

Öffentliches Recht

Standort: VwVfG

Problem: Vorläufiger VA; § 49a I, III VwVfG analog

BVERWG, URTEIL VOM 19.11.2009
3 C 7/09 (NVWZ 2010, 643)

Problemdarstellung:

A. Vorläufige Verwaltungsakte erfreuen sich in der Praxis großer Beliebtheit, weil sie den Behörden die Möglichkeit bieten, von einer einmal getroffenen Regelung bequem wieder abweichen zu können. Der rechtliche Hintergrund ist Folgender:

I. Grundsätzlich sieht § 36 II Nr. 3 VwVfG die Möglichkeit vor, sich den Widerruf eines Verwaltungsakts vorzubehalten. Ferner ermöglichen die §§ 48, 49 VwVfG die nachträgliche Aufhebung eines einmal erlassenen Verwaltungsakts durch Rücknahme und Widerruf, ebenso Spezialgesetze wie § 45 WaffG oder § 15 GastG. Jedoch haben diese Normen tatbestandliche Voraussetzungen wie Fristen (vgl. § 48 IV VwVfG), Vertrauensschutz (vgl. § 48 II VwVfG) u.ä., die bei Nichtvorliegen die Aufhebung des erlassenen Verwaltungsakts ausschließen.

II. Um diese Voraussetzungen zu umgehen, hat sich Anfang der 80er Jahre eine behördliche Praxis entwickelt, einen Verwaltungsakt nur "vorläufig" zu erlassen. Die Idee ist, dass ein solcher vorläufiger Verwaltungsakt dann einfach dadurch aufgehoben werden kann, dass ein neuer, endgültiger Verwaltungsakt erlassen wird, ohne dass für diesen die Voraussetzungen der §§ 48, 49 VwVfG etc. vorliegen müssen.

III. An dieser Praxis war zunächst in der Literatur kritisiert worden, dass ein solcher "vorläufiger Verwaltungsakt" nicht als eigenes Rechtsinstitut im VwVfG geregelt sei, und dass die Umgehung der gesetzlichen Voraussetzungen für die nachträgliche Aufhebung eines Verwaltungsakts unzulässig sei. Das BVerwG hat dem vorläufigen Verwaltungsakt in seiner grundlegenden Entscheidung vom 14.04.1983 (BVerwGE 67, 99) jedoch die höchstrichterliche Weihe erteilt:

1. Dass der "vorläufige Verwaltungsakt" im VwVfG nicht eigens geregelt sei, schade nicht, solange er nur nicht verboten sei.

2. Ein solches Verbot gebe es nicht, insbesondere liege keine unzulässige Umgehung der Voraussetzungen von §§ 36 II Nr. 3 VwVfG oder 48, 49 VwVfG vor. Der Adressat eines vorläufigen Verwaltungsakts wisse nämlich um die Vorläufigkeit der Regelung, er verdiene also auch keinen Vertrauensschutz in den Bestand

derselben.

3. Allerdings dürfe die Behörde die Vorläufigkeit nicht nach Belieben in den Verwaltungsakt aufnehmen. Hierfür bedürfe es vielmehr eines "sachlichen Grundes", der normalerweise in einer unklaren Sach- und Rechtslage liege. Die Vorläufigkeit dürfe daher auch nur so lange aufrecht erhalten werden, wie die Unklarheit fortbestehe; nach deren Beseitigung sei unverzüglich ein endgültiger Verwaltungsakt zu erlassen. Fehle ein sachlicher Grund oder entfalle dieser, sei der vorläufige Verwaltungsakt rechtswidrig (beim Entfallen: ab diesem Zeitpunkt rechtswidrig geworden).

4. Seit BVerwGE 67, 99 handelt es sich beim vorläufigen Verwaltungsakt um ein allgemein anerkanntes Handlungsinstrumentarium der Behörden, dessen grundsätzliche Zulässigkeit - bei Beachtung der soeben unter 3. erwähnten Voraussetzung - auch von der h.L. nicht weiter in Zweifel gezogen wird.

B. Im vorliegenden Fall war nun fraglich, ob die Behörde Zinsen verlangen kann, wenn sie aufgrund eines vorläufigen Verwaltungsakts Gelder bewilligt und ausgezahlt hat, diese nach Erlass eines endgültigen Verwaltungsakts aber zurückfordern kann, weil sich nach Klärung der Sach- und Rechtslage herausgestellt hat, dass dem Begünstigten weniger Geld zusteht als vorläufig bewilligt.

I. Das BVerwG setzt hierzu voraus, dass eine Ermächtigungsgrundlage für die Zinsforderung existieren muss. Dies ist nach dem Vorbehalt des Gesetzes aus Art. 20 III GG für belastende Maßnahmen wie Zinsforderungen eine bloße Selbstverständlichkeit.

II. Eine solche Ermächtigungsgrundlage könnte in § 49a III VwVfG liegen. Dieser gilt allerdings nach seinem Wortlaut nur für die Erledigung eines Verwaltungsakts durch Rücknahme, Widerruf oder Eintritt einer auflösenden Bedingung, also genau für die Fälle, die typischerweise durch Erlass eines vorläufigen Verwaltungsakts umgangen werden.

III. Deshalb wendet das BVerwG § 49a III VwVfG mit der vorliegenden Entscheidung analog auf Fälle an, in denen ein vorläufiger Verwaltungsakt sich durch Erlass eines endgültigen Bescheids erledigt. Entsprechendes gilt für die Rückforderung der Hauptleistung nach § 49a I VwVfG.

Prüfungsrelevanz:

A. Zunächst ist es natürlich interessant zu wissen, dass § 49a I, III VwVfG bei Ablösung eines vorläufigen Verwaltungsakts ab sofort analog anzuwenden sind. Examensfälle lassen sich hierzu leicht kreieren: Nachdem ein vorläufiger Verwaltungsakt über eine Geldsumme X durch Erlass eines endgültigen Verwaltungsakts über eine niedrigere Geldsumme Y erledigt ist, fordert die Behörde die Differenz zzgl. Zinsen vom Begünstigten zurück. Der Bearbeiter einer solchen Klausur wird zu erkennen haben, dass es sich sowohl bei der Rückforderung des Geldes als auch bei der Zinsforderung um eigene, belastende Regelungen handelt, die jeweils einer eigenen Ermächtigungsgrundlage bedürfen. Für die Rückforderung könnte dies § 49a I VwVfG, für den Zinsanspruch § 49a III VwVfG sein. Direkt erfassen sie den geschilderten Fall nicht, wohl aber sind sie analog anwendbar.

B. Eine zweite Examensrelevanz kann sich aus der Notwendigkeit eines "sachlichen Grundes" für vorläufige Verwaltungsakte ergeben, wenn deren Rechtmäßigkeit zu prüfen ist. Erlässt die Behörde z.B. "vorläufig" eine Baugenehmigung, müssen tatbestandlich nicht nur die (geschriebenen) baurechtlichen Voraussetzungen der Baugenehmigung, sondern auch noch die (ungeschriebene) Voraussetzung eines sachlichen Grundes für die Vorläufigkeit gegeben sein, damit der vorläufige Verwaltungsakt insgesamt rechtmäßig ist. Dass es eines solchen "sachlichen Grundes" im Ergebnis bedarf, um der Behörde nicht die Möglichkeit zu geben, die §§ 36 II Nr. 3 VwVfG bzw. 48, 49 VwVfG nach Belieben zu umgehen, leuchtet ein. Der "sachliche Grund" als ungeschriebene tatbestandliche Voraussetzung eines jeden vorläufigen Verwaltungsakts lässt sich mit dieser Überlegung also gut begründen.

C. Am Rande erwähnt sei, dass die eingebürgerte Bezeichnung "vorläufiger Verwaltungsakt" ungenau ist, denn nicht sein VA-Charakter, sondern die von ihm gesetzte Regelung ist vorläufig. Auf diese sprachliche Ungenauigkeit weist auch das BVerwG in seiner nachstehenden Entscheidung hin, benutzt den Begriff "vorläufiger Verwaltungsakt" aber dennoch. Entsprechendes kann daher ruhigen Gewissens auch Examenskandidaten empfohlen werden.

Vertiefungshinweise:

- Zur Zulässigkeit eines vorläufigen Verwaltungsakts: *BVerwGE* 67, 99; 74, 357 [365]; *BVerwG*, NJW 1992, 705; *Dickersbach*, NVwZ 1993, 846
- Rückforderung bei vorläufigem Verwaltungsakt gezahlter Beträge: *OVG Münster*, NVwZ 1991, 588

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Die wilde Ehe"

 Examenskurs: "Machtwort aus Brüssel"**Leitsätze:**

1. Eine Subvention kann unter dem Vorbehalt einer späteren endgültigen Entscheidung bewilligt werden, wenn und soweit eine bestehende Ungewissheit hierfür einen sachlichen Grund gibt. Eine in diesem Sinne zulässigerweise vorläufig getroffene Regelung darf daher nur solange aufrechterhalten bleiben, wie der die Vorläufigkeit rechtfertigende Grund besteht. Der Vorbehalt einer späteren endgültigen Entscheidung bewirkt, dass die Behörde die vorläufige Regelung im Ausgangsbescheid durch die endgültige Regelung im Schlussbescheid ersetzen kann, ohne insoweit an die Einschränkungen der §§ 48, 49 VwVfG gebunden zu sein.

2. § 49a I, III VwVfG ist entsprechend anzuwenden, wenn ein Verwaltungsakt, der eine Zuwendung zunächst nur vorläufig bewilligt hat, rückwirkend durch einen anderen Verwaltungsakt ersetzt wird, der die Zuwendung endgültig in geringerer Höhe festsetzt. Bei der Festsetzung von Zinsen muss die Behörde in derartigen Fällen im Rahmen ihres Ermessens nach § 49a III VwVfG auch berücksichtigen, ob, in welchem Ausmaß und aus welchem Grund der Erlass der endgültigen Entscheidung verzögert worden ist.

Sachverhalt:

Die Bet. streiten über die Verzinsung zurückzuerstattender Fördermittel. Die Kl. betreibt ein Busunternehmen im öffentlichen Personennahverkehr. Auf ihren Antrag hin bewilligte ihr der Bekl. für den beabsichtigten Neubau eines Omnibusbetriebshofs in W. für 71 Buseinheiten mit Zuwendungsbescheid vom 19. 12. 1986 eine Zuwendung im Wege der Anteilsfinanzierung i.H. von 85% der zuwendungsfähigen Gesamtkosten, die auf der Grundlage der Angaben im Antrag vorläufig auf 10.534.200 DM festgestellt wurden. Dem Bescheid waren unter anderem die „Allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung (ANBest-P)“ beigelegt, die als Anlage zu den Verwaltungsvorschriften zu § 44 BadWürttHO erlassen worden waren und deren Nr. 2 auszugsweise lautete:

„Ermäßigen sich nach der Bewilligung die in dem Kosten- und Finanzierungsplan veranschlagten Gesamtausgaben für den Zweck [...] so ermäßigt sich die Zuwendung bei Anteilsfinanzierung anteilig [...]“

Auf Grund des genannten Zuwendungsbescheids wurden zunächst 2 Mio. DM ausbezahlt. Weitere gleichartige Bewilligungen folgten, zuletzt mit Bescheid vom 16.12.1988.

Die Kl. stellte nur Abstellplätze für 38 Buseinheiten

her und nahm den Omnibusbetriebshof im Jahre 1989 in Betrieb. 1991 entschied sie, für 33 weitere Buseinheiten in B. einen anderen Omnibusbetriebshof zu errichten; dieses Vorhaben wurde 2002 verwirklicht und ebenfalls durch Zuwendungen des Bekl. gefördert. Infolge dieser Änderung des Vorhabens entstanden für den Betriebshof in W. geringere Kosten als veranschlagt. Die Oberfinanzdirektion ging im Prüfbericht vom 29.6.1994 von einer Verringerung der zuwendungsfähigen Gesamtkosten auf 8.344.588,73 DM aus.

Nach abschließender Prüfung der Verwendungsnachweise und Anhörung der Kl. stellte der Bekl. mit "Schlussbescheid" vom 12.6.2003 die zuwendungsfähigen Gesamtkosten auf 8.747.322 DM fest, ermittelte unter Zugrundelegung des Fördersatzes von 85% den endgültigen Zuwendungsbetrag mit 7.435.224 DM und forderte zuviel gezahlte 883.407 DM = 451.679 Euro zuzüglich Zinsen für die Zeit vom 1.1.1988 bis zum 26.5.2003 zurück. Mit Änderungsbescheid vom 22.9.2003 wurden die Zinsen für diesen Zeitraum neu berechnet und auf insgesamt 380.143,05 Euro festgesetzt.

Die Kl. hat gegen die genannten Bescheide Klage erhoben, soweit darin Zinsen i.H.v. 343.006,96 Euro für die Zeit vom 1.1.1988 bis zum 17.9.2001 festgesetzt wurden; den Schlussbescheid im Übrigen hat sie nicht angefochten.

Mit Bescheid vom 16.9.2003 bewilligte der Bekl. der Kl. eine weitere Zuwendung i.H. von 734.000 Euro für ein anderes Projekt zur Verbesserung der Verkehrsverhältnisse nach dem Gemeindeverkehrsfinanzierungsgesetz. In Nr. 2 des Bescheides erklärte er die Aufrechnung mit der genannten Zinsforderung in der streitigen Höhe von 343.006,96 Euro. Daraufhin hat die Kl. eine weitere Klage auf Auszahlung des einbehaltenen Restbetrags erhoben.

Das VG hat den Klagen mit Urteilen vom 29.11.2005 stattgegeben. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, für den festgesetzten Zinsanspruch fehle es an einer Ermächtigungsgrundlage. In Betracht komme lediglich § 49a BadWürttVwVfG, der eine Verzinsung aber nur vorsehe, wenn eine Zuwendung infolge Rücknahme, Widerrufs oder Eintritts einer auflösenden Bedingung rückwirkend zu erstatten sei. Keiner dieser Fälle sei hier gegeben. Vielmehr habe der Bekl. im Zuwendungsbescheid lediglich eine vorläufige Regelung getroffen und diese mit dem Schlussbescheid durch eine endgültige Regelung ersetzt. Auf diese Fallgestaltung lasse sich § 49a BadWürttVwVfG nicht – auch nicht entsprechend – anwenden. Der VGH hat die Urteile des VG mit Urteil vom 29.7.2008 geändert und die Klagen abgewiesen.

Aus den Gründen:

Die Revision der Kl. hatte Erfolg.

A. Bestehen des Zinsanspruchs dem Grunde nach

[12] Das BerGer. hat allerdings im Ergebnis zutreffend erkannt, dass dem Bekl. der durch den Schlussbescheid und im Wege der Aufrechnung geltend gemachte Zinsanspruch dem Grunde nach zusteht. [...]

I. Aus § 49 III VwVfG in unmittelbarer Anwendung

[13] Der Zuwendungsbescheid vom 19.12.1986 hat seine Wirkung nicht teilweise infolge Eintritts einer auflösenden Bedingung, sondern dadurch verloren, dass er durch den Schlussbescheid vom 12.6.2003 ersetzt wurde (vgl. § 43 II BadWürttVwVfG).

I. Vorliegen eines vorläufigen Verwaltungsakts

[14] Der Bekl. hat das Subventionsverhältnis zunächst durch den Zuwendungsbescheid geregelt, der aber hinsichtlich der zuwendungsfähigen Gesamtkosten und infolge dessen hinsichtlich des genauen Förderbetrags unter den Vorbehalt der späteren Festsetzung gestellt und damit auf eine Ergänzung durch einen weiteren Verwaltungsakt angelegt war, durch den die Zuwendung in den offengehaltenen Punkten abschließend geregelt werden sollte. Dieser weitere Verwaltungsakt ist mit dem - nicht zufällig so genannten - "Schlussbescheid" ergangen. Dessen Begründung vermerkt in Nr. 4 daher ausdrücklich, dass der Schlussbescheid die Ausgangsbewilligung ersetzt.

[15] Der Bekl. hat sich damit einer Regelungsweise bedient, die auf dem Hintergrund gesetzlicher Vorbilder in der Praxis sowie in Literatur und Rechtsprechung für Situationen entwickelt worden war, bei denen im Zeitpunkt der Regelung über die zu treffende endgültige Entscheidung noch Ungewissheit besteht, sei es, weil die Rechtslage noch ungeklärt ist (vgl. § 165 AO 1977), sei es, weil - wie hier - eine endgültige Ermittlung des Sachverhalts noch nicht möglich ist (vgl. § 164 AO 1977, § 74 III VwVfG sowie allgemein Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl. [2008], § 35 VwVfG Rdnrn. 243ff. m.w. Nachw.). Die Befugnis der Behörde, deswegen eine lediglich vorläufige Regelung zu treffen, war gerade für den Sachbereich des Subventionsrechts drei Jahre vor Erlass des Zuwendungsbescheids vom BVerwG ausdrücklich anerkannt (BVerwGE 67, 99) und kurz zuvor nochmals bekräftigt worden (BVerwGE 74, 357 [365] vgl. noch BVerwG, NJW 1992, 705; Dickersbach, NVwZ 1993, 846 [850]).

2. Rechtsfolgen eines vorläufigen Verwaltungsakts

[16] Der Vorbehalt endgültiger Regelung bewirkt, dass die Behörde die vorläufige Regelung im Ausgangsbescheid durch die endgültige Regelung im Schlussbescheid ersetzen kann, ohne insoweit an die Einschränkungen der §§ 48, 49 VwVfG gebunden zu sein. Wie der Senat entschieden hat, besteht der Regelungsinhalt des Ausgangsbescheids insoweit darin,

dass der Begünstigte die empfangene Beihilfe nur vorläufig bis zum Erlass der endgültigen Entscheidung behalten darf. Deshalb geht die Bindungswirkung eines solchen Verwaltungsakts nicht dahin, dass er eine Rechtsgrundlage für das endgültige Behalten der Beihilfe bildet. Das bedeutet, dass es bei der späteren endgültigen Regelung keiner Aufhebung der unter Vorbehalt ergangenen Bewilligung bedarf (BVerwGE 67, 99; vgl. OVG Münster, NVwZ 1991, 588 [589]).

[17] Das BerGer. wendet ein, dass der Zuwendungsbescheid hinsichtlich der Bewilligung der Förderung selbst und hinsichtlich der Berechnungsmodalitäten - namentlich hinsichtlich des Fördersatzes - der Kl. bereits eine gesicherte Rechtsposition habe vermitteln sollen. Das trifft zu; insoweit wurde eine endgültige Regelung bereits in dem ersten Bescheid getroffen, von der sich der Bekl. in späteren Bescheiden - auch im Schlussbescheid - nur im Wege der Rücknahme oder des Widerrufs wieder hätte lösen können. Dies steht aber der Feststellung nicht entgegen, dass der erste Bescheid andere Teilfragen der begehrten Zuwendung - die zuwendungsfähigen Gesamtkosten - sowie infolgedessen die Gesamthöhe der Zuwendung selbst ausdrücklich späterer Entscheidung vorbehalten hat; insoweit lag eine endgültige Regelung im Zuwendungsbescheid noch nicht vor, sondern erging erst im Schlussbescheid. Die Vorläufigkeit muss sich nicht auf den ersten Bescheid insgesamt beziehen, sondern kann auf einzelne Aspekte beschränkt sein (vgl. § 165 AO 1977). Auch wenn daher die Behörde einen unter Vorbehalt gestellten Verwaltungsakt später durch einen Schlussbescheid ersetzt, so kommt doch eine inhaltlich abweichende Regelung im Schlussbescheid - außer in den Fällen der §§ 48, 49 VwVfG - nur in Betracht, wenn sie aus den Gründen ergeht, wegen derer die frühere unter Vorbehalt gestellt wurde.

3. Zulässigkeit eines vorläufigen Verwaltungsakts

a. Kein Regelungsverbot

[18] Der Bekl. war nicht gehindert, eine in dem beschriebenen Sinne vorläufige Regelung zu treffen.

[19] Ein dahingehendes Verbot lässt sich namentlich nicht mit der Überlegung begründen, das Gesetz kenne den „vorläufigen Verwaltungsakt“ nur in den speziell geregelten Fällen, nicht aber als allgemeine Regelungsform. Auch der „vorläufige Verwaltungsakt“ ist ein Verwaltungsakt i.S. der §§ 35ff. VwVfG. Seine Besonderheit liegt nicht in seiner Art oder Form, sondern allein in seinem Regelungsinhalt. Genauer ist daher nicht von einem „vorläufigen Verwaltungsakt“ zu sprechen, sondern von einem Verwaltungsakt, der eine nur vorläufige Regelung trifft.

[20] Es gibt im vorliegenden Zusammenhang des Subventionsrechts keine gesetzliche Bestimmung, die der Behörde eine derartige Regelung verbieten würde. Ein

solches Hindernis ergibt sich namentlich nicht aus § 36 II VwVfG. Zwar spricht viel dafür, in dem Vorbehalt späterer endgültiger Entscheidung eine Regelungsweise zu sehen, die die innere Wirksamkeit der Hauptregelung selbst betrifft und insofern mit Befristung, Bedingung und Widerrufsvorbehalt (§ 36 II Nrn. 1 bis 3 VwVfG) verwandt ist. Die Aufzählung von Typen von Nebenbestimmungen in § 36 II VwVfG ist aber nicht in dem Sinne abschließend, dass die Verwaltung an der Entwicklung weiterer Typen von Nebenbestimmungen gehindert wäre, selbst wenn die Voraussetzungen des § 36 I, III VwVfG gegeben sind (U. Stelkens, § 36 VwVfG Rdnr. 65 m.w. Nachw.).

b. Sachlicher Grund für Vorläufigkeit erforderlich

[21] Die Behörde darf allerdings eine Regelung nicht beliebig nur vorläufig treffen, sondern nur, wenn ihr eine bestehende Ungewissheit hierzu sachlichen Grund gibt. Das ist bei einer tatsächlichen Ungewissheit nur dann der Fall, wenn sie Umstände betrifft, die erst künftig eintreten und die nach dem Gesetz auch nicht im Wege einer Prognose zu schätzen sind (insofern mit Recht zurückhaltend BSG, NZA 1988, 292 = DVBl 1988, 449). So lag es hier: Die maßgeblichen zuwendungsfähigen Gesamtkosten standen im Zeitpunkt des Zuwendungsbescheids nicht fest und waren nach dem Gesetz auch nicht im Wege einer Prognose zu schätzen. Dem Bekl. war daher unbenommen, sie zunächst nur vorläufig anzusetzen.

[22] Die Behörde darf eine hiernach zulässigerweise vorläufig getroffene Regelung aber auch nicht beliebig lange aufrechterhalten. Der Adressat hat vielmehr Anspruch darauf, dass die Behörde die vorbehaltene Nachprüfung unverzüglich vornimmt, sobald der Grund für den Vorbehalt entfallen ist. Bei Zuwendungsbescheiden folgt dies aus dem Verfahrensanspruch des Zuwendungsempfängers, dass sein Antrag zügig (vgl. § 10 S. 2 VwVfG), gegebenenfalls binnen Frist (vgl. § 42a VwVfG) beschieden - und d.h. grundsätzlich: abschließend beschieden - wird. Wird die endgültige Regelung ohne sachlichen Grund verzögert, so können der Behörde aus der Verzögerung keine Vorteile erwachsen. Welche Folgerungen hieraus im Einzelnen zu ziehen sind, bedarf hier keiner abschließenden Entscheidung. Eine von der Behörde zu vertretende Verzögerung steht aber etwa einer Zinsforderung insoweit entgegen (vgl. unten).

4. Zwischenergebnis

[23] Für das BerGer. bestand nach allem kein Anlass, die unter den Vorbehalt einer späteren endgültigen Regelung gestellte Festsetzung der zuwendungsfähigen Gesamtkosten im Zuwendungsbescheid in eine endgültige Festsetzung unter auflösender Bedingung umzudeuten. Es bedarf daher keiner Entscheidung, ob

eine derartige Konstruktion mit § 36 II Nr. 2 BadWürttVwVfG vereinbar wäre, namentlich ob die Unterschreitung der vorläufig festgesetzten zuwendungsfähigen Gesamtkosten als zukünftiges tatsächliches Ereignis im Sinne dieser Vorschrift angesehen werden kann, selbst wenn deren endgültige Festsetzung einen für die Subventionsgewährung maßgeblichen Punkt betraf und wiederum durch Verwaltungsakt erfolgen sollte.

I. Aus § 49 III VwVfG in analoger Anwendung

[24] § 49a I, III BadWürttVwVfG ist entsprechend anzuwenden, wenn ein Verwaltungsakt, der eine Zuwendung zunächst nur vorläufig bewilligt hat, rückwirkend durch einen anderen Verwaltungsakt ersetzt wird, der die Zuwendung endgültig in geringerer Höhe festsetzt. Der Zuwendungsempfänger muss eine hiernach zuviel erhaltene Leistung daher erstatten und den zu erstattenden Betrag vom Empfang an verzinsen. [...]

1. Planwidrige Regelungslücke

[27] § 49a BadWürttVwVfG diene der Überführung des vorherigen § 44a BadWürttHO in das Landesverwaltungsverfahrensgesetz (vgl. Art. 1 Nrn. 5 bis 7, Art. 2 des Gesetzes v. 25. 4. 1991). Er hat wie dieser gerade die Rückabwicklung von Überzahlungen in Subventionsverhältnissen im Blick. Dass § 49a I 1 BadWürttVwVfG als Gründe für das Entstehen einer Erstattungspflicht lediglich die Rücknahme, den Widerruf und den Eintritt einer auflösenden Bedingung nennt, rechtfertigt nicht den Schluss, dass der Gesetzgeber damit anders begründete Erstattungspflichten privilegieren und von der Zinspflicht ausnehmen wollte. Dies gilt namentlich für einen Erstattungsanspruch, der durch die Ersetzung einer nur vorläufigen Subventionsgewährung durch eine endgültige Regelung begründet wird; denn diese rechtliche Möglichkeit wurde erst durch das bereits erwähnte Urteil des Senats vom 14. 4. 1983 anerkannt und hatte bei Erlass des § 44a BadWürttHO durch Gesetz vom 7. 6. 1982 (BGBl S. 150) und übrigens auch bei Erlass des § 44a BHO durch Gesetz vom 14. 7. 1980 (BGBl I, 955) noch nicht vor Augen gestanden.

2. Vergleichbare Interessenlage

[28] Für eine Privilegierung derart begründeter Erstattungspflichten fehlt jeder sachliche Grund. Die Interessenlage zwischen Subventionsgeber und Subventionsempfänger ist vielmehr dieselbe wie in den in § 49a I 1 BadWürttVwVfG genannten Fällen: Dem Zuwendungsempfänger ist die Zweckbestimmung der Zuwendung bekannt; er verdient keinen Vertrauensschutz, wenn die Zuwendung nicht zweckentsprechend verwendet wird; vielmehr schuldet er über die Erstattung der Zuwendung hinaus auch Herausga-

be der Nutzungen, die er aus dem empfangenen Geldbetrag gezogen hat oder ziehen konnte, in der Form von Zinsen (vgl. BVerwGE 116, 332 [335f.] = Buchholz 316 § 49a VwVfG Nr. 2, S. 4f. = NVwZ 2003, 221). Dabei muss bedacht werden, dass der Begünstigte einer nur vorläufigen Bewilligung einer Zuwendung noch weniger Schutz verdient als der Begünstigte einer endgültigen Bewilligung, weil er von vornherein um die Unsicherheit seiner Rechtsstellung weiß. Sieht § 49a III VwVfG die Pflicht zur Verzinsung eines zu erstattenden Betrags im Falle des rückwirkenden (Teil-)Widerrufs einer endgültigen Bewilligung vor, so muss dasselbe erst recht im Falle der rückwirkenden Ersetzung einer lediglich vorläufigen Bewilligung durch einen endgültigen Bescheid in niedrigerer Höhe gelten, zumal der Subventionsempfänger regelmäßig ausdrücklich auf die Zinspflicht hingewiesen wurde (vgl. Nr. 8.4 ANBest-P).

[29] Damit ist über die Verzinsung anders begründeter Erstattungspflichten nichts gesagt. Das VG hat sich an einer Anwendung des § 49a III BadWürttVwVfG durch die Überlegung gehindert gesehen, die Vorschrift habe den öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch nicht erfassen sollen. Das ist insofern richtig, als für den Gesetzgeber keinerlei Anlass bestanden hatte, den öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch insgesamt zu regeln. Dieses ohnehin durch die Rechtsprechung entwickelte Institut umfasst zahlreiche Anwendungsfälle, die außerhalb der Thematik des § 49a BadWürttVwVfG liegen. Im vorliegenden Zusammenhang geht es ausschließlich um die Rechtsfolgen der Ersetzung einer vorläufigen durch eine endgültige Regelung, und auch dies nur im sachlichen Zusammenhang von Zuwendungsbescheiden. Dies allerdings ist Regelungsgegenstand des § 49a BadWürttVwVfG.

B. Absehen von der Geltendmachung nach § 49a III 2 VwVfG?

[30] Auch wenn dem BerGer. mithin im Ergebnis darin zuzustimmen ist, dass dem Bekl. der Zinsanspruch dem Grunde nach zusteht, so ist die Sache doch nicht entscheidungsreif. Das BerGer. hat - von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig - noch nicht hinreichend geprüft, ob der Bekl. verpflichtet war, von der Geltendmachung von Zinsen für einen Teil des hier in Rede stehenden Zeitraums nach § 49a III 2 BadWürttVwVfG abzusehen. Das gilt es nachzuholen.

I. Analoge Anwendung auf vorläufige Verwaltungsakte

[31] § 49a III 2 BadWürttVwVfG erlaubt der Behörde, von der Geltendmachung der Zinsforderung nach ihrem Ermessen abzusehen. Eine analoge Anwendung von § 49a III 1 BadWürttVwVfG zieht in der Konsequenz auch eine entsprechende Anwendung von § 49a III 2 BadWürttVwVfG nach sich.

II. Anforderungen an ermessensfehlerfreie Entscheidung

In deren Rahmen muss - über die dort ausdrücklich geregelten Voraussetzungen hinaus - die Behörde auch berücksichtigen, ob, in welchem Ausmaß und aus welchem Grund der Erlass der endgültigen Entscheidung verzögert worden ist. Wie oben erwähnt, steht der Behörde nicht frei, eine zunächst mit Recht nur unter Vorbehalt getroffene Regelung beliebig lange aufrechtzuerhalten. Wurde die endgültige Entscheidung hiernach später als sachlich erforderlich getroffen, so können insoweit Zinsen nicht geltend gemacht werden.

III. Subsumtion

[32] Der Bekl. hat im Schlussbescheid vom 12.6.2003 zwar erwogen, ob die Zinsforderung im Ermessenswege zu reduzieren sei, und hat dies verworfen, weil die Unterschreitung der zunächst vorläufig veranschlagten Gesamtkosten durch die Kl. zu vertreten sei, die ihr ursprüngliches Projekt auf zwei Bauvorhaben aufgeteilt habe. Diese Erwägungen hat das Ber-

Ger. gebilligt. Hierbei hat es aber noch nicht in Rechnung gestellt, ob der Bekl. den Schlussbescheid für das hier allein in Rede stehende Vorhaben in W. nicht früher hätte erlassen können und müssen, weil der Grund für den Vorbehalt der späteren Nachprüfung bereits früher weggefallen war. Nach seinen Feststellungen ist der Betriebshof in W. schon 1989 in Betrieb genommen worden, und die Oberfinanzdirektion hat ihren Prüfbericht schon am 29. 6. 1994 vorgelegt. Das deutet darauf hin, dass der Bekl. die zuwendungsfähigen Gesamtkosten jedenfalls unmittelbar danach hätte endgültig festsetzen können. Ob dies zutrifft, ob diese Entscheidung sogar noch früher möglich gewesen wäre oder ob umgekehrt sachliche Gründe für eine spätere Festsetzung - womöglich auch für eine Festsetzung erst im Jahre 2003 - bestanden haben, hat das BerGer. bislang nicht geprüft. Es hat daher auch noch nicht entschieden, ob und inwieweit die Ermessensentscheidung des Bekl. nach § 49a III 2 BadWürttVwVfG auch unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt Bestand haben kann.

Standort: Ordnungsrecht

Problem: Obdachloseneinweisung

OVG LÜNEBURG, BESCHLUSS VOM 14. 12. 2009
11 ME 316/09 (NJW 2010, 1094)
OVG GREIFSWALD, BESCHLUSS VOM 21.7.2009
3 M 92/09 (NJW 2010, 1096)

Problemdarstellung:

In den nachstehenden Beschlüssen des OVG Lüneburg und des OVG Greifswald ging es um die Frage, ob ein Obdachloser Ansprüche gegen die für Gefahrenabwehr zuständige Gemeinde auf die Zuweisung von Wohnraum hat.

A. Als Anspruchsgrundlage auf eine Wohnungszuweisung kommt nur die polizei- und ordnungsbehördliche Generalklausel in Betracht (im Fall des OVG Lüneburg § 11 NSOG, im Fall des OVG Greifswald § 13 MVSOG). Zwar handelt es sich dabei in erster Linie um eine Ermächtigungsgrundlage für ein staatliches Einschreiten gegenüber dem Bürger. Umgekehrt hat aber auch der Bürger einen Anspruch auf staatliches Einschreiten (genauer: auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über ein Einschreiten zu seinem Schutz, da es sich um Ermessensvorschriften handelt), wenn eine Gefahr für die "öffentliche Sicherheit" in Gestalt seiner Rechte und/oder Rechtsgüter besteht. Dass die "öffentliche Sicherheit" neben der objektiven Rechtsordnung und dem Bestand des Staates mit seinen Einrichtungen und Veranstaltungen auch die Individualrechte und -rechtsgüter wie Leben, Gesundheit, Ehre, Freiheit und Eigentum als Schutzgüter umfasst, ist allgemein anerkannt. Dies vorausgeschickt, ist es rela-

tiv unproblematisch, eine drohende Obdachlosigkeit als Gefahr für die Gesundheit des Obdachlosen zu subsumieren. Man könnte die Gewährung einer Unterkunft darüber hinaus sogar als Element der Menschenwürde ansehen (vgl. die Entscheidung des OVG Greifswald, wo von den "Anforderungen an eine menschenwürdige Unterkunft" die Rede ist). Dem Grunde nach wird also ein Anspruch auf Unterkunft vielfach bestehen.

B. Im Fall des OVG Lüneburg hatte der Vermieter einer Privatwohnung nach Ausbleiben der Mietzinszahlungen ein zivilgerichtliches Räumungsurteil erwirkt und die Vollstreckung betrieben. Der zukünftig obdachlose Exmieter begehrte von der Behörde die Einweisung in seine bisherige Wohnung.

I. Das OVG Lüneburg führt hierzu aus, hieran sei die Behörde zwar nicht durch das zivilgerichtliche Räumungsurteil gehindert, weil dieses der Behörde gegenüber keine Bindungswirkung entfalte (sie war an dem Rechtsstreit zwischen Mieter und Vermieter ja nicht beteiligt); dennoch sei eine Inanspruchnahme des Vermieters nur im Rahmen des polizeilichen Notstandes möglich, also als sog. "Nichtstörer" nach § 8 NSOG. Primär sei nämlich der Störer - hier also der Obdachlose selbst als unmittelbar Verantwortlicher nach § 6 NSOG - zur Störungsbeseitigung verpflichtet. (Beachte: Störer ist der Obdachlose unabhängig davon, ob er seine Obdachlosigkeit verschuldet hat oder nicht, denn §§ 6, 7 NSOG fordern kein Verschulden.)

Ob die (engen) Voraussetzungen des § 8 NSOG vor-

liegen, ist dann eine Frage des Einzelfalles. Die Ausführungen des OVG Lüneburg hierzu wären für eine gutachterliche Lösung im Examen übrigens viel zu knapp; hier läge ein Problemschwerpunkt, besonders bei der Frage, ob der Obdachlose selbst eine andere Unterkunft finden könnte (§ 8 I Nr. 2 NSOG) oder die Gemeinde selbst über geeignete Unterkünfte verfügt (§ 8 I Nr. 3 NSOG).

II. Selbst wenn die Voraussetzungen einer Inanspruchnahme des Vermieters als Nichtstörer vorliegen, verbleibt der Behörde auf Rechtsfolgenseite aber ein Ermessen, ob und wie sie einschreitet. Die Entscheidung des OVG Lüneburg veranschaulicht sehr gut, dass bei der Abwägung von Eigentum (Vermieter) und Gesundheit (Obdachloser) in aller Regel die Gesundheit überwiegen wird, wobei dem Eigentumsschutz des Vermieters dadurch Rechnung zu tragen ist, dass die Einweisung zu befristen ist (im Fall: auf zwei Monate).

C. Im Fall des OVG Greifswald beehrte die Obdachlose nicht die Einweisung in eine Privatwohnung, sondern ihren dauerhaften Verbleib in einer städtischen Unterkunft. In dieser Konstellation stellt sich die Frage, ob die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme eines privaten Nichtstörers vorliegen, logischerweise nicht. Tatbestandlich genügt dann schon eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit in Gestalt der Gesundheit des Betroffenen, um einen Anspruch auf ermesensfehlerfreie Entscheidung zu begründen.

Im Ermessen ist sodann auch nicht zwischen Eigentum und Gesundheit abzuwägen, sondern zwischen eigener Verantwortung des Obdachlosen als Störer zur Beseitigung der Gefahr und staatlicher Pflicht zum Einschreiten. Das OVG meint, dass vorrangig der Störer selbst zur Gefahrenbeseitigung verpflichtet sei; vom Staat könne er Hilfe daher nur verlangen, wenn er selbst hierzu nicht in der Lage sei. Da die Obdachlose im konkreten Fall zahlreiche Wohnungsangebote ungenutzt gelassen hatte, verneinte das Gericht einen Anspruch auf fortwährenden Aufenthalt in der städtischen Unterkunft. Schon gar nicht habe sie einen Anspruch auf Zuweisung einer *bestimmten*, ihr genehmen Wohnung.

Prüfungsrelevanz:

Bei der Zwangseinweisung von Obdachlosen wird häufig Eile geboten sein. Nicht ganz zufällig spielen daher beide hier behandelten Fälle im vorläufigen Rechtsschutz. Prozessual handelt es sich um einen Eilantrag nach § 123 I VwGO auf Verpflichtung der Gemeinde zum Erlass eines Bewilligungsbescheids über die Einweisung in eine Privatwohnung (dann verbunden mit dem Erlass einer Duldungsverfügung gegen den Wohnungseigentümer) oder in eine städtische Unterkunft. Neben dem hier behandelten Problem des

Bestehens eines entsprechenden Anordnungsanspruchs wäre - einen solchen unterstellt - dann auch zu erörtern, ob im vorläufigen Rechtsschutz die Hauptsache vorweggenommen werden darf (nach h.M. jedenfalls dann zu bejahen, wenn schwerwiegende Nachteile oder Rechtsverlust drohen, was bei Obdachlosigkeit vielfach zu bejahen sein wird).

Neben dem Anspruch des Obdachlosen auf eine Wohnung können Zwangseinweisungsfälle auch in umgekehrter Konstellation vorkommen, dass nämlich der betroffene Wohnungseigentümer von der Behörde verlangt, einen einmal zwangsweise eingewiesenen Obdachlosen wieder zu exmittieren, wenn dieser nach Ablauf der befristeten Einweisung nicht freiwillig das Feld räumt. Nach h.M. besteht in diesen Fällen i.E. ein (gewohnheitsrechtlich anerkannter) öffentlich-rechtlicher Folgenbeseitigungsanspruch, wenn der Obdachlose anderweitig unterkommen kann (vgl. zu dieser Konstellation die Vertiefungshinweise).

Vertiefungshinweise:

☐ Unfreiwillige Obdachlosigkeit als Gefahr für die öffentliche Sicherheit: *OVG Lüneburg*, NVwZ-RR 2004, 777

☐ Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Zwangseinweisung trotz zivilrechtlichen Räumungstitels: *Ewer/v. Detten*, NJW 1995, 353 [357ff.]

☐ Anspruch des Wohnungseigentümers gegen die Behörde auf Exmittierung eines zwangseingewiesenen Obdachlosen: *OVG Münster*, NVwZ 1991, 905; *VGH Mannheim*, DÖV 1990, 573; NVwZ 1987, 1101; *Götz*, VB1BW 1987, 424; *Maaß*, BayVBl 1987, 520; *Kne-meyer*, JuS 1988, 696; *Schoch*, Jura 1993, 478

Kursprogramm:

☐ *Examenskurs*: "Kein dach über dem Kopf"

1. Teil: Beschluss des OVG Lüneburg vom 14.12.2009 (II ME 316/09)

Leitsatz:

Zur befristeten Wiedereinweisung eines Mieters in die bisherige Wohnung zur Vermeidung von Obdachlosigkeit bei psychischer Erkrankung.

Sachverhalt:

Der 1967 geborene Ast. ist Mieter einer Wohnung im Haus der Beigel. zu 1. In diesem Haus wohnt auch die fast 78-jährige Mutter des Ast. Der Ast. leidet unter einer zwanghaften Persönlichkeitsstörung - einer chronischen psychischen Erkrankung - und befindet sich deswegen seit 1997 in ambulanter Behandlung im Asklepios Fachklinikum in B. Nachdem sich andere Hausbewohner, zu denen auch die Beigel. zu 2 und 3

gehören, bei der Beigel. zu 1 über das Verhalten des Ast. beschwert hatten und Schlichtungsversuche erfolglos geblieben waren, kündigte die Beigel. zu 1 das Mietverhältnis am 19.9.2008 fristlos. Einer Räumungsklage der Beigel. zu 1 gab das AG mit rechtskräftig gewordenem Versäumnisurteil vom 29.12.2008 statt. Nachdem der zuständige Gerichtsvollzieher im Auftrag der Beigel. zu 1 die Räumung der Wohnung des Ast. zum 17.12.2009 angekündigt hatte, hat der Kl. beim AG einen Vollstreckungsschutzantrag nach § 765a III ZPO gestellt. Über diesen ist - soweit ersichtlich - bisher nicht entschieden worden.

Am 20. 3. 2009 hat der Ast. bei der Ag. beantragt, ihn für den Fall einer Zwangsäumung in seine bisherige Wohnung zur Vermeidung von Obdachlosigkeit wieder einzuweisen. Daraufhin teilte ihm die Ag. am 26.3.2009 mit, dass diesem Wunsch nicht entsprochen werden könne, da der Stadt B. (Fachdienst Wohnraumfragen) Unterkünfte in ausreichender Größe und Ausstattung zur Verfügung stünden. Als Alternative zu einer Zuweisung in eine solche Unterkunft stehe es dem Ast. aber auch frei, sich auf dem privaten Wohnungsmarkt nach einer Mietwohnung umzusehen.

Der Ast. hat sodann neben einer Verpflichtungsklage beim VG den Erlass einer einstweiligen Anordnung unter anderem mit dem Ziel der Wiedereinweisung in die bisherige Wohnung im Fall der Obdachlosigkeit beantragt. Das VG lehnte die Anträge auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nach Durchführung eines Erörterungstermins mit Beschluss vom 11.6.2009 ab. Die Beschwerde des Ast. hatte teilweise Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Anordnungsgrund

Ein Anordnungsgrund [...] ergibt sich daraus, dass dem Ast. am 17.12.2009 die Zwangsäumung seiner bisherigen Wohnung droht.

B. Anordnungsanspruch

Nach derzeitigem Erkenntnisstand hat er auf Grund der besonderen Umstände des gegebenen Einzelfalls auch einen Anspruch auf vorläufige Wiedereinweisung für den Zeitraum vom 17. 12. 2009 bis zum 16. 2. 2010, weil anderenfalls sein Grundrecht aus Art. 2 II 1 GG in Verbindung mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip verletzt werden würde. Dahinter müssen die aus dem Eigentumsgrundrecht des Art. 14 I 1 GG folgenden Interessen der Beigel. zu 1 als Vermieterin der Wohnung jedenfalls vorübergehend zurücktreten. Die weitergehende Beschwerde des Ast., die auf eine zeitlich unbeschränkte Wiedereinweisung abzielt, hat dagegen keinen Erfolg.

I. Anspruchsgrundlage: § 11 NSOG

Geht es - wie hier - darum, dass der Mieter zur Ab-

wendung der Obdachlosigkeit wieder in seine bisherige Wohnung eingewiesen werden will, kommt als Anspruchsgrundlage die polizeiliche Generalklausel des § 11 i.V. mit § 2 Nr. 1a NdsSOG in Betracht.

II. Tatbestand

1. Gefahr für die öffentliche Sicherheit

Es ist allgemein anerkannt, dass eine drohende (unfreiwillige) Obdachlosigkeit eine Störung der öffentlichen Sicherheit darstellt (vgl. etwa Senat, DÖV 2004, 963; Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und OrdnungsR, 4. Aufl., S. 177 Rdnr. 84).

2. Ordnungspflicht des Vermieters

An die Zulässigkeit der Wiedereinweisung sind aber wegen des damit verbundenen Eingriffs in das Eigentumsrecht des Hauseigentümers hohe Anforderungen zu stellen (vgl. VGH Mannheim, NJW 1997, 2832; OVG Koblenz, Urt. v. 8. 12. 1992 – 6 A 10998/92; VGH München, NVwZ-RR 1991, 196; Götz, Allgemeines Polizei- und OrdnungsR, 14. Aufl., S. 87ff.; Ruder, Polizei- und ordnungsrechtliche Unterbringung von Obdachlosen, 1999, S. 117ff.). Ihm dürfen keine Aufgaben überbürdet werden, die auf Grund des Sozialstaatsprinzips dem Staat und damit der Allgemeinheit obliegen (vgl. BGH, NJW 2008, 1000).

a. Störer

Sofern - wie hier - die Obdachlosigkeit durch die Kündigung des Vermieters und eine bevorstehende Räumung droht, ist der Vermieter nicht im polizei- und ordnungsrechtlichen Sinne für die Obdachlosigkeit verantwortlich. Unmittelbare Ursache der Obdachlosigkeit kann in solchen Fällen etwa der Mangel einer geeigneten anderen Unterkunft oder die subjektive Unmöglichkeit des Mieters sein, eine solche zu finden.

b. Nichtstörer

Bei der Wiedereinweisung in die bisherige Wohnung handelt es sich um einen Fall der Inanspruchnahme des so genannten Nichtstörers. Die Beigel. zu 1 kann deshalb nur unter den engen Voraussetzungen des so genannten polizeilichen Notstands in Anspruch genommen werden (vgl. § 8 NdsSOG).

III. Rechtsfolge

Der Ag. steht bei ihrer Entscheidung ein Ermessen zu. Eine Ermessensreduzierung auf Null ist im Fall der Inanspruchnahme eines so genannten Nichtstörers nur ausnahmsweise möglich. Gründe für eine derartige Ermessensreduzierung können sich aus der Bedeutung der bedrohten Rechtsgüter, der Intensität der Gefahr, ihrer zeitlichen Nähe und aus den persönlichen Verhältnissen des Betroffenen ergeben. In diesem Zusammenhang sind insbesondere die Wertentscheidungen

des Grundgesetzes, vor allem das Grundrecht des Obdachlosen auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 II 1 GG), zu berücksichtigen (vgl. etwa OVG Koblenz, Urt. v. 8. 12. 1992 – 6 A 10998/92; VGH München, Beschl. v. 24. 9. 1999 – 4 ZS 99.2753).

1. Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit

Da die Wiedereinweisung dessen, der obdachlos zu werden droht, in die bisherige Wohnung dem Vermieter ein Sonderopfer auferlegt, fordert das Prinzip der Verhältnismäßigkeit regelmäßig ihre zeitliche und sachliche Begrenzung. Insbesondere die Dauer der Wiedereinweisung hängt von den Umständen des jeweiligen Einzelfalls ab. Die Praxis der Verwaltungsgerichte ist insoweit uneinheitlich und schwankt zwischen zwei und sechs Monaten (vgl. Götz, S. 88, und Ruder, S. 124ff., jew. m. Nachw.). Nach den Vorgaben des BVerfG (NZM 2005, 657 = NJW 2005, 3414 L = FamRZ 2005, 1972) und des BGH (NJW 2008, 1000) zum Prüfungsumfang beim Räumungsvollstreckungsschutz nach § 765a ZPO verpflichtet das Grundrecht aus Art. 2 II 1 GG zwar die Vollstreckungsgerichte, auch die Wertentscheidungen des Grundgesetzes und die dem Schuldner in der Zwangsvollstreckung gewährleisteten Grundrechte zu berücksichtigen und mit den Interessen des Vollstreckungsgläubigers aus Art. 14 I GG abzuwägen. Diese Abwägung könne aber nur in besonders gelagerten Einzelfällen dazu führen, dass die Vollstreckung für einen längeren Zeitraum und - in absoluten Ausnahmefällen - auf unbestimmte Zeit einzustellen sei.

2. Subsumtion

a. Räumungstitel kein Hindernis

Das Vorliegen eines vollstreckbaren Räumungstitels des Vermieters gegen den Mieter stellt grundsätzlich keinen Hinderungsgrund für die Wiedereinweisung dar, so dass die zuständige Ordnungsbehörde nicht an das entsprechende zivilrechtliche Urteil gebunden ist (krit. Pieroth/Schlink/Kniesel, S. 177f. Rdnr. 85).

b. Güterabwägung

Hiervon ausgehend besteht nach der vorliegend nur möglichen summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage die Gefahr, dass der Ast. im Falle eines Verlusts seiner bisherigen Wohnung Schaden an seiner Gesundheit nehmen könnte. Eine endgültige Entscheidung darüber muss aber, gegebenenfalls nach Einholung eines Sachverständigengutachtens, dem Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben. Da eine derartige Zwangsbelegung einen erheblichen Eingriff in das Eigentumsrecht der Beigel. zu 1 darstellt, hat der Senat die Wiedereinweisung auf zwei Monate befristet [wird ausgeführt].

2. Teil: Beschluss des OVG Greifswald vom 21.7.2009 (3 M 92/09)

Leitsatz:

Im Verfahren nach § 123 VwGO auf Zuweisung einer Notunterkunft ist prognostisch zu beurteilen, wie lange es voraussichtlich dauern wird, bis der unterzubringende Obdachlose bei Ausnutzung aller sich bietenden Möglichkeiten und Hilfen eine geeignete Unterkunft finden wird.

Sachverhalt:

Die Ast. begehrte die Verlängerung ihrer Zuweisung in die Notunterkunft der Ag. Die Ast. bewohnte eine Wohnung in der Sch.-Straße in A. Der Mietvertrag wurde gekündigt. Die Zwangsräumung wurde durchgeführt.

Durch Bescheid vom 24.3.2009 wies die Ag. die Ast. zunächst bis zum 30.3.2009 in die städtische Obdachlosenunterkunft F.-Straße in A. ein und verlängerte dies mehrfach bis zum 14.5.2009. Die Ag. vermittelte der Ast. mehrfach Wohnungsangebote. Nachdem die Mietverhältnisse nicht zu Stande gekommen waren, schrieb die Ag. der Ast. unter dem 14. 5.2009: Die Ast. habe Hilfeangebote und Versuche, sie mit angemessenem Wohnraum zu versorgen, nicht angenommen. In diesem Schreiben würden drei neuerliche Wohnungsangebote beigelegt. Zudem werde eine neuerliche Zuweisung zur Wohnungslosenunterkunft befristet bis zum 31.5.2009 ausgesprochen. Es werde darauf hingewiesen, dass die Ag. der Ast. bei gleichbleibender Sachlage über diesen Termin hinaus keine erneute Einweisung ausstellen werde.

Am 26.5.2009 beantragte die Ast. beim VG die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes. Sie beantragte, der Ag. im Wege der einstweiligen Anordnung aufzugeben, ihr eine erneute Einweisung in die Wohnungslosenunterkunft über den 31.5.2009 hinaus zu gewähren. Diesen Antrag lehnte das VG durch Beschluss vom 27. 5. 2009 ab. Der von der Ast. gestellten Antrag, ihr für ein Beschwerdeverfahren Prozesskostenhilfe zu bewilligen, hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Ast. hat keinen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht (§ 123 III VwGO i.V. mit § 920 II ZPO).

A. Anspruchsgrundlage

Die Beseitigung von Obdachlosigkeit ist eine Aufgabe der Gefahrenabwehr zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Die Gemeinden als untere Ordnungsbehörden sind gehalten, geeignete Räumlichkeiten zur Unterbringung von Obdachlosen zu unterhalten. Eine polizeirechtliche Verfügung, durch die eine Person in eine Unterkunft gewiesen wird, ist gem. § 13 MVSOG nur gerechtfertigt, wenn

eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung besteht.

B. Tatbestand

Eine solche Gefahr liegt vor, wenn eine Sachlage oder ein Verhalten bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein polizeiliches Schutzgut schädigen wird. Eine unfreiwillige Obdachlosigkeit führt zu einer solchen Gefahr. Sie liegt vor, wenn eine Person nicht über eine Unterkunft verfügt, die Schutz vor den Unbilden des Wetters bietet, Raum für die notwendigen Lebensbedürfnisse lässt und insgesamt den Anforderungen an eine menschenwürdige Unterkunft entspricht (VGH Mannheim, NVwZ-RR 1996, 439). In diesem Sinne liegt bei der Ast. eine unfreiwillige Obdachlosigkeit vor. Sie folgt schon daraus, dass die Ast. nicht unter freiem Himmel nächtigen will, sondern ein Obdach von der Ag. begehrt. Dabei bemisst sich die Obdachlosigkeit allein nach objektiven Kriterien, so dass es nicht darauf ankommt, worauf sie zurückzuführen ist und insbesondere nicht darauf, ob die Ast. an ihrem Eintritt ein Verschulden trifft (vgl. VGH Mannheim, NVwZ-RR 1996, 439).

C. Rechtsfolge

I. Vorrangig eigene Störungsbeseitigungspflicht des Obdachlosen

Im Sinne des Polizei- und Ordnungsrechts ist ein unfreiwillig Obdachloser Störer i.S. von § 69 MVSOG. Danach ist diejenige Person verantwortlich, die die Störung oder Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung verursacht. Nach allgemein polizeirechtlichen Grundsätzen ist grundsätzlich der Störer zunächst verpflichtet, die eingetretene Störung zu beseitigen. Dies bedeutet im Falle einer unfreiwilligen Obdachlosigkeit, dass zunächst den Betroffenen die Verpflichtung trifft, seine Obdachlosigkeit zu beseitigen. Er ist daher zunächst selbst verpflichtet, sich intensiv um Unterkunftsmöglichkeiten zu bemühen und erst dann, wenn diese Bemühungen ohne Erfolg bleiben, hat die zuständige untere Ordnungsbehörde einzutreten (vgl. VG Osnabrück, Beschl. v. 7. 3. 2003 – 2 B 17/03).

II. Subsidiäre Störungsbeseitigungspflicht des Staates

Nur solange er die Störung nicht selbst aus eigenen Kräften oder mit Unterstützung staatlicher Stellen beheben kann, sind die Gefahrenabwehr- oder die Ordnungsbehörden zum Einschreiten verpflichtet. Wer zur Vermeidung der Obdachlosigkeit in eine gemeindliche Notunterkunft eingewiesen ist, hat daher keinen Rechtsanspruch darauf, in dieser Unterkunft zu bleiben. Die Notunterkunft dient lediglich der vorübergehenden Unterbringung, um drohende oder bereits ein-

getretene Obdachlosigkeit abzuwenden. Die Gemeinde ist lediglich verpflichtet, nach pflichtgemäßen Ermessen zur Behebung unmittelbarer Gefahren für Leib und Leben des Obdachlosen eine den Mindestanforderungen an eine menschenwürdige Unterkunft genügende vorübergehende Unterbringung zu ermöglichen. Der durch polizeiliches Einschreiten geschaffene Zustand darf aber weder von der Verwaltung noch von dem Betroffenen als Dauerlösung betrachtet werden; die Gewährung und Sicherung einer Unterkunft auf Dauer ist, soweit sich ein Hilfebedürftiger nicht selbst helfen kann und die Hilfe nicht von anderen erhält, grundsätzlich Aufgabe der zuständigen Träger der Leistungen der Grundsicherung, nicht aber der Polizeibehörden (VGH Mannheim, NJW 1993, 1027). [...]

III. Subsumtion

An diesen Voraussetzungen gemessen hat die Ast. keine Gesichtspunkte vorgetragen, die geeignet wären, in einem Beschwerdeverfahren den angefochtenen Beschluss des VG in Frage zu stellen.

1. Kein Anspruch auf dauerhafte Unterbringung in städtischen Einrichtungen

Danach müsste die Ast. glaubhaft machen, dass keine Möglichkeit besteht, anderweitig eine Wohnung zu finden, ohne die Ag. in Anspruch nehmen zu müssen, sei es in Form der begehrten Zuweisung in die Wohnungslosenunterkunft, sei es durch ordnungsrechtliche Zuweisung der Wohnung eines Dritten, was ohnehin nur unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in Betracht käme. Die Ag. hat der Ast. eine Vielzahl an Wohnungen vermittelt, die nach den sich in den Verwaltungsvorgängen befindlichen Unterlagen von der Ast. alsbald hätten bezogen werden können. Dabei ist es Sache der Ast. darzulegen, dass diese Wohnungen, die nicht von vornherein als ungeeignet erscheinen, aus objektiven, rechtlich anzuerkennenden Gründen nicht in Betracht kommen. Die von der Ast. offenbar vertretene Auffassung, die Ag. wäre zu ihrer weiteren Unterbringung verpflichtet, würde bedeuten, dass jeder auf Leistung der Grundsicherung angewiesene Wohnungssuchende von einer Gemeinde solange untergebracht werden müsste, bis er eine ihm genehme Wohnung gefunden hat. Dies ist indes nicht Aufgabe der auf der Grundlage des Sicherheits- und Ordnungsrechts erfolgenden Obdachlosenunterbringung. Aus diesen Grundsätzen folgt im Übrigen, dass es letztlich unerheblich ist, ob die Ast. gute Gründe hatte, ihr in der Vergangenheit angebotene Wohnungen abzulehnen. Die Ag. war nämlich nicht verpflichtet, für die Ast. die Wohnungssuche zu übernehmen oder sie dabei zu unterstützen (so VG München, Beschl. v. 23. 4. 2008 – N 22 S 08.1399). [...]

2. Kein Anspruch auf Zuweisung einer bestimmten (Privat-)Wohnung

Soweit die Ast. zum Ausdruck bringen will, sie habe einen Anspruch auf Zuweisung ihrer früheren Wohnung von der Sch.-Straße, so liegen die Voraussetzungen hierfür nicht vor. Es wäre zu bedenken, dass eine derartige Maßnahme, bei der der Eigentümer der Wohnung als so genannter Notstandstörer in Anspruch genommen wird, nur in Betracht käme, wenn keine andere Möglichkeit besteht, die Gefahr zu beseitigen. Gemäß § 71 I MVSOG kann eine polizeiliche Maßnahme gegen eine andere Person als die Verantwortliche nur getroffen werden, soweit und solange (1) die Verantwortlichen nicht oder nicht rechtzeitig in An-

spruch genommen werden können oder Maßnahmen gegen sie keinen Erfolg versprechen und (2) die Störung oder Gefahr nicht durch die Behörde selbst oder durch einen Beauftragten beseitigt werden kann und (3) die andere Person ohne erhebliche eigene Gefährdung oder Verletzung anderer überwiegender Pflichten in Anspruch genommen werden kann. Diese Voraussetzungen lägen schon deswegen nicht vor, weil die Ast. in der Lage ist, die Störung, die von ihrer Obdachlosigkeit ausgehen würde, selbst zu beseitigen, jedenfalls aber die Behörde selbst, so dass eine Einweisung in eine einem Dritten zu Eigentum stehende Wohnung nicht in Betracht käme.

Standort: Versammlungsrecht

Problem: Vorfeldmaßnahmen

BVERFG, BESCHLUSS VOM 12.05.2010
1 BvR 2636/04 (NVWZ-RR 2010, 625)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall hatte das BVerfG über die Verfassungsmäßigkeit einer versammlungsrechtlichen Auflage zu entscheiden, mit welcher die Polizei die Durchsichtung sämtlicher Versammlungsteilnehmer angeordnet hatte, um Ausschreitungen vorzubeugen.

Das BVerfG macht im Rahmen seiner Entscheidung einige hochinteressante Ausführungen zu versammlungsrechtlich sehr umstrittenen Themen, wobei es den Eindruck erweckt, als sei die Lösung dieser Probleme völlig selbstverständlich:

A. Kernproblem des Falles war, dass die Durchsichtung der Teilnehmer unmittelbar *vor* der geplanten Versammlung stattfinden sollte. Fraglich ist schon, ob solche "Vorfeldmaßnahmen" überhaupt in den Schutzbereich der Versammlungsfreiheit aus Art. 8 I GG fallen. Man könnte sich schließlich auf den Standpunkt stellen: "(Noch) keine Versammlung, (noch) kein Schutz". Das BVerfG hat jedoch schon immer vertreten, dass der freie Zugang zu einer bevorstehenden Versammlung unter Art. 8 I GG fällt (vgl. BVerfGE 84, 203 [209]). Hinderte man die Teilnehmer am Zusammenkommen, würde Art. 8 I GG leer laufen. Dies ist nachvollziehbar.

B. Ebenso nachvollziehbar ist die Konsequenz: Greift eine Maßnahme in Art. 8 I GG ein, bedarf sie zu ihrer Rechtmäßigkeit einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage. Kommentarlos wendet das BVerfG hier § 15 I VersG an, obwohl dieser schon tatbestandlich eine Versammlung voraussetzt, diese aber bei Vorfeldmaßnahmen noch gar nicht existiert. Deshalb ist in Rspr. und Lit. sehr umstritten, ob das VersG bereits Vorfeldmaßnahmen erfasst (vgl. Meßmann, JuS 2007, 524 m.w.N.). Hintergrund: Lehnte man eine Anwendbarkeit des VersG ab, stellte sich das Folgeproblem, ob auf

allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht der Länder zurückgegriffen werden könnte, oder ob dem nicht die "Polizeifestigkeit der Versammlung" entgegen stünde (zu diesem Problem vgl. ausführlich BVerfG, RA 2005, 75 = NVwZ 2005, 80; BVerwGE 82, 34).

C. Sodann prüft das BVerfG, ob von der Versammlung Gefahren i.S.d. § 15 I VersG ausgingen. Dabei macht das Gericht interessante Ausführungen zu den Anforderungen an die Gefahrenprognose (Essenz: Man darf auf Erfahrungen aus der Vergangenheit zurückgreifen, muss aber eine Gesamtschau machen; ferner ist vorrangig gegen gewaltbereite Gegendemonstrationen einzuschreiten, wenn die eigentliche Versammlung friedlich ist).

D. Nachdem eine Gefahr durch die Versammlung verneint wurde, prüft das BVerfG - erneut wie selbstverständlich - ob die Versammlung zumindest als notstandspflichtiger sog. "Nichtstörer" in Anspruch genommen werden darf, bejaht dies wortlos dem Grunde nach, lehnt aber die Voraussetzungen dafür im konkreten Fall ab. Tatsächlich handelt es sich hierbei um ein weiteres, extrem umstrittenes Problem: Das VersG sieht eine Notstandspflicht nämlich im Gegensatz zu den Polizei- und Ordnungsgesetzen der Länder überhaupt nicht vor! Im Gegenteil, § 15 I VersG fordert explizit, dass die Gefahr "unmittelbar" von der Versammlung ausgehen muss. Wo also die Rechtfertigung einer Inanspruchnahme der Versammlung als Nichtstörer unter Geltung des VersG herkommen soll, bleibt vom BVerfG unbeantwortet.

Prüfungsrelevanz:

Spätestens mit dieser Entscheidung hat das BVerfG also anerkannt, dass erstens Vorfeldmaßnahmen in Art. 8 I GG eingreifen können, sie zweitens ihre Ermächtigungsgrundlage in § 15 I VersG finden können und drittens eine Versammlung auch unter Geltung des VersG grundsätzlich als Nichtstörer in Anspruch

genommen werden kann. In einer Klausur dürften diese Punkte aber nicht unerörtert bleiben. Vielmehr bedürfen sie einer ausführlichen Begründung, zumindest die Punkte zu zweitens und drittens sind sogar umstritten (vgl. Vertiefungshinweise).

Vertiefungshinweise:

- Zur Gefahrenprognose im Rahmen von § 15 I VersG: *BVerfGE* 69, 315 [349, 352ff.]; *BVerfG*, *NVwZ* 2008, 671 [672]; *NVwZ* 1998, 834 f.;
- Zulässigkeit sog. Vorfeldmaßnahmen: *BVerfGE* 69, 315 [349]; 84, 203 [209]; *Meßmann*, *JuS* 2007, 524 [527]
- Auflagen zur Abwehr von Gefahren für die Teilnehmer: *VGH Kassel*, *NVwZ-RR* 2010, 597
- Zur Auflösung eines Skinheadkonzerts: *VG Lüneburg*, *RA* 2007, 38 = *NJW* 2006, 3299; *NdsVBl* 2003, 249
- Spaßveranstaltungen sind keine Versammlung: *VG Hamburg*, *RA* 2001, 450; *Deger*, *NJW* 1997, 923; *Wiefelspütz*, *NJW* 2002, 274
- Keine Vermutung von Gefahren bei rechtsgerichteter Versammlung: *BVerfG*, *BayVBl* 2005, 594 = *RA* 2005, 629
- Platzverweise gegen Versammlungsteilnehmer (Polizeifestigkeit der Versammlung): *BVerfG*, *NVwZ* 2005, 80 = *RA* 2005, 75; *OLG Celle*, *NVwZ-RR* 2006, 254 = *RA* 2006, 270

Kursprogramm:

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

Leitsätze (der Redaktion):

- 1. Eine Auflage, nach der Teilnehmer einer Versammlung vor Beginn derselben polizeilich durchsucht werden, stellt einen Eingriff in die Versammlungsfreiheit dar.**
- 2. Auf diese Auflage ist § 15 I VersG als Ermächtigungsgrundlage anwendbar.**
- 3. Zu den Anforderungen an die Gefahrenprognose bei sog. "Vorfeldmaßnahmen".**
- 4. Versammlungen können grundsätzlich auch unter Geltung des Versammlungsgesetzes als polizeiliche Nichtstörer verpflichtet werden.**

Sachverhalt:

Mit seiner Verfassungsbeschwerde wendet sich der Bf. als Veranstalter einer Versammlung gegen verwaltungsgerichtliche Entscheidungen, die eine versammlungsrechtliche Auflage gem. § 15 I VersG zum Gegenstand haben, auf Grund derer die Teilnehmer der Versammlung vor Beginn der Veranstaltung polizeilich

durchsucht werden.

Der Bf. meldete aus Anlass der vom 27. 1. bis zum 17. 3. 2002 in B. gezeigten Ausstellung „Verbrechen der Wehrmacht. Dimensionen des Vernichtungskrieges 1941–1944“ (im Folgenden: Wehrmachtsausstellung) für den 2. 3. 2002 in Bielefeld eine Versammlung unter freiem Himmel mit dem Motto „Die Soldaten der Wehrmacht waren Helden, keine Verbrecher“ an. Mit sofort vollziehbarer Verbotsverfügung vom 18. 2. 2002 verbot das Polizeipräsidium Bielefeld die Versammlung. Die hiergegen vom Bf. angestrebten Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes vor den Verwaltungsgerichten blieben erfolglos (vgl. *VG Minden*, *BeckRS* 2002, 20907; *OVG Münster*, *Beschl. v. 1. 3. 2002 – 5 B 388/02*). Mit Beschluss vom 1. 3. 2002 stellte die 1. Kammer des Ersten Senats des *BVerfG* im Wege der einstweiligen Anordnung die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Bf. gegen die Verbotsverfügung wieder her (vgl. *BVerfG*, *NVwZ* 2002, 982). Mit Bescheid vom 1. 3. 2002 ordnete das Polizeipräsidium B. daraufhin für die Durchführung der Versammlung eine Reihe von Auflagen an, darunter auch die Auflage Nr. 4: "Die Teilnehmer der Versammlung werden vor Beginn der Veranstaltung polizeilich durchsucht". Im Laufe des Verfahrens vor dem *VG* legte der Bf. eidesstattliche Versicherungen von zwei Teilnehmern der einen Monat zuvor am 2. 2. 2002 durchgeführten, ebenfalls gegen die Wehrmachtsausstellung gerichteten Versammlung der *NPD* vor (im Folgenden: Anti-Wehrmachtsausstellungs-Versammlung am 2. 2. 2002). Darin schilderten die zwei Teilnehmer, dass ihnen auf der Versammlung die Aufgabe zugefallen sei, den Lautsprecherwagen gegen eventuelle Übergriffe gewaltsamer Gegendemonstranten zu sichern, insbesondere zu verhindern, dass eventuell Steinwürfe oder sonstige Wurfgeschosse die Fenster beschädigten. Des Weiteren legte der Bf. die eidesstattliche Versicherung eines Teilnehmers einer Versammlung am 1. 9. 2001 in L. vor. Darin schilderte dieser, dass die Versammlung von linken Demonstranten mit Steinen, Flaschen und anderen Gegenständen beworfen worden sei. Nur den Ordnern der Versammlung sei es zu verdanken gewesen, dass die Teilnehmer der Versammlung von einer berechtigten Notwehrreaktion hätten zurückgehalten werden können. Einmal sei eine Polizeikette gegen die Teilnehmer vorgegangen, als sie sich hätten verteidigen wollen. Mit angegriffenem Urteil vom 16. 4. 2003 wies das *VG* – u.a. – die Klage des Bf. auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Auflage Nr. 4 im Auflagenbescheid vom 1. 3. 2002 ab.

Aus den Gründen:

[13]2. Die zulässige Verfassungsbeschwerde ist i.S. des § 93c I 1 *BVerfGG* offensichtlich begründet. Die angegriffenen Entscheidungen verletzen den Bf. in sei-

nem Grundrecht der Versammlungsfreiheit aus Art. 8 I GG.

A. Schutzbereich betroffen

[14] Der Schutzbereich der Versammlungsfreiheit aus Art. 8 I GG ist eröffnet, da die Auflage, dass die Teilnehmer der Versammlung vor Beginn der Veranstaltung polizeilich durchsucht werden, den freien Zugang zu einer bevorstehenden Versammlung betrifft. Der gesamte Vorgang des Sich-Versammelns unterfällt dem Schutz des Art. 8 I GG (vgl. BVerfGE 84, 203 [209]).

B. Eingriff

[15] Die Auflage bedeutet auch einen Eingriff in die Versammlungsfreiheit. Ein Eingriff ist nicht nur dann gegeben, wenn eine Versammlung verboten oder aufgelöst wird, sondern auch, wenn die Art und Weise ihrer Durchführung durch staatliche Maßnahmen beschränkt wird (vgl. BVerfGE 69, 315 [349] = NJW 1985, 2395). Die Auflage, dass die Teilnehmer einer Versammlung vor Beginn der Veranstaltung polizeilich durchsucht werden, behindert den freien Zugang zu der Versammlung. Eine polizeiliche Durchsuchung ist – zumal wenn sie pauschal jeden Versammlungsteilnehmer erfasst – geeignet, einschüchternde, diskriminierende Wirkung zu entfalten, die Teilnehmer in den Augen der Öffentlichkeit als möglicherweise gefährlich erscheinen zu lassen und damit potenzielle Versammlungsteilnehmer von einer Teilnahme abzuhalten.

C. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

[16] Beschränkungen der Versammlungsfreiheit bedürfen gem. Art. 8 II GG zu ihrer Rechtfertigung einer gesetzlichen Grundlage.

I. Schranke

Im vorliegenden Fall wurde die Auflage auf § 15 I VersG gestützt.

[17] Diese Norm sieht mit Rücksicht auf die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Versammlungsfreiheit Einschränkungen gegenüber Versammlungen nur für den Fall vor, dass die öffentliche Sicherheit oder Ordnung nach den zur Zeit des Erlasses der Verfügung erkennbaren Umständen bei Durchführung der Versammlung oder des Aufzugs unmittelbar gefährdet ist.

II. Verfassungskonforme Anwendung der Schranke

Unter Berücksichtigung der Bedeutung der Versammlungsfreiheit darf die Behörde auch bei dem Erlass von Auflagen keine zu geringen Anforderungen an die Gefahrenprognose stellen.

1. Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Gefahrenprognose

Als Grundlage der Gefahrenprognose sind konkrete

und nachvollziehbare tatsächliche Anhaltspunkte erforderlich; bloße Verdachtsmomente oder Vermutungen reichen hierzu nicht aus (vgl. BVerfG, NVwZ 1998, 834f.; NVwZ 2008, 671f.). Für die Gefahrenprognose können Ereignisse im Zusammenhang mit früheren Versammlungen als Indizien herangezogen werden, soweit sie bezüglich des Mottos, des Ortes, des Datums sowie des Teilnehmer- und Organisationskreises Ähnlichkeiten zu der geplanten Versammlung aufweisen (vgl. BVerfG, NJW 2010, 141).

[18] Wenn sich der Veranstalter und sein Anhang allerdings friedlich verhalten und Störungen der öffentlichen Sicherheit, insbesondere Gewalttaten, lediglich von Gegendemonstrationen ausgehen, müssen sich behördliche Maßnahmen primär gegen die störenden Gegendemonstrationen richten. Es ist Aufgabe der zum Schutz der rechtsstaatlichen Ordnung berufenen Polizei, in unparteiischer Weise auf die Verwirklichung des Versammlungsrechts hinzuwirken. Gegen die friedliche Versammlung, die den Anlass für die Gegendemonstration bildet, darf nur unter den besonderen Voraussetzungen des polizeilichen Notstandes eingeschritten werden (vgl. BVerfGE 69, 315 [360f.] = NJW 1985, 2395; BVerfG, NVwZ 2000, 1406f.).

[19] Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen von Gründen für ein Verbot oder eine Auflage liegt bei der Behörde (vgl. BVerfG, NJW 2001, 2078f. = NVwZ 2001, 907 L; NJW 2010, 141f.).

2. Subsumtion

[20] Zwar sind die Feststellung der Tatsachen, auf die sich die Gefahrenprognose gründet, sowie die Würdigung dieser Tatsachen grundsätzlich Sache der Fachgerichte und entziehen sich einer Kontrolle des BVerfG. Dieses hat allerdings zu überprüfen, ob bei der Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts der Einfluss der Versammlungsfreiheit hinreichend beachtet worden ist. Eine solche Prüfung verlangt eine intensivierte Kontrolle, ob die von den Fachgerichten getroffenen tatsächlichen Feststellungen die daraus gezogenen Schlussfolgerungen zu tragen vermögen (vgl. BVerfGE 84, 203 [210] = NJW 1991, 2694).

[21] Diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen für die Gefahrenprognose im Rahmen von § 15 I VersG wird die angegriffene Entscheidung des VG nicht gerecht.

a. Versammlung als Störerin

[22] Die von dem VG herangezogenen Umstände sind nicht geeignet, eine von der Versammlung selbst ausgehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit nahezulegen, die den Erlass einer gegenüber der Versammlung belastenden Auflage hätte rechtfertigen können.

[23] Zwar durfte das VG grundsätzlich den Verlauf der Anti-Wehrmachtsausstellungs-Versammlung am 2. 2. 2002 als Indiz heranziehen, da sie wegen der Zielrich-

tung, hier der Propagierung einer bestimmten Interpretation der jüngeren deutschen Geschichte, des Ortes und der zeitlichen Nähe Ähnlichkeiten zu der von dem Bf. veranstalteten Versammlung aufwies. Die zwei Teilnehmer dieser Versammlung haben in ihren von dem VG angeführten eidesstattlichen Versicherungen indes lediglich organisatorische Vorsichtsmaßnahmen auf Veranstalterseite gegen eventuelle Übergriffe gewaltbereiter linker Gegendemonstranten beschrieben. Diese Aussagen privater Personen zu ihrerseits lediglich verdachtsgeleiteten Handlungen stellen keine nachvollziehbaren tatsächlichen Anhaltspunkte dar, wie sie für eine Gefahrenprognose im Rahmen des § 15 I VersG erforderlich sind. Vor allem lässt sich dieser Aussage nicht ansatzweise entnehmen, dass sich die Teilnehmer der Versammlung bei dieser Gelegenheit nicht rechtstreu verhalten haben.

[24] Dagegen hat das VG keine tatsächlichen Feststellungen zu der Frage getroffen, ob und inwieweit die Versammlung am 1. 9. 2001 in L. Ähnlichkeiten zu der von dem Bf. veranstalteten Versammlung aufwies und daher im Rahmen der Gefahrenprognose als Indiz herangezogen werden durfte. Außerdem hat der Teilnehmer der Versammlung in seiner von dem VG angeführten eidesstattlichen Versicherung lediglich Übergriffe gewalttätiger linker Gegendemonstranten beschrieben. Nach seiner Darstellung haben hauptsächlich die Ordner, in einem Fall die Einsatzkräfte der Polizei, die solchermaßen provozierten Teilnehmer der Versammlung erfolgreich im Zaum gehalten. Anhaltspunkte dafür, dass die Teilnehmer der von dem Bf. veranstalteten Versammlung aus eigenem Antrieb die gewalttätige Auseinandersetzung mit den linken Gegendemonstranten gesucht hätten, ergeben sich aus dieser Aussage nicht.

[25] Auch soweit das VG bei seiner Gefahrenprognose auf die Größe des zu erwartenden Teilnehmerkreises der von dem Bf. veranstalteten Versammlung abgestellt hat, trägt dieser Umstand die Auflage nicht. Denn allein aus der Größe einer Versammlung kann nicht auf die Gewaltbereitschaft der Teilnehmer geschlossen werden.

[26] Insgesamt scheint die Gefahrenprognose des VG allein auf der – nicht ausgesprochenen – Vermutung zu gründen, die Teilnehmer der vom Bf. veranstalteten Versammlung könnten durch frühere Störungen von gewalttätigen linken Gegendemonstranten gereizt nunmehr zum Präventivschlag ausholen. Bloße Verdachtsmomente oder Vermutungen ohne hinreichende kon-

krete Tatsachengrundlage reichen jedoch, wie dargelegt, für die Gefahrenprognose im Rahmen des § 15 I VersG nicht aus. Der Umstand, dass bei der von dem Bf. veranstalteten Versammlung Störungen der öffentlichen Sicherheit durch gewaltbereite linke Gegendemonstranten zu befürchten waren, hätte den zuständigen Behörden Anlass sein müssen, zuvörderst gegen die angekündigten Gegendemonstrationen Maßnahmen zu ergreifen. Das durch gewaltbereite Gegendemonstranten drohende Gefahrenpotenzial ist der von dem Bf. veranstalteten Versammlung nicht zurechenbar.

b. Versammlung als Notstandspflichtige

[27] Als Nichtstörerin hätte die vom Bf. veranstaltete Versammlung daher nur im Wege des polizeilichen Notstandes in Anspruch genommen werden können.

[28] Im Hinblick auf die besonderen Voraussetzungen des polizeilichen Notstandes sind der angegriffenen Entscheidung des VG indessen weder die erforderlichen tatsächlichen Feststellungen noch Ansätze für deren notwendige rechtliche Würdigung zu entnehmen. Zwar dürfen die diesbezüglichen Anforderungen an Durchsuchungen, die letztlich nur der Ermöglichung einer friedlichen Wahrnehmung der Versammlungsfreiheit dienen, in Situationen, die insgesamt durch drohende Gewalt geprägt sind, nicht zu hoch angesetzt werden. Jedoch bedarf es insoweit zumindest der Darlegung, dass ein Schutz vor Gefahren für die öffentliche Sicherheit primär durch Maßnahmen gegenüber den Störern ins Werk gesetzt wird und dass er auf diese Weise aber nur unzureichend gewährleistet werden kann. Hieran fehlt es indes.

So fehlen insbesondere Ausführungen dazu, dass und inwieweit gegen die angekündigten Gegendemonstrationen gerichtete, behördliche Maßnahmen nicht ausgereicht haben, der gewaltbereiten Gegendemonstranten Herr zu werden und so der Gefahr einer etwaigen gewalttätigen Eskalation zu begegnen. Feststellungen hierzu hat das VG nicht getroffen. Unter dem Gesichtspunkt der Eskalation fehlt es weiterhin an konkreten und nachvollziehbaren tatsächlichen Anhaltspunkten für die Annahme, dass die Teilnehmer der von dem Bf. veranstalteten Versammlung überhaupt unter Rückgriff auf mitgebrachte Gegenstände zur Schutz- und Trutzwehr übergehen würden.

[29] Der angegriffene Beschluss des OVG teilt den festgestellten Mangel des verwaltungsgerichtlichen Urteils. Das OVG hat sich die Gründe des VG ausdrücklich gem. § 122 II 3 VwGO zu Eigen gemacht. [...]

*Zivilrecht***Standort: Gesellschaftsrecht****Problem: Fehlerhafte Gesellschaft**

BGH, URTEIL VOM 01.06.2010
XI ZR 389/09 (WM 2010, 1218)

Problemdarstellung:

Die Bekl. unterhielt bei der klagenden Bank ein Investmentdepot. Am 20.12.2000 erteilten die Bekl. und deren Schwester ihrem Vater eine Generalvollmacht. Diese schränkten sie mit Schreiben vom 05.09.2003 gegen dem Vater daraufhin ein, von der Vollmacht nur noch nach Absprache mit ihnen Gebrauch zu machen. Der Vater errichtete am 22.09.2003 unter Ausnutzung der Generalvollmacht zwei BGB-Gesellschaften, deren Mitglieder er selbst, die Bekl. und ihre Schwester waren und deren einziger vertretungsberechtigter Geschäftsführer für die Dauer von 20 Jahren unwiderruflich er war. Nach diesem Vertrag sollte die Bekl. in eine der Gesellschaften (GbR) insbesondere ihre Depots und Konten bei der Kl. und bei der Volksbank einbringen. Ende September 2003 wurde nach Vorlage des Gesellschaftsvertrages durch den Vater der Bekl. ein bis dahin auf den Namen der Bekl. lautendes Depot bei der Volksbank auf die GbR umgestellt.

Am 02.10.2003 erteilte der Vater der Bekl. in ihrem Namen der Kl. unter anderem den Auftrag, 123 Investmentanteile eines bestimmten Fonds von dem Depot der Bekl. auf das auf die GbR umgestellte Depot bei der Volksbank zu übertragen. Mit Schreiben vom 24.10.2003 widerriefen die Bekl. und ihre Schwester die Generalvollmacht gegenüber ihrem Vater und teilten dies der Volksbank am 27.10.2003 mit. Den Auftrag des Vaters vom 02.10.2003 führte die Kl. am 31.10.2003 aus. Am 03.11.2003 übertrug die Kl. versehentlich noch einmal 123 Investmentanteile desselben Fonds auf das Depot bei der Volksbank. Alle 246 Investmentanteile wurden am 01.12.2003 für 10.280,34 € veräußert; der Erlös wurde auf ein vormals für die Bekl. geführtes, inzwischen ebenfalls auf die GbR umgestelltes Verrechnungskonto bei der Volksbank gutgeschrieben.

Mit der Klage verlangt die Kl. von der Bekl. wegen der versehentlichen Doppelausführung des Auftrags die Zahlung von 5.140,17 € nebst Zinsen.

Prüfungsrelevanz:

Der BGH offeriert eine anspruchsvolle Entscheidung, die aufgrund der Verquickung von Gesellschafts- und

Bereicherungsrecht als äußerst examensrelevant einzustufen ist. Im Einzelnen:

I. Ein Rückforderungsanspruch der klagenden Bank gegen die Bekl. als Gesellschafterin der GbR könnte sich aus § 812 I 1 2. Fall, 818 II BGB i.V.m. § 128 HGB analog ergeben. Voraussetzung für die analoge Anwendbarkeit des § 128 HGB ist jedoch, dass eine wirksame GbR errichtet worden ist. Dies war hier zu verneinen, da der Vater die GbR nach dem Schreiben der Bekl. vom 05.09.2003 ohne Absprache mit der Bekl. gegründet und damit die für das Innenverhältnis ausgesprochene Bindung unberücksichtigt gelassen hat. Das Schreiben alleine beschränkt zwar nicht die Vertretungsmacht des Vaters im Außenverhältnis. Doch handelt es sich um ein Insichgeschäft gem. § 181 BGB, wenn der Vater unter Missachtung des Schreibens mit der von ihm vertretenen Bekl. (und der Schwester) auf der einen Seite und ihm selbst auf der anderen Seite einen Gesellschaftsvertrag schließt. Dies stellt einen Missbrauch der Vertretungsmacht dar, der gem. § 138 I BGB sittenwidrig und nichtig ist (vgl. *BGH*, WM 1988, 1380 [1381]; WM 2000, 2313 [1314]; WM 2002, 756 f.). Ist die Gesellschaftsvereinbarung unwirksam, kommt regelmäßig eine Gesellschaft auf fehlerhafter Grundlage in Betracht (Voraussetzungen: 1. [fehlerhafte] Gesellschaftsvereinbarung; 2. Invollzugsetzung der Gesellschaft; 3. Kein Ausschluss wegen entgegenstehender Interessen Einzelner bzw. der Allgemeinheit). Dies setzt aber voraus, dass die fehlerhafte Gesellschaft vom Willen der Vertragsschließenden getragen ist - insofern ist das Vorliegen von (wenn auch fehlerhaften) Willenserklärungen erforderlich, die auf den Abschluss eines Gesellschaftsvertrages gerichtet sind. Ein solche Willenserklärung fehlt, wenn ein Mitgesellschafter die ihm erteilte Vollmacht überschreitet (so schon *BGH*, WM 1962, 1353 [1354]; WM 1988, 414 [416 f.]; WM 1992, 490 [492]). Dies war hier der Fall, da der Vater die Gesellschaft ohne Berücksichtigung des Schreibens der Bekl. vom 05.09.2003 errichtet hatte. Aus den gleichen Gründen war auch ein vom Willen der Beteiligten getragener Vollzug der Gesellschaft zu verneinen.

II. Auch eine Inanspruchnahme der Bekl. als Gesellschafterin einer Scheingesellschaft kam nicht in Betracht (siehe unten Rn. 24 ff. des Urteils).

III. Schließlich scheiterte auch ein Kondiktionsanspruch der Kl. gegen die Bekl. aus § 812 I 1 1. Fall

BGB, da keine Leistung der Kl. vorlag.

Die Leistungsbeziehung war hier anhand der vorliegenden Anweisungskonstellation zu beurteilen: Die Bekl. (Anweisende) hatte - vertreten durch ihren Vater - die klagende Bank (Angewiesene) veranlasst, dem Konto der GbR (Anweisungsempfängerin) Investmentanteile gutschreiben.

Ist die Anweisung von Anfang an unwirksam und dem Anweisenden auch nicht zurechenbar, kann der Angewiesene - entgegen des Grundsatzes der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung in der jeweiligen Leistungsbeziehung (vgl. nur BGHZ 176, 234 m.w.N.) - direkt vom Anweisungsempfänger gem. § 812 I 1 2. Fall BGB kondizieren. Denn dieser ist in sonstiger Weise auf Kosten des Angewiesenen bereichert. Ist die von der Bank (als Angewiesene) vorgenommenen Buchung fehlerhaft, aber aufgrund einer dem Anweisenden zurechenbaren Weisung (bei Widerruf der Überweisung, Kündigung des Dauerauftrags etc.) erfolgt, ist ein Kondiktionsanspruch der Bank nur gegen den Anweisenden denkbar. Denn der Fehler wurzelt im Deckungsverhältnis zwischen Angewiesenen und Anweisenden und ist auch dort zu bereinigen (zuletzt BGHZ 176, 234).

Vorliegend kam es also darauf an, ob die irrtümliche Doppelüberweisung auf eine der Bekl. (als Anweisende) zurechenbare Weisung erfolgte. Dies war jedoch nicht der Fall, da der Fehler allein aus der Sphäre der Kl. resultierte (vgl. auch BGHZ 72, 9 [12]; KG, NJW-RR 1992, 816; MünchKommBGB/Schwab, § 812 Rn. 88; Palandt/Sprau, § 812 Rn. 107). Mangels zurechenbarer Anweisung, lag nach den o.g. Grundsätzen keine Leistungsbeziehung zwischen der Kl. und der Bekl. vor.

Vertiefungshinweise:

- Die fehlerhafte Gesellschaft in der Fallbearbeitung: *Wünsche*, JuS 2009, 980; *Oechsler*, NJW 2008, 2471
- Zu den sog. "Anweisungsfällen": *BGH*, NJW-RR 2010, 858; *OLG Frankfurt*, Urt. v. 09.09.2009, 9 U 20/08; *BGH*, WM 2006, 2274; *BGH*, NJW 2004, 1315; *BGH*, NJW 2002, 2871

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Geschäft mit der Lust"
- Examenskurs*: "Der Heimatfilm"

Leitsätze (Leitsatz 1 der Redaktion):

1. Zur Annahme einer fehlerhaften Gesellschaft ist das Vorliegen von - wenn auch fehlerhaften - auf den Abschluss eines Gesellschaftsvertrages gerichteten Willenserklärungen zwischen den Beteiligten erforderlich; ist der mangelhafte Gesellschaftsvertrag dagegen nicht vom Willen der Vertragsschlie-

ßenden getragen, handelt es sich um eine Scheingesellschaft, auf die die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft nicht anwendbar sind.

2. Zur Rechtsscheinhaltung des vermeintlichen Gesellschafters einer mit Hilfe einer von ihm erteilten Generalvollmacht errichteten Scheingesellschaft bürgerlichen Rechts.

3. Eine Bank, die eine Anweisung versehentlich doppelt ausführt, erwirbt damit keinen Bereicherungsanspruch gegen den Anweisenden, sondern kann die irrtümliche Zuwendung nur von dem Anweisungsempfänger im Wege der Nichtleistungskondition (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB) herausverlangen (im Anschluss und in Ergänzung zu BGHZ 176, 234).

Sachverhalt:

Die Klägerin, eine Bank, begehrt von der Beklagten die Herausgabe des Erlöses aus der Veräußerung von Investmentanteilen, welche die Klägerin versehentlich auf ein Depot-Konto bei einer anderen Bank übertragen hat, dessen Inhaberin vormals die Beklagte und zum Zeitpunkt der Wertpapierübertragung eine BGB-Gesellschaft war.

Die Beklagte unterhielt bei der Klägerin ein Investmentdepot. Am 20. Dezember 2000 erteilte die Beklagte ihrem Vater eine Generalvollmacht. Dieser errichtete am 22. September 2003 unter Ausnutzung der Generalvollmacht der Beklagten und einer ihm auch von der Schwester der Beklagten erteilten Generalvollmacht zwei BGB-Gesellschaften, deren Mitglieder er selbst, die Beklagte und ihre Schwester waren und deren einziger vertretungsberechtigter Geschäftsführer für die Dauer von 20 Jahren unwiderruflich er war. Nach diesem Vertrag sollte die Beklagte in eine der Gesellschaften (im Folgenden: GbR) ihren im Einzelnen aufgelisteten Grundbesitz und ihre sämtlichen weiteren Vermögensrechte, insbesondere ihre Depots und Konten bei der Klägerin und bei der Volksbank E. (im Folgenden: Volksbank) einbringen. Ende September 2003 wurde nach Vorlage des Gesellschaftsvertrages durch den Vater der Beklagten ein bis dahin auf den Namen der Beklagten lautendes Depot bei der Volksbank auf die GbR umgestellt.

Am 2. Oktober 2003 erteilte der Vater der Beklagten in ihrem Namen der Klägerin unter anderem den Auftrag, 123 Investmentanteile eines bestimmten Fonds von dem Depot der Beklagten auf das auf die GbR umgestellte Depot bei der Volksbank zu übertragen. Diesen Auftrag führte die Klägerin am 31. Oktober 2003 aus. Am 3. November 2003 übertrug die Klägerin versehentlich noch einmal 123 Investmentanteile desselben Fonds auf das Depot bei der Volksbank.

Alle 246 Investmentanteile wurden am 1. Dezember 2003 für 10.280,34 € veräußert; der Erlös wurde auf ein vormals für die Beklagte geführtes, inzwischen

ebenfalls auf die GbR umgestelltes Verrechnungskonto bei der Volksbank gutgeschrieben.

Mit der Klage verlangt die Klägerin von der Beklagten wegen der versehentlichen Doppelausführung des Auftrags die Zahlung von 5.140,17 € nebst Zinsen. Die Beklagte verteidigt sich unter anderem damit, dass - wie sie behauptet - sie und ihre Schwester ihren Vater bereits mit Schreiben vom 5. September 2003 angewiesen hätten, von der Generalvollmacht nur noch nach Abstimmung mit ihnen im Innenverhältnis Gebrauch zu machen. Von der Errichtung der GbR habe sie ebenso wenig Kenntnis gehabt wie von dem Auftrag zur Übertragung der Investmentanteile. Mit Schreiben vom 24. Oktober 2003 hätten sie und ihre Schwester die Generalvollmacht gegenüber ihrem Vater widerrufen; dies hätten sie und ihre Schwester mit Schreiben vom 27. Oktober 2003 auch der Volksbank mitgeteilt.

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet; sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

A. Ausführungen des Berufungsgerichts

[7] Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung (OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 3. Dezember 2008 - 4 U 142/08, juris) im Wesentlichen ausgeführt:

[8] Der Klägerin stehe ein Anspruch auf Wertersatz für die 123 Investmentanteile aus Nichtleistungskondiktion gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2, § 818 Abs. 2 BGB i.V.m. § 128 HGB analog zu. Die GbR sei zwar nach dem Vorbringen der Beklagten nicht wirksam errichtet worden, weil ihr Vater aufgrund des Schreibens vom 5. September 2003 keine Vertretungsmacht gehabt habe. Die GbR sei jedoch nach den Regeln der fehlerhaften Gesellschaft als bestehend zu behandeln. Die Beklagte habe durch die Erteilung der Generalvollmacht einen ihr nach § 172 BGB zurechenbaren Rechtsschein für eine Willenserklärung zum Abschluss des Gesellschaftsvertrages gesetzt; diese Erklärung sei von ihrem Vater beim Invollzugsetzen der GbR gegenüber Dritten gebraucht worden. Dies rechtfertige es, trotz Fehlens einer natürlichen Willenseinigung die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft zu Lasten der Beklagten anzuwenden. Die Beklagte habe durch die Generalvollmacht das Auftreten einer Scheingesellschaft ermöglicht und müsse sich deshalb wie ein Mitglied einer solchen Gesellschaft behandeln lassen.

[9] Die GbR habe die Investmentanteile in sonstiger

Weise von der Klägerin erlangt. Die Übertragung der zweiten 123 Investmentanteile am 3. November 2003 stelle sich aus Sicht der GbR nicht als eine Leistung der Beklagten auf die im Gesellschaftsvertrag übernommene Einlagenschuld dar, sondern als eine irrtümliche - der Beklagten nicht zurechenbare - Zuwendung der Klägerin.

B. Entscheidung des BGH

[11] Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung nicht in allen Punkten stand. Mit der gegebenen Begründung hätte das Berufungsgericht einen Anspruch der Klägerin auf Wertersatz der Investmentanteile aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2, § 818 Abs. 2 BGB i.V.m. § 128 HGB analog nicht annehmen dürfen.

I. Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft nicht anwendbar

[11] Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann nach dem für das Revisionsverfahren maßgeblichen Sachverhalt die Klägerin die Beklagte nicht entsprechend § 128 HGB für die Verbindlichkeiten der GbR nach den Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft in Anspruch nehmen. Diese Grundsätze sind danach nicht anwendbar.

1. GbR nicht fehlerfrei gegründet

[12] Das Berufungsgericht ist allerdings im Ergebnis zutreffend davon ausgegangen, dass die GbR nicht fehlerfrei gegründet wurde.

[13] Der Vater der Beklagten handelte bei der Errichtung der GbR ohne Vertretungsmacht, wenn auch nicht - wie das Berufungsgericht angenommen hat - wegen eines Teilwiderrufs der Generalvollmacht aufgrund des Schreibens der Beklagten vom 5. September 2003, dessen Kenntnisnahme durch den Vater das Berufungsgericht auf der Grundlage des Beklagtenvorbringens unterstellt hat. Vielmehr missbrauchte er die Vertretungsmacht, indem er die mit diesem Schreiben ausgesprochene Bindung aus dem Innenverhältnis, nicht ohne vorherige Zustimmung der Beklagten von ihr Gebrauch zu machen, unbeachtet ließ. Es ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass Vereinbarungen, die Ange stellte, Bevollmächtigte oder sonstige Vertreter einer Partei im Einverständnis mit dem Vertragsgegner hinter dem Rücken des Geschäftsherrn und zu dessen Nachteil treffen, gegen die guten Sitten verstoßen und nichtig sind (vgl. BGH, Urteile vom 17. Mai 1988 - VI ZR 233/87, WM 1988, 1380, 1381, vom 14. Juni 2000 - VIII ZR 218/99, WM 2000, 2313, 2314 und vom 25. Februar 2002 - II ZR 374/00, WM 2002, 756 f.). Da die Gesellschaftsgründung ein Insichgeschäft des Vaters der Beklagten war und der Missbrauch der Vertretungsmacht ihm - und damit allen Beteiligten - bekannt war, ist der Gesell-

schaftsvertrag nach § 138 BGB nichtig.

[14] Mit Erfolg rügt die Revision insoweit auch, dass das Berufungsgericht das Vorbringen der Beklagten unbeachtet gelassen hat, ihr Vater habe die Generalvollmacht bei der Errichtung der GbR auch aufgrund der Gestaltung des Gesellschaftsvertrags missbraucht.

[15] Nach § 4 des Gesellschaftsvertrages sollte die Beklagte ihren näher bezeichneten Grundbesitz und "sämtliche weiteren Vermögenswerte" in die zum 18. Dezember 2022 kündbare - GbR einbringen, wobei ihr Anteil an der GbR 99% betragen sollte. Nach § 6 des GbR-Vertrags sollte die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis ausschließlich von ihrem Vater ausgeübt werden und dessen Abberufung - außer bei Vorliegen eines wichtigen Grundes - bis zum 18. Dezember 2022 ausgeschlossen sein.

[16] Aufgrund dieser Vertragsgestaltung liegt ein Missbrauch der Generalvollmacht nahe, weil der - unwiderrufliche - Entzug der Verfügungsbefugnis über ihr offenbar gesamtes Vermögen auf die Dauer von 20 Jahren eine Verletzung der vermögenswerten Interessen der Beklagten darstellen könnte (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 25. Februar 2002 - II ZR 374/00, WM 2002, 756 f.). Dass die Beklagte an der GbR zu 99% beteiligt sein und ihr damit das in die GbR eingebrachte Vermögen wirtschaftlich weiterhin gehören sollte, ist insoweit unerheblich. Maßgeblich ist allein, dass ihr die Verfügungsbefugnis über ihr Vermögen für einen langen Zeitraum entzogen und sie dadurch in ihrer Vertragsfreiheit zu stark eingeschränkt wurde. Zudem umging ihr Vater damit zugleich den für eine Generalvollmacht anerkannten Grundsatz der Befugnis des Vollmachtgebers zum jederzeitigen Widerruf (vgl. BGH, Urteil vom 26. Februar 1988 - V ZR 231/86, WM 1988, 714, 715; MünchKommBGB/Schramm, 5. Aufl., § 168 Rn. 26; Palandt/Ellenberger, BGB, 69. Aufl., § 168 Rn. 6; Staudinger/Schilken, BGB (2009), § 168 Rn. 9 m.w.N.).

[17] Allerdings lässt sich allein aufgrund der Gestaltung des GbR-Vertrags ein Vollmachtsmissbrauch nicht abschließend bejahen. Hierzu bedarf es vielmehr einer genaueren tatsächlichen Feststellung, die - gegebenenfalls nachdem die Parteien Gelegenheit zu ergänzendem Sachvortrag hatten - dem Tatrichter obliegt. Bei der Prüfung eines Vollmachtsmissbrauchs sind alle Umstände des Einzelfalls in Betracht zu ziehen. So wird unter anderem aufzuklären sein, ob - wie dies die Formulierungen im Gesellschaftsvertrag nahe legen - tatsächlich das gesamte Vermögen der Beklagten in die GbR eingebracht werden sollte. Ferner könnte auch von Bedeutung sein, ob der Vater der Beklagten aufgrund der von ihr behaupteten familiären Zwistigkeiten - aus seiner Sicht - einen Widerruf der Generalvollmacht befürchten musste und dem durch die Errichtung der GbR Vorschub leisten wollte, oder ob er damit andere Ziele verfolgte.

[18] Im Falle des Vollmachtsmissbrauchs auch unter diesem Gesichtspunkt wären die im Namen der Beklagten abgegebene Willenserklärung zur Errichtung der GbR ebenfalls unwirksam (vgl. BGH, Urteil vom 25. Februar 2002 - II ZR 374/00, WM 2002, 756 f.) und - wie oben unter II 1 a aa dargelegt - der Gesellschaftsvertrag nach § 138 BGB nichtig.

2. Dennoch keine "fehlerhafte Gesellschaft"

[19] Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist - nach dem Vorbringen der Beklagten - eine Gesellschaft auf fehlerhafter Grundlage nicht entstanden.

[20] Eine fehlerhafte Gesellschaft setzt wie jede Gesellschaft einen Gesellschaftsvertrag voraus. Es genügt zwar bei ihr das Vorliegen eines mangelhaften Vertrages. Dieser muss aber von dem tatsächlichen, wenn auch rechtlich fehlerhaften Willen der Vertragsschließenden getragen sein. Grundlegende Voraussetzung für die Annahme einer fehlerhaften Gesellschaft ist mithin das Vorliegen von - wenn auch fehlerhaften - auf den Abschluss eines Gesellschaftsvertrages gerichteten Willenserklärungen zwischen den Beteiligten (vgl. BGH, Urteil vom 14. Oktober 1991 - II ZR 212/90, WM 1992, 490, 491 f. m.w.N.). Ein rechtsgeschäftliches Handeln der Gesellschafter fehlt, wenn ein Mitgesellschafter die ihm erteilte Vollmacht überschreitet (vgl. BGH, Urteile vom 18. Oktober 1962 - IIZR 12/61, WM 1962, 1353, 1354, vom 12. Oktober 1987 - IIZR 251/86, WM 1988, 414, 416 f. und vom 14. Oktober 1991 - II ZR 212/90, WM 1992, 490, 492). Etwas anderes gilt nur, wenn die übrigen Gesellschafter die Erklärung für wirksam gehalten haben, weil sie etwa davon ausgegangen sind, der Mitgesellschafter sei wirksam vertreten worden und seine Zustimmung liege vor (vgl. BGH, Urteile vom 12. Oktober 1987 - II ZR 251/86, WM 1988, 414, 416 f. und vom 14. Oktober 1991 - II ZR 212/90, WM 1992, 490, 492), oder wenn der Vertreter zwar ohne Vollmacht gehandelt hat, der Abschluss des Gesellschaftsvertrages aber vom Auftrag des Gesellschafters umfasst war und damit auf seinen Willen zurückzuführen ist (vgl. BGHZ 153, 214, 221 f.; BGH, Urteil vom 21. März 2005 - II ZR 310/03, NJW 2005, 1784, 1786).

[21] Nach diesen Maßgaben ist hier mangels übereinstimmender Willenserklärungen keine Gesellschaft auf fehlerhafter Grundlage entstanden. Der Vater der Beklagten hat das Schreiben der Beklagten vom 5. September 2003, in dem sie die Generalvollmacht unter einen Zustimmungsvorbehalt gestellt hat, unbeachtet gelassen und/oder die Generalvollmacht im Hinblick auf die von ihm gewählte Vertragskonstruktion missbraucht. Aufgrund dessen hat er die GbR eigenmächtig errichtet und dabei in einem Insichgeschäft gehandelt, ohne dass dies von einem entsprechenden Willen der Beklagten getragen war. Aus denselben Gründen fehlt es auch an einem vom Willen aller Ge-

sellschafter getragenen Vollzug des Gesellschaftsvertrages. Vielmehr handelt es sich bei der GbR um eine sogenannte Scheingesellschaft, auf die die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft nicht anwendbar sind.

II. Auch keine Inanspruchnahme der Bekl. als Gesellschafterin einer Scheingesellschaft

[22] Die Revision wendet sich auch mit Erfolg gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte habe durch die Erteilung der Generalvollmacht das Auftreten einer Scheingesellschaft ermöglicht und müsse sich deshalb wie ein Mitglied einer solchen Gesellschaft behandeln lassen.

1. Voraussetzungen der Scheingesellschaft

[23] Eine Rechtsscheinhaftung in Bezug auf eine Scheingesellschaft setzt voraus, dass die in Anspruch genommene Person in zurechenbarer Weise den Rechtsschein einer existierenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts und ihrer Zugehörigkeit zu dieser Gesellschaft gesetzt hat oder gegen den durch einen anderen gesetzten Rechtsschein nicht pflichtgemäß vorgegangen ist und der Dritte sich bei seinem geschäftlichen Verhalten auf den Rechtsschein verlassen hat (vgl. BGHZ 17, 13, 19; ferner BGH, Urteile vom 4. Dezember 1980 - VII ZR 57/80, WM 1981, 171, 172, vom 24. Juni 1991 - II ZR 293/90, WM 1991, 1505, 1506 und vom 8. Juli 1996 - II ZR 258/95, WM 1996, 1630, 1631).

2. Subsumtion

[24] Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung lässt sich hier eine Inanspruchnahme der Beklagten als Gesellschafterin der Scheingesellschaft nicht bejahen.

a) Kein Rechtsschein durch Generalvollmacht gesetzt

[25] Gegenüber der Klägerin hat die Beklagte keinen ihr zurechenbaren Rechtsschein hinsichtlich der Errichtung der GbR gesetzt.

[26] Die Erteilung der Generalvollmacht an ihren Vater genügt hierfür nicht. Die Vollmacht diene zwar ihrer Vertretung in allen persönlichen und vermögensrechtlichen Angelegenheiten gegenüber Dritten, so dass ihr Vater in ihrem Namen auch zur Errichtung einer Gesellschaft befugt war. Aus der Generalvollmacht ergeben sich jedoch keine Anhaltspunkte, dass eine solche Gesellschaft tatsächlich gegründet worden ist. Hierzu hätte es etwa zumindest der Vorlage des Gesellschaftsvertrages oder einer anderen der Beklagten zurechenbaren Handlung bedurft, die auf die Errichtung der GbR und der Gesellschafterstellung der Beklagten hindeuteten. Umstände, die einen solchen Rechtsschein ihr gegenüber erzeugt haben könnten, hat indes weder die Klägerin dargelegt noch sind

solche ersichtlich. Insoweit kann sich die Klägerin auch nicht darauf berufen, dass der Vater der Beklagten gegenüber der Volksbank anlässlich der Depot- und Kontenumstellungen den Gesellschaftsvertrag vorgelegt hat. Auf einen hierdurch etwaig erzeugten Rechtsschein hat sie sich bei ihrem Handeln nämlich mangels Kenntnis gar nicht verlassen. Die Klägerin hat bereits nicht vorgetragen, dass ihr zum Zeitpunkt der Übertragung der Investmentanteile das Bestehen der GbR überhaupt bekannt war. Dagegen sprechen vielmehr die sonstigen - unstreitigen - Umstände. Der Auftrag zur Übertragung der Investmentanteile vom 2. Oktober 2003 enthielt lediglich die Nummer des Depots bei der Volksbank, nicht dagegen die Bezeichnung des Depotinhabers. In den Mitteilungen vom 31. Oktober 2003 und 3. November 2003 über die Depotausbuchung ist als Empfängerin - fälschlich - die Beklagte bezeichnet, nicht dagegen die GbR. Schließlich ist die Klägerin auch in dem vorgerichtlichen Schriftverkehr noch davon ausgegangen, die Wertpapiere auf ein Depotkonto der Beklagten übertragen zu haben.

b) Kein Rechtsschein aufgrund Umstellung des Depotkontos

[27] Entscheidend ist daher, ob die Beklagte gegenüber der Volksbank bei Umstellung ihres Depotkontos auf die GbR zurechenbar den Rechtsschein erzeugt hat, Gesellschafterin dieser Scheingesellschaft zu sein. Da die Zuwendung der Klägerin auf dem ihr angegebenen Depotkonto der GbR eingegangen ist, richtet sich ihr Bereicherungsanspruch gegen den tatsächlichen Kontoinhaber, d.h. denjenigen, für den die Bank das Konto führt und dem sie hierüber die Verfügungsmacht eingeräumt hat. Dies war hier die Scheingesellschaft GbR. Denn das Konto war auf ihren Namen umgeschrieben worden und nach dem tatsächlichen Verhalten der Volksbank konnte über das Konto nur der Vater der Beklagten als Geschäftsführer der GbR verfügen, nicht dagegen die Beklagte persönlich.

[28] Die Beklagte selbst hat insoweit gegenüber der Volksbank - unstreitig - keinen Rechtsschein erweckt, Gesellschafterin der GbR zu sein. Anknüpfungspunkt für eine Rechtsscheinhaftung der Beklagten kann daher nur das Handeln ihres Vaters gewesen sein. Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts genügt es hierfür jedoch nicht, dass der Vater der Beklagten bei der Umschreibung des Depotkontos den Gesellschaftsvertrag und die Generalvollmacht vorgelegt hat. Aufgrund der Generalvollmacht war er zwar befugt, für die Beklagte Willenserklärungen abzugeben, so dass ein hierdurch erzeugter Rechtsschein der Beklagten zurechenbar ist. Aus dem vorgelegten Gesellschaftsvertrag ergab sich auch, dass die Beklagte Gesellschafterin der GbR war. Das Berufungsgericht hat aber unberücksichtigt gelassen, dass die Beklagte bei

Errichtung der GbR durch ihren Vater vertreten wurde. Auf einen durch die beiden Urkunden erzeugten Rechtsschein durfte sich die Volksbank nicht verlassen, wenn sie den - für das Revisionsverfahren nach dem Vorbringen der Beklagten zu unterstellenden - Missbrauch der Vertretungsmacht erkennen und daraus den Schluss ziehen musste, dass die GbR nicht wirksam errichtet worden bzw. jedenfalls die Beklagte nicht Mitgesellschafterin geworden ist.

[29] Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat grundsätzlich der Vertretene das Risiko des Vollmachtsmissbrauchs zu tragen; den Vertragspartner trifft keine Prüfungspflicht, ob und inwieweit der Vertreter im Innenverhältnis gebunden ist, von seiner nach außen unbeschränkten Vertretungsmacht nur begrenzten Gebrauch zu machen. Der Vertretene ist gegen einen erkennbaren Missbrauch der Vertretungsmacht im Verhältnis zum Vertragspartner jedoch dann geschützt, wenn der Vertreter von seiner Vertretungsmacht in ersichtlich verdächtiger Weise Gebrauch gemacht hat, so dass beim Vertragspartner begründete Zweifel bestehen mussten, ob nicht ein Treueverstoß des Vertreters gegenüber dem Vertretenen vorliege. Notwendig ist dabei eine massive Verdachtsmomente voraussetzende objektive Evidenz des Missbrauchs (vgl. BGHZ 127, 239, 241 f.; BGH, Urteile vom 29. Juni 1999 - XI ZR 277/98, WM 1999, 1617, 1618 und vom 22. Juni 2004 - XI ZR 90/03, WM 2004, 1625, 1627). Die objektive Evidenz ist insbesondere dann gegeben, wenn sich nach den gegebenen Umständen die Notwendigkeit einer Rückfrage des Geschäftsgegners bei dem Vertretenen geradezu aufdrängt (vgl. BGH, Urteil vom 29. Juni 1999 - XI ZR 277/98, WM 1999, 1617, 1618 m.w.N.). Hierzu fehlt es an Feststellungen des Berufungsgerichts. Das Berufungsgericht wird daher dem Vorbringen der Beklagten nachzugehen haben, der Volksbank habe sich aufgrund des Inhalts des vorgelegten Gesellschaftsvertrages und der - von ihr behaupteten - Kenntnis der Unstimmigkeiten mit ihrem Vater ein Vollmachtsmissbrauch aufdrängen und daher die Wirksamkeit des Gesellschaftsvertrages hinterfragen müssen.

III. Kein Anspruch aus Leistungskondition

[30] (...) Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung hat das Berufungsgericht einen unmittelbaren Rückgewähranspruch der Klägerin gegen die Beklagte aus einer Leistungskondition gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB zu Recht verneint.

1. Bereicherungsausgleich bei Anweisungsfällen

[31] In den Fällen der Leistung kraft Anweisung vollzieht sich der Bereicherungsausgleich nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs grundsätzlich innerhalb des jeweiligen fehlerhaften Leistungsverhältnisses, also zum einen zwischen dem Anweisen-

den und dem Angewiesenen im sogenannten Deckungsverhältnis und zum anderen zwischen dem Anweisenden und dem Anweisungsempfänger im sogenannten Valutaverhältnis. Nach dem bereicherungsrechtlichen Leistungsbegriff bewirkt der Angewiesene, der von ihm getroffenen, allseits richtig verstandenen Zweckbestimmung entsprechend, mit seiner Zuwendung an den Anweisungsempfänger zunächst eine eigene Leistung an den Anweisenden und zugleich eine Leistung des Anweisenden an den Anweisungsempfänger (st. Rspr.; vgl. nur BGHZ 176, 234, Tz. 9 m.w.N.).

[32] Dieser Grundsatz gilt aber nicht ausnahmslos. Der Angewiesene hat einen unmittelbaren Bereicherungsanspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB gegen den Anweisungsempfänger, wenn eine wirksame Anweisung fehlt und dem Anweisenden diese auch nicht zuzurechnen ist. In diesen Fällen hat der Angewiesene lediglich erfolglos versucht, eine Leistung an den Anweisenden zu erbringen. Diesem kann die Zuwendung des Angewiesenen aber nicht zugerechnet werden, weil er sie nicht veranlasst und auch keinen Anschein dafür gesetzt hat, die Zuwendung sei seine Leistung. Der Zuwendungsempfänger ist daher in sonstiger Weise auf Kosten des Angewiesenen bereichert und deshalb dessen Anspruch aus Nichtleistungskondition ausgesetzt. Dies gilt unabhängig davon, ob der Anweisungsempfänger das Fehlen einer wirksamen Anweisung im Zeitpunkt der Zuwendung kannte oder nicht kannte (vgl. BGHZ 176, 234, Tz. 10 m.w.N.).

[33] In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urteile vom 20. Juni 1990 - XII ZR 93/89, WM 1990, 1280, 1281 und vom 31. Mai 1994 - VI ZR 12/94, WM 1994, 1420, 1421 f.) ist deshalb anerkannt, dass die Vorannahme einer Zahlung durch die Bank aufgrund einer Fälschung oder Verfälschung des Überweisungsauftrags, Schecks oder Wechsels dem vermeintlich Anweisenden nicht zugerechnet werden kann und der Bank in solchen Fällen ein unmittelbarer Bereicherungsanspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB gegen den Zuwendungsempfänger zusteht. Das gleiche gilt auch in den Fällen, in denen der Anweisende geschäftsunfähig war (BGHZ 111, 382, 384 ff.) oder für ihn ein geschäftsunfähiger (BGHZ 158, 1, 5 ff.) bzw. ein nur gesamtvertretungsberechtigter Vertreter gehandelt hat (BGHZ 147, 145, 149 ff.).

[34] Anders ist die Rechtslage dagegen, wenn die Bank den Widerruf einer Überweisung, eines Dauerauftrags oder Schecks oder die Kündigung eines Überweisungsvertrags irrtümlich nicht beachtet oder versehentlich eine Zuvielüberweisung vornimmt. In diesen Fällen ist die Anweisung durch den Kontoinhaber mit veranlasst worden. Die Bank muss sich deshalb grundsätzlich an den Kontoinhaber halten, weil der Fehler,

die weisungswidrige Behandlung des Kundenauftrags, im Deckungsverhältnis wurzelt und deshalb in diesem Verhältnis zu bereinigen ist (BGHZ 61, 289, 293 f.; 87, 246, 249 f.; 87, 393, 397 f.; 89, 376, 381; 176, 234, Tz. 22 ff.). Ein unmittelbarer Bereicherungsanspruch der Bank gegen den Zuwendungsempfänger kommt in diesen Fällen allerdings in Betracht, wenn dem Zuwendungsempfänger der Widerruf oder die Zuvielüberweisung bekannt ist, weil er dann weiß, dass es an einer Leistung seines Vertragspartners fehlt (BGHZ 66, 372, 375 ff.; 67, 75, 79 f.; 87, 393, 398; 88, 232, 235 f.; 176, 234, Tz. 22 ff.).

2. Subsumtion

[35] Nach diesen Grundsätzen steht der Klägerin gegen die Beklagte kein unmittelbarer Bereicherungsanspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB zu, weil der Beklagten die irrtümliche doppelte Ausführung des Depotübertragungsauftrags nicht zurechenbar ist.

[36] Die irrtümliche doppelte Ausführung einer Anweisung ist dem Fall der von Anfang an fehlenden Anweisung gleichzustellen, so dass es auch auf die Gut- oder Bösgläubigkeit des Zuwendungsempfängers nicht ankommt (so bereits - wenn auch ohne nähere Begründung - BGHZ 72, 9, 12 f.; ebenso KG, NJW-RR 1992, 816f.; OLG Frankfurt am Main, MDR 2003, 641f.; OLG Hamburg, NJW 1983, 1499, 1500; OLG Hamm, ZIP 2003, 662, 663; OLG München, NJW - R R 1 9 8 8, 1 3 9 1, 1 3 9 2; Erman/Westermann/Buck-Heeb, BGB, 12. Aufl., § 812 Rn. 21; Martinek in jurisPK-BGB, 4. Aufl. 2008, Stand: 15. Oktober 2009, § 812 Rn. 125; Münch-KommBGB/Schwab, 5. Aufl., § 812 Rn. 88; Palandt/Sprau, BGB, 69. Aufl., § 812 Rn. 107; PWW/Leupertz, BGB, 5. Aufl., § 812 Rn. 94; Staudinger/Lorenz, BGB (2007), § 812 Rn. 51; Wendehorst in Bamberger/Roth, Beck'scher Online-Kommentar zum

BGB, Stand: 1. Mai 2010, § 812 Rn. 234; Canaris, Bankvertragsrecht, Bd. I, 3. Aufl. Rn. 436; Schimansky in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 3. Aufl., § 50 Rn. 6; Böckmann/Kluth, ZIEP 2003, 656 ff.; Kiehnle, VersR 2008, 1606, 1615 f.; Langenbucher, FS Heldrich, S. 285, 294). Die aufgrund der Generalvollmacht namens der Beklagten wirksam erteilte Anweisung zur Übertragung des Depots hat die Klägerin mit der (ersten) Ausführung des Auftrags am 31. Oktober 2003 erfüllt. Damit ist die Anweisung erloschen (§ 362 BGB). Die nochmalige Ausführung des Auftrags kann, anders als im Fall des Widerrufs einer Anweisung, nicht mehr dem Risikobereich des - vermeintlich - Anweisenden zugerechnet werden. Hierfür fehlt es an einem sachlichen Grund. Vielmehr liegt die Ursache für die doppelte Ausführung des Auftrags allein im Risiko- und Einflussbereich des Angewiesenen. Dies gilt erst recht, wenn die mit der Anweisung verbundene Leistungsbestimmung und die objektivierte Sicht des Anweisungsempfängers in den Blick genommen werden (vgl. BGHZ 176, 234, Tz. 16). Für den Anweisungsempfänger sind der Fehler des Angewiesenen und das Fehlen einer dem Anweisenden zuzurechnenden Leistungsbestimmung ohne weiteres erkennbar. Da der Angewiesene den Irrtum in aller Regel schuldhaft herbeigeführt hat oder dieser zumindest auf einem Fehler in seinem Organisationsbereich beruht, sind schützenswerte Belange auf Seiten des Angewiesenen nicht gegeben.

IV. Ergebnis

Das Berufungsurteil ist demnach aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist, ist sie zur weiteren Sachaufklärung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Standort: Familienrecht

Problem: Rückforderung

BGH, URTEIL VOM 03.02.2010
XII ZR 189/06 (NJW 2010, 2202)

Problemdarstellung:

Die Tochter der Kl. lebte mit dem Bekl. seit 1990 in nichtehelicher Lebensgemeinschaft. Im Februar 1996 ersteigerte der Bekl. eine Eigentumswohnung zum Preis von rd. 300.000 DM. Zur Finanzierung überwies die Kl. dem Bekl. einen Betrag von 58.000 DM. Außerdem erbrachte der Kl. zu 1) Arbeitsleistungen zur Instandsetzung und Renovierung der Wohnung. Ab Herbst 1996 lebten der Bekl., die Tochter der Kl. und das zwischenzeitlich geborene, gemeinsame Kind in der Wohnung. Im Juni 1997 schlossen der Bekl. und die Tochter der Kl. die Ehe, aus der 1999 ein

zweites Kind hervorging. Im September 2002 zog der Bekl. aus der Wohnung aus; 2003 wurde die Ehe rechtskräftig geschieden. Im Scheidungsverfahren schlossen der Bekl. und die Tochter der Kl. einen Vergleich, nach dem Zugewinnausgleichsansprüche nicht geltend gemacht werden sollten.

Die Kl. begehren die Rückzahlung der 58.000 DM; der Kl. zu 1) begehrt Ausgleich für die im Zuge der Wohnungsrenovierung erbrachte Arbeitsleistung.

Prüfungsrelevanz:

Die Rechtsprechung zur Rückforderung in und im Zusammenhang mit (nicht)ehelichen Lebensgemeinschaften befindet sich im Umbruch. Nachdem der XII. Zivilsenat des BGH das bis dahin geltende "Abrech-

nungsverbot" zwischen nichtehelichen Lebenspartnern gelockert hat (vgl. BGH, RA 2008, 574 = NJW 2008, 3277; KG, RA 2010, 175 = NJW-RR 2010, 295), setzt er die Tendenz nun fort: Auch die Zuwendungen von (potentiellen) Schwiegereltern an das Schwiegerkind können bei Scheitern der Lebensgemeinschaft bzw. Ehe über § 313 oder ggf. § 812 BGB zurückgefordert werden. Mit der vorliegenden Entscheidung gibt der Senat seine bisherige Rechtsprechung in nicht weniger als drei entscheidenden Punkten auf. Ob der jahrzehntelang bemühte Kunstgriff der "unbenannten Zuwendung" vor dieser Rechtsprechung Bestand haben wird, darf bezweifelt werden. Die Examensrelevanz kann jedenfalls nicht hoch genug eingeschätzt werden.

I. Unter ausdrücklicher Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung distanziert sich der Senat - jedenfalls für den vorliegenden Fall - zunächst vom Begriff der unbenannten Zuwendung und ordnet die Überweisung der 58.000 DM als reine Schenkung i.S.d. § 516 BGB ein. Bislang waren Zuwendung im Zusammenhang mit (nicht)ehelichen Lebensgemeinschaften wegen des Fehlens des subjektiven Schenkungstatbestandes abgelehnt worden (vgl. BGH, FamRZ, 1998, 669 [670]; BGHZ 129, 259 [263]). Der Senat stellt sich nun auf den Standpunkt, dass es insbesondere nicht an einer Einigung über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung fehle. Diese setze nämlich nicht voraus, dass der Zuwendungsempfänger über den zugewandten Gegenstand frei verfügen kann, oder dass der Empfänger einseitig begünstigt wird. Dies folgt nach Ansicht des Senats aus § 525 BGB, wonach eine Schenkung unter einer Auflage erfolgen kann. Begünstigter dieser Auflage kann auch der Schenker selbst sein (Münch-KommBGB/Koch, § 525 Rn. 2 f.; Palandt/Weidenkaff, § 525 Rn. 1), was die freie Disposition des Beschenkten über den unter Auflage zugewendeten Gegenstand aber gerade ausschließt.

Außerdem sei bei Ehegatten bzw. nichtehelichen Lebenspartnern eine Schenkung deswegen zu verneinen, weil der Zuwendende die Vorstellung hat, der zugewendete Gegenstand werde ihm letztlich nicht verloren gehen, sondern der Lebensgemeinschaft und damit auch ihm zugute kommen (BGH, NJW 2008, 3277). Zuwendende Schwiegereltern übertragen den Gegenstand dagegen in dem Bewusstsein auf das Schwiegerkind, künftig an dem Gegenstand nicht mehr zu partizipieren. Es handelt sich damit um eine Schenkung gem. § 516 BGB.

II. Geschieht die Übertragung in der Vorstellung, dass die (nicht)eheliche Lebensgemeinschaft Bestand haben und die Schenkung demgemäß auch dem eigenen Kind zugute kommen wird, ist eine Rückforderung gem. § 313 BGB bei Scheitern der Ehe denkbar. Nach der bisherigen Rechtsprechung scheiterte ein An-

spruch der Schwiegereltern an der nach § 313 III 1 BGB erforderlichen Zumutbarkeit: Schwiegerelterliche Ansprüche waren mit dem Argument ausgeschlossen, dass die Schenkung dem Kind der Schwiegereltern über den Zugewinnausgleich jedenfalls teilweise zugute kommt. Diese Ansicht gibt der Senat auf. Anders als bei Zuwendungen unter Eheleuten, ist es nämlich ausgeschlossen, dass die Schenkung der Schwiegereltern im Wege des Zugewinnausgleichs zu mehr als 50 % an das Kind zurückfließt (siehe unten Rn. 33 d. Urteils). Die hälftige Ausgleichung ("Grundsatz der Halbteilung") ist zwar im ehelichen Güterrecht anerkannt und ausreichend, jedoch nicht auf das Verhältnis zu den Schwiegereltern übertragbar. Denn anders als die Eheleute selbst sind die Schwiegereltern nicht in die eheliche Risiko- und Wirtschaftsgemeinschaft integriert, so dass ihnen die Schenkung auch nicht zum Teil selbst zugute kommt.

III. Schließlich verabschiedet sich der Senat von der bisherigen Auffassung, nach der bereicherungsrechtliche Rückabwicklungsansprüche (§ 812 I 2 2. Fall BGB) wegen des Vorrangs des § 313 BGB nicht in Betracht kommen. Denn nach seiner Ansicht rechtfertigt allein der Aspekt größerer Flexibilität einer Abwicklung nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nicht den Ausschluss bereicherungsrechtlicher Ansprüche.

Es sei aber darauf hingewiesen, dass die für § 812 I 2 2. Fall BGB erforderliche Zweckabrede häufig nicht vorliegen wird, da diese positive Kenntnis des anderen Teils und nicht bloß Kennenmüssen voraussetzt (BGH, NJW 1992, 427).

Vertiefungshinweise:

- Zur aktuellen Entwicklung im Familienrecht: *Rakete-Dombek*, NJW 2010, 1313
- Ausgleichsansprüche bei Beendigung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft: *Grziwotz*; FF 2009, 435; *Schulz*, FamRZ 2007, 593 (zur Rechtslage vor der neuen Rechtsprechung)
- Die "neue" Rechtsprechung des XII. Zivilsenats: *BGH*, RA 2008, 574 = NJW 2008, 3277

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Das junge Glück"
- Assessorkurs*: "Rauhe See"

Leitsätze:

1. Zuwendungen der Eltern, die um der Ehe ihres Kindes Willen an das (künftige) Schwiegerkind erfolgen, sind nicht als unbenannte Zuwendung, sondern als Schenkung zu qualifizieren (Aufgabe der bisherigen Senatsrechtsprechung, vgl. etwa Senat, NJW-RR 2006, 664 = FamRZ 2006, 394

m.w. Nachw.; BGHZ 129, 259 [263] = NJW 1995, 1889). Auch auf derartige Schenkungen sind die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage anzuwenden.

2. Rückforderungsansprüche der Schwiegereltern nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage können nicht mit der Begründung verneint werden, dass das beschenkte Schwiegerkind mit dem eigenen Kind der Schwiegereltern in gesetzlichem Güterstand gelebt hat und das eigene Kind über den Zugewinnausgleich teilweise von der Schenkung profitiert (Aufgabe der bisherigen Senatsrechtsprechung, vgl. Senat, BGHZ 129, 259 [266f.] = NJW 1995, 1889).

3. Im Falle schwiegerelterlicher, um der Ehe des eigenen Kindes mit dem Beschenkten Willen erfolgter Schenkungen sind nach Scheitern der Ehe Ansprüche aus § 812 I 2 Alt. 2 BGB denkbar (Aufgabe der bisherigen Senatsrechtsprechung, vgl. Senat, BGHZ 129, 259 [264] = NJW 1995, 1889 m.w. Nachw.).

Sachverhalt:

Die Kl. sind die Schwiegereltern des Bekl. Sie begehren die Rückzahlung von Geldbeträgen, welche sie dem Bekl. vor dessen Eheschließung mit ihrer Tochter zur Verfügung gestellt haben. Der Kl. zu 1 verlangt außerdem einen Ausgleich für Instandsetzungsarbeiten an der Wohnung des Bekl. Die Tochter der Kl. und der Bekl. lebten seit 1990 in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft zusammen. 1994 wurde das erste der beiden gemeinsamen Kinder geboren. Im Februar 1996 ersteigerte der Bekl. eine Eigentumswohnung zum Preis von 297764 DM. Zu diesem Zeitpunkt war die Eheschließung mit der Tochter der Kl. bereits in Aussicht genommen. Die Wohnung, die den späteren Eheleuten für die Zeit ihres Zusammenlebens als Familienheim diente, steht bis heute im Alleineigentum des Bekl. Zur Finanzierung der Wohnung nahm der Bekl. unter anderem ein Darlehen über 180000 DM auf. Im April 1996 überwiesen die Kl. auf das Konto des Bekl. telegrafisch 58000 DM. Weiter übergaben die Kl. in bar 2000 DM. Im Mai 1996 überwies der Bekl. von seinem Konto an die Gerichtskasse 48764,10 DM auf den Gebotspreis. In der Folgezeit wurden an der Eigentumswohnung Instandsetzungs-, Umbau- und Renovierungsarbeiten durchgeführt, an welchen der Kl. zu 1 mitwirkte. Ab Herbst 1996 bezogen der Bekl., die Tochter der Kl. und das gemeinsame Kind die Wohnung. Im Juni 1997 schlossen der Bekl. und die Tochter der Kl. die Ehe, aus der 1999 ein zweites Kind hervorging. Im September 2002 zog der Bekl. aus der Wohnung aus. Nachdem die Tochter der Kl. im Mai 2003 Scheidungsantrag gestellt hatte, zog sie im September 2003 ebenfalls aus der Wohnung aus, die der Bekl. seither vermietet. Im Schei-

dungsverfahren schlossen der Bekl. und die Tochter der Kl. einen Vergleich, nach dem unter anderem Zugewinnausgleichsansprüche nicht geltend gemacht werden sollten. Inzwischen ist die Ehe rechtskräftig geschieden.

Die Kl. haben vom Bekl. die Rückzahlung der überwiesenen 58000 DM sowie der in bar übergebenen 2000 DM verlangt, der Kl. zu 1 darüber hinaus eine Vergütung seiner Arbeiten und Ersatz der Materialkosten. Das LG hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Kl. hatte keinen Erfolg (NJW-RR 2007, 365). Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision verfolgen die Kl. ihr Begehren mit Ausnahme des Ersatzes der Materialkosten weiter. Das Rechtsmittel führte im Umfang seiner Zulässigkeit zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

[9] Soweit die Revision eingelegt und zulässig ist, hat sie Erfolg und führt in diesem Umfang der Anfechtung zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das BerGer.

A. Ausführungen des Berufungsgerichts

[10] Nach Auffassung des BerGer. stehen den Kl. aus eigenem Recht keine Ansprüche gegen den Bekl. zu.

[11] Ein Anspruch nach den Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage gem. § 313 I, 2 BGB scheidet aus. Zwar liege in der Zahlung der 58000 DM eine Zuwendung auch an den Bekl. Auch wenn es sich dabei um eine während der Verlobungszeit erfolgte Zuwendung von Schwiegereltern handele, fänden die Grundsätze über ehebedingte Zuwendungen entsprechende Anwendung; denn die Zuwendung sei – mit Rücksicht auf die beabsichtigte Eheschließung und das damals schon geborene Enkelkind der Kl. – als Beitrag zur Schaffung eines Familienheims erfolgt. Mit dem Scheitern der Ehe sei die Geschäftsgrundlage dieser Zuwendung entfallen. Denn diese sei – für den Bekl. erkennbar – in der Erwartung erfolgt, er werde mit der Tochter der Kl. eine dauerhafte Ehe eingehen; mit der Zuwendung werde zur Schaffung einer Familienwohnung beigetragen, die ihrer Tochter auf Dauer zugute komme.

[12] Indes sei die Beibehaltung der mit der Zuwendung geschaffenen Vermögenslage für die Kl. nicht unzumutbar. Bei ehebedingten Zuwendungen habe, wenn die Ehe scheitere, der güterrechtliche Ausgleich zwischen den Ehegatten grundsätzlich Vorrang vor einem Ausgleich nach den Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage. Wenn, wie hier, Schwiegereltern mit der Zuwendung keine eigenen Interessen verfolgten, sei daher eine Ausgleichspflicht nur dann denkbar, wenn das (leibliche) Kind der zuwendenden Eltern über das eheliche Güterrecht nicht angemessen

begünstigt werde. Das sei hier zwar nicht der Fall, weil die Tochter der Kl. bei der Ehescheidung mit dem Bekl. im Vergleichswege vereinbart habe, dass Zugewinnausgleichansprüche nicht geltend gemacht würden. Dieser Vergleich erfasse auch einen ergänzenden Anspruch der Tochter auf den Ausgleich vorhelicher Zuwendungen. Dennoch sei es für die Kl. nicht unzumutbar, wenn ein Ausgleich ihrer Zuwendung nicht stattfindet. Die Zumutbarkeit, die durch die ehebedingte Zuwendung geschaffene Vermögenslage beizubehalten, beurteile sich nicht nach den Belangen der Kl., sondern ihrer Tochter. Diese habe sich aber mit dem Bekl. über den Ausschluss von Zugewinnausgleichansprüchen geeinigt. Im Rahmen der Abwägung sei auch zu berücksichtigen, dass die Tochter der Kl. die Wohnung sieben Jahre lang genutzt habe, der Bekl. selbst hohe Aufwendungen für die Anschaffung der Wohnung gehabt habe und nach wie vor die für die Finanzierung eingegangenen hohen Verpflichtungen erfüllen müsse. Aus den vorstehenden Gründen sei auch ein Anspruch auf Ersatz der erbrachten Arbeitsleistungen unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage ausgeschlossen.

[13] Auch Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung wegen Zweckverfehlung seien nicht gegeben. Die Leistungen der Kl. seien nicht als Zweckschenkung, sondern als ehebedingte Zuwendung erbracht worden, was eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung ausschließe.

[14] Schließlich stünden den Kl. auch keine Ansprüche aus abgetretenem Recht ihrer Tochter zu. Denn die Tochter der Kl. und der Bekl. hätten insoweit etwa ursprünglich bestehende Ansprüche im Vergleichswege ausgeschlossen.

B. Entscheidung des BGH

[15] Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

[16] Zwar hat das BerGer. – im Ergebnis zu Recht – Ansprüche der Kl. aus abgeleitetem Recht ihrer Tochter verneint. Denn die Leistungen der Kl. sind nicht an die Tochter, sondern ausschließlich an den Bekl. geflossen. Soweit das BerGer. allerdings auch Ansprüche der Kl. gegen den Bekl. aus eigenem Recht verneint hat, ist dies aus Rechtsgründen zu beanstanden.

I. Anspruch aus § 313 BGB

[17] Das BerGer. hat mit unzutreffender Begründung Ansprüche der Kl. gegen den Bekl. auf Zahlung von 58000 DM nach den Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (jetzt: § 313 BGB) verneint.

1. Keine unbenannte Zuwendung

[19] Entgegen der Auffassung des BerGer., die mit der bisherigen Senatsrechtsprechung in Einklang steht, handelt es sich bei der Zuwendung der Kl. (...) nicht

um eine unbenannte Zuwendung, sondern um eine Schenkung.

a) Bisherige Rechtsprechung

[20] Nach der bisherigen Rechtsprechung des Senats war bei Zuwendungen, die Schwiegereltern an den Ehepartner des leiblichen Kindes mit Rücksicht auf dessen Ehe mit ihrem Kind und zur Begünstigung des ehelichen Zusammenlebens machen, regelmäßig ein Rechtsverhältnis eigener Art anzunehmen, das mit den ehebezogenen Zuwendungen unter Ehegatten vergleichbar war (Senat, NJW-RR 2006, 664 = FamRZ 2006, 394; NJW 1999, 353 = FamRZ 1999, 365 [366]; VIZ 1998, 262 = NJW 1998, 2600 L = FamRZ 1998, 669; BGHZ 129, 259 [263] = NJW 1995, 1889). Derartige – objektiv unentgeltliche – Zuwendungen waren regelmäßig nicht als Schenkung zu werten, weil es an dem hierfür erforderlichen subjektiven Tatbestand fehlte. Nach dem erkennbaren Willen des Zuwenders sollte die Leistung nicht zu einer den Empfänger einseitig begünstigenden und frei disponiblen Bereicherung führen, sondern sie sollte auf Dauer der Ehegemeinschaft dienen und damit auch von deren Bestand abhängig sein (Senat, VIZ 1998, 262 = NJW 1998, 2600 L = FamRZ 1998, 669 [670]; BGHZ 129, 259 [263f.] = NJW 1995, 1889). An dieser Rechtsprechung hält der Senat nicht mehr fest.

b) Neue Ansicht

[21] Schwiegerelterliche Zuwendungen erfüllen auch dann sämtliche tatbestandlichen Voraussetzungen des § 516 I BGB, wenn sie um der Ehe des eigenen Kindes Willen erfolgen. Insbesondere fehlt es nicht an einer Einigung über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung.

[22] Eine Schenkung kann nicht unter Hinweis darauf verneint werden, die Zuwendung solle auf Dauer der Ehegemeinschaft dienen und damit nicht zu einer den Empfänger einseitig begünstigenden und frei disponiblen Bereicherung führen (entgegen Senat, VIZ 1998, 262 = NJW 1998, 2600 L = FamRZ 1998, 669 [670]; BGHZ 129, 259 [263] = NJW 1995, 1889). Eine Einigung über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung i.S. des § 516 I BGB setzt weder voraus, dass der Zuwendungsempfänger über den zugewandten Gegenstand frei verfügen kann, noch dass der Empfänger einseitig begünstigt wird. Dies folgt bereits aus dem Umstand, dass gem. § 525 BGB eine Schenkung unter einer Auflage erfolgen kann. Gegenstand der Auflage kann jedes Tun oder Unterlassen, Begünstigter der Auflage insbesondere auch der Schenker selbst sein (Koch, in: MünchKomm, 5. Aufl. [2007], § 525 Rdnrn. 2f.; Palandt/Weidenkaff, BGB, 68. Aufl. [2009], § 525 Rdnr. 1). Auch wird die Auflage zumindest in der Regel auf der Grundlage und aus dem Wert der Zuwendung zu erbringen sein (BGH, NJW 1982, 818 [819]; Koch, in:

MünchKomm, § 525 Rdnr. 2; Palandt/Weidenkaff, BGB, 69. Aufl. [2010], § 525 Rdnr. 1), was die freie Disposition des Beschenkten über den unter einer Auflage zugewendeten Gegenstand gerade ausschließt. Zudem werden auch Zweckschenkungen als Schenkungen qualifiziert, obwohl der Zuwendende hier ebenfalls einen über die Zuwendung an den Beschenkten hinausgehenden Zweck verfolgt (Kollhosser, NJW 1994, 2313 [2318]; Koch, in: MünchKomm, § 516 Rdnr. 75; Tiedtke, JZ 1996, 201).

[23] Anders als bei unbenannten Zuwendungen unter Ehegatten fehlt es im Falle schwiegerelterlicher Zuwendungen auch nicht an einer mit der Zuwendung einhergehenden dauerhaften Vermögensminderung beim Zuwendenden, wie sie § 516 I BGB voraussetzt (vgl. Koch, in: MünchKomm, § 516 Rdnrn. 5f.). Bei unbenannten Zuwendungen unter Ehegatten ist eine Schenkung regelmäßig deshalb zu verneinen, weil der zuwendende Ehegatte die Vorstellung hat, der zugewendete Gegenstand werde ihm letztlich nicht verloren gehen, sondern der ehelichen Lebensgemeinschaft und damit auch ihm selbst zugute kommen (so Senat, BGHZ 177, 193 [198] = NJW 2008, 3277; NJW-RR 1990, 386 = FamRZ 1990, 600 [603]; Wagenitz, in: Schwab/Hahne, FamilienR im Brennpunkt, S. 167). Demgegenüber übertragen (potenzielle) Schwiegereltern den zuzuwendenden Gegenstand regelmäßig in dem Bewusstsein auf das Schwiegerkind, künftig an dem Gegenstand nicht mehr selbst zu partizipieren (vgl. Schwab, in: Festschr.f. Werner, 2009, S. 459 [462f.]; Staudinger/Thiele, BGB, Neubearb. 2007, § 1363 Rdnr. 27). Die Zuwendung aus ihrem Vermögen hat also eine dauerhafte Verminderung desselben zur Folge.

[24] Da Zuwendungen, die Eltern mit Rücksicht auf die Ehe ihres Kindes an das (potenzielle) Schwiegerkind erbringen, somit sämtliche tatbestandlichen Voraussetzungen des § 516 I BGB erfüllen, sind sie als Schenkung zu werten. Dem entspricht es, dass Zuwendungen der Eltern an ihr eigenes Kind in der Rechtsprechung auch dann als Schenkung qualifiziert werden, wenn sie um der Ehe des Kindes Willen erfolgen (Senat, VIZ 1998, 262 = NJW 1998, 2600 L = FamRZ 1998, 669).

[25] Auch wenn schwiegerelterliche Zuwendungen somit nicht als unbenannte Zuwendung, sondern als Schenkung zu werten sind, sind auf sie dennoch die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage anwendbar (vgl. BGH, NJW 2003, 510 = FamRZ 2003, 223; NJW 1999, 1623 = FamRZ 1999, 705 [707]).

2. Geschäftsgrundlage

[28] Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des BerGer. ist davon auszugehen, dass die Geschäftsgrundlage der Schenkung der Kl. deren für den Bekl. erkennbare Erwartung war, der Bekl. werde mit der

Tochter der Kl. eine dauerhafte Ehe eingehen; mit der Schenkung werde zur Schaffung einer Familienwohnung beigetragen, die der Tochter auf Dauer zugute komme. Diese Geschäftsgrundlage ist infolge des Scheiterns der Ehe des Bekl. mit der Tochter der Kl. und mit dem Auszug der Tochter aus der im Alleineigentum des Bekl. stehenden Familienwohnung entfallen.

3. Kein Verzicht indem Tochter auf Zugewinnausgleichsansprüche verzichtet hat

[29] Vor diesem Hintergrund hat das BerGer. auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage gestützte Ansprüche der Kl. zu Unrecht mit der Erwägung abgelehnt, die Tochter der Kl. habe auf einen etwaigen den Zugewinnausgleich ergänzenden Anspruch verzichtet. Dieser Überlegung liegt der – auf die bisherige Senatsrechtsprechung gestützte – Gedanke zu Grunde, Eltern könnten, wenn sie ihrem Schwiegerkind eine Zuwendung gemacht und damit nicht auch eigene, in die Zukunft gerichtete Interessen verfolgt hätten, im Scheidungsfall Ansprüche gegen das Schwiegerkind wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage dann nicht geltend machen, wenn auch ihr eigenes Kind – im Wege des Zugewinnausgleichs – durch die Zuwendung angemessen begünstigt werde.

a) Bisherige Rechtsprechung

[30] a) Nach der bisherigen Rechtsprechung des Senats kam, wenn die Eheleute im gesetzlichen Güterstand gelebt hatten, ein Anspruch der Schwiegereltern nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage nur in Betracht, wenn das Ergebnis des güterrechtlichen Ausgleichs schlechthin unangemessen war und für den Zuwender unzumutbar unbillig erschien, wobei Unangemessenheit und Unzumutbarkeit an den Belangen des mit dem Zuwender verwandten Ehegatten zu messen waren (Senat, BGHZ 129, 259 [266f.] = NJW 1995, 1889). Zur Begründung hat der Senat insbesondere ausgeführt, die Schwiegereltern hätten bei Vorausschau des späteren Scheiterns der Ehe nicht von der Zuwendung abgesehen, sondern sie ebenfalls erbracht, allerdings in vollem Umfang an ihr eigenes Kind und zu dessen uneingeschränkter Disposition. In diesem gedachten Fall hätte das eigene Kind den ihm zugewendeten Gegenstand ganz oder teilweise an seinen Ehegatten weitergegeben (sog. „Kettenschenkungen“) mit der Folge, dass ein Ausgleich unter den Ehegatten ebenfalls nur im Rahmen des Zugewinnausgleichs stattgefunden hätte. Unter diesen Umständen könnte bei einer unmittelbaren Zuwendung der Eltern an das Schwiegerkind im Regelfall nicht davon ausgegangen werden, dass das Scheitern der Ehe zu einer für die Schwiegereltern unzumutbaren Störung der Geschäftsgrundlage geführt habe (Senat, BGHZ 129, 259 [266] = NJW 1995, 1889).

b) Neue Ansicht

[31] An dieser Rechtsprechung, die nicht ohne Kritik geblieben ist (vgl. Bergschneider, FamRZ 2003, 1660; Koch, in: Festschr. f. Schwab, 2005, S. 513 [519]; Schwab, in: Festschr.f. Werner, S. 459 [466]; Wagenitz, in: Schwab/Hahne, S. 178), hält der Senat nicht mehr fest.

[32] Allein der Umstand, dass die Schenkung dem eigenen Kind der Schwiegereltern über den Zugewinnausgleich teilweise zugute kommt, vermag nicht zu erklären, warum die Beibehaltung der derzeitigen Vermögensverhältnisse für die Schwiegereltern in Fällen des gesetzlichen Güterstandes regelmäßig zumutbar sein soll. Dass dieser zu Zuwendungen unter Eheleuten entwickelte Gedanke nicht auf schwiegerelterliche Schenkungen übertragen werden kann, ergibt sich bereits aus einer vergleichenden Betrachtung der Auswirkungen des Zugewinnausgleichs auf schwiegerelterliche Schenkungen einerseits und auf Zuwendungen unter Eheleuten andererseits.

[33] Zuwendungen unter Eheleuten können zur Folge haben, dass sich der Zugewinn des Zuwendungsempfängers maximal bis zur Höhe der Zuwendung erhöht, während sich der Zugewinn des Zuwenders entsprechend verringert. Denn wie bei jeder Zuwendung korrespondiert mit dem Vermögenszufluss beim Empfänger eine entsprechende Vermögensminderung beim Zuwender. Im für den zuwendenden Ehegatten günstigsten Fall erhält dieser somit – wirtschaftlich – über den Zugewinnausgleich seine gesamte Zuwendung zurück. Demgegenüber erhöht eine Zuwendung der Schwiegereltern an ihr Schwiegerkind auch nach der bisherigen Betrachtungsweise allenfalls dessen Zugewinn, während der Zugewinn des eigenen Kindes unbeeinflusst bleibt. Folglich kann das eigene Kind der Schwiegereltern über den Zugewinnausgleich allenfalls hälftig an der Zuwendung profitieren. Es ist aber nicht einzusehen, warum sich Schwiegereltern stets mit einem zumindest hälftigen Verbleib ihrer Schenkung beim (ehemaligen) Schwiegerkind abfinden sollen.

[34] Zwar entspricht im Verhältnis der Ehegatten untereinander eine hälftige Ausgleichsquote dem gesetzlichen Normalfall des güterrechtlichen Ausgleichs und dem Wesen der Ehe als einer Wirtschafts- und Risikogemeinschaft (Senat, BGHZ 129, 259 [267] = NJW 1995, 1889; BGHZ 115, 132 [139] = NJW 1991, 2553). Aus diesem Grund wird nach der Senatsrechtsprechung zum Wegfall der Geschäftsgrundlage bei unbenannten Zuwendungen unter Ehegatten die Grenze der Unzumutbarkeit kaum je überschritten, solange der zuwendende Ehegatte güterrechtlich einen Ausgleich in Höhe des halben Wertes der Zuwendung erhält. Sogar dann, wenn sein güterrechtlicher Ausgleichsanspruch hinter einer hälftigen Beteiligung zurückbleibt, ist eine Korrektur nicht ohne Weiteres ge-

boten (Senat, BGHZ 115, 132 [139] = NJW 1991, 2553). Diese Grundsätze lassen sich aber auf das Verhältnis zwischen Schwiegereltern und Schwiegerkind nicht übertragen.

[35] Der güterrechtliche Grundsatz der Halbteilung ist nicht einschlägig, weil die güterrechtlichen Vorschriften im Verhältnis von Schwiegereltern und Schwiegerkind nicht anwendbar sind (vgl. Wagenitz, in: Schwab/Hahne, S. 178). Deshalb können die Vorschriften des Zugewinnausgleichs – anders als bei Zuwendungen unter Eheleuten (vgl. Senat, BGHZ 119, 392 [396f.] = NJW 1993, 385; BGHZ 115, 132 [135f.] = NJW 1991, 2553) – nicht als eine die allgemeinen Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage verdrängende speziellere Regelung angesehen werden.

[36] Aus dem Umstand, dass die Zuwendung der Schwiegereltern gerade in Ansehung der Ehe ihres Kindes mit dem beschenkten Schwiegerkind erfolgt ist, ergibt sich nichts anderes. Das folgt bereits aus dem Unterschied zwischen schwiegerelterlichen Schenkungen und unbenannten Zuwendungen unter Ehegatten: Wendet ein Ehegatte dem anderen Ehegatten Vermögensgegenstände zu, so handelt es sich um einen Vorgang innerhalb der ehelichen Lebensgemeinschaft. Im Vordergrund der Zuwendung steht hier regelmäßig die persönliche Beziehung des Zuwendenden zu seinem Ehegatten. Aus dieser Nähebeziehung gerade zum Empfänger der Zuwendung rechtfertigt sich der grundsätzliche Vorrang des Güterrechts, das den vermögensrechtlichen Ausgleich zwischen den Eheleuten bei Scheitern der Ehe ausgestaltet. Anders als bei ehebezogenen Zuwendungen der Ehegatten untereinander geht es bei Zuwendungen von Schwiegereltern um Leistungen von Personen, die außerhalb der ehelichen Lebensgemeinschaft stehen, also insbesondere nicht in die Wirtschafts- und Risikogemeinschaft der Eheleute einbezogen sind. Wenden sie ihrem Schwiegerkind etwas zu, dann geschieht dies gewöhnlich primär in Ansehung ihres eigenen Kindes, während eine etwaige persönliche Beziehung der Schwiegereltern zu dem Schwiegerkind allenfalls Begleitmotiv ist. Die Schwiegereltern würden regelmäßig die Zuwendung nicht vornehmen, wenn es sich bei dem Zuwendungsempfänger nicht um den Lebenspartner ihres Kindes handelte. Folglich kann in solchen Fällen nicht das Näheverhältnis zum Schwiegerkind herangezogen werden, um es für die Schwiegereltern zumutbar erscheinen zu lassen, dass das Schwiegerkind nach bisheriger Betrachtungsweise zumindest die hälftige Zuwendung behalten darf, wenn die Ehe mit dem eigenen Kind scheitert.

c) Zwischenergebnis

[46] Nachdem das BerGer. Ansprüche der Kl. nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage hauptsächlich aus güterrechtlichen Erwä-

gungen verneint hat, kann das angefochtene Urteil bereits aus diesem Grund nicht bestehen bleiben.

II. Ansprüche aus § 812 I 1 2. Fall BGB möglich

[47] Es ist nicht ausgeschlossen, dass auch Ansprüche wegen Zweckverfehlung aus § 812 I 2 Alt. 2 BGB im Einzelfall in Betracht kommen können. Diese können jedenfalls nicht mehr mit der vom OLG angeführten Erwägung abgelehnt werden, die Abwicklung nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage habe Vorrang und schließe eine Anwendung bereicherungsrechtlicher Grundsätze aus, auch wenn deren tatbestandliche Voraussetzungen gegeben seien.

[48] In seiner bisherigen Rechtsprechung hat der Senat es zwar abgelehnt, allein um der Ehe des eigenen Kindes Willen erfolgte schwiegerelterliche Zuwendungen auf der Grundlage von Bereicherungsansprüchen wegen Zweckverfehlung rückabzuwickeln (Senat, BGHZ 129, 259 [264] = NJW 1995, 1889). Eine Rückabwicklung nach § 812 I 2 Alt. 2 BGB kam danach nur in Betracht, wenn zwischen Zuwendungsempfänger und Zuwendendem eine Willensübereinstimmung bezüglich eines über die bloße Verwirklichung der ehelichen Gemeinschaft hinausgehenden Zweckes erzielt wurde, beispielsweise über den künftigen Miteigentumserwerb des eigenen Kindes des Zuwendenden (vgl. Senat, BGHZ 115, 261 [262f.] = NJW 1992, 427). Insoweit galt also nichts anderes als in Ansehung der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung ehebedingter Zuwendungen unter Ehegatten (vgl. Senat, BGHZ 115, 261 [262] = NJW 1992, 427 m.w. Nachw.).

[49] Auch an dieser Rechtsprechung hält der Senat nicht fest (vgl. bereits zu Zuwendungen unter den Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft Senat, NJW-RR 2009, 1142 = FamRZ 2009, 849 [850]; BGHZ 177, 193 [206ff.] = NJW 2008, 3277).

[50] Allein der Aspekt der größeren Flexibilität einer Abwicklung nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage vermag nicht zu rechtfertigen, warum stattdessen nicht Bereicherungsansprüche wegen Zweckverfehlung gegeben sein können, sofern deren tatbestandliche Voraussetzungen vorliegen. Auch sind Fälle denkbar, in denen (künftige) Schwiegereltern mit ihrer Schenkung ehebezogene Zwecke verfolgen, hierüber mit dem Empfänger der Leistung eine Willensübereinstimmung erzielen, und in denen dieser Zweck infolge des Scheiterns der Ehe nicht erreicht wird. Insbesondere kann der verfolgte Zweck i.S. des § 812 I 2 Alt. 2 BGB darin bestehen, dass der Zuwendungsgegenstand dem eigenen Kind der Schwiegereltern dauerhaft zugute kommt, indem dessen Ehe fortbesteht (vgl. OLG Köln, FamRZ 1994, 1242 [1244]; OLG Hamm, FamRZ 1990, 1232; vgl. auch Joost, JZ 1985, 10 [17], zur unbenannten Zuwendung unter Ehegatten). Allein dadurch, dass die Ehe

eine gewisse Zeit Bestand hatte und das eigene Kind der Schwiegereltern in dieser Zeit von der Schenkung profitierte, wird ein derartiger Zweck in solchen Fällen noch nicht vollständig erreicht, so dass Ansprüche aus Bereicherungsrecht nicht stets unter Hinweis auf die Zweckerreichung abgelehnt werden können (vgl. aber noch Senat, BGHZ 115, 261 [264] = NJW 1992, 427; BGHZ 84, 361 [363] = NJW 1982, 2236, jew. zum Zweck der Schaffung eines Familienheims).

[51] Zwar wird eine entsprechende Zweckvereinbarung vielfach nicht festgestellt werden können. Eine Zweckabrede i.S. des § 812 I 2 Alt. 2 BGB setzt positive Kenntnis von der Zweckvorstellung des anderen Teils voraus, ein bloßes Kennenmüssen genügt nicht (Senat, BGHZ 115, 261 [263] = NJW 1992, 427). Hinzu kommt, dass die Beteiligten im Zeitpunkt der Schenkung nicht selten die Möglichkeit eines späteren Scheiterns der Ehe nicht in ihre Überlegungen aufnehmen. In diesen Fällen mag zwar dennoch eine gemeinsame Vorstellung vom Fortbestand der ehelichen Lebensgemeinschaft vorliegen, welche die Geschäftsgrundlage der Schenkung bildet; eine entsprechende Zweckvereinbarung kommt jedoch von vornherein nicht in Betracht (vgl. Hausmann/Hohloch, Das Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, 2. Aufl., 4. Kap. Rdnr. 142; Kühne, FamRZ 1968, 356 [358]).

III. Hinweise für das weitere Verfahren

[57] Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

1. Einzelfallabwägung

[58] Das BerGer. wird nunmehr unter Abwägung sämtlicher Umstände des Einzelfalls eine Anpassung des Schenkungsvertrags nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage vorzunehmen haben. Hierbei wird es insbesondere auf die Abwägungskriterien zurückgreifen können, die nach der bisherigen Senatsrechtsprechung zu unbenannten schwiegerelterlicher Zuwendungen heranzuziehen waren (vgl. Senat, NJW-RR 2006, 664 = FamRZ 2006, 394 [395ff.]; NJW 1999, 353 = FamRZ 1999, 365 [366f.]; VIZ 1998, 262 = NJW 1998, 2600 L = FamRZ 1998, 669 [670]). Lediglich güterrechtlichen Aspekten kommt nach der geänderten Rechtsprechung des Senats keine Bedeutung mehr zu.

[59] Demgemäß wird insbesondere zu berücksichtigen sein, dass die Tochter der Kl. die Wohnung sieben Jahre lang genutzt hat. Schon deshalb dürfte vorliegend eine vollständige Rückgewähr der Schenkung nicht in Betracht kommen: Ist – wie hier – die Geschäftsgrundlage einer schwiegerelterlichen Schenkung die Erwartung, dass der Gegenstand der Schenkung dem eigenen Kind der Schwiegereltern auf Dauer zugute kommt, so wird diese Erwartung jedenfalls dann nicht verwirklicht, wenn das eigene Kind nicht

angemessen von der Schenkung profitiert. Ist dies infolge des Scheiterns der Ehe des Kindes der Fall, ist die Geschäftsgrundlage dementsprechend insoweit entfallen, als die Begünstigung des eigenen Kindes entgegen der Erwartung seiner Eltern vorzeitig endet (vgl. Senat, NJW-RR 2006, 664 = FamRZ 2006, 394 [395]; NJW 1999, 353 = FamRZ 1999, 365 [367]; VIZ 1998, 262 = NJW 1998, 2600 L = FamRZ 1998, 669 [670]; BGHZ 129, 259 [264] = NJW 1995, 1889). Über die Art und Weise, wie diesem Gesichtspunkt Geltung zu verschaffen ist, hat der Richter im Rahmen seines tatrichterlichen Ermessens zu befinden. Dabei verbietet sich eine schematische Betrachtungsweise.

2. Konkrete Verwendung des Geldes nicht von Relevanz

[60] Weiter dürfte – entgegen der Auffassung des Bekl. – nicht von Relevanz sein, ob die zugewendeten 58 000 DM in voller Höhe für den Erwerb der Wohnung verwendet wurden, oder ob damit teilweise auch sonstige Anschaffungen oder Ausgaben finanziert wurden. Sofern der Geldbetrag nach den für den Bekl. erkennbaren Vorstellungen der Kl. in die Wohnung

fließen sollte, ist unerheblich, ob er auch tatsächlich hierfür Verwendung gefunden hat. Der Bekl. hat die Wohnung im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang zur Geldzuwendung erworben. Für den Rückforderungsanspruch der Kl. kann demgemäß nicht von Bedeutung sein, ob der Bekl. den geschenkten Betrag für die Bezahlung der Wohnung verwendet hat, oder ob er sein sonstiges Vermögen dafür eingesetzt und den – auf diese Weise frei gewordenen – Schenkungsbetrag anderweitig genutzt hat.

[61] Für die Bemessung eines etwaigen Anspruchs des Kl. zu 1 nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage wegen seiner Mitarbeit bei den Instandsetzungs-, Umbau- und Renovierungsarbeiten gilt im Ausgangspunkt nichts anderes, als zu dem die Schenkung betreffenden Rückforderungsanspruch ausgeführt wurde (vgl. oben V 1). Allerdings ist hier zu beachten, dass ein etwaiger Anspruch nicht nur auf den Betrag der noch vorhandenen Vermögensmehrung zu begrenzen ist, sondern auch die ersparten Kosten einer fremden Arbeitskraft nicht übersteigen darf (vgl. zuletzt Senat, BGHZ 177, 193 [210] = NJW 2008, 3277).

Standort: Schadensersatz

OLG HAMM, URTEIL VOM 13.07.2010
I-9 U 89/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Kl. war in der Nacht vom 08.05. auf den 09.05.2005 Fahrgast in einem Nachtzug der Deutschen Bahn, der Beklagten zu 2). Er hatte sich zum Schlafen in das Fahrradabteil des Zuges begeben und war dort auf dem Boden liegend in seinem Schlafsack eingeschlafen. Als ihn die Zugbegleiterin - die Bekl. zu 1) - entdeckte, weckte sie ihn durch Pfiffe aus der mitgeführten Trillerpfeife. Aus welcher Entfernung die Pfiffe abgegeben worden sind, ist zwischen den Parteien streitig. Der Kl. behauptet, die Bekl. zu 1) habe sich zu ihm hinunter gebeugt und die Pfiffe aus nächster Nähe zu seinem linken Ohr abgegeben. Er habe daher dauerhafte Innenohrschäden, insbesondere einen Tinnitus erlitten. Die Bekl. bestreiten dies. Die Bekl. zu 1) hätte vielmehr aus einiger Entfernung gepfiffen; die Hörschäden seien auf die Geräuschbelastungen zurückzuführen, denen der Kl. in seiner Tätigkeit als Schreiner ausgesetzt sei. Der Kl. begehrt Schadensersatz und Schmerzensgeld. Das LG hat der Klage stattgegeben. Die hiergegen gerichtete Berufung der Bekl. bleibt weitgehend ohne Erfolg.

Prüfungsrelevanz:

Neue Erkenntnisse vermittelt die vorliegende Ent-

Problem: Pfiffe aus Trillerpfeife

scheidung des OLG nicht. Dennoch eignet sie sich gut als Vorlage für eine Klausur, die weite Teile des Schuld- bzw. Deliktsrechts und insbesondere des Schadensrechts umfassen kann.

Die Bekl. zu 1) haftete hier - nach der Beweisaufnahme unproblematisch - aus § 823 I BGB und § 823 II BGB i.V.m. § 229 StGB.

Daneben richteten sich die klägerischen Ansprüche auch gegen die Arbeitgeberin der Zugbegleiterin, was die Möglichkeit zur Abfrage der deliktischen Organisationsstufen im Unternehmen eröffnet. Die Haftung resultierte hier aus § 831 BGB und aus §§ 280 I, 278 BGB.

Bis auf einen Teil des vom Kl. geltend gemachten Verdienstaufalles bestätigt der Senat vorliegend die landgerichtliche Entscheidung. Interessant ist die Auseinandersetzung des Senats mit der Frage, ob der Bekl. zu 1) ein Notwehrrecht zustand, das den Einsatz der Trillerpfeife gerechtfertigt hätte. Unter Verneinung dieser Frage beschäftigt sich der Senat mit der Anwendbarkeit des § 33 StGB im Zivilprozess, lehnt diese jedoch ab, da die Tatbestandsvoraussetzungen nicht vorliegen.

Schließlich stand dem Kl. auch das geltend gemachte Schmerzensgeld zu, wobei er sich allerdings eine bereits aus einem Strafprozess gegen die Bekl. zu 1) erhaltene Auflagenzahlung anrechnen lassen muss.

Für die Klausur ist an dieser Stelle zu beachten, dass

der Antrag auf ein nicht beziffertes, angemessenes Schmerzensgeld ausnahmsweise nicht gegen das Bestimmtheitserfordernis des § 253 II Nr. 2 ZPO verstößt. Denn § 253 II BGB eröffnet gerade die Möglichkeit, eine „billige“ Geldentschädigung zu fordern, die auch in das Ermessen des Gericht gestellt werden kann (Thomas/Putzo/Reichold, § 253 Rn. 12).

Wer auf den Service der Bekl. zu 2) tatsächlich angewiesen ist, mag mit gewisser Genugtuung zur Kenntnis nehmen, dass das gelegentliche Verhalten der Zugbegleiter den Weg vor die Gerichtsbarkeit findet und – wie hier – einigermaßen abgestraft wird. Den zwischenzeitlich von den Bekl. erhobenen Vorwurf des Prozessbetrugs tut der Senat jedenfalls als „verfehlt“ ab (Rn. 27 des Urteils).

Vertiefungshinweise:

Zu Fragen der „Bahnhaftung“: *Filthaut*, NZV 2008, 599

Kursprogramm:

Examenskurs: „Die Verfolgung“

Examenskurs: „Der betrunkene Kranführer“

Leitsätze (der Redaktion):

1. Auch im Zivilrecht kommt die Anwendbarkeit des § 33 StGB (im Rahmen des Verschuldens) in Betracht.

2. Schmerzensgeldansprüche aus § 253 II BGB sind mit Ausgleichsansprüchen aus Strafprozessen, die auf das gleiche Interesse gerichtet sind, zu verrechnen.

Sachverhalt:

Der Kläger nimmt die Beklagten auf materiellen Schadensersatz und Schmerzensgeld sowie Feststellung künftiger Einstandspflicht für materielle wie immaterielle Schäden in Anspruch. Der Kläger war in der Nacht vom 8. auf den 9. Mai 2005 Fahrgast in dem Nachtzug D von B nach N. Er hatte sich zum Schlafen in das Fahrradabteil des Zuges begeben und war auf dem Boden liegend in seinem Schlafsack eingeschlafen, als ihn die Beklagte zu 1), die bei der Beklagten zu 2) als Zugbegleiterin beschäftigt ist, gegen 1.30 Uhr durch Pfiffe mit einer Trillerpfeife aufweckte; in welcher Entfernung zum Kläger die Beklagte zu 1) die Pfiffe abgegeben hat, ist streitig.

Der Kläger hat behauptet, die Beklagte zu 2) habe sich zu ihm auf den Boden herunter gebeugt und ihm dann aus unmittelbarer Nähe mit der Trillerpfeife in sein linkes Ohr gepfiffen, dadurch habe er dauerhafte und sein Hörvermögen beeinträchtigende Innenohrschäden, insbesondere einen Tinnitus erlitten.

Demgegenüber haben die Beklagten sich darauf zurück-

gezogen, die Beklagte zu 1) habe lediglich im Stehen und also aus einiger Entfernung gepfiffen, weil der Kläger auch nach Ansprache nicht erwacht sei, jedoch aus Sicherheitsgründen nicht auf dem Boden des Fahrradabteils habe nächtigen können. Sie haben Hörverletzungen des Klägers in Abrede gestellt, hilfsweise die Kausalität der Pfiffe hierfür bestritten und behauptet, etwaige Hörschäden seien entweder durch die Lärmbelastung im Fahrradabteil des Zuges oder auch durch Arbeitsgeräusche verursacht, denen der Kläger als Schreiner ausgesetzt sei.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung des Landgerichts

[4] Das Landgericht hat die Klage weitgehend zuerkannt, lediglich das beanspruchte Schmerzensgeld von 3.500,- Euro mit Blick auf die seitens der Beklagten zu 1) im Strafverfahren in Anrechnung auf das Schmerzensgeld gezahlten 1.000,- Euro nur in Höhe von 2.500,- Euro zugesprochen. Es hat nach Anhörung des Klägers und der Beklagten zu 1) sowie Einholung eines medizinischen Gutachtens zu den behaupteten Innenohrverletzungen des Klägers für erwiesen gehalten, dass der Kläger aufgrund der Pfiffe der Beklagten zu 1) mit der Trillerpfeife einen dauerhaften Tinnitus zu beklagen hat.

B. Berufung

[6] Die Berufungen haben in der Sache nur teilweise Erfolg. Die Beklagte zu 1) haftet dem Kläger gemäß § 823 Abs.1 und §§ 823 Abs.2 BGB, 229 StGB und die Beklagte zu 2) gemäß §§ 280 Abs.1, 278 BGB und § 831 BGB dem Grunde nach auf materiellen Schadensersatz und Schmerzensgeld; der Kläger kann daneben die Feststellung künftiger Einstandspflicht der Beklagten beanspruchen. Der Höhe nach ist das Schmerzensgeld allerdings auf 2.500,-Euro begrenzt, an materiellen Schadensersatz kann der Kläger bisher einen Betrag von 2.168,- Euro geltend machen.

I. Tatsächliche Feststellungen

[7] Die Beklagte zu 1) hat in der Nacht vom 8. auf den 9. Mai 2005 bei Ansichtig werden des auf dem Boden des Fahrradabteils des Zuges D nächtigenden Klägers unstreitig Pfiffe aus ihrer Trillerpfeife abgegeben. Der Senat hat nach der erneuten persönlichen Anhörung des Klägers in dem Senatstermin am 27.November 2009 keinen Zweifel daran, dass die Beklagte zu 1) diese Pfiffe aus unmittelbarer Nähe zu dem Kläger abgegeben hat. Der Kläger schildert gleich bleibend, dass er Speichel auf seinem Gesicht wahrgenommen und deshalb starken Ekel empfunden hat, das ist wirklichkeitsgetreu und für den Senat ohne weiteres nachzuvollziehen. [...]

II. Kausalität

[8] (...) Soweit die Beklagten demgegenüber geltend machen, ein etwa bestehender Tinnitus sei auf laute Arbeitsgeräusche zurück zuführen, denen der Kläger bei seiner Schreinertätigkeit ständig ausgesetzt sei, so spricht hiergegen entscheidend, dass der Kläger vor dem Vorfall vom 8/9. Mai 2005 nie in ohrenärztlicher Behandlung war und es daher kein Anhalt für einen derartigen Ursachenzusammenhang gibt. Dies gilt in gleicher Weise für die seitens der Beklagten zu 2) angeführte Lärmbelastung in dem Fahrradabteil ihres Zuges. Dass diese Lärmbelastung allein geeignet wäre, einen Tinnitus hervorzurufen, ist schon zweifelhaft, jedenfalls handelt sich um eine theoretische Möglichkeit, die der Senat mit Blick auf die belastenden Pfliffe aus der Trillerpfeife ausschließt.

III. Kein Notwehrrecht

[9] Ein Notwehrrecht kann die Beklagte zu 1) nicht für sich in Anspruch nehmen. Selbst wenn sie die Pfliffe zwecks Durchsetzung interner Sicherheitsvorschriften und also zwecks Wahrung des Hausrechts der Beklagten zu 2) in dem Zug abgegeben hat und man dieses Hausrecht auch als geschütztes Rechtsgut im Sinne des Notwehrrechts ansieht (so OLG Düsseldorf NJW 1997, 3383), so war zur Abwehr eines Angriffs des Klägers auf das Hausrecht die massive körperliche "Verteidigung" der Beklagten zu 2) sicher nicht erforderlich. Denn der Kläger hat nach der eigenen Einlassung der Beklagten zu 1) "friedlich" auf dem Boden gelegen, was ihr hätte Anlass geben müssen, besonders "milde" zu reagieren, beispielsweise hätte sie kräftig neben dem Kläger auftreten können, ihn auch leicht mit dem Fuß anstupsen können.

IV. Verschulden

[10] Hinsichtlich des gegen die Beklagten zu 1) gerichteten Anspruchs ist schließlich auch das Verschulden der Beklagten zu 1) zu bejahen, denn dass sie aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken die Grenzen der erforderlichen Verteidigung überschritten hat (§ 33 StGB), ist nicht ansatzweise dargetan. Selbst wenn sie die Befürchtung hatte, dass der Kläger beim Anfassen

randalieren würde, so gab es für eine derartige Reaktion noch keinerlei objektiven Anhalt und die Beklagte war nicht ansatzweise einer unausweichlichen Stresssituation ausgesetzt, die ihre Überschreitung des Notwehrrechts entschuldigen könnte. Der Beklagten zu 1) war auch bewusst - mindestens hätte sie dies wissen müssen -, dass sie mit ihren Pfliffen in dem geschlossenen Fahrradabteil eine erhebliche Verletzungsgefahr für den dort befindlichen Kläger erzeugte.

V. Kein Mitverschulden des Klägers

[11] Ein Mitverschulden des Klägers ist nicht zu berücksichtigen. Selbst wenn er sich ohne Erlaubnis auf dem Boden des Fahrradabteils zum Schlafen niedergelegt hatte, hat er damit für die Reaktion der Beklagten zu 1) keinen vorwerfbaren Anlass gegeben oder diese gar herausgefordert oder provoziert, vielmehr war die Reaktion der Beklagten zu 1) - wie dargestellt - auf das Verhalten des Klägers grob unangemessen. Die Beklagte zu 1) hat äußerst aggressiv reagiert.

VI. Höhe des Schmerzensgeldes

[12] Der Höhe nach ist das seitens des Landgerichts zuerkannte Schmerzensgeld nicht zu beanstanden. Die für Hörschäden zugesprochenen Schmerzensgelder bewegen sich bereits in leichteren Fällen in einem Rahmen von 1.000,- bis 1.500,- Euro, (Hacks/Ring/Böhm Schmerzensgeldtabelle 2007 laufende Nr. 523 und Nr. 576). Im Streitfall ist jedoch nicht nur zu berücksichtigen, dass ein dauerhafter Tinnitus nicht mehr als leichte Hörschädigung einzuordnen ist, zumal der Kläger glaubhaft geschildert hat, dass ihn die ständigen Hörgeräusche erheblich belasten. Darüber hinaus liegt dieser Hörschädigung eine mindestens grob-fahrlässige, wenn nicht bedingt vorsätzliche Körperverletzung zugrunde, so dass die Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes zu berücksichtigen ist. Im Ergebnis ist daher ein Schmerzensgeld von insgesamt 3.500,- Euro erforderlich und auch angemessen, nach Anrechnung der seitens der Beklagten zu 1) im Strafverfahren gezahlten Geldauflage von 1.000,- Euro verbleibt dem Kläger ein Schmerzensgeldanspruch von 2.500,- Euro.

Standort: Gewerberaummiete**Problem: Risiko der Mietstrukturänderung**

BGH, URTEIL VOM 17.03.2010
XII ZR 108/08 (NJW-SPEZIAL 2010, 387)

Problemdarstellung:

Mit Vertrag vom 20.02.2005 vermietete die Kl. der Bekl. Räume im Erdgeschoss eines sechsstöckigen Gebäudes zum Betrieb eines Cafés. Die Kl. plante zunächst, die ersten vier Obergeschosse des Gebäudes als Büroräume zu vermieten. Nachdem sich dies nicht realisieren ließ, veranlasste sie im Sommer 2005 den Ausbau dieser Geschosse als Wohnraum.

Ab September 2006 geriet die Bekl. mit der Mietzahlung teilweise in Verzug. Mit Blick auf die wirtschaftliche Situation der Bekl. schlossen die Parteien im Dezember 2006 eine Vereinbarung, mit der die Miete rückwirkend reduziert wurde. Außerdem ließ sich die Kl. ein ordentliches Kündigungsrecht mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten einräumen. Gestützt auf dieses Kündigungsrecht erklärte sie mit Schreiben vom 29.01.2007 die ordentliche Kündigung des Mietvertrages. Sie verlangt die Räumung des Mietobjekts.

Prüfungsrelevanz:

Ausnahmsweise steht im Mittelpunkt dieser mietrechtlichen Entscheidung nicht die Frage, ob die Voraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung gem. § 543 BGB gegeben sind. Vielmehr geht es um die Wirksamkeit des vertraglich eingeräumten und von der Vermieterin ausgeübten ordentlichen Kündigungsrechts. Das Berufungsgericht hatte sich auf den Standpunkt gestellt, die Vereinbarung und die Ausübung des ordentlichen Kündigungsrechts seien in "hohem Maße treuwidrig" und verstießen gegen § 242 BGB bzw. § 138 BGB. Denn für die Kl. sei erkennbar gewesen, dass die Bekl. besonderen Wert auf die Lage der Räumlichkeiten in einem Geschäftshaus gelegt habe. Daher sei auf die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage gem. § 313 BGB abzustellen, wenn sich die Eigenschaft als Geschäftshaus nicht realisieren. Hieraus ergebe sich ein Anspruch der bekl. Mieterin auf Anpassung des Mietvertrages. Lasse sich die Kl. vor diesem Hintergrund jedoch ein Sonderkündigungsrecht einräumen, habe sie den Vorsatz gehabt dieses auch auszuüben. Dieses Verhalten widerspreche den Grundsätzen von Treu und Glauben.

Unter Verweis auf seine ständige Rechtsprechung lehnt der BGH diese Auffassung ab (vgl. *BGH*, NJW 2006, 899 [901]; *BGH*, NJW-RR 2004, 1236; *BGH*, NJW-RR 2000, 1535 [1536]). Nach Ansicht des Senats bestand keine aus § 313 BGB folgende Verpflichtung der Kl. zur Anpassung des Mietvertrages. Denn die i.R.v. § 313 BGB zu berücksichtigende Risikover-

teilung trifft hier allein die bekl. Mieterin. Zum Risiko des gewerblichen Mieters rechnet nämlich insbesondere die Erwartung, mit dem Mietobjekt Gewinne erzielen zu können. Das umfasst auch das Risiko einer Veränderung der Mietstruktur im Umfeld des Mietobjekts. Für die Examensklausur sei zunächst angemerkt, dass die (fehlgeschlagene) Gewinnerwartung des Mieters keinen Mangel i.S.d. §§ 536 ff. BGB darstellt und damit keine Gewährleistungsansprüche auslöst. Konsequenterweise erscheint der Senat zwar in der Annahme, dass eine solche Erwartung grds. dem Verantwortungsbereich des gewerblichen Mieters zuzurechnen ist und damit auch keine Ansprüche aus § 313 BGB in Betracht kommen. Allerdings ist zu fragen, ob hier der Umstand der einseitigen nachvertraglichen Änderung der Mietstruktur angemessen berücksichtigt worden ist. Denn diese beruht immerhin auf einem willentlichen Entschluss des anderen Vertragsteils und nicht - wie häufig - auf einer sonstigen Umstandsänderung. Daher spricht nicht wenig dafür, in solchen Situationen von einer paritätischen Risikoverteilung auszugehen und dem Mieter einen Anpassungsanspruch zuzubilligen. Anderenfalls bleibt fraglich, welche Bedeutung § 313 BGB im (gewerblichen) Mietrecht überhaupt zukommen soll.

Vertiefungshinweise:

☐ Zum Verwendungsrisiko bei Gewerberaummiete: *BGH*, NJW 2006, 197; *BGH*, NJW 2000, 1714; *OLG Düsseldorf*; *NZM* 2010, 477

Leitsatz (der Redaktion):

Auch bei einer Veränderung der Mietstruktur im Umfeld des Mietobjekts trifft den gewerblichen Mieter das Risiko, mit dem Mietobjekt Gewinne erzielen zu können.

Sachverhalt:

Die Klägerin verlangt von der Beklagten Räumung und Herausgabe von Gewerbemieträumen.

Mit Vertrag vom 20. Februar 2005 vermietete die Klägerin an die Beklagte Räume im Erdgeschoss eines sechsgeschossigen im Bau befindlichen Gebäudes zum Betrieb eines Cafés für zehn Jahre mit einmaliger Verlängerungsoption zu Gunsten der Beklagten. Nachdem sich die von der Klägerin geplante Vermarktung der ersten vier Obergeschosse als Büroraum nicht realisieren ließ, veranlasste sie im Sommer 2005 den Ausbau dieser Geschosse als Wohnraum.

Ab September 2006 geriet die Beklagte mit der Zahlung der monatlich in Höhe von 3.114,30 € geschuldeten Miete in Rückstand. Sie zahlte im September 2006 nur einen Teilbetrag von 1.000 € und in den

Monaten Oktober bis November 2006 keine Miete. Am 12. November 2006 schlossen die Parteien unter Hinweis auf die schwierige wirtschaftliche Situation der Beklagten eine Vereinbarung, mit der der Mietzins rückwirkend ab September 2006 für sechs Monate bis zum 28. Februar 2007 um monatlich 1.000 € inklusive Mehrwertsteuer reduziert wurde. Weiter stundete die Klägerin den von der Beklagten anerkannten Mietzinsrückstand von 4.269,21 € zinslos bis Ende Februar 2007. Bei Verzug der Beklagten mit der reduzierten Miete sollte dieser Rückstand innerhalb von fünf Werktagen zur vollen Zahlung fällig sein. Im Gegenzug ließ sich die Klägerin ein bis zum 28. Februar 2007 bestehendes ordentliches Kündigungsrecht mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten einräumen. Gestützt auf dieses Kündigungsrecht erklärte sie mit Anwaltsschreiben vom 29. Januar 2007 die ordentliche Kündigung des Mietvertrages.

Mit Schreiben vom 23. Juli 2007 und vom 15. Februar 2008 kündigte die Klägerin den Mietvertrag fristlos wegen Zahlungsverzugs.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht die Klage abgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Aus den Gründen:

[6] Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

A. Ausführungen des Berufungsgerichts

[7] Das Berufungsgericht ist der Auffassung, die Klägerin habe keinen Anspruch auf Räumung und Herausgabe des Mietobjekts.

[8] Die ordentliche Kündigung vom 29. Januar 2007 sei unwirksam, weil das am 12. November 2006 vereinbarte ordentliche Kündigungsrecht und dessen Ausübung in hohem Maße treuwidrig (§ 242 BGB), wenn nicht gar sittenwidrig (§ 138 Abs. 1 BGB) seien.

[9] Geschäftsgrundlage des Mietvertrages sei die gewerbliche Nutzung der ersten vier Obergeschosse als Büroraum gewesen. Das ergebe sich daraus, dass eine solche Nutzung ursprünglich von der Klägerin geplant und in der Flächenzusammenstellung des Bauwerks, die gemäß § 15 Nr. 2 des Mietvertrages als Anlage 3 dessen wesentlicher Bestandteil geworden sei, auch so ausgewiesen gewesen sei. Für die Klägerin habe sich aus den Umständen des Vertragsschlusses klar ergeben, dass die Beklagte besonderen Wert auf die Lage des Cafés in einem Wohn- und Geschäftshaus gelegt habe. Dieser Umstand bewirke zwar keine Einstandspflicht der Klägerin nach Gewährleistungsrecht gemäß §§ 537 ff. BGB, auch liege kein Fehler der Mietsache vor. Zur Anwendung kämen aber die Grundsätze über

den Wegfall der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB. Zwar trage im Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter der Mieter das Verwendungsrisiko bezüglich der Mietsache, zu dem vor allem die Chance gehöre, mit dem Mietobjekt Gewinne zu erzielen. Diese Risikoverteilung gelte auch dann, wenn die Lage des Mietobjekts in einem bestimmten Umfeld maßgeblicher Grund für die übereinstimmende Erwartung des Mieters und des Vermieters gewesen sei, von dem Umfeld werde eine geschäftsbelebende Wirkung ausgehen. Unter diese Rechtsprechung lasse sich der vorliegende Fall allerdings nicht subsumieren. Hier falle es in den Risikobereich der Klägerin, die geplante Vermarktung der ersten vier Obergeschosse als Gewerbeeinheiten zu realisieren. Dadurch, dass ihr dies nicht gelungen sei, sei eine wesentliche Veränderung der Geschäftsgrundlage eingetreten. Die Beklagte habe deshalb eine Anpassung des Mietvertrages verlangen können. Dies sei der juristisch nicht versierten und anwaltlich nicht vertretenen Beklagten nicht bewusst gewesen, wohl aber der Klägerin, die als eine am Markt langjährig tätige Bauunternehmerin von dem Interessenkonflikt zwischen künftigen Wohnungseigentümern und Gaststättenbetreibern gewusst habe. Deshalb sei davon auszugehen, dass die Klägerin zum Zeitpunkt der Vereinbarung des Sonderkündigungsrechts bereits den Vorsatz gehabt habe, es auszuüben. Dieses Verhalten widerspreche den Grundsätzen von Treu und Glauben, insbesondere der Verpflichtung der Klägerin zu eigener Leistungstreue, weshalb ihr die Berufung auf das eingeräumte ordentliche Kündigungsrecht zu versagen sei.

[10] Vor dem Hintergrund der bewussten Ausnutzung der wirtschaftlichen Situation der Beklagten und ihrer juristischen Unkenntnis sei die Einräumung und Ausübung des Kündigungsrechts darüberhinaus sittenwidrig, § 138 Abs. 1 BGB.

[11] Auch die außerordentlichen Kündigungen wegen Zahlungsverzuges vom 23. Juli 2007 und vom 15. Februar 2008 seien unwirksam. Die Klägerin habe schon nicht dargetan, für welche Zeiträume die Beklagte Zahlungen in welcher Höhe schulde. Sie könne aber auch deshalb nach Treu und Glauben nicht fristlos kündigen, weil sie sich selbst nicht vertragstreu verhalten habe, indem sie die von ihr geschuldete Mitwirkung an der Vertragsanpassung abgelehnt habe.

B. Entscheidung des BGH

[12] Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Die Klägerin hat, wie das Landgericht zu Recht entschieden hat, gemäß § 546 BGB einen Anspruch auf Herausgabe und Räumung des Mietobjekts und Herausgabe der Schlüssel. Denn die Klägerin hat den Mietvertrag wirksam mit Schreiben vom 29. Januar 2007 gestützt auf das im Nachtrag vom 12. November 2006 vereinbarte Son-

derkündigungsrecht ordentlich gekündigt.

I. Sonderkündigungsrecht wirksam

[13] Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts verstoßen die Vereinbarung des Sonderkündigungsrechts und dessen Ausübung weder gegen § 242 BGB noch gegen § 138 Abs. 1 BGB.

[14] Das Berufungsgericht ist bei der Bewertung des Verhaltens der Klägerin als treu- bzw. sittenwidrig zu Unrecht davon ausgegangen, dass die Klägerin wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage zur Anpassung des Mietvertrages verpflichtet gewesen sei. Eine solche Verpflichtung der Klägerin bestand nicht.

[15] Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Klägerin der Beklagten nicht zugesichert, dass die über den Mieträumen gelegenen vier Stockwerke als Büroraum genutzt werden würden; es handelte sich insoweit lediglich um eine gemeinsame Vorstellung der Parteien im Sinne einer Geschäftsgrundlage. Das Berufungsgericht verkennt nicht, dass für die Berücksichtigung von Störungen der Geschäftsgrundlage grundsätzlich kein Raum ist, soweit

es um Erwartungen und Umstände geht, die nach den vertraglichen Vereinbarungen in den Risikobereich einer der Parteien fallen.

[16] Zu Unrecht meint das Berufungsgericht allerdings, bei der gemeinsamen Vorstellung der Parteien, die vier Stockwerke über den Mieträumen würden als Büroraum genutzt, handele es sich um ein von der Klägerin übernommenes Risiko.

1. Ständige Rechtsprechung zur Risikoverteilung

[17] Nach ständiger Rechtsprechung des Senats trägt bei der Gewerberaumvermietung grundsätzlich der Mieter das Verwendungsrisiko bezüglich der Mietsache (Senatsurteile vom 29. September 1999 - XII ZR 313/98 - NZM 2000, 36, 40; vom 16. Februar 2000 - XII ZR 279/97 - NJW 2000, 1714, 1716; vom 19. Juli 2000 - XII ZR 176/98 - NJW-RR 2000, 1535, 1536; vom 26. Mai 2004 - XII ZR 149/02 - NJW-RR 2004, 1236 und vom 21. September 2005 - XII ZR 66/03 - NJW 2006, 899, 901). Dazu gehört vor allem das Risiko, mit dem Mietobjekt Gewinne erzielen zu können. Erfüllt sich die Gewinnerwartung des Mieters nicht, so verwirklicht sich damit ein typisches Risiko des gewerblichen Mieters. Danach fällt es in den Verantwortungsbereich des Mieters, als Unternehmer die Erfolgsaussichten eines Geschäfts in der gewählten Lage abzuschätzen. Das umfasst auch das Risiko einer Veränderung der Mieterstruktur im Umfeld des Mietobjekts.

2. Subsumtion

[18] Unter Zugrundelegung dieser Rechtsprechung

muss im vorliegenden Fall die Klägerin lediglich ihr eigenes Risiko für die Vermietbarkeit und beabsichtigte Vermarktung der anderen Mieteinheiten tragen. Nicht aber trägt sie ein eigenes unternehmerisches Risiko für die hierauf gestützte Gewinnerwartung der Beklagten. Zwar können die Parteien die Risikoverteilung vertraglich ändern und vereinbaren, dass der Vermieter das Geschäftsrisiko des Mieters - ganz oder zum Teil - übernimmt. Für eine solche Vereinbarung liegen hier keine Anhaltspunkte vor. Weder aus einer unterstellten Zusage der Klägerin, noch aus der übereinstimmenden Vorstellung der Parteien, dass die über den Mieträumen gelegenen vier Stockwerke als Büroeinheiten genutzt werden, noch aus der Bezeichnung der Einheiten als "Büro" in der Gesamtflächenzusammenstellung, die dem Mietvertrag als Anlage beigelegt war, lässt sich herleiten, dass die Klägerin ein eigenes unternehmerisches Risiko für die auf die Vermietung der ersten vier Stockwerke als Büroeinheiten gestützte Gewinnerwartung der Beklagten übernehmen wollte.

3. Keine anderweitige Treu- oder Sittenwidrigkeit

[19] Auch die weiteren von dem Berufungsgericht angeführten Umstände vermögen ein treu- oder sittenwidriges Verhalten der Klägerin nicht zu begründen. Weder die besonderen Interessen der Klägerin an einer vorzeitigen Beendigung des befristet abgeschlossenen Mietvertrages noch die angenommene geschäftliche Unerfahrenheit der beklagten GmbH führen dazu, dass die Vereinbarung des Sonderkündigungsrechts und dessen Ausübung treu- oder sittenwidrig sind. Denn die Klägerin war zu diesem Zeitpunkt zur fristlosen Kündigung des Mietvertrages gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 3 a BGB berechtigt, weil die Beklagte sich mit mehr als zwei Monatsmieten in Verzug befand. Die Beklagte hatte sich bis dahin auch weder auf eine Minderung noch auf etwaige Gegenansprüche berufen. Durch die Vereinbarung eines nur ordentlichen Kündigungsrechts mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten war die Beklagte sogar besser gestellt. Schon deshalb kann in dieser Vereinbarung kein treu- oder sittenwidriges Verhalten der Klägerin gesehen werden, auch dann nicht, wenn die Beklagte geschäftlich unerfahren war.

II. Außerordentliche Kündigung nicht entscheidungsrelevant

[20] Da die ordentliche Kündigung der Klägerin vom 29. Januar 2007 wirksam war, kommt es für den Räumungs- und Herausgabeanspruch nicht darauf an, ob die außerordentlichen Kündigungen vom 23. Juli 2007 und vom 15. Februar 2008 zu Recht erfolgt sind.

*Strafrecht***Standort: § 24 StGB****Problem: Rücktritt vom Versuch des Unterlassungsdelikts**

BGH, URTEIL VOM 19.05.2010
2 STR 278/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die vier Angeklagten V, L, Va und K wollten dem Opfer einen Denkkzettel verpassen. Deshalb lockten sie es in einen Wald, bedrohten es dort mit einer Schreckschusspistole und zwangen es dazu, sich auszuziehen. Dann fesselten sie es in einer Plane. V und L übergossen das Opfer daraufhin mit Benzin und zündeten es an. Das Opfer geriet in Brand, konnte sich jedoch befreien und es gelang ihm, das Feuer zu ersticken. Va und K halfen dem Opfer noch dabei, die letzten Flammen zu löschen. Dann zogen die Angeklagten das Opfer wieder an und fuhren mit ihm in die Stadt, wo ein Verwandter des Opfers dieses in ein Krankenhaus brachte.

Das Landgericht Köln hatte V und L insb. wegen mittäterschaftlichen versuchten Totschlags, §§ 212 I, 25 II, 22, 23 I StGB, verurteilt, Va und K jeweils (als Nebentäter sowohl hinsichtlich V und L als auch im Verhältnis zueinander) wegen versuchten Totschlags durch Unterlassen, §§ 212 I, 13 I, 22, 23 I StGB. Einen Rücktritt von V und L hatte das Landgericht mit der Begründung abgelehnt, dass diese nicht einmal rudimentäre Rücktrittsbemühungen an den Tag gelegt, sich insbesondere an den Rettungsversuchen von Va und K nicht beteiligt hätten. Auch Va und K seien nicht strafbefreiend zurückgetreten, da sie für die Rettung des Opfers nicht willentlich mitursächlich geworden seien und es ihnen auch nicht darum gegangen sei, das Opfer um jeden Preis zu retten. Auf die Revision der Angeklagten hin hob der BGH das Urteil auf, allerdings nur bzgl. Va und K. Hinsichtlich der Angeklagten V und L habe das LG den Rücktritt zwar im Ergebnis korrekt, allerdings mit einer falschen Begründung verneint. Das Einschreiten von Va und K und die Rettung des Opfers durch sie führe nämlich bei V und L zu einem Fehlschlag des Versuchs, der einen Rücktritt von vornherein ausschließe. Anders als das LG sah der BGH jedoch bei Va und K die Voraussetzungen eines strafbefreienden Rücktritts als gegeben an. Bei diesen sei zum einen ein Fehlschlag nicht gegeben, zum anderen handle es sich für sie um einen unbeendeten Versuch, § 24 I 1 Fall StGB, sodass es auch nicht erforderlich sei, dass sie ursächlich für die Rettung des Opfers würden. Sie mussten insofern nur

freiwillig die weitere Tatausführung aufgeben, was sie aber auch getan hätten.

Prüfungsrelevanz:

Probleme im Zusammenhang mit einem Rücktritt vom Versuch stellen typische Examensaufgaben aus dem Bereich des Allgemeinen Teils des StGB dar, die in beiden Examen im Zusammenhang mit den verschiedensten Delikten, besonders häufig aber - wie im vorliegenden Fall - mit Körperverletzungs- und Tötungsdelikten immer wieder auftauchen. Insbesondere die Konstellation des fehlgeschlagenen Versuchs, aber auch die Angrenzung von beendetem und unbeendetem Versuch und der Rücktritt vom Versuch eines Unterlassungsdelikts, also alle in der vorliegenden Entscheidung relevanten Probleme, stellen hierbei Examensklassiker dar.

Nach herrschender Meinung ist ein strafbefreiender Rücktritt vom Versuch dann ausgeschlossen, wenn dieser fehlgeschlagen ist (BGH, NJW 2003, 1057; 2004, 333; Fischer, § 24 Rn. 6; Schönke/Schröder-Eser, § 24 Rn. 7; Kudlich, JuS 1999, 242). Ein solcher Fehlschlag liegt nach dieser Auffassung dann vor, wenn der Täter glaubt, dass er die Tat mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln gar nicht mehr oder jedenfalls nicht ohne ganz neues Ansetzen vollenden könne (BGH, NStZ-RR 2002, 168; 2006, 168, 169; Fischer, § 24 Rn. 7). Die Gegenauffassung lehnt die Rechtsfigur des fehlgeschlagenen Versuchs zwar mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung ab (Haft, JURA 1994, 536; Scheinfeld, JuS 2002, 250, 251; Schroeder, NStZ 2009, 9), kommt allerdings - meist über die Verneinung der Freiwilligkeit - in entsprechenden Fällen auch zur Ablehnung eines Rücktritts, sodass es sich wohl eher um einen dogmatischen Streit handeln dürfte. Der BGH setzt in der vorliegenden Entscheidung seine ständige Rechtsprechung fort und lehnt den Rücktritt von V und L wegen eines Fehlschlags des Versuchs ab. Interessant ist allerdings insofern, dass der Fehlschlag nicht auf einem Fehlgehen der Tathandlung von V und L beruht, sondern auf dem rettenden Eingreifen der Nebentäter Va und K.

Ist der Versuch nicht fehlgeschlagen, so hängen die Voraussetzungen für einen strafbefreienden Rücktritt beim Alleintäter davon ab, ob es sich um einen unbeendeten oder beendeten Versuch handelt: Beim unbeendeten Versuch ist es für einen Rücktritt ausreichend,

dass der Täter freiwillig die weitere Tatausführung aufgibt, § 24 I 1 1. Fall StGB, beim beendeten Versuch muss der Täter hingegen freiwillig die Vollendung verhindern, § 24 I 1 2. Fall StGB. Bei mehreren Tatbeteiligten ist diese Unterscheidung grds. entbehrlich, da der dann einschlägige § 24 II StGB - anders als § 24 I StGB - nicht zwischen beendetem und unbeendetem Versuch differenziert. Da der BGH - ebenso wie das LG - Va und K jeweils als Neben- und somit auch als Alleintäter der entsprechenden Unterlassungsdelikte angesehen hatte, hatte er für diese auch geprüft, ob ihre Versuche beendet oder unbeendet waren. Diese Abgrenzung nimmt der BGH ebenso wie die herrschende Literatur danach vor, ob der Täter glaubt, dass er bereits alles seinerseits Erforderliche zur Vollendung der Tat getan habe (dann beendeter Versuch) oder nicht (dann unbeendeter Versuch), wobei nach h.M. auf den Zeitpunkt nach der letzten Ausführungshandlung, den sog. Rücktrittshorizont, abzustellen ist (BGHSt 14, 79; 39, 227; BGH, NStZ 2007, 91; 2009, 25; Fischer, § 24 Rn. 14; LK-Lilie/Albrecht, § 24 Rn. 144 ff.). Bei einer entsprechenden Prüfung war der BGH - anders als das LG - zu dem Ergebnis gekommen, dass es sich für Va und K um einen unbeendeten Versuch handelte, sodass diese durch die bloße Aufgabe weiterer Verletzungshandlungen zurückgetreten waren.

Bemerkenswert an diesem Ergebnis ist die Tatsache, dass der BGH - ebenso wie das LG - bei den Angeklagten Va und K den Tatbestand des versuchten Totschlags durch Unterlassen angenommen hatte. Beim Rücktritt vom Versuch eines Unterlassungsdelikts geht der BGH allerdings eigentlich davon aus, dass hier die Differenzierung zwischen beendetem und unbeendetem Versuch überflüssig sei (sog. "Einheitstheorie", vgl. BGH, NJW 2000, 1730, 1732; NStZ 1997, 485; ebenso Roxin, AT II, § 29 Rn. 269; a.A.: Schönke/Schröder-Eser, § 24 Rn. 27 ff.). Vom Versuch eines Unterlassungsdelikts könne der Täter niemals durch ein Unterlassen zurücktreten, sondern müsse hierfür immer aktiv in den Kausalverlauf eingreifen. Dies entspreche dann den Anforderungen an einen Rücktritt vom beendeten Versuch beim Begehungsdelikte. Dass der BGH - ohne weitere Erörterungen - im vorliegenden Fall also einen unbeendeten Versuch eines Unterlassungsdelikts annimmt, ist angesichts der bisherigen Rechtsprechung schon eine kleine Überraschung. Allerdings wäre der BGH auch bei Anwendung der Einheitstheorie im vorliegenden Fall nicht zu einem anderen Ergebnis gekommen, da - worauf der BGH ausdrücklich hinweist - das Verhalten von Va und K kausal für die Verhinderung der Vollendung geworden ist, sodass auch die Voraussetzungen für einen Rücktritt vom beendeten Versuch vorliegen.

Vertiefungshinweise:

□ Zum fehlgeschlagenen Versuch: *BGHSt* 34, 53; 35, 90; 39, 221; *BGH*, NStZ-RR 2004, 361; 2006, 168; *Roxin*, NStZ 2009, 319; *Scheinfeld*, JuS 2002, 250; *Schroeder*, NStZ 2009, 9

□ Zur Unterscheidung von beendetem und unbeendetem Versuch beim Rücktritt vom Versuch des Unterlassungsdelikts: *BGH*, NJW 2000, 1730, 1732; NStZ 1997, 485; *Brand/Fett*, NStZ 1998, 507; *Küpper*, JuS 2000, 225

Kursprogramm:

□ *Examenskurs*: "Expedition"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Auf Rücktrittsbemühungen im Sinne von § 24 I 1 2. Fall StGB kommt es nicht an, wenn der Versuch fehlgeschlagen ist. Das ist der Fall, wenn der Täter nach seiner letzten auf den Taterfolg gerichteten Ausführungshandlung erkennt, dass der Erfolg nicht eingetreten ist und mit nahe liegenden Mitteln ohne wesentliche Änderung des Tatplans und Begründung einer neuen Kausalkette auch nicht mehr verwirklicht werden kann. Für die Beurteilung kommt es daher im Ausgangspunkt auf die Sicht des Täters nach der (objektiv erfolglosen) Tathandlung an. Liegt ein Fehlschlag vor, scheidet ein Rücktritt vom Versuch nach allen Varianten des § 24 I oder II StGB aus.

2. Ist ein Fehlschlag nicht gegeben, so ist die Unterscheidung zwischen unbeendetem und beendeten Versuch für die vom Täter zu erbringende Rücktrittsleistung in Fällen des § 24 I nStGB stets, in solchen des § 24 II StGB mittelbar dann von Bedeutung, wenn sich die (gemeinsame) Verhinderungsleistung von Versuchsbeteiligten in einem einverständlichen Unterlassen des Weiterhandelns erschöpfen kann.

3. Für die Abgrenzung zwischen unbeendetem (§ 24 I 1 1. Fall StGB) und beendetem (§ 24 I 2 2. Fall StGB) Versuch ist auf den sog. "Rücktrittshorizont", also auf die subjektive Vorstellung des Täters nach Abschluss der letzten auf den Erfolg abzielenden Ausführungshandlung abzustellen; dieser ist unabhängig vom Tatplan.

4. Verfehlt ist die Annahme, die Anwendung des § 24 StGB setze "naturgemäß" voraus, dass der Täter selbst für die Rettung des Opfers ursächlich oder mitursächlich werde. Dies gilt allenfalls beim beendeten Versuch; sie setzt im Übrigen auch nicht voraus, dass es dem Täter darauf ankommt, "das Opfer um jeden Preis zu retten".

Sachverhalt:

Die damals 18 und 17 Jahre alten Angeklagten V und

L beschlossen, dem Nebenkläger S oder einem seiner Freunde einen "Denkzettel zu verpassen", weil sie sich - aus unterschiedlichen, eher belanglosen Anlässen - von diesen "beleidigt" und nicht genügend respektiert fühlten. Zur Unterstützung versicherten sie sich der Mithilfe der ebenfalls 17jährigen Angeklagten Va und K.

Auf Vorschlag des Angeklagten Va fuhren die Angeklagten, die den PKW des Vaters des Angeklagten V nutzten, zur Wohnung von Va und holten dort eine mit Gasmunition geladene Schreckschusspistole. V und L holten dann aus dem Keller der Familie V eine Motorrad-Abdeckplane und aus dem Keller der Familie L zwei Seile, einen Hammer, einen Benzinkanister und eine Tüte. Sodann holten sie Va und K ab; gemeinsam fuhren die Angeklagten zu einem Waldstück, das sie als Tatort vorgesehen hatten. Auf der Fahrt dorthin hielten sie an einer Tankstelle an, betankten das Fahrzeug und füllten in den Kanister etwa drei Liter Benzin; für die Tankkosten legten die Angeklagten das Geld zusammen. Allen Beteiligten war bekannt, dass die genannten Gegenstände mitgeführt wurden und dass sie zur Umsetzung des Plans eingesetzt werden sollten. Was genau insoweit zwischen den Angeklagten abgesprochen wurde, konnte das Landgericht nicht feststellen.

Die Angeklagten parkten das Fahrzeug am Waldrand und brachten die genannten Gegenstände zur Vorbereitung der Tat zu dem im Wald gelegenen späteren Tatort. V fuhr dann allein in die Stadt zurück, um entweder den später Geschädigten, den Jugendlichen S, oder seinen Freund P zu suchen und unter einem Vorwand zum Tatort zu bringen. Er traf schließlich auf S, gab vor, mit diesem etwas besprechen zu wollen, und brachte ihn zu dem Waldstück. Dort wurde S von dem Angeklagten V mit der Pistole bedroht, die er für eine scharfe Waffe hielt, von K mit Gewalt aus dem Fahrzeug gezogen und in den Wald zum Tatort geführt. Dort zwang man ihn unter Drohungen, sich nackt auszuziehen und auf die Motorradplane zu legen. Die Angeklagten schlugen die Plane teilweise über den Körper des Tatopfers und banden sie mit Seilen locker zusammen. Der Geschädigte war extrem verängstigt und flehte die Angeklagten an, sie sollten ihm nichts tun; man könne sich doch einigen. Hierauf entgegnete V, es gebe nichts zu einigen.

L holte nun den Benzinkanister aus dem Kofferraum des PKW und übergab ihn V. Dieser goss Benzin über den Körper des Geschädigten vom Hals bis zu den Füßen sowie über die Plane; sodann goss er eine vom Geschädigten wegführende Benzinspur auf den Boden. Ob während dieses Vorgangs Va und K riefen, V soll aufhören, vermochte das Landgericht nicht sicher festzustellen, aber auch nicht auszuschließen. Auf Aufforderung des V holte L ein Feuerzeug herbei und übergab es an V. Dabei war ihm bewusst, dass V be-

absichtigte, das Opfer anzuzünden. V bückte sich nun und setzte die Benzinspur in Brand. Dabei wollte er, dass der Geschädigte in Brand geriet; er hielt dessen Tod für möglich und nahm ihn billigend in Kauf. Er wusste, dass der Geschädigte schwere Verbrennungen erleiden würde, die zu dauerhaften Entstellungen führen würden.

Va, der zunächst auf die Benzinspur getreten war, sprang zurück, als V diese anzündete. Auch die Angeklagten Va und K erkannten, dass der Geschädigte in Brand geraten und in Folge der dadurch erlittenen Verletzungen sterben könnte; dies nahmen sie billigend in Kauf. Sie nahmen als sicher an, dass der Geschädigte schwere, dauerhafte Entstellungen durch Brandverletzungen erleiden würde.

Der Geschädigte S geriet, wie beabsichtigt, sogleich in Brand, insbesondere am Rücken und Gesäß, an den Beinen und am linken Arm. In Panik befreite er sich aus der nur lose zusammengebundenen Plane, lief schreiend umher, warf sich schließlich auf den Boden und wälzte sich hin und her. Hierdurch gelang es ihm, den größten Teil der Flammen zu löschen. Va und K sprangen nun hinzu und löschten die letzten Flammen. Der Geschädigte stand nun auf und zog sich auf Geheiß Vs wieder an. Alle begaben sich zum Fahrzeug; der Geschädigte setzte sich auf den Rücksitz zwischen Va und L, beim Einsteigen musste ihm Va helfen. Auf der Fahrt in die Stadt stöhnte er vor Schmerzen. V sagte zu ihm, er könne sich bei Va und K bedanken; er, V, hätte ihn brennen lassen. Er verlangte von S die Bestätigung, dass er es ihm und seinen Freunden nun "gezeigt" habe. Weiterhin verlangte er von ihm die Zusicherung, von nun an 400 Euro pro Woche als "Schutzgeld" an ihn zu zahlen. Während der Unterhaltung schlug er nervös und aggressiv mit der Pistole auf das Armaturenbrett ein. Schließlich drohte er dem Geschädigten noch, dieser werde getötet, wenn er die Schutzgeldzahlung nicht erbringe oder wenn er von den Geschehnissen erzähle.

Die Angeklagten ließen den Geschädigten schließlich in unmittelbarer Nähe eines Kiosk aussteigen, an dem ihn V zuvor getroffen hatte und an dem sich ein Cousin des Geschädigten noch immer aufhielt. Dieser brachte ihn, da es ihm zunehmend schlecht ging, in ein nahe gelegenes Krankenhaus; von dort wurde er sofort in ein Spezialkrankenhaus verlegt, wo er intensivmedizinisch behandelt wurde.

Die Verletzungen des Geschädigten waren unmittelbar lebensbedrohlich. Etwa 40 % seiner Körperoberfläche waren stark verbrannt. Er musste vielfach operiert werden und wurde zunächst etwa zwei Monate stationär behandelt. Er hat ein lang dauerndes schweres Durchgangssyndrom erlitten, das auch zum Zeitpunkt der Hauptverhandlung noch nicht gänzlich ausgeheilt war. Er ist durch starke Verbrennungsnarben dauerhaft entstellt, leidet unter Nervenschädigungen sowie

verschiedenen Folgewirkungen des Ausfalls der Hautfunktionen.

Der Angeklagte L hat zur Wiedergutmachung einen Betrag von 1.000 Euro an den Geschädigten gezahlt, der Angeklagte V einen Betrag von 500 Euro. Der Geschädigte und seine Familie haben keine Bereitschaft gezeigt, mit den Familien der Angeklagten in Kontakt zu treten.

Aus den Gründen:

[1] Das Landgericht hat den Angeklagten V wegen versuchten Totschlags in Tateinheit mit schwerer Körperverletzung, Freiheitsberaubung und Nötigung sowie wegen versuchter schwerer räuberischer Erpressung zu einer Jugendstrafe von drei Jahren und sechs Monaten verurteilt, den Angeklagten L wegen versuchten Totschlags in Tateinheit mit schwerer Körperverletzung, Freiheitsberaubung und Nötigung zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten, die Angeklagten Va und K jeweils wegen versuchten Totschlags ("durch Unterlassen") in Tateinheit mit schwerer Körperverletzung ("durch Unterlassen"), zu Jugendstrafen von einem Jahr und neun Monaten, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde. Die auf die Sachrüge gestützten Revisionen der Angeklagten haben in dem in der Urteilsformel genannten Umfang Erfolg, im Übrigen sind sie unbegründet.

1. Entscheidung und rechtliche Würdigung des LG

[2 - 12] Der Verurteilung liegt eine Rache- und "Bestrafungs"-Aktion vor dem Hintergrund der Zugehörigkeit der Beteiligten zu verschiedenen "Cliquen" in einem als sozialer Brennpunkt bekannten Stadtteil Kö.s am 25. April 2006 zugrunde. [...]

[13] Das Landgericht hat aufgrund dieser Feststellungen angenommen, die Angeklagten V und L hätten sich des versuchten Totschlags in Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2 StGB) schuldig gemacht. Der Angeklagte L müsse sich die Tathandlungen des Angeklagten V zurechnen lassen. Ein Rücktritt vom Versuch des Totschlags liege nicht vor, denn betreffend den Angeklagten V seien "nicht einmal rudimentäre Rücktrittsbestrebungen erkennbar". L habe sich an den Hilfsbemühungen der Angeklagten Va und K nicht beteiligt. Er habe keine Anstrengungen unternommen, um den Geschädigten ärztlicher Hilfe zuzuführen. Darüber hinaus seien die Angeklagten V und L der wissentlichen schweren Körperverletzung gem. § 226 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 StGB schuldig.

[14] Die Angeklagten Va und K hat das Landgericht jeweils des versuchten Totschlags durch Unterlassen für schuldig befunden. Eine Garantenstellung dieser Angeklagten habe sich durch die Mitwirkung an der Tatvorbereitung ergeben. Es sei erforderlich und ihnen möglich gewesen, den Angeklagten V am Anzünden des Geschädigten zu hindern. Mittäterschaft liege

nicht vor, da kein gemeinsamer Tatplan gegeben sei.

[15] Ein Rücktritt vom Versuch sei auch bei diesen Angeklagten nicht gegeben. Es könne dahingestellt bleiben, ob ein fehlgeschlagener Versuch vorgelegen habe, weil das Tatopfer die Flammen weitgehend selbst gelöscht habe. Jedenfalls liege ein beendeter Versuch vor, denn die Angeklagten hätten "alles Erforderliche getan, um den Tod des Geschädigten herbeizuführen. Weitere Handlungen waren nicht erforderlich". Die Angeklagten "konnten ihre Augen nicht davon verschließen", dass der Geschädigte schwere Verbrennungen erlitten hatte. Ein Rücktritt scheidet aus, denn "ein strafbefreiender Rücktritt (erfordere) naturgemäß, dass es letztlich der Täter selber ist, der für die Rettung des Opfers willentlich zumindest mitursächlich ist". Den Angeklagten sei es aber nicht darum gegangen, "das Opfer um jeden Preis zu retten".

[16] Auch die Angeklagten Va und K hat das Landgericht darüber hinaus jeweils der (wissentlichen) schweren Körperverletzung durch Unterlassen für schuldig befunden, den Angeklagten V überdies der versuchten schweren räuberischen Erpressung in der Qualifikationsform des § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b StGB. Alle Angeklagten hat es auch der tateinheitlich begangenen Nötigung und der Freiheitsberaubung für schuldig befunden.

2. Entscheidung des BGH

[17] Alle Revisionen sind unbegründet, soweit sie sich gegen die Beweiswürdigung des Landgerichts hinsichtlich des objektiven Geschehensablaufs sowie gegen die Verurteilungen wegen schwerer Körperverletzung, Freiheitsberaubung und Nötigung wenden. Hinsichtlich der Angeklagten V und L enthalten auch die Verurteilungen wegen versuchten Totschlags keine durchgreifenden Rechtsfehler, so dass sich die Revisionen insoweit im Ergebnis als unbegründet erweisen. Dagegen hat die Verurteilung der Angeklagten Va und K wegen versuchten Totschlags keinen Bestand.

a) Zur Annahme eines Tötungsvorsatzes durch das LG

[18] Soweit das Landgericht bei allen Angeklagten bedingten Tötungsvorsatz festgestellt hat, begegnet dies im Ergebnis keinen durchgreifenden Bedenken. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann bei Vornahme offenkundig äußerst gefährlicher Gewalthandlungen das Vertrauen auf einen glücklichen Ausgang so fern liegen, dass sich die Annahme bedingten Vorsatzes aufdrängt und eine nähere Erörterung in den Urteilsgründen nicht erforderlich ist. So lag es hier. Auch unter Berücksichtigung des Alters sowie des Bildungs- und Kenntnisstands der Angeklagten drängte sich die Lebensgefährlichkeit des Übergießens einer (zudem noch entkleideten und gefesselten) Person mit mehreren Litern Benzin und des Entzündens in einem solchen Maß auf, dass die Ein-

lassung, auf einen "glücklichen Ausgang" oder gar darauf vertraut zu haben, es werde "nichts passieren", vom Tatrichter ohne Rechtsfehler als gänzlich fern liegend angesehen werden konnte. Hinsichtlich des Angeklagten V war insoweit auch seine nachträgliche Äußerung gegenüber dem Nebenkläger zu berücksichtigen, dieser könne sich (für sein Überleben) bei Va und K bedanken; hieraus erschließt sich unmittelbar, dass der Angeklagte die Todesgefahr zutreffend erkannt und ihre Verwirklichung jedenfalls in Kauf genommen hatte. Das gilt entsprechend auch für den Angeklagten L.

[19] Bei den Angeklagten Va und K hat das Landgericht zwar den Umstand nicht ausdrücklich gewürdigt, dass diese Angeklagten möglicherweise versuchten, V vom Inbrandsetzen der Benzinspur durch Zurufe abzuhalten; hieraus konnte geschlossen werden, dass sie zu diesem Zeitpunkt den Taterfolg nicht billigten. Im Ergebnis begegnet es aber keinen durchgreifenden Bedenken, wenn das Landgericht, soweit erkennbar, insoweit auf den Zeitpunkt unmittelbar nach diesen (halbherzigen) Bemühungen abgestellt hat. Denn als V und L trotz der Intervention der Angeklagten Va und K ihre Tathandlungen fortsetzten und diese es unterließen, dem wirksam entgegenzutreten, hatten sie die Möglichkeit schwerer und unter Umständen tödlicher Verletzungen erkannt. Dass der Tatrichter aus ihrer Untätigkeit auf ein billigendes Inkaufnehmen zu diesem Zeitpunkt geschlossen hat, ist eine mögliche, nicht rechtsfehlerhafte Schlussfolgerung. Soweit die Urteilsgründe eher auf Kriterien der Fahrlässigkeit abzustellen scheinen - etwa Erwägungen, ob die Angeklagten auf einen glücklichen Ausgang vertrauen "durften", was sich ihnen aufdrängen "musste", usw.-, handelt es sich dabei nach dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe nur um Unklarheiten der Formulierung.

b) Zur Ablehnung eines Rücktritts der Angeklagten durch das LG

[20] Die Erwägungen des Landgerichts zu einem möglichen Rücktritt vom Versuch sind nicht frei von Rechtsfehlern. Diese wirken sich allerdings für die Angeklagten unterschiedlich aus. Eine sich nach den Feststellungen aufdrängende Differenzierung zwischen den beiden Angeklagten V und L einerseits, die das Tötungsdelikt durch aktives Tun versucht haben, und den Angeklagten Va und K andererseits, die das Landgericht jeweils als Nebentäter durch Unterlassen angesehen hat, hat der Tatrichter zu Unrecht nicht vorgenommen. Die Voraussetzungen eines strafbefreienden Rücktritts gem. § 24 StGB hat das Landgericht nicht rechtsfehlerfrei erkannt.

aa) Fehlschlag des Versuchs von V und L

[21] Die Erwägung, die Angeklagten V und L seien

vom Versuch des Totschlags nicht zurückgetreten, weil V "nicht einmal rudimentäre Rücktrittsbemühungen" habe erkennen lassen und sich L nicht an den Rettungsversuchen von Va und K beteiligt habe, geht von einem falschen Ausgangspunkt aus. Auf Rücktrittsbemühungen im Sinne von § 24 Abs. 1 Satz 1, Alt. 2 StGB kommt es nicht an, wenn der Versuch fehlgeschlagen ist (ständ. Rspr.; vgl. BGHSt 34, 53, 56; 35, 90, 94; 39, 221, 227; 44, 91, 94; BGH NStZ-RR 2006, 168; Fischer StGB 57. Aufl. § 24 Rn. 7 f. m.w.Nachw.). Das ist der Fall, wenn der Täter nach seiner letzten auf den Taterfolg gerichteten Ausführungshandlung erkennt, dass der Erfolg nicht eingetreten ist und mit nahe liegenden Mitteln ohne wesentliche Änderung des Tatplans und Begründung einer neuen Kausalkette auch nicht mehr verwirklicht werden kann. Für die Beurteilung kommt es daher im Ausgangspunkt auf die Sicht des Täters nach der (objektiv erfolglosen) Tathandlung an. Liegt ein Fehlschlag vor, scheidet ein Rücktritt vom Versuch nach allen Varianten des § 24 Abs. 1 oder Abs. 2 StGB aus; umgekehrt kommt es nur dann, wenn ein Fehlschlag nicht gegeben ist, auf die Unterscheidung zwischen unbeendetem und beendetem Versuch an, die für die vom Täter zu erbringende Rücktrittsleistung in Fällen des § 24 Abs. 1 StGB stets, in solchen des § 24 Abs. 2 StGB mittelbar dann von Bedeutung ist, wenn sich die (gemeinsame) Verhinderungsleistung von Versuchs-beteiligten in einem einverständlichen Unterlassen des Weiterhandelns erschöpfen kann (vgl. BGHSt 42, 158, 162; BGH NStZ 1989, 317, 318; Lilie/Albrecht in LK 12. Aufl., § 24 Rn. 400; Rudolphi in SK § 24 Rn. 27 d; Kudlich in SSW § 24 Rn. 57; Fischer aaO § 24 Rn. 40).

[22] Auf der Grundlage der rechtsfehlerfreien Feststellungen des Landgerichts war hier hinsichtlich der Angeklagten V und L ein Fehlschlag des Versuchs gegeben. Ein Tatvorsatz dieser Angeklagter war jedenfalls in dem Moment gegeben, als der Angeklagte V mit aktiver Unterstützung des Angeklagten L dazu ansetzte, die Benzinspur und damit den Geschädigten in Brand zu setzen. Denn als in diesem Moment die weiteren Angeklagten Va und K darauf verzichteten, dem Handeln der beiden anderen Angeklagten ernsthaft und Erfolg versprechend entgegen zu treten, konnte V zu Recht davon ausgehen, dass eine konkludente Billigung dieser Handlung und ihrer möglichen Folgen vorlag.

[23] Dies änderte sich aber, nachdem der Geschädigte tatsächlich in Brand geraten war. Auch wenn nach den Feststellungen des Landgerichts die Angeklagten Va und K nur "die letzten Flammen" löschten, nachdem der Geschädigte brennend durch den Wald gelaufen, dann "zurückgekehrt" war und sich auf dem Boden wälzte, war doch für alle Beteiligten offensichtlich, dass ein zuvor durch Stillhalten zum Ausdruck ge-

brachtes Einverständnis dieser Angeklagten mit der möglichen Tötung des Geschädigten nicht mehr fortbestand. Dass er dies zutreffend erkannte, brachte auch die spätere Äußerung Vs zum Ausdruck, der Nebenkläger könne sich bei Va und K (für sein Überleben) bedanken. Die Angeklagten V und L konnten daher, wenn sie mit der Tötung des Geschädigten hätten fortfahren wollen, auf die Unterstützung der beiden anderen Täter nicht mehr rechnen; sie hätten daher, um den Erfolg - etwa durch Einsatz anderer Tatmittel - noch herbeizuführen, einen ganz neuen, abweichenden Tatplan entwickeln und umsetzen müssen, wobei sie unter Umständen mit Widerstand von Seiten der Mitangeklagten hätten rechnen müssen. Aus Sicht dieser beiden Täter stellte sich die bedingt vorsätzlich versuchte Tötung des Geschädigten daher als (endgültig) fehlgeschlagen im Rechtssinn dar. Auf eine Unterscheidung zwischen beendetem und unbeendetem Versuch oder auf die Kausalität oder Ernsthaftigkeit späterer zur Rettung des Geschädigten führenden Handlungen kam es danach nicht mehr an.

[24] Die Verurteilung dieser beiden Angeklagten wegen versuchten Tötungsdelikts erweist sich daher im Ergebnis als zutreffend. Dass die Angeklagten nicht wegen versuchten Mordes - Verwirklichung der Mordmerkmale der Grausamkeit und der sonstigen niedrigen Beweggründe - verurteilt worden sind, beschwert sie nicht.

bb) Zum Vorliegen eines Rücktritts durch Va und K

[25] Anders stellt sich die Rechtslage hinsichtlich der Angeklagten Va und K dar. Auf der Grundlage seiner Feststellungen, insbesondere auch der Annahme, dass ein gemeinsamer Tatplan aller Angeklagten nicht festgestellt werden konnte, hat das Landgericht diese Angeklagten zutreffend nicht als Mittäter, sondern jeweils als Nebentäter eines versuchten Tötungsdelikts angesehen, das sie - als aufgrund vorangegangenen rechtswidrig gefahr begründenden Tuns Garantspflichtige - jeweils durch Unterlassen begangen haben. Für die Möglichkeit eines strafbefreienden Rücktritts kam es für sie daher nicht auf die Voraussetzungen des § 24 Abs. 2, sondern auf die des § 24 Abs. 1 StGB an.

[26] Für die Angeklagten Va und K lag nach dem Löschen des Brandes kein Fehlschlag des Versuchs vor. Die Feststellung, sie hätten nur "die letzten Flammen" gelöscht, ändert nichts daran, dass diese Angeklagten jedenfalls aktiv eingriffen und durch Löschen von Flammen den Erfolgseintritt verhinderten. Nach dem Ersticken des Brandes bestand für sie kein ersichtlicher Grund anzunehmen, sie könnten den ursprünglich in Kauf genommenen Taterfolg nicht mehr - im Zusammenwirken mit den anderen Angeklagten - herbeiführen. Die Frage, ob der Versuch fehlgeschlagen sei, konnte daher auch hier nicht offen gelassen werden.

[27] In einem zweiten Schritt kam es für die Frage, ob von den Tätern "Rücktrittsbemühungen" zu erwarten waren, auf die Unterscheidung zwischen unbeendetem (§ 24 Abs. 1 Satz 1, Alt. 1 StGB) und beendetem (§ 24 Abs. 1 Satz 1, Alt. 2 StGB) Versuch an. Für die Abgrenzung ist nach ständiger Rechtsprechung und ganz h.M. auf den sog. "Rücktrittshorizont", also auf die subjektive Vorstellung des Täters nach Abschluss der letzten auf den Erfolg abzielenden Ausführungshandlung abzustellen (vgl. etwa BGH NStZ 2005, 263, 264); dieser ist unabhängig vom Tatplan (BGHSt 35, 92) und bedarf stets konkreter Feststellungen durch den Tatrichter (BGH StV 2003, 213 f.; vgl. Fischer aaO § 24 Rn. 15 ff. m.zahlr.Nachweisen zur Rspr.).

[28] Das Landgericht hat zur Frage, ob ein beendeter Versuch vorgelegen habe, ausgeführt: "Va und K war bewusst, dass der Geschädigte in Lebensgefahr gerät, sobald V das Benzin anzünden würde. Das aber haben sie zugelassen und damit alles Erforderliche getan, um den Tod des Geschädigten (...) herbeizuführen". Diese Erwägung stellt rechtsfehlerhaft nicht auf den Rücktrittshorizont ab, sondern folgt der früher vertretenen, vom Bundesgerichtshof aber seit langem aufgegebenen sog. "Tatplantheorie" und gelangt daher zu unzutreffenden Ergebnissen. Soweit das Landgericht im Folgenden wieder auf den Rücktrittshorizont abzustellen scheint, bleibt unklar, ob es die Situation beim Löschen der Flammen oder beim Absetzen in der Stadt prüft. Verfehlt ist die Annahme, die Anwendung des § 24 StGB setze "naturgemäß" voraus, dass der Täter selbst für die Rettung des Opfers ursächlich oder mitursächlich werde. Dies gilt allenfalls beim beendeten Versuch, dessen Vorliegen das Landgericht nicht tragfähig begründet hat; es setzt im Übrigen entgegen der Annahme des Landgerichts auch nicht voraus, dass es dem Täter darauf ankommt, "das Opfer um jeden Preis zu retten" (vgl. BGHSt 48, 147 ff.).

[29] Hier sprach etwa der Umstand, dass der Geschädigte nach dem Löschen der Flammen aufstand, sich selbst anzog und zum Fahrzeug ging und mit den Tätern in die Stadt zurückfuhr, ersichtlich gegen die Annahme, er werde infolge der Verbrennungen alsbald sterben. Dem steht nicht entgegen, dass er in erkennbar schlechter körperlicher Verfassung war und über Schmerzen klagte. Eine dramatische Verschlechterung trat - für Verbrennungsverletzungen typisch - nach den Feststellungen nicht sogleich, sondern erst ein, als die Angeklagten den Geschädigten bereits wieder abgesetzt hatten. Von vertieften Kenntnissen über typische Verläufe und spezifische Gefahren von Verbrennungsverletzungen konnte bei den jugendlichen und nur gering gebildeten Angeklagten nicht ausgegangen werden.

[30] Gegen das Vorliegen eines beendeten Versuchs sprach - in der Rückschau - indiziell auch der Umstand, dass V vom Geschädigten während des Zurück-

kfahrens die Zusicherung verlangte, "von nun an wöchentlich" ein Schutzgeld zu zahlen und die Tat nicht anzuzeigen; überdies die Bestätigung, dass er es ihm und seiner Clique nun "gezeigt" habe. Es liegt auf der Hand, dass die Annahme, der Geschädigte werde versterben, sich nur schwer mit der Absicht vereinbaren lässt, von ihm dauerhaft Schutzgeld zu erpressen. Schließlich war auch die Tatsache, dass V von dem Geschädigten verlangte, dieser solle sich bei den Mitangeklagten Va und K bedanken, denn er - V - hätte ihn brennen lassen (das heißt: ihn nicht gerettet), ein gewichtiges Indiz dafür, dass die Angeklagten schon zu dem Zeitpunkt, als sie sich entschlossen, den Nebenkläger in die Stadt zurück zu fahren, nicht mehr von der Möglichkeit seines Todes ausgingen. Während dies für die Angeklagten V und L aufgrund des bei ihnen gegebenen Fehlschlags des Versuchs für den Schuldspruch aber ohne Bedeutung ist - sie gaben nicht die Fortführung des (fehlgeschlagenen) Versuchs auf, sondern sahen (nur) von einer neuen Tat ab -, war aus Sicht der Angeklagten Va und K jeweils ein unbeendeter Versuch gegeben. Von diesem sind sie freiwillig und daher strafbefreiend zurück getreten.

[31] Zum selben Ergebnis würde man im Übrigen auch dann gelangen, wenn man von diesen Angeklagten - wovon das Landgericht offenbar ausgegangen ist - positive Rettungsbemühungen verlangen würde. Denn dass die Angeklagten zunächst durch das (endgültige) Löschen des Brandes, sodann durch die Rückfahrt des Tatopfers in die Stadt "in unmittelbare Nähe" des Kiosk, an welchem der Geschädigte weitere Hilfe erlangte, kausal zur Erfolgsverhinderung beigetragen haben, steht außer Frage.

[32] Die Verurteilung der Angeklagten Va und K wegen versuchten Tötungsdelikts erweist sich daher als rechtsfehlerhaft. Auf der Grundlage der insoweit rechtsfehlerfreien Feststellungen erscheint es ausgeschlossen, dass ein neuer Tatrichter zur Annahme eines Versuchs gelangen würde. Der Senat hat den Schuldspruch daher insoweit geändert.

3. Zur Strafbarkeit gem. § 226 I, II StGB

[33] Die Verurteilung aller vier Angeklagter wegen wissentlich schwerer Körperverletzung gem. § 226 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2, Var. 1 StGB ist dagegen rechtlich nicht zu beanstanden.

[34] Hinsichtlich der Angeklagten V und L begegnet die Annahme von Wissentlichkeit keinen Bedenken. Das gilt selbst unter Berücksichtigung der von den Revisionen geltend gemachten jugendtypischen Verkennungen und eingeschränkten Kenntnisse über den Verlauf von Brandverletzungen. Dass ein Mensch, den man - in nacktem und teilweise gefesseltem Zustand - vom Hals bis zu den Füßen mit drei Litern Benzin übergießt und anzündet, schwere Verbrennungen mit dauerhaften, entstellenden Brandnarben erleiden wird,

drängt sich auch dem Laien in einem solchen Maße auf und ist auch im sozialen Umfeld der Angeklagten als Allgemeinwissen derart verbreitet, dass das Landgericht für die Glaubhaftigkeit der Einlassung der Angeklagten, sie hätten mit einem solchen Ausgang nicht gerechnet, zu Recht keinen ernsthaften Anhaltspunkt gesehen hat.

[35] Hinsichtlich der Angeklagten Va und K ist eine positive Kenntnis der zu erwartenden Verletzungsfolgen vom Landgericht nicht ausdrücklich festgestellt; der Tatrichter hat sie aber, wie sich aus dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe ergibt, ersichtlich als gegeben angesehen. Der Annahme von Wissentlichkeit auch bei diesen Angeklagten steht auch nicht entgegen, dass sie nach den Feststellungen möglicherweise versuchten, den Angeklagten V vom Anzünden des Benzins durch Zurufe abzuhalten. Für das kognitive Element ihres Vorsatzes war dies von vornherein ohne Aussagekraft; im Gegenteil konnte es eher darauf hindeuten, dass ihnen die hohe Gefährlichkeit der Handlung gegenwärtig war. Aber auch dem voluntativen Vorsatzelement stand ein halbherzig durchgeführter Versuch, die anderen Täter zum Einhalten zu bewegen, nicht entgegen. Eine bloße innere Abkehr oder Distanzierung von einem als sicher erkannten Taterfolg vermag den (direkten) Tatvorsatz nicht aufzuheben.

4. Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung bzgl. Va und K

[36] Hinsichtlich der Angeklagten Va und K führt dies zur Änderung des Schuldspruchs, zur Aufhebung des Strafausspruchs und zur Zurückverweisung. Auch unter Berücksichtigung des im Jugendstrafrecht geltenden Erziehungsgrundsatzes lässt sich nicht ganz ausschließen, dass der Tatrichter bei zutreffender rechtlicher Würdigung zu einer für die Angeklagten noch günstigeren Rechtsfolge gelangt wäre.

[37] Angesichts des Umstands, dass die Tat nunmehr schon sechs Jahre zurückliegt und das erste Urteil vor drei Jahren ergangen ist, bedarf die Sache nun besonders beschleunigter Behandlung. Der Justiz zuzurechnende Verzögerungen wird der neue Tatrichter zu kompensieren haben.

5. Kompensation der überlangen Verfahrensdauer bzgl. V und L

[38] Die Revisionen der Angeklagten V und L waren als unbegründet zu verwerfen. Hinsichtlich dieser Angeklagten hatte der Senat jedoch die Nachteile auszugleichen, die sie durch die unangemessen lange, gegen Art. 6 Abs. 1 MRK verstoßende Dauer des Revisionsverfahrens erlitten haben; eine Verzögerung jedenfalls von sechs Monaten war auch unter Berücksichtigung der erforderlichen Bearbeitungszeit vermeidbar und der Justiz zuzurechnen. In Anwendung der von der

Rechtsprechung entwickelten "Vollstreckungslösung" hat der Senat erkannt, dass von der gegen den Angeklagten V verhängten Jugendstrafe und der gegen den Angeklagten L verhängten Freiheitsstrafe jeweils ein Monat als vollstreckt anzusehen sind. Die kompensierende Anwendung des Vollstreckungsmodells ist auch

bei Verhängung von Jugendstrafe grundsätzlich zulässig (vgl. auch BGH, Beschluss vom 4. November 2008 - 3 StR 336/08, StV 2009, 80), jedenfalls wenn sie auf das Vorliegen besonders schwerer Schuld gem. § 17 Abs. 2 JGG gestützt ist.

Standort: StPO

Problem: Beweisverwertungsverbot bei "verdecktem" Verhör

BGH, BESCHLUSS VOM 18.05.2010
5 STR 51/10 (StV 2010, 465)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte erfolglos mehreren Personen Geld angeboten, damit diese seine ihm verhasste Ehefrau umbringen sollten. Deswegen war er wegen versuchter Anstiftung zum Mord, §§ 211, 30 I StGB, verurteilt worden und verbüßte eine Haftstrafe. Ein Mithäftling des Angeklagten, der angeblich dessen Haus kaufen wollte, bot diesem an, gegen eine Reduzierung des Kaufpreises die Ehefrau des Angeklagten umbringen zu lassen. Nachdem der Angeklagte diesem Handel zugestimmt hatte, wandte sich der Mithäftling an die Anstaltsleitung und meldete den Vorfall. Die daraufhin eingeschaltete Polizei stattete den Mithäftling mit einem Aufzeichnungsgerät aus, mit Hilfe dessen dieser während eines gemeinsamen Hofgangs eine erneute Erklärung des Angeklagten aufzeichnen sollte, in der dieser die Vereinbarung zur Tötung seiner Frau gegen Bezahlung bestätigte. Da dies jedoch misslang, wurde ein Polizist verdeckt als Besucher in die JVA eingeschleust, der sich gegenüber dem Angeklagten als Freund des Mithäftlings ausgab. Er erklärte, er und seine Leute stünden bereit, die Ehefrau des Angeklagten zu töten, es gebe aber noch Probleme mit der Identifizierung des potenziellen Opfers. Er legte dem Angeklagten ein Foto seiner Ehefrau und eine Foto einer anderen Frau vor und bat diesen, zu erklären, welche der beiden Frauen "weggemacht" werden solle. Als der Angeklagte, der misstrauisch geworden war, sich weigerte, erklärte der Polizist, dann könne man auch beide Frauen "wegmachen". Der Angeklagte widersprach dem aber ganz vehement, da er nicht wollte, dass eine Unschuldige getroffen würde, und identifizierte daraufhin seine Ehefrau als das richtige Opfer.

Das Landgericht Berlin verurteilte den Angeklagten wegen Annahme des Erbietens zur Begehung eines Mordes, §§ 211, 30 II StGB. Das Urteil stützte es sowohl auf die Aussage des Mithäftlings als auch auf diejenige des verdeckt handelnden Polizisten. Auf Revision des Angeklagten hin hob der BGH dieses Urteil auf. Der verdeckt handelnde Polizist habe den Angeklagten nur durch Zwang zu einer entsprechenden Reaktion veranlassen können. Dies stelle jedoch eine Verletzung von dessen Recht auf ein faires Verfahren

sowie einen Verstoß gegen die Selbstbelastungsfreiheit dar, sodass die entsprechende Vernehmung einem Beweisverwertungsverbot unterliege und die Aussage des verdeckt handelnden Polizisten deshalb nicht hätte verwertet werden dürfen.

Prüfungsrelevanz:

Ob Erkenntnisse, die in einem Ermittlungsverfahren durch einen nicht offen als solchen auftretenden Polizeibeamten gewonnen wurden, im Verfahren gegen den Beschuldigten verwertet werden können, ist ein im zweiten Examen immer wieder auftretendes Problem. In Klausuren können entsprechende Fälle sowohl in staatsanwaltschaftliche Aufgabenstellungen eingebaut werden (unverwertbare Beweismittel können natürlich nicht zur Begründung des für eine Anklageerhebung gem. §§ 170 I, 203 StPO erforderlichen hinreichenden Tatverdachts herangezogen werden) als auch in Urteils- oder Revisionsklausuren. Auch für Aktenvorträge und das Prüfungsgespräch bieten sich solche Probleme an, da sie auch als Aufhänger dazu herangezogen werden können, allgemeine Verfahrensgrundsätze zu besprechen. Auch im ersten Examen können solche Aufgabenstellungen in Zusatzfragen oder im Prüfungsgespräch auftauchen.

Der Einsatz verdeckter Ermittler, also und unter einer Legende (einer falschen Identität) auftretender Polizeibeamte (vgl. § 110a II StPO), zur Aufklärung von Straftaten ist in §§ 110a ff. StPO geregelt. Diese dürfen zur Aufklärung bestimmter Delikte (vgl. § 110a I 1, 2 StPO) eingesetzt werden, wenn die Aufklärung auf andere Weise zumindest wesentlich schwerer wäre. Da allerdings im vorliegenden Fall keine der in § 110a I StPO genannten Fallgestaltungen einschlägig war, konnte diese Vorschrift auch nicht als Ermächtigunggrundlage für den Einsatz des verdeckten handelnden Polizisten gegen den Angeklagten herangezogen werden; der Polizist war also kein Verdeckter Ermittler i.S.v. §§ 110a ff. StPO. Der BGH prüft dann weiter, ob §§ 161 I, 163 I 2 StPO als Ermächtigunggrundlage für den Einsatz des verdeckt handelnden Polizisten herangezogen werden können, lehnt dies jedoch ab. Die verdeckte Vernehmung des noch nicht förmlich vernommenen Angeklagten stelle eine so erheblich in dessen Rechte eingreifende Maßnahme dar, dass sie nicht über die Generalklauseln der §§

161, 163 StPO gedeckt sein könne. Ob allerdings bereits das Fehlen einer ausdrücklichen Ermächtigungsgrundlage im vorliegenden Fall zu einem Beweisverwertungsverbot führt, ließ der BGH offen, da die Aussage des Polizisten aus anderen Gründen nicht verwertbar war.

Klassische Probleme beim Einsatz verdeckt handelnder Polizeibeamter (egal ob diese Verdeckte Ermittler i.S.d. §§ 110a ff. StPO sind oder ihr Handeln auf eine andere Rechtsgrundlage gestützt werden kann) bestehen darin, dass der Beschuldigte das Recht hat, sich gegenüber den Strafverfolgungsorganen - und das sind natürlich auch verdeckt handelnde Polizisten - nicht zu äußern (sog. Selbstbelastungsfreiheit oder Grundsatz des "nemo tenetur se ipsum accusare") und hierüber auch belehrt werden muss, § 136 I 2 StPO. Außerdem darf die Freiheit der Willensentschließung und -betätigung des Beschuldigten grds. nicht durch Täuschung beeinträchtigt werden, § 136a I 1 StPO. Da der verdeckt handelnde Polizist dem Beschuldigten aber natürlich gerade nicht offenbart, dass er für die Strafverfolgungsbehörden tätig ist, könnte hierin eine rechtswidrige Täuschung gesehen werden. Der BGH stellt jedoch in der vorliegenden Entscheidung in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung (BGH, RA 2007, 543, 545 f. = NStZ 2007, 714) fest, dass der Einsatz verdeckt handelnder Polizisten nicht generell gegen §§ 136, 136a StPO verstößt. Die Belehrungspflicht gem. § 136 I 2 StPO bestünde nur bei "offenen" Belehrungen, da überhaupt nur dort beim Beschuldigten der Eindruck des Bestehens einer Aussagepflicht bestehen könne, der durch die Belehrung gerade zerstört werden soll. Auch verbiete das Täuschungsverbot gem. § 136a I 1 StPO nicht jedes listiges Vorgehen der Polizei und auch nicht generell den Einsatz verdeckt handelnder Polizisten.

Wie bereits in der Vergangenheit (vgl. BGHSt 34, 362; BGH, RA 2007, 543, 547 f. = NStZ 2007, 714, 715 f.) zieht der BGH die Grenze der Zulässigkeit verdeckter Ermittlungsmaßnahmen jedenfalls da, wo der Beschuldigte durch Ausnutzung einer Zwangslage zu einem für ihn belastenden Verhalten genötigt wird. In diesem Fall sei der Eingriff in die Selbstbelastungsfreiheit des Beschuldigten und die Verletzung von dessen Recht auf ein faires Verfahren (Art. 2 I i.V.m. Art. 20 III GG, Art. 6 I EMRK) so gravierend, dass eine entsprechende Maßnahme unzulässig sei und so gewonnene Erkenntnisse auch einem Beweisverwertungsverbot unterlägen. Der BGH betont, dass dies für Verdeckte Ermittler i.S.d. §§ 110a ff. StPO gelte, da auch diese an die Rechtsordnung gebunden seien, § 110a S. 3 StPO. Deshalb müsse diese Wertung für einen Einsatz verdeckt handelnder Polizisten, der - wie im vorliegenden Fall - nicht von den §§ 110a ff. StPO gedeckt ist, erst Recht gelten. Der verdeckt handelnde

Polizist habe jedoch dem Angeklagten im vorliegenden Fall damit gedroht, auch eine unbeteiligte Frau zu töten, sodass dieser dazu gezwungen war, den Tötungsauftrag hinsichtlich seiner Frau zu wiederholen, um das Leben der Unschuldigen zu schützen. Dies stelle eine unzulässige Zwangsausübung dar, die zu einem Beweisverwertungsverbot führen müsse.

Vertiefungshinweise:

☐ Zur Zulässigkeit verdeckter Ermittlungen, insb. bei inhaftiertem Beschuldigten: *BGHSt* 34, 362; 44, 129; 52, 11; 53, 294; *BGH*, RA 2007, 543 = *NStZ* 2007, 714; *Schneider*, *NStZ* 2004, 364

Kursprogramm:

☐ *Assessorkurs*: "Gottesfurcht"

Leitsatz:

Verwertungsverbot für verdecktes Verhör eines inhaftierten Beschuldigten durch einen als Besucher getarnten nicht offen ermittelnden Polizeibeamten unter Zwangseinwirkung.

Sachverhalt:

1. a) Der 1950 geborene verheiratete Angeklagte verließ 1988 die DDR und ging in Westberlin eine Beziehung zu einer anderen Frau ein. Nachdem seine Ehefrau mit den Kindern über die Deutsche Botschaft in Prag zu dem Angeklagten ausgereist war, versuchten die Eheleute einen Neuanfang ihrer Beziehung, die sich wirtschaftlich erfolgreich gestaltete. Sie erwarben ein von ihnen betriebenes Männerwohnheim. Über die Jahre entwickelte sich zwischen den Eheleuten eine tiefe gegenseitige Abneigung. Der Angeklagte konnte sich zu einer Trennung auch deshalb nicht entschließen, weil er fürchtete, bei einer Scheidung finanziell übervorteilt zu werden und alles an seine Ehefrau zu verlieren.

b) Aus Hass gegenüber seiner Ehefrau bot der Angeklagte in den Jahren 1998 bis 2005 mehreren Personen Geld, um sie dazu zu bewegen, seine Frau zu töten. Dieserhalb wurde der Angeklagte am 1. März 2006 vom Landgericht Berlin wegen versuchter Anstiftung zum Mord zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren verurteilt.

c) Zu Beginn der Verbüßung dieser Strafe in der Langstrafenstation der Justizvollzugsanstalt (JVA) Tegel traf der Angeklagte auf den zuletzt wegen Anstiftung zum Mord und anderer Verbrechen im Jahr 1993 zu lebenslanger Freiheitsstrafe unter Feststellung der besonderen Schwere der Schuld verurteilten S. Dieser berühmte sich wahrheitswidrig seiner Jahre als Fremdenlegionär, seiner Mitgliedschaft in der Rockerbande "Bandidos" und seines aus Tatbeute gespeisten Reichtums. Der Angeklagte glaubte S und ließ sich

beeindrucken. Er berichtete ihm offen von seiner Tat und seinen Vermögensverhältnissen. S war am Kauf des Wohnheims des Angeklagten interessiert und einigte sich mit diesem auf einen Preis von 450.000 €. "S unterbreitete dem Angeklagten in dem Zeitraum von Anfang März 2007 bis zum 20. März 2007 das Angebot, durch 'seine Leute' außerhalb der Haftanstalt die Tötung von Frau W durch einen fingierten Autounfall durchführen zu lassen, wenn ihm der Angeklagte dafür 150.000 € von dem vereinbarten Kaufpreis für das Wohnheim erlasse. Der Angeklagte nahm den Vorschlag ernst und ging darauf ein. Er ging davon aus, dass S die Tat begehen würde. Er benannte S das Kennzeichen des von seiner Frau gefahrenen Autos, wobei er sich nicht sicher war, ob es BEN oder BET war". Auf Wunsch des Angeklagten überwies dessen Bruder am 20. März 2007 2.500 € auf das Konto der Ehefrau des Gefangenen S.

d) Am gleichen Tag meldete S dem für ihn zuständigen Gruppenleiter der JVA, er hätte angeblich einen anderen Gefangenen geschlagen, weil dieser ihn um die Vermittlung eines Auftragsmordes gebeten hätte. Am 22. März 2007 erklärte sich S zur Zusammenarbeit mit der Polizei bereit; er benannte den Angeklagten als den Auftraggeber des Mordes.

Am Tag vor einer Verlegung des Angeklagten in die JVA Charlottenburg wurde S am 17. April 2007 für einen gemeinsamen Hofgang mit dem Angeklagten mit einem Aufzeichnungsgerät ausgestattet. "In diesem Gespräch war S bemüht, von dem Angeklagten den erteilten Tötungsauftrag ausdrücklich bestätigt zu bekommen. Der Angeklagte wunderte sich darüber, weil die Absprache bereits getroffen worden war, und reagierte misstrauisch, weil in dem früheren Strafverfahren von der Polizei mehrere Gespräche aufgezeichnet worden waren, die er mit dem in Aussicht genommenen Täter geführt hatte. Er antwortete S, dass man darüber nicht weiter zu sprechen brauche, weil es 'geklärt' sei und es dabei bliebe, wie sie es besprochen hätten".

e) Das Schwurgericht hat dem aufgezeichneten Gespräch die Wertung entnommen, dass die Tötung der Ehefrau vereinbart war. Ausgehend von der Einlassung des Angeklagten, S habe ihm die Tötung seiner Ehefrau angeboten, hat sich das Schwurgericht beweiswürdigend von einer Annahme dieses Angebots durch den Angeklagten überzeugt. Bekundungen des S hat das Schwurgericht seiner Beweiswürdigung nur zu Grunde gelegt, soweit dessen Angaben durch andere Beweismittel bestätigt worden sind. Den Beweis dafür, dass die Tötung ernsthaft vereinbart worden war, hat die Schwurgerichtskammer auch in der Zeugenaussage des POK H über dessen verdecktes Verhör des Angeklagten am 24. Mai 2007 in der JVA Charlottenburg gefunden.

2. Deren Verwertung hat die Verteidigung in der

Hauptverhandlung widersprochen. Die Nichtverwertbarkeit des Inhalts der Zeugenvernehmung macht die Revision mit ihrer Verfahrensrüge geltend und trägt im Wesentlichen folgende Umstände vor:

Gegen den Angeklagten als Beschuldigten erging am 29. März 2007 auf Antrag der Staatsanwaltschaft ein Beschluss des Amtsgerichts Tiergarten in Berlin gemäß § 100f Abs. 2 StPO zur Aufzeichnung des gesprochenen Wortes zwischen dem Zeugen S und dem Angeklagten. Die ermittelnden Polizeibeamten bewerteten das umfangreiche Gespräch am 27. April 2007 dahingehend, dass der Beschuldigte eine eindeutige Aussage vermeide. Sie schlugen als weitere Ermittlungshandlungen die Durchsuchung der Zelle des S und die Überwachung und Aufzeichnung des Fernmeldeverkehrs für den Anschluss des Bruders des Angeklagten vor. Diese von der Staatsanwaltschaft aufgegriffenen Maßnahmen blieben ohne Erfolg. Für das polizeiliche Vorgehen wurde darüber hinaus Folgendes festgelegt: "Zur Verbesserung der bisherigen Beweislage ist von hier aus vorgesehen, dass ein nicht offen ermittelnder Polizeibeamter den Beschuldigten in der JVA Charlottenburg besucht (Besucherraum) und diesem unter der Vorgabe einer Legende zwei Bilder (eines mit der Ehefrau des Beschuldigten in ihrem Pkw sitzend und eines mit einer Frau vergleichbaren Alters, in bauähnlichem Pkw sitzend) vorlegt, um von diesem zu erfahren, welche der beiden Frauen die zu tötende sei". Zwei Kriminalbeamte versicherten sich am 22. Mai 2007 der Unterstützung und der Verschwiegenheit der maßgeblichen Beamten der JVA Charlottenburg.

Kurz vor 15.00 Uhr des übernächsten Tages teilte ein JVA-Sozialarbeiter dem Angeklagten mit, dass dieser um 15.00 Uhr einen Besucher habe, der dringende Gründe für den Besuch geltend gemacht hätte. Im Besucherraum der JVA wartete bereits POK H, "der zuvor in die Ermittlungen nicht eingebunden war, aber aufgrund seiner langen Haare und Tätowierungen dem äußeren Erscheinungsbild nach glaubhaft als Rocker auftreten konnte". Gegen 15.00 Uhr traf der Angeklagte auf den ihm nicht bekannten POK H. Dieser "stellte sich als 'Micha' vor und erklärte, dass S ihn schicke, weil es da offenbar ein Problem mit der Frau des [Angeklagten] W gebe". Der Angeklagte erklärte, er würde mit ihm nicht über dieses Thema reden. "Der Beamte gab vor, dass es wegen der Autokennzeichen Probleme mit der Identifizierung der Ehefrau gebe, und legte dem Angeklagten die beiden Fotos vor. Der Angeklagte ging darauf nicht ein und gab wahrheitswidrig vor, auf den Fotos nichts erkennen zu können, weil er seine Brille nicht dabei habe. Er fügte hinzu, er habe S doch gesagt, es sei ein grünes Auto. Auf Nachfrage weigerte er sich, seine Brille zu holen. H erklärte, dass vor den Häusern der beiden abgebildeten Frauen seine Männer stünden, und fragte, ob der An-

geklagte seine Frau anhand körperlicher Merkmale beschreiben könne, beispielsweise die Haarlänge. Der Angeklagte zeigte daraufhin mit seiner Hand in Schulterhöhe. H erklärte, dass 'notfalls' auch beide Frauen 'weggemacht' werden könnten. Der Angeklagte reagierte aufgebracht und sagte, dass das Ganze 'abgebrochen' würde, wenn Unschuldige 'reingezogen' würden. Schließlich fragte ihn H, ob es denn richtig sei, dass sie seine Frau wegmachen sollten. Darauf nickte der Angeklagte".

Der Angeklagte berief sich während seiner unmittelbar anschließenden förmlichen Beschuldigtenvernehmung auf sein Schweigerecht.

Aus den Gründen:

[1 - 12] Das Schwurgericht hat den Angeklagten wegen der Annahme des Erbietens zur Begehung eines Mordes zu einer Freiheitsstrafe von sieben Jahren verurteilt. Die Revision des Angeklagten greift mit der erhobenen Verfahrensrüge durch. [...]

3. Zur Unzulässigkeit der Verwertung der Aussage des Zeugen H

[13] Bei der vom Schwurgericht verwerteten Zeugenaussage des POK H handelt es sich um den Inhalt eines verdeckten Verhörs eines Beschuldigten durch einen nicht offen ermittelnden Polizeibeamten (vgl. Nack in KK StPO 6. Aufl. § 110a Rdn. 6 und § 110c Rdn. 18 ff.) mit dem Ziel, eine selbstbelastende Äußerung des noch nicht förmlich vernommenen Beschuldigten herbeizuführen. Diese Ermittlungsmaßnahme war in ihrer konkreten Ausgestaltung rechtswidrig. Das Schwurgericht hat die von dem Zeugen POK H bekundeten selbstbelastenden Äußerungen des Angeklagten zu Unrecht verwertet.

a) Kein Beweisverwertungsverbot wegen Durchführung eines verdeckten Verhörs

[14] Die Rechtswidrigkeit folgt noch nicht aus den Umständen zur Verschaffung der Gelegenheit zur Durchführung des verdeckten Verhörs.

[15] Auch wenn der Ermittlungsbeamte über kein Zugangsrecht zu dem Angeklagten verfügte (vgl. Schwind in Schwind/Böhm/Jehle/Laubenthal, StVollzG 5. Aufl. § 24 Rdn. 3; Joester/Wagner in Feest, StVollzG 5. Aufl. § 24 Rdn. 2; Calliess/MüllerDietz, StVollzG 11. Aufl. § 24 Rdn. 3), stellte der von den Vollzugsbeamten verschwiegene Umstand, dass kein Privatmann, sondern ein (nicht offen ermittelnder) Polizeibeamter Besucher sei, im Rahmen einer kriminalistischen List noch keinen relevanten Eingriff in Rechte des Angeklagten dar (vgl. BGHSt 53, 294, 308 Tz. 46). In das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung des Angeklagten wurde nicht eingegriffen; der Besucherraum der JVA unterfällt nicht dem Schutzbereich des Art. 13 Abs. 1

GG (BGHSt 44, 138; 53, 294, 300 Tz. 17). Auch die geschützte Privatsphäre des Angeklagten (vgl. BGHSt 50, 234, 240) wurde noch nicht tangiert.

b) Kein Beweisverwertungsverbot wegen unterbliebener Belehrung

[16] Ein Rechtsverstoß und ein daraus folgendes Verwertungsverbot ergeben sich auch nicht aus dem Umstand, dass eine Belehrung des Angeklagten als Beschuldigter gemäß § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO unterblieben ist (BGHSt 42, 139, 145 ff. - GS). Diese Vorschrift ist nur auf "offene" Vernehmungen anwendbar und will (lediglich) sicherstellen, dass der Beschuldigte vor der irrümlichen Annahme einer Aussagepflicht bewahrt wird, zu der er möglicherweise eben durch die Konfrontation mit dem amtlichen Auskunftsverlangen veranlasst werden könnte. Deshalb scheidet auch eine entsprechende Anwendung und die Annahme einer Umgehung der Vorschrift aus.

c) Zum Beweisverwertungsverbot wegen Fehlens einer Ermächtigungsgrundlage

[17] Inwieweit das verdeckte Verhör schon im Ansatz ohne Rechtsgrundlage erfolgte und ob allein hieraus ein Beweisverwertungsverbot erwüchse, bedarf keiner abschließenden Entscheidung.

[18] Es ist allerdings zweifelhaft, ob als Rechtsgrundlage die Generalklausel aus § 161 Abs. 1, § 163 Abs. 1 Satz 2 StPO (vgl. dazu BTDrucks. 14/1484 S. 17, 23 f.; Wohlers in SKStPO 57. Lfg. § 163 Rdn. 1) ausreichte, die eine Ermächtigungsgrundlage für Ermittlungshandlungen - auch mit "weniger intensiven" Grundrechtseingriffen - bietet (vgl. BGHSt 51, 211, 218 Tz. 21; BVerfG - Kammer - NJW 2009, 1405, 1407; Meyer-Goßner StPO 52. Aufl. § 161 Rdn. 1; vgl. für nicht offen ermittelnde Polizeibeamten als Scheinaufkäufer im Rahmen eines illegalen Rauschgiftankaufs BGHSt 41, 64, 66; BGHR StPO § 110a Ermittler 4; BGHR StPO § 110b Abs. 2 Wohnung 1). Ein verdecktes Verhör mit dem Ziel, eine selbstbelastende Äußerung eines noch nicht förmlich vernommenen Beschuldigten herbeizuführen, erscheint als Ermittlungshandlung von nicht unerheblicher Eingriffsintensität. Sie wird auch nicht zu den eigentlichen Aufgaben eines nicht offen ermittelnden Polizeibeamten gerechnet (vgl. Nack in KK 6. Aufl. § 110a Rdn. 6).

[19] Das verdeckte Verhör durch POK H wurde nicht etwa zur Gefahrenabwehr eingesetzt und hatte zudem kaum gefahrabwehrende Funktion, da tatsächlich gar keine Gefahr für das Leben der Ehefrau des Angeklagten mangels - von vornherein fehlender - Tatbereitschaft zu dem von dem Mitgefangenen S initiierten vorgetäuschten Tatplan bestanden hatte. Das Vorgehen war allein auf Ermittlung gegen den Angeklagten als bestimmten Beschuldigten gerichtet.

d) Beweisverwertungsverbot wegen Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren (fair trial-Grundsatz)

[20] Auch unter der Voraussetzung fehlender Rechtsgrundlage wäre indes zweifelhaft, ob das verdeckte Verhör verwertbar gewesen wäre (vgl. BGH NStZ 1997, 294, 295; allgemein BGHSt 51, 285, 295 f. Tz. 29 m.w.N.). Da selbst einem Verdeckten Ermittler ein verdecktes Verhör, wie es hier von POK H vorgenommen und vom Schwurgericht verwertet worden ist, nicht gestattet gewesen wäre, liegt der Fall hier jedenfalls eindeutig anders.

[21] Das Vorgehen verstieß nämlich gegen das Recht des Angeklagten auf ein faires Verfahren (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 6 Abs. 1 MRK) unter besonderer Berücksichtigung des Grundsatzes, dass niemand verpflichtet ist, zu seiner eigenen Überführung beizutragen, insbesondere sich selbst zu belasten (*nemo tenetur se ipsum accusare*). Dabei schließt sich der Senat - wie bereits der Sache nach der 4. Strafsenat in StV 2009, 225 - den Darlegungen des 3. Strafsenats des Bundesgerichtshofs in BGHSt 52, 11, 17 Tz. 20 zur Genese, Verankerung und Bedeutung dieses Grundsatzes an (vgl. auch BGHSt 53, 294, 309 Tz. 49). Da der Beamte sogar eindeutig die Kompetenzen überschritten hat, die einem Verdeckten Ermittler zugestanden hätten, stünden einem noch nicht formal als unzulässig bewerteten entsprechenden Vorgehen als nicht offen ermittelnder Polizeibeamter identische durchgreifende Bedenken - erst recht - entgegen (vgl. Roxin StV 1998, 43, 44; MeyerGoßner aaO § 110a Rdn. 4; BTDrucks 14/1484 S. 24).

aa) Zu grundlegenden Bedenken gegen heimliche Ermittlungsmaßnahmen gegen inhaftierten Beschuldigten

[22] Die Aushorchung des Angeklagten unter Ausnutzung der besonderen Situation seiner Inhaftierung begründet von vornherein Bedenken gegen die Zulässigkeit der heimlichen Ermittlungsmaßnahme. Nicht weniger als in anderen von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs beanstandeten Fällen heimlicher Informationsgewinnung unter Ausnutzung begleitender belastender Haftsituationen (vgl. BGHSt 34, 362; 44, 129; 52, 11; 53, 294) liegen auch hier Umstände vor, die zur Bewertung des Vorgehens als unfaire Vernachlässigung der zu achtenden Selbstbelastungsfreiheit führt.

[23] Im Einklang mit der Auffassung des Großen Senats für Strafsachen (BGHSt 42, 139, 152; vgl. auch BGHSt 49, 56, 58) und in Übereinstimmung mit der die Selbstbelastungsfreiheit auf Art. 6 Abs. 1 MRK stützenden Rechtsprechung des EGMR (StV 2003, 257 [m. Anm. Gaede]; NJW 2008, 3549; 2010, 213) sieht der Senat durch die Anwendung von Zwang den Kernbereich der Selbstbelastungsfreiheit des Angeklagten als verletzt an. (BGHSt 52, 11, 15 Tz. 14; vgl.

auch BGH StV 2009, 225, 226).

bb) Zur Ausübung von Zwang auf den Angeklagten

[24] Dem Angeklagten wurde ein Bild seiner Ehefrau beim Einsteigen in deren Pkw und ein Bild, eine ähnliche Frau in gleicher Position an einem ähnlichen Pkw zeigend, vorgelegt, um ihn eine Auswahl der zu tötenden Frau mittels der durch die beiden Bilder aufgebauten Alternative vornehmen zu lassen. Aufgrund des nachfolgenden Hinweises, falls der Angeklagte diese Auswahl nicht treffen wolle, würden "notfalls" beide Frauen, vor deren Häusern zur Tötung bereite Täter stünden, getötet, ist der Angeklagte in einen Aussagezwang hinsichtlich der Benennung der zu tötenden Frau versetzt worden. Dies ist mittels eines als Nötigung mit einem empfindlichen Übel im Sinne des § 240 Abs. 1 StGB zu qualifizierenden Eingriffs in die Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung geschehen.

[25] Solches setzt voraus, dass der Täter dem Opfer ein bestimmtes Verhalten aufzwingt, ihn also gegen seinen Willen dazu veranlasst (Fischer, StGB 57. Aufl. § 240 Rdn. 4). Der Angeklagte war entgegenstehenden Willens; er hatte in dem Gespräch sofort erklärt, über das Thema nicht sprechen zu wollen, nach Ausflüchten gesucht und sich in seinen Äußerungen nicht festgelegt. Der Hinweis, eine unbeteiligte Dritte könnte zu Tode kommen, stellte eine Drohung im Sinne des § 240 Abs. 1 StGB (vgl. BGHR StGB § 240 Abs. 1 Übel 1; Fischer aaO Rdn. 37) gegenüber dem Angeklagten mit einem empfindlichen Übel dar (vgl. BGH NStZ 1987, 222, 223). Auf dessen Verwirklichung für den Fall des Bedingungseintritts, der Nichtäußerung, schrieb POK H sich den erforderlichen Einfluss zu (vgl. BGHSt 16, 386, 387; Fischer aaO § 240 Rdn. 31). Es liegt auf der Hand, dass - bei fortgesetzter Weigerung der Identifizierung des "Tatopfers" - eine dem Angeklagten bevorstehende Verantwortlichkeit für ein zweites, nicht gewolltes Tötungsverbrechen diesem als ein gewichtiger Nachteil erscheinen musste.

cc) Zum Unterlassen der Einholung einer richterlichen Anordnung gem. § 100f StPO

[26] Ein gewisses Indiz für eigene polizeiinterne Bedenken gegen das hier zu beanstandende Vorgehen liegt im Übrigen im Unterlassen des Einholens einer richterlichen Anordnung der beweisichernden akustischen Überwachung des Besuchsgesprächs nach § 100f StPO. Es ist schwer nachvollziehbar, dass eine solche - im Gegensatz zu dem Gespräch des gleichsam selbsternannten "agent provocateur" S mit dem Angeklagten auf dem Gefangenenhofgang, dessen Verwertung der Beschwerdeführer nicht widersprochen hat - nicht erfolgt ist. Entsprechend kam es auch vorhersehbar zum Dissens über den Inhalt des nicht aufge-

zeichneten verdeckten Verhörs.

e) Beweisverwertungsverbot als Folge der rechtswidrigen Beweiserhebung

[27] Die Beeinträchtigungen der Rechte des Angeklagten gebieten die Annahme eines Beweisverwertungsverbots.

[28] In Fällen von Aussagezwang wird in den Kernbereich der grundrechtlich und konventionsrechtlich geschützten Selbstbelastungsfreiheit eines Beschuldigten ohne Rechtsgrundlage eingegriffen (vgl. BGHSt 52, 11, 17 f. Tz. 20 und 22 m.w.N.; EGMR StV 2003, 257, 259). Der gravierende Rechtsverstoß kann nicht anders als durch Nichtverwertung des hierdurch gewonnenen Beweismittels geheilt werden (vgl. auch BGHSt 51, 285, 291 Tz. 23; 52, 11, 23 f. Tz. 36; 53, 294, 304 ff. Tz. 32 ff., Amelung in FS für Claus Roxin [2001] S. 1259, 1262, 1265 ff.).

[29] Der hier vorliegende Zwang zur Abgabe selbstbelastender Äußerungen im Rahmen eines verdeckten Verhörs wiegt nicht leichter als das Entlocken solcher Äußerungen unter Ausnutzung einer Vertrauensstellung nach angekündigter Inanspruchnahme des Schweigerechts (vgl. BGHSt 52, 11, 18 f. Tz. 26; 21 Tz. 33; 23 Tz. 36; BGH StV 2009, 225, 226) oder die Verlegung eines Aushorchers in die Zelle eines Untersuchungsgefangenen (BGHSt 34, 362). Sie übertrifft sogar die Eingriffsintensität im Vergleich mit zielgerichtet für erwartete Selbstbelastungen geschaffene - von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs mit einem Beweisverwertungsverbot belegte - andere Er-

mittlungssituationen (BGHSt 53, 294, 304 ff.; vgl. auch BGHSt 40, 66, 72).

4. Zum Beruhen des Urteils auf der Verwertung der Aussage des Zeugen H

[30] Nachdem das Schwurgericht seine Beweisführung tragend auf die Bekundungen des nicht offen ermittelnden Polizeibeamten gestützt hat, kann der Senat ein Beruhen des Urteils auf dem Verfahrensfehler nicht ausschließen. Die Sache bedarf neuer Aufklärung und Bewertung. Ein Durchentscheiden auf Freispruch - entsprechend dem Antrag der Verteidigung - scheidet aus. Eine die Verurteilung tragende Beweiswürdigung auch ohne die Aussage des Zeugen POK H erscheint unter den gegebenen Begleitumständen ungeachtet der begründeten massiven Vorbehalte gegen den Zeugen S nicht von vornherein ausgeschlossen.

[31] Das neu berufene Tatgericht wird die Frage, ob der Angeklagte nachweislich eine zur Erfüllung des § 30 Abs. 2 StGB ausreichende hinreichend konkrete Annahme eines ihm vorgetäuschten Morderbietens durch S erklärt hat, auf der Grundlage des verbleibenden Beweismittels zu klären haben. Dabei wird es maßgeblich auch zu bedenken haben, inwiefern der Angeklagte unter den Begleitumständen gemeinsamer Haft an ein realisierbares Geschäft mit S über die entgeltliche Übernahme des Wohnheims geglaubt haben kann, und wird in diesem Zusammenhang auch die Bedeutung der vom Angeklagten veranlassten Zahlung an S zu würdigen haben.

Standort: § 247 StPO

Problem: Dauer der Abwesenheit des Angeklagten

BGH, BESCHLUSS VOM 21.04.2010
GSST 1/09 (StV 2010, 467)

Problemdarstellung:

In einem Verfahren wegen sexuellen Missbrauchs hatte das LG für die Dauer der Vernehmung der geschädigten minderjährigen Zeugin gem. § 247 S. 2 StPO die Entfernung des Angeklagten aus dem Gerichtssaal angeordnet. Der Angeklagte war erst nach Abschluss der Vernehmung und Verhandlung über die Entlassung der Zeugin wieder in den Gerichtssaal geführt und gem. § 247 S. 4 StPO über den Inhalt der in seiner Abwesenheit stattgefundenen Verhandlung informiert worden. Gegen die Verurteilung des Angeklagten durch das LG hatte dessen Verteidiger Revision eingelegt, die er insb. auf den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO gestützt hatte. Dieser sei einschlägig, weil ein wesentlicher Teil der Hauptverhandlung - nämlich die Verhandlung über die Entlassung der Zeugin - rechtswidrig in Abwesenheit des Angeklagten stattgefunden habe.

Der 5. Strafsenat des BGH beabsichtigte, diese Revision als unbegründet zurückzuweisen, sah sich hieran aber durch die bisherige BGH-Rechtsprechung gehindert, derzufolge die Entfernung des Angeklagten gem. § 247 StPO während der Verhandlung über die Entlassung des Zeugen einen absoluten Revisionsgrund gem. § 338 Nr. 5 StPO darstellt und ein entsprechender Verstoß deshalb tatsächlich zur Aufhebung des entsprechenden Urteils führt (BGH, NStZ 2000, 440; 2007, 352). Der 5. Strafsenat fragte deshalb gem. § 132 III GVG bei den anderen Senaten an, ob diese einer Änderung der Rechtsprechung zustimmen, was jedoch nur der 1. Strafsenat tat. Daraufhin legte der 5. Strafsenat die entsprechende Rechtsfrage gem. § 132 II GVG dem Großen Strafsenat des BGH zur Entscheidung vor. Dieser wies das Begehren des 5. Strafsenats zurück und bestätigte die bisherige Rechtsprechung.

Prüfungsrelevanz:

Die Prüfung des Vorliegens von Revisionsgründen ist im zweiten Examen in revisionsrechtlichen Klausuren,

Aktenvorträgen oder Prüfungsgesprächen natürlich immer ein wesentlicher Teil der zu erbringenden Leistung. Gerade der in der vorliegenden Entscheidung relevante § 338 Nr. 5 StPO ist hier besonders beliebt. Im ersten Examen ist eine solche Aufgabenstellung außerhalb des entsprechenden Schwerpunktbereichs eher nicht zu erwarten.

Gem. § 231 I StPO hat der Angeklagte grundsätzlich die Pflicht und das Recht zur ununterbrochenen Anwesenheit während der gesamten Hauptverhandlung. Ausnahmen von diesem Anwesenheitsrecht des Angeklagten sind nur in besonderen Fällen zulässig. Einen dieser Fälle regelt § 247 StPO, der eine Entfernung des Angeklagten aus dem Sitzungszimmer während einer Vernehmung erlaubt, wenn zu befürchten ist, dass der Vernommene nicht die Wahrheit sagen werde, § 247 S. 1 StPO, oder bei Vernehmung eines Zeugen diesem bei Anwesenheit des Angeklagten schwere Nachteile drohen würden, § 247 S. 2 StPO.

Zulässig ist in diesen Fällen eine Entfernung des Angeklagten "während der Vernehmung". Zur Vernehmung i.S.v. § 247 StPO gehören z.B. nicht die Verhandlung über die Vereidigung des Angeklagten und dessen Vereidigung selbst, sodass hier der Angeklagte wieder ein Recht zur Anwesenheit hat (BGHSt 26, 218, 229; BayObLG, StV 2005, 7; Meyer-Goßner, § 247 Rn. 8 f.; Peglau/Wilke, NSTZ 2005, 188).

Auch die Verhandlung über die Entlassung des Zeugen, um die es in der vorliegenden Entscheidung geht, stellt nach ständiger Rechtsprechung keinen Teil der Vernehmung i.S.v. § 247 StPO dar, sodass auch hier eine Entfernung des Angeklagten nach dieser Vorschrift nicht zulässig ist (BGH, NSTZ 2000, 440; 2007, 352; StV 2000, 2140; StraFo 1999, 18; OLG Düsseldorf, VRS 1991, 365). Allerdings haben verschiedene Senate des BGH in der Vergangenheit Zweifel daran geäußert, ob dies tatsächlich richtig sei (vgl. BGH, NSTZ 1998, 425; 2000, 328). An diesen Gedanken hatte der 5. Strafsenat in seinen Anfrage- und Vorlagebeschlüssen (Beschlüsse vom 10.03.2009, 11.11.2009 und 27.03.2010, alle Az.: 5 StR 460/08) angeknüpft und eine Änderung der bisherigen Rechtsprechung angeregt. Dem hatten allerdings nur der 1. Strafsenat und der Generalbundesanwalt zugestimmt. Der Große Strafsenat des BGH kommt durch Auslegung insbesondere von Sinn und Zweck der entsprechenden StPO-Vorschriften zu dem Ergebnis, dass die Verhandlung über die Entlassung eines Zeugen nicht mehr Teil der Vernehmung i.S.v. § 247 StPO ist, sodass der Angeklagte von der Anwesenheit hierbei jedenfalls nicht aus den Gründen des § 247 S. 1, 2 StPO ausgeschlossen werden kann. Ist dies dennoch der Fall, so hat ein wesentlicher Teil der Hauptverhandlung in Abwesenheit des Angeklagten, also einer Person, deren Anwesenheit das Gesetz (in § 231 I StPO) vor-

schreibt, stattgefunden, sodass der absolute Revisionsgrund gem. § 338 Nr. 5 StPO gegeben ist.

Allerdings lässt der Große Strafsenat eine kleine "Hintertür" offen. Er geht nämlich davon aus, dass die entsprechende Verletzung des Anwesenheitsrechts des Angeklagten geheilt werden kann (und dann keinen Revisionsgrund mehr darstellt), wenn der Angeklagte bei seiner Unterrichtung nach § 247 S. 4 StPO mitteilt, keine Fragen mehr an den Zeugen stellen zu wollen oder er auf Befragen eine entsprechende Erklärung abgibt, nachdem die zu frühe Entlassung des Zeugen bemerkt wurde.

Vertiefungshinweise:

□ Zur Entfernung des Angeklagten gem. § 247 StPO während der Verhandlung über die Entlassung des Zeugen: BGH, NSTZ 2000, 440; 2007, 352; StV 2000, 240

Leitsätze:

1. Die Verhandlung über die Entlassung eines Zeugen ist kein Teil der Vernehmung im Sinne von § 247 StPO.

2. Die fortdauernde Abwesenheit eines nach § 247 StPO während einer Zeugenvernehmung entfernten Angeklagten bei der Verhandlung über die Entlassung des Zeugen begründet regelmäßig den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO.

Aus den Gründen:

A. Zum Inhalt der Vorlage

[1] Die Vorlage des 5. Strafsenats des Bundesgerichtshofs an den Großen Senat für Strafsachen betrifft die Frage, ob die Abwesenheit des gemäß § 247 StPO für die Dauer der Vernehmung eines Zeugen ausgeschlossenen Angeklagten während der Verhandlung über die Entlassung des Zeugen eine Verletzung seines Anwesenheitsrechts bedeutet, die einen absoluten Revisionsgrund gemäß § 338 Nr. 5 StPO begründet.

I. Prozessverlauf; Rechtsauffassung und Inhalt der Anfrage des 5. Strafsenats

[2] In einem beim 5. Strafsenat anhängigen Verfahren hat das Landgericht den Angeklagten wegen sexuellen Missbrauchs eines Kindes verurteilt. Gegen dieses Urteil wendet sich der Angeklagte mit seiner Revision. Er erhebt neben der Sachrüge eine Verfahrensrüge, mit der er insbesondere seine fortdauernde Abwesenheit während der Verhandlung über die Entlassung der gemäß § 247 Satz 2 StPO in seiner Abwesenheit zeugenschaftlich vernommenen Nebenklägerin beanstandet.

[3] Der 5. Strafsenat möchte diese Verfahrensrüge, auf die es nach seiner Auffassung für seine Entscheidung

ankommt und die er für zulässig erhoben hält, als unbegründet verwerfen. Er rechnet in Abkehr von bisheriger Rechtsprechung (BGHR StPO § 247 Abwesenheit 1, 14, 15; § 338 Nr. 5 Angeklagter 23; BGH NStZ 2007, 352) die Verhandlung über die Entlassung eines nach § 247 StPO in Abwesenheit des Angeklagten vernommenen Zeugen zu dessen Vernehmung und sieht demnach die Abwesenheit des Angeklagten in diesem Verfahrensabschnitt als von § 247 StPO gedeckt an, so dass der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO nicht vorliege. Die Rechte des Angeklagten, in dessen Abwesenheit über die Entlassung verhandelt wird, sieht er durch einen relativen Revisionsgrund wegen Verletzung des Rechts auf effektive Ausübung seines Fragerechts hinreichend gesichert.

[4] Dementsprechend zu entscheiden, sieht sich der 5. Strafsenat indes nach dem Ergebnis des gemäß § 132 Abs. 2 GVG durchgeführten Anfrageverfahrens gehindert. Lediglich der 1. Strafsenat ist unter Aufgabe seiner entgegenstehenden Rechtsprechung der Auffassung des 5. Strafsenats beigetreten. Hingegen haben der 2., 3. und 4. Strafsenat an ihrer jeweiligen entgegenstehenden Rechtsprechung festgehalten. Daraufhin hat der 5. Strafsenat mit Beschluss vom 11. November 2009 - 5 StR 460/08 - (NJW 2010, 1012) dem Großen Senat für Strafsachen gemäß § 132 Abs. 2 GVG folgende Rechtsfrage zur Entscheidung vorgelegt:

“Begründet die fortdauernde Abwesenheit des nach § 247 StPO während einer Zeugenvernehmung entfernten Angeklagten bei der Verhandlung über die Entlassung des Zeugen den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO?”

II. Rechtsauffassung des Generalbundesanwalts

[5] Der Generalbundesanwalt hält die Auslegung des Vernehmungsbegriffs in § 247 StPO durch den 5. Strafsenat für vom Wortlaut der Vorschrift gedeckt und tritt dessen Rechtsauffassung bei. Er hat beantragt zu beschließen:

“Die fortdauernde Abwesenheit des nach § 247 StPO während einer Zeugenvernehmung entfernten Angeklagten bei der Verhandlung über die Entlassung des Zeugen begründet nicht den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO.”

B. Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen

[6] Der Große Senat für Strafsachen beantwortet die Vorlegungsfrage auf die zulässige Vorlage gemäß § 132 Abs. 2 GVG wie aus der Entscheidungsformel ersichtlich.

I. Verletzung des Anwesenheitsrechts des Angeklagten durch Abwesenheit während Verhandlung

[7] Die Abwesenheit des gemäß § 247 StPO für die

Dauer der Vernehmung eines Zeugen ausgeschlossenen Angeklagten während der anschließenden Verhandlung über die Entlassung des Zeugen stellt eine Verletzung seines Anwesenheitsrechts dar.

1. Zur Bedeutung des Anwesenheitsrechts des Angeklagten

[8] Der Anwesenheit des Angeklagten kommt im deutschen Strafprozess ein hoher Stellenwert zu. Seine Anwesenheit während der gesamten Hauptverhandlung, namentlich während der Beweisaufnahme, ist nicht nur für die Wahrheitsfindung, sondern ebenso für den Angeklagten und seine Verteidigung von erheblicher Bedeutung (BGHSt 3, 187, 190; 26, 84, 90; Frister in SK-StPO [2009] § 247 Rdn. 2; Bung HRSS 2010, 50). Das Anwesenheitsrecht soll dem Angeklagten vor allem die Möglichkeit allseitiger und uneingeschränkter Verteidigung sichern und sein rechtliches Gehör im wichtigsten Abschnitt des Verfahrens gewährleisten.

[9] Deshalb bestimmt § 230 Abs. 1 StPO, dass gegen einen ausgebliebenen Angeklagten keine Hauptverhandlung stattfindet. Der Angeklagte hat nicht nur das Recht, sondern - wie sich aus § 230 Abs. 2, § 231 Abs. 1 StPO ergibt - auch die Pflicht zur Anwesenheit (BGH NStZ 1991, 246; Becker in Löwe/Rosenberg, StPO 26. Aufl. § 230 Rdn. 1; Meyer-Goßner, StPO 52. Aufl. § 230 Rdn. 3). Seine ununterbrochene Präsenz während der Hauptverhandlung wird wegen ihrer zentralen Bedeutung für das Verfahren rechtlich durch den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO gesichert.

2. Zur Möglichkeit einer Einschränkung des Anwesenheitsrechts gem. § 247 StPO

[10] Das Anwesenheitsrecht des Angeklagten kann nur in eng begrenzten Ausnahmefällen, in denen andere gewichtige Belange entgegenstehen und eine Einschränkung seiner grundsätzlich zu gewährleistenden Anwesenheit verlangen, durchbrochen werden.

[11] Solche Ausnahmen enthält § 247 StPO. Diese Vorschrift gestattet in Satz 1 eine Entfernung des Angeklagten aus dem Sitzungszimmer während der Vernehmung eines Zeugen, wenn zu befürchten ist, der Zeuge werde bei seiner Vernehmung in Gegenwart des Angeklagten die Wahrheit nicht sagen. Gleiches gilt nach § 247 Satz 2 StPO im Interesse unmittelbaren Zeugenschutzes bei gesundheitlicher Gefährdung durch Vernehmung in Gegenwart des Angeklagten.

[12] Welche Verfahrensvorgänge vom Begriff der Vernehmung i. S. d. § 247 Satz 1 und 2 StPO erfasst werden, wird vom Gesetz nicht näher bestimmt. Aus der Entstehungsgeschichte und den Gesetzesmaterialien ergeben sich keine konkreten Hinweise zur Reichweite und Auslegung des Vernehmungsbegriffs in § 247 StPO (Hahn, Die gesamten Materialien zu den

Reichs-Justizgesetzen, Bd. 3 Abt. 1, 2. Aufl., S. 192 f., 852 ff.; 1583 f.; BTDrs. 7/649 S. 3; BTDrs. 10/6124 S. 13 f.; BTDrs. 16/12098 S. 40 f., zu § 247 Satz 3 StPO: BTDrs. 1/3713 S. 52).

3. Zur Auslegung des Begriffs der "Verhandlung" i.S.v. § 247 S. 1, 2 StPO

[13] Die Verhandlung über die Entlassung des Zeugen wird vom Begriff der Vernehmung i. S. d. § 247 Satz 1 und 2 StPO nicht erfasst.

a) Restriktive Auslegung als Grundsatz

[14] Dieser Begriff ist im Regelungszusammenhang der §§ 247 und 248 StPO aufgrund der hohen Bedeutung der Anwesenheit des Angeklagten in der Hauptverhandlung, die als Anspruch auf rechtliches Gehör und angemessene Verteidigung in Art. 103 Abs. 1 GG sowie durch Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK garantiert wird, restriktiv auszulegen (BGHSt 15, 194, 195; 22, 18, 20; BGH NJW 1957, 1161; 1976, 1108; so auch schon RGSt 29, 30, 31; Becker aaO § 247 Rdn. 6; Diemer in KK StPO 6. Aufl. § 247 Rdn. 2; Frister aaO § 247 Rdn. 3).

b) Sinn und Zweck von § 247 StPO

[15] Das Anwesenheitsrecht des Angeklagten ist mit den Interessen der Allgemeinheit an einer vollständigen und wahrheitsgemäßen Aufklärung des Sachverhalts, die durch die möglicherweise nicht wahrheitsgemäße Aussage eines sich vor dem Angeklagten fürchtenden Zeugen gefährdet werden (§ 247 Satz 1 StPO), sowie mit dem Schutz der Zeugen selbst (§ 247 Satz 2 StPO) in einen angemessenen Ausgleich zu bringen (BGHSt 26, 218, 220; Diemer aaO § 247 Rdn. 1; Pfeiffer, StPO 5. Aufl. § 247 Rdn. 1). Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit ist der mit einem Ausschluss zwangsläufig verbundene Eingriff in die Autonomie des Angeklagten (Hasemer JuS 1986, 25, 28) auf solche Verfahrenshandlungen zu beschränken, bei denen der jeweilige Schutzzweck den Ausschluss unbedingt erfordert (BGHSt 3, 384, 386; Frister aaO § 247 Rdn. 11; Paulus in KMR § 247 Rdn. 2; Meyer-Goßner in FS Pfeiffer [1988], S. 311, 319; Gollwitzer in FS Tröndle [1989], S. 456, 457; Eisenberg/Schlüter JR 2001, 341, 342; vgl. auch EGMR NJW 2003, 2893, 2894). Die Erstreckung des Ausschlusses auf die Verhandlung über die Entlassung des Zeugen ist mit Rücksicht auf den Normzweck des § 247 Satz 1 und 2 StPO nicht geboten. Ein Ausschluss des Angeklagten von der Entlassungsverhandlung ist weder aus Gründen der Wahrheitserforschung (§ 247 Satz 1 StPO) erforderlich, noch zum Schutz des Zeugen (§ 247 Satz 2 StPO) stets unerlässlich.

c) Weite Auslegung nicht geboten

[16] Auch Gründe des Zeugen- und Opferschutzes

gebieten keine Erstreckung des Vernehmungsbegriffs auf die Verhandlung über die Entlassung eines Zeugen.

[17] Zwar stünde ein solches weites Verständnis mit den Belangen des Zeugenschutzes durchaus im Einklang. § 247 Satz 2 StPO dient aber nicht allein dem Schutz gefährdeter Zeugen, sondern eben auch dem Ausgleich zwischen den Interessen gefährdeter Zeugen und dem u. a. durch Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK garantierten Verteidigungsrecht des Angeklagten. § 247 Satz 2 StPO sichert somit letztlich die Grundsätze eines fairen Verfahrens (vgl. EGMR NJW 2003, 2893, 2894).

[18] Den Belangen des Zeugen- und Opferschutzes kann auch in den Grenzen der bisherigen Auslegung des Vernehmungsbegriffs in § 247 StPO hinreichend Rechnung getragen werden. Es ist nicht notwendig, den Angeklagten auch während der Verhandlung über die Entlassung des Zeugen auszuschließen, um jede Begegnung zwischen Angeklagtem und Zeugen zu vermeiden. Stattdessen kann das Gericht dem Zeugen erlauben, sich aus dem Sitzungssaal zu entfernen, solange der Angeklagte über die Zeugenaussage unterrichtet und über die Entlassung des Zeugen verhandelt wird. Während der Mitteilung der Entlassungsverfügung an den wieder im Sitzungssaal anwesenden Zeugen bzw. während dessen weiterer Befragung kann der Angeklagte erneut aus dem Sitzungssaal fern gehalten werden (BGHSt 22, 2889, 296; BGH Beschluss vom 15. Dezember 1999 - 1 StR 614/99; zur Vereidigung: BGH NJW 2004, 1187 - in BGHSt 49, 25 insoweit nicht abgedruckt; einschränkend: NStZ 1986, 133 Nr. 21). Die mit einem Prozedieren in wechselseitiger Abwesenheit zwangsläufig verbundenen Umständenlichkeiten sind vor dem Hintergrund der in Ausgleich zu bringenden Schutzgüter hinzunehmen (BGH NStZ 2000, 440, 441; Hanack JR 1989, 255, 256; Meyer-Goßner in FS Pfeiffer [1988], S. 311, 322; Frister aaO § 247 Rdn. 77) und können zudem in den Fällen des § 247 Satz 2 StPO durch eine Verfahrensweise nach § 247a StPO begrenzt werden.

II. Verhandlung über Entlassung eines Zeugen als wesentlicher Teil der Hauptverhandlung i.S.v. § 338 Nr. 5 StPO

[19] Die Verhandlung über die Entlassung eines in Abwesenheit des Angeklagten vernommenen Zeugen ist grundsätzlich ein wesentlicher Teil der Hauptverhandlung (vgl. BGHSt 26, 84, 91; BGH NJW 1986, 267). Die währenddessen fortdauernde Abwesenheit des nach § 247 Satz 1 oder 2 StPO entfernten Angeklagten ist deshalb regelmäßig geeignet, den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO zu begründen.

1. § 248 S. 2 StPO als Argument für Wesentlichkeit

[20] Hierfür spricht bereits § 248 Satz 2 StPO. Diese

Vorschrift regelt ausdrücklich die Pflicht des Vorsitzenden, die Staatsanwaltschaft und den Angeklagten vor der Entlassung der vernommenen Sachverständigen und Zeugen zu hören. Schon diese Hervorhebung in einer eigenen Vorschrift belegt, dass das Gesetz der Verhandlung über die Entlassung und dem Entlassungsvorgang besondere Bedeutung - auch für das weitere Verfahren - beimisst.

2. Sinn und Zweck der betroffenen Vorschriften als Kriterium für Wesentlichkeit

[21] Im Übrigen bestimmt sich die Frage, ob ein Verfahrensteil als wesentlich einzuordnen ist, nach dem Zweck der jeweils betroffenen Vorschriften sowie danach, in welchem Umfang ihre sachliche Bedeutung betroffen sein kann (BGHSt 15, 263, 264; Frister aaO § 247 Rdn. 83; Frisch in SK-StPO [2005] § 338 Rdn. 104). Nach dem Zweck der betroffenen Vorschriften ist die Entlassungsverhandlung in Anwesenheit des Angeklagten grundsätzlich als wesentlich einzuordnen. Die das Anwesenheitsrecht und die Anwesenheitspflicht des Angeklagten betreffenden Vorschriften bezwecken auch, dem Angeklagten eine allseitige und uneingeschränkte Verteidigung zu ermöglichen, insbesondere durch Vornahme von Verfahrenshandlungen auf Grund des von ihm selbst wahrgenommenen Verlaufs der Hauptverhandlung (RGSt 49, 40, 43; BGHSt 3, 187, 190; 15, 194, 195 und 263, 264; BGH NStZ 2007, 352 f.; Strate NJW 1979, 909). Das wird dem Angeklagten durch seinen Ausschluss von der Verhandlung über die Entlassung des Zeugen erschwert, weil er in unmittelbarem Anschluss an die Zeugenvernehmung keine Fragen oder Anträge stellen kann, die den Ausgang des Verfahrens beeinflussen können.

3. Verhandlung über Entlassung von Zeugen keine bloße Formalität

[22] Der Einwand, bei der Verhandlung über die Entlassung eines Zeugen handele es sich um einen Vorgang von eher organisatorischem bzw. rein formalem Charakter, der nicht unmittelbar der Urteilsfindung diene (so BGHR StPO § 247 Abwesenheit 20), steht ihrer Einordnung als wesentlicher Verfahrensteil nicht entgegen. Die Zeugenentlassung hat nicht unerhebliche Auswirkungen für den Angeklagten und die Wahrnehmung seiner Mitwirkungsrechte in der Hauptverhandlung (Frister aaO § 247 Rdn. 86; Pfeiffer aaO § 247 Rdn. 1). Denn mit der Entlassung endet das Fragerecht der Verfahrensbeteiligten nach § 240 Abs. 2 Satz 1 StPO (Schneider in KK 6. Aufl. § 240 Rdn. 10; Meyer-Goßner, StPO 52. Aufl. § 240 Rdn. 8; Frister aaO § 248 Rdn. 4). Als Konsequenz hieraus muss das Gericht einem Antrag des Angeklagten auf erneute bzw. ergänzende Vernehmung des Zeugen zum selben Beweisthema nur nach Maßgabe seiner Aufklärungs-

pflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) nachkommen, ohne an die Ablehnungsgründe des § 244 Abs. 3 StPO gebunden zu sein (BGHR StPO § 244 Abs. 6 Beweisanspruch 32; Fischer in KK 6. Aufl. § 244 Rdn. 7; jeweils m. w. N.).

4. Zur Annahme eines absoluten Revisionsgrundes

[23] Zwischen der Annahme eines absoluten Revisionsgrundes im Falle der verfahrenswidrigen Abwesenheit des Angeklagten während der Entlassungsverhandlung und der Einordnung eines Verstoßes gegen die Unterrichtungsvorschrift des § 247 Satz 4 StPO als (lediglich) relativen Revisionsgrund (BGH NStZ 1995, 557; siehe auch BVerfG - Kammer - NJW 2002, 814) besteht kein Wertungswiderspruch. Beim Verstoß gegen die (rechtzeitige) Unterrichtungspflicht des § 247 Abs. 4 StPO handelt es sich nicht um eine Verletzung der durch § 338 Nr. 5 StPO gesicherten Anwesenheitsrechte und -pflichten des Angeklagten, sondern um einen nur gelegentlich oder mittelbar als Folge des Ausschlusses unterlaufenen Verfahrensfehler. Dieser Fehler betrifft zwar ebenfalls das Informations- und Fragerecht des Angeklagten, nicht aber sein nach § 230 Abs. 1 StPO vorgeschriebenes und während der gesamten Hauptverhandlung geltendes Anwesenheitsrecht.

5. Keine Kompensation der Verletzung der Rechte des Angeklagten durch Möglichkeit der Erzwingung einer erneuten Vorladung des Zeugen

[24] Der mit einem fortgesetzten Ausschluss des Angeklagten während der Entlassungsverhandlung regelmäßig verbundene Eingriff in seine Verteidigungsrechte kann entgegen der Auffassung des vorliegenden Senats (vgl. dazu BGHR StPO § 247 Abwesenheit 18, 20; Basdorf in FS Salger [1995], S. 203; einschränkend: BGHR StPO § 247 Abwesenheit 19) nicht dadurch kompensiert werden, dass auf sein Verlangen der verfahrensfehlerhaft entlassene Zeuge erneut vorzuladen und eine Verweigerung der erneuten Vorladung über den relativen Revisionsgrund der Verletzung des Fragerechts zu rügen ist.

III. Zur Möglichkeit einer Heilung der verfahrensfehlerhaften Abwesenheit des Angeklagten

[25] Es besteht allerdings Anlass zu dem Hinweis, dass ein Verstoß gegen das Anwesenheitsrecht des Angeklagten bei der Verhandlung über die Entlassung mit der Folge, dass der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO entfällt, geheilt werden kann. Eine Heilung liegt etwa bereits darin, dass der Angeklagte bei seiner Unterrichtung nach § 247 Satz 4 StPO mitteilt, keine Fragen mehr an den Zeugen stellen zu wollen (BGHR StPO Abwesenheit 18, 19; BGH NStZ 2000, 440; StV 2000, 240). Das Gleiche gilt, wenn er auf Befragen die entsprechende Erklärung abgibt,

nachdem die zu frühe Entlassung des Zeugen bemerkt wurde. Wenn jedoch der Angeklagte in dieser Situation den Zeugen weiter zu befragen wünscht, so ist eine Heilung durch Ladung des Zeugen und ergänzende Befragung möglich (vgl. BGHSt 30, 74, 76; 48, 221,

231; Frister aaO § 247 Rdn. 60). Bleibt der Fehler allerdings unbemerkt oder konnte der Zeuge nicht mehr herbeigeschafft werden, muss der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO bei entsprechender Verfahrensrüge durchgreifen.

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: Paintball und Menschenwürde**

OVG LÜNEBURG, URTEIL VOM 18.02.2010
1 LC 244/07 (DVBL 2010, 526 L)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall begehrte der Kläger eine Baugenehmigung für eine "Reball"-Spielhalle. "Reball" ist eine Paintball-Variante, bei der statt Farbkugeln wiederverwertbare Bälle verwendet werden. Die zuständige Baugenehmigungsbehörde versagte die Genehmigung unter Hinweis darauf, das "Reball"-Spiel verletze die Menschenwürde der Spieler und damit die öffentliche Sicherheit. Dass die Spieler freiwillig mitspielten, sei irrelevant, da die Menschenwürde nicht disponibel sei.

Das OVG Lüneburg sah dies anders. Zunächst äußert das Gericht schon erhebliche Zweifel, ob die Menschenwürde überhaupt zu den Schutzgütern der öffentlichen Sicherheit zählt. Dies unterstellt, liege jedenfalls keine Verletzung derselben vor. Die von den Behörden immer wieder behauptete "verrohende Wirkung" derartiger Spiele sei empirisch nicht belegt. Was die Verherrlichung von Gewalt angehe, so seien erwachsene Menschen im Zeitalter von Horrorvideos und einschlägigen Computerspielen noch ganz anderes gewohnt. Besonders ausführlich widmet sich das Gericht der Parallele zum Fechtsport, der auch das simulierte Töten von Menschen zum Gegenstand habe und über den sich niemand aufrege.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung fügt sich nahtlos in die seit Jahren andauernde Diskussion um die Zulässigkeit solcher Spiele ein, bietet aber dennoch in zweierlei Hinsicht Bemerkenswertes:

Erstens ist der "Aufhänger" der Entscheidung nicht - wie sonst vielfach - das Polizei- und Ordnungsrecht, sondern das Baurecht. Ein solcher Einstieg gibt Prüfern die Gelegenheit, neben der ordnungsrechtlichen Problematik, die den Schwerpunkt bildet, auch Bauplanungsrecht abzu prüfen. Nicht ganz zufällig finden sich in der nachfolgenden Lösung daher auch Ausführungen zu §§ 30 ff. BauGB und § 15 I BauNVO.

Zweitens ist darauf hinzuweisen, dass die Landesbauordnung Niedersachsens die "öffentliche Ordnung" als Schutzgut nicht kennt. Dies hatte entscheidende Konsequenzen: Dass moderne Versionen des Räuber-und-

Gendarm-Spiels wie Paintball, Reball, Laserdrome oder Gotcha nicht gegen die "öffentliche Sicherheit" verstoßen, wie das OVG Lüneburg meint, wird innerhalb der Rechtsprechung weithin vertreten. Allerdings bejahen viele Gerichte (bis hinauf zum EuGH) gleichwohl einen Verstoß gegen die "öffentliche Ordnung" und kommen so i.E. doch zu einem Verbot derartiger Spiele. Dieser Weg war dem OVG Lüneburg versperrt, das Gericht konnte somit nicht umhin, einen Baugenehmigungsanspruch des Klägers zu bejahen, nachdem es eine Verletzung der Menschenwürde verneint hatte. Wäre die "öffentliche Ordnung" als Schutzgut hingegen auch geregelt gewesen - und in vielen Landesbauordnungen ist dies der Fall (vgl. nur § 3 BauO NRW) -, so wäre weiter zu prüfen gewesen, ob nicht diese verletzt sein könnte (vgl. dazu die Vertiefungshinweise).

Zur Klarstellung sei abschließend erwähnt, dass sich die Frage, ob ein Paintballspiel gegen die öffentliche Sicherheit in Gestalt des Schutzguts "Menschenwürde" oder die öffentliche Ordnung verstößt, immer eine Frage des Einzelfalles sein wird. Man kann sich Spielgestaltungen vorstellen, die unproblematisch die Menschenwürde verletzen, aber auch solche, die vollkommen harmlos sind. Nur die Tendenz in der Rechtsprechung lässt sich festhalten: Öffentliche Sicherheit nein, öffentliche Ordnung ja.

Das Urteil des OVG Lüneburg ist übrigens nicht rechtskräftig. Das Gericht hat nach § 132 II Nr. 1 VwGO die Revision zugelassen.

Vertiefungshinweise:

□ Paintball und Menschenwürde in der Rechtsprechung: *EuGH*, *EuZW* 2004, 753 = *RA* 2004, 685; *BVerwGE* 115, 189; *OVG Münster*, *GewArch* 2001, 71; *GewArch* 1995, 470; *VGH München*, *GewArch* 1994, 376; *VGH Mannheim*, *GewArch* 2004, 327; *BayVBl.* 2001, 689; *OVG Koblenz*, *GewArch* 1994, 374; *VG Minden*, *NVwZ-RR* 2008, 378

□ Paintball und Menschenwürde in der Literatur: *Hömig*, *EuGRZ* 2007, 633, 639; *Scheidler*, *JURA* 2009, 575; *Beaucamp*, *DVBl.* 2005, 1174; *Gröpl/Brandt*, *VerwArch* 2004, 223, 234 ff; *Kramer*, *NVwZ* 2004, 1083; *Schönleiter/Stenger*, *GewArch* 2007, 320; *Köhne*, *GewArch* 2004, 285; *Frenz*, *NVwZ* 2005, 48; *Aubel*, *JURA* 2004, 255; *Kahl*, *VerwArch* 2008, 451, 476

Kursprogramm:

□ Examenskurs: "Laserdrome"

Leitsatz:

Eine Baugenehmigung für eine Paintball- oder Reball-Anlage, die nach den in Deutschland üblicherweise zugrunde gelegten Regelwerken betrieben werden soll und nur für Erwachsene zugänglich ist, darf nicht mit der Begründung versagt werden, mit dem Spielbetrieb werde die Würde des Menschen im Sinne des Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG missachtet.

Sachverhalt:

Die Klägerin (Kl.) ist ein eingetragener Verein, dessen Zweck die Veranstaltung sog. "Reball-Spiele" ist. Reball gehört - zusammen mit Gotcha, Paintball und dem Lasergame (alias Laserdrome oder Quasar) - zu einer Gruppe von Mannschaftsspielen, bei deren unterschiedlichen Spielvarianten jeweils Gegner mit Hilfe von schusswaffenähnlichen Gerätschaften ausgeschaltet werden. Im Unterschied zum Paintball, bei dem mit Farbe gefüllte kleine Bälle verschossen werden, die beim Aufprall zerplatzen und einen Farbfleck hinterlassen, werden beim Reball wiederverwendbare Bälle ohne Farbwirkung benutzt, deren Trefferwirkung durch Schiedsrichter beurteilt wird.

Die Kl. stellte bei der beigeladenen Gemeinde (Beigel.) einen Bauantrag für den Umbau einer Badminton-Halle in eine Reball-Halle. Das fragliche Grundstück befindet sich in einem Gebiet, das durch qualifizierten Bebauungsplan der Beigel. als Gewerbegebiet festgesetzt ist. Der Bauantrag wurde von der Beigel. an den als Bauaufsichtsbehörde für die Bescheidung des Antrags zuständigen Beklagten (Bekl.), einen Landkreis in Niedersachsen, weitergeleitet. Dieser lehnte den Bauantrag ab, und zwar aus folgenden Gründen: Erstens habe die Beigel. ihr Einvernehmen mit dem Bauvorhaben verweigert. Zweitens sei der Umbau auch nicht genehmigungsfähig, weil er gegen Bauplanungsrecht verstoße, denn bei der geplanten Anlage handle es sich nicht um einen im Gewerbegebiet zulässigen Gewerbebetrieb, sondern um eine unzulässige Vergnügungsstätte. Drittens und vor allem aber sei das geplante Reball-Spiel rechts- und sittenwidrig, weil es gegen die Menschenwürde verstoße. Gewaltbereitschaft und Militarismus würden durch solche Spiele gefördert, eine Verrohung der Gesellschaft und eine erhöhte Gefahr von Anschlägen und Straftaten bis hin zu Amokläufen seien die Folge.

Die Kl. verweist hingegen auf Parallelen zu anderen, etablierten Sportarten wie Fechten, Boxen oder Karate, in denen das Ziel auch die Ausschaltung des Gegners sei. Das Reball-Spiel sei zudem ein Mannschaftssport, bei dem es - jedenfalls in der von ihr geplanten

Spielvariante - nicht primär um das Ausschalten der Gegner, sondern das Erobern einer Flagge gehe ("Capture the flag"). Kooperation und Teamarbeit seien für den Spielerfolg unerlässlich. Von Förderung der Gewaltbereitschaft könne keine Rede sein, nach dem Spiel säßen die Spieler gemütlich beim Bier zusammen. Zudem unterwerfe die Kl. in ihrer Vereinssatzung alle Mitglieder den internationalen Reball-Regeln, nach denen z.B. militärische Kleidung verboten sei. Die Spielfläche bestehe aus einer Turnhalle, in der quader-, kegel- oder kugelförmige, mit Luft gefüllte PVC-Objekte aufgestellt seien. Mit "Häuserkampf" oder "Amoklauf" habe die Spielgestaltung also optisch und inhaltlich nicht das Geringste zu tun. Zahllose Filme und Videospiele enthielten im Übrigen bei weitem Schlimmeres.

Hat die Kl. einen Anspruch auf Erteilung der beantragten Baugenehmigung?

[Anm.: Es ist zu unterstellen, dass es sich bei dem geplanten Umbau der Sporthalle um ein genehmigungsbedürftiges Vorhaben handelt und der von der Beigel. aufgestellte Bebauungsplan wirksam ist.]

[Auszug aus der Niedersächsischen Bauordnung (NBauO):

§ 1: Grundsätzliche Anforderungen

(1) Bauliche Anlagen müssen so angeordnet, beschaffen und für ihre Benutzung geeignet sein, dass die öffentliche Sicherheit nicht gefährdet wird. [...]

§ 2: Begriffe

(1) Bauliche Anlagen sind mit dem Erdboden verbundene oder auf ihm ruhende, aus Bauprodukten hergestellte Anlagen. [...]

(5) Baumaßnahmen sind die Errichtung, die Änderung, der Abbruch, die Beseitigung, die Nutzungsänderung und die Instandhaltung von baulichen Anlagen oder von Teilen baulicher Anlagen. [...]

(10) Öffentliches Baurecht sind die Vorschriften dieses Gesetzes, die Vorschriften aufgrund dieses Gesetzes, das städtebauliche Planungsrecht und die sonstigen Vorschriften des öffentlichen Rechts, die Anforderungen an bauliche Anlagen, Bauprodukte oder Baumaßnahmen stellen oder die Bebaubarkeit von Grundstücken regeln.

§ 75: Baugenehmigung

(1) Die Baugenehmigung ist zu erteilen, wenn die Baumaßnahme, soweit sie genehmigungsbedürftig ist und soweit die Prüfung nicht entfällt, dem öffentlichen Baurecht entspricht. [...]

Lösung:

Die Kl. könnte einen Anspruch auf Erteilung der Baugenehmigung aus § 75 I NBauO haben.

A. Anspruchsgrundlage

Nach § 75 I NBauO ist eine Baugenehmigung für eine genehmigungsbedürftige Baumaßnahme zu erteilen, wenn sie dem öffentlichen Baurecht entspricht.

B. Tatbestand

Fraglich ist, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen der Anspruchsgrundlage vorliegen.

I. Ordnungsgemäßer Bauantrag

Zunächst müsste die Kl. einen ordnungsgemäßen Bauantrag gestellt haben. Dieser ist nach niedersächsischem Baurecht stets an die Gemeinde zu richten (§ 71 I NBauO), auch wenn diese - wie hier - nicht selbst Baugenehmigungsbehörde ist, sondern nach §§ 65 III, 63 I NBauO der Landkreis. Laut Sachverhalt hat der Kl. einen solchen Bauantrag bei der Beigel. gestellt. Dass dieser den Anforderungen des § 71 NBauO genügte, ist nach dem Sachverhalt nicht in Zweifel zu ziehen.

II. Baumaßnahme

Bei dem Vorhaben der Kl. müsste es sich um eine Baumaßnahme i.S.d. § 75 I NBauO handeln. Darunter sind nach § 2 V NBauO die Errichtung, die Änderung, der Abbruch, die Beseitigung, die Nutzungsänderung und die Instandhaltung von baulichen Anlagen oder von Teilen baulicher Anlagen zu verstehen. Eine bauliche Anlage wiederum ist nach § 2 I NBauO eine mit dem Erdboden verbundene oder auf ihm ruhende, aus Bauprodukten hergestellte Anlage.

Dass es sich bei einer Sporthalle, die bisher zum Badmintonspielen genutzt wurde und die nunmehr in eine Reball-Anlage umgebaut werden soll, um ein aus Bauprodukten hergestelltes, mit dem Erdboden verbundenes Gebäude und damit um eine bauliche Anlage im o.g. Sinne handelt, unterliegt keinem Zweifel. Da es hier um einen Umbau, also zumindest die Änderung (wenn nicht die Errichtung) einer solchen geht, liegt eine Baumaßnahme vor.

III. Genehmigungsbefähigung

Dass die Baumaßnahme genehmigungsbedürftig i.S.d. §§ 68 ff. NBauO ist, wurde vom Sachverhalt vorgegeben.

[Anm.: Grundsätzlich herrscht in Deutschland allgemeine Handlung- und damit auch Baufreiheit, Art. 2 I GG. Liegt kein geregelter genehmigungsbedürftiger Tatbestand vor, bedarf es einer Baugenehmigung also nicht. Nach § 68 I NBauO wird diese Regel jedoch in eine Ausnahme verkehrt, denn danach bedürfen alle

Baumaßnahmen einer Genehmigung, soweit nicht speziell geregelte Unterausnahmen greifen. Ob dies der Fall ist oder nicht, richtet sich beim Umbau einer Sporthalle nach Art und Umfang der geplanten Bauarbeiten im Einzelfall, zu denen der Sachverhalt hier keine Angaben enthält. Auch im Originalfall finden sich hierzu keine Ausführungen, das OVG Lüneburg hat diese Frage offen gelassen.]

IV. Genehmigungsbefähigung

Fraglich ist, ob die Baumaßnahme nach § 75 I NBauO "dem öffentlichen Baurecht entspricht", also genehmigungsbefähigt ist. Zum "öffentlichen Baurecht" in diesem Sinne gehören nach § 2 X NBauO u.a. die Vorschriften der NBauO selbst (Bauordnungsrecht), das städtebauliche Planungsrecht (Bauplanungsrecht) und die sonstigen Vorschriften des öffentlichen Rechts, die Anforderungen an bauliche Anlagen, Bauprodukte oder Baumaßnahmen stellen oder die Bebaubarkeit von Grundstücken regeln (sonstiges öffentliches Baurecht).

1. Bauplanungsrecht

In bauplanungsrechtlicher Hinsicht ist die Vereinbarkeit der Baumaßnahme mit den §§ 29 ff. BauGB fraglich.

a. Kein Verstoß gegen § 30 I BauGB

Laut Sachverhalt liegt das Grundstück, auf dem sich die Sporthalle befindet, in einem durch (wirksamen) Bebauungsplan (im Folgenden: B-Plan) festgesetzten Gewerbegebiet. Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Vorhaben im Geltungsbereich eines qualifizierten B-Plans richtet sich allein nach § 30 I BauGB. Danach muss das Vorhaben den Festsetzungen des B-Plans entsprechen und die Erschließung muss gesichert sein. Letzteres steht bei einer bereits als Badmintonhalle genutzten Sporthalle nicht in Zweifel. Fraglich ist jedoch, ob die Festsetzungen des B-Plans eingehalten werden. Hier ist nur die Festsetzung über die "Art" der baulichen Nutzung i.S.d. § 30 I BauGB bekannt, nämlich dass es sich um ein Gewerbegebiet handelt.

aa. Vereinbarkeit mit § 8 BauNVO

Die Zulässigkeit von Vorhaben in einem Gewerbegebiet wiederum ist in § 8 BauNVO geregelt. Durch die Festsetzung des Gewerbegebiets im B-Plan wird § 8 BauNVO über § 1 III 2 BauNVO Bestandteil desselben. "Vereinbarkeit mit dem B-Plan" bedeutet somit nichts anderes als "Vereinbarkeit mit § 8 BauNVO". Das OVG Lüneburg hält eine Reball-Halle in einem Gewerbegebiet für zulässig, und zwar unabhängig davon, ob es sich bei ihr um einen Gewerbebetrieb, eine Anlage für sportliche Zwecke oder - wie die Bekl. meint - um eine Vergnügungsstätte handelt:

“Soweit die Beklagte [meint], Vergnügungsstätten gehörten nicht in ein Gewerbegebiet, übersieht dies ihre ausnahmsweise Zulässigkeit nach § 8 III Nr. 3 BauGB, wenn sie nicht “kerngebietstypisch” sind (vgl. BVerwG, BauR 1988, 693). Deshalb kommt es nicht darauf an, ob es sich - wenn nicht überhaupt um einen schlichten Gewerbebetrieb - um eine Anlage für sportliche Zwecke oder eine Vergnügungsstätte handelt. Der Bebauungsplan schließt beides hier nicht aus.“

[Anm.: Tatsächlich sind nach § 8 II BauNVO Gewerbebetriebe aller Art im Gewerbegebiet zulässig, ausnahmsweise nach § 8 III Nr. 2 BauNVO auch Anlagen für sportliche Zwecke und nach § 8 III Nr. 3 BauNVO Vergnügungsstätten. Da über § 1 III 2 BauNVO der gesamte § 8 BauNVO zum Bestandteil des B-Plans geworden ist, setzt dieser über § 31 I BauGB auch die Ausnahmen des § 8 III BauNVO mit fest.]

bb. Vereinbarkeit mit § 15 I 2 BauNVO

Allerdings können nach den §§ 2-14 BauNVO grundsätzlich zulässige Vorhaben im Einzelfall gem. § 15 I 2 BauNVO doch unzulässig sein, wenn von ihnen Belästigungen ausgehen, die nach der Eigenart des Baugebiets in diesem oder dessen Umgebung “unzumutbar” sind. Fraglich ist, ob dies für eine Reball-Anlage im Gewerbegebiet zutrifft.

Die Unzumutbarkeit kann sich allerdings nur aus solchen Auswirkungen ergeben, die städtebaulich bedeutsam sind. Diese Einschränkung ergibt sich aus dem Zweck der Bauleitplanung. Bauleitpläne sollen die bauliche und sonstige Nutzung der Grundstücke in der Gemeinde vorbereiten und leiten (§ 1 I BauGB). Sie sind dementsprechend auf die städtebauliche Entwicklung und Ordnung (§ 1 III 1 BauGB) ausgerichtet; Festsetzungen dürfen nur aus städtebaulichen Gründen erfolgen (§ 9 I BauGB). Daraus folgt, dass auch die unzumutbaren Belästigungen oder Störungen, vor denen § 15 I 2 BauNVO schützen will, solche Auswirkungen sein müssen, die einen Bezug zur Bodenordnung im Sinne der städtebaulichen Entwicklung und Ordnung des Gemeindegebiets haben (BVerwG, NVwZ 2007, 587). Deshalb sind mögliche Auswirkungen auf eine Verrohung der Bevölkerung und dergleichen, wie sie die Bekl. befürchtet, insoweit außer Betracht zu lassen. Sie haben keinen Bezug zum Gemeindegebiet und zur Umgebungsbebauung. Allenfalls kämen Emissionen in Betracht, z.B. in Form von Lärm. Hierzu ist jedoch von der Bekl. nichts vorgetragen worden. Deshalb meint das OVG Lüneburg auch nur kurz:

“Zwar hat das Bundesverwaltungsgericht den Begriff der “städtebaulich bedeutsamen Auswirkungen” in seinem Urteil vom 25. Januar 2007 (BVerwGE 128, 118) sehr weit gefasst. Es ist aber nicht ersichtlich, dass der Betrieb einer Paintball- oder Reballanlage

anstelle einer Badmintonhalle im Gewerbegebiet Nutzungskonflikte hervorrufen kann.“

b. Kein Verstoß gegen § 36 I 1 BauGB

Nach § 36 I 1 BauGB ist ferner das Einvernehmen der Gemeinde unabdingbare Voraussetzung für die Erteilung der Baugenehmigung, wenn - wie hier - Baugenehmigungsbehörde (Landkreis) und Gemeinde personenverschieden sind. Im vorliegenden Fall hat die Beigel. ihr Einvernehmen verweigert.

aa. Rechtswidrige Verweigerung des Einvernehmens

Eine Verweigerung des Einvernehmens ist jedoch nur aus den sich aus §§ 31, 33, 24 und 35 BauGB ergebenden Gründen zulässig. Hier lagen solche Gründe nicht vor; insbesondere nicht solche aus § 31 BauGB, da - wie oben gezeigt - eine Anlage für sportliche Zwecke bzw. eine Vergnügungsstätte über §§ 1 III 2, 8 III Nr. 2, 3 BauNVO von der Gemeinde selbst als ausnahmsweise zulässige Bebauung im B-Plan festgesetzt worden ist. Die Reball-Anlage wäre nach § 31 I BauGB daher selbst dann zulässig, wenn man sie nicht als Gewerbebetrieb und damit als bereits nach §§ 30 I BauGB i.V.m. 1 III 2, 8 II BauNVO zulässig ansehen wollte. Gründe außerhalb der §§ 31, 33, 24 und 35 BauGB, also etwa die befürchtete Verrohung der Bevölkerung durch die Reball-Anlage, haben bei der Entscheidung über die Erteilung oder Nichterteilung des Einvernehmens von vornherein außer Betracht zu bleiben.

bb. Ersetzung

Hat die Gemeinde ihr Einvernehmen rechtswidrig verweigert, kann es von der Baugenehmigungsbehörde nach § 36 II 3 BauGB ersetzt werden. Streitig ist, ob ihr dabei ein Ermessen zusteht, wie der Wortlaut der Norm (“kann”) suggeriert (so z.B. OVG Lüneburg, RA 2008, 419 = NJOZ 2008, 2298), oder ob im Lichte der Baufreiheit das Einvernehmen zwingend zu ersetzen ist, wenn kein Versagungsgrund i.S.d. §§ 31, 33, 24 und 35 BauGB vorliegt (so die h.M., OVG Koblenz, BRS 60 Nr. 91; Dippel, NVwZ 1999, 921, 924). Hier ist kein einziger bauplanungsrechtlicher Umstand ersichtlich, der eine Ermessensentscheidung dahingehend, das Einvernehmen nicht zu ersetzen, vertretbar erscheinen ließe. Vielmehr hat die Gemeinde es selbst in der Hand, durch ihre Bauleitplanung die Gestaltung des Gewerbegebiets, in dem die Reball-Anlage entstehen soll, zu beeinflussen. An den Festsetzungen ihres eigenen B-Plans muss sie sich festhalten lassen. Somit läge jedenfalls eine Ermessensreduzierung auf null vor, wollte man denn ein Ermessen über die Ersetzung des Einvernehmens bejahen. Der Streit darüber kann hier also offen bleiben, § 36 I BauGB steht der Baugenehmigungserteilung jedenfalls nicht entgegen.

2. Bauordnungsrecht

In bauordnungsrechtlicher Hinsicht könnte ein Verstoß gegen § 1 NBauO vorliegen. Danach müssen bauliche Anlagen so angeordnet, beschaffen und für ihre Benutzung geeignet sein, dass die öffentliche Sicherheit nicht gefährdet wird. Fraglich ist, ob eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit durch die geplante Benutzung der Sporthalle als Reball-Anlage eintreten würde. Zu den Schutzgütern der öffentlichen Sicherheit zählen das geschriebene Recht, die Individualrechtsgüter und die staatlichen Einrichtungen und Veranstellungen.

a. Geschriebenes Recht

Zunächst könnte ein Verstoß gegen geschriebenes Recht vorliegen.

aa. Art. 1 I 1 GG

Zum geschriebenen Recht zählt auch das Grundgesetz und somit auch die Menschenwürde aus Art. 1 I 1 GG.

(1). Anwendbarkeit

Allerdings binden die Grundrechte nur den Staat (vgl. für die Menschenwürde Art. 1 I 2 GG, für die übrigen Grundrechte Art. 1 III GG). Hier ist aber fraglich, ob das Vorhaben des Kl. - eines eingetragenen Vereins, somit eines Privatrechtssubjekts - gegen das geschriebene Recht verstößt. Da Grundrechte Privatrechtssubjekte nicht binden, können diese grds. auch nicht gegen sie verstoßen. Es stellt sich somit schon die grundsätzliche Frage, ob Grundrechte wie Art. 1 I 1 GG überhaupt zum geschriebenen Recht i.S.d. "öffentlichen Sicherheit" gehören können. Dieses Problem sieht auch das OVG Lüneburg:

"§ 1 I 1 NBauO [schützt] nicht mehr die öffentliche Sicherheit und die öffentliche Ordnung gleichermaßen, sondern stellt seit 1995 nur noch auf die öffentliche Sicherheit ab. In § 2 Nr. 1a des Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung ist die öffentliche Ordnung erst seit dem Jahre 2003 wieder zum Schutzgut erklärt worden (vgl. Ipsen, NdsVBl. 2003, 281), ohne dass die Bauordnung in gleichem Sinne geändert wurde. Dem wird die gesetzgeberische Absicht entnommen werden können, die Bauaufsichtsbehörden, die mit § 2 Abs. 10 NBauO ohnehin schon eine Fülle von Vorschriften zu beachten und durchzusetzen haben, nicht auch noch mit "erzieherischen" Aufgaben zu belasten.

Von anderer Seite (z. B. Kramer, NVwZ 2004, 1083) wird allerdings ohnehin die Auffassung vertreten, in Fällen dieser Art liege ein Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit (im Sinne der Unverletzlichkeit der gesamten Rechtsordnung) vor, nicht nur ein Verstoß gegen die öffentliche Ordnung, die ungeschriebene Regeln umfasse. Sehe man den Schutz der Menschenwürde als Verfassungsgrundsatz an, sei er Teil des

geschriebenen Rechts. Das verkürzt das Problem jedoch unangemessen, weil damit ausgeblendet wird, welche Auslegungskunst gefordert ist, um von der geschriebenen Menschenwürde zu deren konkreter Missachtung durch ein Spiel zu gelangen. In der sorgfältigen Zusammenstellung der Definitionsansätze für die Menschenwürde bei Hömig, Die Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes in der Rechtsprechung der Bundesrepublik Deutschland (EuGRZ 2007, 633) zeigt sich deutlich, welche Bandbreite diese Annäherungsversuche haben; von klaren Konturen kann nicht die Rede sein. [...] Es bestehen mithin schon Zweifel, ob § 1 I 1 NBauO überhaupt eine geeignete Rechtsgrundlage für die Versagung einer Baugenehmigung für eine Reball-Anlage bietet."

Es spricht daher Vieles dafür, Grundrechte nicht zum geschriebenen Recht als Schutzgut der "öffentlichen Sicherheit" zu zählen. Allerdings könnte diese Frage auf sich beruhen, wenn jedenfalls keine Verletzung der Menschenwürde aus Art. 1 I 1 GG vorläge.

[Anm.: Diesen Weg geht auch das OVG Lüneburg in seiner Originalentscheidung: Nach Äußerung der obigen Zweifel an der Anwendbarkeit des Art. 1 I 1 GG im Rahmen der "öffentlichen Sicherheit" wird die Menschenwürde dennoch geprüft, eine Verletzung derselben i.E. verneint und die Anwendbarkeit des Art. 1 I 1 GG somit offen gelassen.

Zählte man Art. 1 I 1 GG nicht zum geschriebenen Recht, stellte sich die weitere, wohl zu bejahende Frage, ob nicht jedenfalls die Menschenwürde der Spieler als Individualrechtsgut zur "öffentlichen Sicherheit" gehört, sie also jedenfalls unter diesem Gesichtspunkt geprüft werden kann.]

(2). Definition

Das OVG Lüneburg bemüht sich zunächst um eine Definition des Begriffs "Menschenwürde". Dabei lehnt das Gericht sich an die sog. "Objektformel" des BVerfG an:

"Das Bundesverfassungsgericht versteht [den Begriff "Menschenwürde"] als tragendes Konstitutionsprinzip im System der Grundrechte (vgl. BVerfGE 6, 32 [36, 41]; 45, 187 [227]). Mit ihm ist der soziale Wert- und Achtungsanspruch des Menschen verbunden, der es verbietet, den Menschen zum bloßen Objekt des Staates zu machen oder ihn einer Behandlung auszusetzen, die seine Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt. Menschenwürde in diesem Sinne ist nicht nur die individuelle Würde der jeweiligen Person, sondern die Würde des Menschen als Gattungswesen. Jeder besitzt sie, ohne Rücksicht auf seine Eigenschaften, seine Leistungen und seinen sozialen Status. Sie ist auch dem eigen, der aufgrund seines körperlichen oder geistigen Zustands nicht sinnhaft handeln kann. Selbst durch "unwürdiges" Verhalten geht sie nicht verloren.

Sie kann keinem Menschen genommen werden. Verletzbar ist aber der Achtungsanspruch, der sich aus ihr ergibt.“

(3). *Subsumtion*

“In der Sache folgt der Senat dem Verwaltungsgericht in der Auffassung, dass Spiele der hier zur Genehmigung gestellten Art nicht als menschenwürdig angesehen werden können.“

(a). *Keine verrohende Wirkung*

“Soweit die Bekl. einer Teilnahme am Paintball-/Reballspiel nachteilige Wirkungen auf die charakterliche Entwicklung zuschreibt, fehlt es an einer tragfähigen und gesicherten empirischen Grundlage. Die sogenannte Wirkungsforschung bemüht sich zwar bereits seit Jahrzehnten um belastbare Ergebnisse. Diese liegen jedoch noch nicht vor. [...] Je länger der Zeitraum andauert, in dem die Behörden keine Belege für die genannten nachteiligen Wirkungen vorlegen können, um so weniger können sie sich angesichts der berührten Freiheitsrechte auf die bislang nur vermuteten Effekte berufen.

Soweit sich der Senat - etwa durch die in der mündlichen Verhandlung vorgeführten Videoclips, aber auch durch die Regelwerke - von dem Spielgeschehen einen Eindruck verschaffen konnte, sind bestimmte, auch von der Beklagten geteilte Einschätzungen nicht nachvollziehbar. Das Spielgeschehen übt keineswegs die Situation eines Amoklaufs ein. Die Gegner sind gerade nicht arg- und wehrlos, sondern - jedenfalls im Durchschnitt - gleich stark. Schon aus praktischen Gründen spricht eine Vermutung dafür, dass sich die Spieler gegenseitig im Ansatz fair behandeln, weil sie andernfalls dem Spielbetrieb sehr schnell den Boden entziehen würden. Das erbarmungslose Niedermetzeln hoffnungslos unterlegener Opfer wäre dagegen kein erfolgsversprechendes Spielkonzept, weil sich niemand finden würde, der die Rolle des Opfers übernimmt. Spielerische Gewalt und fair play müssen sich nicht gegenseitig ausschließen. Die in der mündlichen Verhandlung betrachteten Videoclips zeigen deutlich, dass getroffene Mitspieler von sich aus anzeigen, dass sie getroffen sind; dass „gefoult“ wird wie etwa beim Fußball, ist nicht bekannt geworden. Erkennbar ist auch, dass es sich um ein Mannschaftsspiel handelt, bei welchem der einzelne Mitspieler keinen ungezügeln Aggressionstrieb auslebt, sondern spielstrategisch und -taktisch für seine Mannschaft eintritt; „soziales“ Verhalten ist also sogar gewinnentscheidend.“

(b). *Parallelen zu sozial anerkannten Sportarten*

“Der Senat sieht auch keinen letztlich entscheidenden Unterschied zwischen der hier in Rede stehenden Variante von Paintball/Reball und herkömmlichen, sozial anerkannten Sportarten. Wie verschiedentlich hervor-

gehoben worden ist, gibt es reiches Anschauungsmaterial an Spielen, bei denen es um die „Ausschaltung“ von Gegnern geht. Bestätigt wird dadurch offenbar, dass die Lust am Wettkampf zu den Grundelementen des menschlichen Wesens gehört, was möglicherweise entwicklungsgeschichtlich bedingt ist. Allerdings stellt es für sich noch keine hilfreiche Erkenntnis dar, wenn festgestellt wird, dass auch in anderen Zusammenhängen „ausgeschaltet“ wird. Es liegt vielmehr auf der Hand, dass es darauf ankommt, wie nahe die einzelne Handlung - innerhalb der Bandbreite der Möglichkeiten - dem realen Vorgang des Tötens kommt und welche innere Haltung der Spieler dabei einnimmt, welche historische Entwicklung die Sportart oder das Spiel genommen hat, welche soziale Bedeutung ihnen beigemessen wird und welcher Grad an „Sublimation“ erreicht worden ist; an solche Differenzierungsmerkmale dürfte zumal der Gesetzgeber ohne weiteres anknüpfen. Dass insoweit allerdings komplexe Bewertungen erforderlich sind, zeigt sich exemplarisch an dem auch von der Klägerin herangezogenen Beispiel der Kampfsportart des Fechtens (vgl. dazu den entsprechenden W1-Beitrag), der das OVG Münster jede Vergleichbarkeit mit den Vorgängen beim Laserdrome abgesprochen hat.

Der Senat folgt nicht der Wertung, dass sich das sportliche Fechten komplett von der Simulation des Tötens im klassischen Duell wegentwickelt hat. Zwar entbehrt der Fechter heute jeder Tötungs- oder Verletzungsabsicht, wenn man von Randerscheinungen bei schlagenden studentischen Verbindungen absieht. Gleichwohl stellt der Fechtssport die ursprüngliche Kampfsituation genau nach. Seinen Reiz dürfte die Teilnahme für den Fechter nicht zuletzt dadurch gewinnen, dass sich die körperliche und geistige Anspannung beim sportlichen Fechtkampf derjenigen bei einem echten Duell wohl durchaus annähert. [...]

(c). *Hinreichende Verfremdung*

“Zwar schließt der Senat nicht aus, dass anderwärts Paintballvarianten praktiziert werden, die eine kritischere Sicht verdienen. [Hier jedoch] sollen ausschließlich volljährige Clubmitglieder Zutritt zum Spielfeld erhalten. Dieses wird mit quader-, kegel- oder kugelförmigen PVC-Objekten versehen, die mit Luft gefüllt sind. Die Spiele sollen nach den European Professional Paintball Circuit Millennium Rules von 2006 in den Varianten “Capture the Flag” und “Center Flag” durchgeführt werden. Nach II Nr. 14 des Regelwerks sind Paintballs mit roter/pinker Füllung verboten. Eingesetzt werden druckgasbetriebene Schusswaffen mit geringer Mündungsenergie. Ein Treffer soll unabhängig davon zum Ausscheiden des Spielers führen, an welcher Stelle der Bekleidung oder der Ausrüstung der Ball aufgetroffen ist. Das Tragen militärischer Tarnkleidung ist den Clubmitgliedern ver-

boten; die Oberbekleidung soll überwiegend aus Paintballsporttrikots eines bestimmten Herstellers bestehen. Zum Schutz vor Verletzungen ist eine zertifizierte Schutzmaske zu tragen. [...] Hiernach ist das Spielgeschehen nicht in geringerem Maße gegenüber realen Tötungshandlungen verfremdet als beim Fechtsport. Gemessen am Realitätsgrad mancher Computerspiele, deren Schauplatz historische oder fiktionale Kriegshandlungen sind, wirkt Paintball/Reball geradezu harmlos.

Dass die Teilnehmer, die - wie andere Mitbürger auch - wesentlich plastischeren Gewaltdarstellungen in Fernsehen, Kino und Internet ausgesetzt sind, gerade durch dieses Spiel zu einer Einstellung gelangen sollen, die den fundamentalen Wert- und Achtungsanspruch leugnet, der jedem Menschen zukommt, ist schwer nachvollziehbar. Eher ist anzunehmen, dass die Teilnehmer das Spiel ebenso als Gemeinschaftserlebnis empfinden wie andere Mannschaftsspiele auch und dass soziale Kontakte dadurch eher geknüpft und bestärkt werden als dass moralischer Verfall eintritt. Es wäre lebensfremd, anzunehmen, dass der Gegner, mit dem man nach dem Spiel bei einem Bier zusammensitzt, mit Hass und Verachtung verfolgt wird, oder dass diese Einstellung unbeteiligten Dritten gegenüber eintritt."

(4). Zwischenergebnis

Das Reball-Spiel verstößt jedenfalls in den von der Kl. beabsichtigten Spielvarianten nicht gegen die Menschenwürde aus Art. 1 I 1 GG. Ob Art. 1 I 1 GG überhaupt zum "geschriebenen Recht" im Sinne der "öffentlichen Sicherheit" gezählt werden kann, mag daher dahinstehen.

bb. § 118 OWiG

Das Reball-Spiel könnte aber gegen § 118 I OWiG verstoßen. Danach handelt ordnungswidrig, wer eine grob ungehörige Handlung vornimmt, die geeignet ist, die Allgemeinheit zu belästigen oder zu gefährden und die öffentliche Ordnung zu beeinträchtigen. Hierzu

stellt das OVG Lüneburg nur kurz fest:

"Jedenfalls bei einer Abschottung des Spielbetriebs von der Öffentlichkeit kann auf die genannte Bestimmung jedoch nicht zurückgegriffen werden (vgl. Gröpl/Brandt, VerwArch 2004, 223, 233 f.)."

b. Individualrechtsgüter

Zu den über die "öffentliche Sicherheit" geschützten Individualrechtsgütern gehört u.a. die Menschenwürde der Spieler. Allerdings wurde bereits oben gezeigt, dass die Menschenwürde aus Art. 1 I 1 GG durch das von der Kl. beabsichtigte Spielgeschehen nicht verletzt wird. Nichts anderes gilt somit für die Menschenwürde der beteiligten Spieler als deren Individualrechtsgut.

[Anm.: Nicht richtig wäre es, insofern auf die Einwilligung der Spieler abzustellen, denn die Menschenwürde ist nicht disponibel. Außerdem stellte sich die Frage nach der Einwilligung erst, wenn eine Verletzung der Menschenwürde vorläge.]

c. Zwischenergebnis

Somit kann festgehalten werden, dass die "öffentliche Sicherheit" i.S.d. § 1 NBauO nicht verletzt wird. Andere bauordnungsrechtliche Vorschriften, die dem Vorhaben der Kl. entgegen gehalten werden könnten, sind nicht ersichtlich. Somit steht Bauordnungsrecht auch nicht entgegen.

3. Sonstiges öffentliches Baurecht

Eine Verletzung anderer Vorschriften des öffentlichen Rechts, die Anforderungen an bauliche Anlagen, Bauprodukte oder Baumaßnahmen stellen oder die Bebaubarkeit von Grundstücken regeln, ist ebenfalls nicht ersichtlich. Das Vorhaben der Kl. ist somit insgesamt genehmigungsfähig.

C. Rechtsfolge

Die Kl. hat einen gebundenen Anspruch aus § 75 I NBauO auf die begehrte Baugenehmigung.

Standort: Zivilrecht

Problem: Widerruflichkeit & Wertsatz

BGH, URTEIL VOM 15.04.2010
III ZR 218/09 (ZIP 2010, 1084)

Problemdarstellung:

Die Bekl. betreibt eine gewerbliche Partnerschaftsvermittlung und veröffentlicht zu diesem Zweck Kontaktanzeigen in Tageszeitungen. Auf eine dieser Anzeigen meldete sich der Kläger am 15.07.2008 unter der dort angegebenen Telefonnummer bei der Bekl., da er die in der Anzeige beschriebene Dame kennenlernen wollte. Kurz darauf rief eine Mitarbeiterin der Bekl. bei

dem Kl. zurück und vereinbarte mit ihm, dass ihn eine weitere Mitarbeiterin am folgenden Tag zu Hause aufsuchen werde. Bei diesem Treffen in der Privatwohnung des Kl. kam es zum Abschluss eines Partnervermittlungsvertrages, in dem sich die Bekl. verpflichtete, dem Kl. gegen ein Entgelt von 9.000 € mindestens 15 Partnervorschläge zu unterbreiten. Der Kl. leistete eine Anzahlung von 5.000 €. Nach der Übermittlung zweier Partneradressen, die nicht dem vereinbarten Anforderungsprofil des Kl. entsprachen, widerrief dieser den Vertrag mit Schreiben vom 24.07.2008 und

beehrte die Anzahlung zurück.

Die Bekl. meint, dass ein Widerrufsrecht nicht bestehe, da ihren Leistungen eine "vorhergehende Bestellung" des Kl. i.S.d. § 312 III Nr. 2 BGB vorangegangen sei. Mindestens müsse der Kl. jedoch Wertersatz für die zwei Partnernvorschläge leisten und zwar in Höhe von insgesamt 1.200 €, da bei vereinbarten 15 Vorschlägen auf jeden Vorschlag ein umgerechnetes Entgelt von 600 € entfalle (9.000/15)

Prüfungsrelevanz:

Schulbuchmäßig geht der Senat der Frage nach, ob die Voraussetzungen einer "vorhergehenden Bestellung" i.S.d. § 312 III Nr. 1 BGB vorliegen, wenn der Hausbesuch des Unternehmers zwar auf eine Initiative des Verbrauchers zurückgeht, die Vertragsverhandlungen aber letztlich einen vollständig anderen Inhalt haben, als vom Verbraucher erwartet. Vorliegend hatte der Kl. durch seinen Anruf bei der Bekl. zwar einen Anlass für deren Besuch in seiner Privatwohnung gegeben. Doch tat er dies in der Erwartung, dass der Kontakt zu einer ganz bestimmten, in der Anzeige beschriebenen Dame hergestellt wird. Stattdessen kam es bei dem vereinbarten Treffen mit der Bekl. zum Abschluss eines von der konkreten Kontaktanzeige losgelösten Partnervermittlungsvertrages.

Der Senat begründet anschaulich, dass auch in einem solchen Fall die für § 312 I 1 Nr. 1 BGB typische Haustürsituation mit "situativer Überrumpelungsgefahr" (so schon BGHZ 165, 363 [370]) vorliegt, so dass der Verbraucher das Rechtsgeschäft widerrufen kann. Wird der Verbraucher nämlich mit inhaltlich abweichenden Vertragsverhandlungen bzw. Angeboten konfrontiert, kann er sich dem wie bei der herkömmlichen Haustürsituation weder räumlich entziehen, noch hat er die Möglichkeit, Vergleichsangebote einzuholen. Abstrakt gesprochen kommt es also darauf an, ob zwischen dem avisierten und dem tatsächlich abgeschlossenen Vertrag eine derartige Diskrepanz liegt, dass eine Überrumpelungsgefahr gegeben ist.

Bei dem aus §§ 346 I, 357 I 1, 355, 312 I Nr. 1 BGB folgenden Rückgewähranspruch des Verbrauchers ist jedoch ein etwaiger Gegenanspruch des Unternehmers aus § 346 II BGB zu berücksichtigen. So kam auch hier ein Wertersatzanspruch der Bekl. aus § 346 II Nr. 1 BGB in Betracht. Hinsichtlich der Höhe des anzusetzenden Wertes stützte sich die Bekl. auf § 346 II 2 HS 1 BGB, wonach sich die Berechnung des Wertersatzes an der Höhe der Gegenleistung zu orientieren hat (§ 346 II 2 BGB gilt auch für das gesetzliche Rücktrittsrecht; BGHZ 178, 355 [360]). Die Anwendung des § 346 II 2 BGB lehnt der Senat für den vorliegenden Fall jedoch ab: Maßgeblich für die Bemessung des Wertersatzes, den der Verbraucher nach dem (wirksamen) Widerruf eines Haustürgeschäftes für bis da-

hin erbrachte Leistungen des Unternehmers gewähren muss, ist nicht das vertraglich vereinbarte Entgelt, sondern der objektive Wert der Unternehmerleistungen (allerdings begrenzt auf das vertragliche Entgelt). Denn nach der zugrundeliegenden Vorstellung des Gesetzgebers soll § 346 II 2 BGB eingreifen, wenn die "aufgetretene Störung allein die Rückabwicklung, nicht aber die von den Parteien privatautonom ausgehandelte Entgeltabrede betrifft" (BT-Drs. 14/6040, S. 196). Von einer solchen Abrede kann aber richtigerweise keine Rede sein, wenn der gesamte Vertrag unter einer überraschenden, die Entschließungsfreiheit des Verbrauchers einschränkenden Verhandlungssituation zustande gekommen ist. Anstelle des vereinbarten Entgelts ist der objektive Wert der Unternehmerleistungen anzusetzen, der gem. § 287 ZPO im Zweifel zu schätzen ist. Das Berufungsgericht hatte den Wert der beiden Partnernvorschläge mit 300 € beziffert; dem schließt sich der Senat an.

Über kurz oder lang wird das renovierte Verbraucher-kreditwesen Gegenstand einer Examensklausur sein - dies lädt die Prüfungsämter ein, die zahlreichen Widerrufsentscheidungen des BGH abzu prüfen (soweit noch nicht geschehen; *EuGH*, RA 2010, 208 = NJW 2010, 1941; *BGH*, RA 2010, 21 = NJW 2010, 610). Die Examensrelevanz der vorliegenden Entscheidung wird zudem dadurch unterstrichen, dass die Entscheidung zur Aufnahme in die amtliche Sammlung vorgesehen ist.

Vertiefungshinweise:

❑ Widerruf eines nichtigen Vertrages: *BGH*, RA 2010, 21 = NJW 2010, 610

❑ Ersatzfähigkeit der Hinsendekosten nach Widerruf: *EuGH*, RA 2010, 208 = NJW 2010, 1941; *BGH*, ZIP 2010, 1498; *Buchmann*, K&R 2010, 458

❑ Zum Partnerschaftsvermittlungsvertrag: *BGH*, NJW-RR 2010, 410 (Rückforderung gezahlter Vergütung nach Kündigung); *LG Aachen*, Beschl. v. 08.07.2009, 6 S 73/09 (Widerruf und Wertermittlung anhand von § 346 II 2 BGB); *OLG Düsseldorf*, MDR 2009, 915 (Beweislast für "vorhergehende Bestellung"); *OLG Koblenz*, NJW-RR 2007, 769 (Rückzahlung bei Nicht- bzw. Schlechtleistung)

❑ Rechtsprechungsübersicht zum Widerruf bei Haustürgeschäften: *Rohlfing*, MDR 2010, 552

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Existenzgründung auf Raten"

❑ *Examenskurs*: "Die Internetauktion"

Leitsätze:

1. Es liegt keine "vorhergehende Bestellung" im Sinne von § 312 Abs. 3 Nr. 1 BGB vor, wenn das in

der "Haustürsituation" unterbreitete und zum Vertragsschluss führende Angebot des Unternehmers von dem Gegenstand der Einladung des Verbrauchers nicht unerheblich abweicht und dieser damit vorher weder gerechnet hat noch rechnen musste (hier: Erwartung der Vermittlung einer bestimmten, in einer Zeitungsannonce beschriebenen Partnerin und Abschluss eines von diesem konkreten Partnerwunsch gelösten allgemeinen Partnervermittlungsvertrages).

2. Die Bemessung des Wertersatzes, den der Verbraucher nach dem wirksamen Widerruf eines Haustürgeschäfts für bis dahin empfangene Leistungen des Unternehmers schuldet, richtet sich nicht nach dem vertraglich vereinbarten Entgelt, sondern nach dem objektiven Wert dieser Leistungen, soweit dieser das vertragliche Entgelt nicht übersteigt.

Sachverhalt:

Die Beklagte (B-GmbH) betreibt eine gewerbliche Partnerschaftsvermittlung und veröffentlicht zu diesem Zweck Kontaktanzeigen in Tageszeitungen. Auf eine dieser Anzeigen in der S. Zeitung meldete sich der Kläger (K) am 15. Juli 2008 unter der dort angegebenen Telefonnummer bei der Beklagten, da er die in der Anzeige beschriebene Dame kennenlernen wollte. Kurz darauf rief eine Mitarbeiterin der Beklagten bei dem Kläger zurück und vereinbarte mit ihm, dass ihn eine weitere Mitarbeiterin der Beklagten am folgenden Tag, dem 16. Juli 2008, bei sich zu Hause aufsuchen werde. Daneben bot die Mitarbeiterin an, dass das Treffen an einem neutralen Ort stattfinden könne. Dies lehnte der Kläger jedoch ab, da er solch private Angelegenheiten nicht in der Öffentlichkeit besprechen wolle. Bei dem verabredeten Zusammentreffen in der Privatwohnung des Klägers kam es zum Abschluss eines Partnervermittlungsvertrags, in dem sich die Beklagte verpflichtete, dem Kläger gegen ein Entgelt von 9.000 € eine gewisse Anzahl von Partneranschlägen zu vermitteln. Ferner unterzeichnete der Kläger eine Bestätigung, wonach er die Beklagte "am 16.07.08 zum Abschluss eines Partnervermittlungsvertrages zu mir bestellt" habe. Der Kläger leistete an die Beklagte eine Anzahlung in Höhe von 5.000 €. Nach Übermittlung zweier Partneradressen widerrief der Kläger den Partnervermittlungsvertrag mit Schreiben vom 24. Juli 2008. Er verlangt die geleistete Anzahlung zurück.

Die Beklagte meint, ein Widerruf sei nicht möglich. Wenigstens möchte sie aber Wertersatz in Höhe von 2 x 600 € für die erbrachten Partneranschläge bekommen.

Hat K einen Anspruch auf Rückzahlung von 5.000 € gegen die B-GmbH?

Lösung:

A. Anspruch des K aus §§ 346 I, 357 I 1, 355, 312 I Nr. 1 BGB

Dem K könnte ein Rückzahlungsanspruch über 5.000 € aus §§ 346 I, 357 I 1, 355, 312 I Nr. 1 BGB zustehen.

I. Zeitlicher Anwendungsbereich

Gem. Art. 229 § 22 II EGBGB sind die §§ 312 ff., 355 ff. BGB in der neuen Fassung für alle Verträge anwendbar, die ab dem 11.06.2010 abgeschlossen wurden. Der Vertragsschluss im vorliegenden Fall datiert aus dem Jahr 2008, so dass die inzwischen alte Fassung der §§ 312, 355 BGB anwendbar ist.

[Anm.: Dies ist hier weitgehend unerheblich, da sich kaum Änderungen zwischen der alten und der neuen Rechtslage ergeben. Nur im Rahmen des § 355 BGB ergäben sich minimale Änderungen, wenn der Vertragsschluss aus der Zeit ab dem 11.06.2010 datierte. Hinweise finden sich an den entsprechenden Stellen.]

II. Anspruch entstanden

Für die Entstehung eines solchen Rückgewährschuldverhältnisses nach § 346 I BGB, auf welches sich der § 357 I 1 BGB im Wege eines Rechtsfolgenverweises bezieht, bedarf es der fristgerechten Ausübung eines Widerrufsrechtes gem. §§ 355, 312 BGB.

1. Widerrufserklärung gem. § 355 I 1 BGB

K müsste den Widerruf gem. § 355 I 1 BGB erklärt haben. Dies geschieht gem. §§ 355 I 2, 126 b BGB durch Erklärung in Textform. K hat den Widerruf des Partnerschaftsvermittlungsvertrags durch Schreiben vom 24.07.2008 formgerecht erklärt.

2. Widerrufsrecht

Dem K müsste ein Widerrufsrecht zustehen. Dies könnte sich vorliegend aus § 312 I 1 Nr. 1 BGB ergeben, wenn der Partnerschaftsvermittlungsvertrag einen Verbrauchervertrag darstellt und im Wege des Haustürgeschäfts zustande gekommen ist.

a) Verbrauchervertrag

Ein Verbrauchervertrag i.S.d. § 312 I 1 BGB liegt bei einem Vertrag zwischen einem Verbraucher (§ 13 BGB) und einem Unternehmer (§ 14 BGB) vor, der eine entgeltliche Leistung betrifft.

K ist natürliche Person und handelte weder im Rahmen einer gewerblichen, noch einer selbständigen beruflichen Tätigkeit. Er ist damit gem. § 13 BGB Verbraucher. Die B-GmbH schloss den Vertrag in Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit und ist damit als Unternehmerin gem. § 14 BGB einzuordnen. Der K verpflichtete sich zur Zahlung von 9.000 €, so dass

der Vertrag eine entgeltliche Leistung zum Gegenstand hatte.

Ein Verbrauchervertrag i.S.d. § 312 I 1 BGB liegt damit vor.

b) Wirksamkeit des Vertrages

Der abgeschlossene Vertrag ist wirksam und nicht sittenwidrig bzw. nichtig gem. § 138 BGB.

[Anm.: Die Rechtsprechung behandelt Partnerschaftsvermittlungsverträge bisweilen kritisch, stuft diese aber nicht schlechthin als sittenwidrig i.S.d. § 138 BGB ein. Ob Sittenwidrigkeit vorliegt ist daher anhand der allgemeinen Kriterien zu prüfen und erfordert z.B. ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung (vgl. hierzu OLG Düsseldorf, NJW-RR 2009, 1645).]

c) Haustürgeschäft gem. § 312 I 1 Nr. 1 BGB

Schließlich müsste eine "Haustürsituation" vorliegen, wie in § 312 I 1 Nr. 1 BGB beschrieben. Eine solche Situation ist gegeben, wenn der Verbraucher zum Vertragsschluss durch mündliche Verhandlungen im Bereich einer Privatwohnung bestimmt worden ist (§ 312 I 1 Nr. 1 2. Fall BGB).

Der Vertrag ist vorliegend in der Wohnung des K geschlossen worden. Jedoch hatte die Mitarbeiterin der B-GmbH angeboten, dass das Treffen an einem neutralen Ort stattfinden könne, was der K jedoch ablehnte. Insofern könnte fraglich sein, ob eine "Haustürsituation" gegeben ist. Jedoch ist unerheblich, welcher der Vertragspartner die Initiative zur Verabredung der Vertragsverhandlungen in der Privatwohnung des Verbrauchers ergriffen hat.

"[11] Der Kläger - als Verbraucher (§ 13 BGB) - hat mit der Beklagten - als Unternehmer (§ 14 BGB) - im Bereich einer Privatwohnung mündliche Vertragsverhandlungen geführt und ist dadurch zum Abschluss des Partnervermittlungsvertrags bestimmt worden. Hierfür ist es entgegen der Ansicht der Revision unbeachtlich, ob dem Kläger in dem vorangegangenen Telefongespräch mit der Zeugin R., einer Mitarbeiterin der Beklagten, alternativ die Möglichkeit eingeräumt worden ist, das Treffen an einem öffentlichen Ort stattfinden zu lassen. Wie sich im Umkehrschluss aus § 312 Abs. 3 Nr. 1 BGB ergibt, kommt es für die Voraussetzungen des § 312 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB - die vom Verbraucher darzulegen und erforderlichenfalls zu beweisen sind (BGH, NJW 2009, 431, 432 Rn. 5 m.w.N.; MünchKommBGB/Masuch, 5. Aufl., § 312 Rn. 36 f, 112) - nicht darauf an, welcher Vertragspartner die Initiative zur Verabredung der Vertragsverhandlungen in der Privatwohnung des Verbrauchers ergriffen hat und welches der Anlass für dieses Zusammentreffen gewesen ist (vgl. BGH, Urteil vom 19. November 1998 - VII ZR 424/97 - NJW 1999, 575,

576). Für die "Bestimmung" zum Vertragsabschluss genügt es, dass die besonderen Umstände der mündlichen Verhandlungen in einer Privatwohnung für den Vertragsabschluss mitursächlich geworden sind, also etwa nur einen von mehreren Beweggründen darstellen, sofern nur ohne sie der Vertrag nicht oder nicht mit demselben Inhalt zu Stande gekommen wäre (BGHZ 131, 385, 392; BGH, NJW 2004, 2744, 2745). Werden die Vertragsverhandlungen in der Privatwohnung des Verbrauchers geführt und kommt es sodann noch während dieser Zusammenkunft zum Abschluss eines Vertrages, so kann in aller Regel davon ausgegangen werden, dass die "Haustürsituation" für den Vertragsschluss jedenfalls mitursächlich geworden ist, mit der Folge, dass der Verbraucher die "Bestimmung" zum Vertragsabschluss nicht konkret darlegen und nachweisen muss (Indizwirkung; vgl. dazu BGHZ 131, 385, 392)."

Der K ist damit durch mündliche Verhandlungen in seiner Privatwohnung zum Vertragsschluss bestimmt worden. Ihm steht damit ein Widerrufsrecht aus § 312 I 1 Nr. 1 2. Fall BGB zu.

3. Kein Ausschluss gem. § 312 III BGB

Das Widerrufsrecht dürfte nicht ausgeschlossen sein.

Der erste Kontakt zwischen den Parteien kam durch einen Anruf des K bei der B-GmbH zustande. Insofern könnte es sich bei diesem Anruf um eine "vorhergehende Bestellung des Verbrauchers" handeln, so dass Widerrufsrecht gem. § 312 III Nr. 1 BGB ausgeschlossen wäre.

Jedoch muss diese Ausnahmeregelung mit dem Sinn und Zweck des Haustürgeschäfts und seiner Widerruflichkeit gem. § 312 I 1 Nr. 1 BGB gesehen werden. "[13](...) Dieser liegt in dem Schutz des Verbrauchers vor einem übereilten und unüberlegten Vertragsschluss und somit in der Gewährleistung seiner rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit. In den in § 312 Abs. 1 BGB beschriebenen "Haustürsituationen" fehlt dem Verbraucher typischerweise die bei Ladengeschäften übliche Umkehrmöglichkeit und Überlegungszeit, die ihm insbesondere auch einen Preisvergleich gestatten; er läuft in diesen besonderen, mit einem "Überraschungsmoment" verbundenen, Verhandlungssituationen Gefahr, zu einem unbedachten Geschäftsabschluss veranlasst und in diesem Sinne "überrumpelt" zu werden. Die solchermaßen typischerweise - durch eine "situative Überrumpelung" (BGHZ 165, 363, 370) - beeinträchtigte Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers soll durch die Einräumung des Widerrufsrechts wiederhergestellt werden (vgl. BT-Drucks. 10/2876, S. 6, 7). Demgegenüber erscheint der Verbraucher nicht (in gleichem Maße) schutzwürdig, wenn der Anstoß zu den Vertragsverhandlungen in der Privatwohnung von ihm selbst ausgeht; denn dies ähnelt einer Situation, in der

ein Verbraucher von sich aus ein Vertriebsgeschäft aufsucht, und es ist ihm insbesondere auch ohne weiteres möglich, vor den Verhandlungen Vergleichsangebote zu prüfen (vgl. BT-Drucks. 10/2876, S. 6, 10, 12). An diesem Gesetzeszweck hat sich die Auslegung von § 312 Abs. 3 Nr. 1 BGB zu orientieren (s. BGHZ 110, 308, 309 f; 109, 127, 133 f).

[14] Dementsprechend ist eine "vorhergehende Bestellung" des Verbrauchers im Sinne von § 312 Abs. 3 Nr. 1 BGB - die der Unternehmer darzulegen und erforderlichenfalls zu beweisen hat (vgl. dazu BGH, NJW 1989, 584, 585 m.w.N.) - zu verneinen, wenn die Einladung vom Unternehmer "provoziert" worden ist, etwa dadurch, dass der Unternehmer sich unverlangt und unerwartet telefonisch an den Verbraucher gewandt und diesen zu der "Einladung" bewogen hat (BGHZ 109, 127, 131 ff).

[15] Die vom Verbraucher ausgesprochene Einladung in die Privatwohnung muss sich gerade auch auf die Durchführung von Vertragsverhandlungen beziehen; eine Einladung (allein) zur allgemeinen Informationserteilung oder zur Präsentation von Waren oder Dienstleistungen genügt für eine "vorhergehende Bestellung" im Sinne von § 312 Abs. 3 Nr. 1 BGB nicht (BGHZ 110, 308, 310 ff; 109, 127, 135, 137). Für ein bloß allgemeines, unverbindliches Informationsinteresse kann sprechen, wenn bisher zwischen den Parteien keine Geschäftsbeziehung bestand, wenn der Verbraucher die Ware oder Dienstleistung, die ihm angeboten werden soll, von der Art und Qualität her nicht kennt, wenn es sich um ein aus objektiver Sicht größeres Geschäft mit erheblichen finanziellen Belastungen für den Kunden handelt oder wenn der Kunde ein Vergleichsangebot noch nicht eingeholt hatte (BGHZ 110, 308, 312). Die "vorhergehende Bestellung" des Verbrauchers muss zudem den Gegenstand der Verhandlung hinreichend konkret bezeichnen und sich auf eine bestimmte Art von Leistungen beziehen, damit der Verbraucher in der Lage ist, sich auf das Angebot des Unternehmers vorzubereiten, und nicht der für "Haustürsituationen" typischen "Überrumpelungsgefahr" ausgesetzt wird (Senatsurteil vom 7. Dezember 1989 - III ZR 276/88 - NJW 1990, 1048, 1049; BGHZ 110, 308, 310; BGH, Urteil vom 10. Juni 2008 aaO). Weicht das in der "Haustürsituation" unterbreitete, zum Vertragsschluss führende Angebot des Unternehmers von dem Gegenstand der Einladung ("Bestellung") des Verbrauchers nicht unerheblich ab, so bleibt der Verbraucher schutzwürdig, wenn er mit dieser Abweichung nicht gerechnet hat und auch nicht zu rechnen brauchte; in diesem Fall trifft ihn der Vertragsabschluss in der "Haustürsituation" unvorbereitet und findet der Ausschluss des Widerrufsrechts gemäß § 312 Abs. 3 Nr. 1 BGB keine rechtfertigende Grundlage (vgl. BT-Drucks. 10/2876, S. 12; Senatsurteil vom 7. Dezember 1989 aaO; BGH, Urteil vom 26.

November 1991 - XI ZR 115/90 - NJW 1992, 425, 426).

[16] Diesen Grundsätzen wird die angefochtene Entscheidung gerecht. Nach den auf Grundlage des Ergebnisses der Beweisaufnahme des Amtsgerichts (Vernehmung der Zeuginnen R. und A.) sowie der unstreitigen Tatsachen getroffenen und revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden Feststellungen des Berufungsgerichts haben die Zeitungsannonce der Beklagten und das dem Besuchstermin vorangegangene Telefongespräch bei dem Kläger die Erwartung geweckt und bestärkt, dass es darum gehe, die in der Zeitungsanzeige beschriebene, einen Partner suchende Dame kennen zu lernen. Dieses Interesse hat - wie auch die Revision nicht in Zweifel zieht - die Kontaktaufnahme des Klägers gegenüber der Beklagten geprägt und bestimmt, und dieser Umstand war den Mitarbeitern der Beklagten erkennbar und bewusst. Dementsprechend diente die Einladung des Klägers, in seiner Wohnung Vertragsverhandlungen zu führen, allein dem Zweck, Kontakt zu der in der Zeitungsanzeige beschriebenen Dame zu finden und hierfür gegebenenfalls auch einen entgeltlichen (Partnervermittlungs-)Vertrag mit der Beklagten abzuschließen. Demgegenüber betrafen die mündlichen Vertragsverhandlungen in der Privatwohnung des Klägers den Abschluss eines von diesem konkreten Partnerwunsch gelösten allgemeinen Partnervermittlungsvertrages, der die Unterbreitung einer gewissen Zahl von Partnervorschlägen (Partneradressen) gegen ein - beträchtliches - Entgelt von 9.000 € vorsah. Hierin hat das Berufungsgericht zutreffend Hinweise auf eine "Geschäftsmethode" der Beklagten gesehen, die auf eine Überrumpelung des Kunden mit dem Effekt einer für diesen (letztlich) überraschenden Vertragsunterzeichnung angelegt ist. Zwischen der Erwartung des Kunden, die seiner Einladung zum Hausbesuch zugrunde liegt, und dem Inhalt der in der Privatwohnung geführten Vertragsverhandlungen besteht unter den vorerwähnten Umständen eine - von der Beklagten so erkannte und mindestens hingenommene, wenn nicht sogar beabsichtigte - erhebliche Diskrepanz, mit welcher der in Bezug auf Partnervermittlungsverträge unerfahrene Kunde (wie hier der Kläger) typischerweise nicht rechnet und auch nicht rechnen muss. Der Vertragsschluss trifft ihn in einer "Haustürsituation" und "unvorhergesehen". Unter Berücksichtigung des Schutzzwecks des Widerrufsrechts nach § 312 BGB kann bei einer solchen Lage nicht angenommen werden, dass der Vertragsschluss und die ihm zugrunde liegenden mündlichen Verhandlungen in der Privatwohnung auf eine "vorhergehende Bestellung" des Kunden (im Sinne von § 312 Abs. 3 Nr. 1 BGB) zurückgehen. Vielmehr verbleibt es bei der für "Haustürsituationen" typischen "Überrumpelungsgefahr", so dass es angezeigt ist, dem Verbraucher zur Wiederherstellung seiner Entschließungsfrei-

heit das Widerrufsrecht nach § 312 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB einzuräumen (vgl. für einen ähnlich gelagerten Fall: OLG Düsseldorf, MDR 2009, 915, 916).“
Das Widerrufsrecht ist nicht ausgeschlossen.

4. Widerrufsfrist gem. § 355 BGB

Dieses Widerrufsrecht muss schließlich auch fristgemäß nach § 355 I BGB ausgeübt worden sein. Die Frist beträgt gem. § 355 I 2 BGB zwei Wochen und beginnt gem. § 355 II BGB mit dem Erhalt einer ordnungsgemäßen Widerrufsbelehrung .

[Anm.: Die Frist beträgt nach neuer Rechtslage nun 14 Tage gem. § 355 II 1 BGB; der Fristbeginn ergibt sich nun aus § 355 III BGB, bleibt jedoch vom Erhalt der ordnungsgemäßen Belehrung abhängig.]

Ob dem K eine ordnungsgemäße Belehrung zuzuging, ist aus dem Sachverhalt nicht ersichtlich. Da die B-GmbH ein Widerrufsrecht für den konkreten Vertrag anscheinend nicht in Betracht gezogen hat, spricht viel dafür, dass eine Belehrung überhaupt nicht erfolgte, so dass die Widerrufsfrist noch gar nicht in Gang gesetzt worden ist. Da K jedoch ohnehin die Zweiwochenfrist des § 355 I 2 BGB (a.F.) eingehalten hat, kommt es hierauf nicht an. Der Widerruf erfolgte fristgerecht.

5. Zwischenergebnis

Der Anspruch ist entstanden. Gem. §§ 346 I, 357 I 1 BGB kann der K die geleistete Anzahlung in Höhe von 5.000 € zurück verlangen.

III. Teilweises Erlöschen gem. § 389 BGB

Der Anspruch könnte aber gem. § 389 BGB in Höhe von 1.200 € durch Aufrechnung der B-GmbH mit einem Wertersatzanspruch aus §§ 346 II 1 Nr. 1, 357 BGB erloschen sein.

[Anm.: Die B-GmbH könnte dem Rückforderungsanspruch ihren etwaigen Wertersatzanspruch auch einredeweise (gem. § 320 BGB oder § 273 BGB) entgegenhalten. Dies würde jedoch nicht zu einem teilweisen Erlöschen des Anspruchs, sondern nur zu einer Zug-um-Zug-Verurteilung führen (vgl. §§ 322; 274 BGB), was in prozessualer Hinsicht für die B-GmbH ungünstiger als eine Aufrechnung wäre. Denn die Zug-um-Zug-Verurteilung stellt eine Einschränkung der Verurteilung der B-GmbH und des titulierten Anspruchs des K dar, da dieser nur unter den Voraussetzungen des § 756 ZPO vollstrecken kann. Die B-GmbH könnte jedoch nicht ihrerseits aus dem Urteil gegen den K auf Leistung von 1.200 € vollstrecken. Lässt der Sachverhalt - wie hier - offen, wie der Anspruchsgegner den Gegenanspruch einbinden will, spricht demnach viel für eine Aufrechnung.]

1. Aufrechnungserklärung

Die gem. § 388 BGB erforderliche Aufrechnungserklärung ist darin zu sehen, dass die B-GmbH ausdrückt, im Falle einer Rückzahlungsverpflichtung jedenfalls ihren Wertersatzanspruch realisieren zu wollen.

2. Aufrechnungslage

Aus § 387 BGB ergibt sich, dass eine erfüllbare Hauptforderung (“die ihm obliegende Leistung bewirken”), eine fällige und durchsetzbare Gegenforderung (“die ihm gebührende Leistung fordern”), sowie gegenseitige und gleichartige Forderungen vorliegen müssen.

a) Erfüllbare Hauptforderung

Die Hauptforderung besteht in der Rückforderung des K aus §§ 346 I, 357 I 1, 355, 312 I 1 Nr. 1 BGB. Da es der B-GmbH angesichts § 271 BGB gestattet ist, die 5.000 € zurückzuzahlen, ist die Forderung erfüllbar.

b) Fällige und durchsetzbare Gegenforderung

aa) Bestehen der Gegenforderung

Der B-GmbH müsste zunächst eine Gegenforderung zustehen. In Betracht kommt hier ein Wertersatzanspruch gem. §§ 346 II 1 Nr. 1, 357 I 1 BGB. Das gem. § 346 I, II BGB erforderliche Rückgewährschuldverhältnis liegt vor (s.o.). Da die Rückgewähr der von der B-GmbH geleisteten Dienste in Natur nicht möglich ist, kann die B-GmbH Wertersatz verlangen. Ein Anspruch aus § 346 II 1 Nr. 1 BGB besteht daher dem Grunde nach.

bb) Umfang der Gegenforderung

Fraglich ist aber, ob die von der B-GmbH angesetzte Höhe des Anspruchs von 1.200 € angemessen ist. Ist vertraglich eine Gegenleistung bestimmt, so ist sie bei der Berechnung des Wertersatzes gem. § 346 II 2 HS 1 BGB zugrunde zu legen. Insoweit könnte die Summe von 1.200 €, die sich aus einer Umlage der Gesamtsumme von 9.000 € auf die Mindestanzahl der geplanten Partnernvorschläge ergibt, angemessen sein. Allerdings soll § 346 II 2 BGB nach der Intention des Gesetzgebers nur eingreifen, wenn die Leistungsstörung, die zum Entstehen des Rückgewährschuldverhältnisses geführt hat, nicht auch die Entgeltabrede betrifft (vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 196), die Entgeltabrede insofern autonom ist:

“[23] Es ist im Ergebnis nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht für die Berechnung des Wertersatzes für die übermittelten zwei Partnernvorschläge - entgegen § 346 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 1 BGB - nicht auf die vertragliche Entgeltregelung zurückgegriffen hat.

[24] § 346 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 1 BGB gilt zwar im

Allgemeinen auch für das gesetzliche Rücktrittsrecht (BGHZ 178, 355, 360 Rn. 14 und 361 Rn. 16), nicht aber zu Lasten des nach § 312 BGB zum Widerruf eines Haustürgeschäfts berechtigten Verbrauchers. Die in § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB enthaltene allgemeine Verweisung auf die entsprechende Anwendung der "Vorschriften über den gesetzlichen Rücktritt" ist nach richtiger Ansicht in diesem Sinne einschränkend auszulegen. Maßgeblich für die Bemessung des Wertersatzes, den der Verbraucher nach dem (wirksamen) Widerruf eines Haustürgeschäfts für bis dahin erbrachte Leistungen des Unternehmers gewähren muss, ist demnach nicht das vertraglich vereinbarte Entgelt, sondern der objektive Wert der Unternehmerleistungen, soweit dieser das vertragliche Entgelt nicht übersteigt (OLG Düsseldorf, FamRZ 2008, 1252, 1254 m.w.N.).

[25] Diese einschränkende Auslegung steht im Einklang mit der Regelungsabsicht des Gesetzgebers.

[26] Gemäß § 361a Abs. 2 Satz 4 und 6 BGB, der durch das Gesetz vom 27. Juni 2000 (BGBl. I S. 897) in das Bürgerliche Gesetzbuch eingefügt worden und mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts am 1. Januar 2002 wieder außer Kraft getreten ist, hatte der Verbraucher für die bis zur Ausübung seines Rechts auf Widerruf eines Haustürgeschäfts empfangenen Leistungen deren objektiven Wert zu vergüten, wobei dieser Wertersatz auf den Höchstbetrag der vertraglich vereinbarten Gegenleistung begrenzt war (s. dazu Staudinger/Kaiser aaO § 357 Rn. 12, 17 m.w.N.; Arnold/Dötsch aaO S. 187 und 188). Diese Regelung hat der Gesetzgeber im Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts zwar nicht übernommen, andererseits aber auch nicht zu erkennen gegeben, dass er die bisherige Rechtslage bewusst ändern wolle (im Gesetzentwurf der Fraktionen der SPD und Bündnis 90/Die Grünen wird zu § 357 lediglich gesagt, dass Absatz 1 dem bisherigen § 361a Abs. 2 Satz 1 und Absatz 2 dem bisherigen § 361b Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 1 entspreche; vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 199). Auch der Begründung zu § 346 Abs. 2 Satz 2 BGB ist nicht zu entnehmen, dass der Gesetzgeber den Verbraucher bei Ausübung eines Widerrufsrechts in jedem Falle darauf verweisen wollte, für bereits empfangene Leistungen das vertraglich vereinbarte Entgelt zu entrichten. Dem Gesetzgeber erschien das in dieser Vorschrift vorgesehene grundsätzliche Festhalten an den vertraglichen Bewertungen deshalb interessengerecht, weil "die aufgetretene Störung allein die Rückabwicklung, nicht aber die von den Parteien privatautonom ausgehandelte Entgeltabrede betrifft" (BT-Drucks. 14/6040, S. 196; vgl. hierzu auch die Stellungnahme des Bundesrats, BT-Drucks. 14/6857, S. 22, in der von einem vorausgesetzten "Äquivalenzverhältnis" zwischen Leistung und Gegenleistung die Rede ist). § 346 Abs. 2 Satz 2 BGB

setzt demnach eine privatautonom ausgehandelte Entgeltabrede voraus; fehlt es an einer solchen, so sollen die objektiven Wertverhältnisse maßgebend sein (s. BT-Drucks. 14/6040 aaO; BGHZ 178, 355, 361 Rn. 16). Von einer privatautonom ausgehandelten Entgeltabrede kann indes regelmäßig nicht ausgegangen werden, wenn dem Verbraucher wegen einer Vertragsverhandlungssituation, die für ihn typischerweise mit einem "Überraschungsmoment" und einer "Überrumpelungsgefahr" verbunden ist, zur Wiederherstellung seiner dadurch beeinträchtigten Entschließungsfreiheit ein Widerrufsrecht eingeräumt wird. Nach seinem Sinn und Zweck - Beachtung der privatautonom ausgehandelten Entgeltabrede - greift § 346 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 1 BGB mithin zu Lasten des nach § 312 BGB zum Widerruf eines Haustürgeschäfts berechtigten Verbrauchers nicht ein. Dieser Würdigung steht die Einfügung von § 346 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 BGB durch das OLG-Vertretungsänderungsgesetz vom 23. Juli 2002 (BGBl. I S. 2850) nicht entgegen. Mit den darin vorgesehenen Änderungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs sollte dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 13. Dezember 2001 (Rechtssache C-481/99; "Heininger") in Bezug auf Immobiliendarlehensverträge Rechnung getragen werden, ohne dass sich den Gesetzesmaterialien ein Anhalt dafür entnehmen lässt, dass der Gesetzgeber mit dieser als allgemeine Rücktrittsfolgenregelung ausgestalteten Vorschrift den Verbraucher im Falle der Ausübung eines (Haustür-)Widerrufsrechts grundsätzlich darauf verweisen wollte, für bereits empfangene Leistungen das vertraglich vereinbarte Entgelt entrichten zu müssen (s. dazu BT-Drucks. 14/9266, S. 44, 45).

[27] Die einschränkende Auslegung der Verweisung in § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB auf § 346 Abs. 2 BGB beruht auf dem Erfordernis der effektiven und zweckentsprechenden Gewährleistung des Rechts zum Widerruf von Haustürgeschäften. Wie ausgeführt, soll das Widerrufsrecht die infolge von Vertragsverhandlungen in einer "Haustürsituation" typischerweise - durch eine "situative Überrumpelung" - beeinträchtigte Entschließungsfreiheit des Verbrauchers wiederherstellen. Dies entspricht sowohl der Regelungsabsicht des Gesetzgebers als auch den damit korrespondierenden Erwägungen der Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (ABIEG L 372 S. 31). Die Ausübung des Widerrufsrechts wäre insbesondere im Bereich der Dienstleistungen in vielen Fällen wirtschaftlich sinnlos und somit dieses Recht wesentlich entwertet, wenn der Verbraucher für die an ihn erbrachten Unternehmerleistungen das vertraglich vereinbarte Entgelt entrichten müsste. Auf diese Weise wäre er nämlich trotz des Widerrufs letztlich doch zur Zahlung des vereinbarten Entgelts verpflichtet; der

Zweck des Widerrufsrechts, der dem Verbraucher gerade die Möglichkeit geben will, sich von einem nachteiligen, unter Beeinträchtigung seiner Entscheidungsfreiheit zustande gekommenen Vertrag wieder lösen zu können, würde verfehlt. Daher kann das Recht des Verbrauchers, seine auf Abschluss eines Vertrags in einer "Haustürsituation" gerichtete Willenserklärung zu widerrufen, effektiv nur ausgeübt werden, wenn die vertragliche Entgeltregelung für die Bemessung des Wertersatzes nicht maßgebend ist (Arnold/Dötsch aaO S. 188; s. auch Grigoleit, NJW 2002, 1151, 1154; für den Fall des Wertersatzes bei Unmöglichkeit der Rückgabe der gelieferten Sache auch Staudinger/Kaiser aaO § 357 Rn. 21).

[28] Die Gefahr einer zweckwidrigen Entwertung des Haustürwiderrufsrechts zeigt sich insbesondere bei Verträgen, die die Übermittlung von Partnervorschlägen zum Gegenstand haben (siehe hierzu auch OLG Düsseldorf, NJW-RR 1992, 506). Wird die vertraglich vorgesehene Zahl von Partnervorschlägen noch in der Haustürsituation oder kurz darauf dem Verbraucher übermittelt und müsste dieser dafür in jedem Falle das vertraglich vereinbarte Entgelt entrichten, so wäre das Widerrufsrecht für den Verbraucher ohne Sinn: Im Ergebnis blieben hohe Entgeltverpflichtungen, die der Verbraucher unter dem Eindruck der typischen Überumpelungssituation beim Haustürgeschäft eingegangen ist und wie sie gerade bei solchen Verträgen häufiger vorkommen, vom Widerrufsrecht unberührt; das Widerrufsrecht liefe weitestgehend leer."

cc) Zwischenergebnis zum Umfang der Gegenforderung

Da somit nicht auf die Regelung des § 346 II 2 BGB abzustellen ist, ist der Wert der zwei Partnervorschläge vom Gericht gem. § 287 ZPO zu schätzen.

"[20] Das Berufungsgericht hat den Umfang des von der Anzahlung des Klägers (5.000 €) in Abzug zu bringenden Anspruchs der Beklagten auf Wertersatz für die dem Kläger übermittelten zwei Partnervor-

schläge unter Heranziehung von § 287 ZPO - entsprechend der vom Kläger anerkannten Höhe - auf einen Betrag von 300 € bemessen. Dies hält der revisionsrechtlichen Überprüfung im Ergebnis stand."

dd) Fälligkeit und Durchsetzbarkeit

Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte ist von der Fälligkeit und der Durchsetzbarkeit des Anspruchs aus §§ 346 II 1 Nr. 1, 357 I 1 BGB auszugehen.

Die Aufrechnungslage besteht.

c) Gegenseitigkeit und Gleichartigkeit

Die Forderungen sind gleichartig, da beide auf Geldzahlungen gerichtet sind. Sie sind auch gegenseitig, da der K sowohl Gläubiger der Haupt- als auch Schuldner der Gegenforderung und die B-GmbH sowohl Schuldnerin der Haupt- als auch Gläubigerin der Gegenforderung ist.

3. Kein Ausschluss der Aufrechnung

Anhaltspunkte für einen Ausschluss der Aufrechnung - etwa ein Aufrechnungsverbot - sind nicht ersichtlich.

4. Zwischenergebnis

Der Anspruch des K ist teilweise, nämlich um 300 € gem. § 389 BGB i.V.m. §§ 346 II 1 Nr. 1, 357 I 1 BGB erloschen. K kann von der B-GmbH die Rückzahlung der Anzahlung i.H.v. 4.700 € verlangen.

B. Anspruch des K aus § 812 I 1 1. Fall BGB

K hat außerdem einen Rückzahlungsanspruch aus § 812 I 1 1. Fall BGB gegen die B-GmbH. An der Anspruchshöhe ändert sich nichts: Denn auch gegenüber dem Bereicherungsanspruch könnte die B-GmbH mit einem Wertersatzanspruch aufrechnen; hier allerdings aus §§ 812 I 1 1. Fall, 818 II BGB, da sie bei einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung ihrerseits Kondiktionsgläubigerin betreffend der zwei Partnervorschläge ist.

Standort: § 212 StGB

Problem: Sterbehilfe als Rechtfertigungsgrund

BGH, URTEIL VOM 25.06.2010

2 STR 454/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte als Rechtsanwalt ein Geschwisterpaar beraten, das zu Betreuern ihrer Mutter bestellt worden war, die aufgrund einer Hirnblutung im Zeitpunkt bereits seit ca. fünf Jahren im Wachkoma lag. Die Mutter hatte anlässlich einer Hirnblutung ihres Mannes kurz bevor sie ins Wachkoma fiel ihrer Tochter gegenüber geäußert, dass sie im Falle eines eigenen Komas nicht an irgendwelche Schläuche an-

geschlossen und insbesondere nicht künstlich ernährt werden wolle. Deshalb fassten die Mandanten des Angeklagten nach entsprechender Beratung durch diesen und in Übereinstimmung mit dem behandelnden Arzt den Entschluss, die künstlicher Ernährung der Mutter zu beenden und diese so sterben zu lassen. Die Leitung des Altenheims, in dem die Mutter gepflegt wurde, weigerte sich jedoch zunächst, entsprechende Maßnahmen zuzulassen. Man einigte sich dann auf einen Kompromiss, dass nämlich die Mitarbeiter des Altenheims nur noch die Pflegetätigkeiten im engeren Sinne ausführen und die Mandanten des Angeklagten

sich insbesondere um die künstliche Ernährung kümmern sollten, was diesen natürlich die Möglichkeit eröffnen würde, diese Ernährung auch zu beenden. Nachdem die Mandanten des Angeklagten auch tatsächlich die künstliche Ernährung der Mutter abgestellt hatten, nahm die Heimleitung diese jedoch wieder auf und drohte mit der Erteilung eines Hausverbots für den Fall, dass die Mandanten dem nicht zustimmen sollten. Daraufhin erteilte der Angeklagte seinen Mandanten den Rat, doch den Schlauch der Magensonde durchzuschneiden, durch den die künstliche Ernährung zugeführt wurde, um so den Tod der Mutter herbeizuführen. Seine Mandantin tat dies auch tatsächlich, jedoch wurde die Mutter auf Anordnung der Heimleitung in ein Krankenhaus gebracht, wo eine neue Magensonde gelegt und sie zunächst gerettet werden konnte.

Das Landgericht Fulda verurteilte den Angeklagten wegen versuchten Totschlags in Mittäterschaft, §§ 212 I, 25 II, 22, 23 I StGB, den dieser durch Erteilung der Anweisung an seine Mandantin, den Schlauch der Magensonde durchzuschneiden, begangen habe. Eine Rechtfertigung des Angeklagten durch eine mutmaßliche Einwilligung des Opfers im Rahmen einer sog. Sterbehilfe hatte das LG geprüft aber abgelehnt, da dieser Rechtfertigungsgrund allenfalls eine (versuchte) Tötung durch Unterlassen rechtfertigen könne, das (dem Angeklagten zuzurechnende) maßgebliche Verhalten im vorliegenden Fall - das Durchtrennen des Schlauches durch die Tochter des Opfers - aber ein aktives Tun darstelle. Auf die Revision des Angeklagten hin hob der BGH dieses Urteil jedoch auf und sprach den Angeklagten frei. Dabei führte der BGH - unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung - aus, dass es im Rahmen einer Rechtfertigung unter dem Gesichtspunkt der Sterbehilfe nicht entscheidend sei, ob das zu rechtfertigende Verhalten in einem Tun oder Unterlassen bestehe und deshalb im vorliegenden Fall der Angeklagte doch gerechtfertigt sei.

Prüfungsrelevanz:

Im Rahmen der überaus examensrelevanten Tötungsdelikte ist Sterbehilfe ein Problembereich, der in beiden Examen immer wieder in Examensaufgaben auftaucht, insbesondere dann, wenn dieses Thema aufgrund eines aktuellen Falles in den Medien präsent ist. Auch der vorliegende Fall ist in den Medien ausführlich diskutiert worden. Da die vorliegende BGH-Entscheidung auch eine Änderung oder zumindest Klarstellung der bisherigen Rechtsprechung zur Frage der Rechtfertigung eines Täters durch Sterbehilfe beinhaltet und außerdem Anlass dazu bietet, das Beziehungsgewebe von zivil- und strafrechtlichen Regelungen etwas genauer zu betrachten, kann mit Sicherheit davon ausgegangen werden, dass dieser Fall für Exa-

menaufgaben (Klausuren, Kurzvorträge und Prüfungsgespräche) verwertet werden wird.

Die verschiedenen denkbaren Konstellationen der sog. Sterbehilfe und ihre rechtliche Behandlung (vgl. hierzu die Darstellung bei Fischer, Vor §§ 211-216, Rn. 16 ff. und Schönke/Schröder-Eser, Vorbem §§ 211 ff. Rn. 21 ff.) stellen ein für den Examenskandidaten nur schwer überschaubares Thema dar, insbesondere deshalb, weil nicht nur ihre Behandlung streitig ist, sondern sich bisher auch noch keine einheitliche Terminologie herausgebildet hat.

Während teilweise versucht wird, Fälle der Sterbehilfe bereits im objektiven Tatbestand (vgl. LK-Jähnke, Vor § 211 Rn. 15, 17) oder über eine Verneinung des Vorsatzes (vgl. Goll, AR 1980, 321) zu lösen, hat sich mittlerweile als herrschender Ansatz herausgebildet, die Sterbehilfe auf der Ebene der Rechtswidrigkeit zu lösen. Der - in solchen Fällen nahe liegende - Rückgriff auf den Rechtfertigungsgrund der (mutmaßlichen) Einwilligung (vgl. § 228 StGB) stellt sich allerdings als schwierig dar, da dem Tatbestand des § 216 I StGB die Wertung zu entnehmen ist, dass das Leben kein disponibles Rechtsgut darstellt und somit eine rechtfertigende Einwilligung des Opfers in eine Fremdtötung ausscheidet. Aus dieser "Einwilligungssperre" des § 216 I StGB wird teilweise abgeleitet, dass die Tötung eines Menschen - selbst wenn sie mit dem Willen des Opfers erfolgt - nie gerechtfertigt, sondern allenfalls entschuldigt sein kann (Dreier, JZ 2007, 317, 322). Teilweise wird versucht, diese Einwilligungssperre durch einen Rückgriff auf § 34 StGB als Rechtfertigungsgrund (vgl. Kutzer, NStZ 1994, 110 ff.; Schreiber, NStZ 1986, 337, 340; ähnlich BGHSt 42, 305) oder durch eine Kombination verschiedener Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe (vgl. MüKo (StGB)-Schneider, Vor § 211 Rn. 90; Dölling, MedR 1987, 7; Leonardy, DriZ 1986, 286) zu umgehen. Der BGH betont jedoch in Übereinstimmung mit einem Großteil der Literatur, dass nicht das Leben das am höchsten zu bewertende Rechtsgut sei, sondern die Würde des Menschen, Art. 1 I GG. Wenn aber das Weiterleben für das Opfer menschenunwürdig sei, dann müsse der - an sich unverzichtbare - Schutz des Lebens u.U. zurücktreten und dem Opfer ein menschenwürdiger Tod ermöglicht werden. Auch ergebe sich aus der Straflosigkeit der Beihilfe zum Suizid, dass die Mitwirkung am Tode eines Menschen nicht in jedem Falle eine Strafbarkeit nach sich ziehen und deshalb auch im Bereich der Sterbehilfe eine Straflosigkeit trotz Verursachung des Todes eines Menschen durch den Täter zumindest denkbar sein müsse (BGH NJW 1995, 204; Helgerth, JR 1995, 338, 339 f.; Vogel, MDR 1995, 337, 338). In der vorliegenden Entscheidung zieht der BGH die neuen Regelungen des Betreuungsrechts des BGB, insb. § 1901a

BGB heran, aus denen sich ergibt, dass der Betreuer bei der Prüfung, ob bestimmte Maßnahmen für den Betreuten anzuordnen oder zu unterlassen sind, maßgeblich den (mutmaßlichen) Willen des Betreuten berücksichtigen muss. Dieser Wille des Betreuten ist so wichtig, dass er auch für die Entscheidungen des Vormundschaftsgerichts verbindlich ist, § 1904 III BGB. Der BGH betont zwar, dass diese zivilrechtlichen Regelungen keine unmittelbaren Wirkungen im Strafrecht entfalten, dass die entsprechenden Wertungen jedoch auch dort zu berücksichtigen sind. Weiter spricht der BGH in dem vorliegenden Urteil wiederholt von einer Rechtfertigung des Angeklagten durch eine (mutmaßliche) Einwilligung des Opfers, sodass die Sterbehilfe wohl tatsächlich einen Spezialfall dieses Rechtfertigungsgrundes darstellt.

In der bisherigen Rechtsprechung ebenso wie in der Literatur ist in Fällen der Sterbehilfe maßgeblich danach differenziert worden, ob der Täter den Tod des Opfers durch ein aktives Tun ("aktive Sterbehilfe") oder durch den Verzicht auf die Fortführung lebenserhaltender Maßnahmen, also durch ein Unterlassen ("passive Sterbehilfe") herbeigeführt hat (vgl. Fischer, Vor §§ 211-216, Rn. 17, 19; Joecks, Vor § 211 Rn. 28, 31; Schönke/Schröder-Eser, Vorbem §§ 211 ff. Rn. 24, 27). Hierbei wurde davon ausgegangen, dass die aktive Sterbehilfe grundsätzlich stets strafbar und allenfalls bei passiver Sterbehilfe eine Rechtfertigung des Täters in Betracht zu ziehen sei. Der fakultativen Strafmilderung bei unechten Unterlassungsdelikten, § 13 II StGB, lasse sich nämlich die gesetzgeberische Wertung entnehmen, dass eine Deliktsbegehung durch Unterlassen nicht so verwerflich sei wie eine solche durch aktives Tun, sodass auch ein Unterlassen eher gerechtfertigt sein könne. Diese Unterscheidung gibt der BGH in der vorliegenden Entscheidung auf. Den bei den einschlägigen Fallkonstellationen auch von der Rechtsprechung verwendeten Begriffen "Sterbehilfe" oder "Behandlungsverzicht" lasse sich nicht entnehmen, dass diese Fälle auf ein Unterlassen beschränkt seien. Vielmehr könne es für die Rechtfertigung einer Sterbehilfe durch den Täter im Falle einer Einwilligung des Opfers nicht darauf ankommen, ob dessen Tod durch eine Handlung oder Unterlassung herbeigeführt werde. Deshalb konnte der BGH auch - in Abkehr von früheren Entscheidungen - eine Rechtfertigung des Angeklagten annehmen, obwohl das Verhalten, das zum Tode des Opfers führen sollte - das Durchschneiden des Schlauchs der Magensonde -, ein aktives Tun dargestellt hätte.

Interessant ist auch die Feststellung des BGH, dass die Durchführung lebenserhaltender Maßnahmen gegen den Willen des Patienten einen rechtswidrigen Angriff auf dessen Selbstbestimmungsrecht und körperliche Unversehrtheit darstellt und somit eine Notwehrlage

i.S.v. § 32 StGB begründet. Trotzdem war der Angeklagte natürlich nicht aus Notwehr bzw. Nothilfe gerechtfertigt, da sich seine Tat nicht gegen den Angreifer richtete (also die Leitung des Altenheims, die die Fortsetzung der künstlichen Ernährung angeordnet hatte).

Vertiefungshinweise:

☐ Zur Sterbehilfe: BGHSt 40, 257; Dreier, JZ 2007, 317; Führ, JURA 2006, 265; Kühl, JURA 2009, 881; Kusch, NJW 2006, 261; Otto, NJW 2006, 2217; Schreiber, NSTZ 2006, 473,

Kursprogramm:

☐ Examenskurs: "Koma"

Leitsätze:

- 1. Sterbehilfe durch Unterlassen, Begrenzen oder Beenden einer begonnenen medizinischen Behandlung (Behandlungsabbruch) ist gerechtfertigt, wenn dies dem tatsächlichen oder mutmaßlichen Patientenwillen entspricht (§ 1901a BGB) und dazu dient, einem ohne Behandlung zum Tode führenden Krankheitsprozess seinen Lauf zu lassen.**
- 2. Ein Behandlungsabbruch kann sowohl durch Unterlassen als auch durch aktives Tun vorgenommen werden.**
- 3. Gezielte Eingriffe in das Leben eines Menschen, die nicht in einem Zusammenhang mit dem Abbruch einer medizinischen Behandlung stehen, sind einer Rechtfertigung durch Einwilligung nicht zugänglich.**

Sachverhalt:

A ist ein für den Fachbereich des Medizinrechts, insbesondere auf Palliativmedizin spezialisierter Rechtsanwalt. Er beriet seit 2006 die beiden Kinder der 1931 geborenen K, G und deren Bruder P.

K lag seit Oktober 2002 nach einer Hirnblutung im Wachkoma. Sie war seither nicht ansprechbar und wurde in einem Altenheim gepflegt und über einen Zugang in der Bauchdecke, eine sog. PEG-Sonde, künstlich ernährt. K, der nach einer Fraktur im Jahr 2006 der linke Arm amputiert worden war, war im Dezember 2007 bei einer Größe von 1,59 m auf ein Gewicht von 40 kg abgemagert. Eine Besserung ihres Gesundheitszustands war nicht mehr zu erwarten.

Nachdem schon ihr Vater im Jahr 2002 eine Hirnblutung ohne schwerwiegende gesundheitliche Folgen erlitten hatte, hatte G ihre Mutter Ende September 2002 befragt, wie sie und ihr Bruder sich verhalten sollten, falls K etwas zustoßen sollte. Diese hatte darauf u.a. erwidert, falls sie bewusstlos werde und sich nicht mehr äußern könne, wolle sie keine lebensverlängernden Maßnahmen in Form künstlicher Ernäh-

zung und Beatmung, sie wolle nicht an irgendwelche "Schläuche" angeschlossen werden.

Zunächst war für K deren Ehemann als Betreuer bestellt und später zu dessen Unterstützung eine Berufsbetreuung eingerichtet worden. Die Berufsbetreuerin nahm seit Ende 2005 die Betreuung allein wahr, nachdem der Ehemann der Betreuten verstorben war. G teilte der Berufsbetreuerin im März 2006 mit, dass sie und ihr Bruder den Wunsch hätten, dass die Magensonde entfernt würde, damit ihre Mutter in Würde sterben könne. Hierbei berichtete G auch von dem mit ihrer Mutter im September 2002 geführten Gespräch, dessen Inhalt diese trotz der Bitte der Tochter, die Angelegenheit mit ihrem Ehemann zu besprechen und sodann schriftlich zu fixieren, nicht schriftlich niedergelegt hatte. Die Berufsbetreuerin lehnte die Entfernung der Magensonde unter Hinweis auf den ihr nicht bekannten mutmaßlichen Willen der Betreuten ab und blieb auch auf mehrere Interventionen des inzwischen mandatierten A bei ihrer Ablehnung.

A bemühte sich in der Folgezeit zusammen mit G und deren Bruder um die Einstellung der künstlichen Ernährung. Auf seinen Antrag wurden beide Kinder im August 2007 zu Betreuern ihrer Mutter bestellt. Der behandelnde Hausarzt unterstützte das Vorhaben der Betreuer, weil aus seiner Sicht eine medizinische Indikation zur Fortsetzung der künstlichen Ernährung nicht mehr gegeben war. Die Bemühungen stießen aber auf Widerstand bei Heimleitung und -personal. Nachdem auch eine ausdrückliche Anordnung des Arztes zur Einstellung der künstlichen Ernährung vom Pflegepersonal nicht befolgt worden war, schlug die Heimleiterin schließlich einen Kompromiss vor. Um den moralischen Vorstellungen aller Beteiligten gerecht zu werden, sollte sich das Personal nur noch um die Pflegetätigkeiten im engeren Sinn kümmern, während G und P selbst die Ernährung über die Sonde einstellen, die erforderliche Palliativversorgung durchführen und ihrer Mutter im Sterben beistehen sollten. Nach Rücksprache mit A erklärten sich G und P hiermit einverstanden.

Demgemäß beendete G am 20. Dezember 2007 die Nahrungszufuhr über die Sonde und begann, auch die Flüssigkeitszufuhr zu reduzieren. Am nächsten Tag wies die Geschäftsleitung des Gesamtunternehmens jedoch die Heimleitung an, die künstliche Ernährung umgehend wieder aufzunehmen. G und P wurde ein Hausverbot für den Fall angedroht, dass sie sich hiermit nicht einverstanden erklären sollten. Darauf erteilte A ihnen am gleichen Tag telefonisch den Rat, den Schlauch der Sonde unmittelbar über der Bauchdecke zu durchtrennen, weil gegen die rechtswidrige Fortsetzung der Sondenernährung durch das Heim ein effektiver Rechtsschutz nicht kurzfristig zu erlangen sei. Nach seiner Einschätzung der Rechtslage werde keine Klinik eigenmächtig eine neue Sonde einsetzen,

so dass K würde sterben können. G folgte diesem Rat und schnitt Minuten später mit Unterstützung ihres Bruders den Schlauch durch. Nachdem das Pflegepersonal dies bereits nach einigen weiteren Minuten entdeckt und die Heimleitung die Polizei eingeschaltet hatte, wurde K auf Anordnung eines Staatsanwalts gegen den Willen ihrer Kinder in ein Krankenhaus gebracht, wo ihr eine neue PEG-Sonde gelegt und die künstliche Ernährung wieder aufgenommen wurde. Sie starb dort am 5. Januar 2008 eines natürlichen Todes aufgrund ihrer Erkrankungen.

Strafbarkeit des A?

[Anm.: §§ 221, 227, 323c StGB sind nicht zu prüfen.]

Lösung:

A. Strafbarkeit des A gem. §§ 212 I, 25 II, 22, 23 I StGB zum Nachteil des K

Dadurch, dass er G und P den Rat erteilte, die PEG-Sonde der K zu durchtrennen und G dies daraufhin auch tat, könnte A sich wegen versuchten mittäter-schaftlichen Totschlags gem. §§ 212 I, 25 II, 22, 23 I StGB zum Nachteil der K strafbar gemacht haben.

I. Vorprüfung

Zwar ist das Tatopfer K gestorben, allerdings nicht als Folge des Verhaltens von A und G, sondern aufgrund ihrer Erkrankungen. Da die Handlung des A somit nicht kausal war für den tatbestandlichen Erfolg des § 212 I StGB, den Tod der K, scheidet eine Strafbarkeit des A wegen vollendeten Totschlags aus.

Beim Totschlag handelt es sich um ein Verbrechen, §§ 212 I, 12 I StGB, sodass der Versuch gem. § 23 I StGB strafbar ist.

II. Tatentschluss

A müsste Tatentschluss zur Begehung eines mittäter-schaftlichen Totschlags gehabt haben.

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

A müsste also den Tatentschluss gehabt haben, K zu töten.

1. Bzgl. eigener Tötungshandlung des A

A könnte sich vorgestellt haben, K durch eine eigene Handlung zu töten.

A hatte sich zwar vorgestellt, dass der Tod der K durch das Durchtrennen des Schlauches der PEG-Sonde herbeigeführt würde. Er hatte jedoch nicht geplant, selbst diese Handlung vorzunehmen. A hatte also keinen Tatentschluss bezüglich einer eigenen Tötungs-

handlung.

2. Bzgl. Tötungshandlung der G, gem. § 25 II StGB zurechenbar

A könnte jedoch Tatentschluss bzgl. einer Tötungshandlung der G gehabt haben. Wenn er dann weiter Tatentschluss bzgl. der Voraussetzungen einer Mittäterschaft gem. § 25 II StGB gehabt hätte, hätte er sich Umstände vorgestellt, nach denen ihm diese Handlung der G zuzurechnen wäre, sodass er Tatentschluss bzgl. einer mittäterschaftlichen Tötung der K hätte.

a. Bzgl. Tötungshandlung der G

A müsste zunächst einmal Tatentschluss dazu gehabt haben, dass G eine Tötungshandlung zum Nachteil der K vornehmen würde.

A hatte sich vorgestellt, dass G den Schlauch der PEG-Sonde durchtrennen und dadurch den Tod der K herbeiführen würde. Fraglich ist jedoch, ob dieses Verhalten der G eine Handlung oder vielmehr ein Unterlassen darstellen würde.

Beim Abbruch lebenserhaltender Behandlungsmaßnahmen, wie A ihn sich im vorliegenden Fall vorgestellt hat, liegt nach h.M. selbst bei einem Abbruch durch aktiven Energieeinsatz (Abschalten einer Beatmungsmaschine, Ziehen eines Steckers) der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit des Verhaltens des Täters nicht auf einer Handlung, sondern auf einem Unterlassen, sofern dieser Behandlungsabbruch durch den behandelnden Arzt bzw. das Pflegepersonal erfolgt (BGHSt 40, 257, 265 f.; Kühl, AT, § 18 Rn. 18; Wessels/Beulke, AT, Rn. 704; a.A.: Otto, JURA 2000, 549, 550). In diesem Falle sei das rechtlich relevante Verhalten nämlich nicht die Handlung des Abschaltvorgangs, sondern das Unterlassen der Durchführung weiterer Rettungsbemühungen, zu denen das Pflegepersonal aber verpflichtet wäre. Diese Wertung gilt jedoch nicht, wenn der Behandlungsabbruch nicht durch das Pflegepersonal, sondern durch Dritte erfolgt (Wessels/Beulke, AT, Rn. 705). Da Dritte - anders als das Pflegepersonal - grundsätzlich nicht zur Durchführung lebenserhaltender Maßnahmen verpflichtet wären, ist es bei diesen nicht selbstverständlich, dass der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit beim Behandlungsabbruch immer auf einem Unterlassen liege. Bei diesen müsse vielmehr eine normale Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen vorgenommen werden.

A stellte sich nicht vor, dass die PEG.-Sonde der K durch einen Angehörigen des (Pflege-) Personals des Altenheims durchtrennt werden würde, sondern durch deren Tochter G. Dementsprechend ist das Verhalten der G, das A sich vorstellte, auch nicht als Unterlassen (der Durchführung weiterer Rettungsbemühungen) zu bewerten, sondern als Handlung (Durchtrennen des Schluchs). A hatte also Tatentschluss bzgl. einer Tötungshandlung der G.

Zu diesem Ergebnis kommt auch der BGH: "Im Unterschied zu den bislang vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fällen weist der vorliegende die Besonderheit auf, dass die die Wiederaufnahme der künstlichen Ernährung verhindernde, direkt auf die Lebensbeendigung abzielende Handlung der früheren Mitangeklagten [G] [...] nach den allgemeinen Regeln nicht als Unterlassen, sondern als aktives Tun anzusehen ist."

b. Bzgl. Zurechnung gem. § 25 II StGB

A müsste sich weiter Umstände vorgestellt haben, die ihn zum Mittäter der G machen würden, sodass ihm deren Handlung gem. § 25 II StGB zugerechnet würde.

Mittäterschaft i.S.v. § 25 II StGB setzt ein arbeitsteiliges Zusammenwirken aufgrund eines gemeinsamen Tatenschlusses voraus (Joecks, § 25 Rn. 61; Wessels/Beulke, AT, Rn. 524). Diese Voraussetzungen sind jedoch häufig auch bei Haupttäter und Gehilfen gegeben, sodass es eines weiteren Kriteriums zur Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe bedarf. Welches dieses sein soll, ist in Literatur und Rechtsprechung umstritten. Nach der herrschenden Auffassung in der Literatur, der sog. Tatherrschaftslehre, ist Täter, wer die Tatherrschaft hat, d.h. wer als Zentralgestalt des Geschehens den tatbestandsmäßigen Geschehensablauf steuernd in den Händen hält und sich dessen auch bewusst ist (Joecks, § 25 Rn. 5 f.; Kühl, AT, § 20 Rn. 25 ff.; Rönnau, JuS 2007, 514; Zöllner, JURA 2007, 305, 311). Nach der in der Rechtsprechung vertretenen sog. modifizierten Animus-Theorie ist derjenige Täter, der einen Förderungsbeitrag mit Täterwille (animus auctoris) leistet (BGHSt 28, 346, 348 f.; 36, 363, 367; 45, 270, 296). Ob dies der Fall ist, ist anhand von Indizien zu ermitteln, nämlich Grad des eigenen Interesses am Täterfolg, Art und Umfang der geleisteten Beiträge, Tatherrschaft und Tatherrschaftswille.

A hatte sich vorgestellt, dass er und G arbeitsteilig zusammenwirken würden, indem er selbst der G die konkrete Handlungsweise vorgab, durch die diese den Tod der K herbeiführen könnte, ohne sich (nach Auffassung des A) strafbar zu machen und diese seinen Anweisungen folgend vorgehen würde. A wusste auch, dass er und G vorher ausführlich über die Tat gesprochen hatten, sodass er sich auch einen gemeinsamen Tatentschluss vorstellte. A wusste weiterhin, dass sich G auf seinen rechtlichen Rat verlassen und allen seinen Anweisungen Folge leisten würde (wie es auch in der Vergangenheit, insb. bei dem Geschehen am 20.12.2007, der Fall gewesen war). Deshalb war ihm klar, dass G für den Fall, dass A diese z.B. in letzter Minute noch anrufen und ihr vom Durchschneiden des Sondenschlauchs abraten würde, von dem ursprünglich gefassten Plan noch Abstand nehmen wür-

de. A stellte sich also vor, dass er trotz seiner fehlenden Anwesenheit am eigentlichen Tatort das Geschehen immer noch in den Händen hielt, sodass er Tatentschluss bzgl. seiner eigenen Tatherrschaft hatte. Zusätzlich zu diesem Tatherrschaftswillen war sich A auch dessen bewusst, dass seiner Beiträge besonders wichtig für die Tatausführung waren, da sich G und P völlig auf seinen Rat verließen und seine Zusicherung, dass das Durchtrennen des Schlauches der PEG-Sonde straflos sei, überhaupt erst zu einer entsprechenden Vorgehensweise führen würde. Er hatte also auch Täterwillen.

A hat sich also Umstände vorgestellt, die ihn - sowohl nach der Tatherrschaftslehre als auch nach der modifizierten Animus-Theorie - zum Mittäter machen würden, sodass ihm auch die Tötungshandlung der G gem. § 25 II StGB zugerechnet würde.

Auch der BGH geht von einer Mittäterschaft bzw. einem entsprechenden Tatentschluss aus: “[...] die Handlung der früheren Mitangeklagten [G], die dem Angeklagten vom Landgericht rechtsfehlerfrei als eigene Handlung gemäß § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet worden ist [...]”.

A hatte also Tatentschluss bzgl. einer gemeinschaftlichen Tötung der K und somit Tatentschluss zur Begehung eines mittäterschaftlichen Totschlags.

III. Unmittelbares Ansetzen

A müsste auch zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar angesetzt haben, § 22 StGB.

Nach der herrschenden gemischt subjektiv-objektiven Theorie ist ein unmittelbares Ansetzen gegeben, wenn der Täter die Schwelle zum “jetzt geht es los” überschreitet und Handlungen vornimmt, die nach seiner Vorstellung von der Tat ohne wesentliche Zwischenschritte in die Tatbestandsverwirklichung einmünden sollen und deshalb aus Tätersicht das geschützte Rechtsgut bereits konkret gefährdet ist (BGH, wistra 2002, 263; NSTz 2007, 336; Fischer, § 22 Rn. 10; Wessels/Beulke, AT, Rn. 601).

Im vorliegenden Fall ist jedoch zu berücksichtigen, dass A diejenige Handlung, die den letzten wesentlichen Zwischenschritt zur Tatbestandsverwirklichung darstellen würde - das Durchtrennen der PEG-Sonde - gar nicht selbst auszuführen beabsichtigte, sondern von seiner Mittäterin G vornehmen lassen wollte. Insofern sind die Kriterien der gemischt subjektiv-objektiven Theorie beim tatfernen Mittäter A nicht ohne weiteres festzustellen. Fraglich ist also, wie das unmittelbare Ansetzen bei der Mittäterschaft für denjenigen Mittäter zu prüfen ist, der die eigentlich tatbestandsmäßige Handlung nicht selbst vornehmen will.

Nach einer Auffassung ist insofern das Ansetzen jedes Mittäters zu seinem eigenen Beitrag maßgeblich (sog. Einzellösung, Valdágua, ZStW 1986, 839, 870 ff.).

Eine andere Meinung verlangt zusätzlich hierzu noch, dass die “Gesamthandlung” der Mittäter das Versuchsstadium erreicht hat (sog. modifizierte Einzellösung, SK-Rudolphi, § 22 Rn. 19a; Roxin, AT II, § 29 Rn. 297 ff.). Nach h.M. reicht es für ein unmittelbares Ansetzen aller Mittäter aus, dass der tatnächste von ihnen dem gemeinsamen Plan entsprechend zur Tatbestandsverwirklichung ansetzt (sog. Gesamtlösung, BGH, wistra 1999, 386; Fischer, § 22 Rn. 21; Wessels/Beulke, AT, Rn. 611).

Im vorliegenden Fall hatte A seinen eigenen Beitrag - die Erteilung des Rates, die PEG-Sonde zu durchtrennen - bereits erbracht, also auch hierzu angesetzt. Auch hatte die tatnächste Mittäterin G plangemäß durch das bereits erfolgte Zerschneiden des Schlauches unmittelbar angesetzt, sodass auch die “Gesamthandlung” aller Mittäter das Versuchsstadium erreicht hat. Nach allen drei Meinungen ist also ein unmittelbares Ansetzen des A zum Versuch gegeben.

IV. Rechtswidrigkeit

Das Verhalten des A müsste auch rechtswidrig gewesen sein.

1. Rechtfertigung gem. § 32 StGB

A könnte jedoch aus Nothilfe, § 32 StGB, gerechtfertigt sein.

a. Nothilfelage

Zunächst einmal müsste eine Nothilfelage, d.h. ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff auf K, vorliegen. Angriff i.S.v. § 32 StGB ist jede von einem menschlichen Verhalten ausgehende Bedrohung rechtlich geschützter Güter oder Interessen (Jescheck/Weigend, AT, § 32 II 1 a; Wessels/Beulke, AT, Rn. 325). Gegenwärtig ist ein Angriff, der unmittelbar bevorsteht, gerade stattfindet oder noch andauert (Gropp, AT, § 6 Rn. 77; Heinrich, AT I, Rn. 345). Rechtswidrig ist ein Angriff, der nicht seinerseits durch Rechtfertigungsgründe gedeckt ist und den der Angegriffene auch aus anderen Gründen zu dulden braucht (Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 32 Rn. 19/20).

Hierzu führt der BGH aus: “a) [14] Bereits mit Urteil vom 13. September 1994 (1 StR 357/94 = BGHSt 40, 257, 261) hat der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs über einen Fall des Abbruchs der künstlichen Ernährung bei einer irreversibel schwerst hirngeschädigten, entscheidungsunfähigen Patientin im Zusammenwirken von deren zum Pfleger bestellten Sohn und dem behandelnden Arzt entschieden. Da die Grunderkrankung - wie im vorliegenden Fall - noch keinen unmittelbar zum Tod führenden Verlauf genommen hatte, lag, wie der 1. Strafsenat festgestellt hat, kein Fall der so genannten ‘passiven Sterbehilfe’ nach den Kriterien der damaligen ‘Richtlinien für die Sterbehilfe’ der Deutschen Ärztekammer vor (vgl. Deutsches Ärzte-

blatt 1993 B-1791 f.). Gleichwohl hat der Bundesgerichtshof erkannt, 'dass angesichts der besonderen Umstände des hier gegebenen Grenzfalls ausnahmsweise ein zulässiges Sterbenlassen durch Abbruch einer ärztlichen Behandlung oder Maßnahme nicht von vornherein ausgeschlossen (sei), sofern der Patient mit dem Abbruch mutmaßlich einverstanden ist. Denn auch in dieser Situation ist das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu achten, gegen dessen Willen eine ärztliche Behandlung grundsätzlich weder eingeleitet noch fortgesetzt werden darf' (BGHSt 40, 257, 262).

[15] In seinem Beschluss vom 17. März 2003 (XII ZB 2/03 - BGHZ 154, 205 = NJW 2003, 1588), der den Fall eines an einem apallischen Syndrom leidenden Patienten betraf, hat der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs allerdings entschieden, das Unterlassen lebenserhaltender oder -verlängernder Maßnahmen bei einem einwilligungsunfähigen Patienten setze voraus, dass dies dessen tatsächlich geäußerten oder mutmaßlichen Willen entspreche und dass die Grunderkrankung einen "irreversibel tödlichen Verlauf" angenommen habe. Hieraus ist in der Literatur vielfach abgeleitet worden, zwischen der zivilrechtlichen und der strafrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bestehe in der Frage der Zulässigkeit so genannter 'passiver Sterbehilfe' eine Divergenz (vgl. etwa Höfling/Rixen JZ 2003, 884, 885 ff.; Ingelfinger JZ 2006, 821; Otto NJW 2006, 2217, 2218 f.; Saliger MedR 2004, 237, 240 f.; Sternberg-Lieben in FS für Eser (2005) S. 1185, 1198 ff.; Verrel, Gutachten zum 66. DJT, 2006, C 43 ff.). Diese Ansicht bestand auch fort, nachdem der XII. Zivilsenat in einem Kostenbeschluss vom 8. Juni 2005 (XII ZR 177/03 - BGHZ 163, 195 = NJW 2005, 2385) entschieden hatte, ein Heimbetreiber sei zur Fortsetzung einer künstlichen Ernährung bei einem entscheidungsunfähigen, an einem apallischen Syndrom leidenden Patienten gegen dessen durch den Betreuer verbindlich geäußerten Willen nicht berechtigt und das Vormundschaftsgericht zu einer Entscheidung nicht berufen, wenn Betreuer und Arzt sich übereinstimmend gegen eine weitere künstliche Ernährung entschieden hatten; der Eintritt in eine mutmaßlich unmittelbar zum Tod führende Phase der Grunderkrankung war danach nicht vorausgesetzt.

[16] Die hierdurch in der öffentlichen Wahrnehmung entstandene Unsicherheit über Voraussetzungen und Reichweite der Erlaubnis, eine lebenserhaltende medizinische Behandlung auf Grund des Patientenwillens zu beenden, ist durch das Dritte Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts vom 29. Juli 2009 (BGBl I 2286) jedenfalls insoweit beseitigt worden (näher dazu unten), als es nach § 1901a Abs. 3 BGB nicht (mehr) auf Art und Stadium der Erkrankung ankommt.

b) [17] Allerdings war, wie das Landgericht im Ergeb-

nis zutreffend erkannt hat, die Beendigung der künstlichen Ernährung durch Unterlassen bzw. Reduzierung der Zufuhr kalorienhaltiger Flüssigkeit durch die frühere Mitangeklagte und ihren Bruder schon auf der Grundlage des zur Tatzeit geltenden Rechts zulässig, denn die anerkannten Voraussetzungen für einen rechtmäßigen Behandlungsabbruch durch so genannte 'passive Sterbehilfe' lagen vor. Dabei kam es hier nicht auf einen - im Einzelfall möglicherweise schwer feststellbaren (vgl. BGHSt 40, 257, 260 f.) - mutmaßlichen Willen der Betroffenen an, da ihr wirklicher, vor Eintritt ihrer Einwilligungsunfähigkeit ausdrücklich geäußertes Wille zweifelsfrei festgestellt war. Zwischen den Betreuern und dem behandelnden Arzt bestand überdies Einvernehmen, dass der Abbruch der künstlichen Ernährung dem Willen der Patientin entsprach. Unter diesen Voraussetzungen durfte die Fortsetzung der künstlichen Ernährung unterlassen werden, ohne dass eine betreuungsgerichtliche Genehmigung erforderlich oder veranlasst gewesen wäre.

c) [18] Rechtsfehlerfrei hat das Landgericht daher angenommen, dass die von der Heimleitung angekündigte Wiederaufnahme der künstlichen Ernährung einen rechtswidrigen Angriff gegen die körperliche Integrität und das Selbstbestimmungsrecht der Patientin dargestellt hätte. Nach der schon zur Tatzeit ganz herrschenden Rechtsauffassung verliehen weder der Heimvertrag noch die Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG) der Heimleitung oder dem Pflegepersonal das Recht, sich über das Selbstbestimmungsrecht von Patienten hinwegzusetzen und eigenmächtig in deren verfassungsrechtlich verbürgtes Recht auf körperliche Unversehrtheit einzugreifen (vgl. BGHZ 163, 195, 200; Dirksen GesR 2004, 124, 128; Höfling JZ 2006, 145, 146; Hufen NJW 2001, 849, 853; anders noch OLG München NJW 2003, 1743, 1745)."

Ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff der Heimleitung auf körperliche Integrität und Selbstbestimmungsrecht der K, also eine Nothilfelage, ist somit gegeben.

b. Nothilfehandlung

Das Durchtrennen der PEG-Sonde müsste auch eine von § 32 StGB gedeckte Nothilfehandlung darstellen. Hinsichtlich der Notwehr- bzw. Nothilfehandlung ist zu berücksichtigen, dass über § 32 StGB stets nur Eingriffe in die Rechtsgüter des Angreifers geeckt sein können, nicht jedoch solche in Rechtsgüter Dritter oder des Angegriffenen (BGHSt 5, 245, 248; Fischer, § 32 Rn. 24; Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 32 Rn. 31). Da sich der Totschlagsversuch aber nicht gegen den Angreifer (die Heimleitung) richtete, sondern gegen die angegriffene K, kann diese Tat nicht über § 32 StGB gerechtfertigt sein.

Zu diesem Ergebnis kommt auch der BGH: "[19] Zutreffend hat das Landgericht die Frage verneint, ob die

der Verurteilung zugrunde gelegten Handlungen des Angeklagten und der früheren Mitangeklagten, mit denen die rechtswidrige Wiederaufnahme der künstlichen Ernährung und der hierin liegende Angriff auf die körperliche Unversehrtheit und das Selbstbestimmungsrecht verhindert werden sollten, schon nach den Regeln der Nothilfe (§ 32 StGB) gerechtfertigt waren. Zwar lag, wie sich aus Vorstehendem ergibt, eine Notwehrlage im Sinne von § 32 StGB vor, welche den Angeklagten und die Betreuerin zur Nothilfe gem. § 32 Abs. 2 StGB berechtigt hätte. Die Verteidigungshandlungen richteten sich hier aber nicht oder nicht allein gegen Rechtsgüter des Angreifers (Sachbeschädigung durch Zerschneiden des Schlauchs), sondern vor allem gegen ein höchstrangiges, anderes Rechtsgut der Angegriffenen selbst. Der Eingriff in das Rechtsgut Leben der angegriffenen Person kann aber ersichtlich nicht durch Nothilfe gegen einen Angriff auf das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit und das Selbstbestimmungsrecht derselben Person gerechtfertigt sein. Er bedurfte als selbständige Rechtsgutsverletzung vielmehr einer eigenen, von der Nothilfelage unabhängigen Legitimation.“

2. Rechtfertigung gem. § 34 StGB

A könnte allerdings aus Notstand, § 34 StGB, gerechtfertigt sein.

Hierzu führt der BGH aus: “[20] Auch eine Rechtfertigung aus dem Gesichtspunkt des Notstands gem. § 34 StGB scheidet, wie das Landgericht im Ergebnis zutreffend gesehen hat, vorliegend schon deshalb aus, weil sich der Eingriff des Angeklagten hier gegen das höchstrangige Rechtsgut (Leben) derjenigen Person richtete, welcher die gegenwärtige Gefahr (für die Rechtsgüter der körperlichen Unversehrtheit und des Selbstbestimmungsrechts) im Sinne von § 34 StGB drohte (a.A. Otto, Gutachten zum 56. DJT, 1986, D 44 ff.; Merkel ZStW Bd. 107 (1995) S. 454, 570 f.; Neumann NK-StGB vor § 211 Rn. 127; H. Schneider in MüKo-StGB vor §§ 211 ff. Rn. 111 f.)”

A ist also auch nicht aus § 34 StGB gerechtfertigt.

3. Rechtfertigung aus Sterbehilfe

Da A sich allerdings durch das Durchschneiden des Schlauchs der Sonde lediglich dem früher geäußerten Willen der K, keine lebenserhaltenden Maßnahmen durchzuführen, unterwerfen wollte und dies auch mit dem behandelnden Arzt und den Betreuern der K (also G und P) abgesprochen war, könnte A aus dem Gesichtspunkt der Sterbehilfe bzw. einer Einwilligung der K gerechtfertigt sein.

Der BGH diskutiert eine entsprechende Rechtfertigung des A insbesondere im Hinblick auf die durch das sog. Patientenverfügungsgesetz (BGBl I 2009, 2286) zum 01.09.2009 eingeführten Änderungen des BGB: “3. [21] Eine Rechtfertigung für die

Tötungshandlung konnte sich daher hier allein aus dem von den Kindern der Frau K als deren Betreuern geltend gemachten Willen der Betroffenen, also ihrer Einwilligung ergeben, die künstliche Ernährung abzubrechen und ihre Fortsetzung oder Wiederaufnahme zu unterlassen.

[22] Im Unterschied zu den bislang vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fällen weist der vorliegende die Besonderheit auf, dass die die Wiederaufnahme der künstlichen Ernährung verhindernde, direkt auf die Lebensbeendigung abzielende Handlung der früheren Mitangeklagten, die dem Angeklagten vom Landgericht rechtsfehlerfrei als eigene Handlung gemäß § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet worden ist, nach den allgemeinen Regeln nicht als Unterlassen, sondern als aktives Tun anzusehen ist. Für diesen Fall ist eine Rechtfertigung direkt lebensbeendender Maßnahmen unter dem Gesichtspunkt der ‘Sterbehilfe’ von der Rechtsprechung bisher nicht anerkannt worden. Hieran hält der Senat, auch im Hinblick auf die durch das Dritte Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts vom 29. Juli 2009 (BGBl I 2286) geänderte zivilrechtliche Rechtslage, nicht fest.

a) [23] Der Gesetzgeber hat den betreuungsrechtlichen Rahmen einer am Patientenwillen orientierten Behandlungsbegrenzung durch Gesetz vom 29. Juli 2009 - so genanntes Patientenverfügungsgesetz - (BGBl I 2286) festgelegt. Das am 1. September 2009 in Kraft getretene Gesetz hatte vor allem auch zum Ziel, Rechts- und Verhaltenssicherheit zu schaffen (vgl. Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses BT-Ds. 16/13314 S. 3 f. und 7 f.). Maßstäbe für die gesetzliche Neuordnung waren zum einen das verfassungsrechtlich garantierte Selbstbestimmungsrecht der Person, welches das Recht zur Ablehnung medizinischer Behandlungen und gegebenenfalls auch lebensverlängernder Maßnahmen ohne Rücksicht auf ihre Erforderlichkeit einschließt, zum anderen der ebenfalls von der Verfassung gebotene Schutz des menschlichen Lebens, der unter anderem in den strafrechtlichen Normen der §§ 212, 216 StGB seinen Ausdruck findet.

[24] In Abwägung dieser Grundsätze hat der Gesetzgeber des Dritten Betreuungsrechtsänderungsgesetzes nach umfassenden Beratungen und Anhörungen unter Einbeziehung einer Vielzahl von Erkenntnissen und Meinungen unterschiedlichster Art entschieden, dass der tatsächliche oder mutmaßliche, etwa in konkreten Behandlungswünschen zum Ausdruck gekommene Wille eines aktuell einwilligungsunfähigen Patienten unabhängig von Art und Stadium seiner Erkrankung verbindlich sein und den Betreuer sowie den behandelnden Arzt binden soll (§ 1901a Abs. 3 BGB; vgl. dazu die Begründung des Gesetzentwurfs BT-Drucks. 16/8442 S. 11 f.; Diederichsen in Palandt BGB 69. Aufl. § 1901a Rn. 16 ff. u. 29). Eine betreuungsge-

richtliche Genehmigungsbedürftigkeit für Entscheidungen über die Vornahme, das Unterlassen oder den Abbruch medizinischer Maßnahmen ist auf Fälle von Meinungsdivergenzen zwischen Arzt und Betreuer oder Bevollmächtigtem über den Willen des nicht selbst äußerungsfähigen Patienten oder über die medizinische Indikation von Maßnahmen beschränkt (§ 1904 Abs. 2 und 4 BGB). Die Regelungen der §§ 1901a ff. BGB enthalten zudem betreuungsrechtliche Verfahrensregeln zur Ermittlung des wirklichen oder mutmaßlichen Willens des Betreuten (vgl. Diehn/Rebhan NJW 2010, 326).

b) [25] Diese Neuregelung entfaltet auch für das Strafrecht Wirkung. Allerdings bleiben die Regelungen der §§ 212, 216 StGB von den Vorschriften des Betreuungsrechts unberührt, welche schon nach ihrem Wortlaut eine Vielzahl weit darüber hinaus reichender Fallgestaltungen betreffen und auch nach dem Willen des Gesetzgebers nicht etwa strafrechtsspezifische Regeln für die Abgrenzung erlaubter Sterbehilfe von verbotener Tötung enthalten (vgl. BT-Drucks. 16/8442 S. 7 f. u. 9). Im Übrigen ergibt sich schon aus dem grundsätzlich schrankenlosen und die unterschiedlichsten betreuungsrechtlichen Fallgestaltungen erfassenden Wortlaut des § 1901a BGB selbst, dass die Frage einer strafrechtlichen Rechtfertigung von Tötungshandlungen nicht nur als zivilrechtsakzessorisches Problem behandelt werden kann. Wo die Grenze einer rechtfertigenden Einwilligung verläuft und der Bereich strafbarer Tötung auf Verlangen beginnt, ist, ebenso wie die Frage nach der Reichweite einer Körperverletzung rechtfertigenden Einwilligung (§ 228 StGB), eine strafrechtsspezifische Frage, über die im Lichte der Verfassungsordnung und mit Blick auf die Regelungen anderer Rechtsbereiche, jedoch im Grundsatz autonom nach materiell strafrechtlichen Kriterien zu entscheiden ist (ebenso Verrel, Gutachten zum 66. DJT, (2006) C 34 ff. und 57 ff.; vgl. auch AE-Sterbebegleitung GA 2005, 533, 564; a.A. Lipp FamRZ 2004, 317; Neumann/Saliger HRRS 2006, 280, 284; offengelassen für das frühere Betreuungsrecht von Bernsmann ZRP 1996, 87, 90). Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte diese Grenze durch die Regelungen der §§ 1901a ff. BGB nicht verschoben werden (BT-Drucks. 16/8442 S. 9). Die §§ 1901a ff. BGB enthalten aber auch eine verfahrensrechtliche Absicherung für die Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts von Patienten, die selbst zu einer Willensäußerung nicht (mehr) in der Lage sind. Sie sollen gewährleisten, dass deren Wille über den Zeitpunkt des Eintritts von Einwilligungsunfähigkeit hinaus gilt und beachtet wird. Diese Neuregelung, die ausdrücklich mit dem Ziel der Orientierungssicherheit für alle Beteiligten geschaffen wurde, muss unter dem Gesichtspunkt der Einheitlichkeit der Rechtsordnung (vgl. Reus JZ 2010, 80, 83 f.) bei der Bestimmung der

Grenze einer möglichen Rechtfertigung von kausal lebensbeendenden Handlungen berücksichtigt werden. 4. [26] Das Landgericht hat eine Rechtfertigung des Angeklagten und der Mittäterin durch Einwilligung der betroffenen Patientin abgelehnt, weil nach seiner Auffassung die Voraussetzungen einer nach bisherigem Recht zulässigen so genannten passiven Sterbehilfe durch Unterlassen der weiteren künstlichen Ernährung nicht vorgelegen haben; es hat das Durchtrennen des Schlauchs der PEG-Sonde als aktives Handeln gewertet und deshalb der Einwilligung der Patientin eine rechtfertigende Wirkung abgesprochen.

a) [27] Diese Ansicht entspricht der bisher in Rechtsprechung und Literatur ganz überwiegend vertretenen Auffassung, wonach zwischen (unter bestimmten Bedingungen) erlaubter 'passiver' und 'indirekter' sowie stets verbotener 'aktiver' Sterbehilfe zu unterscheiden sei (vgl. hierzu allgemein: Eser in Schönke/Schröder StGB 77. Aufl. Vorbem. §§ 211 ff. Rn. 21 ff.; Fischer StGB 77. Aufl. vor §§ 211-216 Rn. 16 ff.). Das bloße Einstellen künstlicher Ernährung ist danach schon wegen seines äußeren Erscheinungsbildes, jedenfalls aber nach dem Schwerpunkt des strafrechtlich relevanten Verhaltens, nicht als aktives Tun, sondern als Unterlassen und damit als 'passives' Verhalten angesehen worden (BGHSt 40, 257, 265 f.; vgl. dazu auch Kutzer NStZ 1994, 110, 113). Eine zulässige "passive Sterbehilfe" setzt auf der Grundlage dieser Differenzierung nach bisher herrschender Meinung deshalb stets ein Unterlassen im Rechtssinn (§ 13 StGB) voraus; aktives Handeln im natürlichen Sinne soll danach stets als rechtswidriges Tötungsdelikt im Sinne der §§ 212, 216 StGB strafbar sein.

b) [28] An diesem an den äußeren Erscheinungsformen von Tun und Unterlassen orientierten Kriterium für die Abgrenzung zwischen gerechtfertigter und rechtswidriger Herbeiführung des Todes mit Einwilligung oder mutmaßlicher Einwilligung des betroffenen Patienten hält der Senat nicht fest.

aa) [29] Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat sich in der Vergangenheit selbst auch nicht durchgängig hieran orientiert, denn ein pflichtwidriges Unterlassen kann den Tatbestand des § 216 StGB ebenfalls erfüllen (BGHSt 13, 162, 166; 32, 367, 371). Schon dies zeigt, dass die Kriterien für die Abgrenzung zwischen erlaubtem und verbotenem Verhalten nicht allein in der äußerlichen Handlungsqualität gefunden werden können. Zwar unterscheidet das Gesetz zwischen dem pflichtwidrigen Unterlassen einer erfolgsabwendenden Handlung und dem aktiv erfolgsverursachenden Tun grundsätzlich wertungsmäßig, da es in § 13 Abs. 2 StGB für den Fall der Erfolgsverursachung durch Unterlassen eine fakultative Strafmitderung bereit hält (vgl. Kargl GA 1999, 459 ff.; Ulsenheimer aaO S. 336). Diese generelle Differenzierung lässt jedoch gleichzeitig die Möglichkeit offen, Tun

und Unterlassen wertungsmäßig gleich zu gewichten und damit auch gleich zu behandeln, wenn der zugrunde liegende Lebenssachverhalt dies erfordert.

bb) [30] Die Grenze zwischen erlaubter Sterbehilfe und einer nach den §§ 212, 216 StGB strafbaren Tötung kann nicht sinnvoll nach Maßgabe einer naturalistischen Unterscheidung von aktivem und passivem Handeln bestimmt werden. Die Umdeutung der erlebten Wirklichkeit in eine dieser widersprechende normative Wertung, nämlich eines tatsächlich aktiven Verhaltens, etwa beim Abschalten eines Beatmungsgeräts, in ein 'normativ verstandenes Unterlassen' - mit dem Ziel, dieses Verhalten als 'passive Sterbehilfe' rechtlich legitimieren zu können - ist in der Vergangenheit zu Recht auf Kritik gestoßen und als dogmatisch unzulässiger 'Kunstgriff' abgelehnt worden (vgl. etwa Fischer, StGB, Vor §§ 211-216 Rn. 20).

[31] Eine solche wertende Umdeutung aktiven Tuns in ein normatives Unterlassen wird den auftretenden Problemen nicht gerecht. Ein 'Behandlungsabbruch' erschöpft sich nämlich nach seinem natürlichen und sozialen Sinngehalt nicht in bloßer Untätigkeit; er kann und wird vielmehr fast regelmäßig eine Vielzahl von aktiven und passiven Handlungen umfassen, deren Einordnung nach Maßgabe der in der Dogmatik und von der Rechtsprechung zu den Unterlassungstaten des § 13 StGB entwickelten Kriterien problematisch ist und teilweise von bloßen Zufällen abhängen kann. Es ist deshalb sinnvoll und erforderlich, alle Handlungen, die mit einer solchen Beendigung einer ärztlichen Behandlung im Zusammenhang stehen, in einem normativ-wertenden Oberbegriff des Behandlungsabbruchs zusammenzufassen, der neben objektiven Handlungselementen auch die subjektive Zielsetzung des Handelnden umfasst, eine bereits begonnene medizinische Behandlungsmaßnahme gemäß dem Willen des Patienten insgesamt zu beenden oder ihren Umfang entsprechend dem Willen des Betroffenen oder seines Betreuers nach Maßgabe jeweils indizierter Pflege- und Versorgungserfordernisse zu reduzieren. Denn wenn ein Patient das Unterlassen einer Behandlung verlangen kann, muss dies gleichermaßen auch für die Beendigung einer nicht (mehr) gewollten Behandlung gelten, gleich, ob dies durch Unterlassen weiterer Behandlungsmaßnahmen oder durch aktives Tun umzusetzen ist, wie es etwa das Abschalten eines Respirators oder die Entfernung einer Ernährungssonde darstellen. Dasselbe gilt, wenn die Wiederaufnahme einer dem Patientenwillen nicht (mehr) entsprechenden medizinischen Maßnahme in Rede steht (so etwa Roxin NStZ 1987, 345, 350), die verhindert werden soll.

cc) [32] Da eine Differenzierung nach aktivem und passivem Handeln nach äußerlichen Kriterien nicht geeignet ist, sachgerecht und mit dem Anspruch auf Einzelfallgerechtigkeit die Grenzen zu bestimmen,

innerhalb derer eine Rechtfertigung des Handelns durch den auf das Unterlassen oder den Abbruch der medizinischen Behandlung gerichteten Willen des Patienten anzuerkennen ist, müssen andere Kriterien gelten, anhand derer diese Unterscheidung vorgenommen werden kann. Diese ergeben sich aus den Begriffen der 'Sterbehilfe' und des 'Behandlungsabbruchs' selbst und aus der Abwägung der betroffenen Rechtsgüter vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Ordnung.

[33] Der Begriff der Sterbehilfe durch Behandlungsunterlassung, -begrenzung oder -abbruch setzt voraus, dass die betroffene Person lebensbedrohlich erkrankt ist und die betreffende Maßnahme medizinisch zur Erhaltung oder Verlängerung des Lebens geeignet ist. Nur in diesem engen Zusammenhang hat der Begriff der "Sterbehilfe" einen systematischen und strafrechtlich legitimierenden Sinn. Vorsätzliche lebensbeendende Handlungen, die außerhalb eines solchen Zusammenhangs mit einer medizinischen Behandlung einer Erkrankung vorgenommen werden, sind einer Rechtfertigung durch Einwilligung dagegen von vornherein nicht zugänglich; dies ergibt sich ohne Weiteres aus § 216 und § 228 StGB und den diesen Vorschriften zugrunde liegenden Wertungen unserer Rechtsordnung.

[34] Eine durch Einwilligung gerechtfertigte Handlung der Sterbehilfe setzt überdies voraus, dass sie objektiv und subjektiv unmittelbar auf eine medizinische Behandlung im oben genannten Sinn bezogen ist. Erfasst werden hiervon nur das Unterlassen einer lebenserhaltenden Behandlung oder ihr Abbruch sowie Handlungen in der Form der so genannten 'indirekten Sterbehilfe', die unter Inkaufnahme eines möglichen vorzeitigen Todeseintritts als Nebenfolge einer medizinisch indizierten palliativen Maßnahme erfolgen.

[35] Das aus Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG abgeleitete Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen legitimiert die Person zur Abwehr gegen nicht gewollte Eingriffe in ihre körperliche Unversehrtheit und in den unbeeinflussten Fortgang ihres Lebens und Sterbens; es gewährt ihr aber kein Recht oder gar einen Anspruch darauf, Dritte zu selbstständigen Eingriffen in das Leben ohne Zusammenhang mit einer medizinischen Behandlung zu veranlassen. Eine Rechtfertigung durch Einwilligung kommt daher nur in Betracht, wenn sich das Handeln darauf beschränkt, einen Zustand (wieder-)herzustellen, der einem bereits begonnenen Krankheitsprozess seinen Lauf lässt, indem zwar Leiden gelindert, die Krankheit aber nicht (mehr) behandelt wird, so dass der Patient letztlich dem Sterben überlassen wird. Nicht erfasst sind dagegen Fälle eines gezielten Eingriffs, der die Beendigung des Lebens vom Krankheitsprozess abkoppelt (vgl. zu dieser Unterscheidung auch Höfling JuS 2000, 111, 113).

[36] Eine solche Unterscheidung nach den dem Begriff des Behandlungsabbruchs immanenten Kriterien der Behandlungsbezogenheit und der Verwirklichung des auf die Behandlung bezogenen Willens der betroffenen Person ist besser als die bisherige, dogmatisch fragwürdige und praktisch kaum durchführbare Unterscheidung zwischen aktivem und passivem Handeln geeignet, dem Gewicht der betroffenen Rechtsgüter in der Abwägung Geltung zu verschaffen und für alle Beteiligten eine klare rechtliche Orientierung zu bieten.

[37] Die tatbestandlichen Grenzen des § 216 StGB bleiben hierdurch unberührt. Dies entspricht auch der Intention des Gesetzgebers des Dritten Betreuungsrechtsänderungsgesetzes, wonach Handlungen, die der Ablehnung einer medizinischen Maßnahme oder der Untersagung ihrer Fortführung durch den betroffenen Patienten Rechnung tragen, von einer Tötung auf Verlangen i.S.d. § 216 StGB strikt zu unterscheiden sind (vgl. BT-Drucks. 16/8442 S. 3, 7 f.).

dd) [38] Für die Feststellung des behandlungsbezogenen Patientenwillens gelten beweismäßig strenge Maßstäbe, die der hohen Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter Rechnung zu tragen haben (vgl. schon BGHSt 40, 257, 260 f.). Dies hat insbesondere zu gelten, wenn es beim Fehlen einer schriftlichen Patientenverfügung um die Feststellung eines in der Vergangenheit mündlich geäußerten Patientenwillens geht. Die Verfahrensregeln der §§ 1901a ff. BGB, insbesondere das zwingend erforderliche Zusammenwirken von Betreuer oder Bevollmächtigtem und Arzt sowie gegebenenfalls die Mitwirkung des Betreuungsgerichts, sichern die Beachtung und Einhaltung dieser Maßstäbe.

c) [39] Die Anwendung der oben dargelegten Grundsätze einer Rechtfertigung des Behandlungsabbruchs ist nicht auf das Handeln der den Patienten behandelnden Ärzte sowie der Betreuer und Bevollmächtigten beschränkt, sondern kann auch das Handeln Dritter erfassen, soweit sie als von dem Arzt, dem Betreuer oder dem Bevollmächtigten für die Behandlung und Betreuung hinzugezogene Hilfspersonen tätig werden. Dies folgt schon daraus, dass sich ein Behandlungsabbruch in der Regel nicht in einzelnen Handlungen oder Unterlassungen erschöpft, sondern unter Umständen ein Bündel von meist palliativmedizinischen Maßnahmen erfordert, die nicht notwendig vom behandelnden Arzt selbst vorgenommen werden müssen.

5. [40] Ob der Senat mit der dargelegten Auslegung des § 216 StGB und der Inhaltsbestimmung des Rechtfertigungsgrunds der Einwilligung im Rahmen der Sterbehilfe von früheren tragenden Entscheidungen anderer Senate des Bundesgerichtshofs abweicht, kann dahinstehen, weil der Senat auf der Grundlage der neuen gesetzlichen Regelung der §§ 1901a ff. BGB zu entscheiden hatte; eine Anfrage gem. § 132 Abs. 3

GVG war daher nicht geboten (vgl. BGHSt 44, 121, 124; BGH NSTZ 2002, 160 f.). Wäre nach der Rechtslage vor dem 1. September 2009 das Handeln des Angeklagten nicht gerechtfertigt gewesen, so wäre die Rechtsänderung jedenfalls gemäß § 2 Abs. 3 StGB und § 354a StPO zu seinen Gunsten zu berücksichtigen.

6. [41] Der Angeklagte hat als von den Betreuern der Frau K hinzugezogener und sie beratender Rechtsanwalt ebenso wenig rechtswidrig gehandelt wie die Betreuer selbst."A hat also nicht rechtswidrig gehandelt.

V. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. §§ 212 I, 25 II, 22, 23 I StGB.

B. Strafbarkeit des A gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 5, 25 II StGB zum Nachteil der K

Aus demselben Grunde scheidet auch eine Strafbarkeit des A wegen mittäterschaftlicher gefährlicher Körperverletzung, §§ 223 I, 224 I Nr. 5, 25 II StGB, zum Nachteil der K aus, da diese Tat eine notwendige Begleiterscheinung der gerechtfertigten (versuchten) Tötung der K darstellt und somit auch durch die Sterbehilfe (s.o.) gerechtfertigt sein muss.

C. Strafbarkeit des A gem. §§ 303 I, 25 II StGB

Dadurch, dass er G und P den Rat erteilte, den Schlauch der PEG-Sonde der K zu durchtrennen und G dies daraufhin auch tat, könnte A sich wegen mittäterschaftlicher Sachbeschädigung gem. §§ 303 I, 25 II StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Fremde Sache

Bei dem Schlauch der PEG-Sonde müsste es sich um eine für A fremde Sache handeln.

Sache i.S.v. § 303 I StGB ist jeder körperliche Gegenstand (Fischer, § 303 Rn. 3; Schönke/Schröder-Stree, § 303 Rn. 3; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn. 15a). Fremd ist die Sache dann, wenn sie zumindest auch im Eigentum einer anderen Person als des Täters steht (Fischer, § 303 Rn. 2, § 242 Rn. 5).

Bei dem Schlauch handelt es sich um einen körperlichen Gegenstand, also eine Sache. Da dieser im Eigentum des Altenheimleitung und nicht im Eigentum des A stand, war er für diesen auch fremd.

Der Schlauch ist somit ein taugliches Tatobjekt für eine Sachbeschädigung des A.

2. Beschädigen

A müsste diesen Schlauch beschädigt haben.

Beschädigen ist eine körperliche Einwirkung auf die Sache, durch die ihre Brauchbarkeit zu ihrem bestimmungsgemäßen Zweck beeinträchtigt wird (Fischer, § 303 Rn. 6; Schönke/Schröder-Stree, § 303 Rn. 8; Wes-

sels/Hillenkamp, BT II, Rn. 23, 26).

A selbst hat auf den Schlauch nicht körperlich eingewirkt und diesen somit nicht beschädigt.

Allerdings hat G durch das Zerschneiden des Schlauchs körperlich auf diesen eingewirkt und durch dessen Kürzung seine Brauchbarkeit beeinträchtigt. G hat also den Schlauch beschädigt. Da A und G als Mittäter gehandelt haben (s.o.) und auch das Zerschneiden des Schlauches vom gemeinsamen Tatentschluss der beiden gedeckt war, muss A sich die Beschädigungshandlung der G gem. § 25 II StGB zurechnen lassen.

3. Vorsatz

A handelte vorsätzlich, isnb. auch hinsichtlich der Mittäterschaft.

II. Rechtswidrigkeit

A könnte allerdings aus Nothilfe, § 32 StGB, gerechtfertigt sein.

1. Nothilfefelage

Die Durchführung der künstlichen Ernährung der K gegen deren Willen stellt einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff der Heimleitung auf K dar, sodass eine Nothilfefelage gegeben ist (s.o.).

2. Nothilfehandlung

Das Zerschneiden des Schlauchs müsste auch ein von § 32 StGB gedeckte Nothilfehandlung sein.

Zwar darf sich die Verteidigungshandlung i.R.v. § 32 StGB stets nur gegen Rechtsgüter des Angreifers richten (s.o.). Dies ist jedoch hinsichtlich des Zerschneidens des Sondenschlauchs unproblematisch, da dieser im Eigentum der Heimleitung steht und von dieser auch der Angriff auf die K ausging. Es werden hinsichtlich der entsprechenden Sachbeschädigung lediglich Rechtsgüter des Angreifers verletzt.

Des Weiteren muss die Nothilfehandlung aber auch

zur Abwehr des Angriffs geeignet, erforderlich und geboten sein.

Zur Abwehr des Angriffs geeignet ist jede Handlung, die nicht von vornherein als völlig abwehruntauglich erscheint (Fischer, § 32 Rn. 28; Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 32 Rn. 35).

Das Zerschneiden des Schlauchs der PEG-Sonde war geeignet, den Angriff der Heimleitung auf K, der gerade in der erzwungenen Fortführung der künstlichen Ernährung bestand, abzuwehren. Erforderlich ist die Verteidigungshandlung, wenn sie unter mehreren gleichermaßen sicher den Angriff abwehrenden Mitteln das mildeste darstellt (Fischer, § 32 Rn. 30; Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 32 Rn. 34, 36, 36a). Ein gleich sicheres und milderes Mittel des A zur Abwehr des Angriffs auf K ist nicht ersichtlich, sodass das Zerschneiden des Schlauchs auch erforderlich war. Geboten ist die Verteidigung, wenn sie keinen Fall des Rechtsmissbrauchs darstellt, was in bestimmten Fallgruppen (z.B. Schuldunfähigkeit des Angreifers oder Provokation des Angriffs durch den Täter) der Fall ist (Fischer, § 32 Rn. 36; Roxin, AT I, § 15 Rn. 53). Da jedoch nicht ersichtlich ist, wieso die Nothilfehandlung im vorliegenden Fall rechtsmissbräuchlich sein könnte, ist diese auch geboten.

Das Zerschneiden des Schlauchs stellt also eine von § 32 StGB Verteidigungshandlung dar.

3. Nothilfewille

A müsste auch mit Nothilfewillen gehandelt haben.

A hat gehandelt, um die Fortführung der künstlichen Ernährung der K, also den Angriff auf diese, zu beenden. Er handelte also auch mit Nothilfewillen. Die Sachbeschädigung bzgl. der PEG-Sonde ist somit aus Nothilfe, § 32 StGB, gerechtfertigt.

III. Ergebnis, Gesamtergebnis

A ist auch nicht strafbar gem. §§ 303 I, 25 II StGB und somit insgesamt straflos.