

Öffentliches Recht

Standort: Bundeswehreinsatz im Ausland

Problem: Parlamentsbeteiligung

BVERFG, BESCHLUSS VOM 13.10.2009
2 BvE 4/08 (NVWZ-RR 2010, 41)

Problemdarstellung:

Das BVerfG hatte sich auf Antrag der Fraktion "Die Linke" erneut mit der Frage zu beschäftigen, unter welchen Voraussetzungen die Bundesregierung einen Auslandseinsatz der Bundeswehr vom Deutschen Bundestag absegnen lassen muss.

A. Bereits in seiner Grundsatzentscheidung vom 12. Juli 1994 (2 BvE 3/92, NJW 1994, 2207) hat das BVerfG festgestellt, dass die Bundeswehr eine Parlamentsarmee sei, der Deutsche Bundestag also unter bestimmten Voraussetzungen über den Einsatz der Bundeswehr zu entscheiden habe (und nicht allein die Bundesregierung). Das Gericht entnimmt diesen sog. "wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt" dem Zusammenspiel mehrerer Verfassungsnormen, etwa Art. 20 III GG, 87a GG und 115a ff. GG, ohne ihn jedoch präzise herzuleiten. Die danach bestehenden Voraussetzungen für die Notwendigkeit einer parlamentarischen Zustimmung stehen nicht im GG, sind einfach-gesetzlich mittlerweile aber im Parlamentsbeteiligungsgesetz (ParlBetG) vom 18. März 2005 (BGBl. I S. 775) geregelt. Danach muss der Deutsche Bundestag einem Bundeswehreinsatz im Ausland zustimmen, wenn es sich

- um eine bewaffnete Unternehmung handelt (§§ 1 II, 2 ParlBetG),

- es um das "Ob" des Einsatzes geht, also die wesentlichen Fragen wie den Auftrag, den Umfang des Einsatzes, das Operationsgebiet usw. (§ 3 ParlBetG) und

- das Einsatzziel nicht gefährdet wird (ansonsten kann die Zustimmung nachgeholt werden, § 5 ParlBetG, etwa bei bestehenden Geheimhaltungsinteressen oder bei besonderer Eile).

B. In der Folgezeit hat das BVerfG seine Rechtsprechung zum "wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt" immer wieder bestätigt und präzisiert, zum Beispiel hinsichtlich der Frage, was genau unter einer "bewaffneten Unternehmung" im o.g. Sinne zu verstehen ist (vgl. Vertiefungshinweise).

C. Im vorliegenden Beschluss ging es nun um die bisher nicht geklärte Frage, ob der Deutsche Bundestag einem Bundeswehreinsatz im Ausland erneut zustim-

men muss, wenn sich die tatsächlichen oder rechtlichen Voraussetzungen des Einsatzes zwischenzeitlich geändert haben. Das BVerfG bejaht diese Frage im Grunde, aber nur, wenn

- der Deutsche Bundestag seine ursprüngliche Zustimmung an das Vorliegen der nunmehr entfallenen Voraussetzungen geknüpft hatte und

- evident ist, dass eine Änderung wirklich eingetreten ist (lediglich Zweifel sollen nicht genügen).

Prüfungsrelevanz:

Der Bundeswehreinsatz in Afghanistan ist in den Medien allgegenwärtig. Das Thema "Bundeswehr im Ausland" besitzt allein deshalb besondere Examensrelevanz. Es lässt sich zudem hervorragend in ein Organstreitverfahren einbinden.

Bemerkenswert sind neben den materiellen Problemen die Ausführungen des BVerfG zur Zulässigkeit des Antrags. Die Bundesregierung hatte das Parlaments an der (erneuten) Entscheidung über den Bundeswehreinsatz zunächst nicht beteiligt, vier Tage vor Antragstellung hatte der Deutsche Bundestag aber doch dem Einsatz zugestimmt. Das BVerfG neigt zu der Auffassung, dass sich ein gegen ein Unterlassen gerichteter Antrag erledige (und infolgedessen mangels Rechtsschutzinteresses unzulässig werde), wenn die vorzunehmende Handlung schließlich doch noch vorgenommen wird. Es lässt aber auch durchblicken, dass man - anlehnend an die Fortsetzungsfeststellungsklage in der VwGO - möglicherweise etwas anderes vertreten könnte, wenn ein Rehabilitationsinteresse des Antragstellers oder eine Wiederholungsgefahr vorliegt. Die Übertragung dieser Fallgruppen aus dem einfachen Verwaltungsprozessrecht auf das Verfassungsprozessrecht könnte für einen Klausursteller verlockend sein. Im Fall der Fälle dürfte es gut vertretbar sein, unter diesen Voraussetzungen über die Erledigung hinaus die Zulässigkeit des Antrags zu bejahen.

Vertiefungshinweise:

☐ Auslandseinsätze der Bundeswehr in der Rspr. des BVerfG: *BVerfG*, RA 2008, 316 = NJW 2008, 2018; RA 1999, 233 = NJW 1999, 2000 m.Anm. *Sachs* in JuS 2000, 86; NJW 1994, 2207; NJW 1993, 1317

☐ Auslandseinsätze der Bundeswehr in der Literatur:

Brenner/Hahn, JuS 2001, 729; *Stoltenberg*, ZRP 2008, 111, *Voss*, ZRP 2007, 78; *Boesen*, NVwZ 2007, 1233; *Stein*, Jura 1995, 254

□ Parlamentsvorbehalt bei Änderung des NATO-Konzepts: *BVerfG*, RA 2001, 677 = NVwZRR 2002, 1103

□ Strafrechtliche Aspekte des Kosovo-Einsatzes: *KG*, NJW 2001, 2896

Kursprogramm:

□ *Examenskurs*: "Die Bundeswehr - daheim und unterwegs"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Hat der Deutsche Bundestag einem bewaffneten Einsatz der Bundeswehr im Ausland nur unter bestimmten Voraussetzungen zugestimmt, und fallen diese Voraussetzungen nachträglich weg, muss die Bundesregierung zur Fortsetzung des Bundeswehreininsatzes die (erneute) Zustimmung des Deutschen Bundestages einholen.

2. Der Deutsche Bundestag kann auch von selbst seine Zustimmung nachträglich revidieren. Er bleibt stets "Herr seiner Zustimmungsentcheidung".

Sachverhalt:

Das Verfahren betrifft die Frage, ob die Ag. (Bundesregierung) verpflichtet war, nach der Unabhängigkeitserklärung des Kosovo vom 17.2.2008 für den dortigen Einsatz der Bundeswehr erneut die Zustimmung des Deutschen Bundestages einzuholen.

Nach Beendigung der militärischen Intervention der NATO zum Schutz der Bevölkerung des Kosovo beschloss der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen am 10.6.1999 mit seiner Resolution Nr. 1244 (1999) die Stationierung einer internationalen Militär- sowie Zivilpräsenz. Auf der Grundlage dieses Mandats wurde unter der militärischen Führung der NATO die Mission "Kosovo Force" (KFOR) entsandt mit der Aufgabe, ein Wiederaufflammen der gewaltsamen Auseinandersetzungen zwischen Serben und Kosovo-Albanern zu verhindern, Sicherheit und Ordnung im Kosovo herzustellen sowie die parallele zivile Mission "Interim Administration Mission in Kosovo" (UNMIK) zu unterstützen. Am 17. 2. 2008 erklärte sich der Kosovo unter Loslösung von Serbien einseitig für unabhängig und wurde in den Folgetagen von zahlreichen Staaten, darunter die Bundesrepublik Deutschland, anerkannt. Der Präsident des Kosovo teilte dem Generalsekretär der NATO namens der kosovarischen Regierung mit, dass diese die Fortsetzung der KFOR-Mission auf der Grundlage der Sicherheitsratsresolution Nr. 1244 (1999) wünsche. Daraufhin sagte der NATO-Rat die Fortsetzung des militärischen En-

gagements im Kosovo zu.

Deutsche Soldaten beteiligten sich an der KFOR-Mission von Beginn an. Bereits am 11.6.1999 beschloss die Ag. eine deutsche Beteiligung an der internationalen Sicherheitspräsenz und beantragte die parlamentarische Zustimmung zu diesem Einsatz. Der Deutsche Bundestag stimmte dem Antrag am gleichen Tag mit breiter Mehrheit zu. In der Folge etablierte die Bundesregierung die Praxis, den Kosovo-Einsatz trotz nicht bestehender zeitlicher Befristung des Mandats alljährlich neu zu beschließen und sodann erneut um Zustimmung des Deutschen Bundestages nachzusuchen. Am 13.6.2007 beschloss die Ag. erneut die unveränderte Fortsetzung des Einsatzes. Der Deutsche Bundestag stimmte der Fortsetzung des Einsatzes am 21.6.2007 und am 5.6.2008 gegen die Stimmen der Ast. (Fraktion Die Linke) wiederum mit breiter Mehrheit zu.

Mit ihrem am 9.6.2008 gestellten Antrag im Organstreitverfahren begehrte die Ast. die Feststellung, dass die Bundesregierung dadurch, dass sie nach der Unabhängigkeitserklärung des Kosovo vom 17.2.2008 zunächst (d.h. bis zu jenem 5.6.2008) keine erneute Zustimmung zur Fortführung des Bundeswehreininsatzes im Kosovo eingeholt hat, Rechte des Deutschen Bundestages verletzt habe. Der Antrag wurde verworfen.

Aus den Gründen:

Der Antrag im Organstreitverfahren ist offensichtlich unbegründet.

A. Zulässigkeit

Bei einem Beschluss nach § 24 S. 1 BVerfGG kann es dahinstehen, ob der Antrag im Organstreitverfahren zulässig ist, wenn er offensichtlich unbegründet ist (vgl. BVerfGE 6, 7 [11]; 60, 243 [246]; 97, 350 [368]). An der Zulässigkeit bestehen Zweifel. Streitgegenstand ist hier ein rechtserhebliches Unterlassen der Ag., die Nichteinholung der erneuten Zustimmung des Deutschen Bundestages zur deutschen Beteiligung an der KFOR-Mission nach der Unabhängigkeitserklärung vom 17. 2. 2008. Die zunächst unterlassene Handlung nahm die Ag. indes bereits am 27. 5. 2008 vor, indem sie dem Deutschen Bundestag die von ihr beschlossene Fortsetzung des Einsatzes zur Zustimmung vorlegte. Erst vier Tage nachdem der Deutsche Bundestag diesem Antrag am 5. 6. 2008 zugestimmt und damit den Bundeswehreininsatz im Kosovo auf eine neue parlamentarische Mandatsgrundlage gestellt hatte, ging der Antrag im Organstreitverfahren beim BVerfG ein. Ob das Rechtsschutzbedürfnis für eine verfassungsrechtliche Überprüfung im Anschluss an eine vor Rechtshängigkeit beendete Unterlassung, etwa wegen einer Wiederholungsgefahr, in dieser Konstellation fortbestehen kann, erscheint durchaus fraglich, muss hier aber nicht entschieden werden.

B. Begründetheit

Die Ag. war jedenfalls nach dem 17.2.2008 offensichtlich von Verfassungs wegen nicht verpflichtet, eine erneute Zustimmung des Deutschen Bundestages für die Fortsetzung des Bundeswehreinsetzes im Kosovo herbeizuführen.

I. Wehrverfassungsrechtlicher Parlamentsvorbehalt

Wie die Zuständigkeiten zwischen Deutschem Bundestag und Bundesregierung beim Einsatz bewaffneter Streitkräfte verteilt sind, ist in der Rechtsprechung des BVerfG geklärt.

In seinem Urteil vom 12. 7. 1994 hat der Senat festgestellt, dass die Bundeswehr ein Parlamentsheer ist und dass deshalb jeder Einsatz bewaffneter Streitkräfte der grundsätzlich vorherigen konstitutiven Zustimmung des Deutschen Bundestages bedarf (vgl. BVerfGE 90, 286 [381ff.] = NJW 1994, 2207; zuletzt BVerfG, NJW 2009, 2267 [2291]). Die Frage, wann es sich um einen Einsatz bewaffneter Streitkräfte handelt, der eine parlamentarische Zustimmung erfordert, hat der Senat in seinem Urteil vom 7.5.2008 (BVerfGE 121, 135 = NJW 2008, 2018) beantwortet und zudem hervorgehoben, dass dem Deutschen Bundestag beim Einsatz bewaffneter Streitkräfte nicht lediglich die Rolle eines nachvollziehenden, nur mittelbar lenkenden und kontrollierenden Organs zukommt. Das Parlament ist vielmehr zur grundlegenden, konstitutiven Entscheidung berufen, weil ihm die maßgebliche Verantwortung für den bewaffneten auswärtigen Einsatz der Bundeswehr obliegt (vgl. BVerfG a.a.O.). Nach diesem Urteil stellen die Beschlüsse von Bundesregierung und Deutschem Bundestag über ein militärisches Unternehmen einen auf den konkreten Streitkräfteeinsatz bezogenen Entscheidungsverbund her, bei dem der Deutsche Bundestag den Einsatz nicht nur in Form eines einmaligen Zustimmungsakts bestätigt, sondern fortlaufend mitverantwortet.

II. Kosovoeinsatz als zustimmungspflichtiger, bewaffneter Einsatz der Streitkräfte

Der wehrverfassungsrechtliche Parlamentsvorbehalt ist beim Kosovo-Einsatz der Bundeswehr nicht verletzt worden. Erstmals stimmte der Deutsche Bundestag diesem Einsatz mit Beschluss vom 11. 6. 1999 zu und wiederholte seine Zustimmung jeweils in den darauffolgenden Jahren. Vor der Unabhängigkeitserklärung des Kosovo am 17. 2. 2008 hatte der Deutsche Bundestag zuletzt am 21. 6. 2007 zugestimmt. Diese Zustimmung hat auch über den 17. 2. 2008 hinaus bis zu ihrer Erneuerung wirksam fortbestanden.

1. Erneute Zustimmungspflicht nach Änderung der Sach- oder Rechtslage

Das Organstreitverfahren wirft die Frage auf, unter welchen Voraussetzungen ein neuer Zustimmungsgeschluss des Deutschen Bundestages erforderlich

wird, wenn sich rechtliche oder tatsächliche Umstände eines Streitkräfteeinsatzes nach Erteilung einer parlamentarischen Zustimmung verändern.

Die Bundesregierung muss eine erneute konstitutive Zustimmung des Deutschen Bundestages herbeiführen, wenn nachträglich tatsächliche oder rechtliche Umstände wegfallen, die der Zustimmungsbeschluss selbst als notwendige Bedingungen für einen Einsatz nennt. Eine entsprechende Handlungspflicht obliegt der Bundesregierung grundsätzlich schon deshalb, weil dem Deutschen Bundestag das Initiativrecht für einen neuen Einsatzbeschluss fehlt (vgl. bereits: BVerfGE 90, 286 [389] = NJW 1994, 2207). Er kann in solchen Fällen seine Mitverantwortung für den Einsatz auch nicht durch ein Handeln nach § 8 ParlBG wahrnehmen; denn wenn seine Zustimmung bereits durch das Eintreten auflösender Bedingungen entfallen ist, greift ein Widerruf der Zustimmung notwendig ins Leere.

Eine notwendige Bedingung in diesem Sinne kann die explizite Verknüpfung einer Zustimmung mit dem Fortbestand eines völkerrechtlichen Mandats des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen sein. Sofern sich im Zeitpunkt der Zustimmung bereits die konkrete Möglichkeit abzeichnet, dass sich Bedingungen, die der Deutsche Bundestag für notwendig hält, in absehbarer Zeit ändern, kann in die Zustimmung auch ein ausdrücklicher Vorbehalt dahingehend aufgenommen werden, dass der Deutsche Bundestag erneut befasst werden muss, sobald solche Veränderungen eintreten; derlei Vorbehalte hat der Deutsche Bundestag etwa für die deutsche Beteiligung an den Missionen der Vereinten Nationen im Sudan oder im Libanon formuliert (vgl. BT-Dr 16/2900, S. 1; BT-Dr 16/6278, S. 1). Durch Veränderung dieser Umstände entfällt dann entweder eine notwendige Bedingung oder ein ausdrücklich erklärter Vorbehalt wird wirksam. In einem solchen Fall kann auch eine Mehrheit des Deutschen Bundestages nicht stillschweigend von der Fortgeltung der einmal erteilten Zustimmung ausgehen, vielmehr bedarf es dann schon aus Gründen der Rechts- und Verantwortungsklarheit einer erneuten parlamentarischen Entscheidung.

a. Zweifel hierüber nicht ausreichend für erneute Zustimmungspflicht

Ein parlamentarischer Zustimmungsbeschluss zu einem Einsatz bewaffneter Streitkräfte verliert aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit aber nicht schon dann seine Wirkung, wenn der Fortbestand von Umständen, an die der Deutsche Bundestag seine Zustimmung geknüpft hat, lediglich zweifelhaft wird. In solchen Fällen kann der Deutsche Bundestag seine politische Verantwortung notfalls durch Ausübung seines Rückholrechts nach § 8 ParlBG be-

tätigen. Aus verfassungsrechtlichen Gründen erfordert es gerade der von der Ast. als verletzt gerügte konstitutive Parlamentsvorbehalt, dass bestehende Unsicherheiten nicht das einmal erteilte parlamentarische Mandat des Deutschen Bundestages eo ipso entfallen lassen. Der Deutsche Bundestag hat nach der durch Erteilung seiner Zustimmung begründeten Verantwortung die Möglichkeit, Zweifel über das Fortbestehen von Bedingungen, an die er seine Zustimmung gebunden hat, selbst auszuräumen; dadurch bleibt er - im Einklang mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben - Herr seiner Zustimmungsentscheidung (vgl. BVerfGE 121, 135 [161 f.] = NJW 2008, 2018).

Deshalb kann der Deutsche Bundestag sogar die Änderung solcher Umstände, die er in seiner Zustimmungsentscheidung nicht erkennbar in den Rang wesentlicher Einsatzbedingungen erhoben hat, stets zum Anlass nehmen, seine Zustimmung nachträglich zu revidieren. So liegt es in seinem politischen Ermessen, ob er infolge veränderter tatsächlicher oder rechtlicher Rahmenbedingungen die erteilte Zustimmung widerrufen und dadurch den Rückruf deutscher Soldaten verfügen will. Der Deutsche Bundestag ist dabei in Fällen nachträglicher Lageänderungen – anders als bei der ersten Streitkräfteentsendung – nicht auf einen Antrag der Bundesregierung auf Neumandatierung angewiesen, sondern er kann selbst initiativ werden und auf diese Weise seine Mitverantwortung über den Einsatz bewaffneter Streitkräfte wahrnehmen. Denn die Regelung des § 8 ParlBG macht den Deutschen Bundestag zum Herrn über seine Zustimmungsentscheidungen, indem sie deren jederzeitige Widerruflichkeit festlegt. Insoweit ist der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass Zustimmungsbeschlüsse im Fall der Veränderung tatsächlicher oder rechtlicher Umstände grundsätzlich nicht eo ipso entfallen. Seine Regelung drückt vielmehr aus, dass der Deutsche Bundestag erteilte Zustimmungen grundsätzlich durch einen actus contrarius aufheben muss (vgl. auch: Hummel, NZWehrR 2001, 221 [226 ff.]; Nolte, ZaöRV

1994, 652 [682]; Wolfrum, VVDStRL 1997, 38 [53]).

b. Vielmehr: Evidenzmaßstab

Entbehrlich ist dies nur, wenn Voraussetzungen, an die die Zustimmung nach dem Wortlaut des Zustimmungsbeschlusses oder des Regierungsbeschlusses, auf den er sich bezieht, ausdrücklich geknüpft ist, offensichtlich entfallen. Nur ein solcher Evidenzmaßstab vermeidet, dass die Bundesregierung von Verfassungs wegen fortwährend dem Dilemma ausgesetzt ist, bei jeder Veränderung von Umständen nach Erteilung der parlamentarischen Zustimmung entweder vorsorglich eine – von Verfassungs wegen möglicherweise gar nicht nötige – neue Zustimmung des Deutschen Bundestages zu beantragen oder sich bei Unterlassung eines neuen Antrags dem Vorwurf der Verfassungsverletzung ausgesetzt zu sehen. Bindet der Deutsche Bundestag seine Zustimmung an ein Mandat des UN-Sicherheitsrats, so muss dessen Beendigung evident sein, sei es dass eine Befristung oder eine ausdrückliche sachliche auflösende Bedingung ausgesprochen wurde, sei es dass der Beschluss ausdrücklich aufgehoben oder ersetzt wird. Die Zustimmung des Deutschen Bundestages entfällt danach eo ipso grundsätzlich nur mit Zeitablauf, wenn das Mandat des Sicherheitsrats befristet war, mit dem Eintritt eines Umstands, an den das Mandat ausdrücklich seine Beendigung – im Sinne einer auflösenden Bedingung – knüpft, oder mit einem Beschluss des Sicherheitsrats, durch den das Mandat ausdrücklich aufgehoben oder ersetzt wird.

2. Subsumtion

Im vorliegenden Fall ist weder in einer evidenten Weise das völkerrechtliche Mandat für den Einsatz im Kosovo entfallen, noch ist erkennbar, dass der Deutsche Bundestag die Unabhängigkeitserklärung des Kosovo als auflösende Bedingung seiner Zustimmung ausdrücklich erklärt hätte. [wird ausgeführt]

Standort: Gewerbeordnung

Problem: Gewerbeuntersagung in der Insolvenz

OVG LÜNEBURG, BESCHLUSS VOM 11.08.2009
7 LA 232/07 (NVWZ-RR 2009, 922)

Problemdarstellung:

Dem Kläger des vom OVG Lüneburg entschiedenen Rechtsstreits wurde der weitere Betrieb seines Gewerbes gem. § 35 I GewO untersagt, weil er "unzuverlässig" im Sinne dieser Vorschrift sei. Hiergegen wehrte er sich mit dem Argument, § 35 I GewO sei während eines Insolvenzverfahrens nicht anwendbar. Tatsächlich bestimmt § 12 GewO: "Vorschriften, welche die Untersagung eines Gewerbes [...] ermöglichen, finden

während eines Insolvenzverfahrens [...] keine Anwendung [...]."

§ 12 GewO wird von der Rechtsprechung - so auch vom OVG Lüneburg im vorliegenden Fall - jedoch einschränkend dahingehend ausgelegt, dass die Norm ihre Sperrwirkung gegenüber § 35 I GewO nur insoweit entfalten kann, als die Unzuverlässigkeit gerade auf die ungeordneten Vermögensverhältnisse des Gewerbetreibenden zurückzuführen sein muss. Das OVG begründet seine Ansicht mit Wortlaut und Teleologie der Norm.

Entsprechendes dürfte für andere an die Unzuverlässig-

sigkeit anknüpfende gewerberechtliche Eingriffsermächtigungen gelten, z.B. die Gewerbeuntersagung nach Konzessionsentzug gem. §§ 15 I i.V.m. 4 I Nr. 1 GastG i.V.m. 15 II GewO.

Prüfungsrelevanz:

Gewerbeuntersagungen und Rechtsschutzmöglichkeiten hiergegen sind ein beliebter Prüfungsstoff. § 35 I GewO knüpft an die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden an. Deren Feststellung setzt wegen des ausschließlich präventiven Charakters der Norm eine negative Zukunftsprognose voraus. Es kommt mit anderen Worten nicht darauf an, ob der Gewerbetreibende persönlich in Zukunft die Gewähr dafür bietet, sein Gewerbe ordnungsgemäß zu führen. Dass sich ungeordnete Vermögensverhältnisse eingestellt haben, ist ein Paradebeispiel für eine gewerberechtliche Unzuverlässigkeit. Dass es in diesen Fällen nicht selten auch zu einem Insolvenzverfahren kommt, leuchtet ebenfalls ein. In diesen Fällen stellt sich dann bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit einer Gewerbeuntersagung schon bei der Ermächtigungsgrundlage die Frage, ob § 35 I GewO überhaupt anwendbar ist. Kennt man dann § 12 GewO nicht, übersieht man das Problem. Kennt man ihn, nicht aber seine einschränkende Auslegung durch die Rechtsprechung, führt man die Lösung zu einem falschen Ergebnis.

Vertiefungshinweise:

- Zur Gewerbeuntersagung in der Insolvenz: OVG Lüneburg, GewArch 2009, 162; GewArch 2003, 383; Hahn, GewArch 2000, 361
- Zur Rolle der GbR im Gewerberecht: OVG Lüneburg, RA 2009, 295 (Gewerberechtsfähigkeit); NVwZ-RR 2003, 103 (Gewerbeuntersagung)

Kursprogramm:

- Examenskurs: "Ausgespielt"
- Examenskurs: "Stukkateur"

Leitsatz:

Die Begehung von Vermögensdelikten, insbesondere von Betrugshandlungen gegenüber Kunden, stellt keine wesensnotwendige Begleiterscheinung wirtschaftlich ungeordneter Vermögensverhältnisse dar. Die Sperrwirkung des § 12 GewO tritt daher bei einer auf die Verurteilung wegen derartiger Straftaten gestützten Gewerbeuntersagung, die dem Schutz aktueller und potenzieller Kunden dient, nicht ein.

Sachverhalt:

Der Kl. beantragt, die Berufung gegen das Urteil des VG zuzulassen, mit dem seine Klage gegen die (er-

weiterte) Gewerbeuntersagungsverfügung der Bekl. vom 23. 10. 2006 abgewiesen worden ist. Der Antrag hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Zwar dürfte auf Grund des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Kl. bei dem AG Gifhorn der zeitliche Anwendungsbereich des § 12 GewO eröffnet sein. Dieses Verfahren steht der Gewerbeuntersagungsverfügung der Bekl. jedoch im Ergebnis nicht entgegen.

A. Auslegung des § 12 GewO

Nach § 12 GewO finden Vorschriften, welche die Untersagung eines Gewerbes oder die Rücknahme oder den Widerruf einer Zulassung wegen Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden, die auf ungeordnete Vermögensverhältnisse zurückzuführen ist, ermöglichen, während des Insolvenzverfahrens, während der Zeit, in der Sicherungsmaßnahmen nach § 21 der Insolvenzordnung - InsO - angeordnet sind, und während der Überwachung der Erfüllung eines Insolvenzplans (§ 260 InsO) keine Anwendung in Bezug auf das Gewerbe, das zur Zeit des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens ausgeübt wurde.

I. Wortlaut

Der gesetzlichen Formulierung in § 12 GewO, wonach (lediglich) Vorschriften, „[...] welche die Untersagung eines Gewerbes [...], die auf ungeordnete Vermögensverhältnisse zurückzuführen ist, ermöglichen, [...]“ während des Insolvenzverfahrens keine Anwendung finden, ist dabei zu entnehmen, dass die Unzuverlässigkeit auf die ungeordneten Vermögensverhältnisse zurückzuführen sein muss, um die Sperrwirkung des § 12 GewO gegenüber einer Anwendung des § 35 GewO auszulösen.

II. Teleologie

Dafür spricht auch der Sinn und Zweck des § 12 GewO, der darin besteht, einen Konflikt der Untersagungs-, Rücknahme- oder Widerrufsvorschriften mit den Zielen eines Insolvenzverfahrens und der Entscheidung der Gläubigerversammlung über die Fortführung oder Stilllegung des Unternehmens (§§ 156, 157 InsO) oder mit der Aufstellung eines Insolvenzplans nach § 217 InsO zu vermeiden (OVG Lüneburg, GewArch 2003, 383f.).

Das Ziel des Insolvenzverfahrens, zumindest vorläufig den Gewerbebetrieb zu erhalten, kann nur insoweit mit einer Unzuverlässigkeitsbeurteilung des Gewerbetreibenden in Konflikt geraten, als diese auf ungeordneten Vermögensverhältnissen beruht oder zumindest ein innerer Zusammenhang zwischen den ungeordneten Vermögensverhältnissen und anderen Unzuverlässigkeitsgründen besteht (OVG Lüneburg, BeckRS 2003, 22102). Damit mögen "Begleitstrafta-

ten", die mit den ungeordneten Vermögensverhältnissen in engem Zusammenhang stehen, wie möglicherweise der Verstoß gegen bestimmte abgabenrechtliche Delikte, bei denen allein die Nichtzahlung fälliger Steuern oder Beiträge den Straftatbestand verwirklicht, von der Gewerbeaufsicht (ebenfalls) nicht zur Grundlage der Gewerbeuntersagung gemacht werden können (so im Ergebnis: Hahn, Gew-Arch 2000, 361f.). Hingegen fehlt es an einem die Anwendbarkeit des § 12 GewO rechtfertigenden Zusammenhang, wenn die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden auf Vorgängen beruht, die mit seiner ungeordneten

Vermögenslage nichts zu tun haben und aus ganz anderen Gründen - zum Schutz der Allgemeinheit, der Mitarbeiter oder der Verbraucher - die Untersagung der Gewerbeausübung oder den Widerruf der Zulassung erfordern (OVG Lüneburg, BeckRS 2003, 22102).

B. Subsumtion

Hiervon ausgehend ergeben sich keine ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des angegriffenen Urteils des VG. [wird ausgeführt]

Standort: Polizeirecht

Problem: Kostenpflicht des Zweckveranlassers

VG SAARLOUIS, TEILURTEIL VOM 28.08.2009
6 K 125/09 (NVWZ-RR 2009, 998)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall hatte sich ein geistig verwirrter Bewohner eines Altenheims aus diesem entfernt. Als er von der Polizei aufgegriffen wurde, transportierte diese ihn zum Altenheim zurück und erließ für den Transport einen Kostenbescheid gegenüber dem Betreiber des Altenheims. Das VG Saarlouis hält diese Vorgehensweise für rechtmäßig:

I. Kostenpflichtig sei, wer im polizei- und ordnungsrechtlichen Sinne Störer sei. Dies wiederum sei nach der Theorie der unmittelbaren Verursachung zu bestimmen, wonach nur Verhaltensstörer sei, wer die *letzte* (unmittelbare) Ursache vor Eintritt der Gefahr setze. Dies war hier offensichtlich nicht der Betreiber des Altenheims, sondern der geistig verwirrte Bewohner selbst.

II. Jedoch kenne die Theorie der unmittelbaren Verursachung mit der Figur des sog. "Zweckveranlassers" eine Ausnahme. Danach sei auch ein nur mittelbar Verantwortlicher Störer, wenn - so das VG - dessen Verhalten und das unmittelbar gefährliche Verhalten eines Dritten eine "natürliche Einheit" bildeten, die es rechtfertigt, dem Zweckveranlasser das Verhalten des Dritten zuzurechnen. Es müsse ein hinreichend enger Wirkungs- und Verantwortungszusammenhang zwischen der zurückliegenden und der letzten Ursache bestehen, um eine Polizeipflichtigkeit des mittelbaren Verursachers für den durch das Verhalten des Dritten eintretenden Erfolg zu bejahen. Danach sei insbesondere derjenige als Zweckveranlasser und damit als Handlungsstörer anzusehen, der die Störung subjektiv bezwecke (sog. subjektive Theorie) oder wenn diese sich als Folge seines Verhaltens zwangsläufig einstelle (sog. objektive Theorie). Im konkreten Fall nahm das VG wegen des Unterlassens hinreichender Sicherungsmaßnahmen zumindest einen objektiven Zurechnungszusammenhang an.

III. Sodann stellte sich die Frage nach der Auswahl unter mehreren Kostenpflichtigen, denn der Betreiber des Altenheims war als Zweckveranlasser nicht an Stelle, sondern neben dem unmittelbaren Störer (also dem Bewohner) kostenpflichtig. Auf *Primärebene*, also wenn es um die Abwehr der Gefahr selbst geht, vollzieht sich die Störerauswahl nach allg.M. nach dem Grundsatz der Effektivität. Auf *Sekundärebene*, wenn es also - wie hier - nur noch um die Kostenerhebung geht, wird statt dessen teilweise aus Billigkeitserwägungen auf das Verschulden abgestellt. Letzteres hätte hier beim Bewohner gelegen. Das VG erwähnt diese Ansicht jedoch gar nicht, sondern geht kommentarlos auch auf Sekundärebene nach Effektivität vor. Dass es kostenrechtlich effektiver war, den Betreiber des Altenheims anstelle des mittellosen Bewohners heranzuziehen, war dann selbstverständlich.

Prüfungsrelevanz:

Die Theorie der unmittelbaren Verursachung und die Figur des Zweckveranlassers als ihre prominenteste Ausnahme gehören zum Basiswissen für jeden Examenkandidaten. Der vorliegende Fall zeigt, dass die Zweckveranlasserproblematik auch kostenrechtlich von Bedeutung sein kann. Insbesondere darf nicht vergessen werden, dass der Zweckveranlasser die Ordnungspflicht des Letztverantwortlichen nicht entfallen lässt, sondern zu dieser *hinzutritt*. Dies hat zur Folge, dass eine Störerauswahl notwendig wird. Diese mag auf Primärebene offensichtlich den Zweckveranlasser treffen - dort geht es ausschließlich nach Effektivität, und die Figur des Zweckveranlassers ist ja gerade für die Fälle entworfen worden, in denen allein unter Heranziehung des Letztverantwortlichen eine effektive Gefahrenabwehr nicht möglich wäre; auf Sekundärebene kann die Auswahl des Kostenpflichtigen jedoch zu einem völlig anderen Ergebnis führen, gesetzt etwa den Fall, dass - anders als hier - der unmittelbar Störende vermöglicher ist als der Zweckveranlasser, oder man der Ansicht folgt, welche auf Kostenebene nach

Verschulden geht (vgl. dazu die nachfolgenden Vertiefungshinweise).

Vertiefungshinweise:

- Auswahl unter mehreren Kostenpflichtigen: *Schoch*, JuS 1995, 504, 508 (nach Verschulden); *Diennelt*, NVwZ 1994, 355, 357; *Schwabe*, NVwZ 1992, 763, 765 (jeweils nach Effektivität)
- Zur Figur des Zweckveranlassers: *OVG Münster*, RA 2008, 69 = NVwZ-RR 2008, 12
- Zweckveranlasser im Versammlungsrecht: *BVerfG*, RA 2001, 1 = DVBl 2001, 62
- Zur Zuverlässigkeit des Trägers eines Seniorenpflegeheims: *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 2009, 930

Kursprogramm:

- Examenskurs: "Waffen-SS"
- Examenskurs: "Der Großbrand"

Leitsatz:

Bei unzureichenden Sicherungsmaßnahmen ist der Heimbetreiber als Zweckveranlasser für die durch die Rückbeförderung eines entlaufenen Heimbewohners durch die Polizei entstandenen Kosten verantwortlich.

Sachverhalt:

Die Kl. wendet sich gegen die Inanspruchnahme zu den Kosten für die Rückbeförderung eines ihrer Heimbewohner mit einem Dienstfahrzeug der Polizei. Die Kl. betreibt das Alten- und Pflegeheim St. in A.-Stadt. Auf Grund des Beschlusses des AG wurde Herr R auf Veranlassung seines Betreuers in dem Heim der Kl. untergebracht. Am 6. 2. 2008 verließ Herr L unbemerkt das Pflegeheim und suchte eine Gaststätte in T.auf. Da er kein Geld besaß und trotz der kalten Witterung keine Jacke trug, setzte sich die Wirtin der Gaststätte mit der Polizei in Verbindung und teilte dieser mit, Herr L sei in Richtung Bahnhof unterwegs und habe geäußert, er wolle mit dem Zug in den Ruhrpott fahren. Auf Grund der Personenbeschreibung gingen die Beamten davon aus, dass es sich bei der fraglichen Person um den ihnen im Zusammenhang mit ähnlichen Einsätzen bereits bekannten Herrn L handelte. Eine telefonische Rückfrage bei der diensthabenden Pflegerin, die erst anlässlich dieses Anrufs das Verschwinden von Herrn L bemerkte, bestätigte diese Vermutung. Auf dem Bahnhof in T. konnte Herr L von den Beamten der Polizeiinspektion N. nicht mehr angetroffen werden, da er offenbar bereits mit dem abgefahrenen Zug in Richtung St. W. unterwegs war. Daraufhin informierten sie die Kollegen von der Polizeiinspektion St. W., die den Gesuchten in Gewahrsam nahmen und ihn zu ihrer Dienststelle in St. W.

brachten. Von dort wurde die Kl. um 22.30 Uhr informiert. Da in dem Pflegeheim nur eine examinierte Pflegekraft als Nachtwache Dienst verrichtete, bestand für das Heim keine Möglichkeit, Herrn L abzuholen. Deshalb wurde er von den Beamten der Polizeiinspektion N. in St. W. abgeholt, mit einem Funkstreifenwagen zum Alten- und Pflegeheim St. in A.-Stadt zurückgebracht und dort in die Obhut der Pflegekraft überstellt. Mit Bescheid vom 12. 3. 2008 erließ die Bekl. einen an die Kl. gerichteten Gebührenbescheid, in dem sie für die Personenbeförderung von Herrn L Gebühren in Höhe von 75 Euro in Rechnung stellte. Mit Schreiben ihrer Prozessbevollmächtigten vom 1. 4. 2008, das am 4. 4. 2008 bei der Bekl. einging, legte die Kl. Widerspruch gegen den Gebührenbescheid vom 12. 3. 2008 ein. Hiergegen richtet sich die am 19. 2. 2009 bei Gericht eingegangene Klage.

Aus den Gründen:

Die Klage hat keinen Erfolg. Der Gebührenbescheid der Bekl. vom 12. 3. 2008 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 19. 1. 2009 ist rechtmäßig und verletzt die Kl. nicht in ihren Rechten (§ 113 I 1 VwGO).

A. Ermächtigungsgrundlage

Rechtsgrundlage für die Gebührenerhebung ist § 90 I SaarlPolG i.V. mit § 2 Nr. 1 PolKV. Danach werden für die Kosten der Beförderung von Personen mit Fahrzeugen der Polizei Gebühren erhoben.

B. Materielle Rechtmäßigkeit

Gebührensschuldner ist gem. § 12 I Nr. 1 SaarlGebG, wem die Amtshandlung zuzurechnen ist. Die Erhebung von Kosten setzt notwendig voraus, dass gegenüber dem mit den Kosten Belasteten eine entsprechende polizeiliche Aufforderung rechtmäßig hätte ergehen können. Dies setzt eine polizeirechtliche Verantwortlichkeit des Betreffenden voraus (vgl. Sailer, in: Lisken/Denninger, Hdb. d. PolizeiR, 4. Aufl. [2007], S. 1260 Rdnr. 61).

I. Eigenschaft der Kl. als Verhaltensstörer

Im vorliegenden Fall kommt allein eine Verantwortlichkeit der Kl. gem. § 4 I SaarlPolG in Betracht. Nach dieser Vorschrift können Maßnahmen gegen die Person gerichtet werden, die eine Gefahr verursacht hat. Die Verantwortlichkeit ist grundsätzlich nach der Theorie der unmittelbaren Verursachung zu ermitteln. Hiernach verursacht diejenige Person verantwortlich eine Gefahr, die mit ihrem Verhalten die Schwelle zu einer konkreten Gefahrenlage unmittelbar überschreitet (vgl. Götz, Allgemeines Polizei- und OrdnungsR, 13. Aufl. [2001], § 9 Rdnr. 196; VGH Mannheim, BeckRS 2006, 23884 = ESVGH 56, 115).

1. Theorie der unmittelbaren Verursachung

Dies ist in der Regel derjenige, der die zeitlich letzte Ursache gesetzt hat. Nach diesen Grundsätzen würde eine Verantwortlichkeit der Kl. ausscheiden, da Herr L durch sein Entweichen aus dem Heim der Kl. die letzte, unmittelbare Ursache für die daraus resultierende Gefahr für sein Leben und seine körperliche Unversehrtheit gesetzt hat und er damit als eigentlicher Handlungsstörer einzustufen ist.

2. Ausnahme: Zweckveranlasser

Die Kl. ist jedoch als Zweckveranlasserin im Sinne des Gefahrenabwehrrechts anzusehen.

a. Voraussetzungen

Entsteht eine Gefahr durch mehrere zeitlich gestaffelte Verhaltensbeiträge, so ist nicht notwendigerweise allein derjenige Verantwortlicher, der die zeitlich letzte Bedingung für den Gefahreneintritt gesetzt hat. Auch ein in einem früheren Stadium Bet. kommt als Verantwortlicher in Betracht, wenn er durch sein Verhalten eine Gefährdung oder eine Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung herausfordert.

Bloße Ursächlichkeit genügt allerdings für diese als Zweckveranlassung bezeichnete, in der Rechtsprechung anerkannte Fallgestaltung nicht. Hinzu kommen muss, dass das betreffende Verhalten und die durch das Verhalten eines Dritten eintretende Gefahr oder Störung eine natürliche Einheit bilden, die es rechtfertigt, dem Zweckveranlasser das Verhalten des Dritten zuzurechnen. Es muss ein hinreichend enger Wirkungs- und Verantwortungszusammenhang zwischen der zurückliegenden und der letzten Ursache bestehen, um eine Polizeipflichtigkeit des mittelbaren Verursachers für den durch das Verhalten des Dritten eintretenden Erfolg zu bejahen. Danach ist insbesondere derjenige als Zweckveranlasser und damit als Handlungsstörer anzusehen, der die Störung subjektiv bezweckt oder wenn diese sich als Folge seines Verhaltens zwangsläufig einstellt (vgl. VGH Mannheim, NVwZ-RR 1995, 663; OVG Münster, ZfSch 2003, 478; VGH Kassel, NVwZ-RR 1992, 622).

b. Subsumtion

Ein solcher enger Wirkungs- und Verantwortungszusammenhang zwischen den der Kl. als Heimbetreiberin zurechenbaren mangelnden Sicherungsvorkehrungen und dem die Gefahr unmittelbar herbeiführenden Entweichen des Herrn L aus dem Heim ist vorliegend zu bejahen. Das Unterlassen zusätzlicher Sicherungsmaßnahmen für den Verbleib von Herrn L im Heim und dessen unerlaubtes Entfernen am 6. 2. 2008 stehen in einem untrennbaren Zusammenhang zueinander und bilden eine natürliche Einheit. Insoweit ist von maßgeblicher Bedeutung, dass Herr L bereits zuvor das Alten- und Pflegeheim St. mehrfach unbemerkt

verlassen konnte und sich damit die vorhandene, aus einem Plastikarmband bestehende, einen Alarm auslösende Sicherungsmaßnahme in seinem Fall als unzureichend erwiesen hatte. Bei dieser Sachlage war ein erneutes eigenmächtiges Entfernen des Herrn L aus dem Heim vorhersehbar und allenfalls eine Frage der Zeit. Die am 6. 2. 2008 aufgetretene Gefahrensituation war daher die typische, zwangsläufige Folge der Nichtergreifung zusätzlicher bzw. weitergehender Schutzmaßnahmen durch die Kl. Dieser musste sich die Notwendigkeit verbesserter Sicherungsmaßnahmen im Falle von Herrn L aufdrängen. Dass die Vornahme weiterer Sicherungsmaßnahmen für das Heim unzumutbar war, ist weder vorgetragen noch ersichtlich.

Soweit die Kl. geltend macht, weitere Sicherungsmaßnahmen wären nur möglich gewesen, wenn dem Patienten so weitgehende Beschränkungen auferlegt würden, dass von einer würdigen Form des Aufenthalts im Heim nicht mehr gesprochen werden könnte, widerspricht dies der momentanen Situation in der Einrichtung. Offenbar als Reaktion auf den Vorfall vom 6. 2. 2008 hat die Kl. unmittelbar im Anschluss daran, nämlich am 8. 2. 2008, ein neues Sicherungssystem in der Weise angeschafft, dass Herr L nunmehr ein Stahlarmband trägt, das er - anders als zuvor das Plastikarmband - nicht mehr öffnen und abstreifen kann. Seit dieser Änderung ist es Herrn L, wie die Kl. selbst vorträgt, nicht mehr gelungen, sich unbemerkt aus dem Heim zu entfernen. Dies deutet jedoch darauf hin, dass es der Kl. bereits vor dem 6. 2. 2008 ohne unzumutbaren Aufwand möglich gewesen wäre, ein Verlassen des Heims durch Herrn L zu verhindern. Zwar hat der Prozessbevollmächtigte der Kl. hierzu in der mündlichen Verhandlung vorgetragen, es handle sich um eine neu auf den Markt gekommene Änderung. In Anbetracht des unmittelbaren zeitlichen Zusammenhangs zwischen dem hier relevanten Vorfall am 6. 2. 2008 und der nur zwei Tage später erfolgten Anschaffung des neuen Sicherungssystems ist jedoch davon auszugehen, dass diese Möglichkeit bereits vor dem 6. 2. 2008 zur Verfügung stand. Dadurch, dass die Kl. es vor dem 6. 2. 2008 unterlassen hat, zusätzliche Sicherungsmaßnahmen im Falle von Herrn L zu ergreifen, hat sie dessen erneutes Verlassen des Heims billigend in Kauf genommen. Zwischen diesem Unterlassen der Kl. und der unmittelbaren Gefahrverursachung durch Herrn L besteht ein hinreichend enger Wirkungs- und Verantwortungszusammenhang, der es bei wertender Betrachtung rechtfertigt, der Kl. das Verhalten von Herrn L zuzurechnen und sie als polizeipflichtige Zweckveranlasserin anzusehen. [...]

II. Auswahl unter mehreren Kostenschuldnern

Ausgehend von diesen Erwägungen ist auch die Störerauswahl, d.h. die Entscheidung der Bekl., die Kl. zu

den Kosten der Rückbeförderung heranzuziehen, rechtlich nicht zu beanstanden. Die Kostenpflicht richtet sich wie erwähnt an denjenigen, dem die Amtshandlung zuzurechnen ist (§ 12 I Nr. 1 SaarlGebG); sie setzt demnach bei der Störereigenschaft an. Sind mehrere Störer vorhanden, steht der Behörde ein Auswahlermessen zu, das sachgerecht und unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ausgeübt werden muss. Dieses Ermessen ist bei der Erhebung von Kosten ebenso wie bei Maßnahmen zur Gefahrenabwehr am Effektivitätsgrundsatz auszurichten. Die Behörde kann daher, wenn sie die Auswahl unter mehreren, in Gesamtschuldnerschaft (§§ 421ff. BGB) stehenden Störern hat, denjenigen heranziehen, den sie als am leistungsfähigsten ansieht (vgl. VGH Mannheim, ESVGH 56, 115).

Von daher ist es [nicht] zu beanstanden, dass der Bekl. vorliegend nicht Herrn L bzw. dessen Betreuer (vgl. § 4 II 2 SaarlPolG), sondern die Kl. als diejenige in Anspruch genommen hat, die ihr unter dem Blickwinkel der Verwaltungspraktikabilität als vorzugswürdig erschien.

III. Verhältnismäßigkeit

Die Inanspruchnahme der Kl. zu den Kosten belastet diese gemessen an ihrer individuellen Verantwortung und an ihren individuellen Möglichkeiten auch nicht unverhältnismäßig. Insoweit ist vielmehr zu beachten,

dass es grundsätzlich zumindest auch im Verantwortungs- und Aufgabenbereich des Heims liegt, für die Rückbeförderung von Heimbewohnern, die das Heim unerlaubt verlassen haben und die eine Gefahr für sich selbst darstellen, Sorge zu tragen. Im vorliegenden Fall war das Heim von Seiten der Polizei auch entsprechend informiert worden; jedoch sah man sich dort zu einer Übernahme der Rückführung von Herrn L in das Heim personell nicht in der Lage, da am späten Abend lediglich eine examinierte Pflegekraft Dienst verrichtete. Berücksichtigt man die Verantwortlichkeit der Kl. für den Gefahreneintritt einerseits und ihren fehlenden Beitrag zur Beseitigung der Gefahr trotz der übernommenen Verantwortung für Herrn L andererseits, so erscheint die Erhebung der Beförderungskosten gegenüber der Kl. alles andere als unverhältnismäßig, da die Polizei mit der Beförderung neben ihrer Gefahrenabwehraufgabe auch ein Geschäft der Kl. wahrgenommen bzw. es in deren vorrangigen Interesse gelegen hat, dass Herr L alsbald in das Heim zurückgebracht wurde. Dass in der Höhe der erhobenen Gebühr (1,50 Euro x 50 km = 75 Euro) keine unzumutbare Belastung für die Kl. liegt, versteht sich in Anbetracht der Kosten, die ihr bei einer selbst veranlassten Rückführung (durch eigene Beschäftigte mit eigenem Pkw bzw. mittels Taxi) entstanden wären, von selbst und bedarf keiner weiteren Ausführungen. Die Klage ist daher abzuweisen.

Standort: Polizei- und Ordnungsrecht

Problem: Blaulicht für Ordnungsfahrzeuge?

OVG MÜNSTER, URTEIL VOM 29.09.2009
8 A 1531/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die klagende Stadt wollte die Fahrzeuge ihres Ordnungsamtes mit Blaulicht und Einsatzhorn ausstatten lassen. Nach der StVZO ist dies unter anderem für - so wörtlich - "Kraftfahrzeuge, die dem Vollzugsdienst der Polizei" dienen (§ 52 III Nr. 1 StVZO) genehmigungsfrei möglich. Die Stadt stellte sich auf den Standpunkt, dass die Ordnungsbehörden ebenso wie die Polizei Gefahrenabwehraufgaben erfüllten und daher als "Polizei" in diesem Sinne anzusehen seien. Das OVG Münster teilt diesen "materiellen" Polizeibegriff jedoch nicht. Vielmehr sei "Polizei" in einem formell-institutionellen Sinn zu verstehen, unter den nur Schutzpolizei, Kriminalpolizei, Bereitschaftspolizei und Wasserschutzpolizei fielen. Diese Ansicht begründet das Gericht unter geradezu schulmäßiger Auslegung des § 52 III Nr. 1 StVZO.

Ist danach nur für die Polizei, nicht aber für die Ordnungsbehörde eine genehmigungsfreie Führung von Blaulicht und Einsatzhorn zulässig, stellte sich die Frage, ob der Ordnungsbehörde eine Ausnahmegeneh-

migung erteilt werden kann. Die Entscheidung darüber steht nach § 70 I StVZO allerdings im Ermessen der zuständigen Behörde, und bei der gebotenen engen Auslegung einer Ausnahmegenehmigung ließen sich im konkreten Fall keine Ermessensfehler der Ablehnungsentscheidung nachweisen.

Prüfungsrelevanz:

Das Urteil ist zum einen wegen der Ausführungen zum Polizeibegriff interessant. Hierzu sei ergänzt, dass es in NRW ein zweigliedriges System der Gefahrenabwehr gibt, nach dem (im Regelfall) die Ordnungsbehörden und (vor allem im Eilfall) die Polizei zuständig sind. In den meisten anderen Bundesländern ist dies ähnlich, auch wenn die Ordnungsbehörde nicht immer "Ordnungsbehörde" heißt (so etwa in Niedersachsen, dessen NSOG von "Verwaltungsbehörde" und Polizei spricht). Und selbst jene Bundesländer, welche am Einheitssystem der alleinigen Zuständigkeit der Polizeibehörden für die Gefahrenabwehr festgehalten haben, haben eine organisatorische Aufspaltung in im Regelfall zuständige Polizeibehörden und in einen separaten, vor allem im Eilfall zuständigen Polizeivollzugsdienst vorgenommen. Trotz aller termi-

nologischen Unterschiede kann man daher für alle Bundesländer sagen, dass es sich bei den beiden Behördengruppen auf der einen Seite um die entpolizeilichten Ordnungsbehörden und auf der anderen Seite um die Polizei im organisatorischen Sinne mit dem Recht des ersten Zugriffs handelt. Blaulicht und Einsatzhorn darf nach der vorliegenden Entscheidung nur letztere führen.

Die Frage, was genau unter "Vollzugsdienst der Polizei" zu verstehen ist, stellt sich übrigens nicht nur in der StVZO, sondern - vielleicht noch examensrelevanter - z.B. auch in § 80 II Nr. 2 VwGO (dort: "Polizeivollzugsbeamte").

Schließlich und vor allem ist das Urteil wegen seiner schulmäßigen Normprüfung lesenswert. Der unbestimmte Rechtsbegriff "Vollzugsdienst der Polizei" wird nach allen Regeln der Kunst beleuchtet und ausgelegt. Sauberer kann man nicht arbeiten.

Vertiefungshinweise:

I. Instanz: VG Münster, NWVBl 2009, 402

Zum Begriff des "Polizeivollzugsbeamten": VG Schleswig, RA 2004, 797 = NVwZ-RR 2004, 868

Leitsätze (der Redaktion):

1. Unter "Polizei" im Sinne des § 52 III Nr. 1 StVZO ist nur die Polizei im formell-institutionellen Sinn zu verstehen. Dazu gehören die Schutzpolizei, Kriminalpolizei, Bereitschaftspolizei und Wasserschutzpolizei, nicht aber die Städte und Gemeinden als örtlichen Ordnungsbehörden.

2. Zur Frage, ob den örtlichen Ordnungsbehörden erlaubt ist oder erlaubt werden kann, an ihren Dienstfahrzeugen Blaulicht und Einsatzhorn zu führen.

Sachverhalt:

Die Stadt Wuppertal (Klägerin) hatte bei der beklagten Bezirksregierung Düsseldorf die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung für die Ausstattung von Fahrzeugen ihres Kommunalen Ordnungsdienstes (KOD) mit Blaulicht und Einsatzhorn beantragt. Die Klägerin hatte darauf verwiesen, dass ihr uniformierter Vollzugsdienst zunehmend anstelle der Polizei Gefahrenabwehraufgaben übernehme. Dabei gerate er in eilbedürftige Situationen, die den Einsatz von Blaulichtfahrzeugen erforderlich machten. Im Übrigen sei der Kommunale Ordnungsdienst dem Vollzugsdienst der Polizei gleichzustellen und aus diesem Grund auch ohne Ausnahmegenehmigung zum Bereithalten von Blaulichtfahrzeugen berechtigt.

Die Bezirksregierung hatte den Antrag unter Hinweis auf die (neue) restriktive Handhabung der Vergabe von Blaulichtberechtigungen abgelehnt. Soweit in der Vergangenheit befristete Ausnahmegenehmigungen

(z.B. für die Städte Düsseldorf und Duisburg) erteilt worden seien, würden diese nach einer ministeriellen Weisung nicht mehr verlängert. Der Widerspruch der Klägerin hatte keinen Erfolg. Mit der nachfolgend erhobenen Klage begehrte die Klägerin im Hauptantrag festzustellen, dass eine Genehmigung für die Ausstattung von Fahrzeugen ihres Kommunalen Ordnungsdienstes mit Blaulicht und Einsatzhorn nicht erforderlich sei, hilfsweise, die Beklagte zu verpflichten, eine solche Genehmigung zu erteilen. Hierzu berief sie sich auf §§ 52, 55 StVZO sowie § 70 I StVZO. Diese lauten auszugsweise:

§52 StVZO: Zusätzliche Scheinwerfer und Leuchten [...] (3) Mit einer oder mehreren Kennleuchten für blaues Blinklicht (Rundumlicht) dürfen ausgerüstet sein

1. Kraftfahrzeuge, die dem Vollzugsdienst der Polizei, der Militärpolizei, der Bundespolizei oder des Zolldienstes dienen, insbesondere Kommando-, Streifen-, Mannschaftstransport-, Verkehrsunfall-, Mordkommissionsfahrzeuge [...].

§55 StVZO: Einrichtungen für Schallzeichen

[...] (3) Kraftfahrzeuge, die auf Grund des § 52 Abs. 3 Kennleuchten für blaues Blinklicht führen, müssen mit mindestens einer Warneinrichtung mit einer Folge von Klängen verschiedener Grundfrequenz (Einsatzhorn) ausgerüstet sein [...].

§70 StVZO: Ausnahmen

(1) Ausnahmen können genehmigen

1. die höheren Verwaltungsbehörden in bestimmten Einzelfällen oder allgemein für bestimmte einzelne Antragsteller von den Vorschriften der §§ 32, 32d, 34 und 36, auch in Verbindung mit § 63, ferner der §§ 52 und 65 [...].

Das Verwaltungsgericht wies beide Anträge ab. Mit ihrer Berufung blieb die Klägerin auch vor dem Oberverwaltungsgericht erfolglos.

Aus den Gründen:

Die zugelassene und auch im Übrigen zulässige Berufung der Klägerin hat keinen Erfolg. Das Verwaltungsgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen.

A. Hauptantrag

Der auf die Feststellung gerichtete Hauptantrag, dass die Klägerin für die Ausstattung ihrer Einsatzfahrzeuge für den KOD mit blauem Blinklicht und Einsatzhorn keiner Ausnahmegenehmigung nach § 70 Abs. 1 StVZO bedarf, ist zulässig, aber unbegründet.

I. Zulässigkeit

Der Antrag ist zulässig. Er ist insbesondere nicht ge-

mäß § 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO gegenüber einem Verpflichtungsantrag auf Erteilung der Ausnahmegenehmigung subsidiär.

Ist ein Kläger der Auffassung, eine von ihm ausgeübte Betätigung oder ein konkretes Vorhaben bedürfe keiner behördlichen Genehmigung, so steht § 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO einer - gegebenenfalls mit einem hilfsweisen Verpflichtungsantrag kombinierten - Klage auf Feststellung der Erlaubnisfreiheit nicht entgegen, weil vom Rechtsstandpunkt des Klägers aus eine auf Erlaubniserteilung gerichtete Verpflichtungsklage nach § 42 Abs. 1 2. Alt. VwGO nicht in Frage kommt. Mit der Erhebung der Verpflichtungsklage müsste er seinen Rechtsstandpunkt aufgeben und überdies noch die Prozesskosten tragen, sofern das Gericht ebenfalls die Betätigung oder das Vorhaben für erlaubnisfrei hielte und somit die Verpflichtungsklage mangels Erteilungsanspruchs abweisen würde (vgl. dazu BVerwGE 39, 247; OVG Münster, NWVBl. 2007, 234; Sodan, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 2. Aufl. 2006, § 43 Rn. 131, m. w. N.).

So liegt der Fall hier. Die Klägerin steht auf dem Standpunkt, für die Ausrüstung der Fahrzeuge ihres KOD mit Blaulicht und Einsatzhorn bedürfe es keiner Ausnahmegenehmigung nach § 70 Abs. 1 StVZO, weil die Berechtigung dazu bereits aus §§ 52 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1, 55 Abs. 3 Satz 1 StVZO (analog) folge.

II. Begründetheit

Der Antrag ist jedoch unbegründet. Die Ausstattung der Einsatzfahrzeuge des KOD der Klägerin mit Blaulicht und Einsatzhorn bedarf einer Ausnahmegenehmigung nach § 70 Abs. 1 StVZO. Die Klägerin kann die Berechtigung zur streitgegenständlichen Ausstattung der Fahrzeuge ihres KOD ohne Vorliegen einer Ausnahmegenehmigung weder in unmittelbarer (dazu 1.) noch in analoger (dazu 2.) Anwendung der Vorschrift aus § 52 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 StVZO - die übrigen Nummern der Norm greifen nicht zugunsten der Klägerin ein - in Verbindung mit § 55 Abs. 3 Satz 1 StVZO herleiten.

1. Keine Genehmigungsfreiheit nach § 52 III 1 Nr. 1 StVZO

Gemäß § 52 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 StVZO dürfen Kraftfahrzeuge, die dem Vollzugsdienst der Polizei, der Militärpolizei, der Bundespolizei oder des Zolldienstes dienen, insbesondere Kommando-, Streifen-, Mannschaftstransport-, Verkehrsunfall-, Mordkommissionsfahrzeuge, mit einer oder mehreren Kennleuchten für blaues Blinklicht (Rundumlicht) ausgerüstet sein. Kraftfahrzeuge, die aufgrund des § 52 Abs. 3 StVZO Kennleuchten für blaues Blinklicht führen, müssen mit mindestens einer Warneinrichtung mit einer Folge von Klängen verschiedener Grundfrequenz (Einsatzhorn) ausgerüstet sein (§ 55 Abs. 3

Satz 1 StVZO). Andere Fahrzeuge als die in § 55 Abs. 3 Satz 1 StVZO genannten Kraftfahrzeuge dürfen nach Satz 3 der Bestimmung mit dem Einsatzhorn nicht ausgerüstet sein.

Die streitbefangenen Kraftfahrzeuge der Klägerin fallen nicht in den Anwendungsbereich des § 52 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 StVZO. Sie dienen nicht dem - als Tatbestandsvariante allein in Betracht zu ziehenden - Vollzugsdienst der Polizei. Darunter ist allein der Vollzugsdienst der Polizei im formell-institutionellen Sinn als (Vollzugs-)Polizeibehörde, nicht aber der Vollzugsdienst einer Ordnungsbehörde zu verstehen.

a. Wortlaut

Dies folgt bereits aus dem Wortlaut des § 52 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 StVZO und dem Aufbau der Vorschrift.

aa. Formell-institutioneller Polizeibegriff

Dass mit „Polizei“ die Polizei im formell-institutionellen Sinn als (Vollzugs-)Polizeibehörde gemeint ist, entspricht dem allgemeinen Sprachgebrauch. Denn der Begriff „Polizei“ wird heute gemeinhin zur Kennzeichnung der „Vollzugspolizei“ als Polizeibehörde mit den Dienstzweigen Schutzpolizei, Kriminalpolizei, Bereitschaftspolizei und Wasserschutzpolizei verwendet (vgl. dazu Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 14. Aufl. 2008, § 1 Rn. 5; siehe auch OVG NRW, NZV 2000, 514, wo unter „Polizei“ die „Vollzugspolizei“ im Sinne des Polizeigesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen verstanden wird).

Die Vollzugspolizei ist zudem die Stelle, die herkömmlich und typischerweise als zum Führen von Blaulicht und Einsatzhorn berechtigt angesehen wird. Hätte der Verordnungsgeber vor diesem Hintergrund gewollt, dass auch der Vollzugsdienst einer Ordnungsbehörde § 52 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 StVZO unterfallen soll, hätte er dies ausdrücklich geregelt.

bb. Materieller Polizeibegriff

Nichts anderes ergibt sich, bezieht man die verschiedenen rechtlichen Bedeutungsgehalte des Begriffs „Polizei“ in die Betrachtung ein.

Der Polizeibegriff hat eine materielle und eine formell-institutionelle Seite. Polizei im materiellen Sinn ist - im Anschluss an das sog. Kreuzberg-Urteil des preußischen Oberverwaltungsgerichts vom 14. Juni 1882 (PreuBOVGE 9, 353) - die mit Zwangsgewalt verbundene Funktion der öffentlichen Verwaltung, Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung abzuwehren und bereits eingetretene Störungen zu beseitigen. Der materielle Polizeibegriff bezeichnet als Polizei nicht einen Teil der Verwaltungsorganisation, sondern die Gefahrenabwehraufgaben und -befugnisse der öffentlichen Verwaltung (vgl. Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 14. Aufl. 2008, § 1 Rn. 13; Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Aufl.

2007, § 1 Rn. 2).

Neben diesem materiellen Polizeibegriff steht ein formell-institutioneller. Dieser bezeichnet die Summe der sachlichen Zuständigkeiten der Polizeibehörden im organisationsrechtlichen Sinn. Er fordert die Zugehörigkeit zu einer bestimmten oder hinreichend bestimmbarer Kategorie staatlicher Behörden. Bezeichnet werden damit diejenigen Stellen, die dem „Organisationsbereich Polizei“ zuzurechnen sind (vgl. Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 14. Aufl. 2008, § 1 Rn. 14 f.; Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Aufl. 2007, § 1 Rn. 14). Davon ausgehend könnten unter das Tatbestandsmerkmal „Vollzugsdienst der Polizei“ - legt man den materiellen Polizeibegriff zugrunde - alle Behörden subsumiert werden, deren Aufgabe die Gefahrenabwehr ist, mithin auch die Ordnungsbehörden.

cc. Subsumtion

Gegen eine solche Auslegung spricht aber, dass der Verordnungsgeber mit der Bestimmung der Stellen, deren Kraftfahrzeuge mit Blaulicht und Einsatzhorn ausgerüstet werden dürfen, in § 52 Abs. 3 Satz 1 StVZO einen Ab- und Eingrenzungszweck verfolgt (vgl. BVerwG, DÖV 2000, 779; NZV 2002, 426; OVG NRW, VRS 110, 455; NWVBl. 2008, 427).

Dieser Zweck kann nur mit dem trennschärferen formell-institutionellen Polizeibegriff, nicht jedoch mit dem materiellen Polizeibegriff erreicht werden. Legte man dem Verständnis des Tatbestandsmerkmals „Vollzugsdienst der Polizei“ den materiellen Polizeibegriff zugrunde, fielen darunter nämlich nicht nur die allgemeinen Ordnungsbehörden, sondern auch sämtliche Sonderordnungsbehörden wie Immissionsschutzbehörden, Wasserbehörden, Bauordnungsbehörden oder Veterinärbehörden.

Wäre es dem Verordnungsgeber darum gegangen, jedwede Gefahrenabwehrbehörde zur Ausstattung ihrer Vollzugsdienstfahrzeuge mit Blaulicht und Einsatzhorn zu berechtigen, hätte er auf die gesonderte Auf- führung der Militärpolizei und der Bundespolizei als ausgewählte Polizeibehörden des Bundes verzichten können. Wie die zusätzliche Nennung des Zolldienstes in § 52 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 StVZO zeigt, hat der Verordnungsgeber aber gerade durch deren Aufzählung bestimmte Stellen der öffentlichen Verwaltung be- rechtigt. [...]

Dem steht nicht entgegen, dass nicht alle Bundesländer neben den Polizeibehörden vorrangig für die Gefahrenabwehr zuständige Ordnungsbehörden eingerichtet haben. Zwar ist der Polizeibegriff des § 52 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 StVZO ein bundesrechtlicher; sein Inhalt kann nicht von der jeweiligen landesrechtlichen Ausgestaltung der Gefahrenabwehrverwaltung abhängen (vgl. zum Rückgriff auf - gegebenenfalls divergierende - landesrechtliche Vorschriften zur Auslegung

der Begrifflichkeiten des § 52 Abs. 3 Satz 1 StVZO: OVG NRW, Urteil vom 12. Mai 2000 - 8 A 2698/99 -, NZV 2000, 514; OVG Saarl., Beschluss vom 29. August 2006 - 1 Q 12/06 -, juris Rn. 9; NdsOVG, Beschluss vom 1. November 2002 12 ME 636/02 -, juris Rn. 6).

b. Historie

Auch die Entstehungsgeschichte der heutigen Fassung des § 52 Abs. 3 StVZO zeigt, dass es dem Verordnungsgeber darum ging, den Kreis der blaulichtberechtigten Stellen möglichst eng zu halten. [wird ausgeführt]

c. Teleologie

Dass unter „Vollzugsdienst der Polizei“ nur die Polizei im formell-institutionellen Sinn zu verstehen ist, entspricht im Anschluss daran dem Sinn und Zweck des § 52 Abs. 3 Satz 1 StVZO.

§ 52 Abs. 3 Satz 1 StVZO ist über seine Funktion als Befugnisnorm hinaus als Verbot zu verstehen, andere als die dort aufgeführten Fahrzeuge mit einer Blaulichteinrichtung zu versehen. Dies ist notwendig, um - erstens - die Wirkung blauer Blinklichter nicht dadurch zu beeinträchtigen, dass die mit einer Inflationierung von Fahrzeugen mit Blaulichtgebrauch, ohne dass dessen Notwendigkeit am Erscheinungsbild der Fahrzeuge erkennbar wäre, verbundene verminderte Akzeptanz von Blaulichteinsätzen in der Bevölkerung in der Tendenz sogar noch verstärkt wird, und weil - zweitens - mit jedem genehmigten Vorhandensein einer Blaulichtanlage die Gefahr des Fehlgebrauchs und sogar des Missbrauchs und damit die Gefahr schwerster Unfälle vergrößert wird (vgl. BVerwG, NZV 2002, 426; OVG NRW, NZV 2000, 514; VRS 110, 455; NWVBl. 2008, 427).

Mit Rücksicht auf die restriktive Zielsetzung des § 52 Abs. 3 Satz 1 StVZO ist die Auslegungsvariante vorzugswürdig, die den Kreis der blaulichtberechtigten Fahrzeuge auf den Vollzugsdienst der Polizei im formell-institutionellen Sinn beschränkt und aus ihm die Fahrzeuge eines KOD ausklammert.

d. Systematik

Für ein enges Verständnis des Begriffs „Vollzugsdienst der Polizei“ lassen sich schließlich systematische Erwägungen anführen.

Gemäß § 38 Abs. 1 Satz 1 StVO darf blaues Blinklicht zusammen mit dem Einsatzhorn nur dann verwendet werden, wenn höchste Eile geboten ist, um Menschenleben zu retten oder schwere gesundheitliche Schäden abzuwenden, eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwenden, flüchtige Personen zu verfolgen oder bedeutende Sachwerte zu erhalten. Es ordnet an: „Alle übrigen Verkehrsteilnehmer haben sofort freie Bahn zu schaffen“ (§ 38 Abs. 1 Satz 2

StVO). Blaues Blinklicht allein darf nur von den damit ausgerüsteten Fahrzeugen und nur zur Warnung an Unfall- oder sonstigen Einsatzstellen bei Einsatzfahrten oder bei der Begleitung von Fahrzeugen oder von geschlossenen Verbänden verwendet werden (§ 38 Abs. 2 StVO).

Auch wenn die Wegerechtsbestimmung des § 38 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 StVO nichts darüber aussagt, welche Fahrzeuge welcher Stellen Blaulicht und Einsatzhorn zu verwenden berechtigt sind, können ihr Grundgedanken entnommen werden, die Rückschlüsse auf die zum Führen von Blaulicht berechtigten Stellen zulassen: Der Normgeber hat die Notwendigkeit gesehen, den Schutz hochrangiger Rechtsgüter dadurch zu gewährleisten, dass er mittels Einsatzes von Blinkleuchten und Einsatzhorn Vorrechte im Straßenverkehr einräumt. Dieser Einsatz wird jedoch nur bestimmten Behörden und Organisationen erlaubt, indem deren Fahrzeuge mit derartigen Signaleinrichtungen ausgerüstet sein dürfen. Dabei handelt es sich um solche Behörden und Organisationen, die typischerweise dem Schutz der in § 38 Abs. 1 Satz 1 StVO aufgeführten Rechtsgüter dienen.

In Situationen, in denen zur Lebensrettung oder Abwehr schwerster Gesundheitsgefahren oder zur Verfolgung flüchtiger Personen höchste Eile geboten ist, werden aufgrund ihrer Eilzuständigkeit (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 3 PolG NRW) aber nach wie vor typischerweise die Fahrzeuge der (Vollzugs-)Polizei eingesetzt und nicht die Fahrzeuge des Vollzugsdienstes einer Ordnungsbehörde. [...]

2. Keine Genehmigungsfreiheit nach § 52 III 1 Nr. 1 StVZO analog

Aus dem Vorstehenden ergibt sich zugleich, dass eine analoge Anwendung des § 52 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 StVZO auf Kraftfahrzeuge des KOD einer Ordnungsbehörde auszuschließen hat. Mangels planwidriger Regelungslücke ist für eine Analogie kein Raum. Hätte der Verordnungsgeber gewollt, dass Kraftfahrzeuge, die der KOD einer Ordnungsbehörde einsetzt, blaulichtberechtigt sein sollen, hätte er § 52 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 StVZO - um Unklarheiten bei einem derart breiten und bedeutsamen Einsatzfeld zu vermeiden - im Zuge einer der Änderungen der Vorschrift klarstellend ergänzt. Ausnahmesituationen kann durch Erteilung einer Ausnahmegenehmigung gemäß § 70 Abs. 1 StVZO Rechnung getragen werden.

B. Hilfsantrag

Der auf Erteilung einer Ausnahmegenehmigung nach § 70 Abs. 1 StVZO gerichtete Hilfsantrag ist zulässig, aber unbegründet. Der Ablehnungsbescheid der Beklagten vom 10. Oktober 2007 in der Fassung des Widerspruchsbescheids vom 27. Februar 2008 ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten

(§ 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO).

I. Anspruchsgrundlage

Gemäß § 70 Abs. 1 Nr. 1 StVZO kann die höhere Verwaltungsbehörde - hier also die Beklagte (vgl. § 68 Abs. 1 StVZO, § 1 Abs. 2 der Verordnung über die Bestimmung der zuständigen Behörden nach der StVZO vom 6. Januar 1999, GV. NW. S. 32, zuletzt geändert durch die Verordnung zur Änderung verkehrsrechtlicher Zuständigkeitsbestimmungen vom 6. Februar 2007, GV. NRW. S. 45) - in bestimmten Einzelfällen oder allgemein für bestimmte einzelne Antragsteller unter anderem von den Vorschriften des § 52 StVZO Ausnahmen genehmigen.

II. Rechtsfolge

§ 70 Abs. 1 Nr. 1 StVZO stellt die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung in das Ermessen der Behörde. Soweit die Verwaltungsbehörde ermächtigt ist, nach ihrem Ermessen zu handeln, prüft das Gericht gemäß § 114 Satz 1 VwGO nur, ob das Ermessen überhaupt ausgeübt worden ist, ob die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind und ob von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht worden ist. Gemessen an diesem Maßstab lässt die Ablehnungsentscheidung der Beklagten Ermessensfehler nicht erkennen.

I. Kein Ermessensfehlgebrauch

Die Beklagte hat von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung des § 70 Abs. 1 Nr. 1 StVZO entsprechenden Weise Gebrauch gemacht.

Zweck der Regelung ist es, besonderen Ausnahmesituationen Rechnung zu tragen, die bei strikter Anwendung der Bestimmungen, von denen dispensiert werden soll, nicht hinreichend berücksichtigt werden können. Ob ein solcher Ausnahmefall vorliegt, bemisst sich nach dem Ergebnis des Vergleichs der Umstände des konkreten Falls mit dem typischen Regelfall, welcher dem generellen Verbot zugrunde liegt. Das so gewonnene Merkmal einer Ausnahmesituation ist sodann unverzichtbarer Bestandteil der einheitlich zu treffenden Ermessensentscheidung. Für die Erteilung der Ausnahmegenehmigung zur Ausstattung eines Fahrzeugs mit Blaulicht muss die Behörde insbesondere die § 52 Abs. 3 Satz 1 StVZO zugrunde liegende Erwägung berücksichtigen, dass die Zahl der mit Blaulicht ausgerüsteten Fahrzeuge möglichst gering bleiben muss. Auf der anderen Seite ist die Ermessensentscheidung maßgeblich daran auszurichten, ob das Kraftfahrzeug, für das die Ausnahmegenehmigung beantragt wird, ebenso wie die Fahrzeuge der von der vorgenannten Vorschrift erfassten Organisationen typischerweise in Situationen eingesetzt wird, in denen zur Lebensrettung oder Abwehr schwerster Gesund-

heitsgefahren höchste Eile geboten ist (vgl. BVerwG, Urteil vom 21. Februar 2002 - 3 C 33.01 -, NZV 2002, 426 = juris Rn. 20; OVG NRW, Urteile vom 12. Mai 2000 - 8 A 2698/99 -, NZV 2000, 514 = juris Rn. 18, 24, 26 f. und 32, vom 8. März 2006 - 8 A 1117/05 -, VRS 110, 455 = juris Rn. 46, und vom 1. April 2008 - 8 A 4304/06 -, NWVBl. 2008, 427 = juris Rn. 30).

Eine Ausnahmegenehmigung ist danach zu erteilen, wenn dies geboten ist, um ansonsten nicht beherrschbaren Gefahren begegnen zu können (vgl. BVerwG, Urteil vom 21. Februar 2002 - 3 C 33.01 -, NZV 2002, 426 = juris Rn. 21 f.; OVG NRW, Urteile vom 8. März 2006 - 8 A 1117/05 -, VRS 110, 455 = juris Rn. 48, und vom 1. April 2008 - 8 A 4304/06 -, NWVBl. 2008, 427 = juris Rn. 32), oder wenn es sich um einen atypischen Sonderfall handelt, dem nur durch die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung Rechnung getragen werden kann. (vgl. OVG NRW, Urteil vom 12. Mai 2000 - 8 A 2698/99 -, NZV 2000, 514).

Beides kann der Fall sein, wenn der Bedarf an Blaulichtfahrzeugen - zum Beispiel zur Bewältigung von Notfallsituationen - aus der Sicht des Zeitpunktes der gerichtlichen Entscheidung im relevanten örtlichen Bereich nicht bereits anderweitig gedeckt ist. Bedarf, Bedarfsdeckung und eine mögliche Ermessensreduzierung auf Null hängen entscheidend von den Umständen des jeweiligen Einzelfalles ab.

Von diesen Maßstäben hat sich die Beklagte bei der Betätigung ihres Ermessens leiten lassen. Sie hat ihre Entscheidung maßgeblich auf die Erwägung gestützt, dass unter Berücksichtigung des Willens des Verordnungsgebers, die Vergabe von Blaulicht-Berechtigungen restriktiv zu handhaben, keine Ausnahmesituation gegeben sei, in der die Ausstattung von Dienstfahrzeugen des KOD der Klägerin mit Blaulicht und Einsatzhorn geboten sei. Diese Einschätzung ist nicht zu beanstanden. [...]

II. Keine Ermessensüberschreitung

Die Beklagte hat auch die rechtlichen Grenzen des ihr zustehenden Ermessens nicht überschritten. Namentlich verstößt die Ablehnung nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung.

Eine Selbstbindung der Verwaltung ist anzunehmen, wenn die Behörde ihr Ermessen durch die ständige gleichmäßige Übung einer bestimmten Verwaltungspraxis in der Vergangenheit gebunden hat. Dadurch sind Ausnahmen zwar nicht gänzlich ausgeschlossen, aber jedenfalls nur unter besonderen Umständen möglich (vgl. etwa BVerwGE 31, 212 = NJW 1969, 811). Ein Anspruch auf „Gleichbehandlung im Unrecht“ besteht nicht. Eine Selbstbindung kommt nur in Bezug auf eine rechtmäßige Verwaltungspraxis in Betracht.

Die Behörde hat zudem die Möglichkeit, sich für die

Zukunft ohne Verstoß gegen den Gleichheitssatz aus sachlichen Gründen von einer in der Vergangenheit geübten Praxis zu lösen und für künftige Fälle ihr Ermessen in anderer Weise auszuüben. Hier kommt es nur darauf an, dass die Neuausrichtung der Ermessenspraxis für die Zukunft eine allgemeine ist und nicht nur für den einen zur Entscheidung stehenden Fall vorgenommen wird (vgl. BVerwG, Urteile vom 8. April 1997 - 3 C 6.95 -, BVerwGE 104, 220 = NVwZ 1998, 273 BVerwGE 126, 33 = NVwZ 2006, 1184 = juris Rn. 63; Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 40 Rn. 124).

Daran gemessen verstößt die Ablehnungsentscheidung nicht deshalb gegen Art. 3 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung, weil die Beklagte den Städten E. und Duisburg im Jahr 2006 Ausnahmegenehmigungen zur Ausstattung von Ordnungsamtsfahrzeugen mit Blaulicht und Einsatzhorn erteilt hat.

Die Beklagte hat sich von einer etwaigen dahingehenden Genehmigungspraxis jedenfalls ohne Verstoß gegen den Gleichheitssatz gelöst. In den Jahren ab 2007 gestellte Ausnahmegenehmigungsanträge der Städte F., N., H. und I. lehnte die Beklagte ab. Einen weiteren Antrag der Stadt N1. hätte sie nach ihrem Vorbringen abgelehnt, wenn sie dieses Verwaltungsverfahren nicht im Hinblick auf das vorliegende Streitverfahren ausgesetzt hätte.

Die (Neu-)Ausrichtung der Ermessenspraxis der Beklagten für die Zukunft ist allgemeiner Art und bezieht sich nicht nur auf den Einzelfall. Dies ergibt sich aus den Erlassen des MBV vom 24. Oktober 2007 - III B 2-21-31/2010 - und vom 27. Februar 2009 - III.6-21-31/2010 -, welche die Ermessensausübung der Beklagten in dieser Angelegenheit steuern. Bereits in dem Erlass vom 24. Oktober 2007 heißt es, das MBV sehe die Voraussetzungen für die Erteilung der in Rede stehenden Ausnahmegenehmigungen nicht als gegeben an. Die Beklagte sei bereits vor einiger Zeit gebeten worden, in der Vergangenheit erteilte befristete Ausnahmegenehmigungen nicht mehr zu verlängern. Im Erlass vom 27. Februar 2009 hat das MBV weiter ausgeführt, aufgrund der besonderen Gefahrenlagen, die durch den Einsatz von Blaulicht und Einsatzhorn entstehen könnten, sei zur Beibehaltung der Akzeptanz bei anderen Verkehrsteilnehmern ein restriktiver Einsatz erforderlich. Das MBV habe die Bezirksregierungen deshalb bei Anfragen immer wieder angehalten, die Gewährung von Ausnahmegenehmigungen in diesem Bereich äußerst restriktiv zu handhaben. Da der Erlass im Einvernehmen mit dem Innenministerium erging, besteht kein Anlass, dieses - wie von der Klägerin angeregt - eigens zu seiner Auffassung in dieser Sache zu befragen.

*Zivilrecht***Standort: Arbeitsrecht****Problem: Beweisverwertungsverbot**

BAG, URTEIL VOM 23.04.2009
6 AZR 189/08 (DB 2009, 1936)

Problemdarstellung:

Die Parteien streiten u.a. über die Wirksamkeit zweier ordentlicher Arbeitgeberkündigungen. Die Kl. war bei dem bekl. Zeitarbeitsunternehmen auf der Grundlage eines befristeten Arbeitsvertrags als Helferin beschäftigt. In dem Vertrag ist die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung vereinbart (vgl. § 15 III TzBfG).

Als die Kl. Anfang Juli 2006 arbeitsunfähig erkrankte, kam es zwischen ihr und der Personaldisponentin des bekl. Unternehmens zu einem Telefongespräch, dessen Inhalt streitig ist. Die Kl. behauptet, die Personaldisponentin drohte mit der Kündigung, falls sie weiterhin nicht zur Arbeit erscheine. Die offizielle Krankenschreibung interessiere in diesem Zusammenhang nicht. Die Bekl. bestreitet dies. Wenige Tage nach dem Telefonat ist der Kl. ein erstes Kündigungsschreiben zugegangen.

Das Telefongespräch hat die Kl. von dem für sie ungewohnten Mobiltelefon ihres Ehemannes geführt. Da dieses auf maximale Lautstärke eingestellt gewesen sei, konnte eine Bekannte der Kl. das Gespräch mit anhören. Diese Tatsache sei der Kl. erst im nachhinein aufgefallen und daher nicht beabsichtigt gewesen.

Mit ihrer fristgerecht beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat die Kl. geltend gemacht, die Kündigungen vom 05.07. und 01.08.2006 seien aus verwerflichen Motiven erfolgt, daher sittenwidrig und unwirksam. Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen; die Bekannte der Kl. als Zeugin zum Inhalt des Telefongesprächs zu vernehmen hat es abgelehnt, da insoweit ein Beweiserhebungsverbot bestehe. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Kl. ihr Klagebegehren weiter. Die Revision ist teilweise begründet.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung betrifft in materieller Hinsicht die Frage nach der Wirksamkeit der arbeitgeberseitigen Kündigungen und in prozessualer Hinsicht die Frage nach einer rechtswidrigen Beweiserhebung und einem hieraus folgenden Beweisverwertungsverbot. Beide Fragen beantwortet der Senat mittels schulbuchmäßiger Prüfungen, die die Entscheidung insgesamt lehr-

reich und lesenswert machen.

I. Wirksamkeit der Kündigungen

Zu Beginn prüft der Senat die Wirksamkeit der Kündigungen. Mangels Anwendbarkeit des KSchG gem. § 1 I KSchG war eine soziale Rechtfertigung für die Kündigung nicht erforderlich. Eine Kündigung unterliegt als Willenserklärung jedoch den allgemeinen Regeln und ist daher unwirksam, wenn sie z.B. gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) verstößt. In Betracht kam hier ein Verstoß gegen das Maßregelungsverbot des § 612 a BGB. Danach darf ein Arbeitnehmer nicht deswegen durch eine arbeitgeberseitige Maßnahme benachteiligt werden, weil er seine Rechte in zulässiger Weise ausübt. Insofern ist eine Kündigung unzulässig, die allein darauf beruht, dass der arbeitsunfähige Arbeitnehmer die Arbeitsleistung nicht erbringt (vgl. HWK/Thüsing, § 612a BGB Rn. 13; APS/Linck, § 612a BGB Rn. 14; LAG Sachsen-Anhalt, LAGE BGB § 612a Nr. 6). Hiermit nicht zu verwechseln ist die ggf. zulässige Kündigung wegen häufiger oder langer Erkrankung des Arbeitnehmers. Der Grund einer solchen Kündigung besteht nicht in dem konkreten Fernbleiben des Arbeitnehmers während der Arbeitsunfähigkeit, sondern in der Erwartung, dass der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung in einem absehbaren Zeitraum nicht (regelmäßig) wird erbringen können und hieraus erhebliche Störungen für den Betrieb resultieren. Erforderlich ist insoweit eine Negativprognose (vgl. insgesamt ErfK/Oekter, § 1 KSchG Rn. 110 ff).

II. Vernehmung der Zeugin

Ob die Kündigungen vorliegend gem. §§ 134, 612 a BGB unwirksam wären, hängt jedoch von dem streitigen Inhalt des Telefongesprächs ab. Den wirklichen Inhalt hätte die von der Kl. benannte Zeugin offenlegen können, was vom Arbeitsgericht jedoch mit Hinweis auf ein Beweiserhebungsverbot abgelehnt worden war.

I. Beweisantritt im zivilprozessualen Verfahren

Aus dem Verhandlungs- bzw. Beibringungsgrundsatz im zivilprozessualen Verfahren folgt, dass es grds. Sache der Parteien ist, darlegungspflichtige Tatsachen zu beweisen. Hierbei nimmt der Zeugenbeweis eine

besondere Stellung ein, da dieser gem. § 373 ZPO nur von einer Partei und nicht auch vom Gericht veranlasst werden darf.

Muss eine Tatsache bewiesen werden, bedarf es eines Beweisantrags durch die beweisführungsbelastete Partei. Notwendiger Inhalt dieses Antrags ist die spezifizierte Bezeichnung der Tatsachen, welche bewiesen werden sollen (BGH NJW-RR 2004, 1362). Dem ist die Kl. durch ihren substantiierten Tatsachenvortrag vorliegend nachgekommen. Sie hat einen Sachverhalt vorgetragen, der geeignet ist die Unwirksamkeit der Kündigungen zu begründen. Es ist dann Sache des Richters, die Beweisaufnahme durch Zeugenvernehmung durchzuführen.

2. Beweisverwertungsverbot

Etwas anderes gilt jedoch, wenn die Beweisgewinnung rechtswidrig war und sich hieraus ein Beweisverwertungsverbot ergibt. Das Mithören eines Telefongesprächs könnte das Allgemeine Persönlichkeitsrecht gem. Art. 1 I i.V.m. 2 I GG (APR) in seiner Ausprägung als Recht am gesprochenen Wort verletzen.

Da die Beteiligten als Private nicht grundrechtsgebunden sind, kommt nur eine Verletzung der zivilrechtlichen Ausgestaltung des APR in Betracht – so wie von § 823 BGB als „sonstiges Recht“ geschützt. Das zivilrechtliche APR bildet einen sog. offenen Tatbestand, bei dem der Eingriff nicht die Rechtswidrigkeit indiziert, sondern in jedem Einzelfall durch eine Güterabwägung ermittelt werden muss, ob der Eingriff durch ein konkurrierendes anderes Interesse gerechtfertigt ist (BGH NJW 2005, 2766). Eine Verletzung wäre zu bejahen, wenn die Kl. die von ihr benannte Zeugin durch aktives Handeln zielgerichtet veranlasst hätte, das Telefongespräch mitzuhören (vgl. BVerfGE 106, 28; BAGE 87, 31; BGH AP zu § 611 BGB Persönlichkeitsrecht Nr. 38). Sollte das Berufungsgericht feststellen, dass dies nicht so war, läge bereits keine Verletzung des zivilrechtlichen APR und damit auch kein Beweisverwertungsverbot vor.

Der Senat führt im weiteren aus, dass selbst die Berührung des Persönlichkeitsrechts hier nicht zu einem Beweisverwertungsverbot führen würde. Im Rahmen der erforderlichen Abwägung (s.o.) wäre nämlich neben dem Persönlichkeitsrecht der Bekl. das grundrechtlich geschützte Interesse der Kl. an dem Erhalt des Arbeitsplatzes zu berücksichtigen (Art. 12 I GG). Zu beachten wäre, dass das vorwerfbare Verhalten der Kl. allenfalls darin bestehen könnte, dass sie geeignete Maßnahmen unterließ, um das zufällige Mithören zu unterbinden. Die Parallelwertung zu §§ 13, 49 I StGB zeigt aber, dass die Eingriffsintensität beim Unterlassen geringer anzusetzen ist, als beim aktiven Tun.

Vertiefungshinweise:

- Beweisverwertungsverbot im Zivilrecht wegen gestohlener Urkunde: BAG NJW 2003, 1204
- Beweisverwertungsverbot im Zivilrecht wegen Mithören eines Telefonats: BGH NJW 2003, 1727; OLG Jena, MDR 2006, 533
- Beweisverwertungsverbot im Zivilrecht wegen (unerlaubter) Videoüberwachung: BAG NJW 2003, 3436; OLG Köln, NJW 2005, 2997; OLG Karlsruhe, NJW 2002, 2799; ArbG Frankfurt a.M., RDV 2005, 214; Horst, NZM, 2009, 937; Huff, JuS 2005, 896; Helle, JZ 2004, 340; Bayreuther. NZW 2005, 1038
- Beweisverwertungsverbot im Zivilrecht bei Verfahrensverstößen: BGH NJW 1985, 1158
- Zusammenfassende Betrachtungen: Balthasar, JuS 2008, 35; Kratz/Gubbels, NZA 2009, 652

Kursprogramm:

- Examenskurs „Die Folgen der Rezession“
- Examenskurs „Einmal krank, immer krank“

Leitsätze:

- 1. Das zivilrechtliche allgemeine Persönlichkeitsrecht des Gesprächspartners eines Telefongesprächs ist verletzt, wenn der andere einen Dritten durch aktives Handeln zielgerichtet veranlasst, das Telefongespräch heimlich mitzuhören. (Rn.21) Aus der rechtswidrigen Erlangung des Beweismittels folgt ein Beweisverwertungsverbot: Der Dritte darf nicht als Zeuge zum Inhalt der Äußerungen des Gesprächspartners vernommen werden, der von dem Mithören keine Kenntnis hat.**
- 2. Konnte ein Dritter zufällig, ohne dass der Beweispflichtige etwas dazu beigetragen hat, den Inhalt des Telefongesprächs mithören, liegt keine rechtswidrige Verletzung des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Gesprächspartners vor. In diesem Fall besteht deshalb auch kein Beweisverwertungsverbot.**

Sachverhalt (vereinfacht):

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit zweier ordentlicher Arbeitgeberkündigungen.

Die Klägerin war bei dem beklagten Zeitarbeitsunternehmen seit dem 23.02.2006 auf der Grundlage eines zunächst bis zum 03.03.2006 befristeten Arbeitsvertrags als Helferin beschäftigt. In dem Vertrag ist die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung vereinbart. Durch schriftliche Vereinbarung vom 03.03.2006 wurde der Vertrag bis zum 31.08.2006 verlängert.

Am 03.07.2006 erlitt die Klägerin einen Wegeunfall, aufgrund dessen sie arbeitsunfähig wurde. Am 06.07.2006 kam es zu einem Telefongespräch zwischen der Klägerin und der zuständigen Personaldis-

ponentin der Beklagten, dessen Inhalt zwischen den Parteien streitig ist. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 05.07.2006, der Klägerin zugegangen am 07.07.2006, zum 20.07.2006. Mit weiterem Schreiben vom 01.08.2006, das der Klägerin am 02.08.2006 zuzuging, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis nochmals vorsorglich zum 16.08.2006.

Die Klägerin hat mit ihrer am 26.07.2006 beim Arbeitsgericht eingegangenen, am 07.08.2006 und am 18.09.2006 erweiterten Klage geltend gemacht, die Kündigungen vom 05.07.2006 und vom 01.08.2006 sowie die Befristung bis zum 31.08.2006 seien unwirksam. Die Personaldisponentin der Beklagten habe sie in dem Telefongespräch vom 06.07.2006 aufgefordert, trotz Arbeitsunfähigkeit zu arbeiten; die offizielle Krankschreibung des Arztes interessiere nicht, weil es dem Arzt egal sei, wenn sie trotzdem arbeite. Nachdem sie es abgelehnt habe, zur Arbeit zu erscheinen, habe die Personaldisponentin gesagt, sie müsse mit einer Kündigung rechnen. Die Kündigung vom 05.07.2006 sei deshalb aus verwerflichen Motiven erfolgt und daher sittenwidrig. Dies gelte wegen des engen zeitlichen Zusammenhangs auch für die zweite Kündigung vom 01.08.2006. Die Befristung zum 31.08.2006 sei unwirksam, weil das Arbeitsverhältnis verlängert worden wäre, wenn nicht ihre Krankheit dazwischen gekommen wäre. Den Inhalt des Telefongesprächs, und zwar auch hinsichtlich der Aussagen der Personaldisponentin, habe eine Bekannte ungewollt mit angehört. Sie, die Klägerin, habe das ihr nicht vertraute Mobiltelefon ihres Ehegatten benutzt, das von diesem auf maximale Lautstärke eingestellt gewesen sei. Sie habe das Mobiltelefon nicht vom Ohr weggehalten. Wegen des Gesprächsverlaufs sei sie so aufgebracht gewesen, dass sie nicht wahrgenommen habe, dass ihre Bekannte auch die Aussagen der Personaldisponentin mithören können. Ihr sei nicht bewusst gewesen, dass das Mobiltelefon überdurchschnittlich laut eingestellt gewesen sei. Erst nach dem Gespräch habe sie von ihrer Bekannten erfahren, dass diese mitgehört habe. Da sie ihre Bekannte nicht wesentlich und willentlich mithören lassen, sei diese als Zeugin für die Richtigkeit des von ihr dargestellten Gesprächsinhalts zu vernehmen.

Die Klägerin begehrt u.a. die Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die ordentliche Kündigung vom 05.07.2006, zugegangen am 07.07.2006, zum 20.07.2006 nicht aufgelöst worden ist; ferner, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien auch nicht durch die hilfsweise mit Schreiben vom 01.08.2006 erklärte und am 02.08.2006 zugegangene Kündigung beendet worden ist.

Die Bekl. beantragt die Abweisung der Klage.

Das Arbeitsgericht hat die Klage - soweit sie noch in der Revision anhängig ist - nach Vernehmung der Per-

sonaldisponentin sowie einer weiteren Mitarbeiterin der Beklagten zum Inhalt des Telefongesprächs vom 06.07.2006 abgewiesen. Die von der Klägerin benannte Zeugin hat das Arbeitsgericht nicht vernommen, weil insoweit ein Beweiserhebungsverbot bestehe. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision der Klägerin ist zum Teil begründet. Das Landesarbeitsgericht durfte ohne weitere Sachverhaltsaufklärung die Berufung der Klägerin bezüglich der Kündigungsschutzanträge nicht ohne Vernehmung der von der Klägerin benannten Zeugin zurückweisen. Das Berufungsurteil ist insoweit aufzuheben und der Rechtsstreit im Umfang der Aufhebung an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen.

1. Kündigungen vom 05.07. und 01.08.2006

[9] Nach dem Vortrag der Klägerin wären die Kündigungen vom 5. Juli und 1. August 2006 unwirksam.

1. Soziale Rechtfertigung nach dem KSchG nicht erforderlich

[10] Die streitgegenständlichen Kündigungen vom 5. Juli und 1. August 2006 bedürfen allerdings nicht der sozialen Rechtfertigung nach § 1 Abs. 2 KSchG. Die Klägerin stand seit dem 23. Februar 2006 in den Diensten der Beklagten. Zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungen am 7. Juli und am 2. August 2006 war sie noch keine sechs Monate bei der Beklagten beschäftigt (§ 1 Abs. 1 KSchG). Auch § 15 Abs. 3 TzBfG steht den Kündigungen nicht entgegen, weil die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung vertraglich vereinbart ist.

2. Verstoß gegen das Maßregelungsverbot des § 612 a BGB

[11] Die Kündigungen vom 5. Juli und 1. August 2006 verstießen gegen das Maßregelungsverbot des § 612a BGB und wären daher gem. § 134 BGB nichtig, wenn sich der Vortrag der Klägerin zum Inhalt des Telefonsats vom 6. Juli 2006 als zutreffend erweisen würde.

a) Kündigung als Maßnahme i.S.d. § 612 a BGB

[12] Nach § 612a BGB darf der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer nicht deshalb bei einer Maßnahme benachteiligen, weil der Arbeitnehmer in zulässiger Weise seine Rechte ausübt. Als „Maßnahmen“ i.S.d. § 612a BGB kommen auch Kündigungen in Betracht. Zwischen der Benachteiligung und der Rechtsausübung muss ein unmittelbarer Zusammenhang bestehen. Die zulässige Rechtsausübung muss der tragende Beweggrund, dh. das wesentliche Motiv für die benachteiligt-

gende Maßnahme sein. Es reicht nicht aus, dass die Rechtsausübung nur den äußeren Anlass für die Maßnahme bietet (Senat 22. September 2005 - 6 AZR 607/04 - AP KSchG 1969 § 1 Wartezeit Nr. 20 = EzA KSchG § 1 Nr. 58). Ist der Kündigungsentschluss des Arbeitgebers nicht nur wesentlich, sondern ausschließlich durch die zulässige Rechtsverfolgung des Arbeitnehmers bestimmt gewesen, deckt sich das Motiv des Arbeitgebers mit dem objektiven Anlass zur Kündigung. Es ist dann unerheblich, ob die Kündigung auf einen anderen Kündigungssachverhalt hätte gestützt werden können, weil sich ein möglicherweise vorliegender anderer Grund auf den Kündigungsentschluss nicht kausal ausgewirkt hat und deshalb als bestimmendes Motiv für die Kündigung ausscheidet. Eine dem Maßregelungsverbot widersprechende Kündigung kann deshalb auch dann vorliegen, wenn an sich ein Sachverhalt gegeben ist, der eine Kündigung des Arbeitgebers gerechtfertigt hätte (BAG 22. Mai 2003 - 2 AZR 426/02 - AP KSchG 1969 § 1 Wartezeit Nr. 18 = EzA BGB 2002 § 242 Kündigung Nr. 2).

b) Darlegungs- und Beweislast

[13] Den klagenden Arbeitnehmer trifft die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass er wegen seiner Rechtsausübung von dem verklagten Arbeitgeber durch den Ausspruch der Kündigung benachteiligt worden ist (BAG 22. Mai 2003 - 2 AZR 426/02 - AP KSchG 1969 § 1 Wartezeit Nr. 18 = EzA BGB 2002 § 242 Kündigung Nr. 2). Hierzu hat der Arbeitnehmer unter Beweisantritt einen Sachverhalt vorzutragen, der einen unmittelbaren Zusammenhang zwischen der Kündigung durch den Arbeitgeber und einer vorangehenden zulässigen Ausübung von Rechten indiziert. Der Arbeitgeber hat sich sodann nach § 138 Abs. 2 ZPO im Einzelnen zu diesem Vortrag zu erklären. Sind danach entscheidungserhebliche Behauptungen des Arbeitnehmers streitig, sind grundsätzlich die vom Arbeitnehmer angebotenen Beweise zu erheben.

c) Objektive Sachlage

[14] Ein wegen Krankheit arbeitsunfähiger Arbeitnehmer ist von der Pflicht zur Arbeitsleistung befreit. Er ist berechtigt, der Arbeit fernzubleiben. Droht der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer, das Arbeitsverhältnis zu kündigen, wenn der Arbeitnehmer nicht trotz Arbeitsunfähigkeit zur Arbeit erscheint, und kündigt der Arbeitgeber unmittelbar nach der Weigerung des Arbeitnehmers, die Arbeit aufzunehmen, das Arbeitsverhältnis, liegt daher ein Sachverhalt vor, der eine Maßregelung iSd. § 612a BGB indiziert (vgl. HWK/Thüsing 3. Aufl. § 612a BGB Rn. 13; APS/Linck 3. Aufl. § 612a BGB Rn. 14).

d) Anwendung auf den vorliegenden Fall

[15] Unter Zugrundelegung des von der Klägerin be-

haupteten Inhalts des Telefonats vom 6. Juli 2006 wären die streitgegenständlichen Kündigungen gem. § 612a BGB iVm. § 134 BGB nichtig. Der unmittelbare zeitliche Zusammenhang zwischen dem Telefongespräch vom 6. Juli 2006 und dem Zugang der Kündigung am 7. Juli 2006 rechtfertigt den Schluss, dass die Kündigung auf der Weigerung der Klägerin beruht, trotz Arbeitsunfähigkeit zur Arbeit zu erscheinen. Zwar datiert die Kündigung bereits vom 5. Juli 2006. Dies schließt jedoch nicht aus, dass das Kündigungsschreiben erst am 6. Juli 2006 als Reaktion auf das Telefongespräch vom selben Tage versandt worden ist. Auch hat die Beklagte bislang nicht behauptet, die Kündigung sei vor dem Telefongespräch der Klägerin mit der Personaldisponentin versandt worden. Sollte die Beweiserhebung und -würdigung durch das Landesarbeitsgericht ergeben, dass das Telefongespräch tatsächlich den von der Klägerin behaupteten Inhalt hatte, könnte dem Datum der Kündigung kaum eine entscheidende Bedeutung zukommen. Die Drohung mit einer Kündigung für einen bestimmten Fall wäre schwer erklärlich, wenn die Beklagte den Kündigungsentschluss ohnehin bereits gefasst gehabt hätte.

II. Vernehmung der von der Kl. benannten Zeugin

[16] Die zulässige Rüge der Klägerin, das Landesarbeitsgericht habe es versäumt, die von der Klägerin zum Inhalt des Telefongesprächs vom 6. Juli 2006 benannte Zeugin zu vernehmen, ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hätte ohne weitere Aufklärung des Sachverhalts nicht von einer Vernehmung der von der Klägerin benannten Zeugin absehen dürfen. Ein Beweisverwertungsverbot läge nur vor, wenn die Klägerin die von ihr benannte Zeugin durch aktives Handeln zielgerichtet hätte mithören lassen.

I. Beweisantritt

[17] Der Beweisantritt der Klägerin war entgegen der Auffassung der Beklagten hinreichend konkret.

a) Notwendiger Inhalt

[18] Notwendiger Inhalt eines Beweisantrags ist die spezifizierte Bezeichnung der Tatsachen, welche bewiesen werden sollen (BGH 15. Januar 2004 - I ZR 196/01 - NJW-RR 2004, 1362). Eine Partei genügt der Substantiierungspflicht, wenn sie Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet sind, das geltend gemachte Recht als in ihrer Person entstanden erscheinen zu lassen, wobei unerheblich ist, wie wahrscheinlich die Darstellung ist und ob sie auf eigenem Wissen oder einer Schlussfolgerung aus Indizien besteht. Genügt das Parteivorbringen diesen Anforderungen an die Substantiierung, kann der Vortrag weiterer Einzelheiten nicht verlangt werden. Es ist vielmehr Sache des Tatrichters, bei der Beweisaufnahme die Zeugen oder die zu vernehmende Partei

nach allen Einzelheiten zu fragen, die ihm für die Beurteilung der Zuverlässigkeit der Bekundungen erforderlich erscheinen.

Der Pflicht zur Substantiierung ist mithin nur dann nicht genügt, wenn das Gericht aufgrund der Darstellung nicht beurteilen kann, ob die gesetzlichen Voraussetzungen der an eine Behauptung geknüpften Rechtsfolgen erfüllt sind (BGH 11. Juli 2007 - IV ZR 112/05 -).

b) Tatsachenvortrag der Kl.

[19] Die Klägerin hat einen Sachverhalt vorgetragen, der geeignet ist, die Unwirksamkeit der streitgegenständlichen Kündigungen zu begründen. Sie hat den Inhalt ihres Telefongesprächs mit der Personaldisponentin der Beklagten im Einzelnen dargestellt und ausgeführt, sie habe das Mobiltelefon nicht vom Ohr weggehalten. Gleichwohl habe die von ihr benannte Zeugin das Gespräch mithören können, weil der Lautsprecher des Mobiltelefons auf volle Lautstärke eingestellt gewesen sei. Weiterer Tatsachenvortrag war nicht erforderlich. Die von der Beklagten vermissten weiteren Angaben zu den räumlichen Verhältnissen sind für die Frage der Wirksamkeit der Kündigungen ohne Bedeutung. Sie betreffen vielmehr die Glaubhaftigkeit der Darstellung des Geschehensablaufs und die Glaubwürdigkeit der Zeugin und damit die Würdigung des zu erhebenden Beweises (§ 286 ZPO).

2. Beweisverwertungsverbot

a) Beweiserhebung unter Verstoß gegen das Allgemeine Persönlichkeitsrecht

[21] Durch das absichtliche heimliche Mithörenlassen von Telefongesprächen wird das aus Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG hergeleitete allgemeine Persönlichkeitsrecht des Gesprächspartners verletzt, der von dem Mithören keine Kenntnis hat (vgl. BAG 29. Oktober 1997 - 5 AZR 508/96 - BAGE 87, 31; 10. Dezember 1998 - 8 AZR 366/97 - zu II 1 der Gründe; BGH 18. Februar 2003 - XI ZR 165/02 - AP BGB § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 38; das BVerfG befasst sich dagegen in seiner Entscheidung vom 9. Oktober 2002 nur mit der Frage, ob eine Grundrechtsverletzung durch die Gerichte vorliegt - 1 BvR 1611/96, 1 BvR 805/98 - zu C II Einleitungssatz der Gründe, BVerfGE 106, 28; aus dem Schrifttum Erman/Ehmann BGB 12. Aufl. Anh. § 12 Rn. 126; Staudinger/Hager BGB 1999 § 823 Rn. C 162; MünchKommBGB/Rixecker 5. Aufl. Anhang zu § 12 Rn. 84). Dabei verletzen der heimlich Mithörende und derjenige, der diesen zum Mithören veranlasst, nicht selbst Grundrechte des Telefonierenden, denn die Grundrechte binden gem. Art. 1 Abs. 3 GG allein die staatliche Gewalt. Eine unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte im Privatrechtsverkehr besteht grundsätzlich nicht (st. Rspr. seit BVerfG 15.

Januar 1958 - 1 BvR 400/51 -, zu B II 1 der Gründe, BVerfGE 7, 198). Verletzt wird in den Fällen des heimlichen Mithörens von Telefongesprächen das zivilrechtliche allgemeine Persönlichkeitsrecht. Dieses ist als „sonstiges Recht“ iSd. § 823 Abs. 1 BGB seit langem anerkannt (st. Rspr. seit BGHZ 13, 334). Es ist mit dem in Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG verankerten Grundrecht nicht identisch (BVerfG, NJW 2006, 3409, 3410; Larenz/Canaris SchuldR II/2 § 80 I 3).

b) Beweisverwertungsverbot bei aktivem, zielgerichtetem Handeln

[25] Das zivilrechtliche Recht am gesprochenen Wort der Beklagten wäre verletzt, wenn die Klägerin die von ihr benannte Zeugin durch aktives Handeln zielgerichtet veranlasst hätte, das Telefongespräch mit der Personaldisponentin der Beklagten mitzuhören. Unter Berücksichtigung der Ausstrahlungswirkung von Art. 2 Abs. 1 GG schützt das zivilrechtliche allgemeine Persönlichkeitsrecht auch davor, dass ein Gesprächspartner ohne Kenntnis des anderen eine dritte Person zielgerichtet als Zuhörer in das Gespräch mit einbezieht oder die unmittelbare Kommunikationsteilnahme durch den Dritten gestattet. Dies entspricht gesicherter höchstrichterlicher Rechtsprechung, insbesondere für den Fall, dass ein Gesprächspartner den Lautsprecher des Telefons einschaltet, um ein Mithören zu ermöglichen (vgl. BVerfG 9. Oktober 2002 - 1 BvR 1611/96, 1 BvR 805/98 - BVerfGE 106, 28; BAG 29. Oktober 1997 - 5 AZR 508/96 - BAGE 87, 31; BGH 18. Februar 2003 - XI ZR 165/02 - AP BGB § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 38). Nichts anderes kann gelten, wenn die Mithörmöglichkeit beispielsweise durch absichtliches Weghalten des Telefonhörers oder eines Mobiltelefons vom Ohr herbeigeführt wird. Das in diesem Fall gegebene erhebliche Handlungsunrecht überwiegt das Beweisinteresse desjenigen, der das Mithören zielgerichtet ermöglicht hat.

[26] Sofern die Klägerin die von ihr benannte Zeugin durch aktives Handeln zielgerichtet veranlasst hätte, das Telefonat mitzuhören, würde aus der rechtswidrigen Erlangung des Beweismittels auch ein Beweisverwertungsverbot folgen. Der von ihr angetretene Zeugenbeweis dürfte nicht erhoben, die Zeugin dürfte nicht zum Inhalt der Äußerungen der Personaldisponentin vernommen werden. Die gerichtliche Verwertung dieses Beweismittels hätte eine Verletzung des insoweit unmittelbar durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Rechts am gesprochenen Wort der Beklagten zur Folge, denn im gerichtlichen Verfahren tritt der Richter den Verfahrensbeteiligten in Ausübung staatlicher Hoheitsgewalt gegenüber. Er ist gem. Art. 1 Abs. 3 GG bei der Urteilsfindung an die im Einzelfall maßgeblichen Grundrechte gebunden und zu einer rechtsstaatlichen Verfahrensgestaltung verpflichtet (BVerfG 9. Oktober 2002 - 1 BvR 1611/96, 1 BvR 805/98 - zu

C II 3 b der Gründe, BVerfGE 106, 28). Im Rahmen der Abwägung zwischen dem gegen die Beweiserhebung streitenden Schutz des Rechts am gesprochenen Wort auf der einen und dem für die Verwertung sprechenden Beweiserhebungsinteresse auf der anderen Seite überwiegt in den Fällen des zielgerichteten Mithörens eines Telefongesprächs nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts regelmäßig der Schutz des Rechts am gesprochenen Wort. Dem Interesse an der Beweiserhebung müsse über das stets bestehende „schlichte“ Beweisinteresse hinaus besondere Bedeutung für die Rechtsverwirklichung einer Partei zukommen (BVerfG 9. Oktober 2002 - 1 BvR 1611/96, 1 BvR 805/98 - zu C II 4 a bb der Gründe, aaO mit Beispielen; ebenso BAG 29. Oktober 1997 - 5 AZR 508/96 - BAGE 87, 31; BGH 18. Februar 2003 - XI ZR 165/02 - zu II 2 c der Gründe, AP BGB § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 38; im Wesentlichen zustimmend Löwisch SAE 1998, 289, 291; Dörrwächter Anm. zu EzA BGB § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 12 S. 17 ff.; Linnenkohl AuR 1998, 132; Stein/Jonas/Leipold ZPO 22. Aufl. § 284 Rn. 104; ablehnend Baltasar Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 2005, 229, 233 ff.; Erman/Ehmann 12. Aufl. Anh. § 12 Rn. 234 ff.; Foerste JZ 1998, 793, 794; ders. JZ 2003, 1111, 1113; Helle JR 2000, 353; Münch-KommZPO/ Prütting 3. Aufl. § 284 Rn. 74).

c) Keine rechtswidrige Beweiserhebung bei zufälligem Mithören

[27] Sofern die Klägerin - wie sie behauptet - nicht bemerkt hätte, dass die von ihr benannte Zeugin das Telefongespräch mitgehört hat, bestünde dagegen kein Beweisverwertungsverbot.

[29] Sollte die Klägerin während des Telefongesprächs mit der Personaldisponentin der Beklagten nicht bemerkt haben, dass die von ihr benannte Zeugin den gesamten Inhalt des Telefongesprächs mithören konnte, läge bereits keine rechtswidrige Verletzung des Rechts am gesprochenen Wort der Beklagten vor. Damit bestünde auch kein Verbot, die Zeugin zum Inhalt des Telefongesprächs vom 6. Juli 2006 zu vernehmen.

[30] Wenn die von der Klägerin benannte Zeugin das zwischen der Klägerin und der Personaldisponentin der Beklagten geführte Telefongespräch mitgehört hat, ohne dass die Klägerin dies bemerkt und aktiv etwas dazu beigetragen hat, ist zwar der Schutzbereich des zivilrechtlichen Rechts am gesprochenen Wort der Beklagten objektiv berührt. Im Rahmen der gebotenen Abwägung ist jedoch zu berücksichtigen, dass auf Seiten der Klägerin jegliches Handlungsunrecht fehlt. Die Beklagte konnte nur darauf vertrauen, dass die Klägerin nichts aktiv unternimmt, um ein Mithören Dritter zu ermöglichen. Die Beklagte konnte jedoch nicht davon ausgehen, dass in räumlicher Nähe der Klägerin

anwesende Dritte nicht zufällig vom Gesprächsinhalt Kenntnis nehmen. Auch wenn ein Telefongespräch in der Mehrzahl der Fälle nicht zufällig von Dritten mitgehört werden kann, müssen die Gesprächsteilnehmer diese Möglichkeit doch in Betracht ziehen. Die Gefahr des zufälligen Mithörens hat sich durch technische Neuerungen und geänderte Telefongewohnheiten deutlich erhöht. Während früher Telefongespräche ausschließlich über Festnetzanschlüsse geführt wurden, die regelmäßig fest in einem geschlossenen Raum installiert waren - sei es in einem Zimmer oder einer Telefonzelle - sind heute Mobiltelefone sowie Festnetzanschlüsse mit mobilen Endgeräten allgemein verbreitet. Insbesondere beim Telefonieren mit Mobiltelefonen an öffentlich zugänglichen Orten wie zB an Supermarktkassen, in Straßenbahnen und Zügen, aber auch bei Nutzung eines Festnetzanschlusses mit mobilem Endgerät, ist die Gefahr des zufälligen Mithörens in räumlicher Nähe befindlicher Dritter deutlich erhöht. Bei einem Telefongespräch kann der Anrufer nicht mehr ohne Weiteres erwarten, nicht von Dritten, die sich in der Nähe des Gesprächspartners aufhalten, gehört zu werden.

d) Kein Beweisverwertungsverbot bei unterstelltem Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht

[34] Selbst wenn man im vorliegenden Fall jedoch, etwa wegen der arbeitsvertraglichen Beziehungen der Parteien, eine Verletzung des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts und des hierdurch geschützten Rechts am gesprochenen Wort der Beklagten annehmen würde, bestünde kein Beweisverwertungs- bzw. Beweisverwertungsverbot. Das Interesse der Klägerin an der Durchsetzung ihrer auch grundrechtlich geschützten Rechte in einem gerichtlichen Verfahren sowie das Interesse der Allgemeinheit an einer funktionsfähigen Rechtspflege und materiell richtigen Entscheidung würden das Interesse der Beklagten am Schutz ihres Persönlichkeitsrechts überwiegen.

[35] Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist nicht vorbehaltlos gewährleistet. Nach Art. 2 Abs. 1 GG wird es ua. durch die verfassungsgemäße Ordnung beschränkt. Ob das Gericht durch die Vernehmung der von der Klägerin benannten Zeugin rechtswidrig das durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Recht am gesprochenen Wort der Beklagten verletzt, richtet sich nach dem Ergebnis der Abwägung zwischen dem gegen die Verwertung streitenden Recht am gesprochenen Wort auf der einen und einem für die Verwertung sprechenden rechtlich geschützten Interesse auf der anderen Seite (vgl. BVerfG 9. Oktober 2002 - 1 BvR 1611/96, 1 BvR 805/98 - zu C II 4 a der Gründe, BVerfGE 106, 28; BGH 18. Februar 2003 - XI ZR 165/02 - AP BGB § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 38).

[36] Im Rahmen der Abwägung wäre zu berücksichtigen, dass in dieser Fallkonstellation die Verletzung

des Rechts am gesprochenen Wort der Beklagten eine deutlich geringere Eingriffsintensität hätte als in den bislang entschiedenen Fällen des zielgerichteten aktiven Mithörenlassens. Die Klägerin hätte in diesem Fall das Recht am gesprochenen Wort der Beklagten nicht durch eigenes aktives Tun verletzt, sondern es lediglich unterlassen, eine für die Beklagte ungünstige Situation zu beseitigen, mit der diese jedoch aufgrund der geänderten Telefoniergewohnheiten rechnen musste. Selbst wenn man hier eine Pflicht der Klägerin zum Tätigwerden annehmen wollte, wäre doch zu berücksichtigen, dass das Unterlassen einer Handlung weniger schwer wiegt als das aktive Tun. Augenfällig wird diese Wertung etwa in § 13 StGB, wonach bei Unterlassungsdelikten eine Strafmilderung nach § 49 Abs. 1 StGB möglich ist.

[37] Auf Seiten der Klägerin fiele ins Gewicht, dass sie mit ihrer Klage die Durchsetzung einer ebenfalls grundrechtlich geschützten Rechtsposition anstrebt, denn das Interesse an der Erhaltung des Arbeitsplatzes ist durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt (vgl. BVerfG 27. Januar 1998 - 1 BvL 15/87 - BVerfGE 97, 169,

176). Dies gilt auch für Arbeitnehmer, die sich noch in der Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG befinden (BVerfG 21. Juni 2006 - 1 BvR 1659/04 - NZA 2006, 913).

e) Ergebnis

[39] Das Landesarbeitsgericht hat ohne Aufklärung der konkreten Umstände eine Vernehmung der von der Klägerin benannten Zeugin abgelehnt. Dies war rechtsfehlerhaft, weil nur bei einem zielgerichteten, auf aktivem Tun beruhenden Mithörenlassen ein Beweisverwertungs- bzw. Beweiserhebungsverbot bestünde. Das Urteil des Landesarbeitsgerichts ist deshalb aufzuheben, soweit es über die beiden Kündigungsschutzanträge entschieden hat (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da sich im Umfang der Aufhebung die Richtigkeit des Berufungsurteils auch nicht aus anderen Gründen ergibt, war die Sache insoweit zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO).

Standort: Vertragsrecht

Problem: Widerruf bei Nichtigkeit

BGH, URTEIL VOM 25.11.2009
VIII ZR 318/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Nach einem am 01.05.2007 erfolgten Werbeanruf durch einen Mitarbeiter der Bekl. bestellte die Kl. bei dieser am darauf folgenden Tag per Fax einen Pkw-Innenspiegel mit einer unter anderem für Deutschland codierten Radarwarnfunktion zum Preis von 1.129,31 € zuzüglich Versandkosten. Der von der Kl. ausgefüllte Bestellschein enthält u.a. den vorformulierten Hinweis darüber, dass Radarwarngeräte verboten sind und der Kauf von den Gerichten als sittenwidrig betrachtet wird.

Die Lieferung des Geräts erfolgte am 09.05.2007. Die Kl. sandte das Gerät am 19.05.2007 an die Bekl. zurück und bat um Erstattung des Kaufpreises. Die Bekl. verweigert die Annahme und die Erstattung des Kaufpreises.

Die Kl. verlangt insb. die Rückzahlung des Kaufpreises zuzüglich 8,70 € Rücksendungskosten, insgesamt 1.138,01 € nebst Zinsen.

Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Kl. hat das Landgericht das erstinstanzliche Urteil teilweise abgeändert und die Bekl. verurteilt, an die Kl. 1.138,01 € nebst Zinsen zu zahlen. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Bekl. ihren Antrag auf vollständige Zurückweisung der Berufung der Kl. weiter. Die Revi-

sion hat keinen Erfolg.

Prüfungsrelevanz:

Im Kern stellt sich dem Senat die Frage, ob ein Widerruf gem. §§ 312, 355 ff. BGB auch dann möglich ist, wenn die abgegebene Willenserklärung nichtig bzw. der Vertrag unwirksam ist. Zwar kommt bei Nichtigkeit bzw. Unwirksamkeit stets eine Rückabwicklung nach bereicherungsrechtlichen Regeln in Betracht. Ist die Rechtsgrundlosigkeit jedoch auf Sittenwidrigkeit zurückzuführen, muss ggf. die Konditionssperre des § 817 S. 2 BGB berücksichtigt werden. Das Berufungsgericht hatte dieses Hindernis mit dem Verbraucherschutzgedanken und § 242 BGB überwunden; der Senat wählt jedoch einen anderen Weg:

Zwischen der Kl. und der Bekl. ist ein Fernabsatzvertrag i.S.d. § 312 b I 1 BGB zustande gekommen. § 312 d I 1 BGB räumt dem Verbraucher für diesen Fall ein Widerrufsrecht nach § 355 BGB ein, auf das gem. § 357 I 1 BGB die Vorschriften über den gesetzlichen Rücktritt (§§ 346 ff. BGB) Anwendung finden.

Verträge über den Kauf von Radarwarngeräten sind nach überwiegender Ansicht in Rechtsprechung und Schrifttum jedoch sittenwidrig, wenn der Vertragszweck – wie hier – erkennbar auf eine Verwendung im Geltungsbereich der deutschen Straßenverkehrsordnung gerichtet ist (BGH NJW 2005, 1490; *Emmerich*, JuS 2005, 746; *Möller*, EWiR 2005, 529; *Singer*, LMK 2005, II, 80; *Hardung*, SVR 2005, 339; *Diehl*,

ZfS 2005, 442; *Albrecht*, DAR 2006, 481, 485; *Hufnagel*, NJW 2008, 621, 624; Palandt/*Ellenberger*, BGB, § 138 Rn. 42). Ob im Falle der Unwirksamkeit des Vertrages bzw. der Nichtigkeit einer Willenserklärung ein Widerruf nach §§ 312, 355 ff. BGB zulässig sein soll, war bislang umstritten.

Einer Ansicht nach hindere die Nichtigkeit einen Widerruf nach § 355 BGB und eine Rückabwicklung nach §§ 357, 346 ff. BGB nicht. Die Rechtsfolgen der §§ 346 ff. BGB seien gegen über denjenigen aus §§ 812, 818 ff. BGB günstiger und könnten dem Verbraucher damit nicht vorenthalten werden (Münch-KommBGB/Wendehorst, § 312d Rn. 13; Münch-KommBGB/Masuch, § 355 Rn. 28; Erman/Saenger, § 355 Rn. 20; HK-BGB/Schulze, § 355 Rn. 5).

Nach anderer Ansicht setze ein Widerrufsrecht i.S.d. § 312 d BGB einen wirksamen Fernabsatzvertrag voraus, da nur von einem wirksam geschlossenen Vertrag zurückgetreten werden könne. Außerdem widerspreche es den dogmatischen Strukturen des Vertragsrechts, wenn auch nichtige Verträge nach den Rücktrittsvorschriften rückabgewickelt werden könnten (Staudinger/Thüsing, § 312d Rn. 10).

Der Senat folgt der erstgenannten Ansicht. Der Sinn des Widerrufsrechts beim Fernabsatzvertrag besteht darin, dem Verbraucher ein an keine materiellen Voraussetzungen gebundenes, einfach auszuübendes Recht zur einseitigen Loslösung vom Vertrag an die Hand zu geben, das neben und unabhängig von den allgemeinen Rechten besteht. Dies kann auch mit Blick auf die Parallelsituation bei der Anfechtung begründet werden. Im Falle einer Täuschung oder eines Irrtums ist es dem Verbraucher unbenommen, von der Anfechtung abzusehen und sich stattdessen für einen Widerruf und eine Rückabwicklung gem. §§ 357, 346 ff. BGB zu entscheiden (v. *Westphalen/Emmerich/v. Rottenburg*, *Verbraucherkreditgesetz*, § 7 Rn. 13; *Büllow/Artz*, *Verbraucherkreditrecht*, § 495 BGB Rn. 53). Aus Gesichtspunkten des Verbraucherschutzes muss gleiches für die Unwirksamkeit bzw. Nichtigkeit des Vertrages gelten. Hier bestehen nach Ansicht des Senats keine Gründe, den Verbraucher schlechter zu stellen, als wenn ihm ein Anfechtungsrecht zustünde.

Ein Ausschluss der Widerrufsmöglichkeit des Verbrauchers (gem. § 242 BGB) ergibt sich nach Ansicht des Senats nur, wenn der Unternehmer – etwa aufgrund arglistiger Täuschung durch den Verbraucher – besonders schutzbedürftig erscheint. Allein die Tatsache, dass die Kl. vorliegend von der Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäfts wusste, rechtfertigt demnach keine andere Bewertung der Situation. Der Widerruf war somit zulässig. Die Kl. konnte gem. § 346 I BGB die Erstattung des Kaufpreises und gem. § 357 II 2 BGB die Kosten für die Rücksendung des Gerätes ersetzt verlangen.

Die Entscheidung lässt sich auf ein tradiertes Problem in der Zivilrechtsdogmatik zurückführen. Schon seit der Entstehung des BGB war umstritten, ob verschiedene Nichtigkeitsgründe nebeneinander bestehen können. Seit der sog. „Lehre der Doppelwirkung im Recht“ ist anerkannt, dass eine nichtige Willenserklärung nochmals angefochten werden kann. Zu Recht geht der Senat davon aus, dass gleiches für den Widerruf gelten muss. Der angenehme Nebeneffekt besteht darin, dass hiermit die Anwendung des Bereicherungsrechts und die Frage nach der Konditionssperre des § 817 S. 2 BGB umgangen wird.

Aufgrund des dogmatischen Einschlags eignet sich die Entscheidung insb. zur Abfrage in einer mündlichen Prüfung.

Vertiefungshinweise:

❑ Widerruf und Rückabwicklung: EuGH RA 2009, 643 = ZIP 2009, 1820; BGH NJW 2007, 1946; *Harsch*, WuM 2008, 201.

❑ Widerruf eines nichtigen Vertrages: BGH NJW 2005, 1490; LG Bonn, NJW 1998, 2681; LG München I, NJW-RR 1997, 307; LG Stuttgart, NJW-RR 2004, 57; LG München I, NJW 1999, 2600.

❑ Zur „Doppelwirkung im Recht“: *Schmelz*, JA 2006, 21; *Hasse*, JuS-L 1997, 1.

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs* „Existenzgründung auf Raten“

❑ *Examenskurs* „Die Internetauktion“

Leitsätze:

1. Dem Verbraucher steht, sofern nicht Treu und Glauben (§ 242 BGB) etwas anderes gebieten, ein Widerrufsrecht nach § 312d BGB auch dann zu, wenn der Fernabsatzvertrag nichtig ist.

2. Das Widerrufsrecht besteht auch bei einem wegen beiderseitiger Sittenwidrigkeit nichtigen Fernabsatzvertrag, der den Kauf eines Radarwarngeräts zum Gegenstand hat (Fortführung des Senatsurteils vom 23. Februar 2005 - VIII ZR 129/04, NJW 2005, 1490).

Sachverhalt:

Nach einem am 01.05.2007 erfolgten Werbeanruf durch einen Mitarbeiter der Bekl. bestellte die Kl. bei dieser am darauf folgenden Tag per Fax einen Pkw-Innenspiegel mit einer unter anderem für Deutschland codierten Radarwarnfunktion zum Preis von 1.129,31 € zuzüglich Versandkosten. Der von der Kl. ausgefüllte Bestellschein enthält u.a. den vorformulierten Hinweis:

"Ich wurde darüber belehrt, dass die Geräte verboten sind und die Gerichte den Kauf von Radarwarngeräten

zudem als sittenwidrig betrachten."

Die Lieferung des Geräts erfolgte per Nachnahme am 09.05.2007. Die Kl. sandte am 19.05.2007 das Gerät an die Bekl. zurück und bat um Erstattung des Kaufpreises. Die Bekl. verweigerte die Annahme des Gerätes und die Rückzahlung des Kaufpreises.

Mit ihrer Klage begehrt die Kl. die Verurteilung der Bekl. zur Rückzahlung des Kaufpreises zuzüglich 8,70 € Rücksendungskosten, insgesamt 1.138,01 € nebst Zinsen. Darüber hinaus hat sie beantragt, die Bekl. zur Zahlung vorgerichtlicher Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von 155,30 € nebst Zinsen zu verurteilen und festzustellen, dass sich die Bekl. seit dem 19.05.2007 mit der Rücknahme des Gerätes in Annahmeverzug befindet.

Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Kl. hat das Landgericht das erstinstanzliche Urteil teilweise abgeändert. Es hat die Bekl. verurteilt, an die Kl. 1.138,01 € nebst Zinsen zu zahlen, und hat dem Feststellungsantrag entsprochen; im Übrigen hat das Landgericht die Berufung zurückgewiesen. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Bekl. ihren Antrag auf vollständige Zurückweisung der Berufung der Kl. weiter.

Aus den Gründen:

I. Ausführungen des Berufungsgerichts

[6] Das Berufungsgericht hat, soweit im Revisionsverfahren von Interesse, ausgeführt:

[7] Die Kl. habe gegen die Bekl. einen Anspruch auf Erstattung des Kaufpreises in Höhe von 1.129,01 € aus § 812 BGB und auf Zahlung weiterer 8,70 € gemäß § 357 Abs. 2 Satz 2 BGB.

[8] Zu Recht habe das Amtsgericht angenommen, dass der zwischen den Parteien geschlossene Kaufvertrag gemäß § 138 BGB nichtig sei. Verträge über den Kauf von Radarwarngeräten seien stets als sittenwidrig zu beurteilen, wenn - wie vorliegend - der Vertragszweck erkennbar auf eine Verwendung des Radarwarngerätes im Geltungsbereich der deutschen Straßenverkehrsordnung gerichtet sei. § 817 Satz 2 BGB stehe einer Rückforderung des Kaufpreises entgegen der Auffassung des Amtsgerichts nicht entgegen. Zwar lägen die Voraussetzungen des § 817 Satz 2 BGB dem Grunde nach vor, da der Kl. die Radarwarnfunktion des Spiegels bekannt gewesen sei und die Bekl. in ihrem Bestellformular auf die Sittenwidrigkeit entsprechender Verträge hingewiesen habe. Der Bekl. sei es jedoch gemäß § 242 BGB verwehrt, sich auf § 817 Satz 2 BGB zu berufen. Die Berufung auf die Nichtigkeit eines Vertrages könne in besonders gelagerten Ausnahmefällen eine unzulässige Rechtsausübung darstellen. Der Verbraucherschutz rechtfertige einen solchen Ausnahmefall. Die Sittenwidrigkeit des Vertragszwecks könne gesetzliche Regelungen mit ver-

braucherschützender Intention nicht ausschließen. Der von den Parteien geschlossene Kaufvertrag unterliefe den Verbraucherschützenden Regelungen zum Fernabsatzvertrag gemäß § 312b ff. BGB, wenn er nicht wegen der Sittenwidrigkeit des Vertragszwecks nichtig wäre. Die Nichtanwendung der §§ 312b ff. BGB würde eine unangemessene Benachteiligung des Verbrauchers bedeuten, wenn diesem im Rahmen der Geltendmachung seines gesetzlichen Widerrufs- und Rückgaberechts gemäß § 312d BGB die Sittenwidrigkeit des zugrunde liegenden Vertrages entgegengehalten werden könnte. Ein Verbraucher müsse auch dann, wenn er in der Situation des Fernabsatzes einen sittenwidrigen Vertrag schließe, die Möglichkeit haben, sich von dem Vertrag zu lösen. Diesen Schutz nicht zu gewähren, würde bedeuten, den redlichen Verkäufer schlechter zu stellen als den unredlichen, der aufgrund der Sittenwidrigkeit des Vertrages nicht zur Rücknahme der veräußerten Ware verpflichtet wäre. Dieser Wertungswiderspruch könne nur dadurch aufgelöst werden, dass der Verbraucher, welcher an einem sittenwidrigen Vertragsschluss beteiligt sei, sich über § 242 BGB auf Verbraucherschützende gesetzliche Regelungen berufen könne.

II. Entscheidung des BGH

[9] Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand, so dass die Revision zurückzuweisen ist. Die Kl. hat Anspruch auf Rückerstattung des für das Radarwarngerät gezahlten Kaufpreises und auf Rücknahme des Gerätes durch die Bekl.. Dieser Anspruch ergibt sich allerdings nicht, wie das Berufungsgericht gemeint hat, aus § 812 BGB. Vielmehr steht der Kl. ein gesetzlicher Rückabwicklungsanspruch aufgrund der Regelungen über das Widerrufs- und Rückgaberecht bei Fernabsatzverträgen zu (§ 346 Abs. 1 i.V.m. §§ 433, 312b, 312d, 355 ff. BGB). Dem steht die Nichtigkeit des zwischen den Parteien geschlossenen Kaufvertrags nicht entgegen.

1. Vorliegen eines Fernabsatzvertrages gem. § 312 b I 1 BGB

[10] Bei dem zwischen den Parteien aufgrund schriftlicher Bestellung seitens der Kl. und Zusendung des Geräts durch die Bekl. zustande gekommenen Kaufvertrag über das Radarwarngerät handelt es sich um einen Fernabsatzvertrag im Sinne des § 312b Abs. 1 Satz 1 BGB.

2. Rückabwicklung gem. §§ 312 d I 1, 355, 357 I 1, 346 ff. BGB

[11] Die Kl. hat Anspruch auf Rückabwicklung des Vertrages gemäß § 346 Abs. 1 BGB. Bei einem Fernabsatzvertrag steht dem Verbraucher ein Widerrufsrecht nach § 355 BGB zu (§ 312d Abs. 1 Satz 1 BGB), auf das die Vorschriften über den gesetzlichen Rück-

ktritt (§§ 346 ff. BGB) entsprechende Anwendung finden (§ 357 Abs. 1 Satz 1 BGB). Die Kl. hat das Widerrufsrecht fristgerecht ausgeübt, indem sie das am 9. Mai 2007 gelieferte Radarwarngerät am 19. Mai 2007 an die Bekl. zurücksandte (§ 355 Abs. 1 Satz 2 BGB), und ist deshalb an ihre auf den Abschluss des Vertrages gerichtete Willenserklärung nicht mehr gebunden (§ 355 Abs. 1 Satz 1 BGB). Sie hat damit Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises (§ 346 Abs. 1 BGB) zuzüglich der Kosten für die Rücksendung des Geräts (§ 357 Abs. 2 Satz 2 BGB).

3. Kein Ausschluss

[12] Eine direkte Anwendung der Regelung über das gesetzliche Widerrufsrecht der Kl. aus § 312d Abs. 1 BGB ist nicht, wie das Berufungsgericht gemeint hat, deshalb ausgeschlossen, weil der Fernabsatzvertrag wegen Sittenwidrigkeit gemäß § 138 BGB nichtig ist. Auch bei einem nichtigen Fernabsatzvertrag besteht grundsätzlich das Widerrufsrecht des Verbrauchers. Ein Ausnahmefall, in dem dies nicht gelten würde, liegt hier nicht vor.

a) Sittenwidrigkeit des Fernabsatzvertrages gem. § 138 BGB

[13] Der Kaufvertrag über den Erwerb eines Radarwarngeräts ist, wie das Berufungsgericht nicht verkannt hat, nach der Rechtsprechung des Senats sittenwidrig und damit nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig, wenn der Kauf nach dem für beide Seiten erkennbaren Vertragszweck auf eine Verwendung des Radarwarngeräts im Geltungsbereich der deutschen Straßenverkehrsordnung gerichtet ist.

b) Nichtigkeit steht Widerruf nicht entgegen

[14] Das Recht der Kl., sich von dem Fernabsatzvertrag durch Widerruf ihrer Willenserklärung zu lösen, wird von der Nichtigkeit des Vertrags nicht berührt.

aa) Streitstand

[15] Ob das Widerrufsrecht des Verbrauchers - jedenfalls grundsätzlich - auch bei einem unwirksamen Vertrag besteht, ist allerdings umstritten. Es wird die Auffassung vertreten, dass dies aus Gründen des Verbraucherschutzes zu bejahen sei, um dem Verbraucher die gegenüber einer kondiktionsrechtlichen Rückabwicklung günstigeren Rechtsfolgen der §§ 355, 346 ff. BGB zu erhalten (MünchKommBGB/Wendehorst, 5. Aufl., § 312d Rdnr. 13; MünchKommBGB/Masuch, 5. Aufl., § 355 Rdnr. 28; Erman/Saenger, BGB, 12. Aufl., § 355 Rdnr. 20; v. Westphalen/Emmerich/v. Rottenburg, VerbkrG, 2. Aufl., § 7 Rdnr. 13; HK-BGB/Schulze, 6. Aufl., § 355 Rdnr. 5; Wildemann in: jurisPK-BGB, aaO, § 355 Rdnr. 7). Dagegen wird eingewandt, das Widerrufsrecht nach § 312d BGB setze einen wirksamen Fernabsatzvertrag voraus, da nur von

einem wirksam geschlossenen Vertrag zurückgetreten werden könne und es den dogmatischen Strukturen des Vertragsrechts widerspreche, wenn auch nichtige Verträge nach den Rücktrittsvorschriften rückabgewickelt werden könnten (Staudinger/Thüsing, BGB (2005), § 312d Rdnr. 10; ebenso Lütcke, Fernabsatzrecht, § 312d Rdnr. 17; Bülow/Artz, Verbraucherrecht, 6. Aufl., § 495 BGB Rdnr. 53, zum Widerrufsrecht beim Verbraucherdarlehensvertrag).

bb) Stellungnahme des Senats

[16] Der Senat hat die Frage, ob ein Widerrufsrecht unabhängig davon besteht, ob die Willenserklärung bzw. der Vertrag ansonsten wirksam ist, in seinem Urteil vom 17. März 2004 offen gelassen (VIII ZR 265/03, WM 2004, 2451, unter II 2 b und c). Er bejaht sie in Übereinstimmung mit der in der Kommentarliteratur überwiegend vertretenen Auffassung.

[17] Der Sinn des Widerrufsrechts beim Fernabsatzvertrag besteht darin, dem Verbraucher ein an keine materiellen Voraussetzungen gebundenes, einfach ausübendes Recht zur einseitigen Loslösung vom Vertrag in die Hand zu geben, das neben und unabhängig von den allgemeinen Rechten besteht, die jedem zustehen, der einen Vertrag schließt. Dies kommt etwa im Erwägungsgrund 14 der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (ABl. EG Nr. L 144 S. 19) zum Ausdruck, wonach das Widerrufsrecht nicht die im einzelstaatlichen Recht vorgesehenen Rechte des Verbrauchers berührt. Dementsprechend hat der Verbraucher etwa ein Wahlrecht, ob er einen Fernabsatzvertrag nach §§ 312d, 355 BGB mit der Rechtsfolge einer Rückabwicklung nach §§ 346 ff. BGB widerruft oder ob er den Vertrag - gegebenenfalls - wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung gemäß §§ 119 ff., 142 BGB anfechtet und sich damit für eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung nach §§ 812 ff. BGB entscheidet (ebenso v. Westphalen/Emmerich/v. Rottenburg, aaO; Bülow/Artz, aaO). Es besteht unter dem Gesichtspunkt des bei einem Fernabsatzvertrag gebotenen Verbraucherschutzes kein Grund, den Verbraucher schlechter zu stellen, wenn der Fernabsatzvertrag nicht anfechtbar, sondern nach §§ 134, 138 BGB nichtig ist. Auch in einem solchen Fall rechtfertigt es der Schutzzweck des Widerrufsrechts, dem Verbraucher die Möglichkeit zu erhalten, sich von dem geschlossenen Vertrag auf einfache Weise durch Ausübung des Widerrufsrechts zu lösen, ohne mit dem Unternehmer in eine rechtliche Auseinandersetzung über die Nichtigkeit des Vertrages eintreten zu müssen. Auch bei einer etwaigen Nichtigkeit des Vertrages hat der Verbraucher deshalb grundsätzlich die Wahl, seine auf den Abschluss des Fernabsatzvertrages gerichtete Willenserklärung zu widerrufen oder sich

auf die Nichtigkeit des geschlossenen Vertrags zu berufen.

[18] Die dagegen vorgebrachten dogmatischen Einwände greifen nicht durch. Das begriffslogische Argument, nur ein wirksamer Vertrag könne widerrufen werden (Staudinger/Thüsing, aaO), berücksichtigt nicht, dass in der Zivilrechtsdogmatik seit langem anerkannt ist, dass auch nichtige Rechtsgeschäfte angefochten werden können (sog. Doppelwirkungen im Recht; Staudinger/Dilcher, BGB, 12. Aufl., Einl. zu §§ 104 ff. Rdnr. 80 m.w.N.; Bülow/Artz, aaO; vgl. auch BGH, Urteil vom 21. Juni 1955 - V ZR 53/54, JZ 1955, 500). Für den Widerruf eines nichtigen Vertrages gilt unter dogmatischem Gesichtspunkt nichts Anderes als für dessen Anfechtung.

cc) Einschränkungen der Widerrufsmöglichkeit

[19] Es ist im vorliegenden Fall nicht zu entscheiden, ob und unter welchen Voraussetzungen der Grundsatz, dass der Verbraucher auch einen nichtigen Fernabsatzvertrag widerrufen kann, einzuschränken ist. Denn ein Ausnahmefall, in dem die mit dem Widerrufsrecht verbundene Privilegierung des Verbrauchers nicht gerechtfertigt wäre, liegt hier nicht vor.

[20] Nicht zu folgen vermag der Senat der Auffassung, dass der Verbraucher sich bei einer Nichtigkeit des Fernabsatzvertrags schon dann nicht auf sein Widerrufsrecht berufen könne, wenn er den die Vertragsnichtigkeit nach §§ 134, 138 BGB begründenden Umstand jedenfalls teilweise selbst zu vertreten habe (so MünchKommBGB/Masuch, aaO). Ein Ausschluss des Widerrufsrechts wegen unzulässiger Rechtsausübung (§ 242 BGB) kann nur unter dem Gesichtspunkt besonderer Schutzbedürftigkeit des Unternehmers in Betracht kommen, etwa bei arglistigem Handeln des Verbrauchers gegenüber dem Unternehmer (v. Westphalen/Emmerich/v.Rottenburg, aaO, Rdnr. 14). Arglistiges Handeln der Kl. gegenüber der Bekl. liegt hier jedoch nicht vor. Vielmehr fällt bei dem nichtigen Kaufvertrag über das Radarwarngerät, wie unter 3 a ausgeführt, beiden Parteien - auch der Bekl. - ein Verstoß gegen die guten Sitten zur Last (vgl. Senatsurteil vom 23. Februar 2005, aaO, unter II 2). Unter diesen Umständen gebietet es der Gesichtspunkt von Treu und Glauben jedenfalls nicht, der Kl. das Widerrufsrecht zu Gunsten der Bekl. vorzuenthalten.

Standort: Gesamtschuldnerausgleich

Problem: Verjährung

BGH, URTEIL VOM 09.07.2009
VII ZR 109/08 (NJW 2010, 62)

Problemdarstellung:

Die Entscheidung behandelt die Frage, wie sich unterschiedliche Verjährungsfristen verschiedener Gesamtschuldner gegenüber dem Gläubiger (hier: einem Bauherrn) auf ihre internen Ausgleichsansprüche nach § 426 I 1 BGB auswirken.

Die Kl. ist Haftpflichtversicherer einer Ingenieurgemeinschaft (Versicherungsnehmerin). Sie macht gegen den Bekl. aus nach § 67 VVG a.F. übergegangenem Recht einen Ausgleichsanspruch gemäß § 426 I 1 BGB geltend.

Die Versicherungsnehmerin war von der L. GmbH (Auftraggeberin und Bauherr) mit der Objektüberwachung eines Bauvorhabens in D. beauftragt. Der Bekl. erbrachte für dieses Bauvorhaben Dachdecker- und Spenglerarbeiten, die am 28.05.1995 abgenommen wurden.

Ende 1999 holte die Auftraggeberin ein Privatgutachten ein, aus dem sich die Mangelhaftigkeit der Werkleistung des Bekl. ergab. Mit Antrag vom 25.01.2001 leitete sie ein selbständiges Beweisverfahren gegen die Versicherungsnehmerin ein. Diese verkündete dem Bekl. mit Schriftsatz vom 27.02.2001 den Streit. Das selbständige Beweisverfahren kam am 12.06.2003 zum Abschluss. Am 27.06.2005 erhob die Auftrag-

geberin gegen die Versicherungsnehmerin Klage auf Schadensersatz vor dem Landgericht D. Die Versicherungsnehmerin verkündete dem Bekl. mit Schriftsatz vom 25.08.2005 wiederum den Streit. Sie wurde durch Urteil vom 10.11.2006 verurteilt, 61.417,20 € nebst Zinsen an die Auftraggeberin zu zahlen. Von dem ausgerichteten Betrag entfielen 14.300 € nebst Zinsen auf Bauausführungsmängel der vom Bekl. erbrachten Leistungen.

Die Kl. hat den vom Landgericht D. ausgerichteten Betrag nebst Zinsen an die Berechtigten im November 2006 bezahlt.

Aus übergegangenem Recht verlangt sie nun Ausgleich vom Bekl. gem. § 426 I 1 BGB. Der Bekl. beruft sich einerseits auf die Verjährung des Gewährleistungsanspruchs der Auftraggeberin, andererseits auf die Verjährung des Ausgleichsanspruchs.

Das Landgericht hat den Bekl. zur Zahlung von 19.817,84 € verurteilt. Die Berufung des Bekl. ist erfolglos geblieben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Bekl. seinen Klageabweisungsantrag weiter. Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung an das Berufungsgericht.

Prüfungsrelevanz:

Das Hauptproblem bestand in der Tatsache, dass die Gewährleistungsansprüche der Auftraggeberin gegen

den Bekl. bereits bei Einleitung des selbständigen Beweisverfahrens verjährt waren. Die Kl. hat dennoch einen übergebenen Anspruch (aus § 67 VVG a.F.; nunmehr § 86 I VVG) auf Gesamtschuldnerausgleich gem. § 426 I 1 BGB gegen den Bekl. geltend gemacht. Dem Senat stellt sich damit die Frage, ob der Anspruch aus § 426 I 1 BGB eigenständig oder im Zusammenhang mit der ursprünglichen Forderung des Gläubigers (hier: Gewährleistungsanspruch der Auftraggeberin gegen den Bekl.) verjährt. In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage, wann der Anspruch aus § 426 I 1 BGB überhaupt verjährungsrelevant entsteht.

Das Berufungsgericht hatte der Klage stattgegeben, weil aus seiner Sicht der auf die Kl. übergegangene Ausgleichsanspruch nach § 426 I 1 BGB erst im November 2006 entstanden ist, als die Versicherung tatsächlich gezahlt hat. Dem schließt sich der Senat jedoch nicht an.

Unter Fortführung seiner eigenen Rechtsprechung stellt der Senat klar, dass der Anspruch aus § 426 I 1 BGB eigenständig verjährt (BGHZ 35, 317 [325]; BGH NJW 1981, 1665 [1666]; BGH NJW 1992, 2286 [2287]). Er gewinnt diese Erkenntnis aus dem Gegenschluss zu § 426 II BGB: Befriedigt einer der Gesamtschuldner den Gläubiger, geht auf diesen die ursprüngliche Forderung des Gläubigers inkl. aller Einreden über. Dementsprechend kann der nach § 426 II BGB vorgehende Gesamtschuldner den übrigen Schuldnern auch die Einrede der Verjährung der ursprünglichen Forderung entgegenhalten. Dies entspreche auch einem Gerechtigkeitsgedanken: Der ursprüngliche Gläubiger kann sich aussuchen, welchen seiner Schuldner er tatsächlich in Anspruch nimmt und welchen nicht. Diese Privilegierung darf sich aber nicht auch zwischen den Schuldnern selbst auswirken, da diese keine Wahl haben, ob sie gemeinschaftlich haften. Der Anspruch aus § 426 I 1 BGB verjährt damit selbständig und ohne Rücksicht auf die ursprüngliche Forderung des Gläubigers.

Das Berufungsgericht hatte im weiteren angenommen, dass der Anspruch aus § 426 I 1 BGB erst mit der Zahlung eines Gesamtschuldners an den Gläubiger (hier: im November 2006) i.S.d. § 199 BGB verjährungsrelevant entsteht. Auch dem folgt der Senat nicht: Er betont, dass der Ausgleichsanspruch nach § 426 I 1 BGB gleichzeitig mit der Gesamtschuld entsteht. Vor der Zahlung eines Gesamtschuldners an den Gläubiger besteht der Anspruch jedoch nicht als Zahlungs-, sondern als Mitwirkungs- und Befreiungsanspruch (BGHZ 11, 170 [174]; BGHZ 114, 117 [122]; BGH NZBau 2008, 121).

Insgesamt konnte die Kl. damit gegen den Bekl. vorgehen.

Vertiefungshinweise:

□ Zur Entstehung des Anspruchs aus § 426 I 1 BGB: BGH NJW 2010, 60; BGHZ 11, 170; BGHZ 114, 117; BGH ZfBR 1994, 209; BGH NZBau 2008, 121.

□ Zur Verjährung des Anspruchs aus § 426 I 1 BGB: BGHZ 175, 221; BGHZ 58, 216.

Kursprogramm:

□ *Examenskurs:* "Schuldnermehrheiten"

Leitsatz:

Der Ausgleichsanspruch des Gesamtschuldners, der den Anspruch des Gläubigers erfüllt hat, wird grundsätzlich nicht davon berührt, dass der Anspruch des Gläubigers gegen den anderen Gesamtschuldner verjährt ist (Fortführung von BGH, Urteil vom 9. März 1972, VII ZR 178/70, BGHZ 58, 216).

Sachverhalt:

Die Kl. ist Haftpflichtversicherer einer Ingenieurgemeinschaft (künftig: Versicherungsnehmerin). Sie macht gegen den Bekl. aus nach § 67 VVG a.F. übergebenem Recht einen Ausgleichsanspruch gemäß § 426 I 1 BGB geltend.

Die Versicherungsnehmerin war von der L. GmbH (künftig: Auftraggeberin) mit der Objektüberwachung eines Bauvorhabens in D. beauftragt. Der Bekl. erbrachte für dieses Bauvorhaben Dachdecker- und Spenglerarbeiten, die am 28.05.1995 abgenommen wurden.

Ende 1999 holte die Auftraggeberin ein Privatgutachten ein, aus dem sich die Mangelhaftigkeit der Werkleistung des Bekl. ergab. Mit Antrag vom 25.01.2001 leitete sie ein selbständiges Beweisverfahren gegen die Versicherungsnehmerin ein. Diese verkündete dem Bekl. mit Schriftsatz vom 27.02.2001 den Streit. Das selbständige Beweisverfahren kam am 12.06.2003 zum Abschluss. Am 27.06.2005 erhob die Auftraggeberin gegen die Versicherungsnehmerin Klage auf Schadensersatz vor dem Landgericht D. Die Versicherungsnehmerin verkündete dem Bekl. mit Schriftsatz vom 25.08.2005 wiederum den Streit. Sie wurde durch Urteil vom 10.11.2006 verurteilt, an die Streithelfer der Auftraggeberin 61.417,20 € nebst Zinsen zu zahlen. Von dem ausgerichteten Betrag entfielen 14.300 € nebst Zinsen auf Bauausführungsmängel der vom Bekl. erbrachten Leistungen.

Die Kl. hat den vom Landgericht D. ausgerichteten Betrag nebst Zinsen an die Berechtigten im November 2006 bezahlt.

Das Landgericht hat den Bekl. zur Zahlung von 19.817,84 € verurteilt. Die Berufung des Bekl. ist erfolglos geblieben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Bekl. seinen Klage-

abweisungsantrag weiter.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Berufungsgerichts

[7] Das Berufungsgericht erkennt der Klägerin unter Bezugnahme auf das landgerichtliche Urteil aus nach § 67 VVG a.F. übergegangenem Recht einen Anspruch nach § 426 Abs. 1 BGB zu. Zwischen der Versicherungsnehmerin und dem Beklagten bestehe ein Gesamtschuldverhältnis. Die Verantwortlichkeit des Beklagten für die streitgegenständlichen Mängel und die Höhe der Schadensersatzpositionen stünden aufgrund der Streitverkündung der Versicherungsnehmerin gegenüber dem Beklagten im Schadensersatzprozess zwischen der Auftraggeberin und der Versicherungsnehmerin fest. Im Innenverhältnis hafte der Beklagte gegenüber dem Architekten allein. Der Anspruch auf Gesamtschuldnerausgleich sei nicht deshalb ausgeschlossen, weil der Gewährleistungsanspruch der Auftraggeberin gegen den Beklagten bereits bei Einleitung des selbständigen Beweisverfahrens gegen die Versicherungsnehmerin verjährt gewesen sei. Der Ausgleichsanspruch selbst sei nicht verjährt. Dieser sei frühestens mit der im November 2006 erfolgten Zahlung an die Auftraggeberin fällig geworden.

II. Entscheidung des BGH

[8] Dies hält in einem entscheidungserheblichen Punkt der rechtlichen Überprüfung nicht stand.

1. Vorliegen der Gesamtschuldnerschaft

[9] Die Revision nimmt hin, dass das Berufungsgericht die Versicherungsnehmerin und den Beklagten als Gesamtschuldner ansieht und dem Beklagten im Innenverhältnis die alleinige Haftung zuweist. Auch gegen die vom Berufungsgericht zugrunde gelegte Höhe der Mängelbeseitigungskosten und der Zinsen erinnert die Revision nichts.

2. Verjährung des Gewährleistungsanspruch wirkt sich nicht auf den Ausgleichsanspruch aus

[10] Zu Recht misst das Berufungsgericht dem Umstand, dass die Gewährleistungsansprüche der Auftraggeberin gegen den Beklagten bereits im Jahr 2000 verjährt sind, für den nach § 67 VVG a.F. auf die Klägerin übergebenen Ausgleichsanspruch der Versicherungsnehmerin keine Bedeutung zu.

a) Selbständige Verjährung des Anspruchs aus § 426 I 1 BGB

[11] § 426 Abs. 1 BGB gewährt einen selbständigen Ausgleichsanspruch zwischen mehreren Gesamtschuldern, der auch der selbständigen Verjährung unterliegt (BGH, Urteil vom 9. März 1972 - VII ZR

178/70, BGHZ 58, 216, 218; Urteil vom 29. Oktober 1970 - VII ZR 14/69, BauR 1971, 60, 61; Staudinger/Noack (2005), § 426 BGB Rdn. 7 f.; a.A. Stamm, BauR 2004, 240). Die Verjährungsfrist bestimmt sich nach der allgemeinen Vorschrift über die regelmäßige Verjährung (§ 195 BGB) und ist von der Verjährung des nach § 426 Abs. 2 BGB übergeleiteten Anspruchs des Gläubigers gegen den Ausgleichspflichtigen unabhängig (vgl. auch Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zum Entwurf des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drucks. 14/7052, S. 195). Eine Anpassung der Verjährungsfrist dahingehend, dass der Ausgleichsanspruch mit dem übergeleiteten Anspruch des Gläubigers verjährt (so Rüssmann, JuS 1974, 292, 296), findet im Gesetz keine Grundlage (vgl. Kniffka, BauR 2005, 274, 280).

b) Kein anderes Ergebnis durch Vergleich mit § 426 II BGB

[12] Der Ausgleichsanspruch wird auch nicht in anderer Weise davon berührt, dass der Anspruch des Gläubigers gegen den Ausgleichspflichtigen verjährt ist (vgl. BGH, Urteil vom 7. Februar 2008 - III ZR 76/07, BGHZ 175, 221, 229; Urteil vom 9. März 1972 - VII ZR 178/70, BGHZ 58, 216, 218; RGZ 69, 422, 476).

[13] Entgegen der Auffassung der Revision ist der Ausgleichspflichtige nicht wie hinsichtlich des nach § 426 Abs. 2 BGB übergebenen Anspruchs berechtigt, dem ausgleichsberechtigten Gesamtschuldner alle Einreden entgegenzuhalten, die sich aus dessen Verhältnis zum Gläubiger ergeben (a.A. Stamm, BauR 2004, 240). Indem das Gesetz in § 426 Abs. 1 BGB einen selbständigen Ausgleichsanspruch schafft, gewährt es dem ausgleichsberechtigten Gesamtschuldner eine Rechtsposition, die er allein durch die Überleitung des Gläubigeranspruchs nach § 426 Abs. 2 BGB nicht erhalte. Diese Begünstigung würde dem Anspruchsberechtigten wieder genommen, wenn der Anspruch denselben Beschränkungen unterläge wie der übergeleitete Gläubigeranspruch.

[14] Die Verjährung des gegen den Beklagten gerichteten Gläubigeranspruchs kann nicht zum Nachteil des ausgleichsberechtigten Gesamtschuldners wirken. Dieser ist an der Rechtsbeziehung zwischen dem Gläubiger und dem weiteren Gesamtschuldner nicht beteiligt. Die Disposition, die der Gläubiger innerhalb dieses Rechtsverhältnisses durch (bewusstes oder unbewusstes) Verjährenlassen seiner Forderung gegenüber dem einen Gesamtschuldner trifft, kann nicht das Innenverhältnis der Gesamtschuldner zum Nachteil des anderen gestalten (vgl. MünchKommBGB-Bydlinsky, 5. Aufl., § 426 Rdn. 58; BGH, Urteil vom 9. März 1972 - VII ZR 178/70, BGHZ 58, 216, 219 f.).

c) Zwischenergebnis

[18] Es muss daher hingenommen werden, dass der

Ausgleichsverpflichtete im Innenausgleich im Endergebnis zur Leistung herangezogen werden kann, obwohl er sich dem Gläubiger gegenüber auf die Verjährung des Anspruchs berufen kann. Das ist ersichtlich im Gesetzgebungsverfahren zum Entwurf des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts nicht anders gesehen worden. So hat sich der Rechtsausschuss mit der Frage beschäftigt, ob die neuen Verjährungsregeln auch beim Gesamtschuldnerausgleich zu zweckmäßigen Ergebnissen führen. Er hat darauf hingewiesen, dass die Verkürzung der Verjährung von dreißig Jahren auf drei Jahre sachgerecht ist. Änderungsvorschläge, wie sie im Vorfeld der Schuldrechtsmodernisierung im Abschlussbericht der Schuldrechtskommission aus dem Jahre 1992 erarbeitet worden sind (Abschlussbericht S. 108 f.), sind im Gesetzgebungsverfahren nicht aufgenommen worden. Im Abschlussbericht war eine Regelung vorgeschlagen worden, wonach der Ausgleichsanspruch aus § 426 Abs. 1 BGB wie der Anspruch des Gläubigers gegen den ausgleichsverpflichteten Gesamtschuldner verjährt. Es sollten jedoch Ausnahmetatbestände gelten, die es dem in Anspruch genommenen Gesamtschuldner für kurze Zeit erlauben, den ausgleichspflichtigen Gesamtschuldner auch dann noch in Anspruch zu nehmen, wenn der Anspruch des Gläubigers gegen den ausgleichspflichtigen Gesamtschuldner verjährt ist.

3. Verjährung des Ausgleichsanspruchs

[19] Keinen Bestand hat das Berufungsurteil, soweit das Berufungsgericht meint, der Ausgleichsanspruch sei nicht verjährt.

a) Beginn der Verjährung des Ausgleichsanspruchs mit Entstehen der Gesamtschuld

[20] Entgegen der Auffassung der Vorinstanzen ist für den Beginn der Verjährung des Ausgleichsanspruchs

dessen Entstehung in Form der Mitwirkung und Befreiung von der Verbindlichkeit gegenüber der L. GmbH und nicht erst die Zahlung der Klägerin an die Berechtigten maßgeblich.

aa) Entstehen der Gesamtschuld

[21] Nach gefestigter Rechtsprechung entsteht der Ausgleichsanspruch nach § 426 Abs. 1 BGB bereits in dem Augenblick, in dem die mehreren Ersatzpflichtigen dem Geschädigten ersatzpflichtig werden, also mit der Begründung der Gesamtschuld (vgl. BGH, Urteil vom 21. November 1953 - VI ZR 82/52, BGHZ 11, 170, 174; Urteil vom 21. März 1991 - IX ZR 286/90, BGHZ 114, 117, 122; Urteil vom 28. April 1994 - VII ZR 73/93, BauR 1994, 621 = ZfBR 1994, 209; Urteil vom 15. Oktober 2007 - II ZR 136/06, BauR 2008, 381 = NZBau 2008, 121). Er besteht zunächst als Mitwirkungs- und Befreiungsanspruch und wandelt sich nach Befriedigung des Gläubigers in einen Zahlungsanspruch um.

bb) Einheitliche Verjährung

[22] Wie der Senat nach Erlass des Berufungsurteils entschieden hat (Urteil vom 18. Juni 2009 - VII ZR 167/08, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt), folgt hieraus, dass der Ausgleichsanspruch unabhängig von seiner Ausprägung als Mitwirkungs-, Befreiungs- oder Zahlungsanspruch einer einheitlichen Verjährung unterliegt. Auch soweit er auf Zahlung gerichtet ist, ist er mit der Begründung der Gesamtschuld im Sinne des § 199 BGB entstanden.

b) Zurückverweisung an das Berufungsgericht

[23] Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden, weil die für die Beurteilung der Hemmung der Verjährung erforderlichen Feststellungen fehlen.

*Strafrecht***Standort: § 13 StGB****Problem: Garantenstellung eines Wohnungsinhabers**

BGH, BESCHLUSS VOM 30.09.2009

2 STR 329/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Angeklagte war Mieterin einer Wohnung, die sie sich seit mehreren Jahren mit dem Mitangeklagten teilte. Dieser leitete als Gegenleistung sein Arbeitslosengeld an die Angeklagte weiter. Einige Jahre nach seinem Einzug begann der Mitangeklagte von der Wohnung aus und auch in der Wohnung mit Drogen zu handeln, was der Angeklagten auch bekannt war.

Das Landgericht Aachen verurteilte die Angeklagte wegen Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge, § 30a I BtMG, § 27 StGB, da sie durch das Zurverfügungstellen der Wohnung dem Mitangeklagten Hilfe geleistet habe und es außerdem unterlassen habe, das Handeltreiben des Mitangeklagten zu unterbinden. Der BGH hob diese Verurteilung auf. Die bloße Kenntnis und Billigung des Handeltreibens des Mitangeklagten reiche für eine Beihilfe der Angeklagten noch nicht aus. Eine Beihilfe durch Unterlassen, §§ 27, 13 I StGB, hingegen scheide aufgrund der fehlenden Garantenstellung der Angeklagten aus.

Prüfungsrelevanz:

Probleme aus dem Bereich Täterschaft und Teilnahme gehören in beiden Examen ebenso zum Standardwissen wie Kenntnisse zu den verschiedenen Garantenstellungen im Rahmen der unechten Unterlassungsdelikte. Sowohl das Problem der Beihilfe durch neutrale Handlungen als auch die Frage nach der Garantenstellung eines Wohnungsinhabers zur Verhinderung von Straftaten in seiner Wohnung stellen hierbei Probleme dar, die aufgrund der Tatsache, dass sie immer wieder Gegenstand von Aufsätzen und Urteilen sind, auch zu den im Examen bekannten Konstellationen gehören sollten.

Eine strafbare Beihilfe setzt gem. § 27 I StGB voraus, dass der Gehilfe dem Haupttäter "Hilfe leistet". Fraglich ist insofern, ob sog. "neutrale" Handlungen, die keinen unmittelbaren Deliktsbezug aufweisen sondern sozial adäquat (d.h. alltäglich oder berufstypisch) sind (z.B. der Verkauf eines Messers oder einer Axt an einen Mörder), eine strafbare Beihilfe begründen können. Im vorliegenden Fall hatte die Angeklagte da-

durch, dass sie ihren Mitangeklagten in ihrer Wohnung wohnen ließ, es diesem ermöglicht, von dort aus seinen Drogenhandel zu betreiben. Dass man jedoch einen Dritten in die eigene Wohnung aufnimmt ist eine Handlung, die keinen unmittelbaren Bezug zur Begehung von Straftaten aufweist und deshalb im oben genannten Sinne eine "neutrale" Handlung darstellt.

Hinsichtlich der Strafbarkeit "neutraler" Handlungen als Beihilfe wird ganz herrschend vertreten, dass hier eine Einschränkung des § 27 I StGB vorzunehmen sei, da nicht jedes Verhalten, das eine Straftat fördere, als Beihilfe strafbar sein könne (a.A.: Beckemper, JURA 2001, 163, 169). Zur Durchführung dieser Einschränkung gibt es zahlreiche Lösungsansätze (vgl. hierzu die Darstellungen bei Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 27 Rn 10a und Rotsch, JURA 2004, 14): Die in der Literatur vorherrschende Auffassung will bereits den objektiven Tatbestand der Beihilfe wegen Fehlens der objektiven Zurechnung verneinen (Lesch, JA 2001, 986; Meyer-Arndt, wistra 1989, 281 ff.; Ransiek, wistra 1997, 46). Ein Strafbarkeit setzte unter dem Gesichtspunkt objektiver Zurechenbarkeit insbesondere voraus, dass ein rechtlich missbilligtes Risiko geschaffen werde. Sofern aber nur eine sozial adäquate Handlung vorgenommen werde, sei das hierdurch geschaffene Risiko der Förderung der Haupttat nicht rechtlich missbilligt, sodass eine eventuell tatsächlich erfolgte Haupttatförderung auch nicht strafbar sei. Die Rechtsprechung und ein Teil der Literatur nehmen eine Einschränkung der strafbaren Beihilfe in diesen Fällen erst im subjektiven Tatbestand vor und bejahen eine Strafbarkeit nur dann, wenn der Gehilfe gezielt gehandelt hat, um den Haupttäter zu unterstützen (so noch BGH, NStZ 1995, 490) oder zumindest sicher wusste, dass er durch seine Handlung eine entsprechende Haupttat fördern würde (so BGH, wistra 1999, 459; 2000, 340; LK-Roxin, § 27 Rn 21; Gepert, JURA 1999, 266, 270). Handele der Gehilfe hingegen lediglich mit Eventualvorsatz bzgl. der Begehung der Haupttat, sei er straflos.

In der vorliegenden Entscheidung ist die Verneinung einer entsprechenden Beihilfehandlung für den BGH besonders einfach: Die Angeklagte konnte in dem Zeitpunkt, in dem sie den Mitangeklagten in ihre Wohnung aufnahm (womit die mögliche Beihilfehandlung des Zurverfügungstellens eines Teils der Woh-

nung zumindest begonnen hatte), noch gar nichts von dessen Drogenhandel wissen, denn der Mitangeklagte begann erst einige Jahre später damit, von der Wohnung aus und in der Wohnung mit Drogen zu handeln. Deshalb ist ungeachtet der erforderlichen Vorsatzform ein entsprechender Vorsatz jedenfalls nicht gegeben. In Übereinstimmung mit seiner bisherigen Rechtsprechung (BGH, 2003, 280 = RA 2003, 311; StV 2007, 81) geht der BGH davon aus, dass die bloße spätere Kenntniserlangung und Billigung des Drogenhandels für sich genommen nicht ausreicht, um eine strafbare Beihilfehandlung zu begründen.

Der BGH prüft allerdings noch, ob die Angeklagte sich nicht wegen Beihilfe durch Unterlassen, §§ 27, 13 I StGB, strafbar gemacht hat, weil sie nach Kenntniserlangung von dem Drogenhandel des Mitangeklagten nichts unternommen hat, um diesen zu unterbinden. Insofern ist zu berücksichtigen, dass bei einem unechten Unterlassungsdelikt eine Strafbarkeit gem. § 13 I StGB nur gegeben sein kann, wenn der Täter eine Rechtspflicht zur Abwehr des Erfolges hat (sog. Garantstellung). Dies gilt auch für eine Beihilfe durch Unterlassen (BGH, NJW 1982, 516; Fischer, § 27 Rn 13; Wessels/Boulke, AT, Rn 734). Im vorliegenden Fall konnte sich eine Garantstellung der Angeklagten allenfalls daraus ergeben, dass diese die Mieterin und Mitinhaberin der Wohnung war, in der der Mitangeklagte mit Drogen handelte. Der BGH hatte insofern zunächst die Auffassung vertreten, dass derjenige, der die Verfügungsgewalt über bestimmte Räumlichkeiten habe, auch dazu verpflichtet sei, zu verhindern, dass dort Straftaten begangen werden (BGH, NJW 1966, 1763). Mittlerweile hat sich der BGH jedoch der herrschenden Literatur angeschlossen und nimmt eine Garantstellung des Wohnungsinhabers nur noch dann an, wenn die beherrschten Räumlichkeiten (z.B. aufgrund ihrer Lage und Beschaffenheit) die Durchführung von Straftaten besonders erleichtern (BGH, NJW 1993, 76; StV 2003, 280 = RA 2003, 311; StV 2007, 81; Fischer, § 13 Rn 35; Schönke/Schröder-Stree, § 13 Rn 54). Diese Rechtsprechung setzt der BGH in der vorliegenden Entscheidung fort.

Vertiefungshinweise:

□ Zur Beihilfe durch neutrale Handlungen: *BGHSt* 46, 107; *BGH*, *NStZ* 1995, 490, *wistra* 1999, 459; 2000, 340; *Beckemper*, *JURA* 2001, 163; *Geppert*, *JURA* 1999, 266; *Rotsch*, *JURA* 2004, 14; *Samson/Langrock*, *wistra* 2007, 161; *Schneider*, *NStZ* 2004, 312

□ Zur Garantstellung des Wohnungsinhabers: *BGHSt* 30, 395; *BGH*, *NJW* 1966, 1763; *StV* 1999, 212; 2003, 280 = *RA* 2003, 311; *StV* 2007, 81; *Raus/Vogel*, *MDR* 1990, 869; *Stoffers*, *JURA* 1993, 18

Leitsätze (der Redaktion):

1. Allein die Kenntnis und Billigung der Lagerung und des Vertriebs der Betäubungsmittel in der Wohnung erfüllt für den Wohnungsinhaber die Voraussetzung strafbarer Beihilfe nicht.

2. Eine Rechtspflicht des Wohnungsinhabers i.S.v. § 13 I StGB, gegen den in einem ausschließlich von einer anderen Person genutzten Teil der Wohnung betriebenen Betäubungsmittelhandel einzuschreiten, ist grundsätzlich nicht gegeben.

Sachverhalt:

[2] Die Angeklagte und der Mitangeklagte A teilten sich seit sechs bis sieben Jahren eine Wohnung. Die Angeklagte übernachtete im Wohnzimmer oder in der Küche, während A das Schlafzimmer benutzte. Zum Ausgleich für Unterkunft und Verpflegung leitete A seine Hartz-IV-Bezüge an die Angeklagte weiter.

[3] A handelte "seit mindestens ein bis drei Jahren" mit Betäubungsmitteln, die er vorwiegend in den Niederlanden erwarb. Er nutzte das Schlafzimmer sowohl zur Lagerung der Drogen als auch zur Abwicklung der Drogengeschäfte mit Konsumenten. Dies war der Angeklagten bekannt und wurde von ihr geduldet. Auch bewahrte A das zur Abwicklung der Drogengeschäfte bestimmte Geld in kleinen Scheinen in seinem Schlafzimmer auf; gelegentlich zählte er es vor den Augen der Angeklagten nach, bevor er sich zum Drogenkauf in die Niederlande aufmachte.

[4] So geschah dies auch nach der ersten Oktoberwoche 2008 im Fall der im vorliegenden Verfahren abgeurteilten Einfuhr "größerer Mengen verschiedenster Betäubungsmittel zum Preis von etwa 2.100 €", die der Mitangeklagte A zur gewinnbringenden Veräußerung nach Deutschland verbrachte und von denen Teilmengen bei der Durchsuchung am 14. Oktober 2008 sichergestellt werden konnten.

Aus den Gründen:

[1] Das Landgericht hat die Angeklagte wegen Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu der Freiheitsstrafe von einem Jahr verurteilt und deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt. Ihre hiergegen eingelegte, auf die Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützte Revision hat mit der Sachrüge Erfolg.

1. Entscheidung des Landgerichts

[...] [5] Das Landgericht hat die Angeklagte wegen Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge verurteilt, "weil sie ihm (dem Mitangeklagten A) die Wohnung zur Verfügung gestellt hat und gemäß der Bekundung des Zeugen KHK S bei ihrer Vernehmung auch nicht erwähnt hat, jemals versucht zu haben, sein Handeln zu unterbinden".

2. Entscheidung des BGH

[6] Dies hält rechtlicher Prüfung nicht stand.

[7] Den widersprüchlichen Ausführungen des Landgerichts kann nicht mit hinreichender Sicherheit entnommen werden, dass die Angeklagte den Betäubungsmittelhandel des Mitangeklagten A durch aktives Tun gefördert hätte. Die nicht weiter mit Tatsachen belegte Begründung der Strafkammer, die Angeklagte habe ihm die Wohnung zur Verfügung gestellt, genügt nicht. Nach den Feststellungen teilten sich die Angeklagte und der Mitangeklagte A bereits seit mehreren Jahren die Wohnung, bevor Letzterer mit dem Handel mit Betäubungsmitteln begann. A nutzte hierfür das allein ihm zugewiesene Schlafzimmer. Den Ausführungen des Landgerichts lässt sich nicht entnehmen, inwieweit die Angeklagte hierbei die "Wohnung" zur Verfügung gestellt haben sollte. Allein die Kenntnis und Billigung der Lagerung und des Vertriebs der Betäubungsmittel in der Wohnung erfüllt für den Wohnungsinhaber die Voraussetzung strafbarer Beihilfe nicht (vgl. BGH NStZ 1999, 451; StV 2003, 280; 2007, 81).

[8] Ebenso wenig begründet es die Strafbarkeit der Angeklagten, dass sie gegen die Aktivitäten des A nicht vorgegangen ist. Dies käme vielmehr nur in Betracht, wenn sie als Wohnungsinhaberin rechtlich verpflichtet gewesen wäre, gegen den von A in dem aus-

schließlich von ihm genutzten Schlafzimmer betriebenen Betäubungsmittelhandel einzuschreiten (§ 13 Abs. 1 StGB). Eine solche Rechtspflicht des Wohnungsinhabers ist aber grundsätzlich nicht gegeben (vgl. BGH, jew. aaO).

3. Zurückverweisung und Hinweise an das Tatsachen-gericht

[9] Die Sache bedarf daher erneuter Verhandlung und Entscheidung. Da die Strafkammer von einem unzutreffenden rechtlichen Ansatz ausgegangen ist, wird der neue Tatrichter insbesondere zu prüfen haben, ob die Angeklagte konkrete Unterstützungshandlungen zu dem Rauschgiftdelikt des als Haupttäter verurteilten Mitangeklagten A geleistet hat. Eine Garantenstellung als Wohnungsinhaberin würde sie treffen, wenn ihr die Verfügungsgewalt über die ganze Wohnung zugestanden hätte und diese - etwa durch ihre Lage oder Beschaffenheit - eine besondere Gefahrenquelle für eine leichtere Ausführung von Straftaten darstellte (vgl. BGH NStZ-RR 2003, 153). Gegebenenfalls wird auch zu prüfen sein, ob die objektiven und subjektiven Voraussetzungen des Mitbesitzes an den im Schlafzimmer befindlichen und bei der Durchsuchung am 14. Oktober 2008 sichergestellten Betäubungsmitteln vorlagen (vgl. Senat StV 2007, 81).

Standort: § 315b StGB

Problem: Konkrete Gefahr

BGH, BESCHLUSS VOM 03.11.2009

4 STR 373/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte seine Ex-Freundin verfolgt, nachdem diese ihn verlassen hatte. Als diese ihm in ihrem Pkw entgegen kam, lenkte der Angeklagte sein eigenes Fahrzeug auf die Gegenfahrbahn. Nur weil der Angeklagte und seine Ex-Freundin beide nach rechts lenkten, wurde ein Unfall vermieden.

Das LG Frankfurt am Main verurteilte den Angeklagten aufgrund dieses Verhaltens wegen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr, § 315b I Nr. 3 StGB. Der BGH hob die Verurteilung auf, da zum einen die für § 315b I StGB erforderliche konkrete Gefahr durch die Feststellungen des LG nicht hinreichend belegt sei. Zum anderen habe das LG nicht bedacht, dass wegen der besonderen Konstellation der Verwirklichung des § 315b I StGB durch einen Verkehrsteilnehmer ausnahmsweise ein Gefährdungsvorsatz nicht ausreiche, sondern ein Schädigungsvorsatz erforderlich sei.

Prüfungsrelevanz:

Der Tatbestand des § 315b StGB ist immer wieder

Gegenstand von Prüfungsaufgaben. Zum einen bietet er sich dazu an, um zwischen abstrakter und konkreter Gefahr abzugrenzen, zum anderen stellt die Abgrenzung zu § 315c StGB und das insofern bestehende Sonderproblem der Anwendbarkeit von § 315b I StGB auf Verkehrsteilnehmer ein klassisches Examensproblem dar. Beide Probleme spricht auch der BGH in der vorliegenden Entscheidung an.

Der objektive Tatbestand des § 315b I StGB setzt insb. voraus, dass der Täter durch seine Handlung "Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert gefährdet". Erforderlich ist insofern eine konkrete Gefahr, eine nur abstrakte Gefährdung der genannten Rechtsgüter genügt für die Vollendung des § 315b I StGB nicht (Fischer, § 315b Rn 16; Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 315b Rn 12). Eine solche konkrete Gefahr setzt bei § 315b I StGB - ebenso wie bei § 315c I StGB - den Eintritt einer kritischen Situation voraus, in der die Sicherheit des genannten Rechtsgutes so stark beeinträchtigt ist, dass es - was aufgrund einer objektiv-nachträglichen Prognose zu ermitteln ist - letztlich vom Zufall abhängt, ob ein Schaden eintritt oder nicht (sog. "Beinahe-Unfall", vgl. BGH, NJW 1996, 329; NStZ-RR 1997, 200; Joecks, § 315b Rn 15,

§ 315c Rn 14 f.; Fischer, § 315b Rn 18).

Für den vorliegenden Fall führt der BGH aus, dass alleine die Feststellungen, dass sich die Fahrzeuge des Angeklagten und des Opfers auf derselben Fahrspur in entgegengesetzter Richtung bewegten, für die Annahme eines "Beinahe-Unfalls" nicht ausreichen. Es hätte zumindest noch genauer ermittelt werden müssen, wie nah sich die Fahrzeuge im Zeitpunkt der Ausweichmanöver bereits gekommen waren und ob es nur den überdurchschnittlichen Reaktionen der Ex-Freundin des Angeklagten zu verdanken war, dass es nicht zu einem Schaden gekommen war.

Als Tathandlung für einen gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr ist es gem. § 315b I Nr. 3 StGB bereits ausreichend, dass der Täter einen "ähnlichen, ebenso gefährlichen Eingriff" vornimmt wie er in den § 315b I Nrn. 1 und 2 StGB beschrieben wird. Konkrete Anforderungen an die Art des Eingriffs werden nicht genannt. Allerdings ist i.R.v. § 315b StGB stets zu beachten, dass dieser - wie schon die amtliche Überschrift zeigt - grundsätzlich einen Eingriff von außen "in den Straßenverkehr" voraussetzt. Das bedeutet, dass Verkehrsteilnehmer, die ja selbst Teil des Straßenverkehrs sind und nicht außerhalb des Verkehrs stehen, insofern privilegiert sind als auf sie nicht der (weite) Tatbestand des § 315b I StGB Anwendung findet, sondern nur der (enge) Tatbestand des § 315c I StGB. § 315c I StGB kommt insofern eine "Sperrwirkung" gegenüber § 315b I StGB zu (vgl. die Darstellung bei Fischer, § 315b Rn 9 ff.).

Ausnahmsweise kann jedoch auch das Verhalten eines Verkehrsteilnehmers nach § 315b I StGB strafbar sein, wenn es sich nämlich als "Pervertierung" einer Teilnahme am Straßenverkehr darstellt. Dies ist dann der Fall, wenn der Täter sein Fahrzeug bewusst zweckwidrig und in verkehrsfeindlicher Gesinnung verwendet (BGHSt 23, 7; Joecks, § 315b Rn 11a; Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 315b Rn 9 f.). Seit einigen Jahren verlangt der BGH allerdings für eine solche "Pervertierung" zusätzlich, dass der Täter - obwohl § 315b I StGB eigentlich ein konkretes Gefährdungsdelikt ist - mit (zumindest bedingtem) Schädigungsvorsatz handelt (BGH, StraFo 2003, 215 = RA 2003, 327; NStZ-RR 2008, 83 = RA 2008, 106).

Im vorliegenden Fall, in dem der Angeklagte als Autofahrer (also als Verkehrsteilnehmer) gehandelt hatte, wären somit für die Anwendbarkeit von § 315b StGB diese qualifizierten Anforderungen - insbesondere der Schädigungsvorsatz des Angeklagten - erforderlich. Der BGH weist ausdrücklich darauf hin, dass dies bedeutet, dass auch bei einer Strafbarkeit wegen eines Versuchs des § 315b I StGB (dann im Tatentschluss) ein entsprechender Schädigungsvorsatz festgestellt werden müsste und ein bloßer Gefährdungsversatz des Täters nicht ausreichen würde.

Vertiefungshinweise:

☐ Zu den Anforderungen an eine konkrete Gefahr i.R.v. § 315b StGB: *BGH*, NJW 1995, 3131; 1996, 329; NStZ-RR 1997, 200; *Janiszewski*, NStZ 1994, 272

☐ Zur Anwendbarkeit von § 315b StGB auf Verkehrsteilnehmer: *BGH*, StraFo 2003, 215 = RA 2003, 327; NStZ 2004, 625 = RA 2004, 606; JA 2006, 900 = RA 2006, 623; NStZ-RR 2008, 83 = RA 2008, 106; *Dreher*, JuS 2003, 1159; *Grupp/Kinzig*, NStZ 2007, 132; *König*, NStZ 2004, 175

Kursprogramm:

☐ *Examenskurs*: "Skatabend"

☐ *Examenskurs*: "Die Schwiegermutter"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Für die Annahme einer vollendeten Tat nach § 315 b I Nr. 3 StGB muss der Täter eine konkrete Gefahr für Leib oder Leben eines anderen Menschen oder eine fremde Sache von bedeutendem Wert herbeiführen. Dies ist der Fall, wenn die Tathandlung über die ihr innewohnende latente Gefährlichkeit hinaus in eine kritische Situation geführt hat, in der - was nach allgemeiner Lebenserfahrung auf Grund einer objektiv nachträglichen Prognose zu beurteilen ist - die Sicherheit einer bestimmten Person oder Sache so stark beeinträchtigt war, dass es nur noch vom Zufall abhing, ob das Rechtsgut verletzt wurde oder nicht (sog. "Beinahe-Unfall").

2. Zur Darlegung eines "Beinahe-Unfalls" - also eines Geschehens, bei dem ein unbeteiligter Beobachter zu der Einschätzung gelangt, "das sei noch einmal gut gegangen" -, genügt es nicht, festzustellen, dass sich zwei Fahrzeuge beim Gegenverkehr in enger räumlicher Nähe zueinander befunden haben.

Sachverhalt:

[4] Der Angeklagte stellte der Nebenklägerin, seiner früheren Lebensgefährtin, wiederholt nach, nachdem sie die Beziehung zu ihm beendet hatte. Als die Nebenklägerin am Vorfalstag gegen 14.30 Uhr mit ihrem Pkw ihre Arbeitsstätte in S. verlassen hatte, um nach Hause zu fahren, kam ihr noch innerorts der Angeklagte mit seinem Pkw entgegen. Der Angeklagte erkannte die Nebenklägerin in ihrem Pkw und lenkte seinen Pkw bewusst auf die Gegenfahrbahn. Dies entsprach seiner früheren Ankündigung: "Wenn ich Dich fahren sehe, fahre ich drauf zu, auch wenn wir beide in den Himmel kommen". Der Angeklagte beschleunigte seinen Pkw. "Ihm war auf Grund seiner gemachten Äußerung und dem Beschleunigen seines Fahrzeuges klar, dass zumindest die Möglichkeit eines

Frontalzusammenstoßes der Kraftfahrzeuge mit der Gefahr der Lebensgefährdung für die [Nebenklägerin] bestand, jedoch wollte er keinen konkreten Unfall mit schwerwiegenden Folgen für den Unfallgegner herbeiführen". Die Nebenklägerin, die mit einer Geschwindigkeit von 30 bis 40 km/h fuhr, sah den auf sie zufahrenden Pkw des Angeklagten und lenkte ihren Pkw nach rechts, um einen Unfall zu vermeiden. Auch der Angeklagte lenkte seinen Pkw nach rechts. Beide Fahrzeuge fuhren aneinander vorbei. "Wäre auch nur ein Kraftfahrzeug nicht nach rechts ausgewichen, wäre es zu einem Zusammenstoß der Kraftfahrzeuge gekommen.

Aus den Gründen:

[1] Das Landgericht hat den Angeklagten wegen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr, Bedrohung und Beleidigung unter Freisprechung im Übrigen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten verurteilt. Hiergegen wendet sich der Angeklagte mit seiner Revision, mit der er das Verfahren beanstandet und die Verletzung sachlichen Rechts rügt. Das Rechtsmittel hat in dem aus der Beschlussformel ersichtlichen Umfang mit der Sachrüge Erfolg; im Übrigen ist es unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

1. Zur Verurteilung des Angeklagten gem. §§ 185, 241 StGB

[2] Die Überprüfung des Urteils auf Grund der Revisionsrechtfertigung hat keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben, soweit ihn das Landgericht wegen Beleidigung und Bedrohung (Fälle II. 1 und 2 der Urteilsgründe) verurteilt hat. Insoweit verweist der Senat auf die zutreffenden Ausführungen in der Antragschrift des Generalbundesanwalts vom 19. August 2009.

2. Zur Verurteilung des Angeklagten gem. § 315b I Nr. 3 StGB

[3] Dagegen hält die Verurteilung des Angeklagten wegen (vorsätzlichen) gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr (§ 315 b Abs. 1 Nr. 3 StGB) der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. [...]

b) Zum Fehlen hinreichender Feststellungen für die Annahme einer konkreten Gefahr

[5] Diese Feststellungen belegen die für die Annahme einer vollendeten Tat nach § 315 b Abs. 1 Nr. 3 StGB vorausgesetzte Herbeiführung einer konkreten Gefahr für Leib oder Leben eines anderen Menschen oder eine fremde Sache von bedeutendem Wert nicht. Nach gefestigter Rechtsprechung muss die Tathandlung über die ihr innewohnende latente Gefährlichkeit hinaus in eine kritische Situation geführt haben, in der - was nach allgemeiner Lebenserfahrung auf Grund ei-

ner objektiv nachträglichen Prognose zu beurteilen ist - die Sicherheit einer bestimmten Person oder Sache so stark beeinträchtigt war, dass es nur noch vom Zufall abhing, ob das Rechtsgut verletzt wurde oder nicht (Senat, Urteil vom 30. März 1995 - 4 StR 725/94, NJW 1995, 3131 f., zu § 315 c StGB und Urteil vom 4. September 1995 - 4 StR 471/95, NJW 1996, 329 f., zu § 315 b StGB).

[6] Nach den dazu entwickelten Maßstäben genügen die Feststellungen des Landgerichts den Anforderungen zur Darlegung einer konkreten Gefahr nicht. Ein Verkehrsvorgang, bei dem es zu einem "Beinahe-Unfall" gekommen wäre - also ein Geschehen, bei dem ein unbeteiligter Beobachter zu der Einschätzung gelangt, "das sei noch einmal gut gegangen" (Senat aaO) -, lässt sich dem Urteil nicht entnehmen. Dass sich beide Fahrzeuge beim Gegenverkehr in enger räumlicher Nähe zueinander befunden haben, genügt für sich allein nicht. Insbesondere belegen die bisher getroffenen Feststellungen nicht, dass es dem Angeklagten und der Nebenklägerin etwa nur auf Grund überdurchschnittlich guter Reaktion sozusagen im allerletzten Moment gelungen ist, einer sonst drohenden Kollision durch Ausweichen zu begegnen. Vielmehr legen die Feststellungen nahe, dass die Nebenklägerin noch ohne Weiteres nach rechts ausweichen konnte, bevor eine kritische Situation im Sinne des "Beinahe-Unfalls" entstanden war. Verhielte es sich so, fehlte es an einer bereits eingetretenen konkreten Gefahr im Sinne des § 315 b Abs. 1 StGB und es käme deshalb nur eine Strafbarkeit wegen versuchten gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr nach Absatz 2 der Vorschrift in Betracht (vgl. Senat, Urteil vom 4. September 1995, aaO).

c) Zur Strafbarkeit des Angeklagten wegen Versuchs des § 315b I Nr. 3 StGB

[7] Der neue Tatrichter wird deshalb zunächst die Verkehrssituation, in der sich die beiden beteiligten Fahrzeuge bei ihrer Annäherung im Vorfallszeitpunkt befanden, tunlichst unter Hinzuziehung eines Sachverständigen für Verkehrsunfallrekonstruktion, näher aufzuklären haben. Auch wenn an die diesbezüglichen Feststellungen im Urteil keine zu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen (vgl. Senat, NJW 1995 aaO), wird sich der Tatrichter um nähere Ermittlung der von beiden Fahrzeugen im Vorfallszeitpunkt gefahrenen Geschwindigkeiten, ihrer Entfernung zueinander unmittelbar vor der Einleitung der Ausweichbewegungen, zur Breite der Fahrbahn und der am Vorfallsort bestehenden Ausweichmöglichkeiten zu bemühen und das Ergebnis in einer Weise im Urteil darzulegen haben, die dem Revisionsgericht eine Nachprüfung ermöglicht, ob eine - wie beschrieben - konkrete Gefahr im Sinne eines "Beinahe-Unfalls" bereits vorlag. Vermag der neue Tatrichter eine dahingehende

Feststellung nicht zu treffen, so wird er bei der Prüfung einer Versuchsstrafbarkeit nach § 315 b Abs. 2 StGB zu bedenken haben, dass für die subjektive Tatseite ein bloßer Gefährdungsvorsatz, wie ihn das Landgericht angesichts der Formulierung auf UA 11 möglicherweise als ausreichend erachtet hat, nicht genügt, vielmehr der Täter mit - mindestens bedingtem - Schädigungsvorsatz handeln muss (Senat, BGHSt 48, 233, 237 f.).

Schließlich wird auch zu prüfen sein, ob der Angeklagte von einem Versuch nach § 315 b Abs. 2 StGB mit strafbefreiender Wirkung gemäß § 24 Abs. 1 StGB zurückgetreten ist, indem er seinerseits nach rechts ausgewichen ist und dadurch eine Kollision beider Fahrzeuge verhindert hat. Im Übrigen kommt unabhängig von einer Strafbarkeit des Angeklagten nach § 315 b StGB eine Verurteilung des Angeklagten jeden-

falls wegen vollendeter Nötigung (§ 240 Abs. 1 und 2 StGB) in Betracht (zur Konkurrenz mit § 315 b StGB - Tateinheit - Senat, BGHSt 48, 233, 237 f.; König in LK-StGB 12. Aufl. § 315 b Rdn. 93). Denn der Angeklagte hat nach den bisher getroffenen Feststellungen durch sein Verhalten die Nebenklägerin mit Gewalt zum Ausweichen gezwungen.

3. Aufhebung und Zurückverweisung

[8] Die Aufhebung der Verurteilung des Angeklagten wegen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr zieht die Aufhebung der insoweit erkannten Einzelstrafe von einem Jahr und vier Monaten Freiheitsstrafe, die zugleich die Einsatzstrafe bildet, nach sich. Dies hat die Aufhebung des Gesamtstrafenausspruchs zur Folge, über den ebenfalls neu zu verhandeln und zu entscheiden ist.

Standort: § 224 I Nr. 2 StGB

Problem: Schuh als gefährliches Werkzeug

BGH, URTEIL VOM 24.09.2009

4 STR 347/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte, ein Polizeikommissaranwärter, hatte zusammen mit einer Kollegin versucht, das betrunkene und aggressive Opfer zur Ausnüchterung in Gewahrsam zu nehmen. Dieses hatte sich dagegen gewehrt und die Kollegin des Angeklagten ins Bein gebissen, woraufhin diese das Opfer mehrfach schlug. Als das Opfer bereits von der Kollegin abgelassen hatte, versetzte der Angeklagte dem am Boden liegenden Opfer noch mehrere Tritte in den Bauch.

Das Landgericht Dortmund hatte eine Rechtfertigung der Tritte des Angeklagten aus Nothilfe, § 32 StGB, abgelehnt und diesen wegen Körperverletzung im Amt, § 340 I StGB, verurteilt. Eine Qualifikation gem. §§ 340 III, 224 I Nr. 2 StGB hatte es abgelehnt, da der Schuh, mit dem der Angeklagte das Opfer getreten hatte, kein gefährliches Werkzeug i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB sei. Der BGH hob dieses Urteil auf, da die Voraussetzungen des § 224 I Nr. 2 StGB sehr wohl gegeben seien.

Prüfungsrelevanz:

Körperverletzungsdelikte sind besonders häufig Gegenstand von Prüfungsaufgaben, da sich mit diesen Tatbeständen insbesondere Probleme aus dem Bereich des Allgemeinen Teils leicht verbinden lassen. Während der Qualifikationstatbestand der Körperverletzung im Amt, § 340 I StGB, in den meisten Bundesländern nicht zum Prüfungsstoff gehört, ist die gefährliche Körperverletzung, § 224 I StGB, in allen Ländern Pflichtstoff. Die im vorliegenden Fall vom BGH

erörterte Frage, ob ein Schuh ein gefährliches Werkzeug i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB darstellt, ist ein absoluter Klassiker.

Gem. § 224 I Nr. 2 StGB wird der Täter einer Körperverletzung (oder Körperverletzung im Amt, vgl. § 340 III StGB) qualifiziert bestraft, wenn er die Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeugs begeht. Nach ganz herrschender Meinung ist ein gefährliches Werkzeug i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB jeder bewegliche Gegenstand, der nach seiner Beschaffenheit und der Art seiner konkreten Verwendung im Einzelfall dazu geeignet ist, erhebliche Verletzungen zu verursachen (BGH, NStZ 2007, 95; Fischer, § 224 Rn 9; Joecks, § 224 Rn 16; Lackner/Kühl, § 224 Rn 5). Bei Tritten mit einem beschuhten Fuß stellt die Rechtsprechung insofern stark auf den Einzelfall ab und lässt teilweise (insb. bei schweren Schuhen wie "Springerstiefeln") bereits die insofern bestehende erhöhte abstrakte Gefährlichkeit für die Annahme einer Qualifikation ausreichen (BGH, NStZ 1984, 329; 2000, 29). In anderen Fällen (insb. bei leichten Straßenschuhen oder Turnschuhen) stellt sie hingegen auf den konkret gefährlichen Einsatz ab (BGH, NStZ 1999, 616; 2003, 665 = RA 2003, 445) (vgl. hierzu die Darstellung bei Fischer, § 224 Rn 9c).

In der vorliegenden Entscheidung hat der BGH offen gelassen, ob allein die Tatsache, dass der Angeklagte bei seinen Tritten als Polizist im Dienst wahrscheinlich das zur Dienstkleidung gehörende feste Schuhwerk trug, zur Verwirklichung von § 224 I Nr. 2 StGB ausreicht. Denn die vorgenommenen konkreten Handlungen - mehrere heftige Tritte in den Bauch - würden auch bei leichten Schuhen jedenfalls zur Verwirklichung von § 224 I Nr. 2 StGB ausreichen.

Vertiefungshinweise:

Zum gefährlichen Werkzeug i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB, insb. bei Schuhen: *BGH*, *NStZ* 1999, 616; 2000, 29; 2003, 665 = RA 2003, 445; *Streng*, *GA* 2001, 359; *Wolters*, *JuS* 1998, 583

Kursprogramm:

Examenskurs: "Garage"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Ein Werkzeug ist "gefährlich" i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB, wenn es nach seiner objektiven Beschaffenheit und nach der Art seiner Benutzung im konkreten Einzelfall geeignet ist, erhebliche Körperverletzungen herbeizuführen. Die potenzielle Gefährlichkeit eines Gegenstandes im Einzelfall reicht aus, ohne dass es darauf ankommt, ob dessen Einsatz gegen den Körper des Opfers tatsächlich erhebliche Verletzungen hervorgerufen hat.

2. Ob ein Schuh am Fuß des Täters als gefährliches Werkzeug i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB anzusehen ist, lässt sich nur nach den Umständen des Einzelfalles entscheiden. Erforderlich ist dazu regelmäßig, dass es sich entweder um einen festen, schweren Schuh handelt oder dass mit einem "normalen Straßenschuh" mit Wucht oder zumindest heftig dem Tatopfer in das Gesicht oder in andere besonders empfindliche Körperteile getreten wird.

Sachverhalt:

[3] Am Abend des 6. Januar 2007 wurden der Angeklagte, ein Polizeikommissar z.A., und die Polizeibeamtin S als Besatzung eines Funkstreifenwagens zu einem Einsatz in die Innenstadt von Dortmund gerufen, nachdem die unter Einfluss von Alkohol und Medikamenten stehende Ehefrau des Geschädigten, die Zeugin K, auf dem Rückweg von einer Feier auf dem Gehweg zusammengebrochen war und der Ehemann der Zeugin und spätere Geschädigte K, der ebenfalls stark unter Alkoholeinfluss stand (Blutalkoholkonzentration: 3 ‰), den Abtransport seiner hilflos am Boden liegenden Ehefrau in ein Krankenhaus gewaltsam zu verhindern versuchte. Nachdem die Zeugin K trotz anhaltenden Widerstandes ihres Ehemannes, der deswegen von dem Angeklagten zu Boden gebracht werden musste, mit dem Rettungswagen abtransportiert worden war, beabsichtigten der Angeklagte und seine Kollegin nunmehr, den Geschädigten zur Ausnüchterung in Gewahrsam zu nehmen und ihm zu diesem Zweck die Hände zu fesseln. Dadurch sollten Auseinandersetzungen mit unbeteiligten Passanten verhindert und die Vollstreckung des dem Geschädigten gegenüber ausgesprochenen Platzverweises gewährleistet werden. Dem widersetzte sich der immer noch auf dem Boden liegende Geschädigte erneut, u. a. durch

wildes Strampeln, und biss die Beamtin S durch deren Jeanshose oberhalb des Knöchels in den unteren Bereich des rechten Schienbeins. Die Polizeibeamtin S versetzte dem Geschädigten daraufhin mindestens zwei kurze Schläge auf den Kieferknochen oder direkt in sein Gesicht, um ihn zur Lockerung des Bisses zu veranlassen. Ohne Absprache mit ihr trat der Angeklagte im Anschluss daran mehrfach mit seinem Fuß, an dem er einen Dienstschuh trug, nicht bloß leicht, sondern durchaus heftiger in die Bauchgegend des Geschädigten, wobei dieser jeweils kurz aufschrie.

Aus den Gründen:

[1] Das Landgericht hat den Angeklagten unter Freispruch im Übrigen wegen Körperverletzung im Amt und wegen Körperverletzung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von acht Monaten verurteilt. Die Vollstreckung der Freiheitsstrafe hat es zur Bewährung ausgesetzt. Die wirksam auf die Verurteilung im Fall II. 1 der Urteilsgründe beschränkte und auf die Verletzung materiellen Rechts gestützte Revision des Angeklagten bleibt ohne Erfolg. Das ebenfalls auf die Verurteilung im Fall II. 1 der Urteilsgründe beschränkte Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft, das vom Generalbundesanwalt vertreten wird, hat einen Teilerfolg und führt zu der aus der Urteilsformel ersichtlichen Änderung des Schuldspruchs. [...]

I. Zur Revision des Angeklagten

[4, 5] Die Revision des Angeklagten ist unbegründet. Die Nachprüfung des Urteils auf Grund der Sachrüge hat auch unter Berücksichtigung des Revisionsvorbringens einen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten nicht ergeben.

1. Zur Beweiswürdigung

[6] Die Beweiswürdigung hält rechtlicher Nachprüfung stand.

[7] Insbesondere musste die Strafkammer nicht in Erwägung ziehen, dass der Angeklagte seine Tritte lediglich gegen die Hand des Geschädigten, nicht aber in dessen Bauchgegend ausgeführt hatte. Entgegen der Auffassung der Revision lag dieser alternative Tathergang nach den dazu getroffenen Feststellungen fern. Zwar konnten die als Zeugen vernommenen Eheleute D wegen der Entfernung zum Geschehen keine genauen Angaben zur Zielrichtung der Tritte machen. Die Revision übersieht jedoch, dass die Strafkammer ihre Feststellungen insoweit maßgeblich auf die Aussage des Zeugen A gestützt hat, der das Geschehen von seinem Kiosk aus beobachtet und dabei das Gesicht des Geschädigten im Blick gehabt hat. Dieser Zeuge war sich, so die Strafkammer, ganz sicher, dass der aufrecht stehende Angeklagte mit seinem rechten Bein mehrmals in die Bauchgegend des mit der linken Körperseite auf dem Boden liegenden Geschädigten getre-

ten hatte.

2. Zum Fehlen einer Rechtfertigung des Angeklagten

[8] Die Urteilsfeststellungen bieten auch keine Grundlage für die Annahme der Revision, die Tritte des Angeklagten auf den Geschädigten könnten gemäß § 32 StGB unter dem Gesichtspunkt einer Nothilfe für die Polizeibeamtin S gerechtfertigt gewesen sein, weil diese von dem Geschädigten in ihr rechtes Schienbein gebissen wurde. Selbst wenn dieser rechtswidrige Angriff des Geschädigten auf die Beamtin noch angedauert haben sollte, als der Angeklagte zutrat (was angesichts der Schreie des Geschädigten ohnehin fern liegt), waren solche heftigen Tritte gegen den Bauchbereich des erkennbar stark alkoholisierten, auf dem Boden liegenden Geschädigten zur Abwehr des Angriffs keinesfalls geboten (§ 32 Abs. 1 StGB) und im Übrigen - unter Berücksichtigung polizeirechtlicher Befugnisse zur Durchsetzung des ausgesprochenen Platzverweises durch unmittelbaren Zwang - auch nicht verhältnismäßig. Zudem hat sich der Angeklagte vor dem Landgericht nicht auf einen Rechtfertigungsgrund berufen.

II. Zur Revision der Staatsanwaltschaft

1. Zur Ablehnung einer gefährlichen Körperverletzung im Amt, §§ 340 III, 224 I StGB durch das Landgericht

[9, 10] Das Landgericht hat angenommen, der Angeklagte habe sich durch die Tritte in den Bauchbereich des Zeugen K, die nicht mehr von der dienstlichen Handlung - Vollstreckung des Platzverweises - gedeckt gewesen seien, wegen einer Körperverletzung im Amt im Sinne von § 340 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Eine gefährliche Körperverletzung im Amt im Sinne der §§ 340 Abs. 3, 224 Abs. 1 Nr. 2 und 4 StGB liege dagegen nicht vor. Gemeinschaftliches Handeln zwischen dem Angeklagten und seiner Kollegin habe nicht festgestellt werden können. Der Angeklagte habe die Tat auch nicht unter Einsatz eines gefährlichen Werkzeugs, nämlich des mit dem Dienstschuh bekleideten Fußes ausgeführt. Ein gefährliches Werkzeug liege nur dann vor, wenn es nach seiner objektiven Beschaffenheit und nach der Art seiner Benutzung im Einzelfall geeignet sei, erhebliche Körperverletzungen zuzufügen. Hier fehle es aber an der potentiellen Gefährlichkeit der konkreten Benutzung des beschuhten Fußes. Auch wenn die Tritte des Angeklagten in den Bauchbereich des Geschädigten durchaus fester gewesen seien, korrespondierten damit keine sichtbaren Verletzungen oder vom Geschädigten geschilderten Beschwerden.

2. Zum Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 340 III, 224 I Nr. 2 StGB

[11] Vor dem Hintergrund der vom Landgericht für

sich genommen rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen beanstandet die Beschwerdeführerin zu Recht die unterbliebene Verurteilung wegen gefährlicher Körperverletzung im Amt gemäß § 340 Abs. 1, 3 i.V.m. § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB.

a) Zu den Voraussetzungen für ein gefährliches Werkzeug i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB

[12] Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein Werkzeug "gefährlich" im Sinne von § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB, wenn es nach seiner objektiven Beschaffenheit und nach der Art seiner Benutzung im konkreten Einzelfall geeignet ist, erhebliche Körperverletzungen herbeizuführen (vgl. nur BGH NStZ 2007, 95). Die potentielle Gefährlichkeit eines Gegenstandes im Einzelfall reicht aus, ohne dass es darauf ankommt, ob dessen Einsatz gegen den Körper des Opfers tatsächlich erhebliche Verletzungen hervorgerufen hat (BGHSt 30, 375, 377; vgl. auch Fischer StGB 56. Aufl. § 224 Rdn. 9 m.w.N.). Ob ein Schuh am Fuß des Täters in diesem Sinne als gefährliches Werkzeug anzusehen ist, lässt sich nur nach den Umständen des Einzelfalles entscheiden (BGHSt 30, 375, 376; BGHR StGB § 223 a Abs. 1 Werkzeug 3). Erforderlich ist dazu regelmäßig, dass es sich entweder um einen festen, schweren Schuh handelt oder dass mit einem 'normalen Straßenschuh' mit Wucht oder zumindest heftig dem Tatopfer in das Gesicht oder in andere besonders empfindliche Körperteile getreten wird (BGH, jew. aaO; vgl. auch BGH NStZ 1984, 328, 329; BGH, Beschluss vom 7. Dezember 2006 - 2 StR 470/06).

b) Zum Vorliegen dieser Voraussetzungen im vorliegenden Fall

[13] Danach hat das Landgericht die Anforderungen an das Tatbestandsmerkmal des gefährlichen Werkzeugs im Sinne des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB im vorliegenden Fall überspannt und zu Unrecht darauf abgestellt, dass bei dem Geschädigten keine sichtbaren Verletzungen oder von ihm geschilderte Beschwerden als Folge der Tritte des Angeklagten festgestellt werden konnten. Dass der von dem Angeklagten getragene Schuh geeignet war, bei Tritten in die Bauchgegend eines am Boden liegenden Menschen erhebliche Verletzungen hervorzurufen, steht nach den dazu getroffenen Feststellungen nicht in Frage. Ob dies ohne Rücksicht auf die Heftigkeit der damit ausgeführten Tritte schon deshalb nahe liegt, weil der Angeklagte schweres, zur Dienstausrüstung der Schutzpolizei gehörendes Schuhwerk trug, kann letztlich dahinstehen, zumal insoweit genauere Feststellungen fehlen. Die Strafkammer hat jedenfalls mehrere, nicht bloß leichte, sondern heftige Tritte in die Bauchgegend des Geschädigten als erwiesen angesehen. Schon deshalb waren diese in der konkreten Situation geeignet, bei dem er-

heblich alkoholisierten und damit eingeschränkt verteidigungsfähigen Zeugen, der zudem am Boden lag, erhebliche Verletzungen herbeizuführen.

[14] Der Senat kann den Schuldspruch im Fall II. 1 der Urteilsgründe selbst ändern. § 265 StPO steht nicht entgegen, da die Staatsanwaltschaft dem Angeklagten in der Anklageschrift eine gefährliche Körperverletzung im Amt zur Last gelegt hatte.

c) Zur Beibehaltung des Strafausspruchs

[15] Die Schuldspruchänderung lässt hier den Strafausspruch unberührt. Zwar entspricht die vom Landgericht im Fall II. 1 der Urteilsgründe verhängte Einzelstrafe von sechs Monaten lediglich dem Mindestmaß des nunmehr anzuwendenden Strafrahmens des §

224 Abs. 1 StGB. Angesichts der von der Strafkammer rechtsfehlerfrei erwogenen, gewichtigen Milderungsgründe, insbesondere der dem Tatgeschehen vorausgegangenen erheblichen Provokationen durch den Geschädigten, der vom Angeklagten infolge seiner Suspendierung vom Dienst erlittenen finanziellen Einbußen sowie der zu erwartenden disziplinarischen Maßnahmen und der seit der Tat verstrichenen Zeit von nahezu drei Jahren kann der Senat ausschließen, dass das Landgericht im Fall der Verurteilung wegen gefährlicher Körperverletzung im Amt eine höhere Einzelstrafe verhängt hätte. Im Übrigen erachtet der Senat die erkannte Strafe auch unter Zugrundelegung des erhöhten Strafrahmens für tat- und schuldangemessen. [...]

IMPRESSUM

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

*Urteile in Fallstruktur***Standort: Öffentliches Recht****Problem: Öffentliche Videoüberwachung**

OVG MÜNSTER, URTEIL VOM 08.05.2009
16 A 3375/07 (DÖV 2009, 725)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, ob eine Universität ihre Bibliothek mit Videokameras offen überwachen lassen und die gewonnenen Bilder (temporär) speichern darf. Geklagt hatten Studierende, die sich staatlich überwacht fühlten.

Das OVG NRW stellt zunächst fest, dass in der offenen Videoüberwachung ebenso wie in der Datenspeicherung ein Eingriff in das Recht der Kläger auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 I i.V.m. 1 I 1 GG liegt. Sodann differenzierte das Gericht:

I. Für die Datenerhebung (das Filmen also) sah es eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage in § 29 I Datenschutzgesetz NRW. Danach kann gefilmt werden, "soweit dies der Wahrnehmung des Hausrechts dient und keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass schutzwürdige Interessen betroffener Personen überwiegen." Zwei Fragen stellten sich:

1. Diente das Filmen der "Wahrnehmung des Hausrechts"? Die Antwort hängt davon ab, ob man das Hausrecht als nur gegen Externe (Dritte) gerichtet sieht, oder ob es auch gegen Interne ins Feld geführt werden kann (die Kläger waren als Studierende selbst Mitglieder der Universität). Das OVG Münster nimmt im Einklang mit der h.M. letzteres an.

2. Überwiegen die "schutzwürdigen Interessen der Betroffenen"? Das OVG Münster nimmt unter diesem Merkmal eine sehr ausführliche, geradezu schulmäßige Verhältnismäßigkeitsprüfung vor, wobei das Gericht zu dem Ergebnis kommt, dass die Interessen der Betroffenen zurückstehen müssen.

II. Für die Datenspeicherung fordert § 29b II DSGVO NRW hingegen, dass diese "unverzichtbar" sein muss. Hierzu meint das OVG Münster, dass sich auch durch das reine Beobachten der Kamerabilder durch Mitarbeiter der beklagten Universität und ein rein anlassbezogenes Aufzeichnen der Bilder - also etwa auf Knopfdruck nur dann, wenn ein Beschädigen oder Unterschlagen von Büchern beobachtet wird - ausreichen müssten. Die Kläger konnten daher ein Unterlassen der anlasslosen Datenspeicherung verlangen.

Prüfungsrelevanz:

Kaum ein anderes Thema schlägt gegenwärtig so hohe Wellen wie staatliche Überwachungsmaßnahmen im Allgemeinen und das Überwachen mit Videokameras im Besonderen. Die RA hatte bspw. erst kürzlich darüber berichtet, dass es für das anlasslose Filmen des fließenden Verkehrs auf Autobahnen keine taugliche Ermächtigungsgrundlage gibt, dieses somit unzulässig ist. Auch die offene Videoüberwachung öffentlicher Plätze, etwa von Kriminalitätsschwerpunkten, war in der jüngeren Vergangenheit Gegenstand von Gerichtsentscheidungen (siehe zu allem die Vertiefungshinweise).

Es handelt sich stets um einen ausgezeichneten Prüfungsstoff, weil er Gelegenheit bietet, verschiedene examensrelevante Bereiche miteinander zu kombinieren. Im vorliegenden Fall etwa waren prozessuale Kenntnisse (Verwaltungsrechtsweg, Klageart) ebenso gefragt wie Basiswissen zum Hausrecht von Hoheitsträgern, dem öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungs- bzw. Unterlassungsanspruch und - nicht zuletzt - Grundrechtskenntnisse (allgemeines Persönlichkeitsrecht, Verhältnismäßigkeit als Schranken-Schranke).

Vertiefungshinweise:

☐ Videoüberwachung auf Autobahnen: BVerfG, RA 2009, 553 = NJW 2009, 3293

☐ Videoüberwachung öffentlicher Plätze: BVerfG, RA 2007, 392 = NVwZ 2007, 688; VGH Mannheim, NVwZ 2004, 498

Kursprogramm:

☐ Examenskurs: "Big brother is watching you"

Leitsätze:

1. § 29b I 1 NWDSG enthält keinen engen, spezifisch datenschutzrechtlichen Hausrechtsbegriff, der es ausschließt, optisch-elektronische Einrichtungen gegen Personen einzusetzen, die sich (etwa als Benutzer, Mitglieder, Bedienstete, Funktionsträger) berechtigt in dem überwachten Bereich aufhalten.

2. Die optisch-elektronische Überwachung nach § 29b I 1 NWDSG ist nicht erst dann unzulässig, wenn feststeht, dass die schutzwürdigen Interessen

der Betroffenen überwiegen. Sie darf vielmehr schon dann nicht erfolgen, wenn Anhaltspunkte für ein Überwiegen der privaten Interessen nicht ausgeräumt sind.

3. Es ist nicht unverzichtbar i. S. des § 29b II 1 NWDSG, Daten generell und anlasslos zu speichern, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass das mit der optisch-elektronischen Überwachung verfolgte Ziel entweder ganz ohne Datenspeicherung oder jedenfalls unter Begrenzung der Speicherung auf bestimmte Zeiten oder Anlässe in gleicher oder weitgehend gleicher Weise erreicht werden kann.

Sachverhalt:

Der Kläger ist Student an der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster (WWU), der Beklagten. Im Rahmen dieser Tätigkeit benutzt er nahezu täglich u.a. die Bibliothek des Kommunalwissenschaftlichen Instituts der Beklagten. Um Diebstähle und Beschädigungen von Büchern zu verhindern und solche Übergriffe einzelnen Benutzern beweiskräftig zuordnen zu können, ließ die beklagte Universität dort vier Videokameras installieren. Im Wechsel der Kameras wird jeweils ein Videobild auf einem Bildschirm angezeigt, der am Arbeitsplatz der Sekretärin des Instituts steht. Die Bilder werden außerdem für eine gewisse Zeit gespeichert. Das Vorhandensein der Videokameras ist durch hinweisende Aushänge für jedermann ersichtlich.

Der Kläger begehrt mit seiner Klage, dass die Kameras abgeschaltet, hilfsweise jedenfalls keine Daten von ihm gespeichert werden sollen. Er sei ein unbescholtener Bürger und fühle sich durch die anlasslose Überwachung seines Verhaltens ständig staatlich beobachtet. Dies verletze ihn in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht.

Die Beklagte hingegen meint, zum Betrieb der Kameras nach § 29 b des Datenschutzgesetzes NRW (DSG NRW) berechtigt zu sein. Dieser lautet auszugsweise:

§ 29b: Optisch-elektronische Überwachung

(1) Die nicht mit einer Speicherung verbundene Beobachtung öffentlich zugänglicher Bereiche mit optisch-elektronischen Einrichtungen ist zulässig, soweit dies der Wahrnehmung des Hausrechts dient und keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass schutzwürdige Interessen betroffener Personen überwiegen. Die Tatsache der Beobachtung ist, soweit nicht offenkundig, den Betroffenen durch geeignete Maßnahmen erkennbar zu machen.

(2) Die Speicherung von nach Absatz 1 Satz 1 erhobenen Daten ist nur bei einer konkreten Gefahr zu Beweiszwecken zulässig, wenn dies zum Erreichen der verfolgten Zwecke unverzichtbar ist. Die Daten sind unverzüglich zu löschen, wenn sie hierzu nicht mehr

erforderlich sind; dies ist in angemessenen Zeitabständen zu prüfen. [...]

Unbescholtene Bürger hätten zudem durch die Videoüberwachung gerade nichts zu befürchten. Diese diene vielmehr dem Schutz und Erhalt des Bücherbestandes, komme also letztlich sogar den Studierenden zugute. Alternative Überwachungsmöglichkeiten, etwa durch Aufsichtspersonal, kämen praktisch nicht in Betracht.

Hat die Klage Erfolg?

[Anm.: Der Fall ist nach Landesrecht NRW gelöst. Das Bundesdatenschutzgesetz enthält in § 6b BDSG jedoch eine vergleichbare Vorschrift, ebenso das Datenschutzrecht der übrigen Bundesländer, vgl. nur Art. 21a I 1 Bay.DSG, § 33c I Nr. 2 DSG Bbg., § 37 I Nr. 1 DSG MV, § 34 I LDSG Rh.-Pf., § 34 I Nr. 1 Saarl. DSG, § 33 I Sächs. DSG, § 20 I Schl.-Holst. LDSG. Der Fall lässt sich also auf Bundes- oder anderes Landesrecht ohne weiteres übertragen.]

Lösung:

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

1. Teil: Hauptantrag

Im Hauptantrag begehrt der Kläger die Abschaltung der Kameras.

A. Zulässigkeit

1. Verwaltungsrechtsweg

Fraglich ist zunächst, ob der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist. Dann müsste eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art i.S.d. § 40 I 1 VwGO vorliegen, für die es keine abdrängende Sonderzuweisung gibt.

Das Begehren des Klägers ist auf Abschaltung der Kameras gerichtet. Dieses wäre als Kehrseite zur Inbetriebnahme der Kameras öffentlich-rechtlich, wenn auch jene öffentlich-rechtlicher Natur wäre (sog. actus-contrarius-Gedanke). Hier werden die Kameras von der Beklagten, einer Universität und somit einer juristischen Person des öffentlichen Rechts im Form einer Personalkörperschaft betrieben. Dazu befinden sich diese in einem öffentlich-rechtlich gewidmeten Raum, nämlich der Bibliothek ihres Kommunalwissenschaftlichen Instituts. Bereits diese Umstände sprechen für ein öffentlich-rechtliches Betreiben der Kameras. Entscheidend ist aber, dass sich dieses Betreiben auf § 29b Abs. 1 Satz 1 DSG NRW stützt, eine Norm, die sich zwingend an einen Hoheitsträger wendet und daher ihrerseits öffentlich-rechtlichen Charakter hat. Somit ist auch das Verlangen des Klägers, die Kameras abzuschalten, nach öffentlichem Recht zu

beurteilen.

Die Streitigkeit ist mangels doppelter Verfassungsunmittelbarkeit auch nicht verfassungsrechtlicher Art, und abdrängende Sonderzuweisungen sind nicht ersichtlich.

II. Klageart

Die statthafte Klageart bestimmt sich nach dem Begehren des Klägers. Hier kommt eine allgemeine Leistungsklage in Betracht. Diese ist in der VwGO nicht eigens geregelt, aber an vielen Stellen erwähnt (z.B. in §§ 43 II, 111 VwGO) und daher allgemein als statthaft anerkannt. Sie findet Anwendung, wenn und soweit es um die Vornahme oder das Unterlassen eines Realakts geht. Unter einem Realakt in diesem Sinne ist ein Handeln zu verstehen, das - im Unterschied zum Verwaltungsakt - die Voraussetzungen des § 35 S. 1 VwVfG nicht erfüllt, zum Beispiel also keinen regeln Charakter entfaltet.

Das Abschalten der Kameras ist ein schlichter, physischer Vorgang, der weder eine ausdrückliche noch eine konkludente Bewilligungsentscheidung voraussetzt. Das Begehren des Klägers ist somit nicht im Sinne einer Regelungswirkung auf den Erlass eines Verwaltungsakts, sondern auf Unterlassen des weiteren Betriebs der Kameras gerichtet. Hierfür ist die allgemeine Leistungsklage (hier: auf Unterlassen) statthaft.

[Anm.: Eine Feststellungsklage gem. § 43 I, 2. Fall VwGO wäre auch denkbar gewesen, scheiterte jedoch an der Subsidiaritätsklausel des § 43 II VwGO.]

III. Klagebefugnis

In analoger Anwendung des § 42 II VwGO zur Vermeidung von Popularklagen müsste der Kläger ferner klagebefugt sein. Dies setzt zumindest die Möglichkeit die Verletzung eines subjektiv-öffentlichen Rechts des Klägers voraus.

Auf den ersten Blick könnte es sich hier um eine solche Popularklage handeln, da der Kläger mit dem Abschalten der Kameras nicht nur sein Gefilmtwerden, sondern das Unterlassen jeglichen Filmens im Kommunalwissenschaftlichen Institut der Beklagten begehrt. Allerdings genügt es, wenn der Kläger zumindest auch ein eigenes, subjektiv-öffentliches Recht vorweisen kann. Als solches kommt hier ein öffentlich-rechtlicher Unterlassungs- oder Folgenbeseitigungsanspruch in Betracht. Bei diesen Ansprüchen handelt es sich um gewohnheitsrechtlich anerkannte Rechtsinstitute des öffentlichen Rechts, die sich aus den Freiheitsgrundrechten und/oder dem Rechtsstaatsprinzip ableiten lassen. Es erscheint nicht von vornherein ausgeschlossen und somit zumindest möglich, dass (auch) der Kläger in seinem Recht auf informationelle Selbstbestimmung als Ausprägung des

allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG verletzt wird und hieraus einen Unterlassungs- oder Folgenbeseitigungsanspruch auf Abschalten der Kameras herleiten kann, was wiederum zur Folge hat, dass die Ablehnung dieses Begehrens durch die Beklagte ihn möglicherweise in seinen Rechten verletzt. Er ist somit klagebefugt.

IV. Klagegegner

Die allgemeine Leistungsklage ist - in Ermangelung einer ausdrücklichen Regelung - nach dem allgemeinen Rechtsträgerprinzip gegen den Rechtsträger zu richten, gegen den sich das begehrte Handeln oder Unterlassen richtet. Dies ist hier die WWU als Personalkörperschaft gem. § 2 I HochschulG NRW.

V. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

Der Kläger ist als volljährige natürliche Person gem. §§ 63 Nr. 1, 61 Nr. 1, 1. Fall VwGO beteiligtenfähig und gem. § 62 I Nr. 1 VwGO prozessfähig. Für die Beklagte als juristische Person ergibt sich die Beteiligtenfähigkeit aus §§ 63 Nr. 2, 61 Nr. 1, 2. Fall VwGO, die Prozessfähigkeit aus § 62 III VwGO über ihre gesetzlichen Vertreter.

Der Hauptantrag ist somit zulässig.

B. Begründetheit

Die allgemeine Leistungsklage ist begründet, sofern dem Kläger ein Anspruch auf die begehrte Leistung - hier ein Unterlassen in Form des Abschaltens der Kameras - zusteht.

I. Anspruchsgrundlage

Als Anspruchsgrundlage kommen - wie bereits in der Klagebefugnis erwähnt - der öffentlich-rechtliche Unterlassungs- oder Folgenbeseitigungsanspruch in Betracht. Streitig ist, ob sich diese Rechtsinstitute aus den Freiheitsgrundrechten oder dem Rechtsstaatsprinzip ableiten lassen; sie sind jedoch mittlerweile gewohnheitsrechtlich anerkannt, sodass der rein akademische Streit über ihre Herleitung auf sich beruhen kann.

Fraglich ist, in welcher Form der Abwehranspruch des Klägers hier besteht. Der öffentlich-rechtliche Folgenbeseitigungsanspruch dient der Rückabwicklung bereits geschehener, noch fortdauernder Eingriffe in subjektiv-öffentliche Rechte des Betroffenen. Demgegenüber ist der öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch auf Abwehr drohender, zukünftiger Eingriffe gerichtet. Hier geht es weniger darum, die Folgen eines bereits erfolgten Filmens des Klägers zu beseitigen, als vielmehr darum, dass ein zukünftiges, weiteres Filmen des Klägers (und anderer Studierender) durch die Beklagte unterbleibt. Dies spricht für die Anwendung des öffentlich-rechtlichen Unterlas-

sungsanspruchs. Letztlich kann aber auch die Abgrenzung der beiden Rechtsinstitute offen bleiben, sofern sich in der folgenden Prüfung keine Abweichungen zeigen.

II. Tatbestand

In tatbestandlicher Hinsicht fordern sowohl der öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch als auch der öffentlich-rechtliche Folgenbeseitigungsanspruch zunächst ein hoheitliches Handeln, durch das es zu einem Eingriff in ein subjektiv-öffentliches Recht des Klägers gekommen ist.

1. Hoheitliches Handeln

Dass es sich beim Betrieb der Kameras um ein hoheitliches Handeln der Beklagten handelt, wurde bereits zum Verwaltungsrechtsweg ausgeführt.

2. Eingriff in ein subjektiv-öffentliches Recht

Als subjektiv-öffentliches Recht des Klägers kommt hier nur das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG in seiner Ausprägung als Recht auf informationelle Selbstbestimmung in Betracht. Das OVG Münster bejaht einen Eingriff in dessen Schutzbereich:

a. Schutzbereich betroffen

“Das Grundrecht [des Klägers] auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG [...] schützt den Einzelnen unter den Bedingungen der modernen Datenverarbeitung gegen die unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe seiner persönlichen Daten und gewährleistet dessen Befugnis, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen (vgl. BVerfG, DVBl. 2007, 497; BVerfGE 115, 166; 65, 1).”

b. Eingriff

“Die Beobachtung der Bibliothek des Kommunalwissenschaftlichen Instituts hat angesichts ihrer konkreten Ausgestaltung auch dann Eingriffsqualität, wenn keine Speicherung der aufgenommenen Bilder erfolgt. Es genügt, dass die Bilder, die die Kameras produzieren, auf einen Bildschirm übertragen und dort angezeigt werden. [...] Maßgeblich ist sodann, dass aufgrund der Auflösung der Bilder einzelne Personen identifiziert werden können. Mittels der Videoanlage können nicht nur Verhaltensweisen detailliert nachvollzogen, sondern auch individuell zugeordnet werden. Hinzu kommt, dass die Videobeobachtung darauf gerichtet ist, das Verhalten der Benutzer der Bibliothek zu lenken. Sie zielt darauf ab, die Benutzer von bestimmten nicht erwünschten Verhaltensweisen (insbesondere Diebstählen und Beschädigung der in der Bibliothek befindlichen Bücher und Loseblattwerke) abzuhalten,

denn die Benutzer können nicht wissen, ob ihr Verhalten mit Hilfe der Videoanlage beobachtet wird (zu diesen Kriterien für einen Eingriff vgl. BVerfG, DVBl. 2007, 497; VGH Mannheim, NVwZ 2004, 498; Dolderer, NVwZ 2001, 130, 131; Roggan, NVwZ 2001, 134, 136; Saurer, DÖV 2008, 17, 20).”

3. Kausalität

Der Betrieb der Videokameras kann nicht hinweggedacht werden, ohne dass dieser Eingriff entfielen, so dass er auch äquivalent kausal auf das hoheitliche Handeln der Beklagten zurückgeht. Darüber hinaus ist es auch im Sinne einer adäquat-kausalen Verursachung keine ganz fernliegende, sondern im Gegenteil eine naheliegende, unausweichliche Konsequenz, dass von den Kameras auch solche Benutzer der Bibliothek erfasst werden, die sich - wie der Kläger - nichts zu schulden kommen lassen und auch nichts anderes beabsichtigen.

4. Rechtswidrigkeit der Folge

Fraglich ist jedoch, ob der Kläger nicht zur Duldung dieses Eingriffs in sein Persönlichkeitsrecht verpflichtet ist. Dies wäre jedenfalls dann der Fall, wenn das Filmens insgesamt - und somit auch ihm gegenüber - gerechtfertigt wäre. Hierzu das OVG Münster:

a. Ermächtigungsgrundlage

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist nicht schrankenlos gewährleistet. Als sich innerhalb der sozialen Gemeinschaft entfaltende, auf Kommunikation angewiesene Persönlichkeit muss der Einzelne Einschränkungen seines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung im überwiegenden Allgemeininteresse hinnehmen, wenn diese Einschränkung parlamentsgesetzlich geregelt ist, sofern diese Regelung ihrerseits wirksam, d.h. verfassungsgemäß ist, was wiederum insbesondere voraussetzt, dass sie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht (vgl. BVerfGE 115, 166; 65, 1).

Als parlamentsgesetzliche Schranke und somit als Ermächtigungsgrundlage für den Betrieb der Kameras durch die Beklagte kommt hier § 29b Abs. 1 Satz 1 DSGVO NRW in Betracht.

b. Formelle Rechtmäßigkeit

An der formellen Rechtmäßigkeit des Betriebs der Kameras zu zweifeln, bietet der Sachverhalt keinen Anlass. Schon mangels Verwaltungsaktsqualität war der Kläger zuvor nicht nach § 28 VwVfG NRW anzuhören. Formvorschriften existieren nicht. Es bleibt die Zuständigkeitsfrage, die das OVG NRW in zwei kurzen Ergebnissätzen erledigt:

“Die Vorschrift ist auf die Beklagte anwendbar. Diese ist als rechtsfähige Körperschaft des öffentlichen Rechts (vgl. § 2 Abs. 1 Satz 1 HochschulG NRW) eine

sonstige der Aufsicht des Landes unterstehende juristische Person des öffentlichen Rechts, für die das Datenschutzgesetz Nordrhein-Westfalen nach dessen § 2 Abs. 1 grundsätzlich gilt.”

c. Materielle Rechtmäßigkeit

In materieller Hinsicht müssen der Tatbestand der Ermächtigungsgrundlage erfüllt und die richtige Rechtsfolge gesetzt worden sein. Hierzu das OVG Münster:

aa. Tatbestand

“Nach § 29b Abs. 1 Satz 1 DSGVO NRW ist die nicht mit einer Speicherung verbundene Beobachtung öffentlich zugänglicher Bereiche mit optisch-elektronischen Einrichtungen zulässig, soweit dies der Wahrnehmung des Hausrechts dient und keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass schutzwürdige Interessen betroffener Personen überwiegen.”

(1). Optisch-elektronische Einrichtung

“Die Videokameras in den Bibliotheksräumen und der mit ihnen verbundene Bildschirm am Arbeitsplatz der Sekretärin des Instituts sind optisch-elektronische Einrichtungen im Sinne des § 29b Abs. 1 Satz 1 DSGVO NRW.”

(2) Öffentlich zugänglicher Bereich

“Die Institutsbibliothek ist ein öffentlich zugänglicher Bereich. Nach der Benutzungsordnung steht sie allen Mitgliedern und Angehörigen der Beklagten zur Benutzung zur Verfügung. Darüber hinaus können auch andere Personen zur Benutzung zugelassen werden, soweit sie ein berechtigtes Interesse darlegen und die Leistungsfähigkeit und Raumverhältnisse der Bibliothek dies erlauben.”

(3). Wahrnehmung des Hausrechts

Zweifel könnten jedoch daran bestehen, ob die Videoüberwachung der Bibliothek der “Wahrnehmung des Hausrechts” dient. Sie richtet sich nämlich nur nach innen, d.h. gegen Mitglieder der Hochschule. Teilweise wird vertreten, dass das Hausrecht nur externen Charakter habe, also der Beseitigung von Störungen durch externe Dritte diene. Dieser Ansicht schließt sich das OVG Münster aber jedenfalls für § 29b DSGVO NRW nicht an:

“Der Begriff des Hausrechts wird in § 29b DSGVO NRW [...] nicht definiert. [...] Die Videoüberwachung der Institutsbibliothek [...] wäre nur dann unzulässig, wenn der [...] enge Hausrechtsbegriff zutreffend wäre und [der Kläger] als Mitglieder der Hochschule davon nicht erfasst [wäre]. § 29b Abs. 1 Satz 1 DSGVO NRW enthält jedoch keinen spezifisch datenschutzrechtlichen engen Hausrechtsbegriff, der es ausschließt, optisch-elektronische Einrichtungen gegen Personen einzusetzen, die sich (etwa als Benutzer, Mitglieder, Be-

dienstete, Funktionsträger u. s. w.) berechtigt in dem überwachten Bereich aufhalten.”

(a). Weiter Hausrechtsbegriff herrschend

“Der Begriff des Hausrechts wird von Rechtsprechung und Literatur ganz überwiegend in einem umfassenden Sinne verstanden (OVG NRW, Urteil vom 28.11.1994 - 22 A 2478/93 -, juris; RiA 1993, 202; VGH Mannheim, ESVGH 25, 144, 146; VGH München, WissR 22 (1989), 83, 84; BayVBl. 1981, 657; VGH Kassel, DVBl. 1979, 925; Kirchhof/Plückhahn, in: Held u. a., Kommunalverfassungsrecht Nordrhein-Westfalen, § 51 Anm. 4; vgl. auch Knoke, Betriebliche Organisationsgewalt in Räumlichkeiten des Verwaltungsvorgangs, AöR 94, 388, 398 ff.; a.A. StGH BW, DVBl. 1988, 632, 633; Ehlers, DÖV 1977, 737, 739).”

(b). Subsumtion

“Wenn der Gesetzgeber einen spezifisch datenschutzrechtlichen engen Hausrechtsbegriff hätte verwenden wollen, hätte er eine entsprechende Legaldefinition im Datenschutzgesetz Nordrhein-Westfalen schaffen müssen. Zumindest hätte sich ein solcher Wille des Gesetzgebers im Gesetzgebungsverfahren ausdrücklich niederschlagen müssen. Im Gesetzgebungsverfahren wurde der Begriff ausweislich der Materialien als bekannt vorausgesetzt und nicht ansatzweise anders erörtert. [...] Der Gesetzgeber fand nicht nur eine ganz überwiegend weite Auslegung des Begriffs Hausrecht in Rechtsprechung und Literatur vor. Darüber hinaus wusste er von einer Vielzahl bereits in Betrieb befindlicher Videoüberwachungsanlagen und wollte das Datenschutzrecht an den zwischenzeitlich erreichten technischen Standard anpassen sowie einen rechtlichen Rahmen für bereits vorhandene Anlagen schaffen.

Nur einige der bekannten Anlagen (etwa in Eingangsbereichen, Treppenhäusern und Fluren) dienten der bloßen Zugangskontrolle. Daneben war schon eine Vielzahl von Videokameras im Einsatz, die Personen und Sachgüter vor Übergriffen (Gewalttaten, Diebstählen, Vandalismus u.s.w.) durch Personen schützen sollten, die sich berechtigt in dem jeweils zu überwachenden Bereich aufhielten. Solche Kameras fanden sich sowohl im privaten (z. B. in Kaufhäusern und Banken) als auch im öffentlichen Bereich (z. B. auf Bahnsteigen, in Tunneln und Parkanlagen).

Im hier maßgeblichen Hochschulrecht findet sich schließlich ebenfalls keine Legaldefinition des Hausrechts. Ein weites Begriffsverständnis ist aber allgemein anerkannt. Das Hausrecht im hochschulrechtlichen Sinne ist nicht auf Außenstehende begrenzt, sondern sein Einsatz auch gegen Mitglieder und Angehörige der Hochschule möglich. Hausrecht und Ordnungsgewalt unterscheiden sich nicht hinsichtlich des jeweiligen Adressatenkreises. Entscheidend ist viel-

mehr die unterschiedliche Zwecksetzung der jeweiligen Maßnahmen. Das Hausrecht dient der Wahrung und Erhaltung des Hausfriedens als Voraussetzung eines geordneten Betriebs und hat präventiven Charakter: Es soll den widmungsgemäßen Gebrauch vor Störungen schützen. Das universitäre Ordnungsrecht hat dagegen repressiv-disziplinarischen Charakter und will die Funktionsfähigkeit der Hochschule durch Ahndung von Pflichtwidrigkeiten der Mitglieder und Angehörigen sichern (vgl. OVG NRW, RiA 1993, 202; VGH Mannheim, ESVGH 25, 144, 146; VGH München, WissR 22 (1989), 83, 84; Leuze/Bender, UnivG NRW, § 19 Rdnr. 7 f.; Tettinger, WissR 16 (1983), 220, 224, 231 ff.).”

c. Zwischenergebnis

“Die im Kommunalwissenschaftlichen Institut installierte Videoüberwachungsanlage dient der Wahrnehmung des Hausrechts. Sie soll das Eigentum an den Medien in der Bibliothek schützen und verhindern, dass Benutzer sowie Besucher der Bibliothek Bücher und Loseblattwerke entwenden oder beschädigen. Die Videoüberwachung soll ferner ermöglichen, solche Übergriffe einzelnen Benutzern oder Besuchern beweiskräftig zuzuordnen.“

(4). Kein überwiegendes schutzwürdiges Interesse betroffener Personen

“Hinsichtlich der Beobachtung [des Klägers] fehlt es an Anhaltspunkten im Sinne des § 29b Abs. 1 Satz 1 DSGVO NRW, dass [seine] schutzwürdigen Interessen gegenüber dem öffentlichen Interesse an der Videoüberwachung überwiegen. Den Interessen der Betroffenen kommt insofern besonderes Gewicht zu, als der Einsatz optisch-elektronischer Überwachungsmittel nicht erst dann unzulässig ist, wenn ihre Interessen das öffentliche Interesse überwiegen. Vielmehr stehen nach § 29b Abs. 1 Satz 1 DSGVO NRW bereits Anhaltspunkte dafür, dass solche schutzwürdigen Interessen überwiegen, einer Beobachtung entgegen. Die Videoüberwachung darf schon dann nicht erfolgen, wenn ein Überwiegen der Interessen der Betroffenen zwar nicht positiv festgestellt werden kann, allerdings Anhaltspunkte für ein Überwiegen dieser Interessen nicht ausgeräumt sind. [...] Ausgehend hiervon [...] fehlt jeder Anhaltspunkt, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzt sein könnte.“

[Anm.: Durch das Merkmal des “überwiegenden schutzwürdigen Interesses” wird die Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit hier also von seinem sonst üblichen Standort in der Rechtsfolge in den Tatbestand verlagert.]

(a). Legitimer Zweck

“Die Videoüberwachung dient dem legitimen öffentli-

chen Zweck, die Medien in der Bibliothek vor Diebstahl und Beschädigung zu schützen und eventuelle Übergriffe einzelnen Benutzern beweiskräftig zuzuordnen zu können.“

(b). Geeignetheit

“Die Videobeobachtung ist zu dem mit ihr verfolgten Zweck geeignet, obwohl mit ihrer Hilfe keine lückenlose Überwachung der Bibliotheksräume und damit kein vollständiger Schutz der vorgehaltenen Literatur möglich ist. In einer Bibliothek bestehen typischerweise - und so auch hier - aufgrund hoher Regale und baulicher Besonderheiten tote Winkel, die von Kameras nicht erfasst werden können. Hinzu kommt, dass vorliegend im Wechsel nur das Bild einer von vier Kameras auf den Bildschirm übertragen wird. Eine Maßnahme ist jedoch nicht nur dann zu einem bestimmten Zweck geeignet, wenn dieser mit ihrer Hilfe vollständig erreicht werden kann. Ausreichend ist bereits ihre Eignung, diesen Zweck zu fördern. Hierzu ist eine Videobeobachtung der Bibliothek des Kommunalwissenschaftlichen Instituts in der Lage, weil sie die Aufklärung begangener Taten ermöglicht und potenzielle Täter deswegen von der Begehung von Diebstählen und Sachbeschädigungen abschreckt. Die Wahrscheinlichkeit, dass Bibliotheksbenutzer derartige Taten begehen, ist umso geringer, je höher sie das Risiko einschätzen, entdeckt und für ihr Verhalten zur Verantwortung gezogen zu werden. Dieses Risiko ist nach der Installation von Videokameras aus Sicht der Benutzer deutlich größer geworden. Sie können nicht wissen, welche Kamera gerade ein Bild auf den Bildschirm überträgt, und zudem die Ausdehnung von toten Winkeln nicht zuverlässig einschätzen. So können sie nicht ausschließen, bei der Begehung eventueller Verstöße von einem Mitarbeiter der Beklagten am Bildschirm beobachtet zu werden. Es ist zu erwarten, dass sich ein nennenswerter Anteil potenzieller Täter durch diese Möglichkeit von der Begehung von Diebstählen und Sachbeschädigungen abhalten lässt. Das Strafverfahren im Fall einer Entdeckung wäre für die Täter zumeist mit erheblichen Konsequenzen verbunden. Angesichts der in der Bibliothek des Kommunalwissenschaftlichen Instituts angebotenen Literatur ist davon auszugehen, dass der weit überwiegende Teil der Täter in juristischen Berufen beschäftigt ist oder künftig beschäftigt sein möchte. Gerade dieser Personenkreis müsste im Falle einer Strafverfolgung mit erheblichen Nachteilen für seine weitere berufliche Tätigkeit rechnen. Vor diesem Hintergrund bedarf es keiner über die Benennung allgemeiner Erfahrungswerte hinausgehenden konkreten Darlegung durch die Beklagte, in welchem Umfang vor Installation der Kameras Diebstähle und Beschädigungen in der Institutsbibliothek vorgekommen sind. Ferner ist unerheblich, ob solche Vorkommnisse seit Inbetriebnahme der Vi-

deoanlage tatsächlich vollständig ausgeblieben sind.”

(c). Erforderlichkeit

“Die Videobeobachtung ohne Speicherung der erhobenen Daten ist auch erforderlich. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebietet, unter mehreren gleich geeigneten Maßnahmen diejenige zu wählen, die die Betroffenen voraussichtlich am wenigsten belastet. Eine zur Verhinderung von Diebstählen und Sachbeschädigungen in gleicher Weise wie die Videobeobachtung geeignete Maßnahme, die die Kläger in ihrem Recht auf informationelle Selbstbestimmung weniger beeinträchtigt, ist nicht ersichtlich. [...]

Ohne eine Übertragung der Videobilder auf einen Bildschirm und dessen zumindest sporadische Beobachtung könnte Verstößen nicht dauerhaft effektiv begegnet werden. Ohne Übertragung bleibt es bei flüchtigen Bildern, die die Kameras produzieren, ohne dass sie jemand zu sehen bekommt. Wird das bekannt, entfällt der abschreckende Effekt.

Die Installation eines Systems, das über Sicherungstreifen an allen Büchern und Loseblattwerken einen akustischen Alarm auslöst, wenn Medien unbefugt aus der Bibliothek entfernt werden, kann Verstößen nicht in gleicher Weise vorbeugen wie eine Videoüberwachung. Dabei kommt es nicht darauf an, ob angesichts der räumlichen Verhältnisse in der Institutsbibliothek für den Einbau eines solchen Systems ausreichend Platz vorhanden ist und ob der Beklagten die mit einem solchen System verbundenen laufenden Kosten zuzumuten sind. Das von den Klägern favorisierte System ist jedenfalls deshalb weniger geeignet als eine Beobachtung der Bibliothek mit Hilfe von Videokameras, weil Alarm lediglich im Fall eines Diebstahls kompletter Bücher oder Loseblattwerke ausgelöst würde. Der Entfernung einzelner Seiten aus Loseblattsammlungen sowie Beschädigungen von Büchern kann es nicht entgegenwirken.

Die Videobeobachtung kann auch nicht in gleich geeigneter Weise durch Aufsichtspersonal ersetzt werden. Eine von den Klägern angeregte Aufsicht am Eingang zur Bibliothek wäre nicht in der Lage, die beiden Bibliotheksräume so gut zu überblicken, wie dies über Kameras an vier verschiedenen Positionen in den Räumen möglich ist. Der Senat hat keinen Anlass, an dem Vorbringen der Beklagten zu zweifeln, dass ihr die finanziellen Möglichkeiten fehlen, Aufsichtspersonal in einem Umfang einzusetzen, dass die Bibliotheksräume ähnlich flächendeckend überwacht wären wie mittels der Videokameras.”

(d). Angemessenheit

“Die bloße Videobeobachtung der Bibliothek des Kommunalwissenschaftlichen Instituts ist auch verhältnismäßig im engeren Sinne. Sie steht in Ansehung der konkreten Betroffenheit der Kläger und unter Be-

rücksichtigung des mit ihr verbundenen Eingriffs in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung nicht außer Verhältnis zu dem mit ihr verfolgten Zweck.

Im Rahmen dieser Prüfung ist maßgeblich zu berücksichtigen, welche Persönlichkeitsrelevanz die Informationen aufweisen, die von den staatlichen Maßnahmen erfasst werden. Ferner ist in Rechnung zu stellen, ob gegebenenfalls durch die weitergehende Verarbeitung und Verknüpfung der erfassten Informationen zusätzliche Informationen gewonnen werden sollen und welche Persönlichkeitsrelevanz diese besitzen. Bedeutsam ist auch, ob der Betroffene einen ihm zurechenbaren Anlass für die Erhebung der Informationen geschaffen hat oder ob ein verdachtsloser Eingriff mit großer Streubreite erfolgt, bei dem zahlreiche Personen in den Wirkungsbereich einer Maßnahme einbezogen werden, die in keiner Beziehung zu einem konkreten Fehlverhalten stehen (vgl. BVerfGE 120, 378; DVBl. 2007, 497 m.w.N.)

Gemessen daran überwiegt das Interesse an einem wirksamen Schutz der Medien in der Bibliothek gegen Diebstahl und Beschädigung sowie an der beweiskräftigen Feststellung solcher Verstöße die Interessen der Kläger.

Die Videobeobachtung stellt sich als verdachtsloser Eingriff dar. Durch die Maßnahme werden alle Benutzer und Besucher der Bibliothek in ihrem Recht auf informationelle Selbstbestimmung beeinträchtigt und nicht nur diejenigen, bei denen konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sie Verstöße beabsichtigen. Insoweit handelt es sich im Ausgangspunkt um einen Eingriff in das Recht der Kläger auf informationelle Selbstbestimmung von erheblichem Gewicht. Jedoch besteht im Hinblick auf die Informationen, die durch eine nicht mit einer Speicherung verbundene Videoüberwachung gewonnen werden, nicht die typische Gefahrenlage, der das Recht auf informationelle Selbstbestimmung begegnet. Ohne Speicherung der Daten ist es der Beklagten nicht möglich, im Nachhinein auf das Bildmaterial zuzugreifen, um sich mit seiner Hilfe einen Eindruck über individuelle Verhaltensweisen oder Persönlichkeitsmerkmale einzelner Bibliotheksbenutzer zu verschaffen. Ebenso wenig können die Informationen aus den Bildern vervielfältigt, weitergegeben oder mit anderen Datenbeständen verknüpft werden. Da im Wechsel nur das Bild jeweils einer von vier vorhandenen Kameras auf dem Bildschirm zu sehen ist und dieser Bildschirm nicht ununterbrochen von einem Mitarbeiter der Beklagten überwacht wird, ist der einzelne Bibliotheksbenutzer keiner ständigen Beobachtung ausgesetzt. Angesichts dessen werden die Kläger durch den offenen Einsatz von Videotechnik im Ergebnis nicht wesentlich mehr beeinträchtigt, als wenn die Bibliotheksräume von einer dort anwesenden Person beobachtet würden. Die

zusätzliche Belastung, der die Kläger durch den Einsatz der Videokameras ausgesetzt sind, beschränkt sich im Wesentlichen darauf, dass sie sich nicht jederzeit durch einen Blick darüber Gewissheit verschaffen können, ob sie gerade beobachtet werden oder nicht. Dieser Nachteil reicht nicht als Anhaltspunkt für ein überwiegendes Interesse der Kläger, von der Überwachung verschont zu bleiben, und ist von ihnen hinzunehmen. Die Situation, in der die Beobachtung erfolgt, ist nicht durch besondere Privatheit geprägt. Im Gegenteil müssen Personen, die sich in einer öffentlichen Bibliothek aufhalten, stets damit rechnen, den Blicken der übrigen Bibliotheksbenutzer sowie der dort Beschäftigten ausgesetzt zu sein. Die durch die hier in Rede stehende Beobachtung zu gewinnenden Informationen besitzen zudem keine besondere Persönlichkeitsrelevanz.

Demgegenüber besteht ein überwiegendes öffentliches Interesse daran, Diebstähle und Beschädigungen der in der Bibliothek des Kommunalwissenschaftlichen Instituts vorgehaltenen Fachliteratur zu verhüten und eventuelle Verstöße beweiskräftig feststellen zu können. Dieses Interesse beschränkt sich nicht auf den erheblichen materiellen Wert der Bücher und Loseblattwerke. Die Möglichkeit, jederzeit auf eine gut sortierte Bibliothek mit Spezialliteratur aus dem öffentlichen Recht zugreifen zu können, ist auch für die Qualität der Juristenausbildung der Beklagten sowie die Forschungsmöglichkeiten der an ihr tätigen Wissenschaftler von wesentlicher Bedeutung.“

bb. Rechtsfolge

Auf Rechtsfolgenseite erklärt § 29b I 1 DSGVO NRW bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen die Überwachung für zulässig. Für weitere Ermessenserwägungen ist angesichts der bereits tatbestandlich geprüften und bejahten Verhältnismäßigkeit der Maßnahme im konkreten Fall auch kein Platz.

d. Zwischenergebnis

Der Kläger hat den Eingriff in sein Recht auf informationelle Selbstbestimmung nach § 29b I 1 DSGVO NRW zu dulden. Die Voraussetzungen für einen öffentlich-rechtlichen Unterlassungs- oder Folgenbeseitigungsanspruch liegen nicht vor. Der Hauptantrag ist somit unbegründet, er hat keinen Erfolg.

2. Teil: Hilfsantrag

Fraglich ist jedoch, ob sein Hilfsantrag Erfolg hat, mit dem er erreichen möchte, dass keine Daten von ihm mehr gespeichert werden.

A. Zulässigkeit

I. Verwaltungsrechtsweg

Fraglich ist wiederum zunächst, ob der Verwaltungs-

rechtsweg eröffnet ist. Dann müsste eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art i.S.d. § 40 I 1 VwGO vorliegen, für die es keine abdrängende Sonderzuweisung gibt.

Das auf Unterlassung der Datenspeicherung gerichtete Begehren des Klägers ist wiederum als Kehrseite zur öffentlich-rechtlichen Speicherung seinerseits öffentlich-rechtlicher Natur. Ähnlich wie der Betrieb der Kameras erfolgt auch die Datenspeicherung öffentlich-rechtlich, vor allem auf einer öffentlich-rechtlichen Grundlage (§ 29b II DSGVO NRW).

Die Streitigkeit ist mangels doppelter Verfassungsmittelbarkeit auch nicht verfassungsrechtlicher Art, und abdrängende Sonderzuweisungen sind nicht ersichtlich.

II. Klageart

Als statthafte Klageart kommt wiederum nur eine allgemeine Leistungsklage in Betracht. Diese richtet sich hier auf das Unterlassen der Datenspeicherung als schlicht-hoheitliches Handeln.

III. Klagebefugnis

Zur Klagebefugnis kann auf das zum Hauptantrag Gesagte entsprechend verwiesen werden. Danach ist es auch für den Hilfsantrag zumindest möglich, dass ein öffentlich-rechtlicher Unterlassungs- oder Folgenbeseitigungsanspruch des Klägers auf Unterlassen der Datenspeicherung besteht.

IV. Klagegegner

Die Klage ist wiederum nach dem allgemeinen Rechtsträgerprinzip gegen die WWU zu richten.

Auch der Hilfsantrag ist somit zulässig.

B. Objektive Klagehäufung

Haupt- und Hilfsantrag können gem. § 44 VwGO miteinander verbunden werden. Insbesondere besteht der notwendige Zusammenhang zwischen den beiden Begehren, da der Hilfsantrag unter der (auflösenden, innerprozessualen) Bedingung des Misserfolges des Hauptantrages steht. Dass sich zudem gegen die selbe Beklagte richten und vor dem selben Gericht spielen, wurde bereits oben gezeigt.

C. Begründetheit

Der Hilfsantrag ist begründet, sofern dem Kläger ein Anspruch auf die begehrte Leistung - hier ein Unterlassen der Datenspeicherung - zusteht.

I. Anspruchsgrundlage

Als Anspruchsgrundlage kommen erneut nur der öffentlich-rechtliche Unterlassungs- oder Folgenbeseitigungsanspruch in Betracht. Die Abgrenzung der beiden Rechtsinstitute wurde oben noch offen gelassen.

Auch hier mag sie dahinstehen, sofern sich keine Abweichungen ergeben. Da es aber auch im Hilfsantrag um die Abwehr drohender, zukünftiger Eingriffe geht, nämlich weiterer Datenspeicherungen, spricht erneut Vieles für die Anwendung des öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruchs.

II. Tatbestand

1. Hoheitliches Handeln

Beim Speichern des Bildmaterials durch die Beklagte handelt es sich um ein hoheitliches Handeln nach § 29b II 1 DSG NRW.

2. Eingriff in subjektiv-öffentliches Recht

Dass die Datenspeicherung (auch) der Bilder des Klägers ebenso in dessen Recht auf informationelle Selbstbestimmung eingreift wie deren Erhebung durch das Filmen (dazu s.o. im Hauptantrag), unterliegt keinem Zweifel.

3. Kausalität

Ferner geht dieser Eingriff kausal auf das Verhalten der Beklagten zurück.

4. Rechtswidrigkeit der Folge

Fraglich ist, ob der Kläger auch die Speicherung seiner Daten dulden muss. Anders als für ihre Erhebung über § 29b I 1 DSG NRW sieht das OVG Münster für deren Speicherung in § 29b II DSG NRW keine hinreichende Rechtfertigung:

“Anders als von der Beklagten angenommen, folgt aus der Zulässigkeit einer Videobeobachtung nicht automatisch die Rechtmäßigkeit einer Speicherung der erhobenen Daten. Vielmehr knüpft § 29b Abs. 2 Satz 1 DSG NRW die Speicherung solcher Daten an zusätzliche Anforderungen. Hiernach ist die Speicherung von nach § 29b Abs. 1 Satz 1 DSG NRW erhobenen Daten nur bei einer konkreten Gefahr zu Beweis Zwecken zulässig, wenn dies zum Erreichen der verfolgten Zwecke unverzichtbar ist. Eine generelle Speicherung der Bilder aus der Videobeobachtung der Bibliothek des Kommunalwissenschaftlichen Instituts ist hiervon nicht gedeckt. [...]

Dabei kann offen bleiben, ob eine konkrete Gefahr gegeben ist. Dies wäre nur der Fall, wenn aufgrund der vorliegenden Erfahrungen in Bibliotheken im Allgemeinen oder in der hier interessierenden Bibliothek im Besonderen jederzeit mit hinreichender Wahrscheinlichkeit damit zu rechnen wäre, dass Bücher entwendet oder beschädigt würden. Ob insoweit aus-

reichend ist, dass es in wissenschaftlichen Bibliotheken von Universitäten immer wieder zu solchen Vorfällen kommt, erscheint fraglich. [...]

Mehr als eine anlassbezogene Speicherung ist hier jedenfalls nicht unverzichtbar. [...] Eine Speicherung ist nicht unverzichtbar, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass das verfolgte Ziel ohne Speicherung der durch die Videoüberwachung erhobenen Daten in gleicher oder weitgehend gleicher Weise erreicht werden kann oder die Speicherung zumindest auf bestimmte Zeiten oder Anlässe begrenzt werden kann. [...] Durch die Verwendung des Begriffs unverzichtbar anstelle des eingeführten Begriffs erforderlich will der Gesetzgeber das Merkmal der Erforderlichkeit in bestimmter Weise qualifizieren. Solange andere noch nicht erprobte zumutbare Maßnahmen in Betracht kommen, die weniger eingriffsintensiv sind und deren gleiche oder weitgehend gleiche Eignung ohne eine Erprobung nicht ausgeschlossen werden kann, ist eine Speicherung nicht unverzichtbar im Sinne des § 29b Abs. 2 Satz 1 DSG NRW.

Hier sind Anhaltspunkte dafür gegeben, dass es, um Diebstähle und Sachbeschädigungen zu vermeiden und derartige Verstöße beweiskräftig feststellen zu können, keiner generellen Speicherung der Daten bedarf, die mit Hilfe der Kameras in der Bibliothek des Kommunalwissenschaftlichen Instituts erhoben wurden. Die Beklagte hat bislang nicht erprobt, die Bibliotheksräume über den vorhandenen Bildschirm zu beobachten und die Bilder nur dann zur Beweissicherung aufzuzeichnen, wenn ein den Bildschirm überwachender Mitarbeiter der Beklagten konkrete Anhaltspunkte für einen Diebstahl oder eine Sachbeschädigung erkennt. Bislang steht nicht mit der nach § 29b Abs. 2 Satz 1 DSG NRW erforderlichen Gewissheit fest, dass ein solches Vorgehen Verstöße weniger effektiv verhindern könnte als eine generelle Aufzeichnung der erhobenen Daten.”

5. Wiederholungsgefahr

Die Beklagte beabsichtigt weiterhin, die von den Kameras aufgezeichneten Bilder zu speichern. Somit dauern die den Kläger beeinträchtigenden Folgen fort bzw. es besteht die Gefahr, dass es erneut zu solchen Beeinträchtigungen kommt.

III. Rechtsfolge

Somit kann der Kläger ein Unterlassen der Speicherung der Bilder verlangen. Sein Hilfsantrag ist auch begründet. Die Klage hat insoweit also Erfolg.

Standort: Arbeitsrecht**Problem: Benachteiligung i.S.d. AGG**

BAG, URTEIL VOM 28.05.2009
8 AZR 536/08 (NJW 2009, 3672)

Problemdarstellung:

Der Kl. verlangt von dem bekl. Land eine Entschädigung wegen eines Verstoßes gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG).

In einer Stellenbörse war im Mai 2007 eine Ausschreibung veröffentlicht, in der das „Staatliche E-Gymnasium“ für sein Mädcheninternat eine Erzieherin/Sportlehrerin/Sozialpädagogin suchte.

Die Bewerbung des Kl. lehnte der Schulleiter des E-Gymnasiums am 24.05.2007 mit der Begründung ab, dass die Arbeit im Mädcheninternat Nachtdienste umfasse und daher ausschließlich weibliche Bewerberinnen berücksichtigt werden können.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 02.07.2007 forderte der Kl. das E-Gymnasium auf, ihm wegen Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot eine Entschädigung gem. § 15 II AGG in Höhe von 6750 Euro zu zahlen. Das bekl. Land wies die Forderung mit Schreiben vom 19.07.2007 zurück und berief sich darauf, ein sachlicher Grund für die geschlechtsspezifische Ungleichbehandlung liege wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit vor, namentlich wegen des zu versiehenden Nachtdienstes.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung des bekl. Landes hat das Landesarbeitsgericht die Klage abgewiesen. Die Revision des Kl. hat keinen Erfolg.

Prüfungsrelevanz:

Das zum 18.08.2006 in Kraft getretene AGG vereint die Vorgaben von insgesamt vier EG-Richtlinien, die eine Benachteiligung wegen bestimmter Differenzierungsgründe verhindern wollen. Gem. §§ 1, 3 I, 7 I AGG sind Benachteiligungen im Anwendungsbereich des Gesetzes (§ 2 I AGG) aus Gründen der Rasse, der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, wegen einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität verboten. Der Anwendungsbereich erstreckt sich gem. §§ 2 I Nr. 1, 6 I 2 AGG u.a. auch auf das Bewerbungsverfahren im Hinblick auf ein Arbeitsverhältnis. Die größte Bedeutung hat das AGG daher dementsprechend im Bereich des Arbeitsrechts (Maier-Reimer, NJW 2006, 2577).

Eine zentrale Rolle spielt der Entschädigungsanspruch des § 15 II AGG: Danach kann der Anspruchsberechtigte wegen eines immateriellen Schadens eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen. Hierunter fällt auch der Anspruch eines Stellenbewerbers, dessen Bewerbung unter Verstoß gegen das AGG keine

Berücksichtigung gefunden hat (vgl. Walker, NZA 2009, 5 [6]). Anders als der allgemeine Ersatzanspruch für immaterielle Schäden aus §§ 280 ff. bzw. §§ 823 ff. i.V.m. § 253 II BGB, ist § 15 II AGG im Grundsatz verschuldensunabhängig ausgestaltet. Die Höhe des Entschädigungsanspruchs ist nur für den Fall der Nichtberücksichtigung eines Bewerbers in § 15 II 2 AGG auf drei Monatsgehälter begrenzt, wenn der Bewerber auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre. In allen anderen Benachteiligungsfällen ist ein in der Höhe unbegrenzter Entschädigungsanspruch denkbar. Um den aus anderen Rechtskreisen bekannten, exorbitanten Ersatzforderungen (sog. punitive damages) zu entgehen, sind allerdings vorsichtige Tendenzen der Rechtsprechung zu erkennen, auch übrige Entschädigungsforderungen im Zweifel auf das Maß des § 15 II 2 AGG zu reduzieren (vgl. etwa ArbG Wiesbaden, EzA-SD 2009, Nr 2, 5-6). Zwingend ist dies allerdings nicht (ErfK/Schlachter, § 15 AGG Rn. 8).

Auch in der vorliegenden Entscheidung befasst sich der Senat mit dem Entschädigungsbegehren des kl. Bewerbers gem. § 15 II AGG, lehnt diesen im Ergebnis jedoch ab. Erstmals bezieht er Stellung zu der Frage, wann eine Benachteiligung wegen „wesentlicher und entscheidender beruflicher Anforderungen“ gerechtfertigt sein kann (vgl. § 8 AGG).

Unproblematisch war die Tatsache, dass eine Benachteiligung i.S.d. § 3 I AGG wegen des Geschlechts vorlag. Dies führt aber nicht zwingend zu einem Benachteiligungsverbot gem. § 7 AGG oder einem Entschädigungsanspruch gem. § 15 II AGG. Das Gesetz eröffnet in §§ 5, 8 – 10 AGG nämlich die Möglichkeit, eine Benachteiligung zu rechtfertigen. Geht es um berufliche Anforderungen, kommt § 8 AGG zum Tragen. Die Vorschrift ermöglicht eine unterschiedliche Behandlung u.a. wegen des Geschlechts, wenn dieses „wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist.“ Vorliegend kam es darauf an, ob das weibliche Geschlecht für die Ausübung der konkreten Tätigkeit wesentlich und entscheidend war.

Der Senat stellt in diesem Zusammenhang zunächst klar, dass § 8 AGG an eine unterschiedliche Behandlung wegen des Geschlechts keine anderen Voraussetzungen knüpfen will, als die Vorgängervorschrift § 611 a I 2 BGB a.F. (vgl. ErfK/Schlachter, § 8 AGG Rn. 4 m.w.N.). Diese verlangte jedoch, dass ein bestimmtes Geschlecht „unverzichtbar“ für die Ausübung der Tätigkeit war. Die Merkmale „wesentlich“ und „entscheidend“ in § 8 AGG müssen nach Ansicht

des Senats nunmehr mit „unverzichtbar“ gleichgesetzt werden. „Unverzichtbar“ meint mehr als einen sachlichen Differenzierungsgrund, verlangt aber keine Unmöglichkeit der Wahrnehmung der konkreten Tätigkeit. So ist eine „Unverzichtbarkeit“ auch dann gegeben, wenn der Betroffene die Tätigkeit zwar rein tatsächlich erfüllen könnte, dies aber nur schlechter, als ein anderer, der das entsprechende Merkmal aufweist. So sieht es der Senat auch hier: Der Nachtdienst im Mädcheninternat umfasst den sog. Lichtschluss, die Kontrolle, ob alle Mädchen in ihren Zimmern sind und das Wecken am Morgen. Ggf. müssen dabei auch die Dusch- und Sanitärräume aufgesucht werden. Würde diese Aufgabe von einer männlichen Person vorgenommen, könnte dies den aus Art. 1 und 2 I GG folgenden Schutz der Intimsphäre der Schülerinnen beeinträchtigen. Dabei spielt nach Ansicht des Senats auch das Schamgefühl eine Rolle. Ein unbedecktes bzw. nicht vollständig bedecktes Auftreten gegenüber dem anderen Geschlecht berührt im Regelfall das Schamgefühl und beeinträchtigt ein unbefangenes und freies Verhalten (vgl. auch ArbG Hamburg, PflR 2001, 322; LAG Köln, NZA-RR 1997, 84; Bauer/Göpfert/Krieger, § 8 AGG Rn. 30; Münch-Komm/Thüsing, § 8 AGG Rdnr. 15; ErfK/Schlachter, § 8 AGG Rn. 3). Für die ausgeschriebene Tätigkeit war das weibliche Geschlecht daher unverzichtbar. Da es sich hierbei i.E. auch um einen rechtmäßigen Zweck handelt und die Anforderung auch angemessen ist (vgl. § 8 AGG) war die unterschiedliche Behandlung gerechtfertigt. Ein Anspruch des Kl. aus § 15 II AGG scheidet damit aus.

Vertiefungshinweise:

□ Zum Entschädigungsanspruch nach § 15 II 1 AGG: Hess. LAG, Urt. v. 03.02.2009, 12 Sa 28/08, n.v.; ArbG Wiesbaden, EzA-SD 2009, Nr 2, 5-6; Walker, NZA 2009, 5; Maier-Reimer, NJW 2006, 2577.

□ Anmerkungen zur vorliegenden Entscheidung: Lingscheid, ArbR 2009, 65; Ohle, ArbRB 2009, 288.

Leitsatz:

Eine unterschiedliche Behandlung wegen des Geschlechts ist zulässig, wenn das Geschlecht des Stelleninhabers eine wesentliche und entscheidende Anforderung i.S. des § 8 I AGG darstellt.

Sachverhalt:

Der Kl. verlangt von dem bekl. Land eine Entschädigung wegen eines Verstoßes gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG). In der Stellenbörse der Bundesagentur für Arbeit war im Mai 2007 folgende Stellenausschreibung veröffentlicht:
„Erzieherin/Sportlehrerin/Sozialpädagogin. Das Staat-

liche E-Gymnasium sucht für sein Mädcheninternat eine Erzieherin/Sportlehrerin/Sozialpädagogin zum 20.08.2007. Die Vergütung richtet sich nach dem Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder (TVL). Darüber hinaus werden die üblichen Sozialleistungen gewährt. Es handelt sich um eine Vollzeitstelle. ... Das E-Gymnasium besuchen zur Zeit 500 Schülerinnen und Schüler in den Klassen 7 – 13 sowie in speziellen Förderklassen für Aussiedler und Migranten ab Klasse 10. Zur Schule gehört ein Internat mit 196 Plätzen. Wir suchen eine Erzieherin/Sportlehrerin/Sozialpädagogin, die bereit ist, Hausaufgabenbetreuung zu übernehmen und das sportliche sowie das Freizeitangebot für unsere Internatsschülerinnen und -schüler (Basketball, Volleyball, Badminton, Gymnastik, Tanz, Outdoor-Sportarten) durchzuführen und zu ergänzen. Die Schule verfügt über eine Sporthalle, ein Schwimmbad und einen Sportplatz. Weitere Informationen entnehmen Sie bitte unserer Homepage: Bewerbungsschluss ist der 25.05.2007. (...)”

Der Kl. bewarb sich um diese Stelle. Das Staatliche E-Gymnasium, vertreten durch den Schulleiter, teilte dem Kl. mit Schreiben vom 24.05.2007 mit: „Ihre Bewerbung als Sozialpädagogin für das Mädcheninternat des Staatlichen E-Gymnasiums

Sehr geehrter Herr G,

wir bestätigen den Eingang Ihrer Bewerbung. Da die neue Stelleninhaberin auch Nachtdienste im Mädcheninternat leisten muss, können wir bei der Besetzung der ausgeschriebenen Stelle ausschließlich weibliche Bewerberinnen berücksichtigen. Aus diesem Grund erhalten Sie Ihre Bewerbung zurück. Wir wünschen Ihnen bei Ihren zukünftigen Bewerbungen viel Erfolg und verbleiben. (...)”

Der Kl. forderte mit anwaltlichem Schreiben vom 2.07.2007 das Staatliche E-Gymnasium auf, ihm wegen Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot eine Entschädigung in Höhe von 6750 Euro zu zahlen. Das bekl. Land wies die Forderung mit Schreiben vom 19.07.2007 zurück und berief sich darauf, ein sachlicher Grund für die geschlechtsspezifische Ungleichbehandlung liege wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit vor, namentlich wegen des zu versiehenden Nachtdienstes. Ist die zulässige Klage begründet?

Lösung:

Die Klage ist begründet, wenn der Kl. einen Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung i.H.v. 6750 € gegen das bekl. Land hat.

A. Anspruch aus § 15 II 1 AGG

Ein solcher Anspruch könnte sich aus § 15 II 1 AGG ergeben.

I. Anspruchsberechtigung des Kl.

Der Kl. müsste i.S.d. § 15 II 1 AGG anspruchsberech-

tigt sein. Anspruchsberechtigt ist jeder Bewerber, der durch eine im Bewerbungsverfahren erlittene Zurücksetzung in seiner Persönlichkeit verletzt ist (vgl. BAG AP § 611 a BGB Nr. 23).

1. Beschäftigter i.S.d. § 15 II 1 AGG

Zunächst verlangt § 15 II 1 AGG jedoch, dass der Anspruchsteller „Beschäftigter“ im Sinne der Norm ist. Nach § 6 I 2 AGG gelten als Beschäftigte im Sinne des AGG auch die Bewerberinnen und Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis. Der Kl. hat sich vorliegend auf eine von dem bekl. Land ausgeschriebene Stelle für ein Beschäftigungsverhältnis beworben und gilt damit als „Beschäftigter“ gem. § 15 II 1 AGG.

2. Subjektive Ernsthaftigkeit der Bewerbung und objektive Eignung für die ausgeschriebene Stelle

In Rechtsprechung und Literatur werden teilweise über den Wortlaut des § 15 II 1 AGG hinausgehende, ungeschriebene Tatbestandsmerkmale gefordert. So soll Voraussetzung sein, dass die Bewerbung subjektiv ernsthaft und der Bewerber objektiv für die zu besetzende Stelle geeignet ist (Senat, BGleIG E II.2.1 BGB § 611a Nr. 2 [zu § 611a BGB]; Schleusener, in: Schleusener/Suckow/Voigt, § 2 Rdnr. 7). Ob diese Merkmale als ungeschriebene Voraussetzungen des § 15 II 1 AGG anzuerkennen sind, kann dahinstehen, wenn sie vorliegend ohnehin gegeben sind.

a) Objektive Eignung

Der Kl. kann ein abgeschlossenes Fachhochschulstudiums nachweisen und ist daher berechtigt die Berufsbezeichnung Diplom-Sozialarbeiter/Sozialpädagoge zu tragen. Dies deckt sich mit dem Anforderungsprofil der Stellenausschreibung, in der lediglich eine „Erzieherin/Sportlehrerin/Sozialpädagogin“ gesucht wird. Weitere Voraussetzungen, wie eine gewisse Berufserfahrung oder die Vorlage von weiteren Bewerbungsunterlagen wurden nicht verlangt. Der Kl. ist daher objektiv für die zu besetzende Stelle geeignet.

b) Subjektive Ernsthaftigkeit der Bewerbung

Der Bewerbung fehlt die subjektive Ernsthaftigkeit, wenn der Bewerber das Arbeitsverhältnis tatsächlich nicht begründen wollte, sondern nur den Entschädigungsanspruch geltend machen will (sog. „AGG-Hopping“; ErfK/Schlachter, § 15 AGG Rn. 9 m.w.N.). Indizien hierfür sind etwa das gleichzeitige und vielfache Bewerben auf Positionen, die AGG-widrig ausgeschrieben sind; die ersichtliche Fehlqualifikation für die entsprechende Stelle; das Bestehen eines anderweitigen, ungekündigten Arbeitsverhältnisses mit höherer Vergütung. Entsprechende Anhaltspunkte sind beim Kl. hier jedoch nicht zu erkennen, so dass von der subjektiven Ernsthaftigkeit der Bewerbung auszu-

gehen ist.

Damit liegen die teilweise geforderten, ungeschriebenen Voraussetzungen vor (s.o.); es muss daher nicht entschieden werden, ob diese tatsächlich als Merkmale des § 15 II 1 AGG anzuerkennen sind.

c) Zwischenergebnis

Der Kl. ist als Beschäftigter gem. § 6 I 2 AGG anspruchsberechtigt i.S.d. § 15 II 1 AGG.

II. Anspruchsgegner

Der Entschädigungsanspruch richtet sich gegen den Arbeitgeber gem. § 6 II 1 AGG; hier also gegen das bekl. Land als Dienstherrn.

III. Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 I AGG durch den Anspruchsgegner

Voraussetzung für den Entschädigungsanspruch ist außerdem ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 I AGG.

[Anm.: Dies ist als Voraussetzung in § 15 II AGG zwar nicht ausdrücklich erwähnt, ergibt sich aber aus dem Gesamtzusammenhang des § 15 AGG (vgl. Voigt, in: Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2. Aufl., § 15 Rdnr. 29; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2. Aufl., § 15 Rdnr. 31; ErfK/Schlachter, 9. Aufl., § 15 AGG Rdnr. 5; Däubler/Bertzbach-Deinert, 2. Aufl., § 15 Rdnr. 50; Meinel/Heyn/Herms, AGG, § 15 Rdnr. 36).]

Ein Verstoß gegen § 7 I AGG liegt vor, wenn ein Beschäftigter wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes eine i.S.d. §§ 3 I, 2 AGG benachteiligende Maßnahme erfährt (ErfK/Schlachter, § 7 AGG Rn. 1), die nicht gem. §§ 8 – 10 AGG gerechtfertigt oder gem. § 5 AGG ausnahmsweise zulässig ist.

1. Unzulässiger Differenzierungsgrund nach § 1 AGG

Die Nichtberücksichtigung des Kl. im Bewerbungsverfahren knüpft an dessen Geschlecht an. § 1 AGG nennt dies einen nicht zulässigen Anknüpfungspunkt.

2. Anwendungsbereich gem. § 2 AGG

Es müsste ein auf das AGG anwendbarer Tatbestand vorliegen. Gem. § 2 I Nr. 1 AGG sind Benachteiligungen aus einem in § 1 AGG genannten Grund nach Maßgabe des Gesetzes unzulässig, wenn sie sich auf Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen für den Zugang zu unselbständiger und selbständiger Erwerbstätigkeit beziehen. Die Nichtberücksichtigung des Kl. im Bewerbungsverfahren fällt damit unter § 2 I Nr. 1 AGG.

3. Benachteiligung gem. § 3 I AGG

Außerdem müsste eine unmittelbare Benachteiligung gem. § 3 I AGG vorliegen. Dies ist der Fall, wenn eine

Person wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.

„[31] Der Kl. wurde auf Grund seines Geschlechts weder von dem beklagten Land eingestellt noch wurde seine Bewerbung bei der Bewerberauswahl überhaupt berücksichtigt. Insbesondere wurde er nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen. Er wurde damit hinsichtlich des Zugangs zu einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit (§ 2 I Nr. 1 AGG) weniger günstig behandelt als die Frauen, die sich auf diese Stelle beworben hatten und zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen wurden. Bereits die Ablehnung, den Kl. zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, stellt eine weniger günstige Behandlung i.S. des § 3 I AGG dar, weil ihm damit die Chance auf Einstellung versagt wurde (vgl. auch BVerfGE 89, 276).“

4. Zulässigkeit der Benachteiligung gem. § 8 I AGG

Diese Benachteiligung könnte jedoch nach § 8 I AGG zulässig sein. § 8 I AGG lässt eine unterschiedliche Behandlung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes zu, wenn dieser Grund wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist.

a) Übertragbarkeit des Merkmals „unverzichtbar“ in § 611 a I 2 BGB a.F.

„[34] In der Literatur wird ganz überwiegend vertreten, dass trotz der unterschiedlichen Formulierungen in § 611 a I 2 BGB (gültig bis 17. 8. 2006) (,unverzichtbare Voraussetzung für diese Tätigkeit') und in § 8 I AGG (,wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingung ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung') durch § 8 I AGG nicht inhaltlich geringere Anforderungen an den Zulässigkeitsgrund gestellt werden als es der bisherigen Rechtsprechung zu § 611 a I BGB (gültig bis 17. 8. 2006) entsprach (Däubler/Bertzbach-Brors, § 8 Rdnrn. 7, 18 m.w. Nachw.).

[35] Auch der Bundesgesetzgeber ging nach der Gesetzesbegründung davon aus, dass mit der Einführung von § 8 AGG keine Absenkung des Schutzstandards hinsichtlich des Merkmals Geschlecht verbunden ist (BT-Dr 16/1780, S. 35).

[36] Zutreffend nimmt das LAG an, dass ein in § 1 AGG genannter Grund nur dann wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung ist, wenn dieser Grund ,unverzichtbare Voraussetzung' für die Ausübung der Tätigkeit im Sinne der Rechtsprechung des BAG zu § 611 a BGB ist.“

b) Bedeutung des Merkmals „unverzichtbar“

„[38] Ausgehend von der Rechtsprechung des BAG zum früheren § 611 a BGB ist ein Merkmal i.S. des § 1 AGG damit ,eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung', wenn die Tätigkeit ohne dieses Merkmal bzw. ohne Fehlen dieses Merkmals entweder gar nicht oder nicht ordnungsgemäß durchgeführt werden kann und bezogen auf das Merkmal ,Geschlecht' dieser Qualifikationsnachteil auf biologischen Gründen beruht (vgl. auch Schleusener, in: Schleusener/Suckow/Voigt, § 8 Rdnr. 12). Dabei muss eine Erheblichkeitsgrenze überschritten werden (vgl. Thüsing, in: MünchKomm, § 8 Rdnr. 9; ErfK/Schlachter, § 8 AGG Rdnr. 4 spricht von Geringfügigkeitsgrenze). Eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung kann nämlich nur angenommen werden, wenn das Merkmal nicht nur eine untergeordnete Rolle spielt, sondern zentraler Bestandteil für die auszuübende Tätigkeit ist, also prägende Bedeutung hat (Schleusener, in: Schleusener/Suckow/Voigt, § 8 Rdnr. 13; Bauer/Göpfert/Krieger, § 8 Rdnr. 21).

[39] Ob das Vorhandensein bzw. das Fehlen eines in § 1 AGG genannten Merkmals eine im dargestellten Sinn wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung ist, ist anhand der von dem Arbeitnehmer konkret auszuübenden Tätigkeit zu bestimmen bzw. bei einer Bewerbung ist darauf abzustellen, welche Tätigkeiten auf dem zu besetzenden Arbeitsplatz auszuüben sind (vgl. Thüsing, in: MünchKomm, § 8 AGG Rdnr. 9; ErfK/Schlachter, § 8 AGG Rdnr. 3). Dies ergibt sich bereits aus der gesetzlichen Bestimmung in § 8 I AGG, die auf die Art der auszuübenden Tätigkeit oder die Bedingung ihrer Ausübung verweist. Der Arbeitgeber kann dabei auf Grund der durch Art. 12 I GG geschützten unternehmerischen Freiheit sowohl den Unternehmensgegenstand als solchen festlegen als auch bestimmen, welche Arbeiten auf dem zu besetzenden Arbeitsplatz zu erbringen sind. Im Bereich des öffentlichen Dienstes obliegt es dem Dienstherrn, die Dienstposten nach organisatorischen Bedürfnissen und Möglichkeiten einzurichten und näher auszugestalten. Es unterliegt daher auch seinem organisatorischen Ermessen, wie er einen Dienstposten zuschneiden will und welche Anforderungen dem gemäß der Bewerberauswahl zu Grunde zu legen sind.“

c) Weibliches Geschlecht „unverzichtbar“?

Entscheidend ist hier demnach, ob für den vom bekl. Land ausgeschriebenen Arbeitsplatz das weibliche Geschlecht wegen der Art der Tätigkeit und der Bedingungen ihrer Ausübung eine unverzichtbare (wesentliche und entscheidende berufliche) Anforderung ist.

aa) Konkrete Ausgestaltung des Arbeitsplatzes

Um das Merkmal „unverzichtbar“ auszufüllen, ist zu-

nächst der ausgeschriebene Arbeitsplatz mit all seinen Tätigkeiten in Betracht zu nehmen. Die Tätigkeit der Erzieherin/Sportlehrer-in/Sozialpädagogin stellt sich nach dem Vortrag des bekl. Landes wie folgt dar:

„[41] Neben der tagsüber zu leistenden Durchführung eines Freizeit- und Sportangebots und der Hausaufgabenbetreuung sowohl für die Internatsschülerinnen als auch die Internatsschüler, ist in dem Gebäude, in dem die Internatsschülerinnen wohnen, ein Nachtdienst zu erbringen und zwar im täglichen Wechsel mit drei anderen weiblichen Dienstkräften. Ab 21.30 Uhr befindet sich nur noch eine Kraft im Mädcheninternat. Diese Diensthabe hält sich während des Nachtdienstes in dem Gebäude, in dem die Schülerinnen wohnen, auf. Der Nachtdienst umfasst den Lichtschluss und die Kontrolle, ob alle Mädchen in ihren Zimmern sind. Dabei müssen gegebenenfalls auch die Dusch- und Sanitärräume aufgesucht werden. Ferner obliegt dem Nachtdienst das Wecken am Morgen, wobei dafür die Zimmer der Mädchen betreten werden müssen. Die Mädchen bewegen sich auch zum Aufsuchen der Duschen oder Sanitäreinrichtungen im Nachthemd und kommen häufig mit umgeschlungenem Handtuch in die Zimmer zurück. Die erste Betreuung von erkrankten Schülerinnen ist ebenfalls durch den Nachtdienst wahrzunehmen. Das Betreten des Wohnbereichs im Mädchengebäude ist männlichen Personen grundsätzlich untersagt. Falls es erforderlich sein sollte, wird eine Erzieherin beauftragt, zu ermitteln, ob der Zugang für Männer möglich ist.“

bb) Unmögliche oder schlechtere Erfüllung durch einen männlichen Bewerber

Das weibliche Geschlecht ist jedenfalls dann „unverzichtbar“ i.S.d. § 8 I AGG, wenn ein männlicher Bewerber die o.g. Tätigkeit entweder gar nicht oder jedenfalls schlechter erfüllen könnte, als eine weibliche Person (vgl. oben unter b)). Eine schlechtere Aufgabenerfüllung durch einen männlichen Bewerber ist anzunehmen, wenn sich hierdurch ein grundrechtlich geschützter Bereich der Schülerinnen berührt würde.

„[45] Es kommt nicht darauf an, ob er rein tatsächlich die anfallenden Aufgaben erbringen könnte. Entscheidend ist, dass die Tätigkeiten im Nachtdienst einen direkten Bezug auf andere Personen aufweisen, nämlich die Schülerinnen. Die Rechte dieser Schülerinnen, die sich aus Art. 1 und Art. 2 I GG ergeben, nämlich auf Achtung der Würde des Menschen und auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, wozu auch der Schutz der Intimsphäre gehört, werden durch den Einsatz einer männlichen Person für die im Nachtdienst anfallenden Aufgaben gefährdet und gegebenenfalls beeinträchtigt. Dabei spielt auch das Schamgefühl der jungen Frauen eine Rolle. Ein unbedecktes bzw. nicht vollständig bedecktes Auftreten gegenüber dem anderen Geschlecht berührt im Regelfall das Schamge-

fühl und beeinträchtigt ein unbefangenes und freies Verhalten. Dies kann bereits gegenüber Familienangehörigen der Fall sein, ist aber im verstärkten Maße gegenüber außenstehenden Personen gegeben. [...] Im Übrigen ist zu beachten, dass das bekl. Land auch eine Aufsichts- und Fürsorgepflicht insbesondere gegenüber den minderjährigen Mädchen hat. Es ist bei einer männlichen Aufsichtsperson, die im Nachtdienst eingesetzt wird, auf Grund möglicherweise entstehender sexueller Interessen wesentlich eher mit Komplikationen zu rechnen als dies bei einer weiblichen Aufsichtsperson der Fall ist.“

cc) Zwischenergebnis

Ohne das Merkmal des weiblichen Geschlechts ist es nach Maßgabe des bekl. Landes als Dienstherr nicht möglich, die auf dem Arbeitsplatz anfallenden Tätigkeit ordnungsgemäß zu erfüllen. Für die ausgeschriebene Stelle war das weibliche Geschlecht damit unverzichtbare Voraussetzung.

d) Rechtmäßiger Zweck und angemessene Anforderung i.S.d. § 8 AGG

Nach § 8 I AGG muss ferner der Zweck der Ungleichbehandlung rechtmäßig und die Anforderung angemessen sein.

aa) Rechtmäßiger Zweck

„[52] Der vom bekl. Land im vorliegenden Fall verfolgte unternehmerische Zweck ist rechtmäßig. Dieser besteht in der erzieherischen und sozialpädagogischen Betreuung von Schülerinnen und Schülern im Internat einschließlich der Aufsicht und Betreuung der im Mädchengebäude wohnenden Schülerinnen während der Nacht durch Einrichtung eines Nachtdienstes. Ausgehend von diesem von dem bekl. Land mit der Besetzung der Stelle verfolgten unternehmerischen Zweck ist es angemessen, lediglich eine Frau einzustellen. Die gem. Art. 2 I GG geschützten Persönlichkeitsrechte der Schülerinnen in dem Internat und ihr Grundrecht aus Art. 1 I GG auf Achtung der Menschenwürde und der Erziehungsauftrag des bekl. Landes überwiegen das Interesse des Kl., diese Stelle zu erhalten.“

bb) Angemessene Anforderung

„[53] Die an den Beschäftigten gestellte Anforderung hinsichtlich eines in § 1 AGG genannten Grundes muss nach der gesetzlichen Bestimmung lediglich bezogen auf den verfolgten beruflichen Zweck angemessen sein. Allerdings ist die berufliche Anforderung dann nicht mehr angemessen, wenn die Einrichtung des Arbeitsplatzes bzw. Festlegung, welche Arbeitsleistungen auf dem Arbeitsplatz zu erbringen sind, auf eine unternehmerische Entscheidung zurückzuführen ist, die ihrerseits willkürlich, offenbar unvernünftig

oder offenbar unsachlich ist, selbst wenn der letztlich verfolgte berufliche Zweck rechtmäßig sein sollte.

[54] Im vorliegenden Fall beruht die Entscheidung des bekl. Landes, einen Arbeitsplatz mit dem Anforderungsprofil ‚Nachtdienst im Mädchengebäude im Wechsel mit drei weiteren Erzieherinnen und während des Tages Betreuung von Internatsschülerinnen und Internatschülern‘ nicht auf einer willkürlichen oder offensichtlich unvernünftigen oder unsachlichen Entscheidung. Nach den Feststellungen des LAG war es in dem dem Staatlichen E-Gymnasium angeschlossenen Internat üblich, dass im Mädcheninternat vier Stellen für Erzieherinnen vorgesehen waren, die im Wechsel auch für den Nachtdienst zuständig waren. Dagegen wurde der Nachtdienst im Gebäude, in dem die Jungen wohnen, im Wechsel durch drei Erzieher wahrgenommen. Eine Erzieherin war ausgeschieden. Das bekl. Land hat demnach bei der Besetzung der Stelle nicht die Arbeitsorganisation geändert, um männliche Bewerber auszuschließen, sondern die bisherige Arbeitseinteilung beibehalten. Diese Einteilung, ist angesichts der Anzahl der zu betreuenden Mädchen (120 Mädchen) im Verhältnis zu der Anzahl der zu betreuenden Jungen (76 Jungen) ebenfalls weder willkürlich noch offensichtlich unvernünftig oder

offensichtlich unsachlich.“

5. Zwischenergebnis

Die Benachteiligung des Kl. ist gem. § 8 I AGG gerechtfertigt; ein Benachteiligungsverbot gem. § 7 I AGG besteht daher nicht.

IV. Endergebnis

Der Kl. hat keinen Anspruch auf Entschädigung gem. § 15 II 1 AGG. Die Klage ist unbegründet.

B. Weitere Anspruchsgrundlagen

Neben dem Anspruch aus § 15 II 1 AGG stehen die allgemeinen Schadensersatzansprüche aus §§ 280 ff. BGB bzw. §§ 823 ff. BGB i.V.m. § 253 II BGB.

Der Kl. kann sein Begehren vorliegend jedoch nicht auf §§ 280, 253 II BGB stützen, da zwischen ihm und dem bekl. Land kein entsprechendes Schuldverhältnis zustande gekommen ist. Überdies zeigen die obigen Ausführungen, dass selbst bei Annahme eines (ggf. vorvertraglichen Schuldverhältnisses) schon keine Pflichtverletzung, jedenfalls aber kein Verschulden des bekl. Landes ersichtlich ist.

Ebenso scheidet ein Anspruch aus §§ 823 I, II; 253 II BGB.

Standort: § 263 StGB

Problem: Vermögensschaden beim Eingehungsbetrug

BGH, URTEIL VOM 14.08.2009
3 STR 552/08 (NJW 2009, 3448)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte bei mehreren Versicherungsunternehmen Anträge auf Abschluss von Lebensversicherungen gestellt und so auch Lebensversicherungen über einen Gesamtwert von mehr als 1,2 Mio. € abgeschlossen. Allerdings hatten auch mehrere Versicherungen den Abschluss eines entsprechenden Versicherungsvertrags abgelehnt. Der Angeklagte hatte hierbei von Anfang an geplant, seinen Tod mittels gefälschter Dokumente vorzutauschen und über einen Mittäter an die Versicherungssummen zu gelangen. Später beteiligte sich auch der Bruder des Angeklagten noch an den Taten. Das so erlangte Geld sollte dann der Terrororganisation Al Qaida zugute kommen, die der Angeklagte und sein Mittäter unterstützen wollten.

Da es zur Auszahlung der Versicherungssummen nicht gekommen war, hatte das OLG Düsseldorf den Angeklagten insbesondere wegen versuchten bandenmäßigen Betrugs, §§ 263 I, 22, 23 I, 263 III 2 Nr. 1 StGB, in 28 Fällen verurteilt. Der BGH hob diese Verurteilung auf. Zum einen sei in den Fällen, in denen es zum Abschluss einer Lebensversicherung gekommen sei, der Betrug bereits vollendet und nicht nur versucht. In

der insofern einschlägigen Konstellation des Eingehungsbetrugs trete der Vermögensschaden (und damit die Vollendung der Tat) nämlich nicht erst mit Erbringung der geschuldeten Leistung durch das Opfer, sondern bereits mit Abschluss des entsprechenden Vertrages ein. Eine bandenmäßige Begehung scheidet allerdings zumindest für den Zeitraum aus, in denen nur zwei Personen an den Taten mitgewirkt hätten.

Prüfungsrelevanz:

Der Betrug, § 263 StGB, gehört in Examensaufgaben zu den am häufigsten zu prüfenden Delikten. Insbesondere aufgrund der insofern existierenden zahlreichen Detailprobleme, deren Kenntnis in der Prüfung vorausgesetzt wird, ist also ein umfassendes Wissen zu diesem Tatbestand unerlässlich. Das vorliegende Urteil bestätigt zwar lediglich - worauf der BGH selbst auch ausführlich hinweist - eine lange bestehende Rechtsprechung (die von der herrschenden Literatur übrigens geteilt wird), ist jedoch ein schöner Anlass für den Prüfer, die klassische Abgrenzung von Eingehungs- und Erfüllungsbetrug noch einmal anzusprechen.

Der Tatbestand des Betruges, § 263 I StGB setzt neben der Täuschung des Opfers durch den Täter insbesondere auch den Eintritt eines Vermögensschadens bei ersterem voraus. Aus der Tatsache, dass aufgrund

des zivilrechtlichen Abstraktionsprinzips zwischen (schuldrechtlichem) Verpflichtungs- und (sachenrechtlichem) Verfügungsgeschäft zu unterscheiden ist (vgl. Palandt-Heinrichs, Vor § 104 Rn 22), ergeben sich im Rahmen des Betruges verschiedene Möglichkeiten für den Zeitpunkt der Täusachung und des Schadenseintritts. Dies führt letztlich zur Unterscheidung zwischen Eingehungs- und Erfüllungsbetrug (vgl. hierzu die Darstellung bei Joecks, § 263 Rn 89 ff. und JI-Skript Strafrecht BT I, Rn 215 ff.).

Beim Eingehungsbetrug liegen Täuschung und Schaden bereits beim Abschluss des Verpflichtungsgeschäftes vor. Der Schaden ergibt sich hier aus einem Missverhältnis der sich gegenüber stehenden Leistungspflichten, die den Täter zu einer Leistung verpflichten, die im Wert hinter der vom Opfer geschuldeten Leistung zurückbleibt (z.B. Verkauf eines gefälschten Kunstwerks als Original; vgl. BGHSt 23, 300, 302; Krey/Hellmann, BT 2, Rn 447; Rengier, BT I, § 13 Rn 83).

Beim Erfüllungsbetrug sind Täuschung und Schaden erst beim Verfügungsgeschäft gegeben. Der Schaden des Opfers besteht darin, dass der Wert der vom Täter tatsächlich erbrachten Leistung hinter dem Wert seiner geschuldeten Leistung zurückbleibt (z.B. Bezahlung mit Falschgeld; vgl. Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 540).

In der Literatur wird teilweise noch die Fallgruppe des sog. "unechten Erfüllungsbetruges" vertreten (vgl. Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 138; Seyfert, JuS 1997, 29). Hier sei die Täuschung zwar schon beim Verpflichtungsgeschäft gegeben, der Schaden trete jedoch erst beim Verfügungsgeschäft ein und bestehe darin, dass die erbrachte Leistung zwar der vereinbarten entspreche, jedoch hinter den Erwartungen des Opfer zurückbleibe (z.B. Verkauf einer Ware zu einem angemessenen Preis unter der Zusicherung, es handele sich um ein "Schnäppchen"). Die h.M. lehnt in diesen Fällen das Vorliegen eines Betrugs ab (BGHSt 32, 211, 213; OLG Düsseldorf, NJW 1991, 1841, 1842; Fischer, § 263 Rn 104; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 540). Wenn eine Ware zu einem angemessenen Preis verkauft werde, dann erhalte der Käufer für die von ihm getroffene Vermögensverfügung ein Äquivalent und erleide somit keinen Vermögensschaden. Das Interesse des Käufers daran, ein "Schnäppchen" zu machen, sei i.R.v. § 263 I StGB nicht geschützt.

Im vorliegenden Fall ging der BGH vom Vorliegen eines Eingehungsbetruges aus. Der Angeklagte, der von Anfang an vorgehabt hatte, seinen Tod vorzutäuschen und so die Auszahlung der Lebensversicherungsprämie zu bewirken, obwohl er tatsächlich noch lebte, habe die Versicherung über seine Absicht getäuscht, sich vertragstreue Verhalten zu wollen.

Der Vermögensschaden sei bereits mit Abschluss des Versicherungsvertrages eingetreten und bestehe darin, dass der von der Versicherung hierdurch erworbene Anspruch gegen den Angeklagten auf Zahlung der Versicherungsprämien weniger wert sei als die für sie begründete Pflicht zur Auszahlung der Versicherungssumme. Denn mit den Prämien werde nur das allgemeine Risiko des Eintritts eines Schadensfalls ausgeglichen. Im vorliegenden Fall sei aber sicher gewesen, dass der Schadensfall eintreten (oder sein Eintritt zumindest vorgetäuscht) werde, sodass die Prämienzahlungspflicht des Angeklagten dieses - höhere - Risiko der Versicherung nicht ausgleichen könne. Somit war ein Vermögensschaden und damit ein bereits vollendeter Betrug entgegen der Auffassung des OLG schon mit Abschluss des Versicherungsvertrages eingetreten, ohne dass es hierfür noch der Auszahlung der Versicherungsprämie bedürft hätte.

Vertiefungshinweise:

☐ Zur Täuschung über die Absicht vertragstreuen Verhaltens: BGHSt 15, 26; 27, 294; BGH, wistra 1988, 25; 1998, 177; NJW 2007, 782 = RA 2007, 87; OLG Hamm, StraFo 2002, 337; LG Berlin, JuS 2006, 567; Fasten/Oppermann, JA 2006, 69; Hartmann/Niehaus, JA 2006, 432; Kutzner, JZ 2006, 712; Otto, JZ 1993, 653; Schlösser, NSTZ 2005, 423

☐ Zum Vermögensschaden beim Eingehungsbetrug: BGHSt 16, 220; 16, 321; 23, 300; 45, 1; BGH, StV 2009, 242

Kursprogramm:

☐ Examenskurs: "Listigs Lotterieg Glück"

☐ Examenskurs: "Die erschlichene Wohnungseinrichtung"

Leitsatz (gekürzt):

Mit dem Abschluss des Lebensversicherungsvertrags ist der Eingehungsbetrug vollendet, wenn der Versicherungsnehmer darüber getäuscht hat, dass er den Versicherungsfall fingieren will, um die Versicherungssumme geltend machen zu lassen.

Sachverhalt (vereinfacht):

[8, 9] K, der schon 2000 und Anfang 2001 in Trainingslagern der Al Qaida eine terroristische Ausbildung erhalten und seither den gewaltsamen Jihad gegen die "Ungläubigen" als seine außer jeder Diskussion stehende Individualpflicht betrachtet hatte, kehrte Mitte Juli 2002 kehrte er nach Deutschland zurück und zog nach M.

[10] In M. lernte K den Y kennen. Dieser hatte sich schon seit längerem für den gewaltsamen Kampf der Muslime begeistert sowie seine Sympathie zu Al Qai-

da zum Ausdruck gebracht und war in M. in Kontakt zu weiteren gleichgesinnten Personen gekommen. Die Wohnung des K in der P.-straße wurde zum Treffpunkt dieses Freundeskreises. Y besuchte K auch in der JVA, nachdem dieser im Januar 2004 in einem Verfahren wegen Betruges verhaftet und für vier Monate in Untersuchungshaft genommen worden war.

[11] K, der sich nach wie vor der Al Qaida zugehörig und in der Rolle eines "Murabit" fühlte, der nur zeitweilig den Kampfschauplatz des Jihad hatte verlassen müssen, entfaltete in der Folgezeit umfangreiche Aktivitäten für die Organisation. Er befasste sich zu deren Gunsten in erster Linie mit Rekrutierungs- und Beschaffungsmaßnahmen und warb für die Unterstützung des gewaltsamen Jihad durch einen Märtyrereinsatz oder zumindest durch eine Spende an seine Organisation. Dabei gelang es ihm, den Y zur Mitarbeit zu bewegen. Dieser entschloss sich vor dem Hintergrund seiner eigenen ideologischen Vorprägung, auf die Angebote des K einzugehen und seine Tätigkeit in Deutschland fortan in den Dienst von Al Qaida zu stellen. Dementsprechend machte er die Planung und Durchführung einer Betrugsserie zum Nachteil von Lebensversicherungsgesellschaften zum "Mittelpunkt seines Lebens", deren erhebliche Beute zum einen Teil Al Qaida und zum anderen seiner Familie zugute kommen und zuletzt ihm ermöglichen sollte, dem K zur Teilnahme am Jihad in den Irak zu folgen.

[12] Der Plan einer Betrugsserie sah vor, dass Y innerhalb eines auf zwei bis drei Monate angelegten Tatzeitraums zahlreiche Lebensversicherungsverträge abschließen, sodann nach Ägypten verreisen und von dort aus mittels Bestechung von Amtspersonen inhaltlich falsche Urkunden übersenden sollte, um gegenüber den Versicherungsunternehmen einen tödlichen Verkehrsunfall in Ägypten vortäuschen zu können. I [der Bruder des Y] sollte sodann als Begünstigter mit Unterstützung des K die Versicherungssummen geltend machen. In Verfolgung dieses zuerst zwischen K und Y entwickelten Plans holte letzterer ab Mai 2004 bei Versicherungsunternehmen erste Erkundigungen über die möglichen Vertragsgestaltungen ein und begann am 10. August 2004 mit der Stellung von Versicherungsanträgen. K stellte sicher, dass die ersten Prämien bezahlt werden konnten. I, der am 21. September 2004 umfassend in den Tatplan eingeweiht worden war, nahm an zahlreichen Besprechungen des Vorhabens teil, ließ hierbei keine Zweifel an seiner uneingeschränkten Bereitschaft zur Mitwirkung bei der späteren Geltendmachung der Versicherungssummen und deren Verwendung aufkommen und unterstützte ferner die gemeinsame Tatplanung durch die Einholung zusätzlicher Informationen zum Procedere der Leistungsprüfung bei Lebensversicherungen sowie durch Vorschläge und Anregungen allgemeiner Art.

[13] Y stellte am 10. August 2004 bei dem Versiche-

rungsunternehmen V Antrag auf Abschluss eines Lebensversicherungsvertrages. Entsprechend der Tatplanung kam es auch zum Abschluss eines Versicherungsvertrages mit einer garantierten Todesfallsumme von 100.000,- €.

Hat Y sich durch sein Verhalten am 10.08.2004 strafbar gemacht?

[Anm.: Straftaten des 7. Abschnitts des StGB sind nicht zu prüfen.]

Lösung:

Durch den Antrag auf Abschluss eines Lebensversicherungsvertrages könnte sich Y wegen Betrugs in einem besonders schweren Fall gem. § 263 I, III 2 Nr. 1, 2 StGB gegenüber und zum Nachteil des V strafbar gemacht haben.

A. Tatbestand

I. Täuschung über Tatsachen

Y müsste V 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; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, §263 Rn 11). Tatsachen sind alle vergangenen oder gegenwärtigen Zustände oder Geschehnisse, die dem Beweis zugänglich sind (OLG Koblenz, NJW 1976, 63; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 8). Hierbei ist zu berücksichtigen, dass auch Kenntnisse, Motive und Absichten Tatsachen darstellen (sog. "innere Tatsachen"; OLG Koblenz, NJW 1976, 63; Krey/Hellmann, BT 2, Rn 339).

Hierzu der BGH: "[149] Insbesondere täuschte der Angeklagte in allen Fällen konkludent darüber, einerseits zukünftig dauerhaft nach den Vertragsbedingungen die Versicherungsprämien zahlen zu wollen und zu können sowie andererseits bereit zu sein, den beantragten Versicherungsschutz seinem Zweck entsprechend allein zur Abdeckung des zukünftigen Risikos eines ungewissen Schadenseintritts zu nutzen (zur Absicht der rechtswidrigen Inanspruchnahme von Versicherungsleistungen als tauglicher Gegenstand einer Täuschung vgl. Lindenau, Die Betrugsstrafbarkeit des Versicherungsnehmers aus strafrechtlicher und kriminologischer Sicht S. 164).

[150] Über die innere Tatsache, sich nicht vertragstreu verhalten zu wollen, ist eine konkludente Täuschung möglich. Die Vertragspartner dürfen ein Minimum an Redlichkeit im Rechtsverkehr, das auch verbürgt bleiben muss, voraussetzen (vgl. Cramer/Perron in Schönke/Schröder aaO § 263 Rdn. 14/15). Deshalb ist die Erwartung, dass keine vorsätzliche sittenwidrige Manipulation des Vertragsgegenstandes durch einen Ver-

tragspartner in Rede steht, unverzichtbare Grundlage jeden Geschäftsverkehrs und deshalb zugleich mit-erklärter Inhalt entsprechender rechtsgeschäftlicher Willensbekundungen. Dem Angebot auf Abschluss eines Vertrages ist demnach in aller Regel die konkludente Erklärung zu entnehmen, dass der in Bezug genommene Vertragsgegenstand nicht vorsätzlich zum eigenen Vorteil manipuliert wird (BGHSt 51, 165, 171).

[151] Da die Manipulation des Vertragsgegenstandes eines Lebensversicherungsvertrags in der Form der Vortäuschung des Versicherungsfalles - ähnlich wie diejenige einer Sportwette (vgl. dazu BGHSt aaO S. 172) - zwangsläufig erst nach Vertragsschluss stattfinden kann, bezieht sich die konkludente Erklärung der Manipulationsfreiheit nicht auf eine bereits durchgeführte, sondern auf eine beabsichtigte Manipulation. Für die Täuschung kommt es dabei nicht darauf an, inwieweit die geplanten Beeinflussungen bereits ins Werk gesetzt sind.

[152] Diese Täuschung ist tatbestandsmäßig im Sinne des § 263 Abs. 1 StGB. Sie war unentbehrlich, um zu dem nach dem Tatplan notwendigen Zwischenziel, dem Abschluss des Versicherungsvertrags, zu gelangen. Dass es danach noch einer weiteren Täuschung (über den Eintritt des Versicherungsfalles) bedurfte, um das eigentliche Endziel der Auszahlung der Versicherungssumme zu erreichen, ist demgegenüber für die Täuschungshandlung rechtlich ohne Belang."

Eine Täuschung über Tatsachen ist somit gegeben.

II. Täuschungsbedingter Irrtum

V müsste einem täuschungsbedingten Irrtum unterliegen sein.

Irrtum i.S.v. § 263 I StGB ist jede Fehlvorstellung über Tatsachen (Joecks, § 263 Rn 47; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 352 f.). Täuschungsbedingt ist der Irrtum dann, wenn die Täuschung für diesen kausal war, d.h. wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass dieser entfielen (Joecks, § 263 Rn 49; Krey/Hellmann, BT 2, Rn 336).

Der BGH führt insofern aus: "[153] Den Vorstellungen des Angeklagten entsprechend ist bei den Versicherungsunternehmen aufgrund der Täuschung jeweils eine entsprechende Fehlvorstellung über die Leistungsbereitschaft sowie die Vertragstreue des Angeklagten und damit über den Umfang des zu übernehmenden Risikos eingetreten."

Ein täuschungsbedingter Irrtum des V liegt somit vor.

III. Irrtumsbedingte Vermögensverfügung

V müsste eine Irrtumsbedingte Vermögensverfügung vorgenommen haben.

Vermögensverfügung ist jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt (Fischer, § 263 Rn 40; Krey/Hellmann, BT 2,

Rn 336).

Durch den Abschluss des Versicherungsvertrages hat sich V dazu verpflichtet (zumindest unter bestimmten Bedingungen, nämlich Eintritt des Versicherungsfalles), 100.000,- € an Y zu zahlen. Durch diese (bedingte) Leistungspflicht wird das Vermögen des V belastet, sodass bereits durch den Abschluss des Versicherungsvertrages, also eine Handlung des V, dessen Vermögen unmittelbar gemindert wurde. Eine Vermögensverfügung liegt somit bereits durch den Vertragsschluss vor.

Es müsste sich auch um eine irrtumsbedingte Vermögensverfügung handeln, d.h. der Irrtum müsste für die Vermögensverfügung zumindest mitbestimmend gewesen sein (BGH, wistra 1999, 419, 420; Lacker/Kühl, § 263 Rn 54).

Hierzu stellt der BGH lediglich fest. "Dieser Irrtum war (mit)ursächlich für den jeweiligen Vertragsabschluss durch den Versicherer."

IV. Verfügungsbedingter Vermögensschaden

V müsste durch die Vermögensverfügung einen Vermögensschaden erlitten haben.

Diesen begründet der BGH sehr ausführlich: "[154] Mit dem Vertragsabschluss ist bei dem jeweiligen Versicherungsunternehmen ein Vermögensschaden eingetreten.

aa) [155] Der Vermögensschaden beim Betrug ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs durch einen Vermögensvergleich mit wirtschaftlicher Betrachtungsweise zu ermitteln (BGHSt 45, 1, 4; BGH NSTZ 1996, 191; 1997, 32, 33).

[156] Beim Betrug durch Abschluss eines Vertrages (Eingehungsbetrug), wie er hier in Rede steht, ist der Vermögensvergleich auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu beziehen. Ob ein Vermögensschaden eingetreten ist, ergibt sich aus einer Gegenüberstellung der Vermögenslage vor und nach diesem Zeitpunkt. Zu vergleichen sind demnach die beiderseitigen Vertragsverpflichtungen (BGHSt 16, 220, 221; 45, 1, 4). Bleibt der Anspruch auf die Leistung des Täuschenden in seinem Wert hinter der Verpflichtung zur Gegenleistung des Getäuschten zurück, so ist dieser geschädigt (BGHSt 16 aaO).

[157] Für die Beurteilung des Vermögenswertes von Leistung und Gegenleistung kommt es weder auf den von den Vertragsparteien vereinbarten Preis an (BGHSt 16, 220, 224) noch darauf, wie hoch der Verfügende subjektiv ihren Wert taxiert (BGHSt 16, 321, 325). Entscheidend für den Vermögenswert von Leistung und Gegenleistung ist vielmehr das vernünftige Urteil eines objektiven Dritten (BGHSt 16, 220, 222; 16, 321, 326).

bb) [158] Daran gemessen ist ein solcher Schaden bei dem jeweiligen Versicherungsunternehmen hier zu bejahen. Mit dem Vertragsabschluss war es mit der

Verpflichtung zur Zahlung der Versicherungssumme im Todesfall belastet. Dem stand die Verbindlichkeit des Versicherungsnehmers gegenüber, an den Versicherer bis zum Ende der vertraglich vereinbarten Laufzeit die Prämien zu zahlen. Die Prämie ist der Preis, den der Versicherungsnehmer dafür zu entrichten hat, dass der Versicherer bei Eintritt des Versicherungsfalls die Versicherungssumme leistet. Sie muss in einem ausgewogenen Verhältnis zu dem Versicherungsschutz stehen (vgl. hierzu Lindenau aaO S. 217 f.). Der Versicherer kalkuliert die Versicherungsprämien unter Berücksichtigung seiner allgemeinen Kosten (u. a. Abschlussprovision, Betriebskosten) auf der Basis von sog. Sterbetafeln, die eine aus der Erfahrung der Vergangenheit gewonnene wahrscheinliche Lebenszeit des Versicherten ausdrücken. Hinzu kommen ggf. Zuschläge für besondere Risiken. In die Prämienkalkulation geht die voraussichtliche Lebensdauer des Versicherten ebenso ein wie die Anzahl der Prämien, die - vorbehaltlich eines vorzeitigen Todes - bis zum Ablauf der Versicherungszeit zu zahlen sind. Im Normalfall besteht zwischen Leistung und Gegenleistung ein Äquivalent.

[159] Hier stellte die Prämie indessen keinen entsprechenden Ausgleich für die mit dem Vertrag eingegangenen Verpflichtungen dar; denn der Angeklagte war von vornherein entschlossen, den Versicherungsfall zu fingieren, und hatte in Form der Verabredungen zuerst mit dem Mitangeklagten K später auch mit dem Mitangeklagten I, bereits mit konkreten Vorbereitungen begonnen. Der jeweilige Versicherer war daher mit Abschluss des Vertrages rein wirtschaftlich gesehen nicht - wie von ihm angenommen - nur mit einer aufschiebend bedingten Verpflichtung zur Zahlung der Versicherungssumme für den Fall belastet, dass sich das - nach allgemeinen Maßstäben bewertete - Risiko des Todeseintritts während der Vertragslaufzeit verwirklichen sollte. Vielmehr war seine Inanspruchnahme aufgrund der von den Angeklagten beabsichtigten Manipulation des Vertragsgegenstandes sicher zu erwarten. Der entsprechenden Forderung hätte er sich nur durch den Beleg der Unredlichkeit des Versicherungsnehmers, etwa durch den Nachweis der Unrichtigkeit der ägyptischen Todesbescheinigung, entziehen können. Damit war die Leistungswahrscheinlichkeit gegenüber dem vertraglich vereinbarten Einstandrisiko signifikant erhöht.

[160] Bei dem Vergleich der wechselseitigen Ansprüche von Versicherer und Versicherungsnehmer bleibt außer Betracht, dass der Versicherer, sofern er Kenntnis von den tatsächlichen Hintergründen des Vertragsschlusses erlangen würde, den Vertrag wegen arglistiger Täuschung anfechten (§ 123 BGB; vgl. § 22 VVG) oder sich in anderen Konstellationen, etwa gemäß § 74 Abs. 2 VVG, auf die Nichtigkeit des Vertrages berufen könnte; denn diese Möglichkeit, sich vom Ver-

trag zu lösen, soll dem getäuschten Versicherer gerade verborgen bleiben (vgl. RGSt 48, 186, 189; BGH StV 1985, 368 m. w. N.; Fischer aaO § 263 Rdn. 103).

[161] Dafür, dass bereits mit dem Vertragsabschluss beim Versicherer ein Vermögensschaden eingetreten ist, spricht nicht zuletzt auch die zivilrechtliche Betrachtung. Insoweit ist anerkannt, dass der Versicherer gegenüber dem täuschenden Versicherungsnehmer nicht nur die Möglichkeit der Anfechtung des Vertrages hat. Daneben kommt vielmehr auch eine Schadensersatzhaftung des Versicherungsnehmers aus dem Gesichtspunkt der culpa in contrahendo (§ 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB i. V. m. § 241 Abs. 2 BGB) in Betracht mit der Folge, dass der getäuschte Versicherer gemäß § 249 BGB die Rückgängigmachung des Vertrages verlangen kann (vgl. BGH NJW 1998, 302, 303). Insoweit besteht die Möglichkeit, dass allein durch die mit dem Vertragsabschluss eingegangenen vertraglichen Verpflichtungen ein Vermögensschaden begründet wird, wenn der Wert der Gegenleistung hinter dem Wert der Verpflichtungen zurückbleibt (vgl. BGH aaO S. 304).

[162] Nach alledem ist in den Fällen, in denen es zum Abschluss des Lebensversicherungsvertrags kam, beim Versicherer ein Schaden entstanden, so dass insoweit jeweils ein vollendeter Eingehungsbetrug vorliegt. Die dem Tatplan entsprechende spätere Auszahlung der Versicherungssummen hätte lediglich zu einer Schadensvertiefung geführt und den Eingehungsbetrag zum Erfüllungsbetrag werden lassen. Auch insoweit ist es für die rechtliche Bewertung ohne Belang, dass hierzu und damit zum Eintritt des endgültigen Verlustes des Versicherers noch eine weitere erfolgreiche Täuschung über den Eintritt des Versicherungsfalls erforderlich gewesen wäre.

[163] Zweifel daran, dass der jeweilige Versicherer bereits mit dem Abschluss des Lebensversicherungsvertrages in seinem Vermögen geschädigt war, bestehen auch nicht deswegen, weil sich die Bestimmung der Schadenshöhe als problematisch erweist. Insoweit könnte sich eine Berechnung nach bilanziellen Maßstäben (so BGH StV 2009, 242) etwa deswegen als schwierig darstellen, weil es für die Bewertung der Verpflichtung aus einem täuschungsbedingt abgeschlossenen Lebensversicherungsvertrag keine anerkannten Richtgrößen gibt. Diese Schwierigkeiten lassen indes den Schaden nicht entfallen. Sie führen lediglich dazu, dass der Tatrichter grundsätzlich unter Beachtung des Zweifelssatzes im Wege der Schätzung Mindestfeststellungen zu treffen hat (vgl. BGH aaO S. 243). Hierzu wird er sich erforderlichenfalls der Hilfe von Sachverständigen aus den Gebieten der Versicherungsmathematik bzw. der Versicherungsökonomie und/oder des Bilanzwesens bedienen. Unter den hier gegebenen Umständen (vgl. unten VI.) war dies indes nicht geboten.

[164] Dieses Ergebnis steht im Einklang mit bisheriger Rechtsprechung zum Eingehungsbetrug.

[165] So hat bereits das Reichsgericht (RGSt 48, 186) einen Vermögensschaden des Feuerversicherers in dem bloßen Abschluss eines Versicherungsvertrages gesehen, auf den die Versicherungsnehmer unter Angabe eines unzutreffend hohen Versicherungswerts in der Absicht angetragen hatten, die versicherten Sachen alsbald in Brand zu setzen und dadurch in den Besitz der Versicherungssumme u. a. auch für Gegenstände zu kommen, die gar nicht vorhanden waren. Es hat dabei ausgeführt, dass der Prämienanspruch, den die Gesellschaft erhielt, nur den Ausgleich bildete 'für die gegenüber einem vertragstreuen Vertragsgegner übernommene Verpflichtung zur Gefahrtragung. Dieser Anspruch verlor an Wert und büßte ihn im wesentlichen ein bei den Angeklagten, die überhaupt nicht die Absicht hatten, ihr Verhalten dem Verträge gemäß einzurichten, [...] sondern im Gegenteil entschlossen waren, mit Hilfe des Scheines eines Vertrags die Gesellschaft zu einer vermögensrechtlichen Aufwendung, der Zahlung der Brandentschädigung, zu veranlassen.' Die Vermögensminderung (damals bezeichnet als Vermögensgefährdung) sah das Reichsgericht darin, dass sich die Versicherungsgesellschaft täuschungsbedingt vertraglich verpflichtete, 'eine weit größere Gefahr (vermögensrechtlichen Inhalts) zu tragen, als sie dem in der Prämie ausgedrückten, demgemäß auch vereinbarten gewöhnlichen Verlaufe der Dinge entsprach, und die Möglichkeit einer die Gesellschaft treffenden tatsächlichen Einbuße an ihrem Vermögen war bei der von den Angeklagten in Aussicht genommenen alsbaldigen Brandstiftung unmittelbar gegeben' (RGSt 48, 186, 190).

[166] Auch der Bundesgerichtshof hat den Betrug schon als vollendet angesehen mit dem Vertragsschluss über die Lieferung von Feinkohle, bei dem der Angeklagte von Anfang an beabsichtigt hatte, lediglich minderwertigen Kohlenschlamm zu liefern (BGH NJW 1953, 836). Er hat ausgeführt, dass beim Eingehungsbetrug eine 'Vermögensgefährdung' schon darin bestehen kann, dass der Geschädigte überhaupt in vertragliche Beziehungen zu einem böswilligen Vertragspartner getreten ist, der von vornherein darauf ausging, den Vertragspartner unter planmäßiger Ausnutzung eines beim Vertragsschluss durch Vorspiegelung von Tatsachen erregten Irrtums zur späteren Entgegennahme der vertragswidrigen Leistung zu veranlassen.

[167] Einen vollendeten Eingehungsbetrug hat der Bundesgerichtshof zuletzt auch in dem betrügerisch veranlassenden Eingehen eines Risikogeschäfts gesehen, das mit einer nicht mehr vertragsimmanenten Verlustgefahr verbunden ist (BGH NJW 2009, 2390). Er hat dabei ausgeführt, der mit der Vermögensverfügung unmittelbar eingetretene Vermögensschaden sei durch das Verlustrisiko im Zeitpunkt der Vermögensverfü-

gung bestimmt."

Ein verfügungsbedingter Vermögensschaden bei V ist somit gegeben.

V. Vorsatz

Y handelte auch vorsätzlich.

VI. Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung

Y müsste in der Absicht gehandelt haben, sich oder einen Dritten einen rechtswidrigen und stoffgleichen Vermögensvorteil - also eine Bereicherung - zu verschaffen.

Vermögensvorteil ist jede günstigere Gestaltung der Vermögenslage (BGH, NStZ 1989, 22; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 167). Rechtswidrig ist die vom Täter beabsichtigte Bereicherung dann, wenn dieser (bzw. bei einer Drittbereicherungsabsicht auch der Dritte) keinen fälligen einredefreien Anspruch auf die Bereicherung hat (BGHSt 19, 206; Fischer, § 263 Rn 111). Stoffgleich ist die beabsichtigte Bereicherung, wenn sie die Kehrseite des Vermögensschadens beim Opfer darstellt, d.h. 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).

Der BGH führt aus: "Der [...] Vermögensvorteil, den der Täter für sich oder einen Dritten erlangen will, muss die Kehrseite des Schadens sein. Unmittelbare Folge des Vertragsabschlusses war für den Angeklagten die Verbesserung seiner Vermögenssituation. Diese bestand darin, dass der getäuschte Lebensversicherer die Deckung des Risikos zu nicht äquivalenten Konditionen übernahm und dem Angeklagten die Möglichkeit eröffnete, diese Risikodeckung zur Finanzierung des Todesfalles auszunutzen."

Y hat also in der Absicht stoffgleicher Bereicherung gehandelt. Da Y auch keinen Anspruch auf die beabsichtigte Bereicherung (durch den Abschluss des Vertrages) hatte, war diese auch rechtswidrig. Auch hat Y vorsätzlich hinsichtlich der Stoffgleichheit und Rechtswidrigkeit der von ihm beabsichtigten Bereicherung gehandelt, sodass die Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung bei Y gegeben ist.

B. Rechtswidrigkeit und Schuld

Y handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

C. Besonders schwerer Fall, § 263 III StGB

Bei dem von Y begangenen Betrug könnte es sich um einen besonders schweren Fall gem. § 263 III StGB handeln.

I. § 263 III 2 Nr. 1 StGB

Y könnte zunächst die Voraussetzungen des Regelbei-

spiels des § 263 III 2 Nr. 1 StGB verwirklicht haben.

I. Gewerbsmäßiger Betrug, § 263 III 2 Nr. 1 1. Fall StGB

Y könnte gewerbsmäßig gehandelt haben.

Gewerbsmäßig handelt, wer bei der Tatbegehung die Absicht hat, sich aus der wiederholten Begehung solcher Taten eine Einnahmequelle von einer gewissen Dauer und Erheblichkeit zu verschaffen (BGHSt 1, 383; Fischer, § 263 Rn 120, Vor § 52 Rn 62; Joecks, § 263 Rn 123). Gewerbsmäßig handelt also stets nur derjenige, der sich selbst durch die Begehung von Straftaten erhebliche wirtschaftliche Vorteile verschaffen will (BGH, NStZ 2008, 282, 283; NStZ-RR 2009, 210, 211 = RA 2009, 326, 330).

Zwar hatte Y die Absicht, sich selbst durch den Betrug stoffgleich zu bereichern (s.o.). Jedoch sollte die Bereicherung des Y nur ein Durchgangsstadium darstellen für die eigentlich geplante Bereicherung der Al Qaida sein, sodass sich Y letztlich nicht einen eigenen wirtschaftlichen Vorteil verschaffen wollte. Y hat also nicht gewerbsmäßig gehandelt.

2. Bandenbetrug, § 263 III 2 Nr. 1 2. Fall StGB

Y könnte aber als Mitglied einer Bande gehandelt haben, die sich zur fortgesetzten Begehung von Straftaten verbunden hat.

Das Bestehen einer Bande setzt bei § 263 III 2 Nr. 1 StGB - ebenso wie bei § 244 I Nr. 2 StGB - stets den Zusammenschluss von mindestens drei Personen voraus (BGH, wistra 2002, 21; Joecks, § 263 Rn 124; Schönke-Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 188a). Ursprünglich hatten sich jedoch nur Y und K dazu verabredet, die fraglichen Straftaten zu begehen. Erst ab September 2004 wurde eine dritte Person (nämlich I) in diesen Zusammenschluss aufgenommen. In dem zu prüfenden Zeitpunkt (August 2004) bestand der Zusammenschluss jedoch nur aus zwei Personen und stellte somit keine Bande dar. Des Regelbeispiel des § 263 III 2 Nr. 1 2. Fall StGB ist somit auch nicht gegeben.

So sieht es auch der BGH: “[145] An den Straftaten

der Angeklagten Y und K beteiligte sich der Angeklagte I erst nach dem 21. September 2004. Entgegen der Ansicht des Oberlandesgerichts können ihm die vorher begangenen Betrugshandlungen der beiden Mitangeklagten nicht über die Rechtsfigur der sukzessiven Mittäterschaft zugerechnet werden. Damit erfüllen auch erst die nach diesem Zeitpunkt verwirklichten Taten das Regelbeispiel des bandenmäßigen Betrugs.”

II. § 263 III 2 Nr. 2 StGB

Y könnte einen Vermögensverlust großen Ausmaßes herbeigeführt und somit das Regelbeispiel des § 263 III 2 Nr. 2 1. Fall StGB verwirklicht haben.

Ein Vermögensverlust großen Ausmaßes kann bei Schäden von mehr als 50.000,- € gegeben sein (BGH, NJW 2004, 169; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 188c)), sodass bei der im vorliegenden Fall vereinbarten Versicherungssumme von 100.000,- € die Verwirklichung des Regelbeispiels möglich wäre.

Allerdings ist i.R.v. § 263 III 2 Nr. 2 StGB zu beachten, dass dieses Regelbeispiel erst dann verwirklicht ist, wenn ein echter Vermögensschaden beim Opfer eingetreten ist. Das Vorliegen einer bloßen schadensgleichen Vermögensgefährdung (sog. “Gefährdungsschaden”) genügt hierfür nicht (BGHSt 48, 354, 356 ff.; Fischer, StGB, § 263 Rn 122a). Da V an Y aber bisher noch keine Versicherungssumme ausgezahlt hat, ist es bei diesem auch nicht zu einem echten Vermögensschaden gekommen.

Da Y auch nicht die Absicht hatte, durch den Betrug eine große Zahl von Menschen zu schädigen, § 263 III 2 Nr. 2 2. Fall StGB, ist auch das Regelbeispiel des § 263 II 2 Nr. 2 StGB nicht verwirklicht.

Da auch dem Sachverhalt keine Anhaltspunkte für einen unbenannten besonders schweren Fall zu entnehmen sind, ist § 263 III StGB im vorliegenden Fall nicht anzuwenden.

D. Ergebnis

Y ist strafbar gem. § 263 I StGB.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

Autor/Titel:	Schoch, Friedrich: "Die Unverletzlichkeit der Wohnung nach Art. 13 GG"
Fundstelle:	Jura 2010, 22 (Heft 1)
Inhalt:	Das BVerfG hat in den letzten Jahren eine Rechtsprechung zu Art. 13 GG entwickelt, die in der Literatur überwiegend auf Ablehnung gestoßen ist. Namentlich die Behandlung des sog. "Lauschangriffs" und der Betretungsrechte werden kontrovers diskutiert. Der Autor stellt diese und andere grundlegende Probleme in den Kontext einer gutachterlichen Prüfung des Art. 13 GG nach dem Schema "Schutzbereich, Eingriff und Rechtfertigung".

Autor/Titel:	Hettlage, Manfred: "Wer die Wahl hat, hat die Qual"
Fundstelle:	BayVBl 2010, 33 (Heft 2)
Inhalt:	Das BVerfG hat bekanntlich entschieden, dass das nach gegenwärtigem Wahlrecht mögliche sog. "negative Stimmgewicht" verfassungswidrig ist und bis zum 30.6.2011 geändert werden muss. Der Autor gibt einen hervorragenden Überblick über den gegenwärtigen Stand der Diskussion, garniert mit Berechnungsbeispielen und abgeschlossen mit einem begründeten Reformvorschlag.

Zivilrecht

Autor/Titel:	Lorenz, Stephan: "Grundwissen: Rechts- und Geschäftsfähigkeit"
Fundstelle:	JuS 2010, 11 (Heft 1)
Inhalt:	Für Anfänger in den ersten Semestern ist dieser Beitrag zur Vermittlung des nötigen Basiswissens, für Examenskandidaten zur Lernkontrolle sehr zu empfehlen. Ohne detaillierte Kenntnisse im Bereich der Rechts- und Geschäftsfähigkeit wird im Zivilrecht in Praxis und Examen nichts zu gewinnen sein.

Autor/Titel:	Hüpers, Bernd: "Unrechtmäßiges Einlösen eines Pfandbons - Ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung?"
Fundstelle:	Jura 2010, 52 (Heft 1)
Inhalt:	Besprechung der sog. "Emmely"-Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg (NZA-RR 2009, 188), die in Fachkreisen wie in der Presse für großes Aufsehen gesorgt hat. Der Autor hält die vom LAG bestätigte Kündigung für rechtswidrig, das Urteil gleich aus mehreren Gründen für rechtsfehlerhaft. Inzwischen hat das BAG auch die Revision zugelassen (BAG, NJW 2009, 2763). Der Fall wird also weiterhin für Diskussionen sorgen.

Strafrecht

Autor/Titel:	Kraatz, Erik: "Der Computerbetrug (§ 263 a StGB)"
Fundstelle:	JURA 2010, 36 (Heft 1)
Inhalt:	In diesem Aufsatz stellt der Verfasser den hochgradig examensrelevanten Tatbestand des § 263 a StGB detailliert dar, indem er - fast kommentarartig - die einzelnen Tatbestandsmerkmale in der Reihenfolge ihrer Prüfung im Gutachten mit den jeweiligen Voraussetzungen und Definitionen bespricht. Auch auf die insofern bestehenden (zahlreichen) Probleme stellt er dar, wobei die jeweils vertretenen Meinungen übersichtlich und mit den jeweiligen Argumentationen gegenübergestellt werden. Sowohl zur erstmaligen Erarbeitung als auch zur Wiederholung dieses wichtigen Tatbestandes hervorragend geeignet.

Autor/Titel:	Erb, Volker: "Der rechtfertigende Notstand"
Fundstelle:	JuS 2010, 17 (Heft 1)
Inhalt:	Der Rechtfertigungstatbestände des Notstands, §§ 228, 904 BGB, § 34 StGB, mögen im Examen zwar vielleicht nicht ganz die Bedeutung der Notwehr, § 32 StGB, haben, sind jedoch so oft Gegenstand von Prüfungsaufgaben, dass auch Kenntnisse hierzu beim Examenskandidaten vorhanden sein sollten. In seinem Aufsatz geht der Verfasser zunächst auf die verschiedenen Notstandsvorschriften ein und grenzt diese sowohl im Verhältnis zueinander als auch zu anderen Rechtfertigungsgründen ab. Dann werden die Voraussetzungen der zivilrechtlichen Notstände im Detail besprochen. Auf § 34 StGB will der Verfasser allerdings erst in der Fortsetzung eingehen. Trotz dieses "Cliffhangers" eine interessante Einführung in den Notstand im Allgemeinen und in §§ 228, 904 BGB im Besonderen.

Autor/Titel:	Zimmermann, Frank: "Die Straßenverkehrsgefährdung (§ 315 c StGB)"
Fundstelle:	JuS 2010, 22 (Heft 1)
Inhalt:	Der Autor nimmt sich des § 315c StGB aus Sicht eines Klausurenschreibers an - das kann einem Examenskandidaten ja nur Recht sein. Zunächst stellt er die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen dar und geht dann noch auf verschiedene Spezialprobleme (z.B. Gefährdung von Tatfahrzeug und Teilnehmern, Probleme von Täterschaft und Teilnahme) ein. Die Darstellung ist zwar ziemlich oberflächlich und das Ganze wäre übersichtlicher, wenn die Probleme im Rahmen der Darstellung desjenigen Tatbestandsmerkmals diskutiert würden, bei dem sie in einer Klausur auch anzusprechen wären. Trotzdem ist der Aufsatz insbesondere zur Wiederholung gut geeignet.