. Der Beklagte zu 1) war Geschäftsführer der Hauptschuldnerin, die Beklagte zu 2) deren Mehrheitsgesellschafterin.

Am 25.07/4.082002 vereinbarten die Klägerin und die Hauptschuldnerin mit Zustimmung der Beklagten eine Prolongation der Kredite bis zum 30.10.2002. Zugleich wurde vereinbart, dass die Darlehen zu diesem Termin zurückzuzahlen waren, wenn nicht 40% der Wohnflächen, Tiefgaragen- und Stellplätze des Vorhabens verkauft sein würden, was durch Vorlage notarieller Verträge nebst Finanzierungsbestätigungen nachzuweisen war. Bis zum 30.10.2002 legte die Hauptschuldnerin zwar mehrere Notarverträge, jedoch keine Finanzierungsbestätigungen vor. Am 13. und 15.11.2002 lehnte die Klägerin unter Hinweis auf die fehlenden Bestätigungen die Bitte der Hauptschuldnerin um weitere Prolongation ab. Im November 2002 versuchte die Hauptschuldnerin vergeblich die Umschuldung mittels Übernahme der Kredite durch eine andere Bank. Zwischen Januar und Oktober 2003 bemühte sich die Schuldnerin unter Übereinkunft mit der Klägerin um Weiterveräußerung des Projekts an einen Investor. Auch dies gelang nicht.

Die Hauptschuldnerin stellte am 21.10.2003 Insolvenzantrag. Daraufhin nahm die Klägerin am 02.12.2003 die Beklagten aus den Bürgschaften in Höhe von je 511.291,88 € in Anspruch. Da keine Zahlung erfolgte, betrieb sie die Zwangsversteigerung und schrieb den Versteigerungserlös der Hauptschuldnerin gut. Der Insolvenzantrag der Hauptschuldnerin wurde am 22.03.2004 mangels Masse abgewiesen. Am 13.04.2006 wurde sie wegen Vermögenslosigkeit im Handelsregister gelöscht.

Mit der seit dem 10.11.2005 rechtshängigen Klage begehrt die Klägerin von den Beklagten als Bürgen gesamtschuldnerisch die Zahlung eines Teilbetrages von 330.000 € nebst Zinsen. Die Beklagten haben geltend gemacht, die Klägerin sei zu einer weiteren Prolongation der Darlehen verpflichtet gewesen. Außerdem haben sie sich auf die Verjährung der Haupt-



schuld berufen. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Berufung des Beklagten zu 1) zurückgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten zu 2) hat es die Klage gegen diese abgewiesen und insoweit die Revision zugelassen. Die Nichtzulassungsbeschwerde des Beklagten zu 1) hat der Senat zurückgewiesen. Mit ihrer Revision erstrebt die Klägerin in Bezug auf die Beklagte zu 2) die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

#### *Aus den Gründen:*

Die Revision ist begründet. Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten rechtlicher Nachprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht den von der Klägerin gegen die Beklagte zu 2) aus deren Bürgschaft vom 15.05.2001 gemäß § 765 I BGB geltend gemachten Zahlungsanspruch in der nicht mehr streitigen Höhe von 330.000 € verneint, weil sich die Beklagte zu 2) erfolgreich auf die Verjährung der Hauptschuld berufen könne.

#### *A. Keine Verjährung*

Das Berufungsgericht hat zutreffend festgestellt, dass die dreijährige Verjährungsfrist gemäß § 195 BGB für die Hauptforderung am 01.01.2003 begonnen hat (§ 199 I BGB), und dass diese am 31.12.2005 abgelaufen wäre, wenn sie nicht vorher gehemmt worden wäre.

#### *B. Keine Verjährungshemmung bzgl. der Forderung durch Bürgschaftsklage*

Die Verjährung der Hauptforderung ist nicht bereits durch die Erhebung der vorliegenden Bürgschaftsklage am 10.11.2005 gemäß § 204 I Nr. 1 BGB gehemmt worden. Zwar kann die Bürgschaftsklage die Verjährung der Hauptforderung ausnahmsweise hemmen, wenn der Hauptschuldner vorher - etwa wegen Löschung im Handelsregister infolge Vermögenslosigkeit - als Rechtsperson untergegangen ist und der Gläubiger deswegen keine Möglichkeit mehr hat, die Verjährung der Hauptforderung durch Erhebung der Klage gegen den Hauptschuldner selbst zu verhindern (BGHZ 153, 337 [342 f.]). Das ist hier jedoch erst am 13.04.2006 geschehen. Bis dahin hätte die Klägerin noch eine die Verjährung der Hauptforderung hemmende Klage gegen die Hauptschuldnerin erheben können.

#### *C. Verjährungshemmung durch Parteiverhandlungen*

Die Verjährung ist jedoch über den 31.12.2005 hinaus durch Verhandlungen im Sinne von § 203 S. 1 BGB zwischen der Hauptschuldnerin und der Klägerin gehemmt worden.

#### *I. Verhandlungsbegriff*

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist

der Begriff "Verhandlungen" im Sinne von § 203 S. 1 BGB weit auszulegen. Der Gläubiger muss dafür lediglich klarstellen, dass er einen Anspruch geltend machen und worauf er ihn stützen will. Anschließend genügt jeder ernsthafte Meinungs austausch über den Anspruch oder seine tatsächlichen Grundlagen, sofern der Schuldner dies nicht sofort und erkennbar ablehnt. Verhandlungen schweben schon dann, wenn eine der Parteien Erklärungen abgibt, die der jeweils anderen die Annahme gestatten, der Erklärende lasse sich auf Erörterungen über die Berechtigung des Anspruches oder dessen Umfang ein. Nicht erforderlich ist, dass dabei Vergleichsbereitschaft oder Bereitschaft zum Entgegenkommen signalisiert wird oder dass Erfolgsaussicht besteht (vgl. BGH NJW 2004, 1654; BGH NJW 2007, 587; BGH NJW-RR 2007, 1358).

#### *II. Subsumtion*

Dass die Klägerin mit der Hauptschuldnerin im Zeitraum von Januar bis Ende Oktober 2003 Verhandlungen im vorstehenden Sinne geführt hat, hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei dem von den Parteien vorgelegten Schriftwechsel entnommen. So weist die Hauptschuldnerin in ihrem Schreiben vom 3. Oktober 2003 darauf hin, dass man seit fast einem Jahr verhandelt und verschiedene Konzepte für eine Fertigstellung des finanzierten Vorhabens diskutiert habe. In Übereinstimmung damit nimmt die Klägerin in ihrem Schreiben vom 12.08.2003 Bezug darauf, dass die Hauptschuldnerin ihr wenige Wochen zuvor Mitteilung von Gesprächen mit potentiellen Kaufinteressenten gemacht habe und bittet darum, über den aktuellen Stand dieser Gespräche unterrichtet zu werden sowie vorliegende Kaufangebote übermittelt zu bekommen. Die Hauptschuldnerin durfte angesichts dessen die Überzeugung gewinnen, die Klägerin werde die Kredite zwar ohne Erfüllung der vereinbarten Voraussetzungen nicht weiter prolongieren, jedoch mit deren Übernahme durch eine andere Bank einverstanden sein, zumindest aber auf die angedrohte Zwangsvollstreckung verzichten, um der Hauptschuldnerin eine wirtschaftlich sinnvolle Verwertung zu ermöglichen. Dies erfüllt den Tatbestand des § 203 S. 1 BGB.

Die von der Hauptschuldnerin mit der Klägerin geführten Verhandlungen haben die Verjährung der Hauptschuld deshalb im Zeitraum von 01.01. bis zum 31.10.2003, mithin für mindestens zehn Monate gehemmt (§ 209 BGB), so dass Verjährung gemäß § 203 S. 2 BGB frühestens am 31.01.2007 eintreten konnte.

#### *D. Wirkung gegenüber dem Bürgen*

##### *I. Entscheidung des LG*

Zu Unrecht hat das Berufungsgericht hingegen angenommen, die Beklagte zu 2) könne sich auf die Verjährung der Hauptforderung berufen, obwohl die Ver-

jähung durch die Verhandlungen zwischen der Klägerin und der Hauptschuldnerin gehemmt worden sei, weil die Beklagte zu 2) durch die Hemmung der Verjährung ähnlich stark belastet werde wie durch einen Verzicht der Hauptschuldnerin auf die Einrede der Verjährung, durch den sie diese Einrede nach § 768 II BGB nicht verliere.

Richtig ist, dass der Bürge nach § 768 II BGB eine Einrede nicht dadurch verliert, dass der Hauptschuldner auf sie verzichtet, und dass dies auch für die Einrede der Verjährung gilt, und zwar unabhängig davon, ob die Verjährung im Zeitpunkt des Verzichts bereits eingetreten war oder nicht (BGH WM 2007, 2230).

## *II. Entscheidung des BGH*

Anders liegen die Dinge jedoch, soweit der Hauptschuldner mit dem Gläubiger ernsthaft über den Bestand der Hauptschuld verhandelt und hierdurch eine Hemmung der Verjährung gemäß § 203 S. 1 BGB herbeiführt. Diese Hemmung wirkt auch gegenüber dem Bürgen, da dies vom Gesetzgeber erkennbar so gewollt und dem Verjährungsverzicht durch den Hauptschuldner nicht vergleichbar ist.

Die Vorschrift des § 768 II BGB bezweckt den Schutz des Bürgen in Fällen, in denen der Hauptschuldner durch sein rechtsgeschäftliches Handeln ohne Mitwirkung des Bürgen eine neue Verjährungsfrist schafft oder die bestehende Verjährungsfrist verlängert (BGH WM 2007, 2230; Grothe, WuB IV A § 202 BGB 1.08). Ein Verhandeln im Sinne von § 203 S. 1 BGB erfüllt diesen Tatbestand nur scheinbar. Dabei handelt es sich - anders als beim Verzicht auf die Einrede der Verjährung - nicht um eine Verfügung des Hauptschuldners über die Einrede. Vielmehr tritt die Hemmung der Verjährung bei Verhandlungen von Gesetzes wegen ein. Die Regelung in § 203 BGB verfolgt den Zweck, Rechtsstreitigkeiten zu vermeiden. Verhandlungen zwischen Gläubiger und Hauptschuldner sollen deshalb nicht unter den Druck einer ablaufenden Verjährungsfrist gestellt werden. Zugleich soll dem verhandlungsbereiten Hauptschuldner die Einrede der Verjährung vorbehalten bleiben, während der

Gläubiger von der Verwirklichung anderer verjährungshemmender Tatbestände, insbesondere von der Einleitung gerichtlicher Verfahren, abgehalten werden soll (BT-Drucks 14/6040, S. 111; Staudinger/Peters, BGB (2004), § 203 Rn. 1). Dieses Ziel würde verfehlt, würde der Gläubiger durch die Anwendung von § 768 II BGB auch auf den Hemmungstatbestand des § 203 S. 1 BGB gezwungen, die Verjährung gegenüber dem Hauptschuldner anderweitig zu hemmen, um eine spätere Berufung des Bürgen auf die Verjährung der Hauptforderung zu verhindern (Dingler, BauR 2008, 1379, 1381).

In diesem Sinne hat der erkennende Senat bereits für das bis zum 31.12.2000 geltende Verjährungsrecht ausgeführt, dass ein Bürge nur insoweit schutzwürdig ist, als er die Bürgschaft für eine bestimmte Forderung übernimmt und ein Interesse daran hat, dass sich seine Haftung nicht in einer Weise erweitert, mit der er nicht zu rechnen braucht. Ein Bürge muss sich jedoch, wenn er die Haftung für eine in kurzer Frist verjährende Forderung übernimmt, von vornherein darauf einrichten, dass die Forderung nur dann bereits innerhalb dieses Zeitraums gegenüber dem Hauptschuldner geltend gemacht werden muss, wenn keine Hemmungs-, oder Unterbrechungstatbestände vorliegen (vgl. Senat, BGHZ 153, 337 [342]). Anders als ein Einredevorzicht des Hauptschuldners bedroht dessen Verhandeln mit dem Gläubiger den Bürgen nicht mit einem vollständigen Einredevorwurf. Es führt lediglich dazu, dass der Bürge die Einrede der Verjährung der Hauptschuld erst später geltend machen kann, und ist daher - anders als das Berufungsgericht meint - für den Bürgen weit weniger nachteilig.

Zudem sind Verhandlungen zwischen Hauptschuldner und Gläubiger - anders als ein Verzicht des Hauptschuldners auf die Verjährungseinrede - für den Bürgen nicht per se nachteilig. Sie können zu einer erheblichen Reduzierung der Hauptschuld führen, die im Falle seiner späteren Inanspruchnahme auch dem Bürgen zugute kommt. Zu seinem Nachteil geführte Scheinverhandlungen muss er sich nicht entgegenhalten lassen.

**Standort: AGB-Kontrolle Problem: Unangemessene Benachteiligung gem. § 307 I BGB**

BGH, URTEIL VOM 10.06.2009  
XII ZR 19/08 (NJW 2009, 3229)

**Problemdarstellung:**

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit von AGB-Klauseln der Klägerin, wonach die bei Anmietung eines Kraftfahrzeugs vereinbarte Haftungsbeschränkung unter bestimmten Voraussetzungen entfällt.

Die Klägerin, ein gewerbliches Autovermietungsunternehmen, vermietete mit Vertrag vom 01.06.2004 einen Transporter IVECO DAILY an den Beklagten. Die Parteien vereinbarten gegen Entgelt eine Beschränkung der Haftung des Beklagten auf 500 €.

Der Mietvertrag enthält eine Klausel, wonach der Mieter bei jedem Unfallschaden, sofort die Polizei zu verständigen und bis zu deren Eintreffen an der Unfallstelle zu verbleiben hat. Ferner ist eine Klausel enthalten, wonach der Mieter ungeachtet einer eventuell vereinbarten Haftungsbeschränkung in voller Höhe zum Schadensersatz herangezogen werden kann, wenn er bei einem Unfall die Polizei vertragswidrig nicht hinzuzieht.

Der Beklagte beschädigte das Mietfahrzeug, indem er gegen einen Stein fuhr. Der Klägerin entstand ein Schaden in Höhe von 1.605,08 €. Die Klägerin hat unter Vorwegabzug der Kautions von 100 € 1.505,08 € beantragt. Das Amtsgericht hat den Beklagten durch Teilanerkennnisurteil zur Zahlung von 687,19 € mit Zinsen verurteilt, und die Klage im Übrigen abgewiesen. Die Berufung der Klägerin ist erfolglos geblieben. Dagegen wendet sich die Klägerin mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision.

Die Revision hat überwiegend Erfolg.

**Prüfungsrelevanz:**

Dem Senat stellte sich die Frage der Wirksamkeit von AGB-Klauseln, die die Hinzuziehung der Polizei zu einem Unfallgeschehen zur Obliegenheit des Vertragspartners erklären und hiervon den Entfall einer Haftungsbefreiung bzw. –reduzierung abhängig machen. Das Landgericht hatte die Wirksamkeit dieser AGB-Klauseln vor dem Hintergrund des § 307 I BGB verneint und den Kläger damit folgerichtig nur zur Zahlung eines Teils der Schadenssumme verpflichtet. Damit löste sich das Landgericht von der ständigen Rechtsprechung des BGH. Die letzte Entscheidung des BGH zu dieser Thematik stammte jedoch aus dem Jahr 1981 (BGH NJW 1982, 167), so dass das Landgericht insbesondere die zwischenzeitlichen Entwicklungen im Polizeiaufgabenrecht als Argument für eine Unwirksamkeit der Klausel anführte. Dem

erteilt der Senat eine klare Absage.

Die Wirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen i.S.d. § 305 I BGB, die wirksam gem. § 305 II BGB in das Vertragsverhältnis einbezogen wurden und weder überraschend (§ 305 c BGB), noch Gegenstand einer Individualvereinbarung (§ 305 b BGB) sind, bestimmt sich anhand der §§ 309, 308, 307 BGB. Voraussetzung für eine Inhaltskontrolle ist gem. § 307 III BGB jedoch, dass eine Abweichung von einem gesetzlichen Leitbild vorliegt. Als Leitbild für die Ausgestaltung von Haftungsbeschränkungen in Kfz-Mietverträgen hatte der BGH bereits 1981 (NJW 1982, 167) die Regelungen der Kaskoversicherung bestimmt. Diese Ansicht unterzieht einer kritischen Würdigung, hält im Ergebnis aber daran fest.

Da ein Verstoß gegen den Katalog von § 309 und 308 BGB nicht zu erkennen war, prüfte und bejahte das Landgericht eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners i.S.d. § 307 I BGB. Dies deshalb, weil jedenfalls polizeiliche Richtlinien für die Aufnahme und Bearbeitung von Verkehrsunfällen keine Pflicht der Polizei statuieren, jeden Verkehrsunfall vor Ort auf zu suchen und beim Austausch von Personalien und der Schadensregulierung behilflich zu sein. Vielmehr werde dies ins Ermessen der Polizei gestellt. Wenn mit dem Erscheinen der Polizei aber ohnehin nicht zwingend gerechnet werden könne, dürfe auch eine entsprechende Obliegenheit in AGB nicht zum Entfall der Haftungsbeschränkung führen.

Der Senat beurteilt diese Auffassung als unzutreffend. Eine derartige, in AGB statuierte Obliegenheit fügt sich in das Leitbild der Kaskoversicherung ein und stellt keine unangemessene Benachteiligung dar. Vielmehr hat es der Mieter in der Hand, die Obliegenheit zu erfüllen oder die Haftungsbeschränkung einzubüßen. Ein anderes Ergebnis kann auch nicht mittels polizeilicher Richtlinien begründet werden.

Der Senat betont insoweit, dass es zur Beurteilung der Frage, ob eine Klausel eine unangemessene Benachteiligung gem. § 307 I BGB darstellt, entscheidend auf eine Ermittlung der Interessen der Vertragsparteien ankommt. In diesem Zusammenhang ist zu ergründen, welche Konsequenzen die Wirksamkeit bzw. Unwirksamkeit der Klausel für beide Parteien hätte. Hierbei ist das Interesse des Vermieters an der Aufklärung des Unfalls mithilfe der Polizei überwiegend. Der Mieter verliert seine Haftungsbeschränkung regelmäßig nämlich auch dann, wenn die Voraussetzungen des § 61 VVG gegeben wären, sprich wenn er vorsätzlich handelt. Ferner entfallen Haftungsbeschränkungen regelmäßig wenn die Unfallursache alkohol- oder drogenbedingt ist. Diese Um-

stände kann der Vermieter aber mangels Anwesenheit und technischer Ausrüstung gar nicht selbst aufklären, sondern ist hierzu auf die Mithilfe der Polizei angewiesen. Das Interesse des Mieters am Erhalt der Haftungsbeschränkung tritt dahinter zurück. Zum einen geht die Benachrichtigung der Polizei nicht mit einer Selbstanzeige des benachrichtigenden Fahrzeugmieters einher; zum anderen führt ein Verstoß gegen die Obliegenheit zur Hinzuziehung der Polizei auch nicht automatisch zu einer vollen Haftung. Denn wenn die Polizei trotz der Benachrichtigung des Mieters nicht erscheint, trifft diesen kein Verschulden an der Verletzung der Obliegenheit. Der Mieter schuldet sozusagen nicht den „Erfolg“ des Eintreffens der Polizei.

Mit der Entscheidung bleibt der Senat ganz auf der Linie der Rechtsprechung des achten Senats von 1981 (NJW 1982, 167). Die Begründung zeigt auf, dass die „unangemessene Benachteiligung“ i.S.d. § 307 I BGB vorrangig anhand der Interessen der Vertragsparteien zu beurteilen ist. Die Argumentation des Landgerichts anhand polizeilicher Richtlinien lässt der Senat hinter der gesetzlich geforderten Interessenabwägung völlig zurücktreten.

#### **Vertiefungshinweise:**

- Anmerkungen zum Urteil: *Langheid*, NJW 2009, 3231; *Schrader*, ZJS 2009, 564
- Hinzuziehung der Polizei als Obliegenheit in AGB: *BGH*, NJW 1982, 167; NJW 1968, 2099

#### **Kursprogramm:**

- Examenskurs*: „Keine Lust auf Schönheitsreparaturen“

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

**Eine in AGB enthaltene Klausel, nach der der Mieter eines Kfz entgegen einer vereinbarten Haftungsbeschränkung zur vollen Haftung herangezogen werden kann, wenn er vertragswidrig die Polizei bei einem Unfall nicht hinzuzieht, stellt keine unangemessene Benachteiligung i.S.d. § 307 I BGB dar (Fortführung von BGH NJW 1982, 167).**

#### **Sachverhalt:**

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit von AGB-Klauseln der Klägerin, wonach die bei Anmietung eines Kraftfahrzeugs vereinbarte Haftungsbeschränkung unter bestimmten Voraussetzungen entfällt. Die Klägerin, ein gewerbliches Autovermietungsunternehmen, vermietete mit Vertrag vom 01.06.2004 einen Transporter IVECO DAILY an den Bekl. Die Parteien vereinbarten gegen Entgelt eine

Beschränkung der Haftung des Bekl. auf 500 €. Im Vertrag heißt es nach der Vereinbarung über die Haftungsbeschränkung: „Ich akzeptiere diesen Mietvertrag sowie die ausliegenden Geschäftsbedingungen, welche ausgehändigt wurden. Der Versicherungsschutz entfällt bei: vorsätzlicher, grob fahrlässiger oder alkohol- bzw. drogenbedingter Fahruntüchtigkeit sowie bei Nichthinziehung der Polizei bei Unfall oder Beschädigung. Bundesgrenzüberschreitungen sind nur mit vorheriger schriftlicher Genehmigung erlaubt.“ In den AGB der Kl. ist u.a. Folgendes bestimmt:

„F. Schäden am Mietwagen [...]

II. Schäden durch Unfall. Ein Unfallschaden im Sinne dieser Bestimmungen ist jedes Ereignis im öffentlichen und privaten Straßenverkehr, das mit diesen Gefahren im ursächlichen Zusammenhang steht und einen Sachschaden am Mietwagen zur Folge hat, ob an dem Unfall ein anderer Verkehrsteilnehmer beteiligt ist oder nicht.

Bei jedem Unfallschaden hat der Mieter:

a) sofort die Polizei zu verständigen und an der Unfallstelle zu verbleiben, bis zum Eintreffen der benachrichtigten Polizei. Der Mieter ist verpflichtet, den Vermieter sofort telefonisch, notfalls telegrafisch, von einem Unfall zu verständigen. [...]

G. Haftung des Mieters [...]

2. Vertraglich vereinbarte Haftungsbeschränkung des Mieters und berechtigten Lenkers

Durch den Abschluss einer gesonderten Vereinbarung sowie Zahlung eines Aufpreises für eine Haftungsbeschränkung kann die Haftung an Schäden durch den Mieter und berechtigten Lenker beschränkt werden, [...]

3. Unbeschränkte Haftung des Mieters und berechtigten Lenkers trotz vertraglicher Haftungsbeschränkung  
Mieter und Lenker haften ungeachtet der unter G 1 und 2 vereinbarten Haftungsbeschränkung dem Vermieter in voller Höhe als Gesamtschuldner auf Schadensersatz:

a) In allen Fällen, in denen im Rahmen eines Vollkaskoversicherungsvertrags die jeweilige Vollkaskoversicherung (Vermieter) gegenüber ihrem Versicherungsnehmer (Mieter) den Versicherungsschutz gem. § 61 VVG entziehen dürfte sowie darüber hinaus  
b) beim Führen des Kraftfahrzeugs durch den Lenker bei jeglicher Alkohol- oder Drogenbeeinflussung,  
c) bei Verstoß gegen die in F I und II übernommenen Verpflichtungen durch den Mieter, insbesondere bei vertragswidrigem Verlassen der Unfallstelle bzw. bei vertragswidrigem Nichthinziehen der Polizei (vgl. F II 2a), auch wenn andere Personen oder Fahrzeuge an dem Unfall nicht beteiligt waren bzw. kein Fremdschaden, sondern lediglich Schaden am Mietwagen entstanden ist.“

Der Bekl. beschädigte das Mietfahrzeug, indem er

gegen einen Stein fuhr. Der Kl. entstand ein Schaden in Höhe von 1605,08 € (Sachschaden: 1417,89 €, Gutachterkosten: 40,19 € und Mietausfallschaden: 147 €). Die Kl. hat unter Vorwegabzug der Kaution von 100 € 1505,79 € (richtig: 1505,08 €) beantragt. Das AG hat den Bekl. durch Teilanerkennnisurteil zur Zahlung von 687,19 € mit Zinsen verurteilt und die Klage im Übrigen abgewiesen. Die Berufung der Kl. ist erfolglos geblieben (LG Kiel BeckRS 2009, 23388). Die vom BerGer. zugelassene Revision der Kl. führte zum überwiegenden Erfolg des Rechtsmittels.

#### **Aus den Gründen:**

Die Revision hat überwiegend Erfolg. Die Ausführungen des Landgerichts halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

#### **A. Keine unangemessene Benachteiligung durch Entfallen der Haftungsbeschränkung unabhängig von Verschulden**

Die Auffassung des Berufungsgerichts., die Regelung G 3c der AGB der Klägerin sei schon deshalb im Ganzen unwirksam, weil nach ihr die Haftungsbeschränkung in jedem Fall entfalle, also ohne Rücksicht auf das Verschulden des Mieters und die Relevanz für die Interessen der Kl., ist unzutreffend. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH (NJW 1982, 167 und NJW 1968, 2099) wird, wenn in Allgemeinen Geschäftsbedingungen die dem Mieter eines Kraftfahrzeugs gegen Zahlung eines zusätzlichen Entgelts gewährte Haftungsfreistellung davon abhängig gemacht wird, dass er bei Unfällen die Polizei hinzuzieht, der Mieter nicht unangemessen benachteiligt. Eine solche Klausel ist vielmehr wirksam. Die Vereinbarung, dass bei jedem Unfall die Polizei hinzugezogen werden muss, begründet - in Begriffen der Kaskoversicherung umgesetzt - eine Obliegenheit des Mieters. Diese fügt sich in das Leitbild der Kaskoversicherung ein. Bei der Zuziehung der Polizei handelt es sich der Sache nach um nichts anderes als um die Begründung einer Aufklärungspflicht entsprechend derjenigen, die für Kaskoversicherungsfälle bei gleichartiger Interessenlage in § 7 I Abs. 2 S. 3 AKB 1975 enthalten ist. Der Mieter hat es in der Hand, entweder die Obliegenheit zu erfüllen, oder sich über sie hinwegzusetzen, dann aber seine Haftungsfreiheit einzubüßen. Die Obliegenheit hat auch nicht eine Verpflichtung zum Gegenstand, sich selbst bei der Polizei anzuzeigen. Der Mieter hat lediglich bei Unfällen die Polizei hinzuzuziehen, um an Ort und Stelle die erforderlichen Feststellungen treffen zu lassen. Er ist weder verpflichtet, sich selbst zu belasten, noch wird sein Recht, in einem Ermittlungsverfahren die Aussage zu verweigern, berührt.

#### **B. Interessenabwägung**

Für die Beurteilung der Angemessenheit von AGB kommt es in erster Linie auf eine Ermittlung der Interessen an. Zu prüfen ist zunächst, welches Interesse der Verwender an der Aufrechterhaltung der AGB-Klausel hat und welches die Gründe sind, die umgekehrt aus der Sicht des Kunden für den Wegfall der Klausel bestehen. In diesem Zusammenhang kommt es darauf an, welche Konsequenzen die Wirksamkeit bzw. Unwirksamkeit der Klausel für die beiden Parteien hätte, ob und wie jede der Parteien die Verwirklichung des in der Klausel behandelten Vertragsrisikos durch eigene Tätigkeit verhindern, ob und wie sich jede Partei gegen die Folgen einer Verwirklichung des Risikos durch eigene Vorsorge schützen kann. Nach Ermittlung der Interessen hat eine Abwägung zu erfolgen, nach deren Ergebnis sich bestimmt, ob die Klausel als wirksam oder unwirksam anzusehen ist (BGHZ 78,305 = NJW 1981, 280). Nach Maßgabe dieser Grundsätze ist die Klausel, wonach der Mieter nach einem Unfall die Polizei hinzuzuziehen hat, nicht unangemessen.

#### **I. Besonderes Interesse des Vermieters an Hinzuziehung der Polizei**

Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Klausel sei schon deshalb sinnlos, weil der Mieter das Fahrzeug auch im Land Schleswig-Holstein habe benutzen können und bei einem Unfall ohne Personenschaden dort die Polizei nicht erscheine, ist bereits im Ansatz unzutreffend. Wenn - wie im Streitfall - der Vertrag in Hamburg geschlossen wurde, dort das Fahrzeug benutzt werden sollte und sich der Unfall dort ereignet, ergibt die Verpflichtung, die Polizei bei einem Unfall hinzuzuziehen, alleine schon deshalb einen Sinn, weil der Bekl. zwar behauptet, dass die Polizei in Hamburg auch nicht erschienen wäre, dafür aber keinen Beweis angetreten hat. Die - von der Revision aufgeworfene - Frage der geltungserhaltenden Reduktion stellt sich nicht.

Im Übrigen ergibt die Auslegung der schleswig-holsteinischen Richtlinien für die Aufnahme und Bearbeitung von Verkehrsunfällen vom 28.03.1995, die der Senat selbst vornehmen kann (Musielak/Ball, ZPO, § 546 Rn. 4), nicht, dass die polizeiliche Unfallaufnahme bei Unfällen ohne Personenschäden ausgeschlossen ist. Nach Nr. 5.2 der Richtlinien ist ein Tätigwerden vor Ort entbehrlich, wenn ein Unfall auf Grund mündlicher oder telefonischer Schilderung als Unfall ohne Personenschaden eingestuft werden kann und nach den geschilderten Umständen der Unfallbeteiligten nur eine unbedeutende oder geringfügige Ordnungswidrigkeit (verwarnungsfähig) vorgeworfen werden kann und eine zusätzliche Maßnahme zur Verkehrssicherung nicht erforderlich ist. Die Bestimmung ist dahin auszulegen, dass der Polizei ein Er-

messen eingeräumt wird. Sie wird in der Regel bei Unfällen ohne Personenschäden von einer Aufnahme absehen, ausgeschlossen ist die Unfallaufnahme aber nicht. Die Ermessensentscheidung der Polizei wird maßgeblich von der Unfallschilderung des Benachrichtigenden abhängen.

Der Vermieter hat auch bei Unfällen ohne Personenschaden ein Interesse an der vollständigen Aufklärung des Unfallgeschehens und ist dabei auf die Mithilfe der Polizei angewiesen. Verursacht der Mieter den Unfall vorsätzlich, grob fahrlässig, alkohol- oder drogenbedingt, so wird seine Haftung nicht reduziert. Der Vermieter kann seinen gesamten Unfallschaden ersetzt verlangen. Die dazu erforderliche Aufklärung ist ihm aber ohne Zuziehung der Polizei selten möglich. Der Pkw befindet sich zum Unfallzeitpunkt in der alleinigen Obhut des Mieters. Der Unfallort kann weit entfernt vom Betriebssitz des Vermieters liegen, so dass auch die - im Vertrag vorgesehene - Benachrichtigung des Vermieters vom Unfall dessen Aufklärungsmöglichkeiten beschränkt. Der Vermieter ist auf die Arbeit der Polizei am Unfallort angewiesen. Unfallverursachung auf Grund alkohol- oder drogenbedingter Fahruntüchtigkeit ist ohne Mitwirkung der Polizei kaum nachzuweisen. Werden Umstände, die die Haftungsreduzierung beseitigen (Alkohol, Drogen, vorsätzliche oder grob fahrlässige Unfallverursachung), nicht am Unfallort oder zumindest im engen sachlichen und zeitlichen Zusammenhang zum Unfall ermittelt, geht dies regelmäßig zum Nachteil des Vermieters.

Der Vermieter hat deshalb ein besonderes Interesse daran, dass die Entscheidung, ob eine polizeiliche Unfallaufnahme durchgeführt wird, von der Polizei selbst und nicht vom Mieter getroffen wird. Muss der Mieter die Polizei nicht hinzuziehen, scheidet eine Sachaufklärung von vornherein aus. Die Feststellung besonderer Umstände, die die Haftungsreduzierung ausschließen, ist dann nicht möglich.

## *II. Aufklärungsförderung*

Es kommt hinzu, dass die Klausel allein durch ihre Existenz hilft, an der Aufklärung mitzuwirken. Der Mieter hat es in der Hand, entweder die Obliegenheit zu erfüllen oder sich über sie hinwegzusetzen, dann aber seine Haftungsfreiheit einzubüßen (BGH, NJW 1982, 346). Hat der Mieter den Unfall alkohol- oder drogenbedingt verursacht, wird er eine polizeiliche Unfallaufnahme scheuen und deshalb von der Benachrichtigung der Polizei absehen. Dies führt, wenn die Klausel als gültig angesehen wird, dazu, dass die Haftungsreduzierung wegfällt. Der Vermieter erreicht so die Durchsetzung seiner berechtigten Interessen.

Demgegenüber belastet die Pflicht, die Polizei hinzuzuziehen, den Mieter nur gering. Bei den heutigen Möglichkeiten der Telekommunikation ist der Aufwand minimal. Der Mieter muss sich auch nicht selbst belasten. Es genügt der Hinweis, dass ein von ihm gemietetes Fahrzeug einen Unfall erlitten hat.

Hinzu kommt, dass ein Verstoß gegen die Pflicht, die Polizei beizuziehen, nicht automatisch zur vollen Haftung führt. Wie ausgeführt, kommt es entgegen dem Wortlaut der Klausel nur dann zu einem Wegfall der Haftungsreduzierung, wenn den Mieter ein erhebliches Verschulden an der unterbliebenen Hinzuziehung der Polizei trifft und der Pflichtenverstoß relevant ist. Letzteres ist dann nicht der Fall, wenn - wie der Mieter gegebenenfalls zu beweisen hat - die Polizei auch bei Benachrichtigung nicht erschienen wäre. Damit sind die Interessen des Mieters ausreichend gewahrt.

## *III. Ergebnis*

Die Abwägung der Interessen der Parteien ergibt, dass der Bekl. durch die Pflicht zur Beiziehung der Polizei, auch wenn diese nur noch eingeschränkt zur Unfallaufnahme verpflichtet ist, nicht unangemessen beeinträchtigt wird.

## *Strafrecht*

**Standort: §§ 222, 229 StGB**

**Problem: Tateinheit oder -mehrheit**

BGH, URTEIL VOM 12.08.2009  
2 STR 165/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

### ***Problemdarstellung:***

Der Angeklagte hatte mit dem vierjährigen Sohn seiner Lebensgefährtin während deren Abwesenheit gespielt und das Kind auf dessen Wunsch hoch in die Luft geworfen. Als er das Kind bei einem Wurf nicht fangen konnte, hob er nach eigenen Angaben sein Knie, um den Fall des Kindes zu bremsen, sodass dieses auf das Knie stürzte. Das Kind klagte über Bauchschmerzen und brach zusammen. Als die Mutter zurückkehrte und den schlechten Zustand des Kindes bemerkte, rief sie einen Notarzt. Der Angeklagte verschwieg den Sturz, sodass seine Lebensgefährtin und der Notarzt davon ausgingen, dass der schlechte Zustand des Kindes auf einen von diesem zuvor erlittenen Hundebiss zurückzuführen sei. Das Kind wurde nur hinsichtlich dieser Verletzung behandelt und starb kurz darauf an den inneren Verletzungen, die es sich bei dem Sturz zugezogen hatte und die unbemerkt geblieben waren.

Das Landgericht Mainz hatte den Angeklagten wegen fahrlässiger Körperverletzung, § 229 StGB, (wegen der Verursachung des Sturzes) und wegen fahrlässiger Tötung durch Unterlassen, §§ 222, 13 I StGB, (wegen des Nichtaufklärens über den wahren Sachverhalt) in Tateinheit, § 53 StGB, verurteilt. Mit ihrer hiergegen eingelegten Revision begehrte die Staatsanwaltschaft eine Verurteilung wegen Mordes durch Unterlassen, §§ 211, 13 I StGB. Der BGH hob das Urteil auf, da zum einen die Annahme eines Tötungs- oder zumindest Körperverletzungsvorsatzes des Angeklagten im Zeitpunkt der Nichtaufklärung des Notarztes nahe liege und bei Verneinung eines solchen Vorsatzes eine Tateinheit, § 52 StGB, gegeben sei.

### ***Prüfungsrelevanz:***

Körperverletzungs- und Tötungsdelikte sind ständig Gegenstand von Prüfungsaufgaben in beiden Examen. Gerade ein Sachverhalt wie der vorliegende, der sich nicht nur in mehrere Tatkomplexe teilen lässt, sondern insofern auch klassische Probleme wie die Abgrenzung von aktivem Tun und Unterlassen und die Anforderungen an die Annahme eines Vorsatzes enthält, ist hervorragend als Vorlage für eine Klausur geeig-

net. Da der BGH in der vorliegenden Entscheidung vor allem die Beweiswürdigung des LG gerügt hatte, bietet sich der Fall als ideale Vorlage für eine Urteils-klausur im zweiten Examen an, in der der Verfasser dann natürlich in seinen Urteilsgründen nicht dieselben Fehler machen darf wie das LG Mainz.

Der BGH hat das Urteil des LG deshalb aufgehoben, weil dessen fehlerhafte Beweiswürdigung zur Begründetheit der Revision führe. Dies ist insofern interessant als eine Revision gem. § 337 StPO eigentlich nur darauf gestützt werden kann, dass das angefochtene Urteil auf einer Gesetzesverletzung beruht. Eine eigene Beweiswürdigung ist dem Revisionsgericht somit verwehrt (Meyer-Goßner, StPO, § 337 Rn 15). Da der Tatrichter gem. § 261 StPO in seiner Beweiswürdigung frei ist, darf das Revisionsgericht dessen Beweiswürdigung nicht einfach durch eine eigene ersetzen (BGHSt 10, 208, 210; Meyer-Goßner, StPO, § 337 Rn 26). Deshalb unterliegt die Beweiswürdigung auch nur einer eingeschränkten Überprüfung: Das Revisionsgericht prüft nur, ob die Beweiswürdigung des Tatrichters rechtsfehlerhaft ist, was der Fall ist, wenn sie widersprüchlich, lückenhaft oder unklar ist, gegen Denkgesetze oder gesicherte Erfahrungssätze verstößt oder erkennen lässt, dass der Tatrichter überspannte Anforderungen an die für eine Verurteilung erforderliche Gewissheit gestellt hat (BGH, StV 1986, 421; wi-stra 2008, 22; Meyer-Goßner, StPO, § 337 Rn 26 ff.). In der vorliegenden Entscheidung hebt der BGH das Urteil des LG auf, da dessen Beweiswürdigung sowohl hinsichtlich des Unfallgeschehens in der Wohnung als auch hinsichtlich der Verneinung des Vorsatzes des Angeklagten im Zeitpunkt des Gespräches mit den Rettungskräften fehlerhaft sei. Offen bleibt jedoch, ob der BGH die Beweiswürdigung selbst etwa deshalb für lückenhaft hält, weil sie das wechselnde Aussageverhalten des Täters nicht hinreichend berücksichtigt, oder ob das LG seine Beweiswürdigung nur nicht hinreichend deutlich in den Urteilsgründen dargelegt hat und nur diese deshalb unzureichend sind. Das LG hatte zwischen der fahrlässigen Körperverletzung, § 229 StGB, durch das Unfallgeschehen und der fahrlässigen Tötung durch Unterlassen, §§ 222, 13 I StGB, wegen der Nichtaufklärung der Rettungskräfte über den Unfall eine Tateinheit, § 53 StGB, angenommen. Tateinheit liegt dann vor, wenn der Täter verschiedene Straftaten durch unterschiedliche Hand-

lungen begangen hat. Hat er hingegen mehrere Straftaten durch dieselbe Handlung begangen, so ist eine Tateinheit gegeben, § 52 I StGB (vgl. hierzu auch die Entscheidung BGH, Beschluss vom 29.07.2009, Az.: 2 StR 91/09 in diesem Heft). Der BGH betont jedoch, dass sich bei dem vom LG angenommenen Sachverhalt in der fahrlässigen Tötung durch Unterlassen lediglich die Gefahr verwirklicht, die der Täter bereits durch die fahrlässige Körperverletzung gesetzt hat. Aufgrund des insofern fortbestehenden Ursachen- und Zurechnungszusammenhangs stelle das gesamte Geschehen eine Einheit dar und sei deshalb auch als Handlungs- und Tateinheit zu werten. Wenn allerdings der Angeklagte im Zeitpunkt des Erscheinens der Rettungskräfte - was der BGH wohl für nahe liegend hält - Körperverletzungs- oder sogar Tötungsvorsatz gehabt haben sollte, so würde das Entstehen des Vorsatzes eine Zäsur zwischen den beiden strafbaren Verhaltensweisen des Angeklagten bewirken. Die fahrlässige Körperverletzung durch das Unfallgeschehen und das durch das Nichtaufklären begangene vorsätzliche Unterlassungsdelikt (entweder Körperverletzung mit Todesfolge durch Unterlassen, §§ 227 I, 13 I StGB oder Mord durch Unterlassen, §§ 211, 13 I StGB wegen Verdeckungsabsicht - je nachdem, ob Verletzungs- oder Tötungsvorsatz gegeben war) würden dann selbstständige Handlungen darstellen. In diesem Falle wäre also tatsächlich die vom LG angenommene Tatmehrheit gegeben.

#### **Vertiefungshinweise:**

- Zur revisionsrechtlichen Überprüfung einer Beweiswürdigung: *BGHSt* 10, 208; *BGH*, *NStZ* 1988, 212; *NStZ-RR* 2009, 210 = *RA* 2009, 326; *StV* 1986, 421; *wistra* 2008, 22; *Pelz*, *NStZ* 1993, 362
- Zur Annahme einer Tatmehrheit bei nachträglichem Entstehen von Vorsatz beim Täter: *BGHSt* 21, 205; 23, 144; 25, 75; *BayObLG*, *JR* 1982, 249; *OLG Celle*, *JR* 1982, 79; *Seier*, *NZV* 1990, 132 f.

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

**Verursacht der Täter zunächst durch Fahrlässigkeit die Verletzung eines Kindes (§ 229 StGB) und später durch unzureichende Information der Rettungskräfte dessen Tod (§ 222 StGB), so besteht der Ursachen- und Zurechnungszusammenhang zwischen der durch aktives Tun herbeigeführten Verletzung und dem Tod des Kindes fort; für eine tatmehrheitliche Unterlassungstat fehlt es dann an einer Grundlage.**

#### **Sachverhalt:**

[2] Das Tatopfer, der zum Tatzeitpunkt vier Jahre alte Sohn der Lebensgefährtin des Angeklagten, hielt sich am Tattag, dem 25. April 2007, ab 17.00 Uhr zusam-

men mit dem Angeklagten in dessen Wohnung auf. Am Vormittag dieses Tages war der Geschädigte wegen eines am Vortag erlittenen harmlosen Hundebisses an der Hand und wegen einer Erkältung von seiner Mutter einem Kinderarzt vorgestellt worden; hierbei wurde die Hand des Kindes mit einem Verband versorgt.

[3] Gegen 20.00 Uhr begann der Angeklagte, auf den ausdrücklichen Wunsch des Kindes hin, den Jungen spielerisch in die Luft zu werfen und wieder aufzufangen. Hierbei warf der 1,68 m große, 70 kg schwere Angeklagte das 17 kg schwere Kind schließlich bis in eine Höhe von etwa 2,25 m. Bei einem dieser Würfe bemerkte der Angeklagte, dass er das Kind, das sich in der Luft verdrehte, nicht würde auffangen können. Um den Sturz abzufangen, zog er ruckartig sein rechtes Knie nach oben. Das Kind fiel mit dem Bauch auf die Kniespitze des Angeklagten; gleichwohl gelang es diesem nun, den Geschädigten aufzufangen. Er legte das Kind auf die Couch; dieses klagte nur über geringe Schmerzen im Bauch. Als es gegen 20.30 Uhr aufstand, brach es nach wenigen Schritten zusammen. Unmittelbar darauf kam die Mutter des Kindes von der Arbeit nach Hause; es wurde nun der Rettungsdienst und nach Anforderung um 21.57 Uhr schließlich auch ein Notarzt alarmiert. Das Kind war bei dessen Eintreffen schläfrig, bewusstseinsgetrübt, klagte über Bauchschmerzen und war schließlich kaum noch ansprechbar.

[4] Die Mutter des Kindes informierte die Sanitäter und den Notarzt über den Hundebiss an der Hand des Kindes; man ging daher von einem möglichen septischen Geschehen als Ursache der Bewusstseinsstrübung aus. Das Kind wurde schließlich im Rettungswagen narkotisiert und intubiert. Der Angeklagte klärte weder seine Lebensgefährtin noch das Rettungspersonal über das Sturzgeschehen auf. Hierbei handelte er "aus Scham und in der Annahme, dass das Kind nunmehr medizinisch ausreichend und umfassend versorgt" sei.

[5] Um 22.53 Uhr wurde das geschädigte Kind in der Intensivstation der Universitäts-Kinderklinik aufgenommen; dort verstarb es etwa zwei Stunden später. Ursache hierfür waren die inneren Verletzungen, die das Kind durch den Aufprall im Bauchraum erlitten hatte, insbesondere eine Leberruptur sowie eine Perforation des Zwölffingerdarms. Bei sofortigem Hinweis des Angeklagten an die eintreffenden Rettungskräfte hätte das Kind signifikant länger gelebt; durch eine sofortige Operation hätte sein Leben wahrscheinlich gerettet werden können.

#### **Aus den Gründen:**

[1] Das Landgericht hat den Angeklagten wegen fahrlässiger Körperverletzung in Tatmehrheit mit fahrlässiger Tötung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem



Jahr und zehn Monaten verurteilt, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde. Die Revision der Staatsanwaltschaft, die eine Verurteilung wegen Mordes erstrebt, hat mit der Sachrüge Erfolg.

### *1. Rechtliche Würdigung des Landgerichts*

[...] [6] Das Landgericht hat das Geschehen beim Sturz als fahrlässige Körperverletzung, das Verhalten des Angeklagten nach Eintreffen der Rettungskräfte als in Tatmehrheit hierzu stehende fahrlässige Tötung durch Unterlassen angesehen. Einen Tötungsvorsatz oder einen Körperverletzungsvorsatz des Angeklagten hat es als nicht nachgewiesen, seine den Feststellungen entsprechende Darstellung des Sturzgeschehens als nicht widerlegbar angesehen.

### *2. Entscheidung des BGH*

[7] Die vom Generalbundesanwalt vertretene Revision der Staatsanwaltschaft ist begründet. Die Beweiswürdigung des Landgerichts hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand, so dass es auf die Verfahrensrüge nicht ankommt.

#### *a) Zur Beweiswürdigung des Landgerichts hinsichtlich des Geschehensverlaufs*

[8] Soweit sich das Landgericht bei seiner Bewertung auf die Gutachten der verschiedenen medizinischen Sachverständigen stützt, lässt sich nach den Urteilsgründen nicht ausschließen, dass es den Ergebnissen dieser Gutachten, soweit sie einzelne Elemente der Einlassungen des Angeklagten zum Geschehensablauf und dessen unmittelbaren Folgen als medizinisch nicht ausgeschlossen bezeichnet haben, unzutreffend hohes Gewicht beigemessen hat. So sagt namentlich der Umstand, dass sich Bauchverletzungen wie die von dem Geschädigten erlittene grundsätzlich durch einen wuchtigen Aufprall auf die Kniespitze des Angeklagten erklären lassen, nichts über die Wahrscheinlichkeit eines solchen Geschehensablaufs aus. Zutreffend hat der Generalbundesanwalt darauf hingewiesen, dass der vom Angeklagten geschilderte Ablauf, wonach der Angeklagte, um einen Sturz des Kindes zu "verhindern", das er "nicht mehr würde auffangen können", sein Knie "ruckartig" so weit nach oben zog, dass die Kniespitze nach oben zeigte - also annähernd bis zur Kinnhöhe -, und dann trotz (oder wegen) des Aufpralls des Kindes dieses auffing, in sich eher lebensfremd und fern liegend erscheint. Insoweit hätte das wechselnde Einlassungsverhalten des Angeklagten, insbesondere im Hinblick auf eine Anpassung an die gutachterlichen Erkenntnisse, im Einzelnen erörtert und kritisch geprüft werden müssen. Die Erwägung, für die (angepasste) Einlassung des Angeklagten spreche, dass sie mit der Einschätzung des Sachverständigen Prof. Dr. E übereinstimme, übersieht, dass die Einlassung erst in Kenntnis des und im Hinblick auf das

Sachverständigen Gutachten korrigiert wurde.

[9] Im Hinblick auf die problematische Beweislage hätte das Landgericht zudem eine kritische Gesamt abwägung aller Indizien vornehmen und in den Urteilsgründen umfassend und nachprüfbar darstellen müssen. Dabei war auch zu berücksichtigen, dass trotz der naturwissenschaftlichen "Möglichkeit" einzelner vom Angeklagten behaupteter Tatsachen sich aus der Zusammenfassung einer Mehrzahl jeweils als "äußerst unwahrscheinlich" festgestellter Umstände ein Gesamtbild ergeben kann, welches der Annahme von "Unwiderlegbarkeit" entgegensteht.

#### *b) Zur Verneinung eines Körperverletzungs- und Tötungsvorsatzes nach Eintreffen der Rettungskräfte*

[10] Rechtsfehlerhaft ist auch die Beweiswürdigung zum Geschehen nach Eintreffen der Rettungskräfte. Aus den Urteilsgründen ergibt sich nicht, aus welchen Gründen der Angeklagte davon, dass das Kind zu diesem Zeitpunkt erneut über Schmerzen im Bauch klagte, nicht Kenntnis genommen haben sollte.

[11] Unklar bleibt in den Urteilsgründen auch, worauf sich die Feststellung stützt, der Angeklagte habe eine ausreichende Versorgung des Kindes für gesichert und eine wahrheitsgemäße Information daher für nicht erforderlich gehalten. Vielmehr drängte sich das Gegenteil dieser Annahme nach den festgestellten sonstigen Umständen ersichtlich auf. Selbst wenn der Angeklagte von den Äußerungen des verletzten Kindes gegenüber den Sanitätern keine Kenntnis erlangt hätte, war für ihn doch offenkundig, dass die Hinweise seiner Lebensgefährtin auf den (harmlosen) Hundebiss geeignet waren, die Aufmerksamkeit des Notarztes vom eigentlichen Verletzungsbild abzulenken. Es musste sich ihm offensichtlich aufdrängen, dass eine wahrheitsgemäße Information der Rettungskräfte über das - angebliche - Unfallgeschehen dringend erforderlich war, um eine alsbaldige umfassende Versorgung des augenscheinlich schwer verletzten oder erkrankten Kindes sicherzustellen.

[12] Die Ablehnung nicht nur der Feststellung eines (bedingten) Tötungsvorsatzes, sondern auch der Feststellung eines Vorsatzes der Körperverletzung durch Verlängerung oder Intensivierung der Gesundheitsbeschädigung und des Leidens des Kindes wird von den bisherigen Feststellungen daher nicht getragen. Das Urteil war daher insgesamt aufzuheben.

### *3. Zur Annahme einer Tateinheit*

[13] Der neue Tatrichter wird auch der Frage des Konkurrenzverhältnisses zwischen den Geschehensabschnitten genauere Aufmerksamkeit zuzuwenden haben. Das vom Landgericht angenommene Verhältnis der Tatmehrheit zwischen zwei Fahrlässigkeitstaten nach § 229 und § 222 StGB erscheint problematisch, da der Ursachen- und Zurechnungszusammen-

hang zwischen der durch aktives Tun herbeigeführten Verletzung und dem Tod des Kindes fortbestand; für eine tatmehrheitliche Unterlassungstat fehlt es dann an einer Grundlage.

[14] Anders wäre dies, wenn die neue Hauptverhandlung den Nachweis eines (neuen) Tatentschlusses nach zunächst fahrlässiger Körperverletzung und daher eines zumindest bedingt vorsätzlichen Tötungsdelikts

(§§ 211, 212 StGB) oder Körperverletzungsdelikts (§§ 223, 227 StGB) durch Unterlassen ergäbe. Wieder anders wäre es schließlich, wenn sich ein (bedingter) Vorsatz schon bei dem Verletzungsgeschehen oder in der Zeitspanne zwischen Verletzung und Herbeirufen des Rettungsdienstes (nach Eintreffen der Mutter) erweise. All dies bedarf sorgfältiger neuer Prüfung.

### Standort: § 263 StGB

### Problem: Täuschung über angemessenen Preis

BGH, BESCHLUSS VOM 29.07.2009

2 STR 91/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

#### **Problemdarstellung:**

Die Angeklagten hatten an Krebs erkrankten Menschen, die sich mehrheitlich bereits im Endstadium der Krankheit befanden und keine Hoffnung auf anderweitige Heilung mehr hatten, das aus Russlands stammende Medikament "Galavit" verkauft. Hierbei hatten die Angeklagten durch entsprechende Broschüren und einen fingierten Beitrag in einer Fernsehsendung den Eindruck erweckt, dass dieses Mittels erhebliche Heilungserfolge bei Krebskranken erziele, obwohl sie wussten, dass es hierfür keine schlüssigen wissenschaftlichen Belege gab. Auch teilten die Angeklagten mit, dass der Exportpreis für eine Ampulle des Mittels bei 600,- € liege (und forderten einen entsprechenden Preis), wobei das Mittel tatsächlich zu einem Preis von 42,- €/Ampulle zu beziehen gewesen wäre.

Das Landgericht Kassel hatte die Angeklagten wegen gewerbsmäßigen Bandenbetruges, §§ 263 I, V StGB, in 132 Fällen in Tateinheit, § 52 StGB, verurteilt. Die hiergegen gerichtete Revision der Angeklagten wies der BGH als unbegründet zurück. Zwar führe nicht die Täuschung über die Wirksamkeit des Mittels, jedoch diejenige über die Preisgestaltung zur Strafbarkeit wegen (gewerbsmäßigen Banden-) Betrugs. Allerdings sei zu berücksichtigen, dass die Annahme einer Tateinheit nicht bei allen Bandenmitgliedern selbstverständlich sei.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Der Tatbestand des Betruges, § 263 I StGB, gehört in beiden Examen zu den absoluten Standarddelikten. Bei den Prüflingen werden insofern auch Kenntnisse zu Detailproblemen und Einzelfällen als selbstverständlich vorausgesetzt. Die vorliegende Entscheidung mag keine ganz neuen Erkenntnisse beinhalten, enthält jedoch einige klarstellende Ausführungen zu einem klassischen Problem.

Als Tathandlung setzt der Betrug stets eine Täuschung über Tatsachen voraus. Täuschung ist jede intellektuelle Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines ande-

ren, die geeignet ist, eine Fehlvorstellung über Tatsachen hervorzurufen (Fischer, § 263 Rn 10; Joecks, § 263 Rn 22; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 11). Insofern ist zu beachten, dass eine Täuschung nicht nur durch eine ausdrückliche Erklärung erfolgen kann, sondern auch durch eine konkludente oder durch ein garantenpflichtwidriges Unterlassen. Bei einer Täuschung durch konkludente (also schlüssige Erklärung) ist - da es sich hierbei um eine Täuschung durch aktives Tun handelt - anders als bei der Täuschung durch Unterlassen eine Garantienstellung (also Aufklärungspflicht) nicht erforderlich. Ob einem tatsächlichen Verhalten des Täters ein schlüssiger Erklärungsgehalt beizumessen ist, richtet sich nach der Verkehrsanschauung (Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 14/15; Rengier, BT 1, § 13 Rn 5). So enthält zum Beispiel das Eingehen einer vertraglichen Verpflichtung die konkludente Erklärung der eigenen Leistungsbereitschaft und -fähigkeit (BGH, wistra 1988, 25, 26; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 16).

Im vorliegenden Fall hatten die Angeklagten wahrheitswidrig behauptet, der Exportpreis für das von ihnen verkaufte Medikament betrage 600,- €. Der BGH betont in der vorliegenden Entscheidung in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung und der herrschenden Literatur, dass das Angebot einer Ware zu einem bestimmten Preis grundsätzlich nicht die konkludente Erklärung enthält, dass dieser Preis angemessen sei (BGH, NJW 1990, 2005; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 17c; Rengier, BT 1, § 13 Rn 6). Deshalb könne einem entsprechenden Angebot des Medikaments zu diesem Preis auch nicht die konkludente Erklärung entnommen werden, dass er angemessen sei. Da die Angeklagten allerdings auch behauptet hatten, dass der Exportpreis des von ihnen verkauften russischen Medikaments 600,- € betrage, hatten sie konkludent erklärt, dass dieses Mittel auch durch andere Quellen nicht billiger zu beziehen sei. Da aber tatsächlich das Medikament in einer internationalen Apotheke für 42,- € hätte erworben werden können, liege hierin eine (konkludente) Täuschung.

Die Angeklagten hatten außerdem behauptet, das von

ihnen vertriebene Medikament helfe erwiesenerweise gegen Krebs, obwohl hierfür tatsächlich keine schlüssigen Belege existierten und die Angeklagten eine entsprechende Fernsehreportage selbst gefälscht hatten. An dieses Verhalten vermochte der BGH eine Verurteilung wegen Betruges jedoch nicht zu knüpfen. Insofern ist nämlich zu berücksichtigen, dass eine Strafbarkeit wegen Betruges stets voraussetzt, dass der beim Opfer durch die Täuschung erregte Irrtum kausal ist für die Vermögensverfügung des Opfers, also hier den Kauf des Medikaments. An der Kausalität des Irrtums für die Vermögensverfügung fehlt es jedenfalls dann, wenn der Getäuschte die Verfügung auch bei Kenntnis der wahren Sachlage mit Sicherheit vorgenommen hätte. Der BGH betont in der vorliegenden Entscheidung, dass es sich bei zahlreichen der Opfer um atherapierte Krebspatienten handelte, die eigentlich keine Hoffnung mehr auf Heilung hatten und deshalb nach "jedem Strohalm" griffen. Auch wenn sie gewusst hätten, dass die Wirksamkeit des Mittels bisher wissenschaftlich nicht erwiesen ist, hätten sie dieses in ihrer verzweifelten Lage aber unter Umständen trotzdem gekauft, weil ja zumindest die (entfernte) Möglichkeit bestanden hätte, dass das Mittel vielleicht doch eine Wirkung zeigt. Der BGH betont deshalb, dass das LG im Einzelfall hätte prüfen müssen, ob tatsächlich die bei den Opfern erregten Irrtümer kausal für deren Vermögensverfügungen waren und sich nicht auf pauschale Feststellungen beschränken dürfen.

In dem vorliegenden Beschluss spricht der BGH auch die Konkurrenzen an. Ausgangspunkt einer Konkurrenzprüfung ist stets die Frage, ob verschiedene Delikte durch dieselbe oder durch mehrere Handlungen begangen wurden, wobei - vorbehaltlich einer Gesetzeskonkurrenz - im ersteren Falle Tateinheit, § 52 StGB, und im letzteren Tatmehrheit, § 53 StGB, vorliegt (vgl. die Darstellung bei Wessels/Beulke, AT, Rn 735 ff.). Das LG hatte im vorliegenden Fall hinsichtlich der begangenen 132 Fällen des gewerbsmäßigen Bandenbetrugs eine Tateinheit angenommen, da die Angeklagten sich in ein betrügerisches Gesamtkonzept eingebunden hätten, was sämtliche begangenen Betrugs-taten gegenüber allen Opfern zu einer einheitlichen Handlung und damit zu einer Tateinheit verbinde. Der BGH betont jedoch in Übereinstimmung mit seiner bisherigen Rechtsprechung und der Literatur (BGH, StV 2008, 575 = RA 2008, 717; Fischer, Vor § 52 Rn 11 f.; Schönke/Schröder-Stree/Sternberg-Lieben, § 52 Rn 21), dass auch bei Bandentaten für jeden Beteiligten gesondert zu prüfen ist, ob er sich durch eine oder mehrere Handlungen strafbar gemacht hat. Das heißt, dass eine Handlungseinheit beim Mittäter oder Gehilfen nur dann anzunehmen ist, wenn dieser selbst nur eine Handlung vorgenommen hat ungeachtet des-

sen, wieviele Handlungen bei anderen Beteiligten (z.B. den anderen Mittätern oder dem Haupttäter) vorliegen. Zumindest für den Angeklagten Dr. R, der als Arzt eine Vielzahl von Beratungsgesprächen mit an dem Medikament interessierten Personen durchgeführt hatte, sei die Annahme einer Tateinheit deshalb nicht selbstverständlich.

#### *Vertiefungshinweise:*

☐ Zur Täuschung über die Angemessenheit eines Preises: BGH, JZ 1989, 795; NJW 1990, 2005; BayObLG, NJW 1994, 1078; OLG Stuttgart, NSTZ 2003, 554

☐ Zur Abgrenzung von Tateinheit und -mehrheit bei mehreren Beteiligten: BGH, NSTZ 2000, 83; 2008, 89 = RA 2008, 36; wistra 2001, 336; StV 2008, 575 = RA 2008, 717

#### *Kursprogramm:*

☐ *Examenskurs:* "Listigs Lotterieg Glück"

#### *Leitsätze (der Redaktion):*

**1. Im Fordern eines bestimmten Preises liegt nicht ohne Weiteres die Zusicherung, dass dieser auch angemessen oder üblich ist. Eine Täuschung kann jedoch darin liegen, dass der Täter dem Opfer vorspiegelt, eine Ware sei in Deutschland nicht zu einem geringeren Preis erhältlich.**

**2. Auch bei Serienstraftaten des Betrugs sind regelmäßig individuelle Feststellungen hinsichtlich der Irrtümer der einzelnen Opfer und deren Kausalität für die jeweiligen Vermögensverfügungen erforderlich.**

**3. Die organisatorische Einbindung des Täters in ein betrügerisches Geschäftskonzept ist für sich nicht ausreichend, die Einzelakte der Tatserie rechtlich zu einer Tat, auch nicht im Sinne eines sog. "uneigentlichen Organisationsdelikts", zusammenzufassen. Erbringt der Täter für alle oder einige Einzelaten einen individuellen, nur diese fördernden Tatbeitrag, so sind ihm diese Taten grundsätzlich als tatmehrheitlich begangen zuzurechnen.**

#### *Sachverhalt:*

[3] Die Angeklagten veräußerten in der Zeit vom 01. Juni 2000 bis Ende Mai 2001 an Krebspatienten das aus Russland stammende und in Deutschland nicht zugelassene Präparat Galavit. Dieses bezogen sie zum Preis von 42,- DM pro Ampulle von zwei internationalen Apotheken mittels Individualrezepten, die vom Angeklagten Dr. R und in Einzelfällen von seiner Assistentin auf die jeweiligen Patienten ausgestellt worden waren. Von den Patienten, die sich überwiegend im Endstadium einer Krebserkrankung befanden und

bei denen im Regelfall konventionelle Behandlungsmethoden nicht mehr durchgeführt werden konnten, verlangten die Angeklagten pro Behandlungseinheit, die die Verabreichung von 15 Ampullen umfasste, einen Preis von 16.800,- DM. Nach Berechnung der Angeklagten setzte sich dieser Gesamtpreis zusammen aus Medikamentenkosten in Höhe von 9.000,- DM, einem Apothekenzuschlag in Höhe von "ca. 2.700 Mark", Mehrwertsteuer in Höhe von "rund 2.317 Mark", sowie einem nicht näher bezifferten Anteil für ärztliche Nebenleistungen und sonstige Gebühren und Zuschläge. Hinzu kamen weitere Kosten für den mit der Behandlung regelmäßig verbundenen stationären Aufenthalt in der Klinik Ca. in B., die in dem Betrag von 16.800,- DM nicht eingerechnet waren.

[4] In einer Werbebroschüre, welche die Angeklagten u. a. über ein Call-Center vertrieben, behaupteten sie wahrheitswidrig, der Exportpreis des Medikaments betrage pro Ampulle 600,- DM. Dabei suggerierten sie, dass das Präparat in Deutschland nicht unter dem von ihnen hierfür angesetzten Preis erhältlich sei. Die Differenz zu dem Verkaufspreis in Russland von 10 US-Dollar begründeten sie mit angeblichen Preisaufschlägen des Herstellers, der über die Exportkosten seine eigenen Entwicklungskosten finanzieren müsse. Im Rahmen der von ihm durchgeführten Informationsgespräche, an denen alle potentielle Patienten teilnahmen, ging der Angeklagte Dr. R. die Frage des hohen Preises offensiv an und wies wiederum auf die Forschungs- und Entwicklungskosten in Russland sowie die angeblich hohen Beschaffungskosten hin. Zudem suggerierte er den Zuhörern, dass Galavit anderweitig in Deutschland kaum zu bekommen sei, jedenfalls nicht zu einem geringeren Preis. Den Angeklagten war indes bekannt, dass jeder Arzt per Individualverordnung Galavit verschreiben konnte. Sie wussten auch, dass sich die Patienten damit das Medikament ebenfalls zum Preis von 42,- DM pro Ampulle in einer internationalen Apotheke hätten beschaffen können.

[5] In den Werbebroschüren wurde ferner behauptet, Galavit sei in Russland an Krebspatienten experimentell und klinisch getestet worden. Hierbei seien positive Effekte, wie eine deutliche Verringerung der Größe der Tumore und eine Verbesserung der Lebensqualität, nachgewiesen worden; eine nähere Differenzierung nach der Art der Krebserkrankung erfolgte nicht. Entsprechende Behauptungen über angeblich vorliegende Wirknachweise verbreiteten die Angeklagten zudem in Anzeigen im Internet und einem Beitrag für die SAT 1- Sendung "Akte 2000", an dessen Erstellung der Angeklagte K beteiligt gewesen war. Daneben bezahlte der Angeklagte D den Schauspieler De dafür, in der Öffentlichkeit wahrheitswidrig zu behaupten, er habe an Prostatakrebs gelitten und sei davon in einer Moskauer Klinik mit Galavit geheilt wor-

den. In diesem Zusammenhang wurden auch Fotoaufnahmen gefertigt und in der Presse veröffentlicht, die den Angeklagten Dr. R bei einer Untersuchung des Schauspielers zeigten. Tatsächlich war De nie an Prostatakrebs erkrankt gewesen. Nachdem in der Folgezeit in den Medien kritische Berichte und Stellungnahmen erschienen waren, wurde in die Werbebroschüren ein Hinweis aufgenommen, dass es sich bei Galavit um einen Immunmodulator und nicht um ein Krebsmittel handle. Es sei aber nachgewiesen, dass es die Nebenwirkungen von Strahlen- und Chemotherapie reduziere, die Makrophagen stimuliere und aktiviere sowie die Basalzellmembran moduliere. Im Rahmen der von ihm durchgeführten Informationsveranstaltungen und Einzelgespräche stellte der Angeklagte Dr. R potentiellen Patienten daneben regelmäßig eine Verbesserung der Lebensqualität und Verlängerung der Überlebensdauer in Aussicht und suggerierte eine wissenschaftlich hinreichend erwiesene Wirksamkeit von Galavit.

[6] Allen Angeklagten war bekannt, dass wissenschaftliche Nachweise für die behaupteten positiven Wirkungen von Galavit bei Krebserkrankungen nicht existierten. Zwar waren in Russland Studien zur Wirksamkeit von Galavit gefertigt worden. Diese waren jedoch nicht klinischer Art, besaßen für die Frage, ob eine Wirksamkeit bei allen Krebserkrankungen gegeben ist, keinerlei Aussagekraft und waren zudem sämtlich von nur schlechter Qualität.

#### **Aus den Gründen:**

[1] Das Landgericht hat die Angeklagten jeweils wegen gewerbsmäßigen Bandenbetrugs in 132 tateinheitlich zusammentreffenden Fällen schuldig gesprochen. Es hat den Kaufmann D unter Einbeziehung einer Freiheitsstrafe von einem Jahr aus einer früheren Verurteilung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sieben Jahren und drei Monaten verurteilt, gegen den Onkologen Dr. med. R hat es eine Freiheitsstrafe von fünf Jahren und acht Monaten und gegen den Journalisten K eine solche von drei Jahren verhängt. Hinsichtlich der Kaufleute C (ein Jahr und acht Monate) und P (ein Jahr und vier Monate) hat es auf Bewährungsstrafen erkannt.

[2] Die Rechtsmittel der Angeklagten haben mit der Sachrüge in dem aus der Beschlussformel ersichtlichen Umfang Erfolg (§ 349 Abs. 4 StPO); im Übrigen sind sie unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

#### *I. Rechtliche Würdigung des Landgerichts*

[...] [7] Die Strafkammer sieht das betrügerische Verhalten der Angeklagten zum einen darin, dass sie vorsätzlich unwahre Behauptungen über das Vorhandensein eines wissenschaftlichen Wirknachweises von Galavit bei allen Krebsarten aufstellten, zum anderen in der mit falschen Tatsachen unterlegten Preisgestal-

tung von 16.800,-- DM pro Behandlung. Den 132 Patienten, die sich zur Durchführung einer Galavitbehandlung entschlossen, sei deshalb ein Vermögensschaden in Höhe der jeweils gezahlten Beträge entstanden.

[8] Hinsichtlich drei weiterer Patienten, die keine Geldzahlungen geleistet hatten, ist die Strafkammer von einem strafbefreienden Rücktritt ausgegangen, weil die Angeklagten durch die Nichtbeitreibung der Forderung die Tatvollendung im Sinne des § 24 Abs. 2 StGB verhindert hätten.

## II. Entscheidung des BGH

### 1. Zur Erforderlichkeit eines ausdrücklichen Teilfreispruchs

[9] Die Angeklagten waren freizusprechen, soweit das Landgericht in den Fällen der Patienten B, W und W einen strafbefreienden Rücktritt vom Versuch angenommen hat. Nach der Anklage sollen sämtliche Taten in Tatmehrheit (§ 53 StGB) begangen worden sein. In einem solchen Fall hat, wenn sich eine oder mehrere Taten nicht nachweisen lassen, Teilfreispruch zu erfolgen, auch wenn das Gericht der Meinung ist, dass die nicht nachgewiesenen Taten bei einer Verurteilung in Tateinheit mit den Delikten stehen würden, deretwegen der Angeklagte verurteilt worden ist (Senatsbeschluss vom 28. März 2007 - 2 StR 102/07). Das Urteil war deshalb entsprechend zu ergänzen.

### 2. Zur Strafbarkeit der Angeklagten im Übrigen

[10] Im Übrigen hält die Überprüfung des Schuldpruchs anhand der Revisionsrechtfertigungen bezüglich aller Angeklagten im Ergebnis rechtlicher Nachprüfung stand.

#### a) Zur Täuschung über die Preisgestaltung

[11] Das betrügerische Verhalten aller Angeklagten liegt hier darin, dass sie die Patienten über die Grundlagen ihrer Preisgestaltung und den Apothekenabgabepreis von Galavit in Deutschland täuschten. Zwar liegt im Fordern eines bestimmten Preises nicht ohne Weiteres die Zusicherung, dass dieser auch angemessen oder üblich ist (RGSt 42, 147, 150; BGHR StGB § 263 Abs. 1 Täuschung 6; Fischer StGB 56. Aufl. § 263 Rdn. 21 m.w.N.). Die Angeklagten haben jedoch durch ihre wahrheitswidrige Behauptung, der Exportpreis des Medikaments Galavit betrage 600,-- DM pro Ampulle, den Patienten vorgespiegelt, das Medikament sei in Deutschland nicht zu einem geringeren Preis erhältlich. Zwar hat das Landgericht auf der Grundlage seiner Bewertung der Taten als eine Tat im Rechtssinne nur pauschale Feststellungen zum jeweiligen Vorstellungsbild der einzelnen Geschädigten getroffen. Den Feststellungen kann in ihrer Gesamtheit aber noch hinreichend entnommen werden, dass über

die Angaben in den versandten Informationsbroschüren hinaus jedenfalls im Rahmen der vom Angeklagten Dr. R durchgeführten Informationsveranstaltungen und Einzelgespräche gegenüber jedem der 132 Geschädigten unwahre Behauptungen zur angeblichen Höhe des Importpreises für Galavit aufgestellt wurden. Dabei versteht es sich von selbst, dass die hierdurch getäuschten Patienten irrtumsbedingt davon abgesehen haben, das Medikament zu einem Bruchteil des Preises selbst über eine Apotheke zu beziehen.

#### b) Zur Täuschung über die Wirksamkeit des Mittels

[12] Nicht tragfähig ist hingegen die Annahme des Landgerichts, der Betrugstatbestand sei in objektiver und subjektiver Hinsicht zudem wegen der Täuschungen über das Ausmaß und den Nachweis einer Wirksamkeit des Medikaments bei sämtlichen Krebsarten erfüllt.

[13] Die Angeklagten haben, u.a. durch Einsatz des Schauspielers De, teils ausdrücklich, teils konkludent behauptet, Galavit sei geeignet, eine Heilung oder zumindest Linderung bei allen Arten von Krebserkrankungen zu bewirken. Ob dies zutrifft, hat das Landgericht ausdrücklich offen gelassen, nachdem der hierzu gehörte Sachverständige die Frage der Wirksamkeit von Galavit bei Krebsindikationen nicht abschließend beantworten konnte. Als Anknüpfungspunkt für die Täuschungshandlung hat es vielmehr die wahrheitswidrige Behauptung der Angeklagten herangezogen, es lägen wissenschaftliche Belege für den von ihnen behaupteten Wirkmechanismus des Medikaments vor. Ob jedoch die diesbezügliche Fehlvorstellung bei sämtlichen Getäuschten auch jeweils ursächlich war für die Entscheidung, eine Behandlung mit Galavit durchzuführen, hat die Strafkammer nicht überprüft. Entsprechender Feststellungen zum individuellen Vorstellungsbild und der Motivlage der einzelnen Geschädigten war das Landgericht nicht etwa deshalb enthoben, weil es - teilweise in rechtlich bedenklicher Weise - sämtliche Täuschungshandlungen als eine materiellrechtliche Tat bewertet hat. Auch bei Serienstraftaten des Betrugs sind regelmäßig entsprechende individuelle Feststellungen erforderlich (BGH NStZ 2004, 568, 569). Dass die Behauptungen der Angeklagten zum Grad der wissenschaftlichen Verlässlichkeit ihrer Angaben in allen Fällen kausal für die Vermögensverfügung der Getäuschten waren, versteht sich angesichts der Lage, in der sich die Interessenten befanden, nicht von selbst. Zutreffend weisen die Revisionen darauf hin, dass es sich überwiegend um aus therapierte Krebspatienten handelte, die genötigt waren, nach "jedem Strohalm zugreifen". Es liegt schon deshalb nicht fern, dass sich jedenfalls ein Teil der Patienten auch dann für eine Behandlung mit Galavit im Ca. entschieden hätte, wenn ihnen nicht eine nachgewiesene, sondern lediglich die - nach den Feststel-

lungen der Strafkammer nicht ausschließbar gegebene - Möglichkeit einer entsprechenden Wirkung in Aussicht gestellt worden wäre. Dies gilt umso mehr, als das Landgericht an anderer Stelle im Urteil ausführt, dass die Entscheidung der Patienten für die Durchführung der Behandlung auf Grund "individuell unterschiedlich gelagerter Umstände" erfolgte.

*c) Zur Annahme einer Tateinheit beim Angeklagten Dr. R*

[14] Die konkurrenzrechtliche Einordnung der Einzelaktivitäten der Angeklagten als jeweils eine Betrugstat im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB begegnet zwar teilweise rechtlichen Bedenken. Denn die organisatorische Einbindung des Täters in ein betrügerisches Geschäftskonzept ist für sich nicht ausreichend, die Einzelakte der Tatserie rechtlich zu einer Tat, auch nicht im Sinne eines sog. "uneigentlichen Organisationsdelikts" (hierzu: Senatsbeschluss vom 29. Juli 2009 - 2 StR 160/09), zusammenzufassen. Erbringt der Täter für alle oder einige Einzeltaten einen individuellen, nur diese fördernden Tatbeitrag, so sind ihm diese Taten grundsätzlich als tatmehrheitlich begangen zuzurechnen (BGHSt 49, 177, 182 f.). So liegt der Fall jedenfalls bei dem Angeklagten Dr. R, der im Rahmen der Informationsveranstaltungen und Einzelgespräche individuelle Täuschungshandlungen vorgenommen hat. Der Senat kann aber ausschließen, dass die Angeklagten durch die Annahme einer tateinheitlichen Begehungsweise beschwert sind.

*3. Zur Strafzumessung*

[15] Die Strafaussprüche können jedoch keinen Bestand haben:

[16] Zwar hat das Landgericht die jeweilige Strafhöhe nicht ausdrücklich damit begründet, dass die Angeklagten zwei schadensursächliche Täuschungshand-

lungen begangen haben. Der Senat kann dennoch nicht ausschließen, dass sich die rechtsfehlerhafte Annahme, der Betrugstatbestand sei auch im Hinblick auf die behaupteten Wirknachweise vollendet, auf die Höhe der erkannten Strafen ausgewirkt hat. Die Strafkammer hat sowohl die Ablehnung eines - hier allerdings nicht nahe liegenden - minder schweren Falls als auch die konkrete Bemessung der jeweiligen Strafen u. a. mit der Höhe des bewirkten Schadens begründet und dabei die von den Geschädigten gezahlten Beträge in voller Höhe herangezogen. Die Feststellungen belegen eine verfügungskausale Täuschung jedoch allein hinsichtlich des Bezugspreises des Medikaments. Für die Schadensberechnung ist deshalb lediglich auf den Unterschied zwischen dem für die Behandlung tatsächlich bezahlten und dem Betrag abzustellen, der angefallen wäre, wenn sich die Patienten das Medikament auf anderem Wege beschafft und zur Behandlung in das Ca. mitgebracht hätten. Der Kostenanteil für die angefallenen ärztlichen Leistungen ist nicht als Schaden anzusetzen.

*4. Zu den weiteren Rügen*

[17] Soweit sich die weitergehenden Sachrügen und die Verfahrensrügen durch die Aufhebung der Strafaussprüche nicht erledigt haben, bleibt ihnen aus den Gründen der Antragschriften des Generalbundesanwalts ein Erfolg versagt.

*5. Zur Anrechnung der österreichischen Auslieferungshaft des Angeklagten D*

[18] Der neue Tatrichter wird in die Urteilsformel hinsichtlich des Angeklagten D die in der einzubeziehenden Entscheidung des Amtsgerichts München festgesetzte Bestimmung des Anrechnungsmaßstabes für die in Österreich erlittene Auslieferungshaft aufzunehmen haben (§§ 55 Abs. 2, 51 Abs. 4 Satz 2 StGB).

**Standort: § 266 StGB**

**Problem: Pflichtverletzung durch Kreditvergabe**

BGH, URTEIL VOM 13.08.2009  
3 STR 576/08 (WM 2009, 1930)

**Problemdarstellung:**

Der Angeklagte war in der Abteilung Kreditmanagement der WestLB tätig. Im Jahre 1999 bearbeitete er einen Antrag zweier britischer Firmen auf Erteilung eines Kredites i.H.v. über 800 Millionen britischer Pfund zur Finanzierung einer Fusion der Unternehmen. Obwohl die Abteilung "Zentrales Kreditmanagement" der WestLB auf die hohen Risiken des Kredites hinwies und von der Vergabe abriet und die von den Kreditantragstellern vorgelegten Schätzungen zu Kostenersparnissen und Cashflow bei dem zu gründenden Unternehmen von einer Wirtschaftsprüfungsgesell-

schaft nur auf ihre Schlüssigkeit (und nicht auf die Richtigkeit der Einschätzungen hin) überprüft worden waren, riet der Angeklagte dem Vorstand der WestLB zur Vergabe des Kredites. Daraufhin wurde im Dezember 1999 von der WestLB ein "Commitment Letter" herausgegeben, in der diese die Vergabe des Kredites in Aussicht stellte. Daraufhin erstellte die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft ein Gutachten hinsichtlich des zu gründenden Unternehmens. Dieses Gutachten bestätigte die ursprüngliche positive Einschätzung, obwohl das zu gründende Unternehmen zwischenzeitlich seine Strategie wesentlich geändert hatte und insbesondere deutlich weniger Geld zu investieren beabsichtigte als ursprünglich geplant. Der Kredit wurde im Juni 2000 an das Unternehmen vergeben, das je-

doch bereits 2003 Insolvenz anmelden musste, wodurch der WestLB ein Schaden von über 400 Millionen Euro entstand.

Das Landgericht Düsseldorf hatte den Angeklagten vom Vorwurf der Untreue, § 266 I 1. Fall StGB, freigesprochen. Zwar habe der Angeklagte seine Befugnis, über das Vermögen der WestLB zu verfügen, dadurch verletzt, dass der den "Commitment Letter" herausgegeben habe. Jedoch habe er ohne Schädigungsvorsatz gehandelt. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft hin hob der BGH diesen Freispruch auf.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Vermögensdelikte sind ständig Gegenstand von Prüfungsaufgaben. Der Tatbestand der Untreue, § 266 I StGB, tritt insofern vielleicht nicht ganz so häufig auf wie Betrug, § 263 I StGB, oder Diebstahl, § 242 I StGB, ist aber wegen seiner ungewöhnlichen Struktur und des etwas verwirrenden Gesetzeswortlauts sehr beliebt - zumindest bei den Prüfern. Auch zeigen die zahlreichen Entscheidungen zu § 266 StGB gerade in der jüngeren Vergangenheit, dass der Tatbestand auch eine erhebliche praktische Relevanz besitzt. Die vorliegende Entscheidung bringt zwar kaum neue Erkenntnisse, behandelt jedoch einen mittlerweile fast schon klassischen Fall der Untreue - die Vergabe riskanter Kredite - und wird deshalb (wenn auch wohl in vereinfachter Form) sicherlich zur Grundlage von Prüfungsaufgaben werden.

Die Untreue, § 266 I StGB, enthält zwei eigentlich selbstständige Tatbestände, den Missbrauchstatbestand, § 266 I 1. Fall StGB, und den Treuebruchstatbestand, § 266 I 2. Fall StGB. Diese Tatbestände unterscheiden sich vor allem durch die Tathandlung. Der Missbrauchstatbestand setzt insofern den Missbrauch der Befugnis des Täters voraus, über das Vermögen des Opfers zu verfügen oder dieses zu verpflichten. Da der Missbrauch einer Befugnis stets deren Gebrauch voraussetzt und man eine Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis nur beim Abschluss von Rechtsgeschäften gebraucht, kann der Missbrauchstatbestand nur durch ein rechtsgeschäftliches Verhalten verwirklicht werden (Fischer, § 266 Rn 20; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 753; Labsch, JURA 1987, 343, 347). Der Treuebruchstatbestand hingegen setzt nur die Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht voraus, was nicht nur durch rechtsgeschäftliches, sondern auch durch ein tatsächliches Verhalten möglich ist (Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 266 Rn 35, Rengier, BT 1, § 18 Rn 20). Das LG hatte im vorliegenden Fall den Missbrauchstatbestand bejaht und als entsprechende Tathandlung die Herausgabe des "Commitment Letter" durch den Angeklagten angesehen. Der BGH betont jedoch, dass der Angeklagte gar nicht die Befugnis hatte, die WestLB Dritten gegenüber zu

vertreten sondern nur im Innenverhältnis tätig wurde, sodass er auch keine entsprechende Befugnis missbrauchen konnte und somit nicht der Missbrauchs-, sondern nur der Treuebruchstatbestand in Betracht kommt.

Hinsichtlich des Vorliegens einer Pflichtverletzung des Angeklagten führt der BGH in der vorliegenden Entscheidung seine bisherige Rechtsprechung fort, dass es bei der Vergabe von (Groß-) Krediten eine Verletzung der bankinternen Prüfungs- und Informationspflichten darstellt, wenn ein Kredit bewilligt wird, ohne dass vorher in ausreichendem Umfang die Vermögensverhältnisse des potenziellen Kreditnehmers geprüft wurden (BGHSt 46, 30; BGH, NStZ 2002, 262). Im vorliegenden Fall konnte der BGH den bisherigen Feststellungen des LG - insb. weil diese teilweise widersprüchlich waren - nicht genug Informationen entnehmen, um beurteilen zu können, ob das Verhalten des Angeklagten tatsächlich eine Pflichtverletzung beinhaltet. Denkbar wäre jedoch eine Pflichtverletzung, weil der Angeklagte keine umfassende Unternehmensanalyse in Auftrag gegeben und auf die geänderte Unternehmensstrategie der Darlehensnehmerin nicht hinreichend reagiert hatte.

Der Tatbestand der Untreue setzt stets den Eintritt eines Vermögensnachteils voraus. Dieses Tatbestandsmerkmal entspricht dem Vermögensschaden bei § 263 I StGB und ist dann gegeben, wenn der Gesamtwert des Vermögens des Opfers durch die Tathandlung vermindert wurde (BGHSt 43, 293, 297; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 266 Rn 40). Das LG hatte einen Vermögensnachteil bereits durch die Herausgabe des "Commitment Letter" angenommen. Der BGH betont jedoch, dass die bloße Herausgabe des "Commitment Letter" nur dann einen Vermögensnachteil begründen kann, wenn dadurch eine nicht mehr rückgängig zu machende, bindende Verpflichtung der WestLB zum Abschluss des Kreditvertrages und anschließender Auszahlung des Darlehens begründet würde. Sollte es sich bei dem "Commitment Letter" nur um eine nicht verbindliche Absichtserklärung handeln, die noch keine unmittelbare Verpflichtung der WestLB begründet, so würde durch dessen Herausgabe das Vermögen der WestLB auch noch nicht vermindert. Ein Vermögensnachteil würde dann aber - wie bei der Vergabe von Krediten üblich - erst mit der Auszahlung der Kreditsumme eintreten und darin bestehen, dass der Vermögensminderung durch Auszahlung der Darlehenssumme ein nur minderwertiger Rückzahlungsanspruch gegenüber steht, der diese Minderung nicht voll auszugleichen vermag (BGH, NJW 2008, 2451, 2452; NStZ 2009, 330, 331).

Der Tatbestand der Untreue setzt auch voraus, dass der Täter vorsätzlich - insbesondere auch hinsichtlich des erforderlichen Vermögensnachteils - handelt, § 15

StGB. In der Vergangenheit war bei der Vergabe risikanter Kredite ein Vermögensnachteil meist durch Annahme einer konkreten Gefährdung des Vermögens des Kreditgebers begründet worden. Diese Gefährdung reicht bei § 266 I StGB - ebenso wie bei § 263 I StGB - zur Annahme eines Vermögensnachteils bzw. -schadens aus (sog. "schadensgleiche Vermögensgefährdung" oder "Gefährdungsschaden", vgl. BGH, NStZ 2003, 540; OLG Stuttgart, NJW 1999, 1564; Fischer, § 266 Rn 61). Besteht der Schaden des Opfers allerdings nur in einer konkreten Gefährdung, so ist streitig, ob es für die Annahme eines entsprechenden Eventualvorsatzes des Täters ausreicht, dass sich dieser auf den Eintritt der Vermögensgefährdung erstreckt (BGH, NJW 2008, 2451, 2452 = RA 2008, 662; Fischer, § 266 Rn 77 b; Schönke/Schröder-Lencner/Perron, § 266 Rn 49) oder ob zusätzlich zu fordern ist, dass der Täter die konkrete Gefahr des endgültigen Vermögensverlustes sieht und auch deren Realisierung billigt (BGH, NJW 2007, 1760 = RA 2007, 633; Schünemann, NStZ 2008, 430 ff.). Der BGH betont in der vorliegenden Entscheidung, dass es auf die Entscheidung dieses Streits nicht ankommt, da bei der Auszahlung eines Kredites das Vermögen der Bank nicht nur gefährdet, sondern tatsächlich unmittelbar gemindert würde, sodass im Falle des drohenden Ausbleibens der Rückzahlung nicht nur ein Gefährdungs- sondern ein echter Schaden gegeben sei. Auch handele der Täter bei der Vergabe von Krediten nicht nur mit bedingtem, sondern mit direktem Nachteilszufügungsvorsatz, wenn er bei der Kreditgewährung die Pflichtwidrigkeit seines Handelns sowie die den Minderwert des Rückzahlungsanspruchs begründenden Umstände kennt und weiß, dass dieser nach allgemeinen Bewertungsmaßstäben als minderwertig angesehen wird.

#### **Vertiefungshinweise:**

□ Zur Pflichtverletzung i.S.v. § 266 I StGB bei Kreditvergabe: *BGHSt* 46, 30; *BGH*, *wistra* 2000, 60; *NStZ* 2002, 262; *Dierlamm*, *NStZ* 2000, 656; *Gallandi*, *wistra* 2001, 281; *Kühne*, *StV* 2002, 198; *Knauer*, *NStZ* 2002, 399; *Links*, *NStZ* 2000, 657; *Otto*, *JR* 2000, 517

□ Zum Vermögensnachteil i.S.v. § 266 I StGB bei Kreditvergabe: *BVerfG*, *NJW* 2009, 2370; *BGHSt* 40, 287; 46, 30; 47, 148; *BGH*, *wistra* 2000, 60; *NJW* 2008, 2451; *NStZ* 2009, 330

□ Zum Vorsatz bzgl. des Vermögensnachteils bei § 266 I StGB, insb. beim "Gefährdungsschaden": *BGH*, *NJW* 2007, 1760 = RA 2007, 633; 2008, 2451 = RA 2008, 662; *NStZ* 2009, 330; *Bosch/Lange*, *JZ* 2009, 225; *Nack*, *StraFo* 2008, 277; *Schünemann*, *NStZ* 2008, 430

#### **Kursprogramm:**

□ *Examenskurs*: "Die Perlenkette"

#### **Leitsätze (der Redaktion):**

**1. Bei einer Untreue durch die Vergabe eines Kredits ist in der Regel ein Vermögensnachteil für die Bank frühestens dann eingetreten, wenn die Vermögensminderung durch die Auszahlung der Darlehenssumme einerseits und der Anspruch auf Rückzahlung des Kredits andererseits in einem wirtschaftlichen Missverhältnis zueinander stehen. Ein solches ist regelmäßig gegeben, wenn der Vertragsschluss und die sich daran anschließende Darlehensauszahlung nach einer unzureichenden Bonitätsprüfung vorgenommen worden sind und dies dazu geführt hat, dass die Rückzahlung des Darlehens über das allgemeine Kreditrisiko hinaus gefährdet ist.**

**2. Kennt der Täter bei einer Kreditgewährung die Pflichtwidrigkeit seines Handelns sowie die den Minderwert des Rückzahlungsanspruchs begründenden Umstände und weiß er, dass dieser nach allgemeinen Bewertungsmaßstäben als minderwertig angesehen wird, mag er sie selbst auch anders bewerten, liegt direkter Vorsatz vor. Rechnet er mit Umständen, die eine Pflichtwidrigkeit seines Tuns und eine Minderwertigkeit des Rückzahlungsanspruchs begründen, und nimmt er diese billigend in Kauf, ist bedingter Vorsatz gegeben. In beiden Fällen spielt es keine Rolle, wenn der Täter glaubt oder hofft, dass der Kredit letztlich dennoch zurückgeführt werden wird. Die spätere Schadensentwicklung ist nur noch für die Strafzumessung von Bedeutung.**

**3. In Fällen pflichtwidriger Kreditvergabe ist ein Vermögensnachteil nicht nur in Form einer "schadensgleichen Vermögensgefährdung" gegeben. Durch die Auszahlung des Kredites ist das Vermögen des Darlehensgebers unmittelbar in Höhe des Betrages vermindert und nicht nur schadensgleich gefährdet. Es stellt sich allein die Frage, ob hierdurch ein Vermögensnachteil im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB deshalb nicht eintritt, weil dieser Vermögensminderung ein gleichwertiger Anspruch auf Darlehensrückzahlung oder zumindest eine vom Kreditgeber ohne Schwierigkeiten verwertbare, die Darlehenssumme abdeckende Sicherheit für den Fall der Nichtrückführung des Kredits als ausgleichende Vermögensmehrung gegenübersteht.**

**4. Bei der generell risikobehafteten Vergabe von Krediten durch Entscheidungsträger einer Bank ist eine Pflichtverletzung im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB nur dann zu bejahen ist, wenn die Risiken und die Chancen der Kreditvergabe nicht auf der Grundlage umfassender Informationen sorgfältig**



**abgewogen worden sind. Wenn allerdings die Grenzen des unternehmerischen Entscheidungsspielraums, innerhalb dessen die Risikoabwägung durchzuführen ist, durch Verstöße gegen die banküblichen Informations- und Prüfungspflichten überschritten werden, mithin das Verfahren der Kreditgewährung fehlerhaft ist, liegt eine Pflichtverletzung vor, die zugleich einen Missbrauch der Vermögensbetreuungspflicht aus § 266 Abs. 1 StGB begründet.**

**Sachverhalt:**

[2] Der britische Medienkonzern G und die Investmentbank N betrieben die Fusion ihrer Unternehmensanteile G. H. T. (im Folgenden: GHT) und T, die jeweils einen Marktanteil von etwa 40 % des in Großbritannien weit verbreiteten Vermietungsmarktes für Unterhaltungselektronik und Haushaltsgeräte hielten, zur - später so bezeichneten - Unternehmensgruppe B.

[3] Im zweiten Halbjahr 1999 verhandelten Vertreter von G und N mit Vertretern der WestLB über die Gewährung eines Großkredits von bis zu 860 Millionen Britischen Pfund (im Folgenden: GBP) an B zur Finanzierung der Fusion, der als Brückenkredit gewährt und im Wesentlichen durch eine "Verbriefung der Vermögenswerte" des neu zu gründenden Unternehmens und die Veräußerung der entsprechenden Wertpapiere zurückbezahlt werden sollte. Eine Kreditvorlage vom 24. November 1999 an den Vorstand enthielt u. a. Ausführungen zur Situation des seit über zehn Jahren - im Durchschnitt jährlich um 5,6 % - rückläufigen Vermietungsmarktes in Großbritannien, Schätzungen zu den möglichen Kostenersparnissen durch Synergien und Angaben zum erwarteten Cashflow (Ertrag) einschließlich eines "Stress-Tests" der "Sensitivität des Cashflow" bei möglichen negativen Marktbedingungen. Das in der Vorlage verwendete Zahlenmaterial stammte fast ausschließlich von G und N.

[4] Die Abteilung "Zentrales Kreditmanagement" der WestLB (im Folgenden: ZKM) gab zu der Kreditvorlage eine negative Stellungnahme ab und wies auf hohe Risiken für die Bank hin.

[5] In einer Sitzung vom 7. Dezember 1999 kamen die Vorstandsmitglieder zu der Überzeugung, die WestLB könne das Projekt ohne unvertretbares Risiko allein umsetzen, und stimmten der Kreditvorlage mit der Maßgabe zu, dass 200 Millionen GBP zurückzubehalten seien, bis die prognostizierten Kostenersparnisse durch Synergien verifiziert seien und eine Überprüfung des Unternehmensplans sowie des Finanzmodells auf Korrektheit und Vollständigkeit ("Due-Diligence"-Prüfung) durch die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft P ein zufriedenstellendes Ergebnis erbracht habe.

[6] An den folgenden Tagen überprüfte P einen Bericht zu den Synergien, den Unternehmensplan sowie

die Finanzplanung und bestätigte, dass das Geschäftsmodell rechnerisch korrekt sei und die Synergieeffekte sowie die Kosten der Fusion zutreffend wiedergebe. Die von N erstellte Kalkulationstabelle kontrollierte die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft lediglich auf logische Richtigkeit. Zu keinem Zeitpunkt erstellten die mit dem Projekt befassten Mitarbeiter der WestLB eine eigene Analyse des Vermietungsmarktes in Großbritannien oder gaben eine solche in Auftrag, sondern stützten sich auf einen Bericht vom Juni 1998, der anlässlich der "Verbriefung" von T erstellt worden war, sowie auf Vertragsdaten und Einschätzungen des Managements von G.

[7] In der Vorstandssitzung vom 14. Dezember 1999 stellte der Angeklagte die Ergebnisse der Überprüfung durch P vor. Auf deren Grundlage beschloss der Vorstand einstimmig "unter Ablösung der Bedingungen" vom 7. Dezember 1999 die Bewilligung des Kredits auf der Basis neuer Bedingungen. Nach dem Verständnis der Vorstandsmitglieder beinhaltete der Beschlusstext u. a. die Bedingung, dass eine "Due-Diligence"-Prüfung noch stattzufinden habe und die WestLB im Falle einer dabei bekannt werdenden wesentlichen Änderung des dem Geschäftsmodell zugrunde liegenden Zahlenmaterials nicht an die Kreditzusage gebunden sei.

[8] Mit "Commitment Letter" vom 17. Dezember 1999 verpflichtete sich die WestLB gegenüber G und N, dem noch zu gründenden Unternehmen B als Kreditnehmerin zu im Einzelnen angeführten Bedingungen Kredite in der Gesamthöhe von 860 Millionen GBP zur Verfügung zu stellen. Als Zweck der Kreditaufnahme wurde die Bezahlung der Vermögenswerte und der Anteile angegeben, die von G und N auf B übertragen werden sollten.

[9] In den ersten Monaten des Jahres 2000 prüfte P die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit von GHT und T sowie die für das fusionierte Unternehmen projizierte Gesamtleistung. Mit Datum vom 17. April 2000 legte die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft einen vierbändigen Bericht über die durchgeführten Prüfungen vor, der keine entscheidenden Abweichungen von den im Dezember 1999 getroffenen Annahmen feststellte.

[10] In einer weiteren Kreditvorlage vom 10. Mai 2000 wurde u. a. ausgeführt, die seit Dezember 1999 durchgeführte "bedeutende externe rechnerische und buchhalterische 'Due-Diligence'-Prüfung" habe die früheren Annahmen im Wesentlichen bestätigt, Abweichungen ergäben sich daraus, dass die Geschäftsführung von B inzwischen entschieden habe, die Strategie von T zu übernehmen und zur Maximierung des freien Cashflow weniger als zunächst beabsichtigt zu investieren.

[11] Das ZKM der WestLB äußerte in einer Stellungnahme vom 11. Mai 2000 Zweifel an der geänderten Geschäftsstrategie, weil diese auf wesentlich geringere

Investitionen in neues "Equipment" gerichtet sei, und verwies nochmals auf seine Bedenken hinsichtlich des hohen unternehmerischen Risikos, das die Bank trage. [12] In der folgenden Sitzung vom 16. Mai 2000 berieten die Mitglieder des Vorstands über die Ergebnisse der Prüfung von P und den geplanten Strategiewechsel in der Geschäftsführung von B. Anschließend fassten sie u. a. den Beschluss, die Gültigkeit des Vorstandsbeschlusses vom 14. Dezember 1999 von sechs Monaten auf neun Monate zu verlängern. Sie gingen davon aus, damit der Auszahlung des Kredits zuzustimmen.

[13] Die Kreditverträge wurden am 28. Juni 2000 unterzeichnet. Anschließend wurde die Darlehenssumme ausbezahlt und das Engagement der Standardkreditüberwachung der Bank unterstellt. In den folgenden zwei Jahren wurde der Kredit nicht auffällig. Die Verbriefung kam erst Mitte Juni 2002 zum Abschluss, weil sich deren Strukturierung als äußerst aufwendig und schwierig erwies. Der größte Teil der emittierten Wertpapiere wurde bei der WestLB platziert. Spätestens ab 2002 verschlechterte sich der Vermietungsmarkt für Unterhaltungselektronik und Haushaltsgeräte in Großbritannien. Ab Anfang 2003 wurden ernsthafte wirtschaftliche Probleme der Unternehmensgruppe B bekannt, im September 2003 wurden wesentliche Teile von ihr der Insolvenzverwaltung zugeführt. Der WestLB entstand aus dem Kreditengagement ein Schaden in Höhe von mindestens 400 Millionen Euro.

[14] Im Zuge der nachträglichen Überprüfung des Geschäfts stellte sich heraus, dass die Annahmen über die Restlaufzeiten der Mietverträge fehlerhaft waren. Eine von der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht bei der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft E in Auftrag gegebene Untersuchung kam zusammenfassend zu der Bewertung, die Kreditgewährung an B habe ein außergewöhnlich hohes Risiko beinhaltet und sei unter Zeitdruck ohne ausreichende Risikoanalyse sowie ohne die notwendigen organisatorischen Vorkehrungen zur Überwachung des Projekts zugesagt worden.

#### **Aus den Gründen:**

[1] Die Staatsanwaltschaft hat dem Angeklagten zur Last gelegt, als zuständiges Vorstandsmitglied der Westdeutschen Landesbank Girozentrale (im Folgenden: WestLB) durch die Vergabe eines Großkredits an die britische Unternehmensgruppe B (im Folgenden: B) seine Pflicht, die wirtschaftlichen Verhältnisse der Kreditnehmerin und deren Marktchancen sorgfältig zu prüfen, gravierend verletzt und dadurch einen hohen Schaden verursacht zu haben. Das Landgericht hat ihn vom Vorwurf der Untreue zum Nachteil der Bank freigesprochen, weil es sich von einem Schädigungsvorsatz des Angeklagten nicht hat überzeugen können.

Mit ihrer auf die Rüge der Verletzung sachlichen Rechts gestützten Revision beanstandet die Staatsanwaltschaft Fehler der Beweiswürdigung und der rechtlichen Würdigung zum subjektiven Tatbestand. Das Rechtsmittel führt zur Aufhebung des Freispruchs.

#### *I. Rechtliche Würdigung des Landgerichts*

[...] [15] Auf der Grundlage dieser Feststellungen hat das Landgericht die Überzeugung gewonnen, der Angeklagte habe die ihm eingeräumte Befugnis, über das Vermögen der WestLB zu verfügen, dadurch verletzt, dass nach der bankinternen Genehmigung der Kreditgewährung am 14. Dezember 1999 der "Commitment Letter" vom 17. Dezember 1999 mit einer verbindlichen Kreditzusage herausgegeben worden sei. Er habe seiner Pflicht aus § 18 Kreditwesengesetz, sich über die wirtschaftlichen Verhältnisse der Kreditnehmerin und deren Marktchancen umfassend zu informieren und die Risiken der Kreditgewährung sorgfältig gegen deren Chancen abzuwägen, in Anbetracht der Kredithöhe, der Komplexität des Projekts als Kombination verschiedener Produkte und des Umstands, dass der Kredit durch ein erst neu entstehendes Unternehmen zurückbezahlt werden sollte, nicht genügt. Trotz des seit Jahren rückläufigen Vermietungsmarktes habe der Angeklagte die Gewährung des Kredits nicht von einer ausführlichen Marktanalyse durch die Bank selbst oder eine externe Prüfungsgesellschaft abhängig gemacht. Er habe es akzeptiert, dass den Ertragsberechnungen das von G und N gelieferte Zahlenmaterial nach einer lediglich kurzen und oberflächlichen Schlüssigkeitprüfung durch P zugrunde gelegt und eine klassische Unternehmensanalyse auf der Basis von Bilanzen und Jahresabschlüssen nicht durchgeführt worden sei. Zudem habe er es unterlassen, die für die Bank bestehenden Sicherheiten eindeutig bewerten zu lassen. Entgegen dem Votum des ZKM habe er einen über 660 Millionen GBP hinausgehenden Kreditbetrag von weiteren 200 Millionen GBP genehmigt, der sich auf angenommene Synergien und damit ein typisches, nicht von der kreditgebenden Bank zu tragendes Eigenkapitalrisiko bezogen habe. Obwohl ein Rückgriff auf N und G ausgeschlossen gewesen sei und die Bank das volle unternehmerische Risiko der Fusion getragen habe, habe er es versäumt, für eine Einflussmöglichkeit auf die Unternehmensführung von B und einen verbindlichen Geschäftsplan zu sorgen. Als Folge der Pflichtverletzungen des Angeklagten sei bereits mit der Herausgabe des "Commitment Letter" vom 17. Dezember 1999 eine greifbare Verschlechterung der Vermögenslage der Bank eingetreten, die letztlich zu dem Kreditausfall von mehr als 400 Millionen Euro geführt habe.

[16] Der Angeklagte habe jedoch ohne Vorsatz gehandelt, weil nicht festzustellen gewesen sei, dass er eine Gefährdung des Rückzahlungsanspruchs der

Bank als sicher oder wahrscheinlich vorausgesehen und dies billigend in Kauf genommen habe. Er habe insbesondere darauf vertraut, dass eine erneute Marktanalyse nicht erforderlich sei. Soweit die von G und N gelieferten Zahlen vor dem 14. Dezember 1999 nur grob geprüft worden seien, habe er sich vorgestellt, etwaige erhebliche Abweichungen würden aufgrund der vor Abschluss des Kreditvertrages und der Auszahlung der Darlehensvaluta durchzuführenden genauen Überprüfung auffallen und der WestLB einen Widerruf der Kreditzusage erlauben.

## II. Entscheidung des BGH

[17] Der Freispruch des Angeklagten hält der revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand.

### 1. Zur Annahme einer Untreue durch Herausgabe des "Commitment Letter"

[18] Die Auffassung des Landgerichts, der Angeklagte habe bereits mit der Herausgabe des "Commitment Letter" vom 17. Dezember 1999 seine Vermögensbetreuungspflichten gegenüber der WestLB verletzt und dadurch einen Vermögensnachteil für die Bank herbeigeführt mit der Folge, dass für die Prüfung des Schädigungsvorsatzes auf diesen Zeitpunkt abzustellen sei, begegnet auf der Grundlage der Feststellungen durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

#### a) Zum Vermögensnachteil bei Kreditvergabe

[19] In der Regel ist bei einer Untreue durch die Vergabe eines Kredits ein Vermögensnachteil für die Bank frühestens dann eingetreten, wenn die Vermögensminderung durch die Auszahlung der Darlehenssumme einerseits und der Anspruch auf Rückzahlung des Kredits andererseits in einem wirtschaftlichen Missverhältnis zueinander stehen. Ein solches ist regelmäßig gegeben, wenn der Vertragsschluss und die sich daran anschließende Darlehensauszahlung nach einer unzureichenden Bonitätsprüfung vorgenommen worden sind und dies dazu geführt hat, dass die Rückzahlung des Darlehens über das allgemeine Kreditrisiko hinaus gefährdet ist (vgl. BGHSt 40, 287, 294 ff.; 46, 30; 47, 148; BGH wistra 2000, 60, 61; NJW 2008, 2451, 2452; NStZ 2009, 330, 331; BVerfG NJW 2009, 2370, 2373). Wird bei der Bewilligung eines Großkredits an ein Wirtschaftsunternehmen für die Verwirklichung des objektiven und subjektiven Untreuetatbestandes ein Zeitpunkt vor der Kreditauszahlung als maßgeblich erachtet, so bedarf dies im Urteil näherer Darlegung und Begründung. Zum einen handelt es sich bei den Anbahnungsgesprächen, der Beschaffung der zur Beurteilung des Kreditengagements notwendigen Informationen, der Abwägung der Chancen und Risiken bis hin zum Abschluss des Kreditvertrages und der Auszahlung der Darlehensvaluta um einen einheitlichen, kontinuierlichen Vorgang mit zu-

nehmenden rechtlichen Bindungen. Zum anderen ist die Kreditauszahlung der für das Vermögen der Bank entscheidende Moment. Außerdem wirkt sich ein vorheriger Verstoß gegen die banküblichen Prüfungspflichten nicht aus, wenn er bis zu diesem Zeitpunkt beseitigt wird.

#### b) Zum Fehlen eines Vermögensnachteils durch Herausgabe des "Commitment Letter"

[20] Durch die Urteilsfeststellungen und die Beweiswürdigung ist nicht belegt, dass die für den objektiven Untreuetatbestand maßgebliche Vermögensverfügung bereits durch die Herausgabe des "Commitment Letter" an G und N etwa sechs Monate vor Abschluss des Kreditvertrages und der sich anschließenden Darlehensauszahlung getroffen wurde, zumal B zu diesem Zeitpunkt noch nicht existent war. Aus dem im Original - entsprechend der Rechtswahl der Beteiligten - in englischer Sprache abgefassten "Commitment Letter" nebst Anlagen werden im Urteil nur fünf Vertragsklauseln in deutscher Übersetzung zitiert. Durch diese wird - ungeachtet des nicht eindeutigen und teilweise in rechtlicher Hinsicht kaum verständlichen Wortlauts der Übersetzung - aber gerade nicht belegt, dass bereits durch die Herausgabe des "Commitment Letter" eine nicht mehr rückgängig zu machende, bindende Verpflichtung der WestLB zum Abschluss des Kreditvertrages und anschließender Ausreichung des Darlehens begründet wurde. Vielmehr könnten drei der Klauseln (1., 4. und 5.) darauf hindeuten, dass vor Vertragsschluss noch umfangreiche Prüfungen des Risikos des Kreditengagements sowie weitere Verhandlungen der Beteiligten vorgesehen waren, die nur bei insgesamt positivem Ausgang in den Abschluss des Kreditvertrages einmünden sollten. So sollte der Kredit nur unter der Bedingung zur Verfügung gestellt werden, dass (1.) " ... keine wesentliche negative Veränderung des Geschäfts, der Vermögensgegenstände oder der finanziellen Beteiligungen des (B)-Konzerns als Ganzen im Vergleich zu dem, was auf Grundlage der der WestLB vor diesem Tag zur Verfügung gestellten Informationen belegt oder vorhergesagt wurde," festgestellt werde. Außerdem stimmten G und N zu (5.), der WestLB und ihren Beratern "angemessenen Zugang zum Eigentum, seinen Aufzeichnungen, Büchern und Management zu gewähren" und die WestLB unverzüglich und in angemessener Weise mit "Informationen bezüglich des Eigentums, dessen Geschäften und Vermögenswerten und für das Projekt relevanten Informationen zu versorgen." Eine "für beide Seiten akzeptable Dokumentation der Kreditfazilitäten" wird vorausgesetzt; insoweit stimmt die WestLB zu, "in gutem Glauben zu verhandeln unter der Maßgabe einer Einigung auf die Dokumentation der in den Kreditbedingungen beschriebenen Bedingungen und im Übrigen auf die üblichen Bedingun-

gen, unter der Maßgabe, diese Dokumentation vor dem Tag der 52 Tage auf die Genehmigung folgt (wie in den Kreditbedingungen definiert) zu erstellen" (4.). Danach ist insbesondere nicht ausgeschlossen, dass der Abschluss des Kreditvertrages vom positiven Ergebnis einer weiteren "Due-Diligence"-Prüfung abhängig war. Eine solche fand nach den Feststellungen im Frühjahr 2000 durch P auch tatsächlich statt; ihr Ergebnis wurde in einem vierbändigen Prüfbericht vom 17. April 2000 niedergelegt. Der Sinn dieser Prüfung bleibt unklar, wenn der "Commitment Letter" schon die verbindliche, nicht mehr rückgängig zu machende Kreditzusage enthielt.

[21] Nach dem im Urteil wiedergegebenen Inhalt des "Commitment Letter" ist es daher möglich, dass die Bank durch dessen Herausgabe noch keine unwiderriefliche Verpflichtung einging, weil sie sich bei einem negativen Ausgang einer "Due-Diligence"-Prüfung oder weiterer Verhandlungen noch von der grundsätzlich gegebenen Kreditzusage lösen konnte, so dass diese im Ergebnis einer Absichtserklärung nahe kommen kann. Auf der Grundlage der Urteilsfeststellungen sieht sich der Senat indes nicht in der Lage, diese dem englischen Recht unterliegende Frage abschließend zu beurteilen. Ob und inwieweit die WestLB - trotz der im Frühjahr 2000 durchgeführten Prüfung durch P - bereits durch den am 17. Dezember 1999 herausgegebenen "Commitment Letter" zur Gewährung des Kredits verpflichtet war, hängt von dessen näherer Ausgestaltung ab. Zur Beurteilung des Inhalts und der Rechtswirkungen des "Commitment Letter" hätte es nahe gelegen, einen Sachverständigen zum englischen Wirtschaftsrecht zu hören. Dies kann der Senat im Revisionsverfahren nicht nachholen, weil es ihm bei der ausschließlich erhobenen Sachrüge verwehrt ist, den im Urteil zwar benannten und in Teilen zitierten, in seinem vollen Wortlaut aber allein in den Verfahrensakten enthaltenen "Commitment Letter" im Detail zum Gegenstand der revisionsrechtlichen Überprüfung zu machen. Auf Grundlage der Feststellungen erschließt sich jedenfalls nicht, dass bereits die Herausgabe des "Commitment Letter" die maßgebliche pflichtwidrige, das Vermögen der WestLB schädigende Verfügung darstellte, die den objektiven Untreue-tatbestand verwirklichte und damit den für die subjektive Tatseite tauglichen Anknüpfungspunkt begründete, zumal das Landgericht selbst beim Vermögensnachteil an den Zeitpunkt der Gewährung bzw. Auszahlung des Kredits angeknüpft hat. Maßgeblich für die Beurteilung des Schädigungsvorsatzes in diesem Zeitpunkt war indes der Inhalt des von P erstellten Prüfungsberichts; zu diesem verhält sich das Urteil nur unzureichend (s. unten III. 2. b).

### III. Voraussetzungen des § 266 I StGB

[22] Der Freispruch kann nicht aus anderen Gründen

aufrechterhalten werden. Die Urteilsfeststellungen bieten keine ausreichende Grundlage, um einen objektiven Verstoß des Angeklagten gegen seine Vermögensbetreuungspflicht, den Eintritt eines Vermögensnachteils oder zumindest den Untreuevorsatz mit der notwendigen Sicherheit ausschließen zu können.

#### 1. Zu den Anforderungen an den Vorsatz

[23] Für die Frage vorsätzlichen Handelns bei der Untreue durch eine pflichtwidrige Kreditvergabe gilt im Grundsatz Folgendes:

[24] Kennt der Täter bei einer Kreditgewährung die Pflichtwidrigkeit seines Handelns sowie die den Minderwert des Rückzahlungsanspruchs begründenden Umstände und weiß er, dass dieser nach allgemeinen Bewertungsmaßstäben als minderwertig angesehen wird, mag er sie selbst auch anders bewerten, liegt direkter Vorsatz vor (vgl. BGHSt 47, 148, 157; BVerfG NJW 2009, 2370, 2373). Rechnet er mit Umständen, die eine Pflichtwidrigkeit seines Tuns und eine Minderwertigkeit des Rückzahlungsanspruchs begründen, und nimmt er diese billigend in Kauf, ist bedingter Vorsatz gegeben. In beiden Fällen spielt es keine Rolle, wenn der Täter glaubt oder hofft, dass der Kredit letztlich dennoch zurückgeführt werden wird (BGHSt 46, 30, 35; 47, 148, 157). Die spätere Schadensentwicklung ist nur noch für die Strafzumessung von Bedeutung.

[25] Soweit in derartigen Fällen bisher ein Vermögensnachteil in der Form einer "schadensgleichen Vermögensgefährdung" angenommen wurde, erscheint dies dem Senat zumindest missverständlich. Gefährdet ist allenfalls die Darlehensrückzahlung. Dagegen ist durch die Auszahlung des Kredites das Vermögen des Darlehensgebers unmittelbar in Höhe des Betrages vermindert, nicht etwa schadensgleich gefährdet. Es stellt sich allein die Frage, ob hierdurch ein Vermögensnachteil im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB deshalb nicht eintritt, weil dieser Vermögensminderung ein gleichwertiger Anspruch auf Darlehensrückzahlung oder zumindest eine vom Kreditgeber ohne Schwierigkeiten verwertbare, die Darlehenssumme abdeckende Sicherheit für den Fall der Nichtrückführung des Kredits als ausgleichende Vermögensmehrung gegenübersteht. Fehlt es hieran, so ist - wenn eine Tilgung des Kredits überhaupt nicht zu erwarten steht und verwertbare Sicherheiten nicht gegeben wurden - ein Vermögensverlust in Höhe der gesamten ausgekehrten Darlehensvaluta entstanden; andernfalls - im Falle teilweiser Werthaltigkeit des Rückzahlungsanspruchs oder einer Sicherheit - ist der Vermögensverlust um den entsprechenden Wert reduziert. Vor diesem Hintergrund ist die in jüngster Zeit streitig gewordene Frage, ob im Rahmen der §§ 263, 266 StGB der bedingte Vorsatz hinsichtlich des Eintritts einer Vermögensgefährdung ausreicht (vgl. RGSt 75, 85;

76, 116; BGHSt 46, 30, 35; 47, 148, 156; 51, 100, 119 ff.; Fischer, StGB 56. Aufl. § 266 Rdn. 77 b; Lenc-kner/Perron in Schönke/Schröder, StGB 27. Aufl. § 266 Rdn. 49) oder ob zusätzlich zu fordern ist, dass der Täter die konkrete Gefahr des endgültigen Vermögensverlustes sieht und auch deren Realisierung billigt (so BGHSt 51, 100, 121 - 2. Strafsenat; ebenso Fischer aaO § 266 Rdn. 78 b; ders. StraFo 2008, 269, 275; Schünemann NSTZ 2008, 430 ff.; aA BGH NJW 2008, 2451, 2452; NSTZ 2009, 330, 331 - jeweils 1. Strafsenat; BGHSt 51, 331, 346 f.; ebenso Nack StraFo 2008, 277, 281; Bosch/Lange JZ 2009, 225, 228), für die hier in Rede stehende Fallkonstellation ohne Bedeutung.

## 2. Zum Fehlen hinreichender Feststellungen für eine Pflichtverletzung des Angeklagten hinsichtlich des Unterlassens einer Unternehmensanalyse

[16] Die Urteilsfeststellungen zur Pflichtverletzung des Angeklagten durch das Unterlassen einer klassischen Unternehmensanalyse sind widersprüchlich und lückenhaft, so dass nach dem vorgenannten rechtlichen Maßstab über einen entsprechenden Vorsatz des Angeklagten nicht auf einer tragfähigen Grundlage entschieden werden kann.

### a) Zu den Anforderungen an pflichtgemäßes Verhalten bei der Vergabe von Krediten

[17] Zutreffend geht das Landgericht im Ansatz davon aus, dass bei der generell risikobehafteten Vergabe von Krediten durch Entscheidungsträger einer Bank eine Pflichtverletzung im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB nur dann zu bejahen ist, wenn die Risiken und die Chancen der Kreditvergabe nicht auf der Grundlage umfassender Informationen sorgfältig abgewogen worden sind (BGHSt 46, 30, 34; 47, 148, 149). Wenn allerdings die - weit zu ziehenden - Grenzen des unternehmerischen Entscheidungsspielraums, innerhalb dessen die Risikoabwägung durchzuführen ist, durch Verstöße gegen die banküblichen Informations- und Prüfungspflichten überschritten werden, mithin das Verfahren der Kreditgewährung fehlerhaft ist, liegt eine Pflichtverletzung vor, die zugleich einen Missbrauch der Vermögensbetreuungspflicht aus § 266 Abs. 1 StGB begründet (vgl. BGHSt 47, 148, 152; 47, 187, 197; 51, 331, 344 f.; BGH NJW 2006, 453; Bosch/Lange aaO S. 229; Ransiek ZStW 116 (2004), 634, 673). Handlungs- und Beurteilungsspielräume bestehen somit nur auf der Grundlage sorgfältig erhobener, geprüfter und analysierter Informationen.

[28] Der gebotene Umfang der Informationsverschaffung hängt auch davon ab, welches Risiko dem Entscheidungsträger hinsichtlich fehlender Informationen gestattet ist (Bosch/Lange aaO S. 233). Bei der Vergabe eines Großkredits durch eine Bank sind insbesondere die in § 18 Satz 1 KWG normierten Informations-

und Prüfungspflichten von Bedeutung, nach denen eine Offenlegung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Kreditnehmers zu verlangen ist. Gegebenenfalls sind auch Prüfberichte oder testierte Jahresabschlüsse von Wirtschaftsprüfern zu analysieren (BGHSt 46, 30, 31 f.; 47, 148, 151; vgl. Ransiek aaO S. 670 f.; Bosch/Lange aaO S. 234). Wird ein neues Geschäftsfeld erschlossen oder eine neue Geschäftsidee verwirklicht, muss sich der Entscheidungsträger für die erforderliche Risikoanalyse eine breite Entscheidungsgrundlage verschaffen (BGH NJW 2006, 453, 455).

### b) Keine hinreichenden Feststellungen für pflichtgemäßes Verhalten im vorliegenden Fall

[29] Ob der Angeklagte diesen Maßstäben genügt hat, ist dem Urteil indes nicht zu entnehmen.

[30] Nach den Urteilsfeststellungen sahen das Memorandum vom 2. Dezember 1999 sowie der Vorstandsbeschluss vom 7. Dezember 1999 als Bedingung für die Ausreichung eines Kreditbetrages von 760 Millionen GBP (Memorandum) beziehungsweise 660 Millionen GBP (Vorstandsbeschluss) eine "Due-Diligence"-Prüfung des gemeinsamen Unternehmensplans und der 5-Jahresfinanzplanung durch die dem Angeklagten unterstellten Londoner Geschäftsbereiche "ASPF/Leveraged Finance" der WestLB vor. Hinsichtlich der weiteren 100 bzw. 200 Millionen GBP war zum einen eine "zufriedenstellende Überprüfung" durch die Beratungsfirma K vorgesehen, der der Auftrag erteilt werden sollte, "die Annahmen des Modells und des Unternehmensplans, insbesondere die Synergien aus der Fusion zu überprüfen und als realistisch zu bestätigen". Zum anderen sollte P den Unternehmensplan und das Finanzmodell überprüfen, um zu bestätigen, dass "(a) die Annahmen korrekt und vollständig in dem Modell dargestellt wurden; (b) das Finanzmodell auf einer stimmigen und konsequenten Basis der historischen Jahresabschlüsse von GHT und TUK erstellt wurde; und (c) dass das Modell und der Unternehmensplan rechnerisch korrekt sind".

[31] Durch den Vorstandsbeschluss vom 14. Dezember 1999 wurde diese Bedingung abgelöst und dahingehend abgeändert, dass eine Auszahlung nur erfolgen sollte, wenn es bei den zu fusionierenden Unternehmen zwischen der Herausgabe des "Commitment Letter" und dem finanziellen Abschluss des Geschäfts (Financial Closing) nicht zu einer wesentlichen Veränderung "im Hinblick auf ihre Fähigkeit, Kapital- und Zinszahlungen für die Fazilitäten bei Fälligkeit zu leisten", komme (sog. MAC-Klausel). In der Zeit zwischen den zwei Vorstandsbeschlüssen hatte P innerhalb von drei Tagen die Annahmen und Vorhersagen von G und N kurz auf logische und rechnerische Richtigkeit geprüft und deren Schlüssigkeit bestätigt. Der Bericht von K. lag am 8. Dezember 1999 vor und "identifizierte" auf einer zusammengelegten Kosten-

basis von 340 Millionen GBP mögliche Synergieeinsparungen in Höhe von 114 Millionen GBP jährlich. Die Londoner Geschäftsbereiche "ASPF/Leveraged Finance" teilten dem Angeklagten am 13. Dezember 1999 mit, dass alle Bedingungen aus dem Memorandum erfüllt seien und nunmehr die Genehmigung des Vorstandes erbeten werde, den Gesamtbetrag von 860 Millionen GBP bereitzustellen. Zur Durchführung und dem eventuellen Ergebnis der sowohl im Memorandum als auch im Vorstandsbeschluss vorgesehenen "Due-Diligence"-Prüfung durch "ASPF/Leveraged Finance" lässt sich dem Urteil nichts entnehmen.

[32] Bei der Prüfung des Vorsatzes wird sodann festgestellt, dass der Angeklagte - wie auch die Mehrheit der Vorstandsmitglieder - der Auffassung war, dass etwaige erhebliche Abweichungen von den bisherigen Annahmen bei einer vor Abschluss des Kreditvertrages durchzuführenden genauen Prüfung der Bücher auffallen und die WestLB zum Ausstieg aus der Kreditzusage berechtigen würden. Wie sich diese weitere Prüfung und die von P nach der Herausgabe des "Commitment Letter" tatsächlich durchgeführte "Due-Diligence"-Prüfung inhaltlich von der vor dem Vorstandsbeschluss vom 14. Dezember 1999 (eventuell) seitens der Londoner Geschäftsbereiche "ASPF/Leveraged Finance" vorgenommenen "Due-Diligence"-Prüfung sowie den Prüfberichten von K und P unterschied und insbesondere, welche Vorstellungen der Angeklagte insoweit hegte, bleibt jedoch ebenso offen wie die Rechtsfrage, ob der "Commitment Letter" als zwingende Bedingung für den Abschluss des Kreditvertrags und die Auszahlung der Kreditsumme ein positives Ergebnis einer weiteren, umfassenderen "Due-Diligence"-Prüfung vorsah (s. oben). Danach lässt sich weder beurteilen, ob die Auffassung des Landgerichts zutrifft, der Angeklagte habe seine Vermögensbetreuungspflicht verletzt, weil er keine ausreichende Unternehmensanalyse der neu zu gründenden Gesellschaft habe vornehmen lassen, noch kann revisionsgerichtlich überprüft werden, ob das Landgericht rechtsfehlerfrei einen daran anknüpfenden Schädigungsvorsatz des Angeklagten verneint hat.

[33] Handelte der Angeklagte beim Vorstandsbeschluss vor der Herausgabe des "Commitment Letter" in dem Bewusstsein, die WestLB könne nach einer umfassenden Prüfung durch P noch aus dem Kreditgeschäft aussteigen, so hat das Landgericht zwar den Untreuevorsatz bezogen auf diesen Zeitpunkt im Ergebnis zu Recht verneint. Es hat jedoch den subjektiven Tatbestand der Untreue zum dann maßgeblichen Zeitpunkt des Abschlusses des Kreditvertrages am 28. Juni 2000 und der sich daran anschließenden Darlehensauszahlung rechtsfehlerhaft nicht ausreichend geprüft. Denn hierzu wären genaue Feststellungen zum Gegenstand sowie zur Tiefe und zum Ergebnis der Ende 1999 in Auftrag gegebenen und Anfang 2000

durchgeführten "Due-Diligence"-Prüfung durch P notwendig gewesen. Dabei wäre insbesondere von Belang gewesen, auf welcher Grundlage die Prüfung vorgenommen wurde, insbesondere ob die Angaben von G und N zu den Geschäftszahlen und den erwarteten Erträgen, auch zu den sich letztlich als fehlerhaft herausgestellten Restlaufzeiten der Mietverträge, zum Unternehmenswert, zur bilanzmäßigen Erfassung des Goodwills und zu den Abschlüssen der vergangenen Jahre von P durch eigene Tatsachenerhebungen und -bewertungen umfassend geprüft und nicht lediglich - wie schon vor dem Vorstandsbeschluss vom 14. Dezember 1999 hinsichtlich des Unternehmensplans und des Finanzmodells - einer reinen Schlüssigkeitsprüfung unterzogen wurden. Von Bedeutung wäre auch die Frage gewesen, ob neben den Synergien auch die negativen Folgen der Fusion aufgrund der Verringerung von (Service-)Filialen und der unklaren Kompatibilität der IT-Systeme in die Prüfung einbezogen und die Erfolgsaussichten einer Refinanzierung durch die geplante Verbriefung hinreichend untersucht wurden. Zu dem Prüfungsergebnis teilt das Urteil lediglich pauschal mit, dass dem vierbändigen Bericht von P keine entscheidenden Abweichungen von den im Dezember 1999 getroffenen Annahmen entnommen werden konnten.

### *3. Zum Fehlen hinreichender Feststellungen für eine Pflichtverletzung des Angeklagten hinsichtlich der Änderung des Geschäftsstrategie der B*

[34] Auch die Urteilsfeststellungen zum Wechsel der Geschäftsstrategie von B und zur Frage, ob der Angeklagte hierauf angemessen reagiert hat, sind widersprüchlich und lückenhaft und stellen keine taugliche Grundlage dar, den objektiven oder subjektiven Tatbestand der Untreue zu verneinen.

#### *a) Zur Widersprüchlichkeit der getroffenen Feststellungen*

[35] Nach den Urteilsfeststellungen zur Kreditvorlage vom 10. Mai 2000 und zum Vorstandsbeschluss vom 16. Mai 2000 prüfte P im Frühjahr 2000 den neuen Geschäftsplan für die nächsten fünf Jahre, der gegenüber dem im Dezember 1999 angenommenen GrundszENARIO zur Maximierung des freien Cashflow deutlich geringere Investitionen vorsah. An anderer Stelle im Urteil wird festgestellt, dass sich G und N erst im Juni 2000 - also zeitlich nach dem von P erstellten Prüfbericht vom 17. April 2000 sowie dem Vorstandsbeschluss vom 16. Mai 2000 - auf eine Unternehmensstrategie einigten. An einer weiteren Stelle im Urteil wird ausgeführt, dass im Frühjahr 2000 niemand die Gefahr vorhergesehen habe, dass gegenüber den Planungen von "Ende 1999" weitergehende extreme Einsparungen "bereits im Jahre 2002" zu einer drastischen Beeinträchtigung des Mietgeräteservices und zu

unzureichenden Investitionen in die Anschaffung und Bewerbung neuer Geräte führen würden. Damit bleibt nach den widersprüchlichen Urteilsfeststellungen unklar, zu welchem Zeitpunkt zwischen Ende 1999 und dem Jahre 2002 welche Änderung der Geschäftsplanung und Unternehmensstrategie vorgenommen wurde.

*b) Zur Ablehnung eines Vorsatzes des Angeklagten*

[36] Vor diesem Hintergrund ist die Feststellung, die von einem Investitionsrückgang ausgehenden Gefahren habe "im Dezember 1999 und Frühjahr 2000" niemand gesehen, keine ausreichende Grundlage, um einen Untreuevorsatz des Angeklagten zu verneinen. Vielmehr hätten die - in sich widersprüchlichen - Feststellungen zu der im Urteil fehlenden Erörterung der Frage gedrängt, welcher Geschäftsplan Gegenstand des Prüfberichts vom April 2000 geworden war und ob die erst im Juni 2000 beschlossene neue Unternehmensstrategie nicht Anlass zu einer - gegebenenfalls erneuten - Überprüfung vor Abschluss des Kreditvertrages gegeben hätte. Ein Wechsel der Unternehmensstrategie und des Geschäftsplans mit Auswirkungen auf die Investitionen war für ein erfolgreiches Wirken in dem stark von technischen Neuerungen und vom Servicebereich abhängigen Vermietungsmarkt und damit für das Kreditrisiko ein wesentlicher Faktor. Auch das ZKM hatte bereits früh auf das Risiko geringerer Investitionen und die damit einhergehenden Probleme mit dem Service ausdrücklich hingewiesen.

*c) Zur Pflichtverletzung wegen mangelnder Einflussnahme auf das Management von B*

[37] Ein Wechsel zur Geschäftsstrategie des Fusionspartners T war auch deshalb für das Kreditengagement von Bedeutung, weil die Geschäftsbereiche der Bank in London das Risiko der Kreditgewährung an ein neues Unternehmen dadurch als abgemildert angesehen hatten, dass man die Geschäftsführung von GHT, die nunmehr für B verantwortlich sei, kenne und ihr vertraue, so dass man auf die Möglichkeit einer Einflussnahme auf die Geschäftspolitik verzichten könne. [38] Ob dagegen der Verzicht einer Einflussnahme auf das Management von B für sich genommen eine Pflichtverletzung bei der Kreditgewährung darstellt, vermag der Senat auf Grundlage der getroffenen Feststellungen nicht zu entscheiden, weil insbesondere ungeklärt ist, welche tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeiten einer direkten oder indirekten Einflussnahme der WestLB auf die Unternehmensführung von B bestanden.

*4. Zum Fehlen hinreichender Feststellungen für eine Pflichtverletzung des Angeklagten wegen unterbliebener Bewertung der bestehenden Sicherheiten*

[39] Ebenso sind die Urteilsfeststellungen zum Ver-

säumnis des Angeklagten, die "für die Bank bestehenden Sicherheiten" eindeutig bewerten zu lassen, lückenhaft und stellen damit ebenfalls keine taugliche Grundlage für eine Prüfung des Untreuevorsatzes dar. Das Urteil teilt schon nicht mit, welche Sicherheiten der WestLB gewährt wurden, insbesondere nicht, ob diese nur aus dem Cashflow bestanden oder ob auch dingliche Sicherheiten hingegeben worden sind. Aus der nicht näher begründeten Behauptung, Sicherheiten seien nicht bewertet worden, können keine substantiierten Rückschlüsse auf einen Vorsatz hinsichtlich der pflichtwidrigen Verursachung eines Vermögensnachteils gezogen werden.

*5. Zum Fehlen hinreichender Feststellungen für eine Pflichtverletzung des Angeklagten wegen des Unterlassens einer Marktanalyse*

[40] Auch zur festgestellten Pflichtverletzung durch Unterlassen einer Marktanalyse enthält das landgerichtliche Urteil keine ausreichenden Feststellungen. Dadurch ist zu diesem Punkt eine Überprüfung weder des objektiven noch des subjektiven Untreuetatbestandes möglich.

*a) Zu den vom Angeklagten getroffenen Maßnahmen*

[41] Zum einen bleibt unklar, ob der Auftrag an P zur Durchführung einer "Due-Diligence"-Prüfung im Frühjahr 2000 eine Marktanalyse mit umfasste. Sollte dies der Fall gewesen sein, könnte dies, bei entsprechender vertraglicher Gestaltung im "Commitment Letter", die vom Landgericht insoweit angenommene objektive Pflichtverletzung im Dezember 1999 beseitigen. Sollte indes eine Marktanalyse zu keiner Zeit in Auftrag gegeben worden sein, wären im Urteil nähere Feststellungen zum Ka.-Report des Jahres 1998 notwendig gewesen, um die Auffassung des Angeklagten, der wegen dieses Reports eine erneute Marktanalyse für entbehrlich gehalten hatte, einer kritischen Würdigung unterziehen zu können. In diesem Zusammenhang wäre insbesondere von Relevanz, welchen Erhebungszeitraum der Ka-Report umfasste, ob er lediglich die Entwicklung der Marktanteile oder auch die Entwicklung der Gesamtnachfrage untersuchte und wie dessen mittelfristige Aussagekraft angesichts der auf dem Gebiet der Unterhaltungselektronik gegebenen Marktdynamik einzuschätzen war.

*b) Zur Verneinung des Vorsatzes durch das Landgericht*

[42] Die Verneinung des Schädigungsvorsatzes mit der Begründung, die vorhandenen Risiken in ihrer drohenden Realisierung seien nicht konkret erkennbar gewesen, ist zirkulär und somit rechtsfehlerhaft, weil als Grund für die fehlende Erkennbarkeit das pflichtwidrige Unterlassen einer Risikoanalyse zumindest nahe liegt. Die Feststellung, dass keiner der Beteilig-

ten den Einbruch des Marktes vorhergesehen habe, lässt die Frage unbeantwortet, ob die Gefahr eines Einbruchs im Rahmen einer aktuellen Marktanalyse objektiv erkennbar gewesen wäre.

#### *IV. Hinweise für die neue Hauptverhandlung*

[43] Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat auf Folgendes hin:

##### *1. Zum verwirklichten Tatbestand*

[44] Die Strafbarkeit des Angeklagten bestimmt sich nicht - wie vom Landgericht angenommen - nach dem Missbrauchstatbestand (§ 266 Abs. 1 1. Alt. StGB), sondern am Treuebruchtatbestand (§ 266 Abs. 1 2. Alt. StGB). Denn er hat nicht im Außenverhältnis wirksam über das Vermögen der WestLB verfügt, sondern das Kreditengagement im Innenverhältnis zur WestLB federführend bearbeitet.

##### *2. Zur Höhe des Vermögensnachteils*

[45] Für die Feststellung des Vermögensnachteils, der sich aus dem wirtschaftlichen Wert des Rückzahlungsanspruchs der Bank im Vergleich zu den als Darlehen gewährten 860 Millionen GBP ergibt, und des subjektiven Tatbestands der Untreue wird es mitentschei-

dend auf das Ergebnis der Anfang 2000 vorgenommenen Prüfung durch P sowie der Bewertung des Kreditengagements durch die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft E im Mai/Juni 2003 ankommen, die im Urteil nicht ausreichend dargelegt sind. Dabei wird insbesondere von Bedeutung sein, ob die Prüfung durch P insgesamt einen Umfang und eine Tiefe aufwies, die angesichts des außergewöhnlich hohen Kredits und des Gesamtrisikos des Kreditengagements angemessen war, und wie die von der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht beauftragte Wirtschaftsprüfungsgesellschaft E ihre Bewertung begründet hat, die B-Finanzierung habe ein außergewöhnlich hohes Struktur- und Konzentrationsrisiko beinhaltet und sei unter Zeitdruck ohne ausreichende Risikoanalyse und ohne die notwendigen organisatorischen Vorkehrungen zur Überwachung des Projekts zugesagt worden.

[46] Die Höhe eines etwaigen Minderwerts des Rückzahlungsanspruchs zum Zeitpunkt der Kreditvergabe kann dann auf dieser Grundlage mit den Instrumenten des Bilanzrechts errechnet (BGH NStZ 2009, 330, 331) oder - bei verbleibenden Unsicherheiten - unter Beachtung des Zweifelssatzes im Wege der Schätzung bestimmt werden (BGH NJW 2008, 2451, 2452).



*Urteile in Fallstruktur***Standort: Öffentliches Recht****Problem: Datenschutz contra Gefahrenabwehr**

OVG HAMBURG, URTEIL VOM 04.06.2009  
4 BF 213/07 (NVwZ-RR 2009, 878)

**Problemdarstellung:**

Im vorliegenden Urteil des OVG Hamburg ging es um die Frage, ob die Polizei bei Terrorverdacht ermächtigt ist, nach potentiellen Terroristen öffentlich zu fahnden. Im konkreten Fall hatte ein Zeuge behauptet, drei arabisch aussehende Männer hätten an einer Bushaltestelle auf arabisch über die Vorbereitungen zu einem Bombenanschlag gesprochen. Daraufhin ließ die Polizei in den Medien mit Fotos nach diesen Männern fahnden. Nach ihrer Ermittlung (bzw. ihrer freiwilligen Kontaktaufnahme mit der Polizei) stellte sich heraus, dass es sich um völlig unbescholtene Bürger handelte.

Das OVG Hamburg findet eine Ermächtigungsgrundlage für ein solches Vorgehen in § 21 S. 1 Nr. 2 des Gesetzes über die Datenverarbeitung der Polizei in Hamburg (HbgPolIDVG). Danach darf die Polizei personenbezogene Daten an Stellen außerhalb des öffentlichen Bereichs übermitteln, soweit [...] dies zur Verhütung oder Beseitigung erheblicher Nachteile für das Gemeinwohl oder schwer wiegender Beeinträchtigungen von gewichtigen Rechtspositionen einzelner, insbesondere zur Abwehr von Gefahren für Leib, Leben, Gesundheit, persönliche Freiheit oder erhebliche Vermögenswerte, erforderlich ist.

Diese Ermächtigungsgrundlage hält das Gericht jedoch in weiten Teilen für verfassungswidrig, insbesondere für zu unbestimmt und unverhältnismäßig. Die erste Alternative - "Verhütung oder Beseitigung erheblicher Nachteile für das Gemeinwohl" sei vor allem zu unbestimmt, weil der Begriff des "Gemeinwohls" nicht hinreichend konkret sei. Er ginge über die im Polizeirecht etablierten Begriffe der "öffentlichen Sicherheit und Ordnung" weit hinaus. Dies sei zudem unverhältnismäßig, weil die Öffentlichkeitsfahndung einen intensiven Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG bedeute, an dessen Rechtfertigung besonders strenge Anforderungen zu stellen seien.

Nichts anderes gelte hinsichtlich der zweiten Alternative, sofern man die "Verhütung [...] schwer wiegender Beeinträchtigungen von gewichtigen Rechtspositionen einzelner" als Ermächtigung zur Vornahme bloßer Erforschungseingriffe mittels Öffentlichkeitsfor-

schung im Vorfeld einer konkreten Gefahr verstehen wollte. Sofern noch keine konkrete Gefahr vorliege, sei es unverhältnismäßig, in derart belastender Weise in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG einzugreifen. Da die Norm zudem nicht hinreichend klar ergebe, ob sie zu derartigen Gefahrerforschungsmaßnahmen ermächtige oder nicht, sei sie auch insoweit zu unbestimmt.

Das Gericht versucht sodann eine verfassungskonforme Auslegung, die insoweit gelingt, als § 21 S. 1 Nr. 2 HbgPolIDVG zur Abwehr konkreter Gefahren für Leib, Leben, Gesundheit, oder persönliche Freiheit herangezogen wird. Im Ergebnis wird also das Wort "Verhütung" eng interpretiert und das Wort "insbesondere" gestrichen. In diesem Sinne mag die Norm verfassungskonform sein, nur nutzte sie der Polizei dann im konkreten Fall nichts, denn für einen hinreichend konkreten Plan zur Begehung von Anschlägen lag nichts vor. Vielmehr diene die Fahndung nach den drei Männern gerade der Klärung der Frage, ob sie überhaupt eine Gefahr für irgendwen oder irgendetwas darstellten. Es handelte sich also um eine typische Gefahrerforschungsmaßnahme, auf die § 21 S. 1 Nr. 2 HbgPolIDVG nach Ansicht des OVG gerade nicht anwendbar sein soll.

**Prüfungsrelevanz:**

Der Fall kann in der hier vorliegenden Konstellation einer Feststellungsklage mehr oder weniger unverändert in eine Examensklausur übernommen werden. Er eignet sich hervorragend, um Gebietsübergreifend Rechtskenntnisse abzuprüfen, da neben den Grundlagen des Verwaltungsprozessrechts auch Kenntnisse des allgemeinen Verwaltungsrechts (Öffentlichkeitsfahndung als VA?), Polizeirechts (Gefahrenbegriffe, Gefahrerforschung) und der Grundrechte (allgemeines Persönlichkeitsrecht, verfassungskonforme Auslegung) gefragt sind.

**Vertiefungshinweise:**

- ❑ Verschwiegenheitspflicht des Datenschutzbeauftragten: *OVG Münster*, NVwZ-RR 2009, 635
- ❑ Zulässigkeit von Gefahrerforschungsmaßnahmen: *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 2008, 696
- ❑ Einschreiten der Polizei gegen Fotografieren einer Person: *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 2008, 700

Polizeiliche Ingewahrsamnahme wegen Anschlaggefahr: *OLG Hamm*, NVwZ-RR 2008, 321

**Kursprogramm:**

- Examenskurs: "Die Gartenlaube"  
 Examenskurs: "Big brother is watching you"

**Leitsätze:**

**1. § 21 S. 1 Nr. 2 HbgPolDVG erweist sich als verfassungswidrig, soweit in der ersten Alternative Eingriffe in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung zur Verhütung oder Beseitigung erheblicher Nachteile für das Gemeinwohl ermöglicht und soweit von der zweiten Alternative Eingriffe zur Gefahrenvorsorge und zur Gefahrerforschung erfasst werden.**

**2. Die Regelung ist verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass sie die Polizei nur ermächtigt, personenbezogene Daten an Stellen außerhalb des öffentlichen Bereichs zu übermitteln, soweit dies zur Abwehr von Gefahren (jedenfalls) für Leib, Leben, Gesundheit oder persönliche Freiheit erforderlich ist.**

**3. Hiernach ist es rechtswidrig, nach Personen mit deren Fotos öffentlich zu fahnden, um zu erforschen, ob eine Gefahr für Leben und Gesundheit von Menschen besteht.**

**Sachverhalt:**

Am Abend des 24.8.2005 meldete sich ein ägyptischer Staatsangehöriger bei der Polizei und gab an, er habe an einer Bushaltestelle ein Gespräch von drei arabisch wirkenden Männern mitgehört, von denen einer einen Rucksack bei sich geführt habe. Die drei Männer hätten einen in der Nähe stehenden Polizeiwagen beobachtet. Einer von ihnen habe auf arabisch sinngemäß gesagt: "Mach Dir keine Angst. Gib mir den Rucksack. Egal was passiert, mit dem, was wir morgen machen, werden wir vor Allah Helden sein". Anschließend habe einer der Männer aus dem Koran zitiert und die drei Männer hätten sich sodann auf arabisch über Korantheemen unterhalten, ehe sie in einen Linienbus gestiegen seien.

Die Polizei beschloss, nach Prüfung der Glaubwürdigkeit des Zeugen, eine Großfahndung nach den drei Männern einzuleiten. Nachdem der Zeuge sie anhand von Fotos, die aus einer im Bus aufgenommenen Videoaufzeichnung hergestellt worden waren, identifiziert hatte, entschied sich die Polizei zur Öffentlichkeitsfahndung. Ziel war es, die drei Männer aufzufinden und auf diese Weise klären zu können, ob diese tatsächlich einen Anschlag planten. Die Fotos der drei Personen (im Folgenden: Kläger zu 1-3) wurden an die Medien gegeben und waren bereits am folgenden Tag, dem 25.8.2005, in der Tagesschau, im Regional-

fernsehen, in Printmedien und im Internet zu sehen. Am 26.8.2005 wurde einer der Kläger aufgrund von Hinweisen aus der Bevölkerung ermittelt, die beiden anderen Kläger meldeten sich freiwillig bei der Polizei. Es stellte sich heraus, dass ihnen keinerlei Absicht zur Begehung von Straftaten nachgewiesen werden konnte. Sämtliche Ermittlungen gegen die Kl. wurden daraufhin eingestellt.

Im Februar und März 2006 beantragten die Kl vor dem Amtsgericht (AG), die Rechtswidrigkeit der Öffentlichkeitsfahndung in Form der Weitergabe ihrer Bilder an die Medien festzustellen. Das AG verwies den Rechtsstreit an das zuständige Verwaltungsgericht (VG).

Hat die Klage Erfolg?

[Anm.: § 21 S. 1 Nr. 2 des Gesetzes über die Datenverarbeitung der Polizei in Hamburg vom 2. 5. 1991 (HbgGVBl 1991, S. 187, 191; im Folgenden: HbgPolDVG) lautet auszugswise:

"Die Polizei darf personenbezogene Daten an Stellen außerhalb des öffentlichen Bereichs übermitteln, soweit [...] dies zur Verhütung oder Beseitigung erheblicher Nachteile für das Gemeinwohl oder schwer wiegender Beeinträchtigungen von gewichtigen Rechtspositionen einzelner, insbesondere zur Abwehr von Gefahren für Leib, Leben, Gesundheit, persönliche Freiheit oder erhebliche Vermögenswerte, erforderlich ist." ]

**Lösung:**

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

**A. Zulässigkeit**

**I. Verwaltungsrechtsweg**

Von der Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs ist auszugehen, da der Verweisungsbeschluss des AG an das VG für dieses über §§ 173 VwGO i.V.m. 17a II 3 GVG bindend ist.

[Anm.: Im Übrigen hätte sich der Verwaltungsrechtsweg über § 40 I 1 VwGO mühelos begründen lassen, wenn die Kl. direkt beim VG geklagt hätten, denn der hier streitentscheidende § 21 S. 1 Nr. 2 HbgPolDVG offensichtlich öffentlich-rechtlicher Natur ist.]

**II. Statthafte Klageart**

Die statthafte Klageart ist durch Auslegung des Klägebergehrens nach § 88 VwGO zu ermitteln.

**1. Fortsetzungsfeststellungsklage**

In Betracht kommt zunächst eine Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 I 4 VwGO. Diese ist statthaft,

wenn es dem Kläger um Feststellung eines nach Erhebung der Anfechtungsklage erledigten Verwaltungsakts geht. Hier geht es um die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Weitergabe von Fotos der Kläger an die Presse. Fraglich ist, ob darin ein Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG gesehen werden kann. Die physische Weitergabe der Fotos an die Medien ist jedoch schon keine Erklärung und damit keine Maßnahme i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG. Und selbst wenn man in der sie begleitenden Aufforderung, diese Fotos zu veröffentlichen, eine Erklärung und damit eine Maßnahme i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG sehen wollte, fehlte dieser Bitte mangels Verbindlichkeit jedenfalls die Regelungswirkung. Im ist sie auch nicht "hoheitlich" im Sinne dieser Vorschrift erfolgt, weil der Staat hier nicht von seiner Hoheitsgewalt Gebrauch gemacht hat. Es handelt sich bei der Weitergabe der Fotos an die Medien folglich nicht um einen Verwaltungsakt, sondern um einen Realakt. Die Fortsetzungsfeststellungsklage scheidet bereits aus diesem Grund aus.

[Anm.: Die direkte Anwendung des § 113 I 4 VwGO wäre zudem daran gescheitert, dass Erledigung hier nicht nach, sondern vor Klageerhebung eingetreten war. Der sich daran anschließende, allgemein bekannte Streit darüber, ob bei Erledigung eines VA vor Klageerhebung § 113 I 4 VwGO analog anzuwenden ist oder nicht, spielt jedoch keine Rolle, wenn - wie hier - schon gar kein VA vorliegt.]

## 2. Feststellungsklage

In Betracht kommt danach eine Feststellungsklage auf Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses i.S.d. § 43 I, 2. Fall VwGO, hier auf Nichtbestehen einer Berechtigung der Polizei zur Weitergabe der Fotos an die Medien. Unter einem Rechtsverhältnis ist die konkrete, auf öffentlich-rechtlichen Normen beruhende Beziehung von Personen oder Personen und Sachen zu verstehen. Mit den Klägern auf der einen Seite und der Polizei auf der anderen Seite (genauer: der Freien und Hansestadt Hamburg als juristische Person des öffentlichen Rechts, für welche die sachwaltenden Polizisten gehandelt haben), liegt hier eine Rechtsbeziehung zwischen Personen vor. Die von den Klägern verlangte Feststellung bezieht sich auch auf einen konkreten Einzelfall, der mit § 21 S. 1 Nr. 2 HbgPolDVG auch von einer öffentlich-rechtlichen Norm geregelt wird.

[Anm.: Das OVG Hamburg formulierte in einem Satz: "Das für eine Feststellungsklage erforderliche feststellungsfähige Rechtsverhältnis besteht in der Berechtigung der Bekl. gegenüber den Kl., deren Abbildungen zu veröffentlichen."]

Dass dieses Rechtsverhältnis nach Einstellung aller Ermittlungen gegen die Kläger erledigt sein mag,

spielt insoweit keine Rolle; § 43 I VwGO differenziert nicht nach vergangenen, gegenwärtigen oder zukünftigen Rechtsverhältnissen. Somit ist die Feststellungsklage nach § 43 I, 2. Fall VwGO statthaft.

[Anm.: Das OVG Hamburg hat im konkreten Fall offen gelassen, ob es sich um eine Feststellungs- oder Fortsetzungsfeststellungsklage handelt:

"Die Klage ist als Fortsetzungsfeststellungsklage entsprechend § 113 I 4 VwGO oder als Feststellungsklage nach § 43 VwGO zulässig. Eine Fortsetzungsfeststellungsklage als Unterfall einer Anfechtungsklage kommt allenfalls in entsprechender Anwendung des § 113 I 4 VwGO in Betracht, weil sich die Maßnahme - ihre Rechtsqualität als Verwaltungsakt unterstellt - bereits vor der Klageerhebung erledigt hatte."

In einem Gutachten empfiehlt sich diese Vorgehensweise jedoch nicht, und zwar schon deshalb nicht, weil unterschiedliche Klagearten unterschiedliche Zulässigkeits- und Begründetheitsvoraussetzungen nach sich ziehen. Vielmehr sollte bzgl. der Klageart stets Farbe bekannt werden, zumal hier, wo die Statthaftigkeit einer Feststellungsklage recht naheliegend war.]

## III. Feststellungsinteresse

Fraglich ist, ob den Kl. auch das gem. § 43 I VwGO a.E. erforderliche Feststellungsinteresse zur Seite steht. Hierzu das OVG Hamburg:

### 1. Qualifiziertes Feststellungsinteresse bei vergangenen Rechtsverhältnissen erforderlich

"Art. 19 IV GG garantiert den Rechtsweg nicht nur bei aktuell anhaltenden, sondern unter dem Vorbehalt eines darauf bezogenen Rechtsschutzinteresses auch bei Rechtsverletzungen, die in der Vergangenheit erfolgt sind. Dabei wird ein Rechtsschutzinteresse zwar grundsätzlich nur so lange als gegeben angesehen, wie ein gerichtliches Verfahren dazu dienen kann, eine gegenwärtige Beschwer auszuräumen, einer Wiederholungsgefahr zu begegnen oder eine fortwirkende Beeinträchtigung durch einen an sich beendeten Eingriff zu beseitigen (vgl. BVerfGE 96, 27 = NJW 1997, 2163; BVerfGE 104, 220 = NJW 2002, 2456). Nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG, der das BerGer. folgt, ist von diesem Grundsatz aber eine Ausnahme zu machen. Das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz gebietet darüber hinaus, die Möglichkeit einer gerichtlichen Klärung in Fällen gewichtiger, allerdings in tatsächlicher Hinsicht überholter Grundrechtseingriffe zu eröffnen, wenn sich die direkte Belastung durch den angegriffenen Hoheitsakt nach dem typischen Verfahrensablauf auf eine Zeitspanne beschränkt, in welcher der Betr. eine gerichtliche Entscheidung kaum erlangen kann (vgl. BVerfGE 110, 77 = NJW 2004, 2510 = NVwZ 2004, 1484 L; st. Rspr.)."

## 2. Subsumtion

“Ein solcher Fall liegt hier vor und hierauf haben sich die Kl. auch stets der Sache nach berufen. Eine öffentliche Fahndung, bei der die Fotos der Kl. in zahlreichen Medien verbreitet wurden, stellt eine erhebliche Beeinträchtigung zumindest ihres Persönlichkeitsrechts gem. Art. 2 I GG dar. Es steht außer Frage, dass hiergegen der gebotene Rechtsschutz nicht in einem Hauptsacheverfahren, wegen des sofortigen Handelns der Bekl. noch nicht einmal in einem gerichtlichen Eilverfahren, zu erreichen war. Für das Bestehen dieses Feststellungsinteresses ist die vom VG angeführte Berichterstattung in der Presse ohne Belang. Insbesondere ist unerheblich, dass in der Presse auch darüber berichtet wurde, dass sich ein Tatverdacht gegen die Kl. nicht bestätigt habe. Aus der Berichterstattung ergibt sich nicht und kann sich auch nicht ergeben, dass die - den Grundrechtseingriff bildende - öffentliche Fahndung als solche, die zu dem genannten Ergebnis geführt haben mag, zu Recht oder zu Unrecht angeordnet wurde. Ob das Interesse an der Klärung dieser Frage entfallen würde, wenn die Bekl. die Rechtswidrigkeit der öffentlichen Fahndung eingeräumt hätte, kann dahingestellt bleiben. Denn sie verteidigt die Maßnahme als rechtmäßig.”

## IV. Klagebefugnis

Streitig ist, ob neben dem Feststellungsinteresse aus § 43 I VwGO analog § 42 II VwGO eine Klagebefugnis zu fordern ist. Selbst wenn man eine solche für notwendig hielte, läge sie mit der zumindest möglichen Verletzung der Kläger in ihrem Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG jedenfalls vor.

*[Anm.: Die wohl h.L. verneint für die Feststellungsklage unter Hinweis auf die fehlende planwidrige Regelungslücke die Notwendigkeit einer Klagebefugnis. Die Rspr. hingegen fordert sie zum wirksamen Ausschluss der Popularklage neben dem recht weiten Feststellungsinteresse. In einer Examensklausur ist es geschickt, den Streit um die analoge Anwendung des § 42 II VwGO kurz anzureißen, und ihn dann unter dem Hinweis offen zu lassen, dass eine Klagebefugnis jedenfalls vorliegt.]*

## IV. Keine Subsidiarität

Es ist nicht ersichtlich, wie die Kläger ihre Rechte durch Gestaltungs- oder Leistungsklagen hätten wahrnehmen können. Die Feststellungsklage ist daher auch nicht nach § 43 II VwGO subsidiär.

## V. Klagegegner

Der Klagegegner ist bei der Feststellungsklage nach dem allgemeinen Rechtsträgerprinzip zu bestimmen. Beklagter Rechtsträger der handelnden Polizeibeam-

ten ist hier die Freie und Hansestadt Hamburg als Gebietskörperschaft und damit als juristische Person des öffentlichen Rechts.

## VI. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

Die Kl. sind als voll geschäftsfähige natürliche Personen gem. § 61 Nr. 1, 1. Fall VwGO beteiligtenfähig und gem. § 62 I Nr. 1 VwGO prozessfähig. Für die beklagte Stadt ergibt sich die Beteiligtenfähigkeit aus § 61 Nr. 1, 2. Fall VwGO und die Prozessfähigkeit aus § 62 III VwGO durch ihre gesetzlichen Vertreter.

Die Klage ist somit zulässig.

## B. Klagehäufung

Die Kläger können ihre Begehren hier als Streitgenossen i.S.d. §§ 64 VwGO i.V.m. 59 ff. ZPO gemeinsam in einer Klage verfolgen.

## C. Begründetheit

Die Klage ist begründet, sofern das Rechtsverhältnis nicht bestand, hier also keine Berechtigung der Polizei zur Weitergabe der Fotos der Kl. an die Medien vorlag.

### I. Wirksame Ermächtigungsgrundlage

Fraglich ist zunächst, ob eine wirksame Ermächtigungsgrundlage für die Öffentlichkeitsfahndung vorlag. Eine solche ist nach dem Vorbehalt des Gesetzes aus Art. 20 III GG zumindest für belastendes Verwaltungshandeln erforderlich.

#### 1. Ermächtigungsgrundlage

“Als Rechtsgrundlage kommt hier allein § 21 S. 1 Nr. 2 HbgPolDVG in Betracht, dessen Tatbestand eine Öffentlichkeitsfahndung zulässt. Diese Vorschrift lautet: “Die Polizei darf personenbezogene Daten an Stellen außerhalb des öffentlichen Bereichs übermitteln, soweit [...] dies zur Verhütung oder Beseitigung erheblicher Nachteile für das Gemeinwohl oder schwerwiegender Beeinträchtigungen von gewichtigen Rechtspositionen einzelner, insbesondere zur Abwehr von Gefahren für Leib, Leben, Gesundheit, persönliche Freiheit oder erhebliche Vermögenswerte, erforderlich ist.”

Andere Nummern des § 21 S. 1 HbgPolDVG scheiden als Rechtsgrundlagen aus. Die Übermittlung der Daten steht nach § 21 S. 1 HbgPolDVG im Ermessen der Polizei. Die Polizei hält andere Regelungen selbst nicht für einschlägig und sie hat demzufolge auf deren Grundlage auch keine Ermessensentscheidung über die Veröffentlichung der Fotos getroffen.”

#### 2. Wirksamkeit

Diese Norm müsste jedoch auch wirksam sein, d.h. sie darf nicht gegen höherrangiges Recht verstoßen. In

Betrachtet kommt hier ein Verstoß gegen das Grundgesetz.

*a. Formelle Verfassungsmäßigkeit*

In formeller Hinsicht ist § 21 S. 1 Nr. 2 HbgPolDVG allerdings unbedenklich. Die Gesetzgebungskompetenz der Freien und Hansestadt Hamburg ergibt sich aus Art. 70 I GG, Verfahrens- oder Formverstöße beim Normerlass sind nicht ersichtlich.

*b. Materielle Verfassungsmäßigkeit*

In materieller Hinsicht könnte jedoch ein Verstoß gegen Grundrechte, namentlich das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG vorliegen. Dann müsste es sich um einen nicht gerechtfertigten Eingriff in den Schutzbereich desselben handeln.

*aa. Eingriff in den Schutzbereich*

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt zunächst das Recht am eigenen Bild. Schon dieses ist hier mit der polizeilichen Weitergabe der Fotos der Kl. an die Medien betroffen. Der Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts erschöpft sich jedoch nicht darin. Vielmehr ist die informationelle Selbstbestimmung umfassender in dem Sinne geschützt, dass sie dem Einzelnen die umfassende und alleinige Kontrolle der eigenen, personenbezogenen Daten garantiert. Dass ein öffentlicher Fahndungsaufruf unter Verwendung personenbezogener Daten wie Abbild, Alter, Größe usw. einen Eingriff in dieses Recht darstellt, ist evident. Hierzu das OVG:

“Die Veröffentlichung personenbezogener Daten stellt die intensivste Form einer Übermittlung dar. Es ist weder vorhersehbar noch bestimmbar, wer von diesen Daten Kenntnis erlangen wird und wie diese Daten künftig verwendet werden (vgl. BVerfG, NVwZ 1990, 1162). Die Veröffentlichung personenbezogener Daten kann - je nach Anlass sowie Art und Weise der Veröffentlichung - stigmatisierende Wirkung haben und dazu führen, im Alltag oder im Berufsleben diskriminiert zu werden (vgl. auch: BVerfGE 115, 320). Es kommt hinzu, dass von der Weitergabe seiner personenbezogenen Daten praktisch jeder betroffen sein kann, ohne hiervon Kenntnis zu haben.”

*bb. Rechtfertigung*

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

*(1). Schranke: Gesetzesvorbehalt*

“Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung ist allerdings nicht schrankenlos gewährleistet. Der Einzelne muss vielmehr solche Beschränkungen seines Rechts hinnehmen, die durch überwiegende Allgemeininteressen gerechtfertigt sind. Diese Be-

schränkungen bedürfen jedoch einer verfassungsgemäßen gesetzlichen Grundlage, die insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und dem Gebot der Normenklarheit entsprechen muss (BVerfGE 65, 1 = NJW 1984, 419).”

Hier könnte § 21 S. 1 Nr. 2 HbgPolDVG eine taugliche Schranke in diesem Sinne sein, denn es handelt sich um ein (Landes-)gesetz.

*(2). Schranken-Schranken*

Allerdings genügt nicht einfach der Erlass eines beliebigen Gesetzes. Dieses muss vielmehr auch im Übrigen verfassungsgemäß sein. Daran bestehen bei § 21 S. 1 Nr. 2 HbgPolDVG Zweifel im Hinblick auf den aus Art. 20 III GG ableitbaren Bestimmtheitsgrundsatz und im Hinblick auf den ebenfalls aus Art. 20 III GG ableitbaren Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

*(a). Bestimmtheit*

Das OVG Hamburg hält § 21 S. 1 Nr. 2 HbgPolDVG schon nicht für hinreichend bestimmt:

*(aa). Inhalt des Bestimmtheitsgebots*

“Das Bestimmtheitsgebot soll sicherstellen, dass der demokratisch legitimierte Parlamentsgesetzgeber die wesentlichen Entscheidungen über Grundrechtseingriffe und deren Reichweite selbst trifft, dass Regierung und Verwaltung im Gesetz steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe vorfinden und dass die Gerichte eine wirksame Rechtskontrolle durchführen können. Ferner erlauben die Bestimmtheit und Klarheit der Norm, dass der betroffene Bürger sich auf mögliche belastende Maßnahmen einstellen kann. Der Gesetzgeber hat Anlass, Zweck und Grenzen des Eingriffs hinreichend bereichsspezifisch, präzise und normenklar festzulegen (vgl. BVerfGE 120, 378 = NJW 2008, 1505 m.w. Nachw.). Die konkreten Anforderungen an die Bestimmtheit und Klarheit der Ermächtigung richten sich nach der Art und Schwere des Eingriffs. Die Eingriffsgrundlage muss darum erkennen lassen, ob auch schwer wiegende Eingriffe zugelassen werden sollen. Wird die Möglichkeit derartiger Eingriffe nicht hinreichend deutlich ausgeschlossen, so muss die Ermächtigung die besonderen Bestimmtheitsanforderungen wahren, die bei solchen Eingriffen zu stellen sind (vgl. BVerfGE 120, 378 = NJW 2008, 1505; BVerfGE 113, 348 = NJW 2005, 2603 m.w. Nachw.).

*(bb). Subsumtion für § 21 S. 1 Nr. 2, 1. Fall HbgPolDVG - “Verhütung oder Beseitigung erheblicher Nachteile für das Gemeinwohl”*

“§ 21 S. 1 Nr. 2 HbgPolDVG lässt Grundrechtseingriffe unterschiedlicher Intensität zu. Sie reichen von der Weitergabe vergleichsweise belangloser personenbezogener Einzeldaten an eine einzelne, den Erhe-

bungszweck verlässlich wahrende Person bis hin zur - in Zeiten moderner Kommunikationsmittel zwangsläufig weltweit möglichen - Veröffentlichung auch sensibler personenbezogener Daten in allen Medien. [...]

In der genannten Bestimmung fehlt es an den erforderlichen näheren Voraussetzungen für die Datenübermittlung an Stellen außerhalb des öffentlichen Bereichs. Es fehlt insbesondere an einer hinreichenden bereichsspezifischen und normenklaren Bestimmung des Anlasses und des Zwecks der Datenübermittlung. Mit der genannten Verhütung und Beseitigung erheblicher Nachteile für das Gemeinwohl wird gänzlich unspezifisch auf alle denkbaren Interessen der Allgemeinheit verwiesen. Diese Regelung geht weit über das hinaus, was im allgemeinen Polizeirecht als Eingriffsgrundlage seit langem verankert ist. Sie setzt weder eine Gefahr für Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit voraus noch knüpft sie sonst an Rechtspositionen an. Vielmehr ermöglicht die Regelung Eingriffe in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung bereits dann, wenn die Allgemeinheit anderenfalls (erhebliche) Nachteile zu erwarten hätte. Damit löst sich die Ermächtigungsgrundlage völlig von der überkommenen polizeilichen Aufgabe der Gefahrenabwehr. Denn nachteilig für die Allgemeinheit können sich eine Fülle von Handlungen oder Situationen in der gesellschaftlichen Wirklichkeit auswirken, keineswegs nur dann, wenn damit auch Gefahren für die Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit verbunden sind.

Der Begriff des Nachteils für das Gemeinwohl erhält auch nicht dadurch hinreichende Kontur, dass dieser Nachteil erheblich sein muss. Das Gewicht des Nachteils sagt nichts darüber aus, um welche Belange es geht, die - im Einzelfall schwerer oder weniger schwer - beeinträchtigt sein können.

Die Regelung enthält überdies keinerlei handlungsbegrenzende Tatbestandselemente, die einen Standard an Vorhersehbarkeit und Kontrollierbarkeit vergleichbar dem schaffen, der für die überkommenen Aufgaben der Gefahrenabwehr und der Strafverfolgung rechtsstaatlich geboten ist (vgl. hierzu: BVerfGE 113, 348 = NJW 2005, 2603). Sie lässt jede Maßnahme, gleich welcher Intensität, zur Vermeidung jeden denkbaren erheblichen Nachteils für das Gemeinwohl zu. Es obläge dabei der Polizei, die Voraussetzungen und die Grenzen des Eingriffs zu bestimmen. Dabei entschied sie ohne nähere gesetzliche Vorgaben über die Grenzen der Freiheit des Bürgers und muss sich die Maßstäbe dafür selbst zurechtlegen. Dies ist aber gerade die Aufgabe des Gesetzgebers (vgl. BVerfGE 113, 348 = NJW 2005, 2603)."

(cc). *Subsumtion für § 21 S. 1 Nr. 2, 2. Fall HbgPolDVG - "Verhütung oder Beseitigung schwer*

*wiegende Beeinträchtigungen von gewichtigen Rechtspositionen einzelner"*

Die zweite Alternative verstößt dann, soweit sie die Gefahrerforschung sowie Gefahrenvorsorge einschließt, ebenfalls gegen das Bestimmtheitsgebot.

Der Wortlaut des § 21 S. 1 Nr. 2 HbgPolDVG lässt sich mit dem Begriff der Verhütung auch auf das erstrecken, was bislang als Gefahrenvorsorge bezeichnet wurde, nämlich zu verhindern oder unwahrscheinlicher zu machen, dass künftig konkrete Gefahren entstehen. Der Wortlaut der Regelung lässt jedoch nicht erkennen, ob vom Begriff der Gefahrenabwehr oder den weiter im Vorfeld einer Gefahrenabwehr angesiedelten Begriff der Verhütung auch Maßnahmen zur Erforschung von Gefahren erfasst werden. Der Umstand, dass die Gefahrenvorsorge zum Aufgabenbereich der Gefahrenabwehr gehört (vgl. Schenke, Polizei- und OrdnungsR, 5. Aufl. [2007], Rdnr. 10), sagt hierüber nichts aus. Denn nicht jede Aufgabe im Bereich der Gefahrenabwehr geht mit einer entsprechenden Ermächtigung zu Eingriffen in Rechtspositionen Einzelner einher; hierfür bedarf es - wie ausgeführt - einer hinreichend bestimmten Ermächtigungsgrundlage.

(aaa). *Erstreckung auf Gefahrerforschungsmaßnahmen*

Ob Gesetze, die ausdrücklich nur zu Eingriffen zur Gefahrenabwehr ermächtigen, zugleich auch solche Eingriffe im Vorfeld der Gefahrenabwehr ermöglichen, durch die überhaupt erst aufgeklärt werden soll, ob eine Gefahr für Rechtsgüter besteht oder nicht, ist umstritten (vgl. die nachweise bei Schenke, Rdnr. 88). Hinweise für die Reichweite der hier einschlägigen Regelung ergeben sich nicht aus der Gesetzgebungsgeschichte. Zu den Eingriffsvoraussetzungen des § 21 S. 1 Nr. 2 HbgPolDVG enthält die Gesetzesbegründung (Bü-Dr 13/5422, S. 29f.) keine Erläuterungen.

Diese Frage kann jedoch dahingestellt bleiben. Denn eine (erweiternde) Auslegung dahingehend, dass § 21 S. 1 Nr. 2 HbgPolDVG auch Gefahrerforschungseingriffe zulässt, verbietet sich aus verfassungsrechtlichen Gründen.

Würde die Regelung Eingriffe zulassen, durch die erforscht werden soll, ob eine Gefahr für ein Rechtsgut besteht, dann verstieße auch sie gegen den Grundsatz der Normenbestimmtheit und der Normenklarheit. Dasselbe gilt, soweit sie Eingriffe zur Gefahrenvorsorge zulässt.

Bei Maßnahmen, die im Vorfeld einer Gefahrenabwehr erfolgen, kann nicht an dieselben Kriterien angeknüpft werden, die für die Gefahrenabwehr oder die Verfolgung begangener Straftaten entwickelt worden sind. Maßnahmen der Gefahrenabwehr, die in die Freiheitsrechte der Bürger eingreifen, setzen eine konkrete Gefahrenlage voraus. Die Strafverfolgung knüpft

an den Verdacht einer schon verwirklichten Straftat an. Solche Bezüge fehlen, soweit die Aufgabe darin besteht, im Vorfeld der Gefahrenabwehr und Strafverfolgung Vorsorge im Hinblick auf in der Zukunft eventuell zu erwartende Straftaten zu treffen. Deshalb müssen hier die Bestimmtheitsanforderungen spezifisch an dieser Vorfeldsituation ausgerichtet werden. Diese zur Vorsorge für die Verfolgung künftiger Straftaten und ihre Verhütung aufgestellten Grundsätze (BVerfGE 113, 348 = NJW 2005, 2603) gelten gleichermaßen für den Fall, dass die Maßnahme überhaupt erst aufklären soll, ob eine Gefahr vorliegt; auch diese Maßnahme findet im Vorfeld der Gefahrenabwehr statt.

Bei der Vorverlagerung des Eingriffs in eine Phase, in der sich die Konturen einer konkreten Gefahr noch nicht abzeichnen, besteht das Risiko, dass der Eingriff an ein nur durch relativ diffuse Anhaltspunkte für mögliche Gefahren gekennzeichnetes, in der Bedeutung der beobachteten Einzelheiten noch schwer fassbares und unterschiedlich deutbares Geschehen anknüpft. Sachverhaltsfeststellung und Prognose sind mit vorgreiflichen Einschätzungen über das weitere Geschehen, ebenso wie über die erst noch bevorstehende polizeirechtliche oder strafrechtliche Relevanz der festgestellten Tatsachen verknüpft. Da der Eingriff sich auf mögliche zukünftige Aktivitäten bezieht, kann er sich häufig nur auf Tatsachen stützen, bei denen noch offen ist, ob sie sich zu einer Rechtsgutverletzung weiterentwickeln. Die Situation der Vorfeldermittlung ist insofern durch eine hohe Ambivalenz der potenziellen Bedeutung einzelner Verhaltensumstände geprägt. Die Indizien oder einzelne beobachtete Tätigkeiten können in harmlosen, polizeirechtlich unerheblichen Zusammenhängen verbleiben; sie können aber auch der Beginn eines Vorgangs sein, der zu einer Gefahr führt. Sieht der Gesetzgeber in solchen Situationen Grundrechtseingriffe vor, so hat er die den Anlass bildenden Gefahren sowie die Anforderungen an Tatsachen, die auf das künftige Entstehen hindeuten, so bestimmt zu umschreiben, dass das im Bereich der Vorfeldermittlung besonders hohe Risiko einer Fehlprognose gleichwohl verfassungsrechtlich noch hinnehmbar ist. Die Norm muss handlungsbegrenzende Tatbestandselemente enthalten, die einen Standard an Vorhersehbarkeit und Kontrollierbarkeit vergleichbar dem schaffen, der für die überkommenen Aufgaben der Gefahrenabwehr und der Strafverfolgung rechtsstaatlich geboten ist (BVerfGE 113, 348 = NJW 2005, 2603 - zur Vorfeldermittlung bei einer möglichen Straftat).

*(bbb). Subsumtion*

Diesen Anforderungen genügt die Norm in der hier in Betracht gezogenen Auslegung nicht. Sie wird der besonderen Vorfeldsituation der Gefahrenvorsorge so-

wie einer Gefahrerforschungsmaßnahme in keiner Weise gerecht. Für diese Fälle bestimmt sie keine Eingriffsschwellen. So verlangt sie weder einen in der Entwicklung begriffenen Vorgang oder dessen Planung (vgl. hierzu: BVerfGE 110, 33 = NJW 2004, 2213 = NVwZ 2004, 1223 L) noch konkrete Handlungen, mit denen eine Rechtsgutgefährdung vorbereitet wird. Maßnahmen zur Gefahrenvorsorge können bereits viel früher einsetzen. Im Hinblick auf Maßnahmen zur Gefahrerforschung regelt die Vorschrift noch nicht einmal, dass überhaupt Tatsachen vorliegen müssen, die den Schluss darauf zulassen, dass eine Gefahr bestehen könnte, geschweige denn, dass diese Tatsachen dem von dem Eingriff Betr. in irgendeiner Weise zugeordnet werden können oder dass und unter welchen Voraussetzungen sich Eingriffe auch an unbeteiligte Personen richten können. Eine derart weite Ermächtigung wird dem Bestimmtheitsgebot nicht gerecht (vgl. zur fehlenden Bestimmtheit einer Norm, die immerhin an eine auf Tatsachen gegründete, jedoch nicht näher konkretisierte Möglichkeit anknüpft, dass jemand irgendwann in Zukunft Straftaten von erheblicher Bedeutung begehen wird: BVerfGE 113, 348 = NJW 2005, 2603). Es sind vielfältige Anknüpfungen denkbar, die nach hypothetischem Kausalverlauf zu einer Gefahr führen können. Weder hinsichtlich möglicher Indikatoren und dem Grad der Wahrscheinlichkeit eines solchen Ablaufs noch in zeitlicher Hinsicht sieht das Gesetz Beschränkungen vor. Auch hier gilt, dass sich die Polizei den notwendigen handlungsbegrenzenden Rahmen selbst festlegen müsste. Das ist jedoch, wie bereits ausgeführt, nicht die Aufgabe der gesetzesvollziehenden Gewalt, sondern die Aufgabe des Gesetzgebers."

*(b). Verhältnismäßigkeit*

Darüber hinaus hält das OVG Hamburg § 21 S. 1 Nr. 2 HbgPolDVG auch für unverhältnismäßig:

*(aa). Inhalt des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes*

"Dieses Gebot verlangt, dass die Schwere des Eingriffs bei einer Gesamtabwägung nicht außer Verhältnis zu dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe stehen darf. Der Gesetzgeber hat das Individualinteresse, das durch einen Grundrechtseingriff beschnitten wird, den Allgemeininteressen, denen der Eingriff dient, angemessen zuzuordnen. Die Prüfung an diesem Maßstab kann dazu führen, dass ein Mittel nicht zur Durchsetzung von Allgemeininteressen angewandt werden darf, weil die davon ausgehenden Grundrechtsbeeinträchtigungen schwerer wiegen als die durchzusetzenden Belange (vgl. BVerfGE 120, 274 = NJW 2008, 822 m.w. Nachw.)."

*(bb). Subsumtion für § 21 S. 1 Nr. 2, 1. Fall HbgPolDVG - "Verhütung oder Beseitigung erhebli-*

*cher Nachteile für das Gemeinwohl”*

“§ 21 S. 1 Nr. 2 HbgPolDVG genügt dem in der ersten Alternative nicht. Die in dieser Norm ermöglichten Maßnahmen bewirken intensive Grundrechtseingriffe, die zu dem öffentlichen Interesse an einer Datenübermittlung, das sich aus dem geregelten Eingriffsanlass (erhebliche Nachteile für das Gemeinwohl zu verhüten oder zu beseitigen) ergibt, außer Verhältnis stehen können. In dem Spannungsverhältnis zwischen der Pflicht des Staates zum Rechtsgüterschutz und dem Interesse des Einzelnen an der Wahrung seiner von der Verfassung verbürgten Rechte gehört es zur Aufgabe des Gesetzgebers, in abstrakter Weise einen Ausgleich der widerstreitenden Interessen zu erreichen. Dies kann dazu führen, dass bestimmte intensive Grundrechtseingriffe nur zum Schutz bestimmter Rechtsgüter und erst von bestimmten Verdachts- oder Gefahrenstufen an vorgesehen werden dürfen (BVerfGE 120, 274 = NJW 2008, 822).

Derartige Beschränkungen, die hier wegen der Schwere der Grundrechtsbeeinträchtigung erforderlich wären, enthält die Regelung nicht. Wie bereits ausgeführt, ist hiernach jede denkbare Datenübermittlung an private Empfänger bis hin zur (weltweiten) Veröffentlichung der personenbezogenen Daten aus vergleichsweise geringfügigen, jedenfalls unterhalb der Schwelle einer Gefahrenabwehr liegenden Anlässen zulässig, nämlich wenn auf diese Weise - wenn auch erhebliche - Nachteile für das Gemeinwohl verhütet werden können.”

*(cc). Subsumtion für § 21 S. 1 Nr. 2, 2. Fall HbgPolDVG - “Verhütung oder Beseitigung schwerwiegende Beeinträchtigungen von gewichtigen Rechtspositionen einzelner”*

“Soweit § 21 S. 1 Nr. 2 HbgPolDVG Eingriffe zur Gefahrenvorsorge zulässt, verstößt sie auch gegen das Gebot der Verhältnismäßigkeit. Dasselbe würde gelten, wenn sie auch Eingriffe zulassen sollte, durch die erforscht werden soll, ob eine Gefahr für ein Rechtsgut überhaupt besteht.

Wie oben ausgeführt, kann ein Grundrechtseingriff von hoher Intensität bereits als solcher unverhältnismäßig sein, wenn der gesetzlich geregelte Eingriffsanlass kein hinreichendes Gewicht aufweist. Wiegen die Schutzgüter einer Eingriffsermächtigung als solche hinreichend schwer, um Grundrechtseingriffe der geregelten Art zu rechtfertigen, begründet der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verfassungsrechtliche Anforderungen an die tatsächlichen Voraussetzungen des Eingriffs. Der Gesetzgeber hat insoweit die Ausgewogenheit zwischen der Art und Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung einerseits und den zum Eingriff berechtigenden Tatbestandselementen andererseits zu wahren. Die Anforderungen an den Wahrscheinlichkeitsgrad und die Tatsachenbasis der Prognose müssen

in angemessenem Verhältnis zur Art und Schwere der Grundrechtsbeeinträchtigung stehen. Selbst bei höchstem Gewicht der drohenden Rechtsgutsbeeinträchtigung kann auf das Erfordernis einer hinreichenden Eintrittswahrscheinlichkeit nicht verzichtet werden. Auch muss als Voraussetzung eines schweren Grundrechtseingriffs gewährleistet bleiben, dass Annahmen und Schlussfolgerungen einen konkret umrissenen Ausgangspunkt im Tatsächlichen besitzen (vgl. BVerfGE 120, 274).

Diesen Anforderungen genügt die Regelung, soweit sie Grundrechtseingriffe zu den genannten Zwecken ermöglicht, nicht. Dem Gewicht des Grundrechtseingriffs, der insbesondere in der Veröffentlichung personenbezogener Daten liegt, wird nicht hinreichend Rechnung getragen, wenn der tatsächliche Eingriffsanlass noch weitgehend in das Vorfeld einer im Einzelnen noch nicht absehbaren konkreten Gefahr für die Schutzgüter der Norm verlegt wird (BVerfGE 120, 274 = NJW 2008, 822). Die Eingriffsbefugnisse werden in das Vorfeld der Gefahrenabwehr vorverlagert, ohne dass dies von einer bestimmten Tatsachenlage und von einer bestimmten Wahrscheinlichkeit, dass überhaupt eine Gefahr für die in der Norm genannten überragend wichtigen Rechtsgüter droht, abhängig wäre.”

### *3. Verfassungskonforme Auslegung*

Nach Ansicht des OVG Hamburg kann § 21 S. 1 Nr. 2 HbgPolDVG dahingehend verfassungskonform einschränkend ausgelegt werden, dass er die Übermittlung von personenbezogenen Daten an Stellen außerhalb des öffentlichen Bereichs nur zur Abwehr von Gefahren für hochrangige Rechtsgüter zulässt:

“Die Norm enthält einen alle wesentlichen Fragen und alle Alternativen des § 21 S. 1 Nr. 2 HbgPolDVG umfassenden Regelungskern, der auf einen erklärten objektivierte Willen des Gesetzgebers zurückgeführt werden kann (vgl. hierzu: BVerfGE 107, 104 = NJW 2003, 2004 = NVwZ 2003, 1502 L). Dieser Kern besteht aus der Regelung, dass die Polizei personenbezogene Daten an Stellen außerhalb des öffentlichen Bereichs übermitteln darf, soweit dies zur Abwehr von Gefahren jedenfalls für Leib, Leben, Gesundheit oder persönlicher Freiheit erforderlich ist. Unter dem Begriff der Gefahr ist dabei dem üblichen Sprachgebrauch entsprechend eine konkrete Gefahr zu verstehen. Dieser Kern einer Regelung zur Gefahrenabwehr ergibt sich aus den in der Norm ausdrücklich enthaltenen und mit dem Wort „insbesondere“ eingeleiteten Regelfällen. Hiernach sind Datenübermittlungen an Stellen außerhalb des öffentlichen Bereichs zulässig, soweit dies zur Abwehr von Gefahren für Leib, Leben, Gesundheit, persönliche Freiheit oder erhebliche Vermögenswerte erforderlich ist. Die Norm kann so gelesen werden, dass sich diese Regelbeispiele



le auf alle zuvor in den beiden Alternativen des § 21 S. 1 Nr. 2 HbgPolDVG genannten Eingriffszwecke, Eingriffsschwellen und Rechtsgüter beziehen, also den Regelfall sowohl für die Verhütung oder Beseitigung erheblicher Nachteile für das Gemeinwohl als auch schwer wiegender Beeinträchtigungen von gewichtigen Rechtspositionen Einzelner.“

[Anm.: Diese verfassungskonforme Auslegung hatte für das OVG den Vorteil, nicht zur Vorlage an das BVerfG nach Art. 100 GG verpflichtet zu sein.]

#### 4. Zwischenergebnis

§ 21 S. 1 Nr. 2 HbgPolDVG verstößt in der ersten Variante gegen den Bestimmtheitsgrundsatz und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. In der zweiten Variante gilt dies ebenso, sofern man sie dergestalt auslegen würde, dass sie Gefahrerforschungsmaßnahmen umfasst. Insoweit kann die Norm nicht taugliche Schranke des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG sein. Sie ist vielmehr nur dann nicht verfassungswidrig (und deshalb auch nur insoweit wirksame Ermächtigungsgrundlage), als sie verfassungskonform dahingehend ausgelegt wird, dass sie (nur) zur Abwehr von konkreten Gefahren jedenfalls für Leib, Leben, Gesundheit oder persönlicher Freiheit ermächtigt.

#### II. Formelle Rechtmäßigkeit

Für formelle Verstöße bei der Weitergabe der Bilder der Kl. an die Medien ist nichts ersichtlich.

#### III. Materielle Rechtmäßigkeit

In materieller Hinsicht müsste zunächst der Tatbestand der Ermächtigungsgrundlage erfüllt sein. Nach der nötigen verfassungskonformen Auslegung (s.o.) ermächtigt § 21 S. 1 Nr. 2 HbgPolDVG nur zur Abwehr von konkreten Gefahren jedenfalls für Leib, Leben, Gesundheit oder persönlicher Freiheit, nicht jedoch zu Gefahrerforschungsmaßnahmen. Hier lag jedoch noch keine hinreichend konkrete Gefahr für eines der genannten Schutzgüter vor. Vielmehr handelte es sich bei den polizeilichen Maßnahmen nach Ansicht des OVG Hamburg gerade um eine nicht von § 21 S. 1 Nr. 2 HbgPolDVG gedeckte Gefahrerforschungsmaßnahme:

“Hiernach spricht nichts dafür, dass die Polizei auf Grund der Äußerungen des Zeugen bereits den Anschein einer konkreten Gefahr oder gar einer unmittelbar bevorstehenden Gefahr angenommen hatte. Die Polizei ist zu keinem Zeitpunkt davon ausgegangen, dass ein Bombenanschlag konkret drohte oder gar unmittelbar bevorstand. Ihre Maßnahmen richteten sich vielmehr stets darauf herauszufinden, ob eine konkrete Gefahr anzunehmen war oder nicht. Es handelte sich deshalb auch aus ihrer Sicht um Maßnahmen zur Gefahrerforschung.“

#### IV. Ergebnis

Somit ist der Tatbestand der Ermächtigungsgrundlage nicht erfüllt. Die Weitergabe der Fotos an die Medien erweist sich als rechtswidrig, die gegen sie gerichtete Feststellungsklage der Kl. ist auch begründet. Sie hat somit insgesamt Erfolg.

### Standort: Zivilprozessrecht    Problem: Voraussetzung des einstweiligen Rechtsschutzes

OLG DÜSSELDORF, BESCHLUSS VOM 26.02.2009  
10 W 14/09 (NJW-RR 2009, 1461)

#### Problemdarstellung:

Die Antragstellerin hat Räume an die Firma S-GmbH für die Zeit vom 01.03.2004 bis 28.02.2009 zum Betrieb eines Einzelhandelsgeschäfts vermietet. Die Miete beträgt insgesamt 8984,50 € einschließlich Nebenkostenvorauszahlung und MwSt. Die Antragstellerin behauptet Mietrückstände von 38993,95 € im Zeitpunkt der Antragstellung am 23.12.2008; ferner behauptet sie, dass die Hauptmieterin die Räumlichkeiten ohne Berechtigung an die Antragstellerin weitervermietet oder überlassen habe. Wegen des Mietrückstands habe sie das Mietverhältnis mit Anwaltschreiben vom 17.12.2008 fristlos gekündigt und die Antragsgegnerin vergeblich zur Räumung und Herausgabe der Mietsache an sie aufgefordert. Die besondere Dringlichkeit ergebe sich zum einen daraus, dass die Kautionsinzwischen aufgebraucht sei. Zum anderen sei

die Hauptmieterin allem Anschein nach vermögenslos bzw. faktisch nicht mehr existent. Ihr entstehe durch die fortdauernde Nutzung ein monatlicher Mietausfallschaden in Höhe von 8984,50 €, den sie nicht ersetzt bekommen könne und der sie in ihrer finanziellen Existenz gefährde. Deswegen und auf Grund der Tatsache, dass eine – bereits erfolgte – Weitervermietung nur bei vorheriger umfassender Renovierung möglich sei, sei eine Eilentscheidung geboten.

Das Landgericht hat den Antrag auf Erlass der Räumungsverfügung zurückgewiesen. Die gegen diese Entscheidung eingelegte sofortige Beschwerde (§§ 567, 568 ZPO) hatte keinen Erfolg.

#### Prüfungsrelevanz:

Der Senat prüft die Voraussetzungen für einen Anspruch auf einstweilige Verfügung. Eine solche ist in Form der Sicherungsverfügung gem. § 935 ZPO, in Form der Regelungsverfügung gem. § 940 ZPO oder in Form der Leistungsverfügung entsprechend § 940

ZPO denkbar. Eine Leistungsverfügung soll einen Geldanspruch sichern, der hier jedoch gegen die Antragsgegnerin nicht in Rede stand, so dass diese Form der einstweiligen Verfügung ausschied. In Betracht kamen aber Sicherungs- und Regelungsverfügung.

Die Sicherungsverfügung gem. § 935 ZPO verlangt eine objektiv begründete Gefährdung eines Anspruchs durch Veränderung des bestehenden Zustandes. Der Antragsteller muss Anhaltspunkte vortragen, dass insoweit eine Vereitelung oder wesentliche Erschwerung der Rechtsdurchsetzung im Hauptsacheverfahren droht. Vorliegend verlangt die Antragstellerin Räumung und Herausgabe des Mietobjekts. Der Senat stellt klar, dass eine Gefährdung dieses Anspruchs nicht durch die schlichte Weigerung der Antragsgegnerin die Sache herauszugeben gefährdet ist. Auch die Mietzinsrückstände und die weiterhin anfallenden Mietforderungen können einen solchen Anspruch nicht gefährden. Damit waren die Voraussetzungen für eine Sicherungsverfügung nicht gegeben.

Auch für eine Regelungsverfügung gem. § 940 ZPO war vorliegend kein Raum. Der Erlass einer Regelungsverfügung kann zur Verhinderung von Gewalt, zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder aus sonstigen gleichwertigen Gründen geboten sein. Aus § 940 a ZPO ergibt sich, dass die Herausgabe einer Mietsache im Wege der einstweiligen Verfügung nur bei verbotener Eigenmacht i.S.d. § 858 BGB angeordnet werden darf. Erforderlich ist also, dass der Besitz an der Wohnung durch verbotene Eigenmacht erlangt wurde. § 940 a ZPO stellt damit in Fortführung des Rechtsgedankens der §§ 859, 863 BGB eine spezielle Verfügungsart, nämlich die sog. Räumungsverfügung dar. Diese ist vorliegend nicht direkt einschlägig, da es sich bei den überlassenen Räumlichkeiten nicht um Wohnraum i.S.d. Vorschrift handelte. Jedoch ist der Rechtsgedanke bei Streit über die Herausgabe von Mietsachen entsprechend zu berücksichtigen (vgl. LAG Hamm NJW-RR 1991, 1526; Thomas/Putzo, § 940 ZPO Rn. 12). Verbotene Eigenmacht der Antragsgegnerin lag hier jedoch nicht vor; diese hatte der Antragstellerin den Besitz nicht gegen deren Willen entzogen bzw. die Antragstellerin nicht im Besitz gestört (vgl. § 858 I BGB).

Im Anschluss lehnt der Senat verschiedene Ausnahmetatbestände für das oben gefundene Ergebnis ab. Er setzt sich hiermit in Widerspruch zu einer in Rechtsprechung und Schrifttum vertretenen Ansicht, nach der jedenfalls bei einer wirtschaftlichen Notlage des Vermieters eine Räumungsverfügung zulässig sei (vgl. OLG Rostock OLGR 2001, 560; OLG Köln NJW-RR 1995, 1988; LG Karlsruhe ZMR 2005, 870; Klevemann/Haberkamm, Einstweiliger Rechtsschutz, § 11, Rn. 123; Schuschke/Walker, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz, Vor § 935 Rn. 44).

Die vorliegende Entscheidung eignet sich hervorragend zur Verknüpfung von prozessualen, mietrechtlichen und sachenrechtlichen (insb. besitzschutzrechtlichen) Aspekten. Denkbar ist auch eine Verknüpfung mit der Frage nach der Herausgabe eines unberechtigt gezogenen Untermietzinses.

#### **Vertiefungshinweise:**

❑ Räumungsverfügung bei wirtschaftlicher Notlage des Vermieters: *OLG Rostock*, OLGR 2001, 560; *OLG Köln*, NJW-RR 1995, 1988; *LG Karlsruhe*, ZMR 2005, 870

#### **Kursprogramm:**

❑ *Examenskurs*: “Die folgenschwere Untervermietung”

❑ *Examenskurs*: “Der gefährdete Geldsegen“

#### **Leitsätze:**

**1. Die behauptete Uneinbringlichkeit der Mietzinsrückstände und etwa bis zum Abschluss eines Hauptverfahrens weiter auflaufende Mietzinsforderungen rechtfertigen nicht den Erlass einer Sicherungs-Räumungsverfügung.**

**2. Verbotene Eigenmacht (§§ 858, 861 BGB) kann nicht gegen den Vermieter als nur mittelbaren Besitzer verübt werden.**

**3. Eine auf Räumung gerichtete Regelungsverfügung kommt nicht bereits dann in Betracht, wenn der Untermieter sich nach beendetem Hauptmietverhältnis weigert, das Mietobjekt an den Hauptvermieter herauszugeben und es ohne Zahlung eines Nutzungsentgelts an diesen weiter benutzt.**

**4. Zur Frage, ob eine Regelungsverfügung auf Räumung zulässig ist, wenn der Vermieter infolge einer besonderen (wirtschaftlichen!) Notlage auf die sofortige Herausgabe der Räume angewiesen ist .**

#### **Sachverhalt:**

Die Antragstellerin (V) hat Räume an die Firma S-GmbH (S) für die Zeit vom 01.03.2004 bis 28.02.2009 zum Betrieb eines Einzelhandelsgeschäfts vermietet. Die Miete beträgt insgesamt 8984,50 € einschließlich Nebenkostenvorauszahlung und MwSt. Zu den auf die Mieterin umlegbaren Betriebskosten zählen die „Versicherungsbeiträge“, zu denen gemäß handschriftlicher Ergänzung eine „Mietverlustversicherung“ gehört. Die Antragstellerin behauptet Mietrückstände von 38993,95 € im Zeitpunkt der Antragstellung am 23.12.2008. Anfang Dezember 2008 habe sie zufällig davon Kenntnis erhalten, dass das Mietobjekt nicht mehr von ihrer Mieterin genutzt werde, sondern von dieser - ohne Berechtigung - an die Antragsgegnerin (X) weitervermietet bzw. überlassen

worden sei. Wegen des Mietrückstands habe sie das Mietverhältnis mit Anwaltsschreiben vom 17.12.2008 fristlos gekündigt und die Antragsgegnerin vergeblich zur Räumung und Herausgabe der Mietsache an sie aufgefordert. Die besondere Dringlichkeit ergebe sich zum einen daraus, dass die Kautionsinzwischen aufgebraucht sei. Zum anderen sei die Hauptmieterin allem Anschein nach vermögenslos bzw. faktisch nicht mehr existent. Ihr entstehe durch die fortdauernde Nutzung ein monatlicher Mietausfallschaden in Höhe von 8984,50 €, den sie nicht ersetzt bekommen könne und der sie in ihrer finanziellen Existenz gefährde. Deswegen und auf Grund der Tatsache, dass eine - bereits erfolgte - Weitervermietung nur bei vorheriger umfassender Renovierung möglich sei, sei eine Eilentscheidung geboten. Hat der Verfügungsantrag Erfolg?

### **Lösung:**

Der Verfügungsantrag hat Erfolg, wenn er zulässig und soweit er begründet ist.

#### *A. Antrag auf Erlass einer Sicherungsverfügung gem. § 935 ZPO*

V könnte beim zuständigen Amtsgericht einstweiligen Rechtsschutz durch den Erlass einer Sicherungsverfügung gem. § 935 ZPO beantragen.

#### *I. Zulässigkeit*

Ein solcher Antrag müsste zulässig sein. Zulässig ist der Verfügungsantrag, wenn er beim zuständigen Gericht gestellt ist, die allgemeinen Prozessvoraussetzungen erfüllt, einen Verfügungsanspruch behauptet und einen Verfügungsgrund glaubhaft macht.

#### *1. Antrag beim zuständigen Gericht*

Gem. § 937 I ZPO ist grundsätzlich das Gericht der Hauptsache für den Erlass einer einstweiligen Verfügung zuständig. In der Hauptsache würde V eine Räumungsklage aus § 546 I, II und / oder § 985 BGB gegen X erheben. Sachlich zuständig für eine Räumungsklage ist gem. §§ 23, 71 GVG das – insoweit örtlich gem. § 29 a ZPO zuständige – Landgericht, soweit der Streitwert einen Betrag von 5.000 € übersteigt.

[Anm.: Die streitwertunabhängige Zuweisung an die Amtsgerichte gem. § 23 Nr. 2 lit. a) GVG greift vorliegend nicht, da es sich nicht um ein Wohnraummietverhältnis handelt].

Der Streitwert einer Räumungsklage berechnet sich nach § 41 I 1, 2, II GKG und beträgt regelmäßig das Zwölfwache einer Nettomonatsmiete ggf. zzgl. Nebenkosten. Bei einer Monatsmiete von rund 9.000 € wäre eine Klage daher an das örtlich zuständige Landgericht zu richten; gleiches gilt gem. § 937 I ZPO für den

Antrag im einstweiligen Rechtsschutz.

2. *Vorliegen der allgemeinen Prozessvoraussetzungen*  
Mangels gegenteiliger Angaben im Sachverhalt ist das Vorliegen der allgemeinen Prozessvoraussetzungen zu unterstellen; die Beteiligten sind insbesondere partei- und prozessfähig gem. §§ 50, 51 ZPO.

#### *3. Verfügungsanspruch*

V müsste einen Verfügungsanspruch behaupten. Der zu sichernde materiell-rechtliche Anspruch besteht hier in dem Anspruch der V auf Räumung und Herausgabe der Mietsache aus § 546 I, II und § 985 BGB. Herausgabeansprüche können im Wege der Sicherungsverfügung begehrt werden (Thomas/Putzo, § 935 ZPO Rn. 5). Damit liegt ein behaupteter Verfügungsanspruch vor.

#### *4. Verfügungsgrund*

Darüber hinaus müsste gem. §§ 920 II, 936 ZPO ein Verfügungsgrund bestehen. Verfügungsgrund im Rahmen der Sicherungsverfügung ist die objektiv begründete Anspruchsgefährdung durch Veränderung des bestehenden Zustandes (§ 935 ZPO). Der Räumungs- und Herausgabeanspruch der Anspruchstellerin müsste demnach gefährdet sein. Hier ist das Verhalten der Anspruchsgegnerin zu berücksichtigen, die sich schlicht weigert, die Mieträume freizugeben. Der Senat führt insoweit aus: „Eine Sicherungsverfügung kommt im Streitfall schon deshalb nicht in Betracht, weil der Räumungs- und Herausgabeanspruch der Antragstellerin durch die schlichte Herausgabeverweigerung der Antragsgegnerin nicht gefährdet ist. Es sind keine Anhaltspunkte vorgetragen, dass insoweit eine Vereitelung oder wesentliche Erschwerung der Rechtsdurchsetzung im Hauptsacheverfahren droht. Die von der Antragstellerin behauptete Uneinbringlichkeit der Mietzinsrückstände und etwa bis zum Abschluss eines Hauptverfahrens weiter auflaufende Mietzinsforderungen gefährden den Räumungsanspruch jedenfalls nicht (OLG Celle NZM 2001, 194 = ZMR 2000, 752).“

#### *II. Ergebnis*

Ein Verfügungsgrund besteht daher nicht. Somit kann V keine Sicherungsverfügung gem. § 935 ZPO beantragen.

#### *B. Antrag auf Erlass einer Regelungsverfügung gem. § 940 ZPO*

V könnte jedoch einen Antrag auf Erlass einer Sicherungsverfügung gem. § 940 ZPO beantragen.

#### *I. Zulässigkeit*

Ein solcher Antrag müsste wiederum zulässig sein.

### 1. Antrag beim zuständigen Gericht und Vorliegen der allgemeinen Prozessvoraussetzungen

Hinsichtlich des Antrags und des Vorliegens der allgemeinen Prozessvoraussetzungen ergeben sich keine Unterschiede zu den obigen Ausführungen.

### 2. Verfügungsanspruch

Jedoch müsste gem. §§ 920 II, 936 ZPO ein Verfügungsgrund bestehen. Der Erlass einer Verfügungsverfügung kann zur Verhinderung von Gewalt, zur Abwendung wesentlicher Nachteile des Antragstellers oder aus sonstigen gleichwertigen Gründen geboten sein.

#### a) Verfügungsgrund = verbotene Eigenmacht gem. § 858 BGB

Aus dem Rechtsgedanken des § 940 a ZPO folgt, dass die Herausgabe einer Sache an den früheren Besitzer nur im Falle der verbotenen Eigenmacht gem. § 858 BGB angeordnet werden darf (Thomas/Putzo, § 940 ZPO Rn. 12; LAG Hamm NJW-RR 1991, 1526). Fraglich ist daher, ob die Besitzerlangung der Antragsgegnerin, also der Untermieterin, im Wege verbotener Eigenmacht erfolgt ist. Dann müsste die Antragsgegnerin dem Besitzer ohne dessen Willen den Besitz entzogen oder ihn im Besitz gestört haben, sofern die Entziehung oder Störung nicht gesetzlich gestattet war. Die Antragsgegnerin hat den Besitz jedoch von der Hauptmieterin im Wege der (unberechtigten) Untervermietung, jedenfalls aber im Wege der Überlassung erlangt. Damit hat Sie gegenüber der Antragstellerin keine verbotene Eigenmacht gem. § 858 I BGB verübt.

Auch für eine Anwendung des § 858 II BGB bleibt kein Raum: Zum einen hat die Antragsgegnerin den Besitz unstreitig vor der Kündigung des Mietverhältnisses durch die Antragstellerin erlangt. Insofern hat die Antragsgegnerin den Besitz zu einer Zeit erlangt, in der die Hauptmieterin auf keinen Fall fehlerhaft gem. § 858 II 1 BGB besessen hat. Zum anderen machen der bloße Ablauf des Mietvertrages und die Weigerung der Antragsgegnerin, die Sache herauszugeben, den Besitz der Parteien auch nicht fehlerhaft i.S.d. § 858 BGB.

Außerdem kann verbotene Eigenmacht i.S.d. §§ 858, 861 BGB nur gegen den unmittelbaren Besitzer nicht aber gegen die Antragstellerin als nur mittelbare Besitzerin verübt werden kann.

Eine verbotene Eigenmacht scheidet damit als Verfügungsgrund in jeder Hinsicht aus.

#### b) Verfügungsgrund = besondere wirtschaftlicher Notlage des Vermieters

Eine in Rechtsprechung und Schrifttum vertretene Auffassung nimmt einen den § 940 ZPO rechtfertigenden Verfügungsanspruch jedoch auch dann an, wenn

der Vermieter infolge einer besonderen wirtschaftlichen Notlage auf die sofortige Herausgabe der Räume angewiesen ist (vgl. OLG Rostock OLGR 2001, 560; OLG Köln NJW-RR 1995, 1988; LG Karlsruhe ZMR 2005, 870; Klevemann/Haberkamm, Einstweiliger Rechtsschutz, § 11, Rn. 123; Schuschke/Walker, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz, Vor § 935 Rn. 44). Dem tritt der Senat jedoch entgegen: „Soweit des weiteren in Rechtsprechung und Schrifttum vereinzelt eine Räumungsverfügung zugelassen wird, ist dem entgegen zu halten, dass die einstweilige Verfügung nicht das Vermögen schützen soll, sondern ihr Ziel ist es, ein Individualrecht zu schützen, das hier in Gestalt des Anspruchs auf Herausgabe der Mietsache durch das verweigernde Verhalten der Antragsgegnerin nicht gefährdet ist. Würde die einstweilige Verfügung zum Schutz des Vermögens eingesetzt, wie es etwa durch das OLG Rostock (OLG Rostock, a.a.O.) oder das LG Karlsruhe (a.a.O.: drohende wirtschaftliche Aushöhlung des Herausgabeanspruchs) angenommen und hier von der Antragstellerin für sich beansprucht wird, müsste die Herausgabe auch stets an den Gläubiger und nicht an den Sequester angeordnet werden. Denn die Herausgabe an den Sequester hinderte den Gläubiger gleichermaßen daran, den Besitz an der Mietsache zurückzuerhalten, worauf es der Antragstellerin jedoch gerade ankommt. Im Verfahren der einstweiligen Verfügung können in der Regel aber nur solche Maßnahmen angeordnet werden, die den Anspruch des Gläubigers sichern oder in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis die Regelung eines einstweiligen Zustands bezwecken, ohne die Entscheidung in der Hauptsache vorwegzunehmen (Stein-Jonas/Grunsky, ZPO, 22. Aufl., vor § 935, Rn. 31). Hieran ändert sich auch nichts dadurch, dass die Antragstellerin durch die Vermietung der Gewerbeimmobilie ihren Lebensunterhalt bestreiten sowie auf die Mieteinnahmen finanziell angewiesen sein will und sie durch die zu erwartenden uneinbringlichen Mietausfälle und Schadensersatzforderungen des Nachmieters in eine wirtschaftlich existentielle Lage geraten würde. In einem solchen Fall, der unter den derzeitigen Finanz- und Wirtschaftsbedingungen in der Praxis nicht ungewöhnlich sein dürfte, käme es stets zur Erfüllung des geltend gemachten Anspruchs und die ratio legis der §§ 935, 940 ZPO wäre in ihr Gegenteil verkehrt (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.6.2004, a.a.O.; vgl. auch Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 9. Aufl., RdNr. 999: der weiter anwachsende Mietausfall ist kein Verfügungsgrund).“

[Anm.: Ein Sequester stellt eine Art Treuhänder dar, der die Verwahrung und Verwaltung eines Gegenstandes, insbesondere eines Grundstücks im Rahmen der Zwangsvollstreckung (§ 848 ZPO) oder eines Streit-

*gegenstandes im Rahmen einer einstweiligen Verfügung (§ 938 II ZPO) übernimmt.]*

„Soweit der Senat mit Urt. v. 29.9.2005 (GuT 2005, 257 = ZMR 2006, 446) entschieden hat, dass ausnahmsweise eine Regelungsverfügung auf Herausgabe des Grundstücks gerechtfertigt sein kann, wenn das Pachtgrundstück nach Ablauf des Pachtvertrages von dem Pächter nicht geräumt wird und eine Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile des Gläubigers unter Berücksichtigung der Schuldnerbelange unabweisbar ist, handelt es sich schon nach dem Leitsatz um eine Ausnahmeentscheidung, die darauf beruht, dass nach den besonderen Umständen des Streitsfalls das Pachtverhältnis im Zeitpunkt der Entscheidung seit mehr als sechs Monaten beendet war, der Antragsgegner die Wirksamkeit des Pachtvertrages selbst in Frage gestellt und die Zahlung der vereinbarten Pacht eingestellt hatte, sowie keinerlei nachvollziehbare Gründe dafür angegeben hat und angeben konnte, warum er den Herausgabeanspruch des Verpächters nicht erfüllen wollte. Unter diesen besonderen Umständen hat der Senat den Interessen des Verpächters am Rückerhalt des verpachteten Fischteiches den Vorrang eingeräumt und antragsgemäß die Erledigung des Verfügungsrechtsstreits in der Hauptsache festgestellt.“

Ein Verfügungsgrund liegt damit nicht vor.

*[Anm.: Aus Gründen der gutachterlichen Vollständigkeit wird im Weiteren überprüft, ob ein unterstellter Verfügungsgrund glaubhaft gemacht worden wäre.]*

### 3. Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes

Der Verfügungsgrund müsste ferner gem. §§ 936, 920

II, 294 ZPO von der Antragstellerin glaubhaft gemacht worden sein. Die Glaubhaftmachung verlangt, dass eine „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ dafür besteht, dass dem Antragsteller das Abwarten des ordentlichen Verfahrens nicht zumutbar ist, weil ihm hierdurch irreparable Schäden entstehen, die durch die sofortige vorläufige Erfüllung seiner Ansprüche abgewendet werden könnten. An die Darlegungs- und Beweislast sind jedoch hohe Anforderungen zu stellen. Das Vorbringen des Verfügungsklägers darf sich nicht in Gemeinplätzen erschöpfen, sondern muss die Notlage nachvollziehbar beschreiben.

Die Antragstellerin V hat hier pauschal behauptet, ein Abwarten des ordentlichen Verfahrens würde für sie eine finanziell existentielle Lage bedeuten.

Eine solche Lage muss jedoch durch entsprechende Einkommens- und Vermögensverhältnisse belegt werden, was die V hier nicht getan hat. In diesem Zusammenhang ist auch zu beachten, dass die Antragsgegnerin der V den ihr aufgrund der Nichträumung entstehenden Schaden gem. §§ 280 I, II, 286 BGB zu ersetzen hat und ihr bei Kenntnis von der Beendigung des Hauptmietverhältnisses gem. §§ 987, 991 BGB eine Nutzungsentschädigung in Höhe der ortsüblichen Miete schuldet (Emmerich/Sonnenschein/Rolfs, Miete, § 546 BGB Rn. 33).

Somit hätte die Antragstellerin ihren Verfügungsgrund nicht glaubhaft gemacht.

### II. Ergebnis

Die Voraussetzungen einer Regelungsverfügung gem. § 940 ZPO liegen ebenfalls nicht vor. Der Verfügungsantrag hat damit insgesamt keinen Erfolg. Die Antragstellerin ist auf das ordentliche Verfahren angewiesen.

## Standort: § 263 StGB

## Problem: Tanken ohne Bezahlung

BGH, BESCHLUSS VOM 28.07.2009  
4 STR 254/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

### Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte an einer Tankstelle getankt, ohne zu bezahlen. An einem anderen Tag hatte er sein Auto von einem Freund tanken lassen, während er den Tankwart ablenkte.

Das Landgericht Essen hatte den Angeklagten aufgrund dieses Verhaltens wegen Betruges, § 263 I StGB, in zwei Fällen verurteilt. Auf die Revision des Angeklagten hin hob der BGH das Urteil auf, sofern der Angeklagte wegen vollendeten Betruges verurteilt worden war. Den festgestellten Tatsachen lasse sich nicht entnehmen, dass tatsächlich ein Irrtum bei den Tankwarten erregt worden sei, sodass allenfalls eine Strafbarkeit wegen versuchten Betrugs, §§ 263 I, 22,

23 I StGB, in Betracht komme.

### Prüfungsrelevanz:

Die vorliegende Entscheidung betrifft die überaus examensrelevanten Tatbestände der §§ 242 I, 246 I und § 263 I StGB in einem klassischen Examensfall, dem sog. „Tankstellenbetrug“ bzw. der „Tankstellenunterschlagung“. Zwar enthält der Beschluss des BGH keine wirklich neuen Impulse, er stellt jedoch einige Punkte im Rahmen der Prüfung entsprechender Konstellationen noch einmal deutlich klar. Deshalb ist davon auszugehen, dass diese Entscheidung - insbesondere da solche „Tankstellenfälle“ auch in der Praxis sehr häufig sind - in naher Zukunft zum Gegenstand von Examensaufgaben in beiden Examen sowohl in Klausuren als auch Kurz- und Aktenvorträgen und Prüfungsgesprächen werden wird.

In den Fällen, in denen der Täter an einer Selbstbedienungstankstelle tankt, aber nicht vorhat, den getankten Kraftstoff zu bezahlen, stellt sich im Rahmen der Tatbestände der §§ 242 I, 246 I StGB die Frage, ob es sich bei dem getankten Kraftstoff überhaupt um eine "fremde" Sache handelt, was ja dann nicht mehr der Fall wäre, wenn der Täter durch das Betanken Alleineigentum an dem Kraftstoff erworben hätte. Während eine Mindermeinung hier einen Eigentumserwerb durch Rechtsgeschäft (gem. § 929 S. 1 BGB) annimmt (OLG Düsseldorf, JR 1982, 243; Baier, JA 1999, 364, 367), lehnt die herrschende Meinung sowohl einen solchen als auch den Erwerb von Alleineigentum des Täters durch Gesetz (durch Vermischung gem. §§ 947 f. BGB) ab (OLG Hamm, NStZ 1983, 266, 267; OLG Koblenz, NStZ-RR 1998, 364 = RA 1999, 111; Schönke/Schröder-Eser, § 246 Rn 7). Der Kraftstoff verbleibt also im Eigentum des Tankstellenbetreibers und ist somit für den Täter fremd.

Nach h.M. stellt das Betanken allerdings keine Wegnahme dar, sodass eine Strafbarkeit wegen Diebstahls, § 242 I StGB, ausscheidet (BGH, NJW 1983, 2827; Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn. 36). Eine Mindermeinung will hier danach differenzieren, ob das Tankstellenpersonal den Tankvorgang des Täters bemerkt hat oder nicht (Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 184). Die h.M., insb. der BGH, ist dieser Auffassung in der Vergangenheit nicht gefolgt sondern hat eine Wegnahme pauschal mit der Begründung abgelehnt, dass das Verhalten des Täters beim Tanken vom äußeren Erscheinungsbild her kein Nehmen darstelle sondern ein Geben, sodass eine Strafbarkeit wegen Diebstahls ausscheide. Interessant an dieser Argumentation ist, dass der BGH zwar die Abgrenzung von Raub, § 249 I StGB, und räuberischer Erpressung, §§ 253 I, 255 StGB, nach dem äußeren Erscheinungsbild vornimmt (vgl. BGH, NStZ 1990, 350). Diese Delikte kommen jedoch mangels Anwendung von Nötigungsmitteln in Fällen wie dem vorliegenden nicht in Betracht. Die Abgrenzung zwischen den hier möglicherweise einschlägigen Delikten Diebstahl, § 242 StGB, und Betrug, § 263 StGB, erfolgt nach h.M. jedoch nicht über das äußere Erscheinungsbild, sondern über die innere Willensrichtung des Opfers (das sog. "Verfügungsbewusstsein", vgl. BGHSt 17, 206, 209; Lackner/Kühl, § 263 Rn 26). In einem Fall wie dem vorliegenden, in dem der Tankwart den Tankvorgang des Täters gar nicht bemerkt, fehlt es an dem für einen Betrug erforderlichen Irrtum. Mit dieser Argumentation verneint auch der BGH den vollendeten Betrug in der vorliegenden Entscheidung. Wenn aber kein Irrtum gegeben ist, weil der Tankwart den Tankvorgang nicht bemerkt, dann ist es nahe liegend, dass auch das Verfügungsbewusstsein bzgl. des Kraftstoffs fehlt. Wenn aber der Tankwart kein Verfügungsbewusstsein hat, dann dürfte

eigentlich auch kein Einverständnis in die Gewahrsamverschiebung und somit eine Wegnahme i.S.v. § 242 I StGB gegeben sein (was dem Ergebnis der M.M. entsprechen würde). Natürlich wäre es denkbar, das Vorliegen einer Wegnahme über ein generelles Einverständnis des Tankstellenbetreibers zu verneinen und insofern nicht auf den Willen des einzelnen Tankwartes abzustellen. In diesem Falle wäre jedoch nicht nachvollziehbar, wieso der Täter überhaupt täuschend auf den einzelnen Tankwart einwirken sollte, da er dessen Zustimmung ja gar nicht bedarf, um den Gewahrsam an dem getankten Kraftstoff zu erlangen. Deshalb müsste auch eine Strafbarkeit wegen (versuchten) Betruges entfallen. Die M.M. erscheint also etwas konsequenter, da sie letztlich sowohl bei § 242 I StGB als auch bei § 263 I StGB auf die Vorstellung des konkreten Tankwartes abstellt, wohingegen der BGH beim Diebstahl das äußere Erscheinungsbild als Prüfungskriterium heranzieht und nur beim Betrug auf den Willen des Tankwartes abstellt.

Einigkeit dürfte jedoch insofern bestehen als in den Fällen, in denen der Täter glaubt, beim gesamten Tankvorgang unbemerkt zu bleiben, jedenfalls weder ein Diebstahl noch ein Betrug in Betracht kommen, sondern nur eine Unterschlagung, § 246 I StGB.

#### **Vertiefungshinweise:**

☐ Zum Eigentum am getankten Kraftstoff: *OLG Düsseldorf*, NStZ 1985, 270; *OLG Hamm*, NStZ 1983, 266; *OLG Koblenz*, NStZ-RR 1998, 364 = RA 1999, 111; *Baier*, JA 1999, 364; *Charalambakis*, MDR 1985, 976; *Herzberg*, NJW 1984, 896; *Ranft*, JA 1984, 4

☐ Zum "Tankbetrug": *BGH*, NJW 1983, 2827; *OLG Düsseldorf*, NStZ 1985, 270; *OLG Köln*, NJW 2002, 1059; *Borchert/Hellmann*, NJW 1983, 2799; *Deutscher*, NStZ 1983, 507; *Herzberg*, NJW 1984, 896

#### **Kursprogramm:**

☐ *Examenskurs*: "Benzin im Blut"

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

**In den Fällen des Selbstbedienungstankens setzt die Annahme eines vollendeten Betruges voraus, dass der Täter durch (konkludentes) Vortäuschen von Zahlungsbereitschaft bei dem Kassenpersonal einen entsprechenden Irrtum hervorruft, der anschließend zu der schädigenden Vermögensverfügung (Einverständnis mit dem Tankvorgang) führt. An der erforderlichen Irrtumserregung fehlt es, wenn das Betanken des Fahrzeugs vom Kassenpersonal überhaupt nicht bemerkt wird.**

#### **Sachverhalt:**

Am 12.08.2008 betankte A seinen Pkw gegen 0.23 Uhr

an einer Tankstelle mit Dieseldieselkraftstoff im Wert von 102,53 €. Anschließend fuhr er - wie von vornherein geplant - ohne bei der Kassiererin N zu bezahlen davon.

Zwei Tage später, also am 14.08.2008, tankte K das Fahrzeug des A an einer anderen Tankstelle auf, während A im Verkaufsraum versuchte, den Kassierer R abzulenken. Als dieser misstrauisch wurde, verließ A den Verkaufsraum, rannte zu seinem Fahrzeug und fuhr sodann mit K einem vorgefassten Tatplan folgend davon, ohne den Kaufpreis zu entrichten.

Wie hat A sich strafbar gemacht?

[Anm.: § 265a StGB ist nicht zu prüfen. Gehen Sie davon aus, dass weder N noch R die Tankvorgänge bemerkt hatten. N und R sind auch Eigentümer der jeweiligen Tankstellen. Gegebenenfalls erforderliche Strafankträge sind gestellt.]

### Lösung:

#### 1. Teil: Das Geschehen am 12.08.2008

**A. Strafbarkeit gem. § 242 I StGB durch das Tanken**  
Dadurch, dass A tankte und anschließend davonfuhr ohne zu bezahlen, könnte er sich wegen Diebstahls gem. § 242 I StGB strafbar gemacht haben.

#### I. Tatbestand

##### 1. Fremde bewegliche Sache

Bei dem Kraftstoff, den A durch den Tankvorgang erlangte, müsste es sich um taugliches Tatobjekt für einen Diebstahl, also um eine fremde bewegliche Sache, handeln.

Sache i.S.v. § 242 I StGB ist jeder körperliche Gegenstand unabhängig von seinem Aggregatzustand (Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn 9; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 63). Beweglich ist eine Sache, wenn sie tatsächlich fortgeschafft werden kann (Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn 11; Krey/Hellmann, BT 2, Rn 2).

Bei dem getankten Kraftstoff handelte es sich um eine Flüssigkeit, also einen körperlichen Gegenstand. Wie der Sachverhalt zeigt, konnte A den Kraftstoff auch tatsächlich fortschaffen. Es handelte sich also auch um eine bewegliche Sache.

Der Kraftstoff müsste aber für A auch fremd sein.

Fremd ist eine Sache, wenn sie zumindest auch im Eigentum einer anderen Person steht (BGH, NStZ-RR 200, 234; Fischer, § 242 Rn 5; Otto, JURA 1989, 139). Ursprünglich war N Eigentümerin des Kraftstoffs, sodass dieser für A fremd war. Allerdings könnte A durch das Betanken seines Fahrzeugs Alleineigentum an dem Kraftstoff erworben haben, was dazu führen

würde, dass dieser für A keine fremde Sache mehr wäre.

##### a. Eigentumserwerb durch Rechtsgeschäft

A könnte durch Übereignung gem. § 929 S. 1 BGB Eigentum an dem Kraftstoff erworben haben. Dazu wäre allerdings eine entsprechende Einigung über den Eigentumsübergang zwischen A als Erwerber und der N als Veräußerin erforderlich. Fraglich ist, ob beim Tankvorgang eine solche dingliche Einigung bzgl. der Übereignung des getankten Kraftstoffs zustande kommt.

##### aa. Mindermeinung

Nach einer Auffassung erfolgt die Übereignung des Kraftstoffs grundsätzlich bereits mit dem Tankvorgang (OLG Düsseldorf, JR 1982, 243; Herzberg, JR 1985, 209; Baier, JA 1999, 364, 367). Insoweit sind zwei rechtliche Konstruktionen denkbar: Entweder stellt das Aufstellen der Tanksäule bereits ein Angebot zur Übereignung dar, das der Kunde durch das Tanken annimmt, oder aber das Aufstellen der Säule ist nur eine unverbindliche invitatio ad offerendum, das Angebot zur Übereignung gibt vielmehr der Kunde durch den Tankvorgang ab und dieses wird vom Tankstellenbetreiber oder dem ihn vertretenden Mitarbeiter dadurch angenommen, dass dieser den Kunden gewähren lässt. Nach dieser Meinung hätte A also jedenfalls deshalb, weil die N ihn auch gewähren ließ, durch das Tanken Eigentum an dem Kraftstoff erworben. Dieser wäre somit keine fremde Sache mehr.

##### bb. Herrschende Meinung

Nach der herrschenden Meinung erfolgt der Eigentumsübergang nicht bereits durch das Tanken. Teilweise wird dies damit begründet, der Tankstellenbetreiber gebe seine Willenserklärung hinsichtlich des Eigentumsübergangs an dem Kraftstoff zwar durch das Aufstellen der Tanksäule, aber unter der aufschiebenden Bedingung der vollständigen Kaufpreiszahlung ab, was letztlich der Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts entspricht, vgl. § 449 I BGB (OLG Hamm, NStZ 1983, 266, 267; Palandt-Heinrichs, § 145 Rn. 8). Teilweise wird vertreten, dass die entsprechende Einigung sowieso erst an der Kasse stattfinde (OLG Koblenz, NStZ-RR 1998, 364 = RA 1999, 111; Schönke/Schröder-Eser, § 246 Rn. 7). Nach dieser Meinung hätte A somit jedenfalls nicht gem. § 929 S. 1 BGB Eigentum erworben, da entweder die Bedingung für den Eigentumsübergang noch nicht eingetreten ist oder gar keine Einigung stattgefunden hat.

##### cc. Stellungnahme

Die erste Meinung führt dazu, dass die sowieso schon schlechte tatsächliche Position des Verkäufers, der ein Wegfahren des Kunden ohne Bezahlung meist gar

nicht verhindern kann, zusätzlich noch durch eine rechtliche Benachteiligung, nämlich einen Eigentumsverlust auch ohne Zahlung des Kaufpreises durch den Kunden, weiter verschlechtert würde. Nach der ersten Auffassung würde eine Strafbarkeit gem. §§ 242 I, 246 I StGB mangels Fremdheit des Tatobjekts von vornherein ausscheiden, was jedoch zu unerträglichen Strafbarkeitslücken führen würde. Der zweiten Meinung ist somit zu folgen. Ein Eigentumserwerb des A durch Rechtsgeschäft ist somit nicht gegeben.

#### *b. Eigentumserwerb kraft Gesetzes*

A könnte jedoch durch Vermischung gem. §§ 947, 948 StGB Eigentum an dem Benzin erworben haben. Zwar war A Eigentümer der Sache, mit der der getankte Kraftstoff vermischt wurde, nämlich des Kraftstoffs, der sich noch im Tank befand. Allerdings wird er durch die Vermischung gem. §§ 948 I, 947 I 1. Hs. BGB lediglich Miteigentümer des getankten Kraftstoffs, sodass auch die N immer noch (Mit-) Eigentümerin des Kraftstoffs bleibt und dieser deshalb für A immer noch eine fremde Sache darstellt.

A hat kein Eigentum an dem getankten Kraftstoff erworben. Dieser stellt für ihn eine fremde bewegliche Sache dar und ist deshalb ein taugliches Tatobjekt für eine Tat i.S.v. § 242 I StGB.

#### *2. Wegnahme*

A müsste den Kraftstoff weggenommen haben. Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendig tätereigenen, Gewahrsams (Fischer, § 242 Rn 10; Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn 22).

Solange sich der Kraftstoff in den Tanks der Tankstelle befand, hatte die N Gewahrsam daran, es bestand also aus Sicht des A fremder Gewahrsam. Spätestens in dem Zeitpunkt, in dem A mit dem Kraftstoff im Tank wegfuhr, hat er neuen Gewahrsam hieran begründet. Fraglich ist jedoch, ob diese Gewahrsamsverschiebung auch einen Gewahrsamsbruch darstellt.

Fremder Gewahrsam wird gebrochen, wenn die Gewahrsamsverschiebung gegen oder ohne Willen des bisherigen Gewahrsamsinhabers erfolgt (Joecks, § 242 Rn 10; Lackner/Kühl, § 242 Rn 14). Da sich A allerdings beim Tanken wie ein normaler Kunde auführte, stellt sich die Frage, ob sein Verhalten wirklich gegen oder ohne den Willen der N erfolgte oder ob nicht ein tatbestandsausschließendes Einverständnis der N vorlag.

#### *a. Mindermeinung*

Nach einer Auffassung stellt das Einfüllen von Benzin immer dann eine Wegnahme dar, wenn es dem Personal unbemerkt geblieben ist, da dann auch kein Einverständnis vorliegt (Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 184).

Da N den Tankvorgang des A nicht bemerkt hatte, wäre somit kein Einverständnis der N und deshalb ein Gewahrsamsbruch gegeben

#### *b. Herrschende Meinung*

Nach der herrschenden Meinung stellt der Gewahrsamswechsel beim Tanken niemals einen Gewahrsamsbruch und damit auch keine Wegnahme dar (BGH, NJW 1983, 2827; Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn. 36; NK-Kindhäuser, § 242 Rn. 54; Herzberg, JA 1980, 385, 391).

Eine Wegnahme des Kraftstoffs durch A läge somit nicht vor.

#### *c. Zwischenergebnis*

Für die Mindermeinung spricht, dass N den Tankvorgang des A gar nicht bemerkt hatte. Somit konnte sie auch kein Einverständnis erklären - auch nicht konkludent durch Duldung des Tankvorgangs -, da sie von diesem Vorgang nichts wusste. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass bei Selbstbedienungstankstellen ein Einverständnis des Berechtigten in die Gewahrsamsverschiebung bereits mit dem Aufstellen bzw. Anschalten der Zapfsäulen gegeben und lediglich durch deren ordnungsgemäße Bedienung durch den Kunden bedingt ist. Denn je nach konkreter Ausgestaltung einer Tankstelle ist es dem Personal u.U. gar nicht möglich, den Kunden beim Tanken zu beobachten, sodass auch die Annahme fern liegend ist, dass das Personal bei jedem einzelnen Tankvorgang ein entsprechendes Einverständnis erteilt. Der herrschenden Meinung ist somit zu folgen. A hat den Kraftstoff nicht weggenommen.

#### *II. Ergebnis*

A ist nicht strafbar gem. § 242 I StGB.

#### *B. Strafbarkeit gem. § 263 I StGB gegenüber und zum Nachteil der N durch das Tanken*

Durch das Tanken könnte sich A wegen Betruges gem. § 263 I StGB gegenüber und zum Nachteil der N strafbar gemacht haben.

#### *I. Tatbestand*

##### *1. Täuschung über Tatsachen*

A müsste N über Tatsachen getäuscht haben.

Täuschung ist jede intellektuelle Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen, die geeignet ist, eine Fehlvorstellung über Tatsachen hervorzurufen (Fischer, § 263 Rn 10; Joecks, § 263 Rn 22). Tatsachen sind alle vergangenen oder gegenwärtigen Zustände oder Geschehnisse, die dem Beweis zugänglich sind (Fischer, § 263 Rn 6; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 8). Hierbei ist zu berücksichtigen, dass auch Kenntnisse, Motive und Absichten Tat-



sachen darstellen (sog. "innere Tatsachen", OLG Koblenz, NJW 1976, 63; Krey/Hellmann, BT 2, Rn 339). Indem er wie ein normaler Kunde tankte, hat A über seine Absicht getäuscht, den getankten Kraftstoff auch zu bezahlen, was er ja bereits im Zeitpunkt des Tankens nicht wollte (vgl. BGH, NJW 1983, 2827). Eine Täuschung des A über Tatsachen liegt somit vor.

## 2. Täuschungsbedingter Irrtum

N müsste einem täuschungsbedingten Irrtum unterlegen sein.

Irrtum i.S.v. § 263 I StGB ist jede Fehlvorstellung über Tatsachen (Joecks, § 263 Rn 47; Lackner/Kühl, § 263 Rn 18; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 352 f.). An einer solchen fehlt es jedenfalls dann, wenn sich das Opfer überhaupt keine Gedanken über die vom Täter erklärten Tatsachen macht (sog. ignorantia facti; Lackner/Kühl, § 263 Rn 18; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 508).

Hierzu der BGH: "aa) In den Fällen des Selbstbedienungstankens setzt die Annahme eines vollendeten Betruges voraus, dass der Täter durch (konkludentes) Vortäuschen von Zahlungsbereitschaft bei dem Kassenspersonal einen entsprechenden Irrtum hervorruft, der anschließend zu der schädigenden Vermögensverfügung (Einverständnis mit dem Tankvorgang) führt. An der erforderlichen Irrtumserregung fehlt es, wenn das Betanken des Fahrzeugs vom Kassenspersonal überhaupt nicht bemerkt wird. Ist dies der Fall, liegt jedoch regelmäßig ein Betrugsversuch vor (vgl. Senat NJW 1983, 2827 mit Anm. Gauf/Deutscher NStZ 1983, 505; OLG Köln NJW 2002, 1059).

bb) [6] Die Urteilsfeststellungen belegen hier nicht, dass die Tankvorgänge von dem jeweiligen Kassenspersonal wahrgenommen worden sind. Zwar wird dies unter den heutigen Verhältnissen (Video-Überwachung, Kontrollpulte im Kassenraum etc.) vielfach der Fall sein. Es kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass einzelne Tankvorgänge vom Kassenspersonal nicht bemerkt werden, insbesondere bei weitläufigen Tankstellen mit zahlreichen Zapfsäulen, bei großem Kundenandrang oder bei Inanspruchnahme durch Kassier- oder sonstige Verkaufstätigkeiten. Dass das Betanken im ersten Fall zur Nachtzeit stattfand, das heißt zu einem Zeitpunkt, zu welchem üblicherweise mit geringem Kundenaufkommen zu rechnen ist, rechtfertigt daher für sich gesehen nicht bereits den Schluss, die Kassiererin habe das Betanken des Fahrzeugs des Angeklagten auch tatsächlich wahrgenommen."

Da N den A nicht bemerkt hatte, ist also auch ein Irrtum der N nicht gegeben.

## II. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. § 263 I StGB.

*C. Strafbarkeit gem. §§ 263 I, 22, 23 I StGB gegenüber und zum Nachteil der N durch das Tanken*

A könnte sich jedoch durch das Tanken wegen versuchten Betruges gem. §§ 263 I, 22, 23 I StGB strafbar gemacht haben.

### I. Vorprüfung

Eine Strafbarkeit des A wegen vollendeten Betruges ist mangels Irrtums der N nicht gegeben (s.o.). Die Strafbarkeit des versuchten Betruges ergibt sich aus § 263 II StGB.

### II. Tatentschluss

A müsste Tatentschluss zur Begehung eines Betruges gehabt haben.

Der Tatentschluss beinhaltet den Vorsatz bzgl. der Verwirklichung aller objektiven Tatbestandsmerkmale sowie das Vorliegen der sonstigen subjektiven Tatbestandsmerkmale (Joecks, § 22 Rn 3; Wessels/Beulke, AT, Rn. 598).

#### 1. Bzgl. Täuschung über Tatsachen

A müsste zunächst den Tatentschluss gehabt haben, N über Tatsachen zu täuschen.

A wollte dadurch, dass er wie ein normaler Kunde tankte, die N konkludent darüber täuschen, dass er auch den Willen habe, den getankten Kraftstoff zu bezahlen, was tatsächlich nicht der Fall war (s.o.). A hatte also Tatentschluss zur Täuschung der N über Tatsachen.

#### 2. Bzgl. täuschungsbedingten Irrtums

A müsste sich auch vorgestellt haben, durch seine Täuschung bei N einen Irrtum zu erregen oder zu unterhalten.

Bei lebensnaher Auslegung des Sachverhaltes kann davon ausgegangen werden, dass A es zumindest billigend in Kauf genommen hatte, dass N den Tankvorgang bemerken und glauben würde, dass A - wie jeder "normale" Kunde - die Absicht habe, den getankten Kraftstoff auch zu bezahlen. Dies wäre jedoch eine Fehlvorstellung der N über Tatsachen und somit ein Irrtum, den A durch seine konkludente Täuschung hervorgerufen hätte. A wollte also einen täuschungsbedingten Irrtum bei N erregen.

#### 3. Bzgl. irrtumsbedingter Vermögensverfügung

A müsste sich auch vorgestellt haben, dass N eine irrtumsbedingte Vermögensverfügung vornehmen würde. Vermögensverfügung i.S.v. § 263 I StGB ist jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen des Opfers, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt (Fischer, § 263 Rn 40; Krey/Hellmann, BT 2, Rn 385).

A hatte sich vorgestellt, dass N ihm aufgrund ihres Irrtums über seine Zahlungsbereitschaft gestatten würde, zu tanken. Diese Duldung des Tankvorgangs durch N

würde sich auch unmittelbar mindernd auf deren Vermögen auswirken, da N hierdurch zwar nicht das Eigentum an dem Kraftstoff, aber doch zumindest unmittelbaren Besitz und Gewahrsam hieran verlieren würde (vgl. BGH, NJW 1983, 2827; Krey/Hellmann, BT 2, Rn 155). A hatte also Tatentschluss bzgl. einer irrtumsbedingten Vermögensverfügung der N.

#### 4. Bzgl. verfügungsbedingten Vermögensschadens

A müsste auch Tatentschluss bzgl. eines verfügungsbedingten Vermögensschadens der N gehabt haben.

Ein Vermögensschaden liegt vor, wenn der Gesamtwert des Vermögens des Opfers durch die Vermögensverfügung verringert wurde, d.h. wenn eine Gesamtsaldierung der Vermögenspositionen des Opfers ergibt, dass dieses nach der Tat weniger Vermögen hat als davor (BGH, NStZ 2004, 205; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 99; Rengier, BT 1, § 13 Rn 67). Nach der Vorstellung des A sollte N Besitz und Gewahrsam an dem Kraftstoff verlieren (s.o.), ohne hierfür ein Äquivalent zu erhalten, da A ja nicht vorhatte, für den Kraftstoff zu bezahlen. A stellte sich also vor, dass das Vermögen der N verringert würde und hatte deshalb Tatentschluss bzgl. eines Vermögensschadens der N.

#### 5. Bereicherungsabsicht

A müsste die Absicht gehabt haben, sich oder einem Dritten einen Vermögensvorteil, also eine Bereicherung, zu verschaffen.

A wollte sich hier unentgeltlich Besitz und Gewahrsam an dem getankten Kraftstoff und somit die Möglichkeit verschaffen, diesen selbst verbrauchen zu können. Dies stellt einen Vermögensvorteil dar. Da es auch das Ziel des A war, diese Bereicherung zu erlangen, hat er mit Bereicherungsabsicht gehandelt.

#### 6. Bzgl. Rechtswidrigkeit und Stoffgleichheit der beabsichtigten Bereicherung

A müsste sich vorgestellt haben, dass die von ihm beabsichtigte Bereicherung rechtswidrig und stoffgleich sei.

Rechtswidrig ist die vom Täter beabsichtigte Bereicherung dann, wenn sie im Widerspruch zur materiellen Rechtsordnung steht, d.h. wenn der Täter keinen fälligen, durchsetzbaren Anspruch auf die Bereicherung hat (BGHSt 19, 206; Fischer, § 263 Rn 111; Rengier, BT 1, § 13 Rn 110). Stoffgleich ist die Bereicherung, wenn sie die Kehrseite des Vermögensschadens beim Opfer darstellt, was der Fall ist, wenn Vorteil und Schaden auf derselben Verfügung beruhen und der Vorteil zu Lasten des geschädigten Vermögens geht (BGH, NStZ 2003, 264; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 168; Krey/Hellmann, BT 2, Rn 492).

A wusste, dass er keinen fälligen Anspruch auf die Er-

langung des Kraftstoffs hatte - jedenfalls nicht, ohne diesen zu bezahlen. Er wusste auch, dass die von ihm beabsichtigte Bereicherung - die Erlangung des Kraftstoffs - zu Lasten des Vermögens der geschädigten N ging und durch dieselbe Verfügung bewirkt würde (das Dulden des Tankens) wie der Schaden bei N. A hatte also Tatentschluss bzgl. einer rechtswidrigen und stoffgleichen Bereicherung.

#### III. Unmittelbares Ansetzen

A müsste auch unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestandes angesetzt haben.

Nach der herrschenden gemischt subjektiv-objektiven Theorie ist ein unmittelbares Ansetzen gegeben, wenn der Täter die Schwelle zum "jetzt geht es los" überschreitet, was der Fall ist, wenn er eine Handlung vornimmt, die nach seinem Tatplan ohne wesentliche Zwischenschritte unmittelbar in die Tatbestandsverwirklichung einmünden soll, sodass aus Tätersicht das geschützte Rechtsgut bereits konkret gefährdet ist (BGH, wistra 2002, 263; Wessels/Beulke, AT, Rn 601; Roxin, JuS 1979, 1, 3).

Da A davon ausging, dass N den Tankvorgang bemerkt hatte und somit an einen Irrtum und eine irrtumsbedingte Vermögensverfügung der N glaubte, war nach seiner Vorstellung der Betrug spätestens in dem Zeitpunkt, in dem er von der Tankstelle wegfuhr, sogar vollendet. A hat also unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt.

#### IV. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

#### V. Kein Rücktritt

Anhaltspunkte für einen strafbefreienden Rücktritt des A gem. § 24 I StGB gibt es keine.

#### VI. Ergebnis

A ist strafbar gem. §§ 263 I, 22, 23 I StGB.

#### D. Strafbarkeit gem. § 246 I StGB durch das Tanken und Wegfahren

Die mitverwirklichte Unterschlagung an dem Kraftstoff tritt hinter dem schwerer bestraften (versuchten) Betrug zurück, § 246 I StGB a.E.

#### 2. Teil: Das Geschehen am 14.08.2008

##### A. Strafbarkeit gem. §§ 242 I, 25 II StGB dadurch, dass K tankte

A könnte sich dadurch, dass K das Fahrzeug des A betankte, wegen mittäterschaftlichen Diebstahls gem. §§ 242 I, 25 II StGB strafbar gemacht haben.

Zwar hat weder K noch A durch das Betanken Alleineigentum an dem Kraftstoff erworben, da es an der hierfür erforderlich Einigung fehlt und die Ver-

mischung dem A allenfalls Miteigentum verschafft (s.o.). Der Kraftstoff war also für K und A eine fremde bewegliche Sache.

Allerdings stellt das Betanken des Fahrzeugs durch K keine Wegnahme dar, da dieser den Anschein eines ordentlichen Kunden erweckte und die durch das Betanken bewirkte Gewahrsamsverschiebung somit durch ein Einverständnis gedeckt ist (s.o.) und deshalb keinen Gewahrsamsbruch (und somit auch keine Wegnahme) darstellt.

Eine Strafbarkeit des A wegen (mittäterschaftlichen) Diebstahls scheidet somit aus.

### *B. Strafbarkeit gem. §§ 263 I, 25 II, 22, 23 I StGB gegenüber und zum Nachteil des R durch das Gespräch*

A könnte sich allerdings dadurch, dass K das Fahrzeug des A betankte, wegen mittäterschaftlichen versuchten Betrugs gem. §§ 263 I, 25 II, 22, 23 I StGB gegenüber und zum Nachteil des R strafbar gemacht haben.

#### *I. Vorprüfung*

Da R von dem Tankvorgang des K nichts bemerkte, unterlag er auch keinem Irrtum. Eine Strafbarkeit des R wegen vollendeten Betruges scheidet somit aus.

So sieht es auch der BGH: "Der Umstand, dass im zweiten Fall der Angeklagte versuchte, den Kassierer abzulenken, spricht ebenfalls nicht zwingend dafür, dass dieser das Betanken des Fahrzeugs bereits bemerkt hatte. Das Ablenkungsmanöver kann auch mit dem Ziel erfolgt sein, das Tankstellengelände wieder unbemerkt zu verlassen."

Gem. § 263 II StGB ist der versuchte Betrug strafbar.

#### *II. Tatentschluss*

R müsste Tatentschluss zur Begehung eines mittäterschaftlichen Betruges gehabt haben, also den Willen zur Verwirklichung der objektiven Tatumstände beim gleichzeitigen Vorliegen der besonderen subjektiven Tatbestandsmerkmale.

##### *1. Bzgl. Täuschung*

A müsste zunächst Tatentschluss bzgl. einer Täuschung des R gehabt haben.

##### *a. Bzgl. eigener Täuschungshandlung*

A könnte sich vorgestellt haben, R selbst zu täuschen. Zwar wollte A den R durch das Gespräch ablenken. Dass dieses jedoch auch eine Täuschung über Tatsachen beinhalten sollte, ist nicht selbstverständlich. Möglich wäre auch, dass A den R lediglich in ein allgemeines Gespräch (sog. "Smalltalk") verwickeln wollte, um ihn abzulenken. Dies würde jedoch nicht unbedingt eine Täuschung über Tatsachen beinhalten. Somit ist nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" davon auszugehen, dass A den R nicht selbst über Tatsachen täuschen wollte.

##### *b. Bzgl. Täuschungshandlung des K, gem. § 25 II StGB zurechenbar*

A könnte sich jedoch eine Täuschungshandlung des K vorgestellt haben, die ihm als dessen Mittäter gem. § 25 II StGB zugerechnet würde.

##### *aa. Bzgl. Täuschungshandlung des K*

A hatte sich vorgestellt, dass K den Wagen des A betanken würde und damit konkludent erklären würde, dass er (oder zumindest der Fahrer A) auch für den Kraftstoff bezahlen würde. Da die beiden jedoch gerade nicht vorhatten, zu bezahlen, stellte sich A eine Täuschungshandlung des K vor.

##### *bb. Bzgl. Zurechnung gem. § 25 II StGB*

A müsste sich auch Umstände vorgestellt haben, die ihn zum Mittäter des K machen würden, damit ihm die Täuschungshandlung des K gem. § 25 II StGB zugerechnet würde.

Mittäterschaft i.S.v. § 25 II StGB setzt ein arbeitsteiliges Zusammenwirken aufgrund eines gemeinsamen Tatentschlusses voraus (Joecks, § 25 Rn 61; Wesels/Beulke, AT, Rn 524).

A stellte sich vor, dass er und K sich die Arbeit insofern teilen würden als K das Fahrzeug betanken und A währenddessen den Tankwart R ablenken würde. Auch wusste A, dass K und er diese Vorgehensweise vorher gemeinsam geplant hatten.

A müsste sich aber auch Umstände vorgestellt haben, die ihn zum (Mit-) Täter und nicht nur zum Teilnehmer machen würden. Im vorliegenden Fall kann dahinstehen, ob insofern für die Täterschaft eine Tatherrschaft nebst einem entsprechenden Bewusstsein erforderlich ist (so die herrschende Literatur, vgl. LK-Roxin, § 25 Rn 181 ff.; SK-Samson, § 25 Rn 122; Jeschek/Weigend, AT § 16 V 3 b) oder ob hierfür grundsätzlich jeder Beitrag ausreicht, sofern er mit Täterwillen geleistet wird, wobei dessen Vorliegen anhand bestimmter Kriterien zu prüfen ist, insb. Grad des eigenen Interesses am Taterfolg, Umfang der Tatbeteiligung, Tatherrschaft und Tatherrschaftswille (so die Rechtsprechung, vgl. BGH, NStZ-RR 2005, 71; NStZ 2006, 94). A stellt sich nämlich Umstände vor, die ihm die Tatherrschaft vermitteln würden, da er einen zentralen Beitrag zu der geplanten Tat - die Ablenkung des R - eigenhändig vornehmen wollte. Neben dem Willen zur Tatherrschaft hatte A auch ein erhebliches eigenes Interesse am Taterfolg, da der Kraftstoff in sein Auto getankt werden und somit gerade ihm zugute kommen sollte. A hat sich also Umstände vorgestellt, die ihn selbst zum Täter machen würden.

A hatte Tatentschluss bzgl. einer mittäterschaftlichen Begehung, sodass ihm die Täuschungshandlung des K gem. § 25 II StGB zuzurechnen wäre.

A hatte Tatentschluss bzgl. einer mittäterschaftlichen Täuschung des R.

## 2. Bzgl. täuschungsbedingten Irrtums des R

A müsste sich auch vorgestellt haben, dass R einem täuschungsbedingten Irrtum unterliegen würde.

Sieht ein Tankstellenmitarbeiter, wie ein Kunde tankt, so unterliegt er grundsätzlich einem Irrtum über dessen Zahlungsbereitschaft, wenn der Kunde von vornherein nicht vorhat, den getankten Kraftstoff zu bezahlen. Legt der Täter es hingegen darauf an, dass der Tankvorgang insgesamt unbemerkt bleibt, so scheidet eine Strafbarkeit wegen Betrugs und versuchten Betrugs aus, da es dem Täter am Vorsatz bzgl. eines Irrtums des Opfers fehlt.

Im vorliegenden Fall haben A und K sich gerade deshalb zusammengetan, damit einer von ihnen (der A) den Tankwart ablenken konnte, während der andere (der K) das Fahrzeug betankte. Natürlich ist es denkbar, dass dieses Ablenkungsmanöver - wie der BGH ausführt (s.o.) - nur dem Zweck diene, das Tankstellengelände unbemerkt wieder verlassen zu können. In diesem Fall wäre ein Irrtum des R über die Zahlungsbereitschaft gegeben. Viel wahrscheinlicher dürfte es jedoch sein, dass das Ablenkungsmanöver des A dem R verschleiern sollte, dass überhaupt ein Tankvorgang durch K stattgefunden hat. In diesem Fall wäre aber ein Irrtum des R (über die Zahlungsbereitschaft) gerade nicht gegeben. Nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" ist somit davon auszugehen, dass dem R verschleiert werden sollte, dass überhaupt ein Tankvorgang stattgefunden hat, sodass A keinen Tatentschluss bzgl. eines Irrtums des R hatte. A ist nicht strafbar gem. §§ 263 I, 25 II, 22, 23 I StGB.

## C. Strafbarkeit gem. § 246 I StGB durch Wegfahren

Durch das Wegfahren könnte sich A jedoch wegen Unterschlagung gem. § 246 I StGB strafbar gemacht haben.

### I. Tatbestand

#### 1. Fremde bewegliche Sache

Da der getankte Kraftstoff immer noch (zumindest im Mit-) Eigentum des R stand, stellte dieser eine für A fremde bewegliche Sache und somit ein taugliches Tatobjekt für eine Unterschlagung dar.

#### 2. Zueignung

A müsste sich den Kraftstoff zueignet haben.

Zueignung ist die Manifestation des Zueignungswillens in objektiv erkennbarer Weise (BGH, NJW 1960, 684; Fischer, § 246 Rn 6; Krey/Hellmann, BT 2, Rn 160). A müsste also zunächst Zueignungswillen besessen haben.

Zueignungswille setzt das Vorliegen eines Aneignungs- und eines Enteignungswillens voraus. Aneignungswille ist der Wille, die Sache selbst oder den in

ihre verkörpert Sachwert wenigstens vorübergehend dem eigenen Vermögen oder dem Vermögen eines Dritten einzuverleiben (Fischer, § 246 Rn 20, § 242 Rn 35; Rengier, BT 1, § 5 Rn 7, 9, § 2 Rn 64). Enteignungswille ist der Wille, den Berechtigten auf Dauer aus seiner Eigentümerposition zu verdrängen, d.h. ihm die Sache selbst oder den in ihr verkörpert Sachwert auf Dauer zu entziehen (Joecks, § 246 Rn 26; Krey/Hellmann, BT 2, Rn 161, 56).

A hatte den Willen, den Kraftstoff für sich selbst zu verbrauchen, also seinem Vermögen einzuverleiben. Auch wollte er ihn dem Berechtigten R nicht zurückgeben, sodass er auch den Willen zur dauerhaften Enteignung hatte. Dieser Zueignungswille des A hat sich auch in objektiv erkennbarer Weise dadurch manifestiert, dass A mit seinem Fahrzeug, das den getankten Treibstoff enthielt, fortgefahren ist.

### 3. Rechtswidrigkeit der Zueignung

Die Zueignung müsste auch rechtswidrig sein.

Rechtswidrig ist die Zueignung dann, wenn der Täter keinen fälligen und durchsetzbaren Anspruch auf Übereignung der Sache und kein Aneignungsrecht an dieser hat. A hatte keinen durchsetzbaren Anspruch auf Übereignung des Kraftstoffs - jedenfalls nicht ohne zu bezahlen - und auch kein entsprechendes Aneignungsrecht, sodass die Zueignung rechtswidrig war.

### 4. Vorsatz

A handelte vorsätzlich.

## II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

### III. Strafantrag, § 248a StGB

Sollte K Kraftstoff im Werte von weniger als 50,- € getankt haben, so wäre das Tatobjekt eine geringwertige Sache (vgl. OLG Hamm, wistra 2004, 34; Schönke/Schröder-Eser, § 248 Rn 10). In diesem Fall wäre gem. § 248a StGB grundsätzlich ein Strafantrag zur Verfolgung der Tat erforderlich, der jedoch hier gestellt wäre. A hat sich gem. § 246 I StGB strafbar gemacht.

### 3. Teil: Konkurrenzen und Gesamtergebnis

Durch das Geschehen am 12.08.2008 hat sich A wegen versuchten Betrugs, §§ 263 I, 22, 23 I StGB, strafbar gemacht und durch das am 14.08.2008 wegen Unterschlagung, § 246 I StGB. Wegen der erheblichen zeitlichen Zäsur zwischen diesen beiden Tathandlungen stehen die begangenen Delikte zueinander in Tatmerheit, § 53 StGB. A ist also strafbar gem. §§ 263 I, 22, 23 I, 246 I, 53 StGB.