

## Öffentliches Recht

**Standort: POR**

**Problem: Zustandshaftung des Insolvenzverwalters**

OVG LÜNEBURG, BESCHLUSS VOM 03.12.2009  
7 ME 55/09 (NJW 2010, 1546)  
VGH KASSEL, BESCHLUSS VOM 11.09.2009  
8 B 1712/09 (NJW 2010, 1545)

### Problemdarstellung:

Nachstehend sind zwei Gerichtsentscheidungen zur Frage wiedergegeben, ob und wie lange ein Insolvenzverwalter als Störer für Gefahren haftet, die von einer in die Insolvenzmasse gefallenen Sache ausgehen.

A. Beide Gerichte kommen in Übereinstimmung mit der h.M. zu dem Ergebnis, dass - erstens - der Insolvenzverwalter ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens zum Zustandsstörer werde, weil er die tatsächliche Verfügungsgewalt über die Sachen der insolventen Gesellschaft erlange, er - zweitens - mangels fortbestehender Verfügungsgewalt aber nicht mehr als Zustandsstörer in Anspruch genommen werden könne, sobald er die störende Sache aus der Masse freigegeben habe. Allenfalls komme - drittens - eine fortbestehende Haftung als Verhaltensstörer in Betracht, wenn etwa die Gefahr aus der Fortführung des Betriebes durch ihn resultiere. Unterstellt, dass eine Störereigenschaft vorliege, entbinde dies - viertens - die Ordnungsbehörde aber nicht von einer ordnungsgemäßen Störerauswahl. Seien noch andere Störer ersichtlich, sei nach dem Grundsatz der Effektivität auszuwählen. Somit könne es jedenfalls ermessensfehlerhaft sein, den Insolvenzverwalter - seine Störereigenschaft unterstellt - heranzuziehen, wenn angesichts gegen null gehender liquider Mittel von vornherein klar sei, dass er zur Störungsbeseitigung nicht in der Lage sei.

B. Eine Mindermeinung in der Literatur verneint hingegen schon grundsätzlich eine Störereigenschaft des Insolvenzverwalters. Sie verweist darauf, dass nicht er, sondern die insolvente Gesellschaft Störerin sei, denn diese sei schließlich Eigentümerin und Besitzerin der gefährlichen Sachen (also Zustandsstörerin) bzw. Betreiberin ihres Geschäfts (also Verhaltensstörerin). Der Insolvenzverwalter sei in der Insolvenz nur deren Organ. Gehe man aber von einer Verbindlichkeit der Gesellschaft aus, wäre - erstens - diese (und nicht der Insolvenzverwalter) richtige Adressatin einer Ordnungsverfügung, und es wäre ihr - zweitens - nicht möglich, sich dieser Ordnungspflicht durch Freigabe

der Sache aus der Masse zu entziehen, weil die Freigabeerklärung nicht zur Beendigung der Haftung der Gesellschaft für ihre in der Insolvenz begründeten Verbindlichkeiten führe (vgl. zu allem K. Schmidt, NJW 2010, 1489).

### Prüfungsrelevanz:

Geht es in einer Klausur um die Störereigenschaft des Insolvenzverwalters, sollte also zunächst streitig dargestellt werden, ob der Insolvenzverwalter überhaupt Störer geworden ist. Möglicherweise kann dieser Streit offen gelassen werden, wenn seine unterstellte ursprüngliche Verantwortlichkeit jedenfalls durch Freigabe der Sache aus der Masse beendet wurde, bevor die letzte Behördenentscheidung zu seiner Inanspruchnahme gefällt wurde (Erlass des VA bzw. des Widerspruchsbescheids, sofern ein Widerspruchsverfahren stattfindet). Auf die Unterscheidung zwischen Zustandsverantwortlichkeit Kraft Sachherrschaft und Verhaltensverantwortlichkeit Kraft Betreibens des Geschäfts ist dabei zu achten.

Kommt man zu einer begründeten und fortbestehenden Störereigenschaft, wäre im Ermessen auf die richtige Störerauswahl nach Effektivitätsgesichtspunkten einzugehen.

### Vertiefungshinweise:

□ Zur Störereigenschaft des Insolvenzverwalters nach Freigabe: *BVerwGE* 122, 75 = *NVwZ* 2004, 1505; *OVG Berlin-Brandenburg*, *NVwZ* 2010, 594; *K. Schmidt*, *NJW* 2010, 1489

□ Zur Störereigenschaft des Insolvenzverwalters bei Fortführung des Betriebes: *BVerwGE* 107, 299 = *NJW* 1999, 1416; *OVG Lüneburg*, *NJW* 1993, 1671; *NJW* 1998, 398

### 1. Teil: Beschluss des OVG Lüneburg vom 03.12.2009 (7 ME 55/09)

#### Leitsatz:

**Auch die nach Ergehen der Entsorgungsverfügung, aber vor Erlass des Widerspruchsbescheids erklärte Freigabe von Abfallgegenständen aus der Masse durch den Insolvenzverwalter befreit diesen grundsätzlich von der Entsorgungspflicht, wenn er**

## **den Betrieb der Anlage, aus der die Gegenstände stammen, nicht aufgenommen hatte.**

### **Sachverhalt:**

Mit Bescheid vom 26.3.2009 ist dem Ast. als Insolvenzverwalter der Firma A-GmbH aufgegeben worden, bis zum 15. 5. 2009 im Einzelnen aufgeführte gefährliche Abfälle (etwa Bleiglasuren und Altöl) durch eine Fachfirma entsorgen zu lassen und weitere im Einzelnen aufgeführte Abfälle (etwa Ziegel- und Bauschutt, Altholz und verunreinigtes Erdreich) selbst fachgerecht zu beseitigen, ferner, in zwei Bereichen des Betriebs von einem dazu akkreditierten Labor Staubproben entnehmen und diese auf Blei- sowie Bariumkarbonatgehalt untersuchen zu lassen sowie dafür die Auftragsbestätigungen und später die Untersuchungsergebnisse vorzulegen. Für den Fall der Nichtbefolgung drohte der Ag. die Ersatzvornahme an. Das VG hat es abgelehnt, die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Ast. gegen den für sofort vollziehbar erklärten Bescheid wiederherzustellen. Die Beschwerde des Ast. hatte Erfolg.

### **Aus den Gründen:**

Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Ast. ist nach § 80 V 1, II Nr. 4 VwGO wiederherzustellen, weil der Bescheid des Ag. vom 26.3.2009 erkennbar rechtswidrig ist und an seiner (sofortigen) Vollziehung deshalb ein öffentliches Interesse nicht bestehen kann.

#### *A. Störerauswahlmessungen*

Eine abfallrechtliche Anordnung wie die im angefochtenen Bescheid getroffene steht nach § 21 KrW-/AbfG im Ermessen des Ag. Das Ermessen bezieht sich auch auf die Adressatenauswahl, also die Entscheidung, ob nach § 11 I KrW-/AbfG Abfallerzeuger, Abfallbesitzer oder andere Personen in Anspruch zu nehmen sind. Eine Rolle spielen dabei etwa die Grundsätze der Effektivität, der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, der Zumutbarkeit und das Verursacherprinzip (Kunig/Paetow/Versteyl, KrW-/AbfG, 2. Aufl., § 21 Rdnr. 10, § 11 Rdnr. 9).

#### *B. Ermessensnichtgebrauch*

Der angefochtene Bescheid lässt entgegen § 39 I 3 VwVfG nicht erkennen, dass der Ag. sein diesbezügliches Ermessen ausgeübt hat.

#### *I. Auswahl nach Effektivität*

Obgleich der Ast. bei seiner Anhörung vor Erlass des Bescheids mitgeteilt hatte, dass der Betrieb seit Eröffnung des Insolvenzverfahrens geschlossen und die Gemeinschuldnerin auch nicht Eigentümerin des Betriebsgrundstücks sei (sondern B und C) und er bei einer Inanspruchnahme die auf dem Grundstück la-

gernden "Altlasten" zur Abwendung einer Masselosigkeit bzw. -unterdeckung aus der Insolvenzmasse freigeben müsse, verweist der Bescheid insoweit lediglich lapidar auf § 3 VI KrW-/AbfG und die Sachherrschaft des Ast. über die gelagerten Abfälle. Das reicht nicht aus. Denn als Abfallbesitzer ist bzw. war der Ast. lediglich einer der potenziell Entsorgungspflichtigen. Unter dem hier vorrangigen Gesichtspunkt der Effektivität (teilweise Gefährlichkeit der Abfälle) kam er mit einer liquiden Insolvenzmasse von seinerzeit 467 Euro (jetzt noch 114,72 Euro) bei geschätzten Entsorgungskosten von 51.000 Euro für eine Heranziehung praktisch weder ganz noch teilweise in Betracht. Der Bescheid schweigt sich trotz Kenntnis dieser Umstände dazu aus, weshalb der Ast. trotz eines absehbaren Leerlaufens der Anordnungen gleichwohl herangezogen wird. [...]

#### *II. Bestehende Verantwortlichkeit des Insolvenzverwalters*

Auch wenn man eine Verantwortlichkeit des Ast. nach § 11 I KrW-/AbfG annehmen würde, besteht diese jedenfalls deshalb nicht (mehr), weil er die in der Entsorgungsverfügung aufgeführten Gegenstände unter dem 3. 4. 2009 aus der Insolvenzmasse freigeben hat. Der Insolvenzverwalter ist grundsätzlich zur Freigabe von Gegenständen aus der Masse berechtigt, sofern sie unverwertbar sind oder ein die Verwertungskosten übersteigender Erlös nicht zu erwarten ist. Das gilt auch für kontaminierte Grundstücke oder als Abfall zu qualifizierende Massegegenstände (Braun/Kroth, Inso, 3. Aufl., § 80 Rdnrn. 27f. m.w. Nachw.). Damit kann der Ast. nicht mehr herangezogen werden, weil er die tatsächliche Gewalt über die Gegenstände aufgegeben hat und damit nicht mehr Abfallbesitzer nach § 3 VI KrW-/AbfG ist (BVerwGE 122, 75 [80] = NVwZ 2004, 1505).

#### *1. Beginn der Verantwortlichkeit mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens*

Der Senat geht dabei davon aus, dass der Ast. mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens nach § 80 I InsO zunächst durchaus das Besitzrecht (und die entsprechende Pflicht) bezüglich der Abfälle erlangt hat und damit als "Zustandsstörer" grundsätzlich auch abfallrechtlich verantwortlich für alle davon ausgehenden Störungen war, ohne dass entgegen der Auffassung des Ast. § 148 InsO ein dies ausschließendes Wahlrecht eröffnete (BVerwGE 122, 75 [79] = NVwZ 2004, 1505 m.w. Nachw.: "Kraft Besitzergreifung ordnungspflichtig").

#### *II. Erlöschen der Verantwortlichkeit mit Freigabe*

Entgegen der Beschlussbegründung des VG hat die Freigabe die - unterstellte - Entsorgungspflicht jedoch nicht fortbestehen lassen.

Dass sie erst nach Erlass der Verfügung vom 26.3.2009 erklärt worden ist, hat insoweit keine Bedeutung, weil maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage ersichtlich erst derjenige der Entscheidung über den Widerspruch ist, die noch nicht getroffen wurde (Freigabe erst nach Erlass des Ausgangsbescheids auch in dem von BVerwGE 122, 75 = NVwZ 2004, 1505 entschiedenen Fall). Dass sich durch die Freigabe an den tatsächlichen Besitzverhältnissen nichts geändert hätte (vgl. zu diesem Ausnahmefall BVerwG, Beschl. v. 5. 10. 2005 - 7 B 65/05), ist nicht ersichtlich, weil Anhaltspunkte für Besitz- oder Verfügungsrechte des Ast. aus anderen Rechtsgründen - nur um eine Zugriffsmöglichkeit ging es auch vorher - nicht vorliegen.

Für einen Fortbestand der Entsorgungspflicht nach der Freigabeerklärung lässt sich auch aus dem Beschluss des Senats vom 7. 1. 1993 (OVG Lüneburg, NJW 1993, 1671) nichts herleiten.

In dem dort entschiedenen Fall hatte der Konkursverwalter den Betrieb erst nach Eröffnung des Konkurses eingestellt. Der Senat hat bei einer derartigen Sachlage das Fortbestehen der Pflicht zur – umfassenden – Verwertung und Beseitigung der Abfälle aus § 5 III Nr. 2 BImSchG abgeleitet und das damit begründet, dass diese Pflicht nicht an das aufgegebenes Eigentum bzw. beim Konkursverwalter an das aufgegebenes Verwaltungs- und Verfügungsrecht an den Reststoffen, sondern an den zunächst von ihm weitergeführten und insoweit nicht ungeschehen zu machenden Betrieb der Anlage anknüpft (ebenso BVerwGE 107, 299 [303] = NJW 1999, 1416; vorgehend OVG Lüneburg, NJW 1998, 398). Diese Situation ist vorliegend aber nicht gegeben, weil der Betrieb der Ziegelei schon vor Insolvenzeröffnung komplett eingestellt war und der Ast. damit nicht in die Betreiberstellung eingerückt ist. Masseverbindlichkeiten als Betreiber konnten durch ihn deshalb nicht mehr begründet werden.

## **2. Teil: Beschluss des VGH Kassel vom 11.09.2009 (8 B 1712/09)**

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

**Ein Insolvenzverwalter ist nach Freigabe von Gegenständen aus der Masse nicht (mehr) zur Gefahrenabwehr verpflichtet, weil es ihm an der Verfügungsgewalt über die Sache mangelt.**

### **Sachverhalt:**

Der Ast. begehrt vorläufigen Rechtsschutz im Hinblick auf eine gegen ihn als Insolvenzverwalter gerichtete Verfügung, mit der ihm verschiedene Maßnahmen zur vorübergehenden Außerbetriebsetzung eines Tanklagers aufgegeben werden.

Mit Beschluss des AG Bad Hersfeld vom 25. 7. 2008 wurde der Ast. zum vorläufigen Insolvenzverwalter

der Firma A-GmbH & Co. KG, vertreten durch die I-Beteiligungs-GmbH, (nachfolgend: Schuldnerin) bestellt. In dem Beschluss wurde angeordnet, dass die für die Schuldnerfirma handelnden Personen nur noch mit Genehmigung des vorläufigen Insolvenzverwalters über Gegenstände des Firmenvermögens verfügen und Forderungen der Firma einziehen dürfen. Die Schuldnerin hatte zahlreiche Tankstellen und Autobahnraststätten im Bundesgebiet betrieben; bei dem durch die Verfügung des Ag. betroffenen Tanklager handelt es sich um eine Einrichtung zur Versorgung der verschiedenen Tankstellen. Das Hauptzollamt G. erließ am 28. und am 30. 7. 2008 ein Verfügungsverbot gegenüber der Schuldnerin über die festgestellten Lagerbestände an Energieerzeugnissen bzw. über künftig eingehende Energieerzeugnisse. In der Zeit vom 15. bis 23. 9. 2008 wurden in Abstimmung mit dem Hauptzollamt G. dem Lager durch die Firma Y Benzin und Dieselkraftstoff entnommen, die unter Eigentumsvorbehalt geliefert worden waren. Das Lager wurde im Übrigen durch Mitarbeiter der Schuldnerin arbeitsmäßig kontrolliert, indem die Schaltzentrale des Tanklagers auf Anzeigen von Leckagen überprüft wurde. Entnahmen oder Zugänge erfolgten nicht. Im Lager war ein Rest von ca. 80 000 Liter Kraftstoff in den so genannten Toträumen der Tanks und im Leitungssystem verblieben.

Mit Beschluss des AG Bad Hersfeld vom 1. 10. 2008 wurde das Insolvenzverfahren eröffnet und der Ast. wurde zum Insolvenzverwalter bestellt. Mit Schreiben vom 22. 10. 2008 gab der Ast. das Tanklager gegenüber den Geschäftsführern der Schuldnerin, den verschiedenen Gesellschaften der I-Beteiligungs-GmbH und den Gesellschaftern der Schuldnerin frei. Die Schlüssel zum Tanklager wurden an X übergeben, Geschäftsführer und Kommanditist der Schuldnerin. X beauftragte mit Einverständnis des Ast. unmittelbar die Mitarbeiter der Schuldnerin mit der Fortführung der Kontrollen. Nachdem dem Ag. bekannt geworden war, dass die Fortführung der täglichen Kontrollen nicht mehr gewährleistet war, da den Mitarbeitern gekündigt werden sollte, erging der hier streitgegenständliche Bescheid des Ag. vom 24. 3. 2009. Die sofortige Vollziehbarkeit des Bescheids ist angeordnet worden. Der Ast. erhob am 3. 4. 2009 Klage gegen diesen Bescheid bei dem VG Kassel und beantragte die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage.

Das VG Kassel lehnte den Antrag mit Beschluss vom 14. 5. 2009, dem Ast. zugestellt am 19. 5. 2009, ab. Dagegen richtete sich die Beschwerde des Ast. vom 27. 5. 2009, bei dem VG Kassel am gleichen Tage eingegangen. Die Beschwerde hatte Erfolg.

### **Aus den Gründen:**

Der Senat hält nach dem derzeitigen Erkenntnisstand

im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes eine Verantwortlichkeit des Ast. als Betreiber des Tanklagers für nicht gegeben.

Das Tanklager ist eine überwachungsbedürftige Anlage i.S. des § 2 VII Nr. 9 des Geräte- und Produktsicherheitsgesetzes (GPSG) und § 1 II Nr. 4c Betriebsicherheitsverordnung, die gem. § 12 I 1 Betriebssicherheitsverordnung nach dem Stand der Technik betrieben werden muss.

#### A. Ermächtigungsgrundlage

Gemäß § 15 I GPSG war der Ag. befugt, im Einzelfall erforderliche Maßnahmen anzuordnen, um Gefahren für Beschäftigte oder Dritte abzuwenden.

#### B. Gefahr

Nicht strittig ist die von dem Tanklager grundsätzlich ausgehende Gefahr durch mögliche Explosionen oder durch Auslaufen von Kraftstoffen.

#### C. Störereigenschaft des Insolvenzverwalters

Strittig ist aber, ob der Ast. als Betreiber des Tanklagers zur Gefahrenabwehr herangezogen werden durfte. Die Verantwortlichkeit zur Gefahrenabwehr ergibt sich mangels spezieller Regelungen des GPSG und der Betriebssicherheitsverordnung aus den Vorschriften des Hessischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (HessSOG).

#### I. Zustandsstörer

Die so genannte Zustandsverantwortlichkeit nach § 7 I HessSOG für den Fall, dass eine Gefahr von einer Sa-

che ausgeht, richtet sich an den Inhaber der tatsächlichen Gewalt. Maßnahmen können gem. § 7 II HessSOG auch gegen den Eigentümer oder eine andere berechtigte Person gerichtet werden. Da der Ast. zum Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung des Ag. am 24. 3. 2009 wegen der Freigabe des Tanklagers nicht mehr Inhaber der tatsächlichen Gewalt war, scheidet eine Inanspruchnahme gem. § 7 I HessSOG aus. Der Ast. konnte auch nicht als Eigentümer oder eine andere berechtigte Person i.S. des § 7 II HessSOG in Anspruch genommen werden. Andere Berechtigte sind die dinglich oder schuldrechtlich Verfügungsberechtigten (Meixner/Fredrich, HessSOG, 9. Aufl., § 7 Rdnr. 11). Ein Verfügungsrecht hatte der Ast. nach Freigabe des Tanklagers jedoch nicht mehr. Der Geschäftsführer X war, wie sich aus seiner eidesstattlichen Versicherung vom 26. 3. 2009 ergibt, allein verfügungsbefugt.

#### II. Verhaltensstörer

Eine Gefahrenabwehrpflicht ergibt sich für den Ast. auch nicht aus § 6 HessSOG wegen der direkten Verursachung einer Gefahr. Zwar kann sich grundsätzlich eine Verhaltensverantwortlichkeit aus dem Betrieb einer Anlage ergeben (BVerwGE 126, 326 = NVwZ 2007, 86), jedoch sind im vorliegenden Fall jedenfalls die Voraussetzungen des "Betriebs" durch den Ast. nicht erfüllt. Für den Betrieb ist nämlich erforderlich, dass der ursprüngliche Betriebszweck fortgesetzt wird (BVerwGE 126, 326 = NVwZ 2007, 86) und dass der Verantwortliche auch verfügungsbefugt ist. An beidem fehlt es hier [wird ausgeführt].

### Standort: Hausrecht

### Problem: Rechtsweg

VG BERLIN, URTEIL VOM 15.03.2010  
34 K 78/09 (NVwZ-RR 2010, 783)

#### Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, welcher Rechtsweg gegen ein vom Leiter eines JobCenters verhängtes Hausverbot zu beschreiten ist. Der Kläger hatte sich zunächst an das Sozialgericht gewendet, dieses hatte den Streit allerdings an das Verwaltungsgericht verwiesen (vgl. § 17a II 1 GVG). Existiert - wie hier - keine ausdrückliche Regelung des Hausverbots, ist die Rechtswegeröffnung (genauer: Das Vorliegen einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit i.S.d. § 40 I 1 VwGO) umstritten:

A. Eine Ansicht stellt auf den Sachzusammenhang ab, in dem die Hausrechtsausübung steht (z.B. OVG Münster, NWVBl 1989, 91). Dies wird in öffentlichen Gebäuden normalerweise die Aufrechterhaltung eines geordneten Dienstbetriebes sein. Man kann das Hausrecht also als Annex zur Sachkompetenz begreifen,

wobei teilweise vertreten wird, dass es sogar zu Gewohnheitsrecht erstarkt ist. Jedenfalls teilt das Hausrecht die öffentlich-rechtliche Rechtsnatur der öffentlich-rechtlichen Einrichtung und des Betriebs derselben. Da JobCenter öffentlich-rechtliche Einrichtungen sind, ist danach der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, wenn für diese ein Hausverbot ausgesprochen wird.

B. Die Gegenansicht stellt allerdings auf das Rechtsverhältnis zwischen Hausrechtsinhaber und dem Adressaten des Hausverbots ab (z.B. BSG, SozR 4-0000). Das Rechtsverhältnis zwischen den JobCentern und den Arbeitssuchenden ist vom SGB II geprägt. Arbeitssuchende betreten JobCenter normalerweise, um Leistungen nach diesem Gesetz in Anspruch zu nehmen und/oder ihren Mitwirkungspflichten zu genügen. Danach wäre der Rechtsweg zu den Sozialgerichten eröffnet. Andere Zwecke ließen sich denken (Lehrbuchbeispiel: Bestände der Zweck des Betretens nur darin, sich aufzuwärmen oder die sanitären Anlagen

zu benutzen, läge eine privatrechtliche Beziehung vor, die ordentlichen Gerichte wären zuständig).

C. Das VG Berlin folgt der ersten Ansicht. Diese überzeugt auch, denn die Ausübung des Hausrechts durch Erteilung eines Hausverbots hat nichts mit der Leistungsgewährung nach dem SGB II zu tun, sondern dient der Störungsbeseitigung und damit der Aufrechterhaltung der Verwaltungstätigkeit. Die Gegenansicht müsste auch die Antwort auf die Frage schuldig bleiben, welcher Rechtsweg nun einschlägig sein soll, wenn mehrfache Benutzungsverhältnisse bestehen (Beispiel: Der Störer wollte im Rathaus einen Antrag stellen *und* sich aufwärmen).

#### **Prüfungsrelevanz:**

Neben der hier erörterten Rechtswegproblematik bereitet das Hausrecht im Examen vor allem deshalb Probleme, weil es vielfach un geregelt ist, und selbst dort, wo Regelungen existieren (z.B. in § 40 II 1 GG oder in den Gemeindeordnungen, vgl. § 51 GO NRW), diese keinen zu prüfenden Tatbestand beinhalten. Die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Ausübung eines Hausverbots - vom VG Berlin in der vorliegenden Entscheidung leider auch nur knapp angerissen - müssen daher auswendig beherrscht werden: Eine Störung des Hausfriedens (1.) durch den Adressaten (2.) die rechtswidrig, d.h. nicht zu dulden ist (3.). Bei dauerhaften Hausverboten kommt eine Wiederholungsgefahr bzw. ein Fortdauern der Störungslage hinzu (4.). In jedem Fall muss das Hausverbot verhältnismäßig ausgeübt werden (5.), wobei es Geschmacksfrage ist, ob man die Verhältnismäßigkeit als Tatbestandsmerkmal oder in der Rechtsfolge prüft, denn ein unverhältnismäßiges Hausverbot wäre in jedem Falle auch ermessensfehlerhaft.

#### **Vertiefungshinweise:**

Zum Hausrecht der öffentlichen Verwaltung: *OVG Münster*, NVwZ-RR 1991, 35; *Mißling*, NdsVBl 2008, 267; *Knemeyer*, VBIBW 1982, 249; *Knemeyer/Ehlers*, DÖV 1977, 737

Rechtsweg gegen Hausverbote: *OVG Münster*, NJW 1998, 1425; *VGH Mannheim*, NJW 1994, 2500; *VG Minden*, RA 1999, 312 = NVwZ-RR 1999, 334; *Ipsen/Koch*, JuS 1992, 809

Hausverbot durch Sozialleistungsträger: *VG Neustadt a.d.W.*, LKRZ 2010, 178; *LSG Rheinland-Pfalz*, NJOZ 2009, 2349 (beide: Verwaltungsrechtsweg); *BSG*, SozR 4-0000 = GesR 2007, 169 (Sozialgerichtsbarkeit); allgemein *Weber*, SGB 2008, 710

Dauerhaftes Hausverbot im Bundestag: *VG Berlin*, RA 2001, 483 = NJW 2002, 1063

Hausverbot wegen ungebührlichen Verhaltens: *VGH München*, NVwZ-RR 2004, 185

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Der Zeitungsreporter"

*Examenskurs*: "Der Pöbel im Rat"

#### **Sachverhalt**

Der in B. lebende Kl. ist seit längerer Zeit arbeitsuchend und wird durch das die Bekl. vertretende Job-Center betreut. Spätestens seit dem Frühjahr 2008 kam es dabei zu Konflikten, die von Bediensteten des Job-Centers in Vermerkform festgehalten wurden: Seitens des Kl. sei es in mehreren Fällen zu verbalen Entgleisungen und Beleidigungen, teilweise auch zu körperlichen Übergriffen gekommen. Der Kl. habe in einem dieser Fälle damit gedroht, bestimmte Bedienstete durch Einsatz von Schusswaffen "alle" oder in sonstiger Weise "kalt" zu machen. Diese habe er teilweise als "Lügnerin und Diebin", teils als "Du Schlampe" abqualifiziert. Bei anderer Gelegenheit darum gebeten, auf dem Flur bestimmte Musik etwas leiser abzuspielen, habe er entgegnet: "Was is? Willst Du was auf die Schnauze, Du Opfer!". Nach späterer Wiederholung der Bitte habe er gedroht: "Ich hau Dir gleich auf die Fresse!" Bezogen auf eine andere Bedienstete habe er geäußert: "Wenn ich sehe, wie die aus dem Regio steigt, reiße ich ihr alle Haare aus und mach' sie kaputt. Ich schwöre es".

Unter dem 16.5.2008 erteilte der Geschäftsführer des JobCenters unter Berufung auf sein Hausrecht dem Kl. unter Anordnung der sofortigen Vollziehung für das dortige Dienstgebäude "zum Schutz meiner Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter und zur Aufrechterhaltung eines geordneten Dienstbetriebs" ein Hausverbot bis zum 14. 5. 2010. Der dagegen gerichtete Widerspruch und Klage des Kl. blieben ohne Erfolg.

#### **Aus den Gründen:**

Die Klage ist zulässig, aber unbegründet. Die angefochtenen Bescheide sind rechtmäßig und verletzen den Kl. nicht in seinen Rechten (vgl. § 113 I 1 VwGO).

#### **A. Zulässigkeit**

##### **I. Verwaltungsrechtsweg**

Der Verwaltungsrechtsweg ist - unabhängig von der Bindungswirkung des Verweisungsbeschlusses des SG Berlin (vgl. § 17a II 3 GVG) - gem. § 40 I 1 VwGO gegeben, weil es sich bei Streitsachen, die für Liegenschaften eines JobCenters bzw. einer so genannten ARGE ausgesprochene Hausverbote betreffen, um öffentlich-rechtliche Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art handelt, die nicht durch Bundesgesetz ausdrücklich einem anderen Gericht zugewiesen sind (vgl. VG Neustadt a.d.W., LKRZ 2010, 178; a.A.: BSG, SozR 4-0000).

Dem öffentlich-rechtlichen Bereich und nicht dem Privatrecht sind behördliche Hausverbote zuzuordnen, wenn sie - wie hier - angeordnet werden, um den störungsfreien Ablauf des Dienstbetriebs und die gedeihliche Abwicklung der Dienstgeschäfte sicherzustellen (vgl. bereits: BezVG Berlin-Zehlendorf, NJW 1950, 395). Dagegen gerichtete Klagen sind ohne Berücksichtigung der Art der betr. Dienstgeschäfte in jedem Fall bei den Verwaltungsgerichten anhängig zu machen; der Rechtsweg zu den Sozial- oder Finanzgerichten ist nicht gegeben (vgl. OVG Münster, NVwZ-RR 1998, 595; Jutzi, LKRZ 2009, 16; im Ergebnis ebenso: OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 9. 4. 2010 - 10 M 81/09; a.A.: BSG, SoZR 4-0000; LSG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 10. 9. 2009 - L 5 KA 38/09 - unter Aufgabe der bisherigen Rspr.; VG Berlin, Beschl. v. 17. 2. 2010 - 33 L 34/10).

### *1. Entscheidend: Sachzusammenhang der Hausrechtsausübung*

Bestimmend für den eröffneten Rechtsweg ist die Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird (vgl. GmS-OGB, NJW 1974, 2087). Danach ist in Streitsachen der vorliegenden Art maßgebend darauf abzustellen, dass sich die behördliche Anordnung eines Hausverbots als Betätigung bzw. Ausübung des (allgemeinen) Hausrechts oder der (allgemeinen) Ordnungsgewalt durch den jeweiligen Behördenleiter - hier des Geschäftsführers des JobCenters (vgl. § 44b II SGB II) - und nicht als eine einem (konkreten) Verwaltungsverfahren - hier der Leistungsgewährung nach dem SGB II - zuzuordnende Verfahrenshandlung darstellt (vgl. OVG Münster, NVwZ-RR 1991, 35; Ronellenfisch, VerwArch 1973, 465 [477] - zum Hausrecht der Behörden; a.A.: BSG a.a.O.). [...]

### *2. Irrelevant: Betretungszweck*

Offen bleiben kann danach ferner, ob und inwieweit die Vorfälle, die Anlass zur Verhängung des angefochtenen Hausverbots waren und die teilweise das Auftreten des Kl. in der Eingangszone "während der Anliegensklärung" oder sein Verhalten als Begleiter einer in eigener Sache vorsprechenden Freundin betrafen, überhaupt einem seinerzeit laufenden, d.h. noch nicht durch Bescheiderteilung abgeschlossenen Verwaltungsverfahren zuzuordnen waren oder ob insoweit darauf abgestellt werden kann, dass zwischen dem Leistungsempfänger und dem JobCenter jedenfalls für den Bewilligungszeitraum durch den Leistungsbescheid ein "Dauerverwaltungsrechtsverhältnis" begründet wird (vgl. BSG, a.a.O.).

### *II. Allg. Rechtsschutzinteresse*

Der Zulässigkeit der Klage steht schließlich auch nicht entgegen, dass der Kl. hinsichtlich der Anordnung der

sofortigen Vollziehung des Hausverbotsbescheids um vorläufigen Rechtsschutz nicht nachgesucht hat. Dieser Umstand allein rechtfertigt nicht die Annahme, dass der Kl. an der Wiedererlangung des Zutrittsrechts zum Gebäude des Jobcenters tatsächlich nicht ernsthaft interessiert ist.

### *B. Begründetheit*

Die somit zulässige Klage ist unbegründet, weil das JobCenter befugt ist, gegen Störungen des Dienstbetriebs mit dem Mittel des Hausverbots vorzugehen, und weil nicht festgestellt werden kann, dass das JobCenter von dieser Befugnis im vorliegenden Fall in rechtswidriger Weise Gebrauch gemacht hat.

### *I. Ermächtigungsgrundlage*

Betreffend das Hausrecht und die Ordnungsgewalt in öffentlichen Gebäuden und die Befugnis, gegen Störer das Mittel des Hausverbots einzusetzen, bestehen nur in wenigen Bereichen ausdrückliche gesetzliche Regelungen. Das Hausrecht wird dabei üblicherweise in dem Sinne verstanden, dass es sich gegen ungebetene Besucher und andere Außenstehende richtet, während der Ordnungsgewalt diejenigen Personen unterliegen, denen zum Zwecke einer Antragstellung oder auf Grund einer Vorladung grundsätzlich der Zutritt zu dem jeweiligen Behördengebäude gestattet ist (vgl. Knemeyer/Ehlers, DÖV 1977, 737 - zum Gesetzesvorbehalt und Hausrecht der Verwaltungsbehörden). Teilweise wird der Begriff des Hausrechts - ohne praktische Auswirkungen auf die Rechtsfolgen - allerdings auch in einem weiteren, den Bereich der Ordnungsgewalt mitumfassenden Sinne gebraucht (vgl. OVG Münster, NVwZ-RR 1991, 35 m.w. Nachw.).

### *1. Gesetzliche Regelungen*

Das Hausrecht und die Ordnungsgewalt im Bundestag übt nach Art. 40 II 1 des Grundgesetzes der Bundespräsident (sic! Richtig: Der Bundestagspräsident, Anm.d.Red.) aus. Entsprechende Regelungen finden sich u.a. hinsichtlich des Abgeordnetenhauses in Art. 41 IV 1 BerlVerf. und hinsichtlich universitärer Liegenschaften zu Gunsten des Leiters oder der Leiterin der Hochschule in § 56 II BerlHochschG.

### *2. Gewohnheitsrecht / Annexkompetenz*

Aber auch darüber hinaus - d.h. bei nicht ausdrücklicher Regelung - verfügt nach ganz überwiegender Auffassung, der das Gericht folgt und auf die der angegriffene Widerspruchsbescheid vom 14.7.2008 zutreffend gestützt ist, in öffentlichen Gebäuden der jeweilige Behördenleiter - oder der Präsident eines Gerichts (vgl. OVG Schleswig, DÖV 1993, 963) - über das Hausrecht und die Ordnungsgewalt und verbunden damit über die Befugnis, gegen Störer im Wege des Hausverbots vorzugehen (vgl. OVG Münster, DÖV

1990, 979 m.w.N.; Ronellenfitsch/Maurer, Allgemeines VerwaltungsR, § 3 Rdnr. 34 m.w. Nachw.). Ob insoweit gewohnheitsrechtliche Grundsätze heranzuziehen sind (vgl. Mißling, NdsVBl 2008, 267 - zum Hausverbot in öffentlichen Gebäuden) oder auf eine mit der Behördenfunktion einhergehende Annexkompetenz abzustellen ist (vgl. OVG Münster, NVwZ-RR 1991, 35), bedarf mangels praktischer Relevanz an dieser Stelle keiner Vertiefung.

## II. Tatbestand

Ausgehend von diesen Maßstäben erweist sich die Entscheidung des Geschäftsführers des JobCenters, gegen den Kl. ein Hausverbot zu verhängen, als rechtmäßig.

Dies folgt insbesondere daraus, dass der Kl. auch in der mündlichen Verhandlung die gegen ihn erhobenen Vorwürfe nicht ausdrücklich bestritten, sondern sich lediglich darauf berufen hat, er neige (nur) dann zu solchen Reaktionen, wenn er in Behörden schlecht behandelt werde. Zur Begründung im Übrigen nimmt das Gericht - diesen folgend - gem. § 117 V VwGO Bezug auf die zutreffenden Darstellungen und Bewer-

tungen in dem angefochtenen Widerspruchsbescheid vom 14. 7. 2008.

## III. Rechtsfolge

Die Frist, für die das Hausverbot Geltung beansprucht, ist ebenfalls nicht zu beanstanden. Das auf zwei Jahre angelegte Hausverbot bewegt sich zwar an der Obergrenze der nach den Erfahrungen der Kammer aus anderen Verfahren in Hausverbotsbescheiden Berliner JobCenter ansonsten anzutreffenden Fristbestimmungen. Auf der anderen Seite sind jedoch die Schwere der Vorwürfe sowie die Regelungen in dem angefochtenen Bescheid zu berücksichtigen, nach denen für den Kl. im Falle berechtigter Anliegen und bei Einhaltung bestimmter Vorgaben persönliche Vorsprachen im JobCenter nach wie vor möglich bleiben. Deswegen stellt sich die hier angeordnete Dauer des Hausrechts nicht als unverhältnismäßig dar.

Das Auftreten des Kl. in der mündlichen Verhandlung, in der er die Abläufe in dem ihn betreuenden JobCenter mehrfach als organisiertes Verbrechen eingestuft hat, bedarf danach keiner weiteren Betrachtung und Bewertung mehr.

## Standort: Kommunalrecht / Zulassung zu Volksfest

## Problem: Organkompetenz

OVG SAARLOUIS, BESCHLUSS VOM 14.09.2010  
3 B 268/10 (NVwZ-RR 2010, 972)

### Problemdarstellung:

Im vorliegenden Beschluss des OVG Saarlouis ging es um die Frage, welches Gemeindeorgan - Bürgermeister oder Rat - darüber zu entscheiden hat, welche Besucher zu einer Kirmes zugelassen werden.

A. Zum Hintergrund: Bei Kapazitätserschöpfung wandeln sich bekanntlich die eigentlich gebundenen Zugangsansprüche aus § 70 I GewO (bei festgesetzten Veranstaltungen) bzw. aus den Gemeindeordnungen der Länder (für Einwohner bei nicht festgesetzten Veranstaltungen, z.B. aus § 8 II GO NRW) in einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Auswahl unter den Bewerbern um. Wenn - wie hier - weder eine festgesetzte Veranstaltung vorliegt, noch der Antragsteller Einwohner ist, besteht ohnehin nur ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung, den das OVG Saarlouis übrigens aus dem "allgemeinen Anstaltsrecht" herleitet (was immer dies bedeuten mag; richtig ist, dass die Grundrechte der Schausteller, vor allem Art. 3 I und 12 I GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 III GG einen Anspruch auf willkürfreie - und damit auch ermessensfehlerfrei - Auswahlentscheidung vermitteln).

B. Fraglich war nun, wer diesen Anspruch zu erfüllen hat. Hält man die Auswahlentscheidung für ein "Geschäft der laufenden Verwaltung", wäre der Bürger-

meister zuständig. Ansonsten griffe die Allzuständigkeit des Rates ein. Das OVG entschied, dass der Rat (oder ein von ihm beauftragter Ausschuss) stets die Vergabekriterien festlegen müsse, nach denen die Auswahl erfolge, z.B. in Form einer Satzung oder ermessenslenkender Richtlinien. Nur die Anwendung dieser Vorgaben könne ein Geschäft der laufenden Verwaltung sein, welches dem Bürgermeister obliege. Es ist m.a.W. Sache des Rates zu entscheiden, ob bspw. nach Rotation, Losverfahren oder Priorität verfahren werden soll. Sache des Bürgermeisters ist es dann (nur noch), das Losverfahren durchzuführen, die Priorität festzustellen usw.

Darüber hinaus stellt das OVG klar, dass ein Zugangsanspruch nicht etwa erlischt, weil der einzig freie Platz bereits an einen Mitbewerber vergeben worden ist. Vielmehr sei es Sache der Verwaltung, diese Vergabe ggf. rückgängig zu machen, z.B. durch Rücknahme des Vergabebescheids (§ 48 VwVfG) oder durch geeignete Vorkehrungen in Verträgen (z.B. Rücktrittsklauseln). Eine "Ämterstabilität" wie im Beamtenrecht gibt es insoweit also nicht.

### Prüfungsrelevanz:

Wenn - wie hier - der Bürgermeister unzuständigerweise die Vergabekriterien selbst festgelegt und danach entschieden hat, ist seine Auswahlentscheidung rechtswidrig. Das bedeutet, dass der Anspruch des abgelehnten Bewerbers auf ermessensfehlerfreie Aus-

wahl gegen das zuständige Organ fortbesteht und ggf. eingeklagt werden kann (i.d.R. mittels Verpflichtungsklage nach § 42 I 2. Fall VwGO, wobei es in praxi vielfach auf vorläufigen Rechtsschutz nach § 123 I VwGO hinauslaufen wird).

Aufbautechnisch ist nach Feststellung, dass grds. ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung besteht, danach zu fragen, ob dieser untergegangen (erfüllt) sein könnte, indem der Antragsteller einen ablehnenden Bescheid erhalten hat. Ein solcher kann aber nur zur Erfüllung des Anspruchs geführt haben, wenn die Ermessensentscheidung a) vom zuständigen Organ getroffen wurde und b) dieses keine Ermessensfehler begangen hat.

Auch die bereits erfolgte Vergabe an einen Mitbewerber wäre als Erlöschensgrund zu diskutieren (und zu verneinen).

#### **Vertiefungshinweise:**

Organkompetenz für Zulassungsentscheidungen: *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 1992, 90; *VGH München*, RA 2003, 732 = NVwZ-RR 2003, 771

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

Vergabe allein nach Straßen- und Wegerecht durch Sondernutzungserlaubnisse: *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 2001, 159

Kein Untergang des Zulassungsanspruchs durch Vergabe an Dritte: *BVerfG*, NJW 2002, 3691

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Kein Platz auf der Kirmes"

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

**Zur Frage der Verteilung der Organkompetenz zwischen Bürgermeister und Rat einer Gemeinde bezüglich der Auswahl unter mehreren Bewerbern für die Zulassung zu einer öffentlichen Einrichtung (hier: Standplatz auf einer Kirmes).**

#### **Sachverhalt:**

Das VG hat den Antrag der Ast., der Ag. im Wege der einstweiligen Anordnung aufzugeben, "über die Bewerbung der Ast. unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts innerhalb von drei Tagen erneut zu entscheiden", zurückgewiesen. Die hiergegen eingelegte Beschwerde hatte Erfolg.

#### **Aus den Gründen:**

##### *A. Anordnungsgrund*

Der im Verfahren der einstweiligen Anordnung nach § 123 I VwGO für die nur ausnahmsweise zulässige

Vorwegnahme der Hauptsacheentscheidung erforderliche qualifizierte Anordnungsgrund liegt hier darin, dass die Zulassung u.a. zu Kirmesveranstaltungen Grundlage der beruflichen Betätigung der Ast. als Schaustellerin ist und das beim VG anhängige Klageverfahren (11 K 723/10) für die Gewährung effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 IV GG) zu spät käme.

##### *B. Anordnungsanspruch*

Des Weiteren steht der Ast. nach dem Ergebnis der gerichtlichen Nachprüfung im vorliegenden Beschwerdeverfahren, welche auf eine summarische Prüfung der Sach- und Rechtslage begrenzt ist, der von ihr geltend gemachte Anordnungsanspruch zu. Die Entscheidung der Ag. erweist sich bereits deshalb als rechtswidrig bzw. ermessensfehlerhaft, weil allein der Bürgermeister in eigener Verantwortung über die Bewerbung der Ast. befunden hat, obwohl in der gegebenen Situation die notwendige Auswahlentscheidung vom Gemeinderat zu treffen gewesen wäre. Aus diesem Grunde hat die Ast. Anspruch darauf, dass der Gemeinderat (erstmalig) über die Vergabe des Standplatzes unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts beschließt und ihr Antrag dementsprechend anschließend neu beschieden wird. Folgende Erwägungen sind hierfür maßgebend:

##### *I. Anspruchsgrundlage*

Wie im angefochtenen Beschluss zunächst zutreffend ausgeführt, kommt mangels Festsetzung der Kirmes in F. nach den §§ 60b II, 69 GewO als Rechtsgrundlage für einen Anspruch der Ast. auf Zulassung ihres Fahrgeschäfts § 70 I GewO nicht in Betracht. Ferner kann der Anspruch nicht auf § 19 SaarlKSVG gestützt werden, weil die Ast. entgegen den Voraussetzungen dieser Vorschrift weder Einwohnerin der Gemeinde X. ist (§ 19 I SaarlKSVG) noch dort ihr Schaustellergewerbe unterhält (§ 19 II SaarlKSVG). Für das Benutzungsrecht der Ast., die sich als auswärtige Teilnehmerin beworben hat, ist somit wie bei ihrem ebenfalls auswärtigen Mitbewerber auf das allgemeine Anstaltsrecht zurückzugreifen. Auf dessen Grundlage können bei entsprechender – hier anzunehmender – zumindest konkludenter Widmung der Kirmes (gleichrangige) Zulassungsansprüche ortsfremder Schausteller bestehen. Dem einzelnen Bewerber steht indes weder ein Recht auf räumliche Ausdehnung des Geländes noch auf Änderung des im Ermessen der veranstaltenden Gemeinde liegenden Konzepts für das Volksfest/die Kirmes zu. Überschreitet die Anzahl der Bewerber die Zahl der nach der räumlichen Kapazität des Festgeländes möglichen oder nach den Vorstellungen über die Ausgestaltung des Festes und die Zusammenstellung des Angebots in einer bestimmten Sparte von Attraktionen vorgesehenen Standplätze, so obliegt es der veranstaltenden Gemeinde, eine entsprechende Aus-



wahl zu treffen, die sich in Ausübung pflichtgemäßen Ermessens nach sachlichen Gesichtspunkten zu richten und den Gleichheitssatz (Art. 3 GG) zu berücksichtigen hat (OVG Saarlouis, Beschl. v. 26. 4. 1989 – 2 W 12/89; v. 29. 7. 1988 – 2 W 379/88).

## II. Anspruch erloschen?

### 1. Durch ermessensfehlerfreie Ablehnung des Antragstellers

Zuständig für diese Auswahlentscheidung ist entgegen der Ansicht des VG indes nicht der Bürgermeister der Ag., welcher hier in alleiniger Verantwortung gehandelt hat, sondern deren Gemeinderat als hierfür zuständiges Organ.

#### a. Grundsatz: Allzuständigkeit des Rates

Hinsichtlich der Organzuständigkeit unterscheidet das KSVG zwischen der umfassenden Zuständigkeit des Gemeinderates für alle Selbstverwaltungsangelegenheiten der Gemeinde (§ 34 S. 1 Halbs. 1 SaarlKSVG) und den dem Gemeinderat vorbehaltenen bzw. nicht übertragbaren Aufgaben (§ 35 SaarlKSVG) einerseits sowie andererseits den Angelegenheiten, deren Wahrnehmung der Bürgermeisterin oder dem Bürgermeister, einem Ausschuss, dem Bezirksrat oder einem Ortsrat übertragen sind (§ 34 S. 1 Halbs. 2 SaarlKSVG). Ferner erledigt die Bürgermeisterin oder der Bürgermeister die Geschäfte der laufenden Verwaltung (§ 59 III 1 SaarlKSVG).

#### b. Keine Übertragung auf den Bürgermeister

Die vorliegend vorzunehmende Auswahl zwischen (mindestens) zwei Mitbewerbern um den einzigen zur Verfügung stehenden Standplatz für ein Fahrgeschäft der betreffenden Art auf dem Festplatz der Gemeinde ist unstreitig nicht vom Gemeinderat auf ein anderes Organ der Gemeinde delegiert worden.

#### c. Kein Geschäft der laufenden Verwaltung

Zudem liegt insoweit auch kein Geschäft der laufenden Verwaltung vor, für welches der Bürgermeister allein zuständig ist.

#### a. Definition

Geschäfte der laufenden Verwaltung i.S. des § 59 III 1 SaarlKSVG sind solche, die mit mehr oder weniger regelmäßiger Wiederkehr vorkommen und zugleich nach Größe, Umfang der Verwaltungstätigkeit und Finanzkraft der bet. Gemeinde von sachlich weniger erheblicher, insbesondere nicht grundsätzlicher Bedeutung sind und bei welchen kein nennenswerter Gestaltungsfreiraum besteht (vgl. Lehne/ Weirich/Gros, SaarlKommunalR, Stand: Jan. 2010, § 59 Rdnr. 3.1; ferner: OVG Saarlouis, BeckRS 2005, 30968).

#### b. Subsumtion

Im Laufe des vorliegenden Verfahrens hat die Ag. selbst zum Ausdruck gebracht, dass die Aufrechterhaltung der Attraktivität ihrer Kirmes für sie von durchaus erheblicher Bedeutung ist, so dass mit Blick darauf auch der Auswahl zwischen der Ast. und ihrem Mitbewerber erkennbar eine Relevanz zukommt, die über die durch § 59 III 1 SaarlKSVG erfassten Routinegeschäfte der Verwaltung hinausgeht.

Des Weiteren besteht bei der zu treffenden Auswahlentscheidung ein weitgehender Spielraum dahingehend, welche Kriterien (etwa: Attraktivität des Fahrgeschäfts, Zuverlässigkeit bzw. Bewährung des Schaustellers) mit welcher Gewichtung zum Tragen kommen sollen. Aus diesem Grunde kann die Auswahl zwischen Mitbewerbern für einen Standplatz nur dann ein Geschäft der laufenden Verwaltung darstellen, wenn der Gemeinderat oder ein von ihm beauftragter Ausschuss in Form einer Satzung oder ermessenslenkender Richtlinien die Vergabekriterien festgelegt und die nach Maßgabe dieser Kriterien im Einzelfall zu treffende Entscheidung über die Vergabe der Verwaltung bzw. der Bürgermeisterin oder dem Bürgermeister überlässt (vgl. VG Neustadt a.d.W., Ur. v. 23. 5. 2003 – 7 K 1661/02), welche darüber hinaus die Grundrechtsrelevanz der Entscheidung (Berufsausübungsfreiheit der Schausteller) gegen die Annahme eines Geschäfts der laufenden Verwaltung anführen.

Auch eine solche Festlegung von Vergabekriterien durch den Gemeinderat ist im vorliegenden Falle nicht erfolgt. [...] Bei der vorliegend zu treffenden Entscheidung über die Vergabe des Standplatzes auf der Kirmes in X. handelt es sich demzufolge nicht um ein Geschäft der laufenden Verwaltung, sondern um eine Aufgabe, die nach der oben dargestellten grundsätzlichen Aufgabenverteilung nach dem SaarlKSVG vom Gemeinderat wahrzunehmen ist (§ 34 SaarlKSVG).

#### 2. Durch Vergabe an Mitbewerber

Ferner greift die Ast. zu Recht die Feststellung des VG an, ihr Begehren scheitere schon an mangelnder Kapazität, weil ein Anspruch auf Rückgängigmachung der vorgenommenen Auswahl nicht bestehe. Einem Anspruch der Ast. steht zunächst nicht der im ablehnenden Bescheid genannte Grund entgegen, wonach die Ag. bereits im Jahr 2006 die Standplätze für Fahrgeschäfte neu vergeben und dabei insbesondere dem Mitbewerber der Ast. für fünf Jahre (d.h. bis 2011) eine entsprechende Zusage erteilt hat. Diese Zusage ist nämlich rechtswidrig, weil sie ebenfalls – unstreitig – ohne vorherige Beschlussfassung oder sonstige inhaltliche Vorgaben seitens des Gemeinderates ausgesprochen worden ist und sie darüber hinaus hinsichtlich der Dauer der Bindung an diesen Schausteller den Grundsatz der Marktfreiheit verletzt. Dieser Grundsatz gebietet selbst bei kleineren Volksfesten oder Kirmes-

veranstaltungen, dass Neubewerber um die Teilnahme innerhalb eines überschaubaren Zeitraums bzw. zeitlichen Turnus eine Zulassungschance erhalten, wobei ein Zeitraum von fünf Jahren insoweit zu lang gewählt ist (vgl. BVerwG, NVwZ 1984, 585; OVG Lüneburg, NJW 2003, 531; OVG Münster, NVwZ-RR 1991, 551).

Es trifft auch nicht zu, dass diese rechtswidrige, weil mit einer zu langen Bindungsfrist versehene Auswahlentscheidung zu Gunsten ihres Mitbewerbers nicht mehr rückgängig gemacht werden könnte. Denn dies liefe darauf hinaus, in Fällen der vorliegenden Art einstweiligen Rechtsschutz auszuschließen. Das Gebot effektiven Primärrechtsschutzes i.S. des Art. 19 IV GG verbietet es, die Ast. bei Erschöpfung der Platzkapazität auf eine inhaltliche Kontrolle der Entscheidung der Ag. etwa im Verfahren einer Fortsetzungsfeststellungsklage oder im Rahmen eines Schadensersatzprozesses wegen eines Amtshaftungsanspruchs zu beschränken. Vielmehr gebietet Art. 19 IV GG i.V. mit dem durch Art. 12 I GG geschützten Recht der Ast. auf Ausübung ihres Berufes als Schaustellerin bzw. auf Teilnahme an einer korrekten Bewerberauswahl, eine Verpflichtung des Anbieters zur Neubescheidung auszusprechen, wenn die Auswahlentscheidung ermessensfehlerhaft getroffen worden ist und – wie hier – das diesbezügliche Ermessen für eine Entscheidung zu ihren Gunsten nicht auf Null reduziert ist (BVerfG, NJW 2002, 3691 = NVwZ 2003, 729 L).

Es ist dann die im Einzelnen vom Gericht nicht zu regelnde Sache der Ag., diese Verpflichtung umzuset-

zen. Sowohl das öffentliche Recht wie das Privatrecht halten mit Widerruf und Rücknahme oder der Möglichkeit der Kündigung – gegebenenfalls gegen Schadensersatz für den rechtswidrig bevorzugten Marktbeschicker – Vorkehrungen für den Fall bereit, dass die öffentliche Hand eine zunächst gewährte Rechtsposition entziehen muss. Die Bescheidung von erfolgreichen Mitbewerbern oder der Abschluss von Mietverträgen mit ihnen ist demnach weder ein rechtliches noch ein faktisches Hindernis, das die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes für einen zu Unrecht übergangenen Ast. unmöglich macht. Die Marktanbieter haben es in der Hand, durch entsprechende Widerrufsvorbehalte oder die Vereinbarung entsprechender Kündigungsklauseln für diese Fälle vorzusorgen (so: BVerfG, NJW 2002, 3691 = NVwZ 2003, 729 L).

### III. Ergebnis

Der Gemeinderat der Ag. wird somit über die Vergabe des auf ihrem Festplatz einzig vorhandenen Standplatzes für einen Auto-Scooter an die Ast. oder ihren Mitbewerber nach Maßgabe des Gleichheitsgrundsatzes, des Willkürverbots und den sich aus dem Grundsatz der Marktfreiheit ergebenden Schranken zu befinden haben. Im Rahmen des insoweit eröffneten Ermessens hat er insbesondere darüber zu entscheiden, welches Kriterium im konkreten Einzelfall (Attraktivität des Fahrgeschäfts, Vielfalt und Qualität des Angebots, Größe des Geschäfts, Bekanntheit und Bewährung, Zugangschancen beider Bewerber) den Ausschlag geben soll.

## Standort: § 81 VwGO

## Problem: Klageerhebung per E-Mail

VG MINDEN, BESCHLUSS VOM 17.06.2010  
12 L 212/10 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

BFH, URTEIL VOM 22.6.2010

VIII R 38/08 (MMR 2010, 866)

### Problemdarstellung:

Nachstehend sind zwei Entscheidungen abgedruckt, die sich zur Frage der wirksamen Klageerhebung per E-Mail verhalten. Das VG Minden hält eine E-Mail mit PDF-Anhang, in dem sich eine eingescannte Klageschrift (mit eingescannter Unterschrift) befindet, für nicht formgerecht i.S.d. § 81 VwGO und damit für nicht fristwährend. Der BFH entschied seinen Fall zum gleichlautenden § 64 I FGO genau gegenteilig, wobei die Sachverhalte vergleichbar sind, wenn auch der Fall des BFH etwas komplizierter gelagert war: Dort hatte der Kläger die Klageschrift durch einen Anwalt erstellen lassen. Dieser hatte die Klageschrift samt Unterschrift eingescannt und per E-Mail an einen Mitarbeiter geschickt, verbunden mit der Aufforde-

rung, die Klageschrift auszudrucken und an das Gericht zu faxen. Dieser Aufforderung kam der Mitarbeiter nach.

Eigentlich hätte das Problem "Klage mit eingescannter Unterschrift" seit dem Jahr 2000 erledigt sein sollen, denn damals entschied der gemeinsame Senat der obersten Bundesgerichte (GmS-OBG) auf einen Vorlagebeschluss des BGH hin (BGH, RA 1999, 15 = NJW 1998, 3649), dass ein Telefax aus dem Computer mit eingescannter Unterschrift die Schriftform wahre (GmS-OBG, RA 2000, 607 = NJW 2000, 2340). Jedoch verhielt sich diese Entscheidung eben nur zu einem Computerfax, nicht zu einer E-Mail. Daher verblieb insoweit eine Rechtsunsicherheit, die zu zahllosen sich widersprechenden Entscheidungen geführt hat (vgl. nur die Fundstellen in den nachstehenden Urteilsgründen des BFH sowie die Vertiefungshinweise). Klarheit könnte wohl nur eine erneute Entscheidung des GmS-OBG bringen. Diese wäre dringend vonnöten, zumal der BFH mit seinem Urteil von der ausdrücklichen Gegenauffassung des BGH (NJW

2006, 3784) inhaltlich abgewichen ist, ohne freilich zur erneuten Vorlage an den GmS-OBG verpflichtet zu sein, weil sich die Sachverhalte geringfügig unterscheiden.

### **Prüfungsrelevanz:**

Angesichts dieser chaotischen Zustände in der Rspr. kann nur jedermann eindringlich davor gewarnt werden, bestimmende Schriftsätze ohne eigenhändige Unterschrift zu übermitteln. Auf der sicheren Seite ist man diesbezüglich nur bei herkömmlichem Telefax (§ 130 Nr. 6 ZPO) und - soweit vorgesehen - bei elektronischer Übermittlung mit qualifizierter elektronischer Signatur nach dem SignaturG (vgl. z.B. § 55a VwGO). Für Prüfungsaufgaben gilt Folgendes: Die Schriftform hat zwei Funktionen, Warn- und Beweisfunktion. Dies betonen auch BFH und VG Minden in ihren Entscheidungen. Sollten diese beiden Funktionen nach einer Gesamtschau aller Umstände gewahrt sein, ist im Zweifel auch die Schriftform gewahrt, ohne dass an dem historischen Erfordernis einer eigenhändigen Unterschrift festzuhalten ist. In diesem Sinne hat auch der GmS-OBG zum Computerfax entschieden. Der Verfasser eines Gutachtens im Examen ist also gut beraten, bei einer Klageübermittlung per E-Mail die Frage aufzuwerfen, ob diese formwirksam ist, sodann die beiden Funktionen der Schriftform zu benennen und dann für den Einzelfall zu subsumieren, ob sie erfüllt sind oder nicht.

Tendenziell dürfte bei einer E-Mail allerdings Vorsicht geboten sein: Diese ist schnell getippt, eine Warnfunktion gegenüber dem Verfasser erfüllt sie kaum. Die Beweisfunktion wird sich schon eher wahren lassen, schließlich können auch der Inhalt, die Absender-Adresse, die eingescannte Unterschrift u.v.m. deutliche Anhaltspunkte für eine Authentizität des Schriftsatzes bilden.

Zum Gutachtenaufbau: Die Frage nach der Schriftform wird sich häufig schon bei der Klagefrist stellen, denn nur eine formgerechte Klageschrift wahrt die Frist (siehe explizit die Entscheidungsgründe des VG Minden). Ist die Klage nicht fristgebunden (z.B. Leistungs- oder Feststellungsklage in der VwGO), so ist das Problem unter einem eigenen Prüfungspunkt "Form" zu erörtern.

### **Vertiefungshinweise:**

Zulässigkeit des Computerfaxes mit eingescannter Unterschrift: *GS-OBG*, RA 2000, 607 = NJW 2000, 2340; *BGH*, RA 1999, 15 = NJW 1998, 3649; *BSG*, NJW 1997, 1254; *OLG München*, NJW 2003, 3429; *Düwell*, NJW 2000, 3334; *Schwachheim*, NJW 1999, 621

Unzulässigkeit des Computerfaxes ohne einge-

scannte Unterschrift: *BVerwG*, RA 2006, 649 = NJW 2006, 1989

E-Mail und Schriftform: *OVG Lüneburg*, RA 2005, 327 = NVwZ 2005, 470; *VGH Kassel*, NVwZ-RR 2006, 377, 378; *VG Sigmaringen*, VBIBW 2005, 154

### **Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Die Waffenbesitzkarte"

## **1. Teil: Beschluss des VG Minden vom 17.06.2010 (12 L 212/10)**

### **Leitsatz:**

**Die per E-Mail erfolgte Übersendung einer Klageschrift mit eingescannter Unterschrift stellt keine wirksame Klageerhebung dar und wahrt somit auch nicht die Klagefrist.**

### **Sachverhalt:**

Mit Bescheid vom 22. März 2010 zog der Antragsgegner den Antragsteller für die Untersagung des Fahrzeugbetriebs zur Zahlung von Gebühren und Auslagen in Höhe von 18,75 € heran. Diesen Bescheid erhielt der Antragsteller am 26. März 2010. Er übersandte dem Verwaltungsgericht am 26. April 2010 im Anhang einer E-Mail eine Klageschrift mit eingescannter Unterschrift im PDF-Format. Die eigenhändig unterschriebene Klageschrift ging am 29. April 2010 bei Gericht ein. Der zeitgleich gestellte Antrag, die aufschiebende Wirkung seiner Klage anzuordnen, blieb ohne Erfolg.

### **Aus den Gründen:**

Die vom Antragsteller erhobene Klage ist bereits unzulässig. Die für die Erhebung der Klage gemäß § 74 Abs. 1 Satz 2 VwGO einzuhaltende Frist von einem Monat nach Bekanntgabe des Gebührenbescheides ist nicht gewahrt.

#### **A. Fristberechnung**

Die mit einer fehlerfreien Rechtsmittelbelehrung versehene Verfügung des Antragsgegners vom 22. März 2010 ist dem Antragsteller nach seinen eigenen Angaben am 26. März 2010 bekannt gegeben worden, so dass die Klagefrist mit dem Ende des 26. April 2010 ablief (vgl. § 57 Abs. 1 und 2 VwGO i. V. m. § 222 Abs. 1 ZPO und den §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB).

#### **B. Fristwahrung**

##### **I. Klageerhebung am 29. April ist ordnungsgemäß, wäre aber verfristet**

Der Antragsteller hat hingegen erst am 29. April 2010 wirksam Klage erhoben. Denn erst an diesem Tag ist seine von ihm unterschriebene und damit dem Schrift-

formerfordernis des § 81 Abs. 1 Satz 1 VwGO genügende Klageschrift beim Verwaltungsgericht Minden eingegangen.

### *II. Klageerhebung am 26. April wäre fristgemäß, ist aber nicht ordnungsgemäß*

Die am 26. April 2010 und damit am letzten Tag der Frist erfolgte Übersendung der lediglich eine eingescannte Unterschrift tragenden Klageschrift per E-Mail genügte zur Fristwahrung nicht. Denn die einmonatige Klagefrist ist unter Anderem nur gewahrt, wenn auch die Mindestanforderung des § 81 Abs. 1 VwGO, wonach die Klage schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle zu erheben ist, beachtet wurden (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, 16. Auflage, München 2009, § 81 Rn. 2 und 8).

#### *1. Schriftform i.S.d. § 81 VwGO*

Bei der Auslegung und Anwendung des Begriffs der Schriftlichkeit in § 81 I 1 VwGO ist von den Grundsätzen der Authentizität und der Rechtsklarheit auszugehen. Diesen Grundsätzen wird entsprochen, wenn Urheber und Inhalt der rechtsgestaltenden Erklärung einwandfrei feststehen und ausgeschlossen werden kann, dass es sich dabei lediglich um einen Entwurf handelt. Von der ernsthaften und authentischen Einlegung des Rechtsbehelfs ist grundsätzlich auszugehen, wenn der Kläger die Klageschrift eigenhändig unterschrieben hat, so dass ihm das Schriftstück zuverlässig und zweifelsfrei zugeordnet werden kann. Die in der Rechtsprechung anerkannten Ausnahmen (Einlegung der Klage durch Fernschreiben, Telegramm oder Telefax) sind dadurch gekennzeichnet, dass die Identität des Absenders aufgrund der auf seine Veranlassung beim Empfänger erstellten Urkunde eindeutig bestimmt ist, auch wenn das empfangene Dokument wegen der Art der Übertragung keine Originalunterschrift aufweist (vgl. VGH Kassel, NVwZ-RR 2006, 377).

Die E-Mail vom 26. April 2010 genügt diesen Maßstäben nicht. Ihr lässt sich nicht mit der gebotenen Sicherheit entnehmen, ob sie vollständig und richtig ist, und ob sie tatsächlich von dem in ihr angegebenen Urheber stammt (vgl. VGH Kassel, NVwZ-RR 2006, 377 (378)).

Dem Schriftformerfordernis wird nicht dadurch genügt, dass die im Anhang der E-Mail befindliche Klageschrift eine eingescannte Unterschrift aufweist. Mangels einer in ihr selbst zum Ausdruck kommenden Schreibbewegung stellt sie keine eigenhändige Unterschrift dar und lässt daher keinen sicheren Rückschluss auf die Urheberschaft zu (vgl. vertiefend: Unruh, Bankenaufsicht im Bereich elektronischer Zahlungsmöglichkeiten, Münster 2004, S. 47).

#### *2. Surrogate*

Die elektronische Übermittlung per E-Mail ist auch nicht aufgrund anderer Rechtsvorschriften zulässig. Nach § 55a I 3 VwGO ist, soweit die elektronische Dokumentenübermittlung durch Rechtsverordnung zugelassen wird, für Dokumente, die einem schriftlich unterzeichneten Schriftstück gleichstehen, eine qualifizierte elektronische Signatur oder ein anderes sicheres Verfahren zu bestimmen. Dem entsprechend sieht § 2 Abs. 1 Satz 1 der Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr bei den Verwaltungsgerichten und den Finanzgerichten im Lande Nordrhein-Westfalen vom 23. November 2005 zur Entgegennahme elektronischer Dokumente ausschließlich den elektronischen Gerichtsbriefkasten vor. Nach Satz 2 der vorgenannten Bestimmung ist die Einreichung per E-Mail - wie hier geschehen - hingegen unzulässig.

#### *2. Teil: Urteil des BFH vom 22.6.2010 (VIII R 38/08)*

##### *Leitsatz:*

**Eine mit eingescannter Unterschrift des Prozessbevollmächtigten durch Telefax eingelegte Klage entspricht jedenfalls dann den Schriftformanforderungen des § 64 I FGO, wenn sie von dem Bevollmächtigten an einen Dritten mit der tatsächlich ausgeführten Weisung gemailt wird, sie auszudrucken und per Telefax an das Gericht zu senden.**

##### *Sachverhalt:*

Der Kl. und Bf. wendet sich gegen Einkommensteueränderungsbescheide für die Jahre 1991 und 1992. Dagegen hat der Kl. Klage erhoben und nach den tatsächlichen Feststellungen des FG in der mündlichen Verhandlung erklärt, dass die Klageschrift durch seinen früheren Berater erstellt, per Mail an einen Mitarbeiter des Beraters mit der eingescannten Unterschrift des Beraters übermittelt, von dem Mitarbeiter ausgedruckt und sodann per Fax – innerhalb der Klagefrist – an das Gericht übersandt wurde. Das FG wies die Klage als unzulässig ab, weil die per Fax übermittelte Klageschrift wegen der nur eingescannten Unterschrift des früheren Beraters nicht über die nach § 64 der FGO erforderliche Schriftform verfüge. Mit der Revision rügt der Kl. die Verletzung des § 64 FGO.

##### *Aus den Gründen:*

Die Revision ist begründet. [...] Zu Unrecht hat das FG die fristgerecht bei Gericht eingegangene Klage mit der Begründung als unzulässig angesehen, sie weise eine nur eingescannte Unterschrift des früheren Klägervertreters auf.

##### *A. Schriftform des § 64 I FGO*

Nach § 64 Abs. 1 FGO ist den formellen Anforderungen an eine finanzgerichtliche Klage genügt, wenn sie

bei dem Gericht schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle erhoben wird. [...] Ob das [...] für bestimmende Schriftsätze grds. bestehende Gebot "eigenhändiger Unterschrift" auch durch eine eingescannte Unterschrift - wie im Streitfall - gewahrt wird, wird nicht einheitlich beurteilt.

### *I. Frühere Rechtsprechung*

Für die vergleichbare Form der Unterschrift durch Verwendung eines Faksimilestempels hat die ältere BFH-Rspr. grds. die Wirksamkeit der Erklärungen verneint (BFHE 97, 226, BStBl. II 1970, 89; BFHE 113, 490, BStBl. II 1975, 194; ebenso BAG NJW 2009, 3596; vgl. aber BFHE 113, 416, BStBl. II 1975, 199 zur Wirksamkeit einer Klageschrift in Form eines Matrizenabzugs und damit nur auf der Matrizie im Original enthaltenen Unterschrift).

### *II. Leitentscheidung des GmS-OGB*

Nach der zu einer Klageerhebung durch Computerfax ergangenen Entscheidung des GmS-OGB erfüllt eine eingescannte Unterschrift dagegen das Schriftformerfordernis (vgl. MDR 2000, 1089). Sie erfüllt nämlich gleichermaßen den schon in der früheren Rspr. des GmS-OGB bezeichneten ausschließlichen Zweck des Schriftlichkeitsgebots, zuverlässig den Erklärungsinhalt sowie die erklärende Person und ihren unbedingten Willen zur Absendung feststellen zu können (GmS-OGB NJW 1980, 172; vgl. hierzu auch BFHE 138, 403, BStBl. II 1983, 579, und BFHE 143, 198, BStBl. II 1985, 367).

### *III. Subsumtion*

Auf der Grundlage dieser Rspr. des GmS-OGB, deren Grundlage durch die Regelungen in den §§ 52a FGO, 130a ZPO nicht berührt wird, weil die damit geschaffenen Sondervorschriften für den elektronischen Rechtsverkehr unabhängig neben die Vorschriften zur Schriftform getreten sind (vgl. BAG NJW 2009, 3596; BGH NJW 2008, 2649), hat die Rspr. die Einlegung eines Rechtsbehelfs per E-Mail mit eingescannter Unterschrift (LSG NRW, U. v. 13.9.2007 – L 9 SO 24/06; U. v. 26.4.2007 – L 9 SO 25/06; B. v. 26.10.2009 – L 19 B 301/09 AS ER) oder den Widerruf eines gerichtlichen Vergleichs in derselben Form (LAG Mecklenburg-Vorpommern, U. v. 9.8.2005 – 5 Sa 363/04) sowie die Einlegung eines Rechtsbehelfs (BGH NJW 2008, 2649; LAG Bremen, U. v. 10.8.2004 – 1 Sa 165/03; OLG Düsseldorf, U. v. 14.11.2005 – I-9 U 30/05) für formwirksam erachtet.

Im Einklang mit dieser Rspr. ist entgegen der Vorinstanz auch für den Streitfall von einer formwirksamen Klageerhebung innerhalb der Klagefrist auszugehen. Die Auffassung der Vorinstanz, das Schriftformerfordernis nach § 64 FGO sei im Streitfall durch den per Telefax übersandten Schriftsatz mit eingescannter Un-

terschrift nicht gewahrt, teilt der Senat nicht.

### *1. Warn- und Beweisfunktion*

Geht man nämlich von der Richtigkeit des unter Beweis gestellten und vom FG nicht in Zweifel gezogenen Klagevortrags aus, dass der frühere Berater des Kl. den Klageschriftsatz mit der eingescannten Unterschrift gefertigt und einem seiner Mitarbeiter zur (tatsächlich erfolgten) Übersendung an das Gericht übermittelt hat, erfüllt die innerhalb der Klagefrist bei Gericht per Fax eingegangene Klageschrift mit der eingescannten Unterschrift des früheren Klägervertreters das Schriftformerfordernis nach § 64 FGO.

Es muss nämlich nach dem ausschließlichen Zweck des Schriftlichkeitsgebots, zuverlässig den Erklärungsinhalt sowie die erklärende Person und ihren unbedingten Willen zur Absendung feststellen zu können (GmS-OGB NJW 1980, 172), schon dann als die Schriftform wahrend angesehen werden, wenn der abgegebenen Prozessklärung – wie hier – nach den Gesamtumständen aus der maßgeblichen Sicht des Gerichts deren Inhalt sowie der Erklärende und dessen unbedingter Erklärungswille zu entnehmen sind. Ein darüber hinausgehender Zweck kommt dem Schriftformerfordernis ebenso wie anderen Verfahrensvorschriften nämlich nicht zu. Insb. soll es ebenso wie andere Verfahrensvorschriften nur die einwandfreie Durchführung des Rechtsstreits unter Wahrung der Rechte aller Beteiligten sicherstellen und nicht behindern (GmS-OGB, MDR 2000, 1089).

Auf dieser Grundlage ist dann, wenn die Klageschrift entsprechend dem unter Beweis gestellten, aber vom Gericht ersichtlich nicht für beweisbedürftig gehaltenen Vortrag des Kl. tatsächlich durch den früheren Berater erstellt, von dessen Mitarbeiter ausgedruckt und sodann weisungsgemäß per Fax - innerhalb der Klagefrist - an das Gericht übersandt wurde, die Rechtsauffassung der Vorinstanz, nur wegen der eingescannten Unterschrift sei die Klage nicht formgerecht eingelegt worden, mit der BFH-Rspr. zu § 64 FGO unvereinbar. Danach kann dem Zweck des § 64 Abs. 1 FGO auch auf andere Weise entsprochen werden als durch eigenhändige Unterzeichnung des maßgebenden Schriftstücks durch den Verfasser (s. hierzu auch BFHE 106, 4 und BFHE 123, 286, BStBl. II 1978, 11). So kann sich selbst aus einem nicht unterschriebenen bestimmenden Schriftsatz i.V.m. weiteren Unterlagen oder Umständen die Urhebererschaft und der Wille, das Schreiben in den Rechtsverkehr zu bringen, hinreichend sicher ergeben (st. Rspr. des BVerwG, vgl. BVerwGE 30, 274; U. v. 7.11.1973 – VI C 124.73, Höchstrichterliche FinanzRspr. 1974, 174, VerwaltungsRspr. 29, 764; zusammenfassend B. v. 26.6.1980 – 7 B 160.79). Dementsprechend hat auch der BFH eine nur maschinenschriftlich unterschriebene Klageschrift wegen der auf den Streitfall bezoge-

nen Klagebegründung und beigefügter Vorkorrespondenz i.V.m. dem Briefkopf des Einsenders nach den Gesamtumständen als formwirksam i.S.d. § 64 Abs. 1 FGO angesehen (BFHE 148, 205, BStBl. II 1987, 131). Danach kann gleichermaßen in finanzgerichtlichen Verfahren dem Zweck des § 64 Abs. 1 FGO in anderer Weise als mit der eigenhändigen Unterzeichnung bestimmter Schriftsätze durch den Verfasser entsprochen werden, wenn feststeht, dass das Schriftstück keinen Entwurf betrifft, sondern dem Gericht mit Wissen und Wollen des Berechtigten zugeleitet worden ist (BFH/NV 2009, 2000 unter Bezugnahme auf BFH/NV 2000, 1224, m.w.Nw.).

Nach diesen Grundsätzen kann im Streitfall die Wirksamkeit der Klageerhebung nicht verneint werden, weil sie zum einen den Erklärungsinhalt sowie die erklärende Person ausweist und zum anderen ihre Absendung auf Grund der in der mündlichen Verhandlung erklärten Umstände ersichtlich auf dem unbedingten Willen des früheren Klägersvertreters beruhte (zu diesen Anforderungen s. GmS-OGB NJW 1980, 172). Denn die hier gegebene unstreitige Übersendung des Klageschriftsatzes durch einen Dritten (Übersendung über den Fax-Anschluss des X Büros durch einen Mitarbeiter des früheren Bevollmächtigten des Kl.) auf Weisung des Kl. lässt ebenso wie die persönlich veranlasste Übersendung einer maschinenschriftlich unterschriebenen Klage (wie in BFHE 148, 205, BStBl. II 1987, 131) oder wie der Eingang eines mit eingescannter Unterschrift versehenen Computerfax (GmS-OGB MDR 2000, 1089) ersichtlich keine Zweifel daran, dass die Klage mit Wissen und Wollen des (vertretenen) Kl. erhoben worden ist.

## 2. Erstreckung der Leitentscheidung des GmS-OGB von Computerfax auf E-Mail

Bei dieser Sach- und Rechtslage kann dahinstehen, ob die Grundsätze der Entscheidung des GmS-OGB (MDR 2000, 1089) zur Formwirksamkeit bestimmter Schriftsätze mit eingescannter Unterschrift unabhängig von dem jeweils gewählten Übersendungsweg (Briefpost, Telefax etc.) oder aber nur für sog. Computerfaxe gelten.

Aus der Sicht des Senats kann eine solche Beschränkung auf Computerfaxe nicht allein aus dem Umstand

gefolgt werden, dass Gegenstand des Verfahrens vor dem GmS-OGB ein solches Computerfax war. Vielmehr spricht die Begründung des GmS-OGB eher für die Anwendung der Entscheidungsgrundsätze auf alle Formen der Übersendung bestimmter Schriftsätze. So betrifft der in der Entscheidung als maßgeblich angesehene Gesichtspunkt, dass es für die Schriftformerfordernisse und insb. die Entbehrlichkeit eigenhändiger Unterschrift nur auf den bei Gericht als Empfänger sichtbar werdenden Schriftsatz ankommt, gleichermaßen Schriftsätze, die wie im Streitfall per Telefax übermittelt wurden.

Des Weiteren hat der GmS-OGB seinen Beschluss ausdrücklich unter Bezugnahme auf seine frühere – nicht zu einem Computerfax – ergangene Entscheidung in NJW 1980, 172 begründet. Der damit verbundene Hinweis auf den ausschließlichen Zweck des Schriftformerfordernisses, Inhalt, Urheber und Erklärungswille sicher feststellen zu können und auf die hinreichende Erfüllung dieses Zwecks durch eine nur eingescannte Unterschrift rechtfertigen ersichtlich keine Differenzierung zwischen den Wegen, auf denen das jeweilige Dokument mit der eingescannten Unterschrift übermittelt wird (so auch BGH NJW 2008, 2649).

Gleichwohl muss der Senat diese Frage hier offenlassen, weil sie im Streitfall aus den [oben] dargestellten Gründen nicht entscheidungserheblich ist und i.Ü. die gegenteilige Auffassung des BGH in NJW 2006, 3784 [= MMR 2007, 103] – (verfassungsrechtlich vom BVerfG durch Nichtannahmebeschluss = NJW 2007, 3117 [= MMR 2008, 96] unbeanstandet) eine erneute Anrufung des GmS-OGB erforderlich machen könnte. Im Streitfall bedeutet die Entscheidung des erkennenden Senats jedenfalls deshalb keine Abweichung vom Beschluss des BGH in NJW 2006, 3784 [= MMR 2007, 103], weil Gegenstand des BGH-Verfahrens eine Klageschrift war, bei der die per Fax übersandte Fassung eine Unterschrift aufwies, die nicht nur eingescannt worden war, sondern zudem einen anderen Namen als die später im Original übersandte Rechtsbeihilfsschrift aufwies und schon deshalb erhebliche Zweifel an einer Übersendung “mit Wissen und Wollen” des Verfassers begründen musste.

*Zivilrecht***Standort: Gesellschaftsrecht****Problem: Nutzungsentschädigung**

BGH, URTEIL VOM 04.08.2010  
XII ZR 14/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Der Kl. und die Bekl. heirateten im Jahr 2002; im Jahr 2006 wurde die Ehe rechtskräftig geschieden. Mit notariellem Vertrag vom 17.03.2003 übertrug die Mutter des Kl. der Bekl. ihr Grundeigentum, bestehend aus einem Mehrfamilienhaus mit insgesamt drei Wohnungen. Als Gegenleistung räumte die Bekl. dem Kl. die Mitbenutzung aller im Souterrain und Erdgeschoss befindlichen Wohnungen nach Maßgabe der §§ 1090 bis 1092 BGB ein. Zunächst bezogen die Parteien die – später vermietete – Erdgeschosswohnung, zogen jedoch in die Souterrainwohnung um, nachdem diese ausgebaut worden war. Im Juni 2004 trennten sich die Parteien. Das Familiengericht wies der Bekl. die Souterrainwohnung für die Dauer des Getrenntlebens zur alleinigen Nutzung zu. Der Kl. verlangt eine monatliche Nutzungsentschädigung von 550 € für die Souterrain- und die Erdgeschosswohnung.

**Prüfungsrelevanz:**

Was auf den ersten Blick wie eine familienrechtliche Entscheidung wirkt, entpuppt sich schnell als Problematik des Gesellschaftsrechts, namentlich des Rechts der Bruchteilsgemeinschaft gem. §§ 741 ff. BGB. Nichtsdestotrotz dürfte die Entscheidung vor dem Hintergrund der durch den zwölften Zivilsenat reformierten Rechtsprechung zum Ausgleich (nicht)ehelicher Lebenspartner Bedeutung finden (vgl. insb BGH, RA 2010, 175 = NJW-RR 10, 295), und im Zusammenhang mit einer familienrechtlichen Klausur abgeprüft werden.

**A. Anspruch auf Nutzungsentschädigung gem. § 745 II BGB**

Ein Anspruch auf Nutzungsentschädigung zugunsten des Kl. könnte aus den Vorschriften über die Bruchteilsgemeinschaft, und zwar aus § 745 II BGB resultieren. Zwar besagt die Vorschrift zunächst bloß, dass jeder Teilhaber eines Rechts, das mehreren gemeinschaftlich zusteht (§ 741 BGB), eine dem Interesse aller Teilhaber entsprechende Verwaltung und Benutzung verlangen kann, sofern diese nicht durch Vereinbarung oder Mehrheitsbeschluss geregelt ist. Doch ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass ein Ehegatte, der nach endgültiger Trennung aus der im Eigentum

beider Ehegatten stehenden Immobilie auszieht, aus § 745 II BGB einen Zahlungsanspruch ableiten kann (BGH, NJW 1983, 1845; NJW 1991, 570 [571]). Dies gilt außerdem unabhängig davon, ob Verwaltung und Benutzung des Rechts gem. § 745 II BGB durch Vereinbarung oder Mehrheitsbeschluss geregelt sind. Denn im Fall des trennungsbedingten Auszugs tritt eine tatsächliche Veränderung ein, die ein Festhalten an der bisherigen Verwaltungsvereinbarung unerträglich erscheinen lässt.

§ 745 BGB setzt jedoch weiterhin eine Bruchteilsgemeinschaft i.S.d. §§ 741 ff. BGB voraus. Eine Bruchteilsgemeinschaft – deren Gegenstück die Gesamthandsgemeinschaft (z.B. Erbengemeinschaft gem. §§ 2032 ff. BGB) darstellt – entsteht, wenn durch Gesetz oder Vertrag bestimmt wird, dass mehreren zu Bruchteilen, d.h. zu ideellen Teilen ein Gegenstand zustehen soll. Den häufigsten Anwendungsfall bildet gem. §§ 1008 ff. BGB das Miteigentum.

**B. Bruchteilsgemeinschaft im vorliegenden Fall**

Problematisch war vorliegend jedoch, dass die Eheleute keine Miteigentümer am Hausgrundstück waren. Vielmehr war die Bekl. Alleineigentümerin und der Kl. bloß Nutzungsberechtigter. Diese Nutzungsberechtigung war durch notariellen Vertrag jedoch in Gemäßheit der §§ 1090 ff. BGB abgegeben, d.h. als dingliches Mitbenutzungsrecht ausgestaltet worden.

Schon die obergerichtliche Rechtsprechung und Teile der Literatur hatten für diesen Fall die Anwendbarkeit der §§ 741 ff. BGB bejaht (OLG Koblenz, NJW 2000, 3791; OLG Naumburg, Urt. v. 13.11.2007, 3 U 10/07, n.v.). Dem schließt sich nun auch der Senat an. Denn hinsichtlich des Rechts, die Sache zu benutzen, stehen sich im Falle eines dinglichen Mitbenutzungsrechts der Eigentümer und der Nutzungsberechtigte gleichberechtigt gegenüber. Damit liegt eine Konstellation vor, die nach Lebenshintergrund und Interessenkollision mit der Miteigentümerstellung vergleichbar ist (OLG Koblenz, FamRZ 2001, 225). Diese Ansicht fügt sich auch in die bisherige Rechtsprechung des BGH ein, der bereits die entsprechende Anwendbarkeit der §§ 741 ff. BGB auf das Verhältnis des Alleineigentümers zum Nießbraucher angewendet hatte (FamRZ 2007, 135).

Der Senat weist allerdings daraufhin, dass eine Anwendung des § 745 II BGB hinsichtlich der Erdgeschosswohnung nicht in Frage kommt. Diese wurde

von den Parteien ohnehin nicht mehr bewohnt, so dass der trennungsbedingte Auszug des Kl. auch keine tatsächliche Umstandsveränderung sein kann, die ein Fehlen einer Verwaltung oder Nutzung i.S.d. § 745 II BGB begründen würde (s.o.). Jedoch kann für diesen Fall ein Anspruch aus § 743 I i.V.m. § 667 BGB hergeleitet werden (Rn. 31 ff. d. Urteils).

#### **Vertiefungshinweise:**

- Zum Bruchteilseigentum: *Reymann*, NJW 2008, 1773
- Zur Bruchteilsgemeinschaft: *Gera*, NZM 1998, 740 (Verhältnis zu mietrechtlichen Vorschriften, mit Blick auf § 745 II BGB); *BGH*, NJOZ 2001, 995 (Auseinandersetzung der Bruchteilsgemeinschaft)
- Anwendbarkeit der §§ 741 ff. BGB auf das Verhältnis Eigentümer – Nießbraucher: *OLG Koblenz*, NJW 2000, 3791

#### **Kursprogramm:**

- Examenskurs*: "Das junge Glück"

#### **Leitsätze (der Redaktion):**

**1. § 745 II BGB vermittelt einen Zahlungsanspruch zugunsten desjenigen Ehegatten, der nach endgültiger Trennung aus der im gemeinsamen Eigentum der Ehegatten stehenden Wohnung auszieht (BGH, NJW 1983, 1845; NJW 1991, 570 [571]).**

**2. Gleiches gilt, wenn der eine Ehegatte Alleineigentümer, der andere Nutzungsberechtigter i.S.v. §§ 1090 ff. BGB war. Diese Konstellation steht – wie auch das Verhältnis des Alleineigentümers zum Nießbraucher – der Miteigentümerstellung nach Lebenshintergrund und Interessenkollision gleich und rechtfertigt daher die analoge Anwendung der §§ 741 ff. BGB.**

#### **Sachverhalt:**

Die Parteien streiten über eine Nutzungsentschädigung aufgrund des dem Kläger eingeräumten dinglichen Mitbenutzungsrechts an einem im Eigentum der Beklagten befindlichen Grundstück.

Die im Juni 2002 geschlossene Ehe der Parteien wurde durch Urteil des Familiengerichts am 29. September 2006 rechtskräftig geschieden. Mit notariellem Vertrag vom 17. März 2003 übertrug die Mutter des Klägers ihr seinerzeit von den Parteien bewohntes Grundeigentum auf die Beklagte. Das Grundstück ist 1.209 qm groß und mit einem Mehrfamilienhaus sowie Nebengebäuden bebaut; das Wohngebäude verfügt über drei Wohnungen. In Abschnitt II. des notariellen Vertrages räumte die Beklagte dem Kläger als "Gegenleistung" die Mitbenutzung aller im Souterrain und im Erdgeschoss liegenden Räume des auf dem

Grundstück befindlichen Wohngebäudes gemäß §§ 1090 bis 1092 BGB ein; von dem Mitbenutzungsrecht sind zudem die auf dem Grundstück stehenden zwei Nebengebäude und der Carport umfasst.

Die Parteien wohnten zunächst in der – später zeitweise vermieteten – Erdgeschosswohnung. Sie zogen in die Souterrainwohnung um, nachdem diese ausgebaut worden war. Im Juni 2004 trennten sich die Parteien. Nachdem der Kläger durch Urteil des Landgerichts Kiel vom 28. Oktober 2004 wegen sexueller Nötigung unter anderem zum Nachteil der Beklagten zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten verurteilt worden war, wies das Familiengericht die Souterrainwohnung der Beklagten für die Dauer des Getrenntlebens zur alleinigen Nutzung zu. Die Beklagte bewohnt diese Wohnung mittlerweile mit ihrem Lebensgefährten.

Das Landgericht hat der auf Zahlung eines monatlichen "Nutzungsausfalls" gerichteten Klage in Höhe von 550 € monatlich ab Oktober 2006 stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten, mit der sie eine Herabsetzung der Nutzungsentschädigung begehrt hat, hat das Berufungsgericht die Beklagte verurteilt, für die Zeit von Oktober 2006 bis April 2008 eine Nutzungsentschädigung in Höhe von 3.711,53 € und ab 1. Mai 2008 eine Nutzungsentschädigung von monatlich 349,25 € an den Kläger zu zahlen.

Hiergegen wendet sich die Beklagte mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision.

#### **Aus den Gründen:**

[6] Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Oberlandesgericht.

#### **A. Ausführungen des Berufungsgerichts**

[7] Das Berufungsgericht vertritt die Auffassung, dem Kläger stünde ein Anspruch auf eine Nutzungsentschädigung aus einer entsprechenden Anwendung von § 745 Abs. 2 BGB zu. Ein solcher Anspruch bestehe, wenn ein Ehegatte nach Scheitern der Ehe das im Miteigentum beider Ehegatten stehende Familienwohnhaus verlasse und zum Ausgleich für die entgangene Nutzungsmöglichkeit eine Nutzungsentschädigung verlange. Eine nach Lebenshintergrund und Interessenkollision vergleichbare Lage sei dem Grunde nach gegeben, wenn der eine Ehegatte zwar nicht Miteigentümer des Familienwohnhauses sei, aber ein dem Miteigentum in seinen Funktionen weithin vergleichbares dingliches, auf Lebenszeit bestehendes Wohnrecht mit umfassendem Mitbenutzungsrecht am gesamten Anwesen habe.

#### **B. Entscheidung des BGH**

[12] Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung nicht in vollem Umfang stand.



*I. Souterrainwohnung*

[13] Zu folgen ist dem Berufungsgericht jedoch, soweit es § 745 Abs. 2 BGB auf das für die ehemalige Ehwohnung im Souterrain bestehende Mitbenutzungsrecht entsprechend angewandt hat. Dabei ist das Berufungsgericht zu Recht von einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit ausgegangen; vor allem haben die Beteiligten in dem notariellen Vertrag vom 17. März 2003 ausdrücklich auf die "§§ 1090 bis 1092 BGB" verwiesen.

*1. § 745 II BGB taugliche Anspruchsgrundlage für Zahlungsbegehren**a) Umstandsänderung steht Fehlen einer „Verwaltungsvereinbarung“ gleich*

[14] Steht ein Recht mehreren gemeinschaftlich zu (§ 741 BGB), kann jeder Teilhaber, sofern nicht die Verwaltung und Benutzung durch Vereinbarung oder durch Mehrheitsbeschluss geregelt ist, nach § 745 Abs. 2 BGB eine dem Interesse aller Teilhaber nach billigem Ermessen entsprechende Verwaltung und Benutzung verlangen und notfalls gerichtlich durchsetzen. Dem Fehlen einer Vereinbarung oder eines Mehrheitsbeschlusses über die Verwaltung und Benutzung steht gleich, wenn nach einer Regelung tatsächliche Veränderungen eingetreten sind, die ein Festhalten an der bisherigen Verwaltungsvereinbarung unerträglich erscheinen lassen. Auch in diesem Falle ist jeder Teilhaber berechtigt, eine Änderung der bisherigen Verwaltungsregelung zu fordern (BGH Urteil vom 4. Februar 1982 - IX ZR 88/80 - FamRZ 1982, 355, 356).

*b) Anspruch auf Nutzungsentschädigung in Geld*

[15] Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann demjenigen Ehegatten, der nach endgültiger Trennung aus der im Eigentum beider Ehegatten stehenden Immobilie ausgezogen ist, ein Zahlungsanspruch nach § 745 Abs. 2 BGB zustehen (Urteil vom 4. Februar 1982 - IX ZR 88/80 - FamRZ 1982, 355, 356; s. auch Senatsurteile vom 13. November 1996 - XII ZR 125/95 - FamRZ 1997, 484, 486; vom 8. Mai 1996 - XII ZR 254/94 - FamRZ 1996, 931, 932; vom 13. April 1994 - XII ZR 3/93 - FamRZ 1994, 822; vom 11. April 1990 - XII ZR 32/89 - NJW 1991, 570, 571; BGHZ 87, 265, 271 f.). Weitere Voraussetzung ist, soweit eine Nutzungsentschädigung für die Zeit nach Rechtskraft der Scheidung im Streit steht, dass die - hier gemäß Art. 111 Abs. 1 FGG-RG noch maßgeblichen (vgl. MünchKomm-BGB/Wellenhofer 5. Aufl. § 1568 a Rdn. 6) - §§ 1 Abs. 1, 2, 5 Abs. 2 HausratsVO a.F. nicht zur Anwendung gelangen, also unter den Parteien Einigkeit darüber besteht, wer von ihnen die Ehwohnung künftig bewohnen soll (BGH Urteil vom 4. Februar 1982 - IX ZR 88/80 - FamRZ 1982,

355; Wever Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts 5. Aufl. Rdn. 102 m.w.N.).

*c) Dingliches Mitbenutzungsrecht ausreichend*

[16] Diese Grundsätze finden nach Auffassung des Senats auch Anwendung, wenn dem weichenden Ehegatten lediglich ein dingliches Mitbenutzungsrecht an der Ehwohnung eingeräumt ist (so auch OLG Koblenz FamRZ 2001, 225; OLG Naumburg Urteil vom 13. November 2007 - 3 U 10/07 - n.v.; Wever aaO Rdn. 114).

[17] Bei dem dinglich eingeräumten Mitbenutzungsrecht handelt es sich seiner Art nach um eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit gemäß § 1090 BGB.

[18] Nach dieser Bestimmung kann ein Grundstück in der Weise belastet werden, dass derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, berechtigt ist, das Grundstück in einzelnen Beziehungen zu benutzen. Als Benutzung kommt jeder fortgesetzte und wiederholte Gebrauch eines Grundstücks und damit auch die Benutzung eines auf dem Grundstück befindlichen Gebäudes in Betracht. Das gilt für den Fall, dass das Mitbenutzungsrecht Wohnraum umfasst (OLG Saarbrücken MittRhNotK 1992, 47, 48). Soll das Recht, ein Gebäude oder einen Teil eines Gebäudes als Wohnung benutzen zu können, begründet werden, so muss dies nicht unter Ausschluss des Eigentümers in der Form eines Wohnungsrechts gemäß § 1093 BGB geschehen. Möglich ist es auch, eine Wohn-dienstbarkeit ohne Ausschluss des Eigentümers gemäß § 1090 BGB zu begründen (OLG Saarbrücken MittRhNotK 1992, 47, 48).

[19] (Zwar steht das Eigentumsrecht in Fallkonstellationen der vorliegenden Art anders als im Falle der Miteigentümerschaft nicht beiden Ehegatten gemeinschaftlich im Sinne von § 741 BGB zu. Gleichwohl finden die §§ 741 ff. BGB auf das Verhältnis des Alleineigentümers zum Mitbenutzungsberechtigten entsprechend Anwendung. Denn bezogen auf das Recht, die Sache zu nutzen, sind sie gleichberechtigt. Die insoweit bestehende Gemeinschaft bedarf genauso einer gemeinschaftlichen Verwaltung wie die Miteigentümergeinschaft. Zu Recht weist das Oberlandesgericht Koblenz darauf hin, dass die fragliche Konstellation nach Lebenshintergrund und Interessenkollision mit dem Fall der Miteigentümerschaft vergleichbar sei (OLG Koblenz FamRZ 2001, 225). So hat der Bundesgerichtshof bereits entschieden, zwischen dem Nießbraucher und dem Alleineigentümer bestehe eine Nutzungs- und Verwaltungsgemeinschaft, auf die §§ 741 ff. BGB entsprechend anwendbar seien (BGH Beschluss vom 25. Oktober 2006 - VII ZB 29/06 - FamRZ 2007, 135).

[20] Auch wenn das als beschränkte persönliche

Dienstbarkeit ausgestaltete Mitbenutzungsrecht - ebenso wie das Nießbrauchsrecht, aber anders als das Eigentumsrecht - weder übertragbar (§ 1092 Abs. 1 Satz 1 BGB) noch vererblich ist (Palandt/Bassenge BGB 69. Aufl. Überblick vor § 1018 Rdn. 1), bedeutet das - vorbehaltlich anderslautender Vereinbarungen - nicht, dass es nur persönlich ausgeübt werden kann. Eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit erlischt, wenn ihre Ausübung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen dauernd unmöglich wird (BGH Urteil vom 19. Januar 2007 - V ZR 163/06 - MDR 2007, 708, 709). Das ist u.a. der Fall, wenn das Recht niemandem mehr einen Vorteil bietet (BGH aaO). An diesen Voraussetzungen fehlt es aber, wenn der Nutzungsberechtigte sein Recht - aus welchen Gründen auch immer - nicht persönlich ausübt. Denn ihm bleibt nach § 1090 Abs. 1 Satz 2 BGB die Möglichkeit, mit Gestattung des Grundstückseigentümers die Ausübung seines Rechts anderen zu überlassen und dadurch beispielsweise für sich einen Mietzinsanspruch gegen den Besitzer der dem Recht unterliegenden Räume zu begründen (zum Wohnungsrecht nach § 1093 BGB: BGH Urteil vom 19. Januar 2007 - V ZR 163/06 - MDR 2007, 708, 709).

## 2. Ergebnis

[23] Gemessen hieran hat das Berufungsgericht dem Kläger für die zuletzt als Ehwohnung genutzte Souterrainwohnung dem Grunde nach zu Recht eine Nutzungsentschädigung zugesprochen.

[24] Zutreffend hat das Berufungsgericht den Anspruch auf § 745 BGB gestützt und nicht auf die hier noch anwendbaren Normen der HausratsVO. Denn zwischen den Parteien bestand Einigkeit dahin, dass eine persönliche Nutzung des Klägers für die Zeit nach Rechtskraft der Scheidung nicht gewollt war. Ihm ging es vielmehr um eine Entschädigung bzw. eine Teilhabe an den Mieteinnahmen. Dass der Beklagten die Ehwohnung zuvor für die Zeit des Getrenntlebens zugewiesen war, ändert daran nichts, da die Zuweisung mit der Rechtskraft der Scheidung der Parteien gegenstandslos geworden ist.

[25] Ebenso wenig ist die weitere Auslegung des Berufungsgerichts zu beanstanden, wonach das Mitbenutzungsrecht nicht mit dem Auszug des Klägers gegenstandslos werden sollte. Dies wäre dann der Fall, wenn der Kläger das Recht nur zur persönlichen Aus-

übung übertragen bekommen hätte. Dass das Berufungsgericht in diesem Kontext zu dem Ergebnis gelangt, die Mutter des Klägers habe ihn im Falle des Scheiterns der Ehe nicht rechtlos stellen, sie habe vielmehr das Grundstück nicht dem Zugriff seiner Gläubiger aussetzen wollen, ist nachvollziehbar und revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Wäre es der Mutter des Klägers tatsächlich nur darum gegangen, die Rechtsgewährung von der persönlichen Nutzung abhängig zu machen, erschließt es sich nicht, warum dem Kläger das Nutzungsrecht sowohl für die Souterrain- als auch für die Erdgeschosswohnung eingeräumt worden ist (vgl. auch § 1091 BGB).

[26] Da das Mitbenutzungsrecht mit dem Auszug des Klägers mithin nicht gegenstandslos geworden ist, kommt es nicht auf die Frage an, inwieweit es sich der Kläger selbst zuzuschreiben hat, dass er vor allem wegen der zu Lasten der Beklagten begangenen Straftat die Wohnung nicht mehr persönlich benutzen konnte.

## II. Erdgeschosswohnung

[31] Demgegenüber richtet sich die Auskehr der Mieteinnahmen für die im Erdgeschoß befindliche Wohnung entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht nach § 745 Abs. 2 BGB, sondern nach § 743 Abs. 1 BGB. Deshalb ist insoweit nicht auf die erzielbare, sondern auf die tatsächlich erzielte Miete abzustellen.

[32] Die Parteien sind auch hinsichtlich ihres Nutzungsrechts an der Erdgeschosswohnung wie eine Bruchteilsgemeinschaft zu behandeln. Allerdings findet § 745 Abs. 2 BGB keine Anwendung. Denn diese Wohnung diente schon zum Zeitpunkt der Trennung der Parteien nicht mehr als Ehwohnung; sie war vielmehr vermietet. Zu Recht weist die Revision darauf hin, dass insoweit eine grundlegende Änderung der Verhältnisse, die eine Regelung nach § 745 Abs. 2 BGB rechtfertigen könnte, durch den Auszug des Klägers nicht eingetreten ist. Von daher kann der Kläger für die Erdgeschosswohnung nach § 745 Abs. 2 BGB auch keine Nutzungsentschädigung verlangen. Sein Anspruch geht vielmehr in entsprechender Anwendung des § 743 Abs. 1 BGB auf Teilhabe an einem - seinem Anteil entsprechenden - Bruchteil der Früchte; bei einer vermieteten Wohnung umfasst dieser die Auskehr des entsprechenden Mietanteils (vgl. Wever aaO Rdn. 115).

**Standort: Arbeitsrecht****Problem: Diskriminierung wegen Alters**

BAG, URTEIL VOM 19.08.2010  
8 AZR 530/09 (BB 2010, 2171)

**Problemdarstellung:**

Die Bekl. ist ein Lizenzhandelsunternehmen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten BR, MDR und SWR. Im März 2007 schaltete sie eine Stellenanzeige in der NJW, in der sie „eine(n) junge(n) Volljuristen/Volljuristin“ mit mindestens befriedigenden Staatsexamina und zwei-jähriger Berufserfahrung für den Bereich „Verhandlung und Erstellung von Lizenzverträgen“ suchte.

Der Kl., der 1958 geboren ist und beide Staatsexamina mit „gut“ bestanden hat, bewarb sich mit Schreiben vom 26.03.2007 auf die ausgeschriebene Stelle. In der Bewerbung gab er an, seit 1988 als selbständiger Rechtsanwalt im Bereich des Zivil- und Wirtschaftsrechts zu arbeiten und in diesem Zusammenhang auch im Lizenz- und Vergaberecht tätig gewesen zu sein. Mit Schreiben vom 10.04.2007 teilte die Bekl. dem Kl. mit, dass er für die Stelle nicht in Frage komme. Ende April schloss sie einen Arbeitsvertrag mit der damals 33-jährigen Frau S. zu einem Jahresgehalt von rund 44.000 €. Frau S. hatte beide Staatsexamina mit „ausreichend“ bestanden und war bislang für die „N Filmgesellschaft mbH“ mit der Prüfung und Erstellung von Lizenz- und Vertriebsverträgen befasst gewesen.

Der Kl. behauptet, nur aufgrund seines Alters bei der Auswahl nicht berücksichtigt worden zu sein. Er begehrt Schadensersatz in Höhe eines Jahresgehalts und Schmerzensgeld in Höhe von 25.000 €. Arbeits- und Landesarbeitsgericht haben der Klage in Höhe von einem Monatsgehalt stattgegeben und sie im übrigen abgewiesen.

**Prüfungsrelevanz:**

Die höchstrichterlichen Entscheidungen aus dem Bereich des 2006 neu geschaffenen AGG häufen sich. Die Rechtsprechung gibt derzeit insbesondere dem (Schadens-)Ersatzanspruch nach § 15 AGG Konturen und macht die Materie dadurch auch für Examensklausuren interessant (vgl. auch BAG, RA 2010, 47 = NJW 2009, 3672 zur Ablehnung eines männlichen Bewerbers als Aufseher im Mädcheninternat). Die vorliegende Entscheidung geht auf die Struktur der unterschiedlichen, in § 15 AGG enthaltenen Anspruchsgrundlagen ein und nimmt zudem Stellung zu einer bislang umstrittenen Beweislastfrage.

Ein Ersatzanspruch nach § 15 AGG setzt voraus, dass der Arbeitgeber im Rahmen einer Maßnahme nach § 2 AGG (z.B. Bewerberauswahl) gegen das in §§ 1, 3, 7 AGG normierte Benachteiligungsverbot verstößt und

dies nicht ausnahmsweise gem. §§ 8 – 10 AGG gerechtfertigt ist. Anspruchsberechtigt sind gem. § 6 I Nr. 1 AGG insbesondere Arbeitnehmer, wobei § 6 I 2 AGG den Anwendungsbereich auf Stellenbewerber ausdehnt. Liegt tatsächlich ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot vor, kann gem. § 15 I AGG der hieraus entstandene Vermögensschaden und gem. § 15 II AGG ein Nichtvermögensschaden ersetzt verlangt werden.

Vorliegend war ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 3 I 1 AGG gegeben, da der Kl. aufgrund seines Alters eine weniger günstige Behandlung erfahren hatte, als die Mitbewerberin Frau S. Zwar hatte die Bekl. bis zuletzt bestritten, den Kl. wegen seines Alters abgelehnt zu haben. Doch griff zugunsten des Kl. die Beweislastregelung des § 22 AGG ein, wonach der Anspruchsteller nur Indizien vortragen muss, die eine Benachteiligung wegen eines verbotenen Merkmals vermuten lassen. Solche Indizien können z.B. die bereits AGG-widrig ausgeschriebene Stellenanzeige („junge(n) Volljuristen/Volljuristin“) oder die Einstellung eines deutlich jüngeren Bewerbers sein. Beide Merkmale waren hier erfüllt, so dass der Kl. seiner Beweislast gem. § 22 AGG genüge getan hatte. Da auch §§ 8 – 10 AGG die Benachteiligung nicht ausnahmsweise erlaubten, waren die anspruchsbegründenden Umstände in der Person des Kl. erfüllt. Somit konnte er auch einen Nichtvermögensschaden gem. § 15 II AGG ersetzt verlangen, da dieser nichts weiter voraussetzt – insbesondere müssen weder Verschulden noch Schaden vorgetragen werden. Die Höhe des Schmerzensgeldanspruchs setzt der Senat hier in Übereinstimmung mit dem LAG jedoch mit bloß einem Monatsgehalt fest. Bei der Bemessung sind alle Umstände des Einzelfalles, insbesondere Art und Schwere der Benachteiligung, ihre Dauer und Folgen etc. zu berücksichtigen. Da hier kein schwerwiegender Fall einer Diskriminierung vorlag, hielt der Senat es zu Recht für nicht angezeigt, eine höhere Entschädigung auszuurteilen. Insgesamt scheint die Rechtsprechung die 3-Monatsgehälter-Grenze des § 15 II 2 AGG als Obergrenze für einen Schmerzensgeldanspruch auch dann anzunehmen, wenn der in § 15 II 2 AGG geforderte Nachweis des Arbeitgebers nicht gelingt. Denn ein Strafschadensersatzssystem wie es insb. aus dem US-amerikanischen Rechtssystem bekannt ist (sog. punitive damages) kann der Gesetzgeber auch mit § 15 II AGG nicht vor Augen gehabt haben. Es wäre mit dem Genugtuungsprinzip nicht vereinbar (vgl. auch Klode, NJOZ 2009, 1762 / a.A. wohl Behr, Chicago Kent Law Review, Vol. 78 [2003], 105 [123 ff.] und BGH, NJW 1995, 861 [Caroline I] in dem der Senat davon spricht, dass der Schadensersatz

im Bereich des Persönlichkeitsrechts „eine abschreckende“ Wirkung haben soll).

Ein Anspruch des Kl. gem. § 15 I AGG war jedoch nicht gegeben. Hierzu hätte er vortragen und beweisen müssen, dass ihm aus der Benachteiligung ein materieller Schaden i.S.d. §§ 249 ff. BGB entstanden ist. Hiervon befreit auch § 22 AGG nicht. Bei der Regelung handelt sich um eine „Beweisführungserleichterung“, nicht um eine völlige Umkehr der Beweislast. Der Kl. konnte jedoch nicht beweisen, dass er bei benachteiligungsfreier Auswahl eingestellt worden wäre. Zwar war er wie Frau S. im Bereich des Lizenz- und Vergaberechts tätig, dies jedoch nicht vorwiegend im Bereich des Zivilrechts und zudem als selbständiger Rechtsanwalt. Hier mögen sich nach Ansicht des Senats Überschneidungen zur ausgeschriebenen Tätigkeit ergeben. Diese begründen aber noch keine zwingende Einstellung des Kl. aufgrund seiner beruflichen Erfahrung. Schließlich waren auch die Examensergebnisse des Kl. nicht von entscheidender Bedeutung, da die Bekl. den Fokus auf die Berufserfahrung der Bewerber gelegt hatte. Insoweit half es dem Kl. auch nicht, dass er Frau S. im Verfahren maximal die „Qualifikation einer besseren Sekretärin“ zuerkannte, die „allenfalls juristische Karr-, Zuarbeiter- und Hilfsdienste“ vorgenommen hätte (Rn. 83 f. des Urteils).

#### **Vertiefungshinweise:**

- Zum AGG: *Bauer/Thüsing/Schunder*, NZA 2006, 774; *Klode*, NJOZ 2009, 1762 (Strafschadensersatz)
- Zum Ersatzanspruch des § 15 AGG: *Jacobs*, RdA 2009, 193; *Stoffels*, RdA 2009, 204; *Böhm*, DB 2008, 2193; *BAG*, NJW 2010, 554; *LAG Hamburg*, NZA 2010, 629; *LAG Köln*, NZA-RR 2010, 234

#### **Leitsätze (der Redaktion):**

- 1. Der Anspruch aus § 15 II AGG ist als immaterieller Schadensersatzanspruch dem § 253 II BGB nachgebildet; er verlangt jedoch weder das Vorliegen von Verschulden noch die Darlegung eines Schadens.**
- 2. Die Höhe des Anspruchs aus § 15 II AGG orientiert sich am Einzelfall unter Berücksichtigung von Art und Schwere der Benachteiligung, ihrer Dauer und Folgen, Art und Beweggrund des Handelns.**
- 3. Der Anspruch aus § 15 I AGG setzt die Darlegung eines materiellen Schadens i.S.d. §§ 249 ff. BGB voraus. § 22 AGG dient dem Antragsteller hierbei als „Beweisführungserleichterung“, enthält aber keine Beweislastumkehr.**

#### **Sachverhalt:**

Der Kläger verlangt von der Beklagten Schadensersatz und Entschädigung wegen Nichtberücksichtigung bei einem Stellenbesetzungsverfahren. Der 1958 geborene

Kläger hat beide juristischen Staatsexamina mit „gut“ bestanden und ist seit 1988 als selbständiger Rechtsanwalt tätig.

Die Beklagte schaltete im März 2007 eine Stellenanzeige in der Neuen Juristischen Wochenschrift (NJW) 11/2007 mit folgendem Inhalt: „Die T GmbH ist ein Lizenzhandelsunternehmen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten BR, MDR, SWR sowie des Schweizer Fernsehens SRG SSR idée suisse. Zum sofortigen Eintritt suchen wir für unsere Rechtsabteilung - zunächst auf ein Jahr befristet - eine(n) junge(n), engagierte(n) Volljuristin/Volljuristen. Ihre Aufgaben umfassen insbesondere die Verhandlung und Erstellung von Lizenzverträgen für die Bereiche ‚Programmbeschaffung‘ und ‚Internationaler Programmvertrieb‘. Sie verfügen über befriedigende Examina, erste Berufserfahrungen (bis 2 Jahre)

im Medienbereich bzw. Lizenzgeschäft, Teamfähigkeit, Belastbarkeit und ein überzeugendes Auftreten. Verhandlungssichere Englischkenntnisse sind erforderlich; Französischkenntnisse sind von Vorteil. Wir freuen uns auf Ihre Bewerbung unter Angabe Ihrer Gehaltsvorstellungen an: ...“

Auf diese Anzeige bewarb sich der Kläger am 26. März 2007 mit folgender E-Mail:

„Sehr geehrte Damen und Herren, Sie suchen für ein Jahr befristet einen Volljuristen für den Bereich des Aushandelns und des Erstellens von Lizenzverträgen. Ich denke, daß ich Ihre Anforderungen vollumfänglich erfülle. Ich bin seit 20 Jahren umfassend im Zivil- und Wirtschaftsrecht und besonders auch im Lizenz- und Vertragsrecht tätig; einige hundert einschlägige Verträge/AGBen habe ich selbst entworfen, deutlich mehr habe ich begutachtet/begleitet. Mein Schwerpunkt liegt im Bereich des Immaterialgüterrechts, was jedoch auch zur Folge hat, daß ich meine meist gewerblichen Mandanten in allen wirtschaftsrechtlich relevanten Angelegenheiten (ausgenommen Familienrecht und Verwaltungsrecht) umfassend betreue. Kurz zu meinen papiernen Qualifikationen: Beide Staatsexamina (Hessen) ‚gut‘, Promotion (Hessen, EDV-Recht) ‚summa cum laude‘, ca. 200 primär einschlägige Publikationen (...) Mit freundlichen Grüßen ...“

Mit Schreiben vom 10. April 2007 teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass er für die vakante Stelle leider nicht in Betracht komme. Ende April 2007 schloss die Beklagte einen befristeten Arbeitsvertrag mit der damals 33-jährigen Frau S. zu einem Bruttojahresgehalt von 43.472,00 Euro, zahlbar in 13 Monatsraten zu 3.344,00 Euro, vereinbart. Frau S. hatte beide juristischen Staatsprüfungen mit „ausreichend“ bestanden und war vor der Aufnahme ihrer Tätigkeit bei der Beklagten bei der „N Filmgesellschaft mbH“ beschäftigt und dort ausweislich des Zeugnisses vom 2. Juli 2007 u.a. mit der Prüfung und Erstellung von Lizenz- und

Vertriebsverträgen in deutscher und englischer Sprache befasst.

Mit seiner am 9. Juli 2007 beim Arbeitsgericht München eingegangenen und der Beklagten am 19. Juli 2007 zugestellten Klage hat der Kläger einen Schadensersatz- und einen Schmerzensgeldanspruch sowie einen Auskunftsanspruch über die Höhe der maximal vorgesehenen Jahresvergütung für das Stellenangebot in der NJW 11/2007 geltend gemacht.

Der Kläger behauptet, seine Bewerbung sei ausschließlich wegen seines Alters nicht berücksichtigt worden. Im Übrigen ist der Kläger der Ansicht, die Vermutungswirkung des § 22 AGG erstrecke sich auch darauf, dass er als der bestqualifizierte Bewerber ohne die erfolgte Diskriminierung tatsächlich eingestellt worden wäre. Infolgedessen müsse die Beklagte beweisen, dass bei der Entscheidung für Frau S das Alter des Klägers keine Rolle gespielt habe.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie meint, die Vermutung des § 22 AGG erstrecke sich nicht darauf, dass der Kläger bei benachteiligungsfreier Auswahl eingestellt worden wäre. Tatsächlich sei dieser nicht der bestgeeignete Bewerber gewesen. Im Gegensatz zu der eingestellten Frau S verfüge er über keine einschlägige Erfahrung in der Medien- und Filmbranche. Entscheidend für die Einstellung von Frau S seien deren Erfahrung, deren spezifische Kenntnisse sowie eine Einstellungsempfehlung der vormaligen Stelleninhaberin gewesen.

Das Arbeitsgericht und das Landesarbeitsgericht haben der Entschädigungsklage in Höhe eines Monatsgehalts stattgegeben und die Klage im Übrigen abgewiesen.

#### **Aus den Gründen:**

[19] Die Revision des Klägers und die Anschlussrevision der Beklagten sind zulässig, aber unbegründet.

#### **A. Ausführungen des LAG**

[22] Das Landesarbeitsgericht hat einen Schadensersatzanspruch des Klägers nach § 15 Abs. 1 AGG verneint, da sich die Vermutungsregelung des § 22 AGG nicht auf die Kausalität zwischen Benachteiligung und Schaden erstrecke. Der Kläger hätte mithin darlegen und beweisen müssen, dass er bei diskriminierungsfreier Auswahl die Stelle erhalten hätte. Dies habe er nicht getan. Zwar habe er im Gegensatz zur eingestellten Bewerberin S die besseren Examensergebnisse erzielt, in der Stellenanzeige seien aber auch Berufserfahrung im Medienbereich bzw. Lizenzgeschäft gefordert worden. Der Kläger habe den Vortrag der Beklagten, die eingestellte Frau S sei wegen ihrer einschlägigen Berufserfahrung besser geeignet und schneller einsetzbar gewesen, nicht widerlegt. Die selbstständige anwaltliche Tätigkeit des Klägers weise zwar mit der Tätigkeit in einer Rechtsabteilung gewis-

se Überschneidungen auf, dennoch sei es eine andere Tätigkeit, so dass nicht von einer einschlägigen Berufserfahrung des Klägers gesprochen werden könne. Es sei vor dem Hintergrund, dass die Stelle keine sehr hohen juristischen Anforderungen stelle, nicht zu beanstanden, dass die Beklagte bei der Bewerberauswahl ein größeres Gewicht auf die einschlägige Berufserfahrung als auf die Noten im Staatsexamen gelegt habe.

#### **B. Entscheidung des BAG**

[23] Die Revision des Klägers ist unbegründet, weil ihm die über den ausgerichteten Entschädigungsbetrag hinaus geltend gemachten Ansprüche nicht zustehen.

#### **I. Persönlicher Anwendungsbereich**

##### **1. Kl. als Anspruchsberechtigter**

[29] Nach § 7 Abs. 1 AGG dürfen Arbeitgeber Beschäftigte nicht wegen ihres Alters oder wegen eines anderen in § 1 genannten Grundes benachteiligen. Der Kläger unterfällt dem persönlichen Anwendungsbereich des AGG, da er als Beschäftigter gilt und die Beklagte Arbeitgeberin ist.

[30] Nach § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG gelten als Beschäftigte auch Bewerberinnen und Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis.

[31] Der Kläger ist ein solcher Bewerber. Der Begriff „Bewerber“ im Sinne des AGG setzt nicht die objektive Eignung eines Bewerbers für die in Aussicht genommene Stelle voraus. Vielmehr ist die objektive Eignung eines Bewerbers eine Frage, ob eine „vergleichbare Situation“ iSd. § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG vorliegt, welche Voraussetzung für die Annahme einer unmittelbaren Benachteiligung ist (vgl. Senat, NZA 2010, 872; NJW 2010, 2970).

[32] Ob die subjektive Ernsthaftigkeit der Bewerbung Tatbestandsvoraussetzung für Ansprüche nach §§ 15, 6 AGG ist, hat der Senat bislang ausdrücklich offengelassen (vgl. Senat, NZA 2010, 872), sie bedarf auch hier keiner Entscheidung. Es sind aufgrund der Feststellungen des Landesarbeitsgerichts und des Parteivorbringens keine Anhaltspunkte erkennbar, die gegen die Ernsthaftigkeit der Bewerbung des Klägers sprechen.

[33] Der Einwand der Beklagten, die subjektive Ernsthaftigkeit der Bewerbung fehle, da der Kläger der Aufforderung in der Anzeige, seine Gehaltsvorstellungen mitzuteilen, nicht nachgekommen sei, greift nicht durch. Der Kläger hat nachvollziehbar erläutert, weshalb er sich bessere Einstellungschancen ausgerechnet hat, wenn er seine Gehaltsvorstellungen erst in einem persönlichen Gespräch darlegt.

##### **2. Bekl. als Anspruchsverpflichtete**

[34] Die Beklagte ist Arbeitgeber iSd. § 15 AGG. Sie

ist als Gesellschaft mit beschränkter Haftung eine juristische Person und sie beschäftigt Arbeitnehmer (§ 6 Abs. 2 Satz 1 AGG).

### 3. Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot

[49] Der für einen Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG erforderliche Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot liegt vor.

#### a) Objektive Anforderungen

[50] Gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG liegt eine unmittelbare Benachteiligung vor, wenn ein Beschäftigter wegen eines in § 1 genannten Grundes - zu denen auch das Alter zählt - eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.

#### b) Subsumtion

[51] Der Kläger hat im Bewerbungsverfahren um die ausgeschriebene Stelle eine weniger günstige Behandlung erfahren als die eingestellte Bewerberin S. Seine Bewerbung wurde abgelehnt, ohne dass er zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen worden war. Eine Benachteiligung kann in der Versagung einer Chance liegen. Durch die Nichteinladung wurde dem Kläger die Chance auf Einstellung versagt (vgl. Senat 28. Mai 2009 - 8 AZR 536/08 - Rn. 31, AP AGG § 8 Nr. 1 = EzA AGG § 8 Nr. 1).

[52] Der Kläger und die Bewerberin S befanden sich in einer vergleichbaren Situation, da beide objektiv für die ausgeschriebene Stelle eines Volljuristen geeignet waren.

[53] Die vom Landesarbeitsgericht festgestellten Tatsachen lassen eine Benachteiligung des Klägers wegen seines Alters vermuten.

[54] Eine weniger günstige Behandlung wegen des Alters ist bereits dann gegeben, wenn die Benachteiligung an das Alter anknüpft oder durch sie motiviert ist. Ausreichend ist, dass das Alter Bestandteil eines Motivbündels ist, das die Entscheidung beeinflusst hat. Auf ein schuldhaftes Handeln oder gar eine Benachteiligungsabsicht kommt es nicht an (Senat 22. Januar 2009 - 8 AZR 906/07 - AP AGG § 15 Nr. 1 = EzA AGG § 15 Nr. 1).

[55] Hinsichtlich der Kausalität zwischen Nachteil und dem verpönten Merkmal ist in § 22 AGG eine Beweislastregelung getroffen, die sich auch auf die Darlegungslast auswirkt. Der Beschäftigte genügt danach seiner Darlegungslast, wenn er Indizien vorträgt, die seine Benachteiligung wegen eines verbotenen Merkmals vermuten lassen. Dies ist der Fall, wenn die vorgetragenen Tatsachen aus objektiver Sicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schließen lassen, dass die Benachteiligung wegen dieses Merkmals erfolgt ist. Durch die Verwendung der Wörter „Indizien“ und „vermuten“ bringt das Gesetz zum

Ausdruck, dass es hinsichtlich der Kausalität zwischen einem der in § 1 AGG genannten Gründe und einer ungünstigeren Behandlung genügt, Hilfsstatsachen vorzutragen, die zwar nicht zwingend den Schluss auf die Kausalität zulassen, die aber die Annahme rechtfertigen, dass die Kausalität gegeben ist (Senat 20. Mai 2010 - 8 AZR 287/08 (A) - NZA 2010, 1006). Liegt eine Vermutung für die Benachteiligung vor, trägt nach § 22 AGG die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat.

[57] Das Landesarbeitsgericht ist davon ausgegangen, dass sich bereits aus der Stellenanzeige die Vermutung der Benachteiligung des Klägers wegen seines Alters ergibt. § 11 AGG verbietet die Ausschreibung eines Arbeitsplatzes unter Verstoß gegen § 7 Abs. 1 AGG. Eine Ausschreibung verstößt gegen § 7 Abs. 1 AGG, wenn Menschen, die ein in § 1 AGG genanntes Merkmal aufweisen, vom Kreis der für die zu besetzende Stelle in Betracht kommenden Personen ausgeschlossen werden.

[58] Die von der Beklagten zu besetzende Stelle als Volljurist/in ist unter Verstoß gegen § 11 AGG ausgeschrieben worden, da das Alter als Einstellungsvoraussetzung genannt ist. Nach der Stellenanzeige werden „junge“ Volljuristinnen/Volljuristen gesucht. Mit dieser Einschränkung werden solche Personen, die nicht mehr „jung“ sind, vom Kreis derer, die für die zu besetzende Stelle in Betracht kommen, ausgeschlossen.

[59] Da der Verstoß gegen die Verpflichtung, einen Arbeitsplatz nicht unter Verstoß gegen § 7 Abs. 1 AGG auszuschreiben, die Vermutung begründen kann, die Benachteiligung sei wegen des in der Ausschreibung bezeichneten verbotenen Merkmals erfolgt (vgl. Senat 5. Februar 2004 - 8 AZR 112/03 - BAGE 109, 265 = AP BGB § 611a Nr. 23 = EzA BGB 2002 § 611a Nr. 3 zu § 611b BGB aF), ist die vom Landesarbeitsgericht angenommene Vermutung einer altersbedingten Diskriminierung des Klägers revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Dabei ist es nicht entscheidend, dass der Begriff „jung“ nicht eindeutig zu definieren ist. Auf jeden Fall liegt dann ein Indiz für die Benachteiligung eines Bewerbers wegen seines Alters vor, wenn ein anderer deutlich jüngerer Bewerber eingestellt worden ist. Dies war vorliegend der Fall.

[60] cc) Da der Kläger somit Tatsachen vorgetragen hat, die seine Benachteiligung wegen seines Alters vermuten lassen, trägt die Beklagte nach § 22 AGG die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorliegt.

[62] Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht seiner Entscheidung zugrunde gelegt, dass die Beklagte nicht bewiesen hat, dass es ausschließlich andere Gründe als das Alter des Klägers waren, die zu dessen weniger günstigen Behandlung geführt haben (...).

#### 4. Keine Rechtfertigung gem. §§ 8, 10 AGG

[63] Anhaltspunkte für die Zulässigkeit der unterschiedlichen Behandlung nach §§ 8, 10 AGG sind von der Beklagten nicht vorgetragen worden.

#### 5. Anspruchshöhe

##### a) Anspruch aus § 15 II AGG

[64] Da der Kläger wegen seines Alters von der Beklagten benachteiligt worden ist, hat er gemäß § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG Anspruch auf eine angemessene Entschädigung in Geld. Der Entschädigungsanspruch setzt weder ein Verschulden der Beklagten voraus noch bedarf es der gesonderten Feststellung des Eintritts eines immateriellen Schadens (Senat 22. Januar 2009 - 8 AZR 906/07 - AP AGG § 15 Nr. 1 = EzA AGG § 15 Nr. 1).

[65] § 15 Abs. 2 AGG entspricht § 253 BGB. Dies bedeutet, dass dem Gericht ein Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Höhe der Entschädigung eingeräumt wird, um bei der Prüfung der Angemessenheit der Entschädigung die Besonderheiten jedes einzelnen Falles angemessen berücksichtigen zu können. Hängt die Höhe des Entschädigungsanspruchs von einem Beurteilungsspielraum ab, ist die Bemessung des Entschädigungsanspruchs grundsätzlich Aufgabe des Tatrichters. Die Festsetzung der angemessenen Entschädigung obliegt demnach nur einer eingeschränkten Überprüfung durch das Revisionsgericht. Dabei ist revisionsrechtlich zu überprüfen, ob das Urteil das Bemühen um eine angemessene Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände erkennen lässt und ob es gegen Rechtssätze, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt (Senat 22. Januar 2009 - 8 AZR 906/07 - AP AGG § 15 Nr. 1 = EzA AGG § 15 Nr. 1).

[66] Nach § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG darf die Entschädigung bei einer Nichteinstellung drei Monatsgehälter nicht übersteigen, wenn der oder die Beschäftigte auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre. In diesem Fall ist vom Tatsachenrichter zunächst die Höhe einer angemessenen und der Höhe nach nicht begrenzten Entschädigung zu ermitteln und diese dann, wenn sie drei Monatsentgelte übersteigen sollte, zu kappen (Stein in Wendeling-Schröder/Stein § 15 Rn. 44).

[69] Bei der Festsetzung der angemessenen Entschädigung durch das Tatsachengericht sind alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Zu diesen zählen etwa die Art und Schwere der Benachteiligung, ihre Dauer und Folgen, der Anlass und der Beweggrund des Handelns, der Grad der Verantwortlichkeit des Arbeitgebers, etwa geleistete Wiedergutmachung oder erhaltene Genugtuung und das Vorliegen eines Wiederholungsfalles. Ferner ist der Sanktionszweck der Norm zu berücksichtigen, so dass die Höhe auch danach zu bemessen ist, was zur Erzielung einer ab-

schreckenden Wirkung erforderlich ist. Dabei ist zu beachten, dass die Entschädigung geeignet sein muss, eine wirklich abschreckende Wirkung gegenüber dem Arbeitgeber zu entfalten und in jedem Fall in einem angemessenen Verhältnis zum erlittenen Schaden stehen muss (Senat 22. Januar 2009 - 8 AZR 906/07 - AP AGG § 15 Nr. 1 = EzA AGG § 15 Nr. 1).

[70] Das angefochtene Urteil lässt das Bemühen um eine angemessene Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände erkennen und verstößt nicht gegen Rechtssätze, Denkgesetze oder Erfahrungssätze. Infolgedessen hält sich die Festsetzung einer Entschädigung iHv. 3.344,00 Euro im Rahmen des tatrichterlichen Beurteilungsspielraumes.

##### b) § 15 I AGG

[74] Soweit der Kläger einen Auskunftsanspruch und einen Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 15 Abs. 1 AGG geltend macht, ist seine Klage unbegründet.

##### aa) Umfang gem. §§ 249 ff. BGB und Beweislast

[75] § 15 Abs. 1 AGG begründet einen Anspruch auf Ersatz des durch die verbotene Benachteiligung entstandenen materiellen Schadens. Für den Umfang des Schadensersatzes gelten die §§ 249 ff. BGB, wobei allerdings § 15 Abs. 6 AGG in den dort genannten Fällen eine Naturalrestitution nach § 249 Abs. 1 BGB ausschließt. Nach § 252 BGB umfasst der zu ersetzende Schaden auch den entgangenen Gewinn und mithin das entgangene Arbeitsentgelt.

[76] Für den Umstand, dass ein Bewerber die Stelle ohne die unzulässige Benachteiligung tatsächlich erhalten hätte, also für die haftungsausfüllende Kausalität zwischen der Benachteiligung und dem entstandenen Schaden, ist nach den allgemeinen Beweislastregeln der Bewerber darlegungs- und beweispflichtig.

[77] Grundsätzlich trägt der Anspruchsteller die Darlegungs- und Beweislast für sämtliche anspruchsbegründenden Tatsachen, während der Anspruchsgegner die rechtsvernichtenden,

rechtshindernden und rechtshemmenden Tatbestandsmerkmale darlegen und ggf. beweisen muss (vgl. oben II 2 c aa). Hiernach hat ein Bewerber, der einen Schadensersatzanspruch nach § 15 Abs. 1 AGG verfolgt, ua. darzulegen und ggf. zu beweisen, dass ein Schaden bei ihm eingetreten ist und dieser kausal auf die Benachteiligungshandlung zurückzuführen ist.

[80] Auch § 22 AGG geht von dem allgemeinen Grundsatz aus, dass eine Partei, die eine bestimmte Rechtsfolge für sich in Anspruch nehmen will, grundsätzlich die anspruchsbegründenden Tatsachen darlegen und beweisen muss. Da eine diskriminierte Person die Tatsachen, die sich in der Sphäre des Diskriminierenden abspielen, häufig nicht kennt und in der Regel auch den Nachweis einer bestimmten Motivation des Diskriminierenden nicht erbringen kann, bezweckt §

22 AGG, dass der Anspruchsteller durch eine „Beweisführungserleichterung“ der ihm nach wie vor grundsätzlichen obliegenden Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen einer unzulässigen Benachteiligung durch den Arbeitgeber leichter nachkommen kann.

*bb) Subsumtion*

[83] Zutreffend geht das Landesarbeitsgericht des Weiteren davon aus, der Kläger habe nicht dargelegt, dass er bei benachteiligungsfreier Auswahl die Stelle erhalten hätte. Er hat zwar vorgetragen, Frau S besitze „allenfalls eine Qualifikation einer besseren Sekretärin“, während er Hunderte von Verträgen ausgehandelt und entworfen habe, überwiegend im Lizenzrecht tätig gewesen sei und während seiner 20-jährigen Berufstätigkeit wiederholt extrem komplexe und richtungsweisende Verfahren, etwa zur Frage der Verwertungsrechte bei Filmen und Filmmusiken geführt habe. Mit diesem Vorbringen allein hat der Kläger seine bessere Eignung jedoch nicht belegt. So weist das Landesarbeitsgericht zutreffend darauf hin, dass der Kläger nicht in gleichem Maße über einschlägige Berufserfahrung im Medienrecht verfügt wie die eingestellte Bewerberin S.

[84] Die Beklagte hat in der Stellenanzeige von den Bewerbern Berufserfahrungen (bis zwei Jahre) im Medienbereich bzw. im Lizenzgeschäft gefordert, um die Aufgabe, welche insbesondere in der „Verhandlung und Erstellung von Lizenzverträgen für die Bereiche Programmbeschaffung und Internationaler Programm-

vertrieb“ liegt, zu erfüllen. Der Kläger hat nicht vorgetragen, dass er über solche Erfahrungen in größerem Maße verfügt als die Bewerberin S. Deren Qualifikation ergibt sich insbesondere aus ihrem Bewerbungsschreiben und dem vorgelegten Zeugnis. Der Vortrag des Klägers, aus dem Zeugnis der Frau S, welches „natürlich, wie üblich, die Zeugin selbst entworfen hat“ ergäben „sich allenfalls juristische Karr-, Zuarbeiter- und Hilfsdienste“ ist eine abwertende, unbeachtliche „Behauptung ins Blaue“. Vielmehr ergibt sich aus dem Zeugnis, dass die Bewerberin S im Medienbereich fünf Jahre tätig war und dort Lizenz- und Vertriebsverträge in deutscher und englischer Sprache erstellt und geprüft hat und damit bei ihrem vorherigen Arbeitgeber eine annähernd identische Tätigkeit in einem mit der ausgeschriebenen Stelle vergleichbaren Umfeld, nämlich einer Rechtsabteilung, ausgeübt hat. Hieraus folgt, worauf das Landesarbeitsgericht auch zutreffend abstellt, dass die Bewerberin S über eine solche einschlägige Berufserfahrung verfügt, die es der Beklagten gestattete, Frau S ohne Einarbeitungszeit einzusetzen.

[87] Da der Kläger keinen Schadensersatzanspruch hat, besteht für ihn auch kein Informationsbedürfnis bzgl. der „maximal vorgesehenen Jahresvergütung“ für die ausgeschriebene Stelle. Wegen des Fehlens dieses Informationsbedürfnisses steht dem Kläger der geltend gemachte Auskunftsanspruch gegen die Beklagte nicht zu (vgl. BAG 15. Juni 1993 - 9 AZR 558/91 - BAGE 73, 229 = AP BGB § 611 Konkurrenzklausele Nr. 40 = EzA HGB § 74 Nr. 55).

**Standort: Kaufrecht**

**Problem: Wertersatz**

BGH, URTEIL VOM 03.11.2010  
VIII ZR 337/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Mit Vertrag vom 09.08.2008 schlossen die Parteien einen Kaufvertrag über ein Wasserbett „Las Vegas“ zum Preis von 1.265 €. In der Widerrufsbelehrung wird der Käufer darauf hingewiesen, dass im Falle eines Widerrufs Wertersatz anfallt – dies insbesondere wenn die Matratze mit Wasser befüllt werde, da in diesem Fall eine Veräußerung als neuwertig nicht mehr möglich sei.

Am 01.09.2009 wurde das Bett gegen Barzahlung geliefert. Der Kl. befüllte die Matratze mit Wasser und benutzte das Bett drei Tage lang. Am 05.09.2009 übte er sein Widerrufsrecht aus und verlangte den Kaufpreis zurück. Die Bekl. rechnete mit einem Wertersatzanspruch auf und erstattete lediglich einen Betrag von 258 €, da nach der Befüllung mit Wasser allein die Heizung des Bettes im neuwertigen Zustand sei.

Der Kl. verlangt nun den restlichen Kaufpreis in Höhe

von 1.007 €.

**Prüfungsrelevanz:**

Die Examensrelevanz des Widerrufsrechts ist nach wie vor als besonders hoch einzuschätzen. Dies gilt nicht nur wegen der zahlreichen Entscheidungen aus der jüngeren Vergangenheit, sondern insbesondere auch wegen des spürbaren EG-rechtlichen Einschlags, den die §§ 312 ff. BGB seit jeher erfahren. Die vorliegende Entscheidung zeigt einmal mehr, dass neben der einschlägigen Rechtsprechung auch die sog. Fernabsatzrichtlinie 97/7/EG in Grundzügen bekannt sein sollte. In Zweifelsfällen bietet diese eine sichere Auslegungshilfe.

Im Mittelpunkt der Entscheidung steht wieder einmal die Frage, mit welchen Kosten der Verbraucher im Falle eines Widerrufs belastet werden darf (vgl. auch BGH, RA 2010, 498; EuGH, RA 2010, 208 u. 2009, 643). Übt der Verbraucher sein Widerrufsrecht nach § 312 d BGB aus, kann er gem. §§ 355 I 1, 357 I 1, 346 I, 348 BGB Zug um Zug gegen Rückgabe der Kaufsa-



che den gezahlten Kaufpreis zurückverlangen. § 346 II Nr. 3 BGB eröffnet jedoch dem Verkäufer jedoch die Möglichkeit, Wertersatz zu verlangen, soweit der empfangene Gegenstand sich verschlechtert hat oder untergegangen ist; jedoch bleibt die durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme entstandene Verschlechterung außer Betracht. Abweichend hiervon bestimmt § 357 III 1 BGB, dass der Verbraucher auch für Verschlechterungen aufgrund bestimmungsgemäßer Ingebrauchnahme Wertersatz zu leisten hat, wenn er hierauf spätestens bei Vertragsschluss in Textform hingewiesen worden ist. Allerdings stellt § 357 III 2 a.F. BGB (nun S. 3) klar, dass eine Prüfung der Sache keine bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme darstellt. Insoweit war hier entscheidend, ob das Befüllen mit Wasser – denn nur hierauf stützte die Bekl. ihren Wertersatzanspruch – eine bloße Prüfung der Sache darstellt oder darüber hinaus geht. Der Senat nimmt an, dass es sich um eine bloße Prüfung handelt und bezieht sich dabei auf die Regierungsbegründung (BT-Drs. 14/6040, S. 199 f.) und Art. 6 der Fernabsatzrichtlinie (97/7EG). Insbesondere die Fernabsatzrichtlinie ist im Lichte zweier Urteile des EuGH (RA 2010, 208 = ZIP 2010, 839 u. NJW 2009, 3015) zu lesen, die klarstellen, dass der Verkäufer vor jeglichen Kosten geschützt sein soll, die ihn von der Ausübung seines Widerrufsrechts abschrecken würden. Das Befüllen der Matratze mit Wasser ist vor diesem Hintergrund als reines Ausprobieren der Sache einzuordnen, da es anders nicht ausprobiert werden kann (ebenso: das Auspacken und Aufbauen von Möbeln, die Testfahrt mit einem Pkw; nicht mehr dagegen: das Zulassen eines Pkw, da dies eine Wertminderung von ca. 20 % mit sich bringt, vgl. Rn. 24 f. des Urteils).

Nicht zu entscheiden war die Frage, ob das dreitägige Benutzen des Bettes über ein bloßes Ausprobieren hinausgeht. Allein das Berufungsgericht hatte angedeutet, dass sich dies noch im Rahmen einer Sachprüfung bewegen dürfte (Rn. 14). Hieran können nach der Lektüre des BGH-Urteils allerdings Zweifel bestehen – der Senat betont mehrfach, dass er sich zur Frage nicht äußern musste.

#### **Vertiefungshinweise:**

Zur Wertersatzpflicht nach Widerruf: *BGH*, NJW 2010, 2868; ZIP 2010, 230; NJW 2010, 989; *EuGH*, NJW 2009, 2240; *Stempel*, ZEuP 2010, 928; *Engels*, K&R 2010, 36

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Existenzgründung auf Raten"

#### **Leitsatz:**

**Der Verbraucher, der im Fernabsatz ein Wasserbett gekauft hat, schuldet im Falle des Widerrufs**

**keinen Ersatz für die Wertminderung, die dadurch eintritt, dass er die Matratze des Betts zu Prüfungszwecken mit Wasser befüllt.**

#### **Sachverhalt:**

Der Kläger nimmt den Beklagten, der über das Internet Wasserbetten zum Verkauf anbietet, auf Rückzahlung des Kaufpreises für ein Wasserbett in Anspruch. Am 9. August 2008 schlossen die Parteien per E-Mail einen Kaufvertrag über ein Wasserbett "Las Vegas" zum Preis von 1.265 €. Das Angebot des Beklagten war dem Kläger per E-Mail als angehängte PDF-Datei übersandt worden. Der Text der E-Mail enthält eine Widerrufsbelehrung. Zu den Widerrufsfolgen heißt es dort u.a.:

"Im Hinblick auf die o. g. Widerrufsbelehrung weisen wir ergänzend darauf hin, dass durch das Befüllen der Matratze des Wasserbettes regelmäßig eine Verschlechterung eintritt, da das Bett nicht mehr als neuwertig zu veräußern ist."

Das Wasserbett wurde am 1. September 2008 gegen Barzahlung beim Kläger angeliefert. Der Kläger baute das Wasserbett auf, befüllte die Matratze mit Wasser und benutzte das Bett sodann drei Tage lang. Mit einer E-Mail vom 5. September 2008 übte er sein Widerrufsrecht aus. In dem Schreiben heißt es:

"...leider muss ich Ihnen mitteilen, dass ich bezüglich des Wasserbettkaufs von meinem Rückgaberecht Gebrauch machen möchte. In den letzten Tagen hatten wir die Möglichkeit dieses ausgiebig zu testen."

Nach Abholung des Wasserbetts forderte der Kläger den Beklagten zur Rückzahlung des Kaufpreises auf. Der Beklagte erstattete lediglich einen Betrag von 258 € und machte geltend, dass das Bett nicht mehr verkäuflich sei; lediglich die Heizung mit einem Wert von 258 € sei wieder verwertbar.

Das Amtsgericht hat der auf Rückzahlung des restlichen Kaufpreises von 1.007 € sowie auf Zahlung vorgerichtlicher Anwaltskosten von 155,30 € - jeweils nebst Zinsen - gerichteten Klage stattgegeben. Die dagegen gerichtete Berufung des Beklagten ist ohne Erfolg geblieben. Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte sein Klageabweisungsbegehren weiter.

#### **Aus den Gründen:**

[7] Die Revision hat keinen Erfolg.

#### **A. Ausführungen des Berufungsgerichts**

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

[9] Dem Kläger stehe der geltend gemachte Rückzahlungsanspruch aufgrund des nach §§ 312d, 355 BGB wirksamen Widerrufs gemäß § 346 Abs. 1 BGB zu. Der Beklagte habe dagegen nicht wirksam mit einem Wertersatzanspruch nach § 357 Abs. 3 Satz 1 BGB in

Höhe der Klageforderung aufgerechnet.

### B. Entscheidung des BGH

[15] Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung stand; die Revision ist daher zurückzuweisen.

[16] Zutreffend und von der Revision nicht angegriffen ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass der Kläger aufgrund des von ihm fristgerecht erklärten Widerrufs des mit dem Beklagten geschlossenen Fernabsatzvertrags gemäß § 312d Abs. 1 Satz 1, § 355 Abs. 1 Satz 1, § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB in Verbindung mit § 346 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises hat, hier also des noch offenen Restbetrags von 1.007 €. Dem Beklagten steht demgegenüber, wie das Berufungsgericht ebenfalls mit Recht angenommen hat, kein aufrechenbarer Gegenanspruch auf Wertersatz gemäß § 357 Abs. 3 Satz 1 BGB zu.

#### I. Wertersatzpflicht nach derzeitiger Gesetzeslage

[17] Gemäß § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB finden auf das Widerrufsrecht des Verbrauchers gemäß § 355 BGB, soweit nichts anderes bestimmt ist, die Vorschriften über den gesetzlichen Rücktritt entsprechende Anwendung. Nach der für den gesetzlichen Rücktritt geltenden Vorschrift des § 346 Abs. 1 BGB sind die empfangenen Leistungen von den Vertragsparteien einander zurückzugewähren. In § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB wird bestimmt, dass der Schuldner statt der Rückgewähr Wertersatz zu leisten hat, soweit der empfangene Gegenstand sich verschlechtert hat oder untergegangen ist; jedoch bleibt die durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme entstandene Verschlechterung außer Betracht. Abweichend davon ist in § 357 Abs. 3 Satz 1 BGB für das Widerrufsrecht des Verbrauchers geregelt, dass der Verbraucher Wertersatz für eine durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme der Sache entstandene Verschlechterung zu leisten hat, wenn er spätestens bei Vertragsabschluss in Textform auf diese Rechtsfolge und eine Möglichkeit hingewiesen worden ist, sie zu vermeiden. Es bedarf indessen keiner Entscheidung, ob eine bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme im Sinne des § 357 Abs. 3 Satz 1 BGB vorliegt, und ob die dem Kläger erteilte Belehrung inhaltlich den Anforderungen dieser Vorschrift genügt (vgl. dazu etwa Staudinger/Kaiser, BGB, Neubearb. 2004, § 357 Rn. 23; Bamberger/Roth/Grothe, BGB, 2. Aufl., § 355 Rn. 7; Erman/Saenger, BGB, 12. Aufl., § 357 Rn. 19; Palandt/Grüneberg, BGB, 69. Aufl., § 357 Rn. 10; jeweils mwN; Medicus in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 5. Aufl., § 357 Rn. 11 f.) und ob die in § 357 Abs. 3 Satz 1 BGB getroffene Regelung europarechtskonform ist (so z. B. Föhlisch, Das Widerrufsrecht im Onlinehandel, 2009, S. 343 f.; Grigoleit, NJW 2002, 1151, 1154 f.; Staudinger/Kaiser, aaO Rn. 31 mwN;

Bamberger/ Roth/Grothe, aaO, § 357 Rn. 12 mwN; aA z. B. Micklitz/Reich, BB 1999, 2093, 2095; Arnold/Dötsch, NJW 2003, 187).

[18] Denn die in § 357 Abs. 3 Satz 1 BGB geregelte Wertersatzpflicht des Verbrauchers besteht gemäß § 357 Abs. 3 Satz 2 BGB [aF] nicht, wenn die Verschlechterung ausschließlich auf die Prüfung der Sache zurückzuführen ist. Das ist hier der Fall.

#### II. Subsumtion

[19] Der Kläger hat das Wasserbett aufgebaut, die Matratze mit Wasser befüllt und das Bett sodann drei Tage lang benutzt. Nach dem Vorbringen des Beklagten ist dadurch - und zwar bereits durch den Aufbau des Betts und die Befüllung der Matratze mit Wasser - eine Verschlechterung des Wasserbetts eingetreten, weil es nunmehr als gebrauchtes Wasserbett anzusehen ist, als solches nicht mehr verkauft werden kann und deshalb einen Wertverlust in voller Höhe des Kaufpreises (abzüglich des Betrags von 258 € für die wieder verwertbare Heizung) erlitten hat. Dies ist mangels gegenteiliger Feststellungen des Berufungsgerichts für das Revisionsverfahren zu unterstellen. Dabei kommt es allein auf den Aufbau des Betts und die Befüllung der Matratze mit Wasser an, weil die darüber hinaus gehende Benutzung durch den Kläger nach dem Vorbringen des Beklagten nicht zu einer weiter gehenden Verschlechterung geführt hat. Der Aufbau des Betts und die Befüllung der Matratze mit Wasser stellen aber lediglich eine Prüfung der Sache im Sinne des § 357 Abs. 3 Satz 2 BGB [aF] dar.

#### I. Argument: Gesetzesbegründung

[20] Die Regelungen in § 357 Abs. 3 Satz 1 und 2 BGB [aF] sind durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 (BGBl. I S. 3138) eingeführt worden. In der Begründung zum Gesetzentwurf heißt es dazu (BT-Drucks. 14/6040, S. 199 f.):

“Um auszuschließen, dass der Unternehmer dem Verbraucher auch ein (...) Prüfungsrecht im Ergebnis nimmt und ihm auch insoweit das Wertminderungsrisiko auferlegt, bestimmt Satz 2, dass der Verbraucher den aus der bloßen Prüfung herrührenden Wertverlust - unabhängig davon, ob er vom Unternehmer auf ein solches Haftungsrisiko hingewiesen worden ist oder nicht - in keinem Fall tragen muss. Dies bedeutet, dass der Verbraucher für den Wertverlust, den ein Kleidungsstück allein dadurch erleidet, dass es aus der Verpackung genommen und anprobiert wird, oder den ein Buch durch das bloße Aufschlagen und kurzes Durchblättern erleidet, nicht aufzukommen braucht, dass er wohl aber die durch die Erstzulassung eines Pkws entstehende Wertminderung tragen müsste, wenn er entsprechend Satz 1 vom Unternehmer über diese Rechtsfolge und eine Möglichkeit der Vermei-

dung belehrt worden ist. Denn diese Wertminderung ist gerade nicht auf die Prüfung des Pkws zurückzuführen, sondern beruht allein auf der Zulassung des Fahrzeugs und ist damit prüfungsunabhängig. Dagegen dürfte dem Verbraucher der Wertverlust, der dadurch entsteht, dass sich der Verbraucher in den Pkw setzt, alle Instrumente ausprobiert und mit dem Pkw eine kurze Strecke auf nichtöffentlicher Verkehrsfläche zurücklegt, in keinem Fall auferlegt werden.

Satz 2 kommt allerdings vor allem eine klarstellende Funktion zu. Denn § 346 Abs. 2 Nr. 3 2. Halbsatz RE setzt gerade voraus, dass durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme der Sache überhaupt ein Wertverlust eingetreten ist; damit ist die Wertminderung gemeint, die dadurch eintritt, dass die Sache nicht mehr als „neu“ verkauft werden kann. Eine solche Wertminderung tritt aber in der Regel ohnehin nicht durch die bloße Prüfung der Sache, sondern erst durch einen darüber hinausgehenden Gebrauch - oder eben bei Pkws durch die Erstzulassung - ein."

[21] Aus den in der Gesetzesbegründung angeführten Beispielen - insbesondere dem Ausprobieren der Instrumente eines Pkws und der kurzen Testfahrt mit dem Pkw auf nicht- öffentlichem Gelände - ergibt sich, dass der Verbraucher grundsätzlich Gelegenheit haben soll, die durch Vertragsabschluss im Fernabsatz gekaufte Ware in Augenschein zu nehmen und "auszuprobieren". Das setzt bei Möbeln, die im zerlegten Zustand angeliefert werden, das Auspacken und den Aufbau der Möbelstücke voraus, gegebenenfalls auch das Aufblasen, Aufpumpen oder sonstige Befüllen mit einem Füllmedium, wie hier das Befüllen der Matratze mit Wasser. Denn der Verbraucher kann sich nur dann einen ausreichenden Eindruck von dem gekauften Möbelstück machen, wenn es aufgebaut ist. Da es im Streitfall allein auf den Aufbau des Betts und die Befüllung der Matratze mit Wasser ankommt, muss nicht entschieden werden, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang dem Verbraucher auch eine darüber hinaus gehende Nutzung zu Prüfzwecken erlaubt ist (vgl. dazu Erman/Saenger, aaO Rn. 20 f.; Bamberger/Roth/Grothe, aaO, § 357 Rn. 13).

[22] Dass der Aufbau eines im Fernabsatz erworbenen Möbelstücks vom Begriff der Prüfung im Sinne des § 357 Abs. 3 Satz 2 BGB [aF] erfasst wird, ergibt sich auch aus der Fassung der Regelungen in § 357 Abs. 3 Satz 1 und 2 BGB [aF]. Denn die in Satz 2 [aF] geregelte Ausnahme setzt logisch voraus, dass die Voraussetzungen des Satzes 1 erfüllt sind, die Sache also in Gebrauch genommen wurde. Demzufolge erfasst der Begriff der Prüfung in § 357 Abs. 3 Satz 2 BGB [aF] auch eine Ingebrauchnahme der Sache, jedenfalls dann, wenn die Ingebrauchnahme zu Prüfzwecken erforderlich ist (vgl. auch Erman/Saenger, aaO; Bamberger/Roth/Grothe, aaO). Das schließt auch den notwendigen Aufbau eines Möbelstücks zu Prüfzwecken

ein. Dafür spricht schließlich auch die Gesetzesbegründung, nach der § 357 Abs. 3 Satz 2 BGB [aF] vor allem klarstellende Funktion zukommt, weil eine Wertminderung in der Regel nicht durch die bloße Prüfung der Sache eintritt. Daraus ergibt sich aber im Umkehrschluss, dass der Ausnahmetatbestand des § 357 Abs. 3 Satz 2 BGB [aF] jedenfalls auch in den Fällen anwendbar ist, in denen die Prüfung notwendigerweise eine Ingebrauchnahme der Sache voraussetzt und zu einer Verschlechterung führt.

[26] Hiernach ist der Aufbau des Wasserbetts und die Befüllung der Matratze durch den Kläger als Prüfung der Sache im Sinne des § 357 Abs. 3 Satz 2 BGB [aF] anzusehen. Auf die Frage, ob dies auch noch für die anschließende dreitägige Nutzung durch den Kläger gilt, kommt es - wie bereits ausgeführt - nicht an.

## 2. Argument: Fernabsatzrichtlinie

[27] Diese Beurteilung steht auch im Einklang mit der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (ABl. EG Nr. L 144 S. 19; im Folgenden: Richtlinie 97/7/EG).

[28] Nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie 97/7/EG kann ein Verbraucher jeden Vertragsabschluss im Fernabsatz innerhalb einer Frist von mindestens sieben Werktagen ohne Angabe von Gründen und ohne Strafzahlung widerrufen. Art. 6 Abs. 1 Satz 2 und Art. 6 Abs. 2 Satz 2 der Richtlinie 97/7/EG bestimmen, dass die einzigen Kosten, die dem Verbraucher infolge der Ausübung seines Widerrufsrechts auferlegt werden können, die unmittelbaren Kosten der Rücksendung der Waren sind. Diese Bestimmungen erfassen sämtliche Kosten im Zusammenhang mit dem Abschluss, der Durchführung oder der Beendigung des Vertrags, die im Fall des Widerrufs zu Lasten des Verbrauchers gehen können (EuGH, ZIP 2010, 839 Rn. 52 - Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH/Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e. V.). Darunter fällt, anders als es im Schrifttum im Anschluss an die Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 14/6040, S. 199) teilweise vertreten wird (so z. B. Grigoleit, aaO; Staudinger/ Kaiser, aaO Rn. 31 mwN; Bamberger/Roth/Grothe, aaO Rn. 12), auch die Verpflichtung des Verbrauchers, Wertersatz für die durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme der Sache entstandene Verschlechterung der Sache zu leisten.

[29] Zu einem Anspruch auf Wertersatz für die Nutzung der gekauften Sache während der Widerrufsfrist (§ 346 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB) hat der Gerichtshof der Europäischen Union im Urteil vom 3. September 2009 (NJW 2009, 3015 - Messner/Krüger) ausgeführt, aus dem 14. Erwägungsgrund der Richtlinie 97/7/EG ergebe sich, dass das Verbot, dem

Verbraucher andere Kosten als die der unmittelbaren Rücksendung der Waren aufzuerlegen, gewährleisten solle, dass das in dieser Richtlinie festgelegte Widerrufsrecht "mehr als ein bloß formales Recht" sei und der Verbraucher nicht durch negative Kostenfolgen von der Ausübung des Widerrufsrechts abgehalten werde (Rn. 19). (...)

### 3. Keine Vorlage an der EuGH veranlasst

[31] Einer Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union zur Auslegung der Richtlinie 97/7/EG bedarf es nicht, weil die richtige Anwendung des Ge-

meinschaftsrechts derart offenkundig ist, dass für einen vernünftigen Zweifel kein Raum bleibt und die Vorlagepflicht letztinstanzlicher Gerichte der Mitgliedstaaten gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV entfällt ("acte clair"; vgl. nur BGH, Urteil vom 6. November 2008 - III ZR 279/07, BGHZ 178, 243 Rn. 31; Senatsurteil vom 16. September 2009 - VIII ZR 243/08, WM 2009, 2334 Rn. 16; jeweils mwN).

[32] Im Übrigen ist es nach Art. 14 der Richtlinie 97/7/EG unschädlich, wenn das nationale Recht einen höheren als den in der Richtlinie vorgesehenen Mindestschutz für Verbraucher vorsieht.

## Standort: Kaufrecht

## Problem: Garantieabrede

OLG STUTTGART, URTEIL VOM 23.11.2010  
12 U 109/10 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

### Problemdarstellung:

Mit notariellem Vertrag vom 05.03.2002 verkaufte der Bekl. der Kl. sein Betriebsgrundstück, auf dem er bis 1998 eine Gärtnerei betrieben hatte. In den vorangegangenen Verkaufsgesprächen war über eine mögliche Kontamination des Bodens gesprochen worden. Der Bekl. hatte sich dahingehend geäußert, dass zur Unkrautvernichtung keine chemischen Stoffe eingesetzt worden waren. Im Kaufvertrag vereinbarten die Parteien – soweit zulässig – einen Ausschluss der Mängelrechte des Käufers. Gleichzeitig übernahm der Verkäufer (Bekl.) eine Beschaffenheitsgarantie für Bodenverunreinigungen durch chemische Stoffe. Eine Frist, innerhalb derer die Garantieansprüche anzumelden waren, wurde nicht vereinbart. Im April 2004 übergab der Bekl. das Grundstück an die Kl. Diese beabsichtigte, die Betriebsgebäude abzureißen und auf dem Grundstück ein Pflegeheim zu errichten. Im Zuge dessen ließ sie im Jahr 2008 eine Oberbodenuntersuchung durchführen, die eine Bodenverunreinigung ergab. Vom Bekl. verlangt sie die Kosten für die Beseitigung der Verunreinigung i.H.v. rund 215.000 € ersetzt. Sie stützt sich dabei auf die vom Bekl. abgegebene Garantieerklärung, die – nach ihrer Ansicht – eine verschuldensunabhängige Einstandspflicht des Bekl. begründe. Die Ansprüche seien auch noch nicht verjährt, da gem. §§ 195, 199 BGB die Verjährungsfrist erst mit Kenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen in Gang gesetzt werde, vorliegend also mit Kenntnis der Bodenverunreinigungen im Jahr 2008.

### Prüfungsrelevanz:

Das OLG legt binnen kürzester Zeit die zweite relevante Entscheidung aus dem Bereich der schuldrechtlichen Garantien vor (vgl. OLG Frankfurt, RA 2010, 631 = MMR 2010, 240). Die vorliegende Entschei-

dung ist lesenswert, da sie eine handhabbare Abgrenzung der verschiedenen Erscheinungsformen von Garantien vornimmt. In der Hauptsache beschäftigt sich der erkennende Senat mit der Frage nach der Verjährung eines Garantieanspruchs.

### A. Abgrenzung

Gemeinhin werden drei Arten von Garantien unterschieden: 1. Die sog. selbständige Garantie, die als eigener Vertrag gem. §§ 311 I, 241 I BGB neben den originären Kaufvertrag tritt und ein Entstehen des Garantiegebers für einen bestimmten, über die Sachmangelfreiheit hinausgehenden Erfolg gewährt (Palandt/Weidenkaff, § 443 Rn. 4); 2. die Beschaffenheits- oder Haltbarkeitsgarantie i.S.d. § 443 BGB, die eine Erweiterung der gesetzlichen Mängelrechte (aus §§ 437 ff. BGB) darstellt, aber unbeschadet von §§ 437 ff. BGB besteht (zu §§ 437 ff. BGB besteht Anspruchskonkurrenz; Palandt/Weidenkaff, § 443 Rn. 21 – deswegen wird teilweise auch hier von einer „selbständigen Garantie“ gesprochen, vgl. OLG Frankfurt, RA 2010, 631 = MMR 2010, 240) und 3. eine Garantieübernahme i.S.d. § 276 I 1 BGB, bei der der Garantiegeber ohne Berücksichtigung des regulären Verschuldensmaßstabs des § 276 BGB Schadensersatz für eine bestimmte Pflichtverletzung gewährt.

Der Senat stellt in der vorliegenden Entscheidung heraus, dass das wesentliche Differenzierungskriterium darin liegt, ob der Garantiegeber für ein Merkmal unbedingt, also verschuldensunabhängig einstehen will. Ist dies der Fall, kommt ein selbständiger Garantievertrag gem. §§ 311 I, 241 I BGB oder eine Garantie i.S.d. § 276 BGB in Betracht. Eine Garantieverpflichtung i.S.d. § 443 BGB kommt dann nicht in Betracht, da diese im wesentlichen die kaufrechtlichen Mängelrechte auf Rechtsfolgenebene erweitert, nicht aber einen über die Sachmangelfreiheit hinausgehenden Erfolg (also den haftungsbegründenden Tatbestand) betrifft. Da die Parteien hier für den Fall von Bodenverunreinigungen keine über die gesetzlichen Gewähr-

leistungsansprüche hinausgehenden Rechte vereinbart haben, war nicht von einer Garantie i.S.d. § 443 BGB auszugehen. Vielmehr war die Vereinbarung als eine Garantieübernahme i.S.d. § 276 (§§ 442, 444) auszulegen, da der Bekl. sich für den Fall von Bodenverunreinigungen unbedingt eines Ersatzanspruchs aussetzen wollte.

#### B. Garantiefrist im Rahmen des § 443 BGB

Nach Ansicht des Senats sind die Ansprüche der Kl. jedoch selbst dann verjährt, wenn man die Garantie – entgegen des gerade gefundenen Ergebnisses – als eine solche i.S.d. § 443 BGB einordnet. Denn die Vereinbarung sei dahingehend auszulegen, dass der Bekl. nur für die Frist von zwei Jahren für Bodenverunreinigungen einzustehen habe. Insofern sei eine Garantiefrist entsprechend der Verjährungsregelung des § 438 I Nr. 3 BGB anzunehmen (so auch MünchKommBGB/Westermann, § 443 Rn. 22). Zwar hatten die Parteien zur Frage der Garantiefrist bzw. der Verjährung keine Abrede getroffen, so dass auch die Anwendbarkeit der allgemeinen gesetzlichen Regelungen (§§ 195, 199 BGB) hätte erwogen werden können. Dem steht nach Ansicht des Senats jedoch entgegen, dass es dann in der Hand der Kl. gelegen hätte, die Durchsetzbarkeit der Ansprüche hinauszuzögern. Denn die allgemeine Verjährungsfrist beginnt erst mit Kenntnis bzw. fahrlässiger Unkenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen zu laufen. Positive Kenntnis hatte die Kl. jedoch erst im Jahr 2008 im Zuge der Bodenuntersuchung erlangt, so dass ihre Ansprüche bei Anwendung der §§ 195, 199 BGB nicht verjährt wären.

Zwar kann letzteres Argument nicht vollends überzeugen, da man der Kl. auch grobe Fahrlässigkeit hätte unterstellen können (immerhin wusste sie, dass auf dem Gelände eine Gärtnerei betrieben worden war). I. E. ist dem Senat jedoch zuzustimmen, da die Ansprüche bei Einordnung als Garantie i.S.v. § 443 BGB eindeutig der kaufrechtlichen Systematik zuzuordnen wären und insoweit viel für die Anwendung der speziellen kaufrechtlichen Verjährungsfrist spricht.

#### Vertiefungshinweise:

□ Zur Garantie i.S.d. § 443 BGB: *OLG Frankfurt*, RA 2010, 631 = MMR 2010, 240; *BGH*, NJW 2007, 1346 (mit Anm. *Gutzeit*); *Faust*, JuS 2007, 586 und JuS 2008, 1123

□ Zur Verjährung einer Garantie i.S.d. § 443 BGB: *OLG Celle*, Urt. v. 13.09.2007, 8 U 116/07; *Grütznauer/Schmidl*, NJW 1007, 3610 [3612]

#### Leitsätze:

**1. Erklärt der Verkäufer, er garantiere für eine bestimmte Beschaffenheit der Kaufsache, so ist im**

**Wege der Auslegung zu ermitteln, ob damit gemeint ist, dass der Verkäufer lediglich entsprechend der Eigenschaftszusicherung nach früherem Recht unbedingt für einen Fehler eintreten oder ob er im Sinne von § 443 BGB eine selbständige Verpflichtung eingehen will.**

**2. Enthält die Vereinbarung einer Beschaffenheitsgarantie im Sinne von § 443 BGB keine Garantiefrist, so ist im Zweifel davon auszugehen, dass die Parteien eine Garantiefrist vereinbart haben, die der Regelung des § 438 BGB entspricht.**

#### Sachverhalt:

Die Klägerin macht gegen den Beklagten im Wege einer Feststellungsklage Schadensersatzansprüche aus einem Grundstückskaufvertrag geltend.

Im Jahr 1984 übernahm der Beklagte von seinem Onkel dessen auf dem Grundstück in der B... Straße ... in W... betriebene Gärtnerei. Nachdem der Beklagte das Grundstück nach der im November 1998 erfolgte Betriebsaufgabe verkaufen wollte und sich die Klägerin für das Grundstück interessierte, kam es zwischen den Parteien zu Vertragsverhandlungen.

Am 15.01.2002 fand eine Besprechung im Rathaus in W... statt, bei der über die Absicht, auf dem Grundstück ein Pflegeheim zu errichten, gesprochen wurde. Im Rahmen der Vertragsverhandlungen wurde zwischen Herrn D... von der Klägerin und dem Beklagten auch darüber gesprochen, wie die Unkrautvernichtung im Gärtnereibetrieb während des Betriebs durch den Beklagten erfolgt war. Dabei erklärte der Beklagte, dass keine Herbizide zur Vertilgung von Unkraut verwendet worden seien, sondern dieses lediglich mechanisch und durch thermische Behandlung bekämpft worden sei.

Mit notariellem Kaufvertrag des beurkundenden Notars J... B... vom 05.03.2002, der dem Beklagten als Entwurf am 21.02.2002 von der Klägerin übersandt worden war, veräußerte der Beklagte an die Klägerin den Grundbesitz, eingetragen im Grundbuch von W [...], Flurstück [...] und Flurstück [...] zu einem Gesamtkaufpreis in Höhe von 1.242.971,- €. In Ziff. 4 des Kaufvertrags heißt es u.a.:

„Soweit in diesem Vertrag nichts anderes bestimmt wird, haftet der Verkäufer nur für Besitzverschaffung frei von Besitzrechten Dritter sowie für Eigentumsübertragung frei von Belastungen nach Abteilung II und III des Grundbuchs.

Im Übrigen werden die Mängelrechte des Käufers wegen Sachmängel, abweichend von der gesetzlichen Regelung und soweit zulässig, ausgeschlossen. Der Verkäufer übernimmt bis auf die nachfolgend aufgeführte Garantie keine Beschaffenheits- oder Haltbarkeitsgarantie. Er versichert, dass ihm von versteckten Mängeln nichts bekannt ist. Besondere Eigenschaften werden nicht zugesichert. Den Beteiligten ist bekannt,

dass bezüglich arglistig verschwiegener Mängel ein Mängelrechteausschluss nicht möglich ist. Über die rechtliche Bedeutung dieser Vereinbarungen wurde belehrt.

Hinsichtlich von Altlasten treffen Verkäufer und Käufer folgende Vereinbarung:

Der Verkäufer übernimmt gegenüber dem Käufer für Bodenverunreinigungen durch Öl, chemische Stoffe und dergleichen eine Beschaffenheitsgarantie. Er versichert diesbezüglich, dass ihm keine wesentlichen Mängel, insbesondere keine Verunreinigung des Bodens und keine gefährlichen Gegenstände im Boden bekannt sind, auch nicht andere sog. Altlasten im Sinne der Umweltschutzgesetzgebung bzw. der Rechtsprechung (z. B. Ablagerungen im Erdreich, Verfüllungen, Aufhaldungen). Ihm ist nach Belehrung durch den Notar bekannt, dass ihn insoweit eine Aufklärungspflicht gegenüber dem Käufer trifft. Der Käufer wurde darüber belehrt, dass er für sog. Altlasten als Zustandsstörer verantwortlich gemacht werden kann.

Im Innenverhältnis vereinbarten der Verkäufer und der Käufer, dass bei eventuell durch Altlastensanierung entstehenden Kosten, diese durch den Verkäufer zu tragen sind.“

Im April 2002 wurden die in einem Mischgebiet liegenden Grundstücke übergeben. Die Klägerin riss das unterkellerte Betriebsgebäude und die Gewächshäuser ab, verfüllte das Kellergeschoss des Betriebsgebäudes mit Erdreich, entfernte sämtliche geteerte Flächen und baute die Gewächshäuser zurück. Im Jahr 2006 errichtete die Klägerin, nachdem sie das Grundstück mit der Flurstück Nummer [...] geteilt hatte, auf einer Teilfläche von 2.000 m<sup>2</sup> ein Pflege-/Wohnheim, wobei die gesamten Bauarbeiten und notwendigen Materiallagerungen über den derzeit noch unbebauten Geländeteil erfolgten. Im Vorfeld der Erstellung eines Bebauungsplanes für den derzeit unbebauten Teil wurden im Jahr 2008 Oberbodenuntersuchungen zur Beurteilung möglicher nutzungsbedingter Schadstoffbeeinträchtigungen durchgeführt. Das von einem Sachverständigen erstellte Gutachten ergab Bodenverunreinigungen.

Die Klägerin hat behauptet, im Kaufvertrag sei eine selbstständige Beschaffenheitsgarantie über die Freiheit von Bodenverunreinigungen vereinbart worden. Der Garantiefall sei aufgrund der im Gutachten vom 14.02.2008 festgestellten, auch schon zum Zeitpunkt der Übergabe vorhandenen Bodenverunreinigungen eingetreten, nachdem ein Teil des Bodens entsorgt werden müsse. Sie beantragt, festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, ihr sämtliche Aufwendungen, Kosten und Schäden zu erstatten, die im Zusammenhang mit der Umlagerung und/ oder Verwertung und/oder Entsorgung von verunreinigtem Bodenmaterial durch Öl, chemische Stoffe und dergleichen“ auf den Grundstücken der Klägerin in W, Flurstücke [...]

eingetragen im Grundbuch von W [...] anfallen. Der Bekl. ist der Ansicht, etwaige Ansprüche der Klägerin seien jedenfalls verjährt.

### *Aus den Gründen:*

#### *A. Ausführungen des Landgerichts*

[28] Das Landgericht hat mit dem angefochtenen Urteil die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt:

[29] Der Klägerin stünden die geltend gemachten Schadensersatzansprüche nicht zu. Mögliche Gewährleistungsansprüche seien nach § 438 BGB verjährt. Ein arglistiges Verschweigen behauptet die Klägerin nicht.

[30] Der Anspruch folge auch nicht aus § 443 BGB. Es sei schon fraglich, ob überhaupt eine über das Gewährleistungsrecht hinausgehende Garantie vereinbart worden sei. Vielmehr liege die Annahme nahe, dass die Regelung lediglich die ausgeschlossenen Gewährleistungsansprüche wieder aufleben lassen würde. Aber selbst wenn man einen Anspruch aus § 443 BGB annehmen würde, wäre dieser verjährt. Nachdem keine Garantiefrist vereinbart wurde, sei davon auszugehen, dass Ansprüche aus einer Beschaffenheitsgarantie analog § 438 BGB verjähren.

#### *B. Entscheidung des OLG*

[40] Die zulässige Berufung der Klägerin ist nicht begründet. Das Landgericht Ravensburg hat im Ergebnis zutreffend entschieden, dass keine durchsetzbaren Ansprüche der Klägerin aus dem Kaufvertrag vom 05.03.2002 bestehen.

#### *I. Zulässigkeit der Feststellungsklage*

[41] Die Feststellungsklage ist zulässig. Das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse ergibt sich aus dem Umstand, dass die Kosten für die Beseitigung der behaupteten Bodenverunreinigungen noch nicht feststehen. Der Antrag ist auch jedenfalls in Form des Hilfsantrages hinreichend bestimmt.

#### *II. Begründetheit*

[42] Die Klage ist aber nicht begründet.

#### *1. Anspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 BGB gem. § 438 I Nr. 3 BGB verjährt*

[43] Dabei kann zu Gunsten der Klägerin unterstellt werden, dass sie gegen den Beklagten wegen der streitgegenständlichen Bodenverunreinigungen einen Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 280, 281, 437, 434, 433 BGB hat. Der hier unterstellte Anspruch ist aber nach § 438 BGB verjährt.

[44] Maßgeblich ist die 2-Jährige Verjährungsfrist des § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB. Die Vorschrift des § 438 Abs. 1 Nr. 2 BGB, wonach die Verjährung bei Män-

geln an Bauwerken 5 Jahre beträgt, findet auf die Kontamination von Grundstücken keine Anwendung, auch wenn das verkaufte Grundstück bebaut ist (Münchener Kommentar/Westermann, BGB, 5. Aufl., § 438 Rn. 16). Ein arglistiges Verhalten des Beklagten hat das Landgericht zu Recht nicht festgestellt. Dies greift die Klägerin in der Berufung auch nicht an.

[45] Nachdem das Grundstück unstreitig im April 2002 übergeben wurde, ist die Verjährung spätestens Ende April 2004 eingetreten.

## 2. Kein Anspruch aus Garantie i.S.d. § 443 BGB

[46] Die Klägerin hat auch keinen Anspruch auf Ersatz der Kosten für die Beseitigung der streitgegenständlichen Bodenverunreinigungen aus § 443 BGB i.V.m. einer im Kaufvertrag vom 05.03.2002 abgegebenen Garantie.

### a) Keine Beschaffheitsgarantie i.S.d. § 443 BGB

[47] Dabei kann zu Gunsten der Klägerin unterstellt werden, dass die vertragliche Regelung der Beschaffheitsgarantie für Bodenverunreinigungen wirksam ist. Es liegt entgegen der Auffassung der Klägerin aber keine Beschaffheitsgarantie im Sinne von § 443 BGB vor.

#### aa) Abgrenzung

[48] Das BGB enthält keinen einheitlichen, sowohl § 276 BGB als auch die §§ 442, 443, 444 BGB umfassenden Begriff der Garantie. Eine Garantie im Sinne von §§ 276, 442, 444 BGB beinhaltet die Erklärung, für das Vorhandensein bestimmter Merkmale unbedingt eintreten zu wollen, während sich die Vorschrift des § 443 BGB auf die Vereinbarung von Rechtsfolgen bezieht, die das Gesetz nicht vorsieht. Erklärt der Verkäufer, er garantiere für eine bestimmte Beschaffheit der Kaufsache, so ist im Wege der Auslegung zu ermitteln, ob damit gemeint ist, dass der Verkäufer lediglich entsprechend der Eigenschaftszusicherung nach früherem Recht unbedingt für einen Fehler eintreten oder ob er im Sinne von § 443 BGB eine selbstständige Verpflichtung eingehen will (Erman/B. Grunewald, BGB, 12. Aufl., § 443 Rn. 2; vgl. auch Münchener Kommentar/Westermann, a.a.O., § 443 Rn. 6; Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB, 2004, § 443 Rn. 5; kritisch D. Schmidt in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 3. Aufl., § 443 Rn. 7).

#### bb) Subsumtion

[49] Im vorliegenden Fall ist eine Garantie im Sinne von § 444 BGB, nicht aber eine Garantie im Sinne von § 443 BGB vereinbart worden. Die Parteien haben für den Fall von Bodenverunreinigungen keine über die gesetzlichen Gewährleistungsansprüche hinausgehenden Rechte vereinbart. Daher ist im Zweifel nicht von einem selbstständigen Anspruch aus einer Garantie

auszugehen (vgl. auch Staudinger/Matusche-Beckmann, a.a.O., § 443 Rn. 18). Anders als die Klägerin meint, spricht auch der Umstand, dass die Gewährleistung ausgeschlossen wurde, nicht für die Annahme eines selbstständigen Anspruches aus einer Garantie. Hiergegen spricht schon die Regelung des § 444 BGB, wonach sich der Verkäufer auf einen Gewährleistungsausschluss nicht berufen kann, wenn er eine Garantie für die Beschaffheit der Sache übernommen hat, so dass es einer Garantie im Sinne von § 443 BGB nicht bedurfte. Vielmehr ist - nachdem die Beschaffheitsgarantie im Kaufvertrag im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Gewährleistungsausschluss vereinbart wurde - davon auszugehen, dass entsprechend der Regelung des § 444 BGB der Gewährleistungsausschluss für den Fall von Bodenverunreinigungen nicht greift. Eine andere Beurteilung ist auch dann nicht geboten, wenn man den Vortrag der Klägerin unterstellt, dass sie bei den Kaufvertragsverhandlungen deutlich gemacht habe, dass der Beklagte das Risiko von Bodenverunreinigungen und Altlasten tragen müsse und der Notar den Beklagten darauf hingewiesen habe, dass mit der Regelung eine unbedingte Einstandspflicht verbunden sei.

Die hier angenommene Garantie im Sinne von §§ 276, 442, 444 BGB beinhaltet gerade die Erklärung, für das Vorhandensein bestimmter Merkmale unbedingt eintreten zu wollen. Der Vereinbarung eines selbstständigen Anspruches aus einer Garantie bedurfte es hierzu nicht.

### b) Jedenfalls Ablauf der Garantiefrist

[50] Selbst wenn man eine Garantie im Sinne von § 443 BGB annehmen würde, stünde einem Anspruch entgegen, dass die hier zu Gunsten der Klägerin unterstellten Bodenverunreinigungen erst nach Ablauf der Garantiefrist bekannt geworden sind.

#### aa) Auslegung ergibt Garantiefrist von 2 Jahren

[51] Die Vereinbarung ist dahingehend auszulegen, dass der Beklagte nur für Bodenverunreinigungen einzustehen hat, die innerhalb einer Frist von 2 Jahren ab Übergabe des Grundstücks bekannt werden.

[52] Die Parteien haben im Kaufvertrag keine Garantiefrist vereinbart. Zwar ist dies - anders als bei einer Haltbarkeitsgarantie - bei einer Beschaffheitsgarantie nicht zwingender Bestandteil einer Vereinbarung im Sinne von § 443 BGB. Andererseits kann aus der fehlenden Vereinbarung einer Garantiefrist nicht entnommen werden, dass der Beklagte - wie die Klägerin meint - zumindest im zeitlichen Rahmen der §§ 195, 199 BGB haften wollte. Nachdem der Fristbeginn nach § 199 BGB von der Kenntnis oder grob fahrlässigen Unkenntnis der Klägerin abhängt, hätte es diese in der Hand, durch die Wahl des Zeitpunktes der Bodenuntersuchungen die Dauer der Einstandspflicht des

Beklagten zu bestimmen und auf bis zu 10 Jahre zu verlängern. Dies wäre nicht interessengerecht. Der Beklagte müsste über einen längeren Zeitraum Rückstellungen bilden, während die Klägerin aufgrund des Besitzes seit April 2002 in der Lage war, das Grundstück entsprechend untersuchen zu lassen. Es stand an sich nichts entgegen, die im Jahr 2008 durchgeführte Bodenuntersuchung bereits im Jahr 2002 oder 2003 durchführen zu lassen. Hinzu kommt, dass - was der vorliegenden Rechtsstreit auch zeigt - nach sehr langer Zeit auch nur schwer feststellbar ist, welche Bodenverunreinigungen zum Zeitpunkt der Übergabe bereits vorhanden waren.

[53] Mangels anderer Anhaltspunkte ist daher anzunehmen, dass die Parteien eine Garantiefrist vereinbart haben, die der des § 438 BGB entspricht (vgl. auch OLG Celle, Urteil vom 13.09.2007 - 8 U 116/07; Münchener Kommentar/Westermann, a.a.O., § 443 Rn. 22; Erman/B. Grunewald, a.a.O., § 443 Rn. 12 a.E.; wohl auch Palandt/Weidenkaff, BGB, 69. Aufl., § 443 Rn. 13 ff.; für die Anwendung der §§ 195, 199

BGB allerdings Grützner/Schmidl, NJW 2007, 3610, 3612, die jedoch ausschließlich auf die Verjährung und nicht auf die Garantiefrist abstellen), zumal die Beschaffenheitsgarantie im Kaufvertrag im unmittelbaren Zusammenhang mit den Gewährleistungsrechten geregelt ist.

*bb) Garantiefrist im April 2004 verstrichen*

[54] Die Garantiefrist ist somit im April 2004 verstrichen, ohne dass Bodenverunreinigungen bekannt geworden sind. Daher kann auch offen bleiben, ob nach Ablauf der Garantiefrist zugleich Verjährung eintritt (so Münchener Kommentar/Westermann, a.a.O., § 443 Rn. 22) oder ob bei Kenntnis des Mangels innerhalb der Garantiefrist die §§ 195, 199 BGB greifen (so OLG Celle, Urteil vom 13.09.2007 - 8 U 116/07; Palandt/Weidenkaff, a.a.O., § 443 Rn. 15; Bamberger/Roth/Faust, BGB, 2. Aufl., § 443 Rn. 31; zur Haltbarkeitsgarantie auch BGH NJW 1979, 2036; vgl. auch Grützner/Schmidl, NJW 2007, 3610, 3612).

## IMPRESSUM

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



*Strafrecht***Standort: §§ 16 I, 17 StGB****Problem: Doppel- und Erlaubnistatbestandsirrtum**

BGH, BESCHLUSS VOM 11.08.2010

1 STR 351/10 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Der Angeklagte war vom späteren Tatopfer angegriffen und geschlagen worden und hatte sich zunächst in seine Wohnung zurückgezogen, wo er in Sicherheit war. Da er jedoch befürchtete, dass sich das Opfer auch noch gegen seine Freundin wenden würde, die sich im selben Haus aufhielt, bewaffnete sich der Angeklagte mit einem langen Küchenmesser und verließ seine Wohnung wieder. Im Treppenhaus traf er auf das Opfer. Dieses betrachtete die frühere Auseinandersetzung allerdings als abgeschlossen und wollte nur an dem Angeklagten vorbei in eine höher gelegene Wohnung des Hauses gehen. Der Angeklagte ging jedoch davon aus, dass das Opfer ihn erneut angreifen wollte, forderte es zum Gehen auf und bedrohte es mit dem Messer. Als das Opfer sich davon nicht beeindrucken ließ und sich dazu anschickte, an dem Angeklagten vorbeizugehen, glaubte dieser, dass das Opfer ihn erneut angreifen wolle und fügte ihm mit dem Messer eine Schnittverletzung am Hals zu.

Das Landgericht Mannheim hatte den Angeklagten aufgrund des Einsatzes des Messers bereits durch Urteil vom 29.05.2009 wegen gefährlicher Körperverletzung, §§ 223 I, 224 I Nr. 2 StGB, verurteilt. Dass der Angeklagte an einen Angriff des Opfers geglaubt habe, stelle lediglich einen Verbotsirrtum gem. § 17 StGB dar, der die Strafbarkeit nicht entfallen lasse. Auf die Revision des Angeklagten hin hob der BGH das Urteil mit Beschluss vom 29.09.2009 (Az.: 1 StR 476/09) auf, da die Feststellungen des LG nicht ausreichten, um die Art des Irrtums des Angeklagten beurteilen zu können und das LG sich für den Fall, dass sich der Irrtum des Angeklagten tatsächlich als Verbotsirrtum darstelle, mit der Vermeidbarkeit des Irrtums hätte auseinandersetzen müssen. Daraufhin erging am 04.03.2010 ein neues Urteil des LG, das dessen frühere Entscheidung bestätigte und den Angeklagten erneut wegen gefährlicher Körperverletzung verurteilte. Dabei ging das LG davon aus, dass der Angeklagte irrig die Voraussetzungen einer Notwehrlage angenommen habe, dass aber selbst bei Vorliegen dieser Lage der Einsatz des Messers nicht erforderlich gewesen wäre (sog. "Doppelirrtum"). In der vorliegenden Entscheidung hob der BGH auch das zweite Urteil

des LG Mannheim auf. Dieses habe zu strenge Anforderungen an die Erforderlichkeit der Notwehrhandlung gestellt. Wenn aber die Verteidigungshandlung des Angeklagten bei tatsächlichem Vorliegen des von ihm irrig angenommenen Angriffs erforderlich gewesen wäre, so hätte sich dieser eher in einem Erlaubnistatbestandsirrtum befunden, der die Strafbarkeit wegen vorsätzlicher Tat ausschließen würde. Die Art des Irrtums lasse sich aber anhand der (immer noch) unzureichenden Feststellungen des LG nicht bestimmen, sodass der BGH die Sache erneut zurückverweisen musste - diesmal allerdings an ein anderes Landgericht (vgl. § 354 II 1 StPO).

**Prüfungsrelevanz:**

Irrtümer über Rechtfertigungsgründe und gerade die insofern erforderliche Abgrenzung zwischen Erlaubnis-, Erlaubnistatbestands- und Doppelirrtums gehören (in beiden Examen) zu den ganz großen "Examensklassikern". Wenn auch die vorliegende BGH-Entscheidung insofern keine neuen Erkenntnisse liefert, so zeigt sie doch, dass diese Abgrenzung nicht nur Studenten und Rechtsreferendaren, sondern auch Praktikern einige Probleme machen kann und bietet sich deshalb aus Prüfersicht an, um dieses - dankbare - Thema aufzugreifen.

Glaubt ein Täter, der tatsächlich nicht gerechtfertigt ist, irrig an das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes, so kann sich dieser Irrtum als Erlaubnisirrtum, als Erlaubnistatbestandsirrtum oder als Doppelirrtum darstellen, je nachdem ob der Irrtum des Täters einen Wertungs- oder einen Sachverhaltsirrtum oder eine Kombination aus beidem darstellt (vgl. hierzu die Darstellung bei Joecks, § 16 Rn. 27 ff. und im Skript StrafR AT I Rn. 419 ff.).

Hält sich der Täter deshalb irrig für gerechtfertigt, weil er einen Rechtfertigungsgrund annimmt, der tatsächlich gar nicht anerkannt ist, oder weil er die Grenzen eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes überdehnt, so stellt dieser reine Wertungsirrtum einen sog. Erlaubnisirrtum dar (Joecks, § 16 Rn. 28 f.; Lackner/Kühl, § 17 Rn. 19). Der Erlaubnisirrtum ist letztlich ein Verbotsirrtum i.S.v. § 17 StGB (weswegen er teilweise auch als "umgekehrter" oder "indirekter" Verbotsirrtum bezeichnet wird, vgl. Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 17 Rn. 10). Ein solcher Irrtum lässt also die Schuld entfallen, wenn er

unvermeidbar ist, § 17 S. 1 StGB; anderenfalls kann lediglich die Strafe gemildert werden, § 17 S. 2 StGB (BGHSt 45, 219, 225; Heinrich, AT II, Rn. 1144; Kühl, AT, § 13 Rn. 4).

Ein Erlaubnistatbestandsirrtum liegt vor, wenn der Täter irrig Umstände annimmt, bei deren tatsächlichen Vorliegen er wirklich gerechtfertigt wäre (Joecks, § 16 Rn. 31; Lackner/Kühl, § 17 Rn. 9). Die Behandlung dieses Irrtums stellt ein klassisches Examensproblem dar, in dem auch im zweiten Examen noch die Kenntnis des gesamten Meinungsspektrums erwartet wird: Die Vorsatztheorie sieht im Unrechtsbewusstsein ein Vorsatzelement, den sog. "dolus malus" und lässt konsequenterweise bei einem Erlaubnistatbestandsirrtum, bei dem dieses Element fehlt, gem. § 16 I 1 StGB den Vorsatz entfallen (Lesch, JA 1996, 346, 351; Otto, JURA 1990, 645, 647). Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen hält das Nichtvorliegen von Rechtfertigungsgründen für ein (ungeschriebenes) objektives Tatbestandsmerkmal, auf das sich auch der Vorsatz des Täters beziehen müsse; handelt der Täter in einem Erlaubnistatbestandsirrtum, so fehle der entsprechende Vorsatz und der Täter könne gem. § 16 I 1 StGB nicht wegen vorsätzlicher Tat bestraft werden (Kindhäuser, Vor §§ 32-35, Rn. 37 ff.; Kaufmann, JZ 1954, 653). Die strenge Schuldtheorie wendet aufgrund des einschlägigen Wortlauts auf den Erlaubnistatbestandsirrtum - ebenso wie auf den Erlaubnisirrtum (s.o.) - § 17 StGB an, sodass die Rechtsfolgen eines solchen Irrtums entscheidend von dessen Vermeidbarkeit abhängen (NK-Paeffgen, Vor §§ 32 bis 35, Rn. 123; Dornseifer, JuS 1982, 761, 765). Nach der eingeschränkten Schuldtheorie ist auf den Erlaubnistatbestandsirrtum § 16 I StGB analog anzuwenden, da die entsprechende Konstellation dem Tatbestandsirrtum gem. § 16 I StGB ähnlicher sei als dem Verbotsirrtum gem. § 17 StGB; die letztgenannte Vorschrift sei nur vom Wortlaut her beim Erlaubnistatbestandsirrtum einschlägig, nicht jedoch nach Sinn und Zweck der Norm. Innerhalb dieser Meinung ist wiederum streitig, ob analog § 16 I 1 StGB beim Erlaubnistatbestandsirrtum das Vorsatzunrecht (und damit der Vorsatz) entfällt (so die Lehre vom Ausschluss des Vorsatzunrechts, vgl. Joecks, § 27 Rn. 14; Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 15 Rn. 35; § 16 Rn. 18; Geppert, JURA 2007, 33, 36 f.) oder erst die Vorsatzschuld (so die rechtsfolgenverweisende Variante der eingeschränkten Schuldtheorie, vgl. Fischer, § 16 Rn. 22; Heinrich, AT II, Rn. 1134; Wessels/Beulke, AT, Rn. 478 f.). Der BGH war in der Vergangenheit der eingeschränkten Schuldtheorie gefolgt, hatte sich hinsichtlich der genauen Auswirkungen allerdings nicht ganz genau festgelegt, wobei er aber eher der rechtsfolgenverweisenden Variante zugeordnet wurde (BGHSt 31, 264, 286 f.; 45, 378, 384).

In der vorliegenden Entscheidung stellt der BGH fest, dass bei einem Erlaubnistatbestandsirrtum "entsprechend § 16 StGB der Körperverletzungsvorsatz entfallen" würde, was eher der Lehre vom Ausschluss des Vorsatzunrechts entspräche. Da allerdings die beiden Varianten der eingeschränkten Schuldtheorie nur bei Teilnehmern zu unterschiedlichen Ergebnissen führen und solche im vorliegenden Fall nicht angeklagt waren, ist zweifelhaft, ob der BGH sich tatsächlich für eine bestimmte Auffassung entschließen wollte - noch dazu, da er selbst gar keine Sachentscheidung getroffen sondern die Sache zurückverwiesen hat.

Ein Doppelirrtum ist gegeben, wenn der Täter infolge eines Sachverhaltsirrtums irrig Umstände annimmt, die eine Rechtfertigungslage begründen würden, er aber eine Handlung vornimmt, die selbst beim Vorliegen der angenommenen Rechtfertigungslage nicht gerechtfertigt wäre, was der Täter aber aufgrund eines weiteren Wertungsirrtums nicht erkennt (Wessels/Beulke, AT, Rn. 485). Hierbei handelt es sich also um eine Kombination aus dem für einen Erlaubnistatbestandsirrtum typischen Sachverhaltsirrtum und dem den Erlaubnisirrtum kennzeichnenden Wertungsirrtum - deshalb auch die Bezeichnung als "Doppel"-Irrtum. Da das Hinzukommen eines Sachverhaltsirrtums zu einer rechtlichen Fehlbewertung den Täter aber nicht privilegieren kann, ist der Doppelirrtum ebenso zu behandeln wie der Erlaubnisirrtum, d.h. gem. § 17 StGB (Schönke/Schröder-Sternberg/Lieben, § 16 Rn. 19; Heinrich, At II, Rn. 1151; Geppert, JURA 2007, 33, 40; Kudlich, JuS 2003, 243, 245).

Das LG war in seinem Urteil davon ausgegangen, dass der Angeklagte zwar irrig einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff des Opfers angenommen (sich also eine Notwehrlage i.S.v. § 32 II StGB vorgestellt) hatte, dieser aber dann durch den Einsatz des Messers eine Verteidigungshandlung vorgenommen habe, die nicht erforderlich und somit selbst dann nicht über § 32 StGB gerechtfertigt gewesen wäre, wenn der Angriff tatsächlich vorgelegen hätte. Es hatte also einen Doppelirrtum angenommen und konsequenterweise § 17 StGB angewendet. Der BGH hielt diese Wertung nicht für richtig, da nicht ersichtlich sei, warum die Verteidigung des Angeklagten im Falle des Vorliegens eines entsprechenden Angriffs nicht erforderlich gewesen wäre, da dieser insb. zunächst mit dem Einsatz des Messer gedroht hatte. Dies zeigt, dass der BGH hier wohl eher zur Annahme eines Erlaubnistatbestandsirrtums tendiert.

#### **Vertiefungshinweise:**

□ Zur Abgrenzung von Erlaubnis- und Erlaubnistatbestandsirrtum: BGHSt 22, 223; 45, 219; Geppert, JURA 2007, 33; Hoyer, JR 2000, 473

□ Zu den Rechtsfolgen des Erlaubnistatbestandsirrtums: *BGHSt* 31, 264; 45, 378; *Dornseifer*, *JuS* 1982, 761; *Geppert*, *JURA* 2007, 33; *Kaufmann*, *JZ* 1954, 653; *Lesch*, *JA* 1996, 346; *Otto*, *JURA* 1990, 645;

**Kursprogramm:**

- *Examenskurs*: "Grunewaldsee"  
 □ *Examenskurs*: "Vorbei und dennoch getroffen"

**Leitsätze (der Redaktion):**

**1. Ein Irrtum des Täters über das Vorliegen eines Angriffs oder die Erforderlichkeit der Verteidigung ist ein Erlaubnistatbestandsirrtum, der eine Bestrafung wegen einer vorsätzlichen Tat ausschließt (§ 16 I 1 StGB).**

**2. Ob eine Verteidigungshandlung i.S.d. § 32 II StGB erforderlich ist, hängt im Wesentlichen von Art und Maß des Angriffs ab. Grundsätzlich darf der Angegriffene das für ihn erreichbare Abwehrmittel wählen, das eine sofortige und endgültige Beseitigung der Gefahr erwarten lässt. Beim Gebrauch einer Waffe ist der Angegriffene in der Regel aber gehalten, den Gebrauch zunächst anzudrohen.**

**Sachverhalt:**

Der Angeklagte war von dem ihm körperlich deutlich überlegenen Geschädigten M wenige Minuten vor dem streitgegenständlichen Geschehen im Erdgeschoss des Hauses in den Schwitzkasten genommen worden und hatte dann im Keller mindestens einen heftigen und schmerzhaften Faustschlag ins Gesicht in den Bereich des linken Auges sowie einen Tritt in den Bereich des unteren rechten Thorax erhalten, so dass er unter anderem an seinem linken Auge Schwellungen und Einblutungen erlitt. Weinerlich und verstört hatte sich der Angeklagte anschließend nach oben in seine Wohnung begeben, um die Polizei zu rufen. Danach begann er sich um seine Freundin, welche sich im Eingangsbereich des Hauses aufhielt, Sorgen zu machen, weil er es nicht für ausgeschlossen hielt, dass sich M auch gegen sie wenden könnte. Weil er aber eine neue Auseinandersetzung mit diesem befürchtete und ihm nicht ohne jeden Schutz gegenüber treten wollte, ergriff er ein ca. 30 cm langes Küchenmesser mit einer fast 19 cm langen Klinge. Damit begab er sich aus der Wohnung in den Treppenflur, wobei er sich plötzlich M, für den die Auseinandersetzung mit dem Angeklagten bereits im Keller abgeschlossen war, gegenüber sah, welcher zu diesem Zeitpunkt noch etwa 4 bis 5 Stufen unterhalb von ihm im Begriff war, nach oben in die über der Wohnung des Angeklagten liegende Wohnung seiner Freundin zu gehen. Beide hielten zunächst inne, worauf der Angeklagte, welcher erneute Tötlichkeiten Ms ihm gegenüber be-

fürchtete, sinngemäß sagte: "Verpiss Dich", und dann schwingende Bewegungen mit dem Messer begann, um M davon abzuhalten, sich ihm weiter zu nähern. Dieser sah aber - nach den Feststellungen des Landgerichts - trotz der Bewegungen des Angeklagten das Messer nicht und stieg die Treppe weiter zu ihm hinauf, wobei er ihn als Kampfgegner nicht ernst nahm, und seinen Schritt auch auf die Gefahr hin fortsetzte, dass er den Angeklagten abwehren oder wegdrängen müsste.

Der Angeklagte verkannte, dass M nicht zu ihm, sondern in die darüber gelegene Wohnung wollte. Für ihn stand nun angesichts des Weiterschreitens des M eine weitere Tötlichkeit unmittelbar bevor. Er setzte seine Messerbewegungen fort, worauf der Geschädigte getroffen wurde und einen 7 cm langen und 0,5 bis 1 cm tiefen horizontal verlaufenden Halsschnitt erlitt. Dieser objektiv nicht lebensgefährliche Schnitt wurde in der Folge im Klinikum ambulant behandelt und verheilte folgenlos.

**Aus den Gründen:**

*I. Prozessgeschichte*

*1. Erste und zweite Entscheidung des LG; Revision des Angeklagten*

[1] Das Landgericht hatte den Angeklagten am 29. Mai 2009 wegen gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt. Dieses Urteil hat der Senat auf die Revision des Angeklagten mit Beschluss vom 29. September 2009 (1 StR 476/09) mit den Feststellungen aufgehoben.

[2] Mit dem jetzt angefochtenen Urteil hat das Landgericht den Angeklagten wiederum wegen gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten verurteilt. Die gegen die Verurteilung gerichtete Revision des Beschwerdeführers rügt die Verletzung sachlichen Rechts. Das Rechtsmittel hat Erfolg.

*2. Zur ersten Revision*

[3] Der Senat hatte in seinem Beschluss vom 29. September 2009 ausgeführt, dass das Urteil des Landgerichts an durchgreifenden Darstellungsmängeln leide. Unter anderem sei unerörtert geblieben, weshalb der Angeklagte, als er im Treppenhaus erneut auf den Zeugen stieß und dieser sich ihm näherte, nicht davon ausgehen konnte oder musste, der Zeuge werde ihn erneut angreifen; dies umso mehr, als der Angeklagte gesagt habe: "Lass mich, verpiss Dich, ich habe Dir nichts getan!". Weiterhin sei mit der Feststellung im Urteil, der Zeuge habe eine körperliche Auseinandersetzung gerade vermeiden wollen, kaum vereinbar, dass der Zeuge gerade auf den Angeklagten zugeht, obgleich dieser ihn gewarnt hatte.

[4] Weshalb zu diesem Zeitpunkt "erkennbar keine Notwehrlage" für den Angeklagten bestanden habe und auch keine nicht anders abwendbare Gefahr i.S.v. § 34 StGB gegeben gewesen sei, könne aus den insoweit widersprüchlichen Feststellungen des Landgerichts nicht ohne weiteres geschlossen werden. Jedenfalls hätte berücksichtigt werden müssen, dass der Angeklagte sich zu diesem Zeitpunkt "in einem Zustand affektiver Erregung" befand und insoweit möglicherweise auch die Voraussetzungen gemäß § 33 StGB vorgelegen haben könnten. Keinesfalls seien entsprechende Erörterungen angesichts dieses Geschehens entbehrlich gewesen.

[5] Nachdem die Strafkammer davon ausgegangen sei, dass der Angeklagte "einem Verbotsirrtum nach § 17 StGB" unterlag, "indem er sich vorstellte, er sei 'zu seiner Verteidigung' zum Einsatz des Messers berechtigt", sei es rechtsfehlerhaft gewesen, nicht zu erörtern, inwieweit dieser Irrtum - insbesondere angesichts seiner affektiven Erregung - für den Angeklagten vermeidbar gewesen sei; noch habe sich der Tatrichter - falls das Urteil inzident von einer Vermeidbarkeit ausgehen sollte - dazu verhalten, ob bei den gegebenen Umständen zumindest eine Milderung nach § 17 Satz 2 StGB in Betracht komme.

## II. Entscheidung zur erneuten Revision des Angeklagten

### 1. Zur Würdigung des Irrtums des Angeklagten durch das LG

[6 - 9] Das daraufhin ergangene Urteil des Landgerichts vom 4. März 2010 war erneut aufzuheben, weil die Strafkammer bezüglich der vom Angeklagten behaupteten Notwehrlage widersprüchliche Feststellungen getroffen hat und auch die aus der angenommenen Putativnotwehrlage abgeleiteten Folgerungen nicht frei von Rechtsfehlern sind. [...]

[10] Unter Berücksichtigung [des festgestellten] Geschehens hat die Strafkammer zutreffend und ohne Rechtsfehler grundsätzlich die Voraussetzungen einer Putativnotwehrlage als gegeben erachtet. Sie ist aber dennoch von einer vorsätzlichen und rechtswidrigen gefährlichen Körperverletzung ausgegangen, weil das Handeln des Angeklagten nicht als "die gebotene Notwehr gerechtfertigt gewesen" wäre und zudem sein Notwehrrecht durch ein Mitverschulden der Notwehrsituation eingeschränkt gewesen sei. Dies hält richterlicher Prüfung nicht stand.

### 2. Zum Irrtum des Angeklagten im vorliegenden Fall

[11] Ein Irrtum des Täters über das Vorliegen eines Angriffs oder die Erforderlichkeit der Verteidigung ist ein Erlaubnistatbestandsirrtum, der eine Bestrafung wegen einer vorsätzlichen Tat (hier einer gefährlichen Körperverletzung) ausschließt (§ 16 Abs. 1 Satz 1

StGB; vgl. BGH, Urteil vom 24. Oktober 2001 - 3 StR 272/01, NStZ 2002, 141).

[12] Auf der Grundlage der Tatsachen, die sich der Angeklagte - nach dem rechtsfehlerfrei festgestellten vorausgegangenen provozierenden Verhalten des Geschädigten - vom bevorstehenden Angriff vorstellte, wäre seine hier gewählte Verteidigung erforderlich gewesen. Da das Landgericht einen unzutreffenden Maßstab an die Erforderlichkeit der Verteidigung angelegt hat, ist auch die Feststellung, der Angeklagte habe selbst nicht geglaubt, sein "extensives Handeln" sei rechtmäßig gewesen, von diesem Rechtsfehler betroffen und kann keinen Bestand haben.

[13] Ob eine Verteidigungshandlung i.S.d. § 32 Abs. 2 StGB erforderlich ist, hängt im Wesentlichen von Art und Maß des Angriffs ab. Grundsätzlich darf der Angegriffene das für ihn erreichbare Abwehrmittel wählen, das eine sofortige und endgültige Beseitigung der Gefahr erwarten lässt (vgl. BGH, Beschluss vom 19. September 1973 - 2 StR 165/73, BGHSt 25, 229, 230; BGH, Urteil vom 11. September 1995 - 4 StR 294/95, NStZ 1996, 29, mwN). Demgemäß ist auch der Einsatz eines Messers nicht von vornherein unzulässig. In der Regel ist der Angegriffene dann aber gehalten, den Gebrauch der Waffe zunächst anzudrohen (BGH, Beschluss vom 12. Dezember 1975 - 2 StR 451/75, BGHSt 26, 258; BGH, Urteil vom 11. September 1995 - 4 StR 294/95, NStZ 1996, 29). Ein anderes Verteidigungsmittel als das mitgeführte Messer hatte der körperlich unterlegene Angeklagte nicht. Eine Androhung des Einsatzes der Waffe kann in den schwingenden Bewegungen ohne weiteres gesehen werden. Ob der Geschädigte dabei das Messer wahrnahm oder nicht, kann daran nichts ändern.

[14] Auch die Annahme, der Angeklagte habe dadurch, dass er sich dem Geschädigten bewaffnet in den Weg stellte, die Notwehrsituation mitverschuldet, verkennt deren Grundlagen. Eine solche Annahme würde darauf hinauslaufen, dass der Angeklagte seine Wohnung entweder nur unbewaffnet oder gar nicht verlassen durfte, bzw. hätte in die Wohnung zurückweichen müssen. Ob Letzteres überhaupt zeitlich möglich gewesen wäre, bevor der Geschädigte die wenigen Stufen zu ihm zurückgelegt hätte, hat das Landgericht nicht festgestellt. Unabhängig davon war es dem Angeklagten aber auch nicht verwehrt, seine Wohnung zu verlassen, um nach seiner Freundin zu sehen, welche er in Gefahr vermutete. Keineswegs musste er bei dieser Lage, wie offenbar die Strafkammer annimmt, es hinnehmen, weitere Schläge von dem Zeugen M hinzunehmen, nachdem er bereits durch die vorangegangene Auseinandersetzung Einblutungen am linken Auge erlitten hatte.

[15] Inwieweit er das Messer zunächst anders hätte anwenden müssen, wie das Landgericht hilfsweise anführt, bleibt unklar, zumal das Tatgericht keine ge-

zielten Stiche des Angeklagten feststellen konnte. Außerdem wäre in einem solchen Fall der nur wenige Schritte entfernte Geschädigte wohl kaum von weiteren Schlägen abzuhalten gewesen.

### III. Hinweise an den neuen Tatrichter

#### 1. Zur Möglichkeit eines Erlaubnistatbestandsirrtums

[16] Der neue Tatrichter wird demnach Gelegenheit haben zu prüfen, ob der Angeklagte den konkreten Einsatz des Messers nicht mehr als die erforderliche Verteidigung ansehen konnte und ob dem Angeklagten im Übrigen ein Irrtum über erhebliche Tatumstände unterlaufen ist. Konnte er aufgrund eines Tatirrtums von der Erforderlichkeit des Messereinsatzes ausgehen, würde entsprechend § 16 StGB der Körperverletzungsvorsatz entfallen. Hierzu verhält sich das Urteil ebenso wenig wie zu einem möglichen Verbotsirrtum. Ausführungen zu etwaigen Fehlvorstellungen des Angeklagten bei seinem Messereinsatz sind nicht etwa deswegen entbehrlich, weil der Angeklagte mit

seiner Verteidigung gegen den vermuteten Angriff zugleich bezweckt haben mag, den Geschädigten von weiteren Angriffen abzuhalten und ohne Verzögerung nach seiner Freundin zu sehen (vgl. hierzu BGH, Beschluss vom 15. November 1994 - 3 StR 393/94, NJW 1995, 973).

#### 2. Zur Strafzumessung

[17] Der neue Tatrichter wird, falls von einer Strafbarkeit des Angeklagten wegen gefährlicher Körperverletzung auszugehen ist, Gelegenheit haben, bei der Strafraumenwahl zu erörtern, ob bei dem Vorgesehenen nicht dessen Berücksichtigung analog § 213 Alt. 1 oder Alt. 2 StGB in Betracht kommen könnte.

#### IV. Verweisung an ein anderes Landgericht

[18] Die Sache bedarf somit erneuter Verhandlung und Entscheidung. Der Senat macht von der Möglichkeit Gebrauch, die Sache an ein anderes Landgericht zurückzuverweisen (§ 354 Abs. 2 Satz 1 StPO).

## Standort: § 24 StGB

## Problem: Erreichen eines außertatbestandlichen Zieles

BGH, BESCHLUSS VOM 13.09.2010

1 STR 423/10 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

### Problemdarstellung:

Der Angeklagte wollte das Opfer, das sich mit einem Freund des Angeklagten prügelte, "kampfunfähig" machen und stach ihm deshalb mit Tötungsvorsatz ein Messer in den Bauch. Da er glaubte, dass die Wirkung des Stiches bald einsetzen würde, lief der Angeklagte nach dem Stich weg und unternahm keine weiteren Angriffe. Das lebensgefährlich verletzte Opfer bemerkte den Stich zunächst nicht, kämpfte erst weiter und brach später zusammen.

Das Landgericht Nürnberg-Fürth hatte den Angeklagten aufgrund seines Messerangriffs insb. wegen versuchten Totschlags, §§ 212 I, 22, 23 I StGB, verurteilt. Einen strafbefreienden Rücktritt des Angeklagten hatte das LG abgelehnt. Weil der Angeklagte sein eigentliches (außertatbestandliches) Ziel, das Opfer kampfunfähig zu machen, nach Ausführung des Stiches erreicht zu haben glaubte, sei der Versuch beendet gewesen. Dann wäre es aber für einen Rücktritt erforderlich gewesen, dass der Angeklagte die Vollendung der Tat verhindert, § 24 I 1 2. Fall StGB, oder sich zumindest bemüht hätte, dies zu erreichen, § 24 I 2 StGB, was nicht der Fall sei.

Der BGH wies die hiergegen gerichtete Revision des Angeklagten als unbegründet zurück, weil das Urteil im Ergebnis - wenn auch nicht in der Begründung - richtig sei: Es habe tatsächlich ein beendeter Versuch vorgelegen und das Verhalten des Angeklagten des-

halb nicht für einen Rücktritt ausgereicht. Der Versuch des Angeklagten sei jedoch deshalb beendet gewesen, weil er geglaubt habe, dass bereits der eine Stich ausreichend sei, um das Opfer zu töten. Die Vorstellungen des Angeklagten hinsichtlich der Erreichung seines außertatbestandlichen Zieles spielten insofern jedoch keine Rolle.

### Prüfungsrelevanz:

Die Darstellung von Probleme im Rahmen eines Rücktritts vom Versuch gem. § 24 StGB ist häufig Gegenstand von Examensaufgaben. Die im vorliegenden Fall relevanten Probleme des Rücktritts nach Erreichen eines außertatbestandlichen Zieles sowie der Abgrenzung von beendetem und unbeendetem Versuch stellen insofern klassische Konstellationen dar.

Beim Rücktritt des Alleintäters gem. § 24 I StGB hängen die Voraussetzungen für das Vorliegen eines strafbefreienden Rücktritts davon ab, ob es sich um einen unbeendeten oder beendeten Versuch handelt. Beim unbeendeten Versuch muss der Täter lediglich freiwillig die weitere Ausführung der Tat aufgeben, § 24 I 1 1. Fall StGB, beim beendeten Versuch hingegen freiwillig die Vollendung der Tat verhindern, § 24 I 1 2. Fall StGB, oder, wenn diese ohne sein Zutun nicht vollendet wird, sich freiwillig und ernsthaft bemühen, die Vollendung zu verhindern, § 24 I 2 StGB. Maßgeblich für die Abgrenzung zwischen unbeendetem und beendeten Versuch ist die Tätervorstellung: Glaubt der Täter, bereits alles zur Herbeiführung des Erfolges Notwendige getan zu haben, so ist der Ver-

such beendet, anderenfalls unbeendet (BGHSt 31, 170, 171; Joecks, § 24 Rn. 11; Schönke/Schröder-Eser, § 24 Rn. 14).

Das LG Nürnberg-Fürth hatte im vorliegenden Fall das Vorliegen eines beendeten Versuches damit begründet, dass der Angeklagte nach dem Stich geglaubt hatte, er habe alles Notwendige getan, um sein eigentliches Ziel - das Opfer kampfunfähig zu machen - zu erreichen. Der BGH stellt klar, dass der Versuch erst dann beendet ist, wenn der Täter glaubt, alles zur Herbeiführung des *tatbestandlichen* Erfolges getan zu haben und dass deshalb die Vorstellung des Täters bezüglich des Eintretens eventuell von ihm beabsichtiger *außertatbestandlicher* Erfolge insofern keine Rolle spielen könne. Dass der Angeklagte das Opfer nicht mit Tötungsabsicht, sondern nur mit bedingtem Tötungsvorsatz angegriffen hatte und sein eigentliches Ziel darin bestand, das Opfer kampfunfähig zu machen, kann also für die Abgrenzung von unbeendetem und beendetem Versuch keine Rolle spielen, da es sich insofern um einen außertatbestandlichen Erfolg handelt. Allerdings ging der BGH davon aus, dass der Angeklagte nach dem Stich auch glaubte, alles zur Herbeiführung des tatbestandlichen Erfolges - des Todes des Opfers - Erforderliche getan zu haben, sodass er deshalb auch einen beendeten Versuch annahm.

Des Weiteren stellt sich die Frage, ob ein Rücktritt vom Versuch überhaupt noch möglich ist, wenn der Täter sein eigentliches, außertatbestandliches Ziel bereits erreicht hat. Dieses Problem ist dann aufzuwerfen, wenn der Täter - wie im vorliegenden Fall - bzgl. der Tatbestandsverwirklichung (hier: der Tötung des Opfers) nur mit Eventualvorsatz handelt und seine Absicht auf die Verwirklichung eines außertatbestandlichen Zieles gerichtet ist (hier: das Opfer kampfunfähig zu machen) (vgl. hierzu auch das Skript StraFR AT I, Rn. 529). Ein Teil der Literatur hält in solchen Fällen einen Rücktritt für ausgeschlossen, wenn der Täter sein "eigentliches" (außertatbestandliches) Ziel bereits erreicht hat, weil für diesen dann ein Weiterhandeln sinnlos sei und deshalb auch das für einen Rücktritt erforderliche "Aufgeben" der Tat nicht gegeben sein könne (Roxin, AT II, § 30 Rn. 58 ff.; Freund, NStZ 2004, 326; Puppe, NStZ 1986, 14). Die herrschende Meinung, insb. die Rechtsprechung, erlaubt jedoch auch in dieser Konstellation noch einen strafbefreienden Rücktritt (BGHSt 39, 221, 230 ff.; BGH, RA 2006, 730 = NStZ 2006, 685; RA 2007, 268 = NStZ 2007, 399; Fischer, § 24 Rn. 9; Schönke/Schröder-Eser, § 24 Rn. 17b; Hauf, JuS 1995, 524, 526). Ein solcher erfordere nämlich nur das Abstandnehmen von der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes, nicht jedoch von der Verwirklichung außertatbestandlicher Ziele. Außerdem schneide die Gegenauffassung dem Täter ohne wichtigen Grund die Möglichkeit ei-

nes strafbefreienden Rücktritts ab, was ihm aber auch die Motivation dafür nehme, noch den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges zu verhindern und deshalb letztlich opferfeindlich sei. In der vorliegenden Entscheidung diskutiert der BGH gar nicht ernsthaft, ob die Erreichung des außertatbestandlichen Zieles des Angeklagten vielleicht dessen Rücktritt ausschließen könnte, was im Hinblick auf die bisherige Rechtsprechung nur konsequent ist.

#### **Vertiefungshinweise:**

☐ Zum Rücktritt nach Erreichen des außertatbestandlichen Zieles des Täters: *BGHSt* 39, 221; *BGH*, RA 2006, 730 = NStZ 2006, 685; RA 2007, 268 = NStZ 2007, 399; *Freund*, NStZ 2004, 326; *Hauf*, JuS 1995, 524; *Puppe*, NStZ 1986, 14

#### **Kursprogramm:**

☐ *Examenskurs*: "Asylbewerber"

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

**Ob ein Versuch beendet ist oder nicht, richtet sich nicht nach der Vorstellung des Täters über ein außertatbestandsmäßiges Handlungsziel, sondern nach derjenigen über den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs (Rücktrittshorizont). Auch bei Erreichung des außertatbestandsmäßigen Ziels kann ein unbeendeter Versuch vorliegen, so dass bloßes Aufgeben weiterer Tatausführung für Rücktritt genügt.**

#### **Sachverhalt:**

Der später Geschädigte hatte eine tätliche Auseinandersetzung mit einem Freund des Angeklagten, die dieser zunächst aus einiger Entfernung beobachtete. Er wollte dann den Geschädigten kampfunfähig machen, näherte sich ihm von der Seite und stach ihm mit bedingtem Tötungsvorsatz wuchtig ein Messer in den Bauch. Obwohl lebensgefährlich verletzt, bemerkte der Geschädigte den Stich zunächst nicht und kämpfte sogar weiter. Zufällig kam kurz darauf eine Polizeistreife, die seine lebensrettende Behandlung veranlassete. Der Angeklagte war nach dem Stich geflüchtet. Er ging - wie sich zeigte, zutreffend - davon aus, dass die "Wirkung auf den Geschädigten alsbald einsetzen würde". Ob er dem Geschädigten weitere Stiche hätte versetzen können, bleibt ausdrücklich offen.

#### **Aus den Gründen:**

[1 - 3] [...] Auf der Grundlage dieser Feststellungen wurde der Angeklagte wegen versuchtem Totschlag in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung zu einer Jugendstrafe verurteilt.

[4] Seine auf die entgegen § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO nicht ausgeführte Verfahrensrüge und die allgemeine

Sachrüge gestützte Revision bleibt erfolglos (§ 349 Abs. 2 StPO).

### 1. Zur Möglichkeit eines strafbefreienden Rücktritts des Angeklagten

[5] Näher auszuführen ist dies nur, soweit ein strafbefreiender Rücktritt (§ 24 StGB) verneint ist.

#### a. Kein fehlgeschlagener Versuch

[6] Da offen bleibt, ob weitere Stiche möglich gewesen wären, liegt kein fehlgeschlagener Versuch vor.

#### b. Zur Annahme eines beendeten Versuchs durch das Landgericht

[7] Der Angeklagte hat keine Rettungsmaßnahmen ergriffen. Im rechtlichen Ansatz zutreffend geht die Jugendkammer davon aus, aus diesem Grund komme kein Rücktritt in Betracht, da hier ein beendeter Versuch vorliege. Der Versuch sei deshalb beendet, weil der Angeklagte davon ausging, dass er sein Ziel, die Kampfunfähigkeit des Geschädigten, erreicht habe (gemeint: dass er davon ausging, dass dies demnächst eintreten werde). Dies ist allerdings unzutreffend. Ob ein Versuch beendet ist oder nicht, richtet sich nicht nach der Vorstellung des Täters über ein außertatbestandsmäßiges Handlungsziel, sondern über den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs (Rücktrittshorizont). Auch bei Erreichung des außertatbestandsmäßigen Ziels kann ein unbeendeter Versuch vorliegen, so dass bloßes Aufgeben weiterer Tatausführung für Rücktritt genügt (BGH, Großer Senat für Strafsachen, Beschluss vom 19. Mai 1993 - GSSSt 1/93, BGHSt 39, 221, 227 ff).

#### c. Zum Vorliegen eines beendeten Versuchs

[8] Dennoch hat das Urteil im Ergebnis Bestand. Der Angeklagte hatte eine mögliche tödliche Wirkung des Stichts billigend in Kauf genommen. Daher legt die Feststellung, der Angeklagte habe bei seiner Flucht unmittelbar nach dem Stich mit dessen baldiger Wirkung gerechnet, die Annahme nahe, er habe (auch) den baldigen Tod des Geschädigten für möglich gehalten. Zumindest wird aber deutlich, dass der Angeklagte jedenfalls keine gegenteiligen Erwägungen angestellt hat, er sich also - allenfalls - überhaupt keine Vorstellungen darüber gemacht hat, ob der Geschädigte sterben könne oder nicht, sodass jedenfalls deshalb beendeter Versuch vorliegt (BGH, Urteil vom 3. Juni 2008 - 1 StR 59/08, NStZ 2009, 264, 266; BGH, Urteil vom 2. November 1994 - 2 StR 449/94, BGHSt 40, 304, 306), von dem der Angeklagte nicht zurückgetreten ist.

### 2. Zur Revision im Übrigen; Hinweise des BGH

[9] Auch im Übrigen hat die Überprüfung des Urteils keine Rechtsfehler ergeben, die sich zum Nachteil des

Angeklagten ausgewirkt haben.

[10] Der Senat sieht jedoch Anlass zu folgenden Hinweisen:

#### a. Zum Schuldspruch

[11, 12] Die Jugendkammer hat festgestellt, dass sich der Angeklagte "wie er erkannte und worauf es ihm ankam, von diesem unbemerkt", dem Geschädigten seitlich genähert hatte, um auf ihn einzustechen. Dies legt die Annahme von Heimtücke (§ 211 StGB) nahe. Es beschwert den Angeklagten jedoch nicht, dass die Jugendkammer diese Möglichkeit gleichwohl nicht geprüft hat.

#### b. Zum Strafausspruch

[13, 14] Der bei der Tat über 20 Jahre alte Angeklagte hat nach dem Hauptschulabschluss den Beruf eines Metallbearbeiters erlernt, den er seither erfolgreich (monatliches Nettogehalt zuletzt zwischen 1.800 und 1.900 €) ausübt. Dementsprechend geht die Jugendkammer davon aus, dass der Angeklagte "in der beruflichen Entwicklung einem Erwachsenen gleicht". Dennoch wendet sie Jugendstrafrecht an.

[15] Begründet ist dies an erster Stelle damit, dass der Angeklagte noch bei seinen Eltern lebt und keine eigene Familie hat. Hiergegen bestehen Bedenken. Heranwachsende mit eigener Familie sind seltene Ausnahmen. Nach dem Maßstab der Jugendkammer hätten fast alle Heranwachsenden Reifedefizite.

[16] Weiter stützt die Jugendkammer ihr Ergebnis darauf, dass der Angeklagte zeitweise eine Förderschule besucht hatte. Selbst wenn dies auf früher vorhandene Defizite hinweisen mag, liegt nahe, dass diese inzwischen behoben sind, wenn sie sich nicht mehr erkennbar auswirken.

[17] Letztlich hebt die Jugendkammer noch darauf ab, dass der Angeklagte von seinem Einkommen gerne Kleidung ("Klamotten") einkauft, Diskotheken besucht und sich oft mit Computerspielen beschäftigt. Auch dabei handelt es sich schwerlich um Hinweise auf "Auffälligkeiten in der geistigen und sittlichen Entwicklung" (vgl. BGH, Urteil vom 11. März 2003 - 1 StR 507/02, NStZ-RR 2003, 186, 187; Urteil vom 18. April 1984 - 2 StR 103/84, NStZ 1984, 467 mwN), sondern, soweit überhaupt auf diesen Kreis beschränkt, eher um typische Verhaltensweisen jüngerer Menschen.

[18] Auch in ihrer Gesamtschau haben die genannten Gesichtspunkte jedenfalls nicht solches Gewicht, dass kein Raum mehr für die Ausübung des in diesem Zusammenhang bestehenden weiten tatrichterlichen Ermessens (BGH, Urteil vom 11. März 2003 - 1 StR 507/02) bestünde, sondern, wie die Jugendkammer meint, "zwingend" Jugendstrafrecht anzuwenden sei.

[19] All dies beschwert jedoch den Angeklagten ebenfalls nicht.

*c. Zur Abfassung der Urteilsgründe*

[20, 21] Die schriftlichen Urteilsgründe sollen nicht - etwa zum Vortatgeschehen - eine Vielzahl von Details aneinanderreihen, deren Bedeutung für den Schuld- oder Strafausspruch kaum erkennbar ist. Ebenso wenig sollte etwa die Aussage des Angeklagten in der Art eines Protokolls und wiederholt unter Mitteilung des jeweiligen Fragestellers Satz für Satz referiert werden. Die Urteilsgründe sollen dem Leser ermöglichen, die die Entscheidung tragenden Feststellungen ohne aufwändige eigene Bemühungen zu erkennen. Dementsprechend soll die Beweiswürdigung lediglich belegen, warum bedeutsame tatsächliche Umstände so

wie geschehen festgestellt wurden. Nur soweit hierfür erforderlich, sind Angaben des Angeklagten, Zeugenaussagen und sonst angefallene Erkenntnisse heranzuziehen. Urteilsgründe, die sich demgegenüber mit vielen sonstigen Erkenntnissen befassen, können den Blick für das Wesentliche verstellen und damit letztlich sogar den Bestand des Urteils gefährden (vgl. BGH, Beschluss vom 19. August 2009 - 1 StR 357/09; Beschluss vom 4. März 2009 - 1 StR 27/09, insoweit nicht abgedruckt in NStZ 2009, 701; BGH, Beschluss vom 7. Dezember 2006 - 2 StR 470/06, NStZ 2007, 720; BGH, Beschluss vom 4. September 1997 - 1 StR 487/97, NStZ 1998, 51 mwN).

**Standort: §§ 239a, 239b StGB****Problem: Ernstlichkeit der Drohung**

BGH, URTEIL VOM 05.08.2010

3 STR 210/10 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Die Angeklagten sowie der in einem gesonderten Verfahren verfolgte W wollten den S entführen, um diesen einzuschüchtern und zur Herausgabe von Drogen oder Geld zu zwingen. Aufgrund einer Personenverwechslung entführten sie statt dessen den We, bemerkten ihren Irrtum jedoch bald und forderten das Opfer zunächst auf, sie zur Wohnung des S zu führen und dort ein Treffen mit diesem zu arrangieren. Dort trafen sie jedoch nur die Lebensgefährtin des S, die weder Geld noch Drogen übergeben konnte. Die Angeklagten zwangen We daraufhin, sie noch zur Wohnung des Sch zu führen, wo sie diverse Dinge stahlen. Während der ganzen Zeit wurde We in verschiedenster Weise bedroht. Zunächst wurde erklärt, wenn We nicht kooperiere, werde man mit ihm "in den Wald fahren" und ihm dort "einen Finger abschneiden", später wurde damit gedroht, We oder seine Freundin "auf den Strich zu schicken". Zwischendurch kündigte W auch einmal an, We "abzustechen". Während der Tat führten die Angeklagten einen Schlagstock und Klappmesser bei sich.

Das Landgericht Wuppertal hatte die Angeklagten aufgrund ihres Verhaltens wegen mittäterschaftlich begangener gefährlicher Körperverletzung, §§ 223 I, 224 I Nr. 4, 25 II StGB, Freiheitsberaubung, §§ 239 I, 25 II StGB, Nötigung, §§ 240 I, 25 II StGB, und Diebstahls mit Waffen, §§ 242 I, 244 I Nr. 1a, 25 II StGB, verurteilt. Eine Strafbarkeit wegen mittäterschaftlicher Geiselnahme, §§ 239b I, 25 II StGB, hatte das LG abgelehnt, da die Drohungen nicht ernst gemeint gewesen seien, was aber Voraussetzung für eine Strafbarkeit gem. § 239b I StGB sei. Die Todesdrohung des W stelle außerdem einen Exzess dar, für den seine Mittäter (also die Angeklagten) strafrechtlich nicht zur Verantwortung gezogen werden könnten.

Auf die Revision der Staatsanwaltschaft hin hob der BGH dieses Urteil auf. Zum einen setze eine Drohung i.R.v. § 239b I StGB nicht voraus, dass diese ernst gemeint sei (also der Täter vorhabe sie zu verwirklichen) sondern nur, dass der Täter es billigend in Kauf nimmt, dass das Opfer die Drohung für ernst hält. Auch stelle die Drohung des W keinen Exzess dar. Selbst wenn eine solche Vorgehensweise nicht ausdrücklich geplant gewesen sei, so stelle sie jedenfalls eine vorhersehbare Entwicklung dar, sodass auch die anderen Mittäter dafür haften müssten. Schließlich sei das Urteil auch insofern fehlerhaft als das LG keine Strafbarkeit der Angeklagten wegen des - gegenüber § 239b I StGB spezielleren - erpresserischen Menschenraubs, § 239a I StGB, geprüft habe.

**Prüfungsrelevanz:**

Die vorliegende Entscheidung des BGH befasst sich - wenn auch teilweise fast nebensächlich - mit zwei klassischen Examensproblemen, nämlich dem error in persona vel objecto sowie der Konstellation des Mittäterexzesses. Zwar liefert das Urteil insofern keine neuen Erkenntnisse, ist jedoch aus Prüfersicht ein willkommener Anlass, diese "Examensklassiker" erneut anzusprechen, weil hier außerdem die interessanten Tatbestände der §§ 239a I, 239b I StGB zu prüfen sind.

Gem. § 16 I 1 StGB muss sich der Vorsatz des Täters auf die Umstände beziehen, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören. Irrt sich der Täter jedoch nur über die Identität des von ihm angegriffenen Tatobjekts (z.B.: A erschießt B, den er für C hält), so ist diese Identitätstäuschung bzw. Objektverwechslung (error in persona vel objecto) unbeachtlich, solange nur das getroffene und das vorgestellte Objekt gleichwertig sind (BGHSt 11, 268, 270; Joecks, § 15 Rn. 44 f.; vgl. auch die Darstellung im Skript StrafR AT I, Rn. 399 ff.). Dies wird teilweise auf die Formulierung der gesetzlichen Tatbestände zurückgeführt, die das erforder-



derliche Tatobjekt stets nur abstrakt bezeichnen (z.B. "Mensch" bei §§ 211 II, 212 I, 239 I StGB, vgl. Kühl, AT, § 13 Rn. 23), teilweise wird das Ergebnis auch damit begründet, dass sich der Tätervorsatz auf das anvisierte Tatobjekt konkretisiert habe (BGHSt 11, 268, 270; Fischer, § 16 Rn. 5). Wegen der Unbeachtlichkeit des error in persona vel objecto bei Gleichwertigkeit der Rechtsgüter konnte es die Angeklagten im vorliegenden Fall auch (insb. i.R.v. § 239 I StGB) nicht entlasten, dass sie We in dem Glauben entführt hatten, er sei S.

Im Rahmen einer mittäterschaftlichen Begehung erlaubt es die Vorschrift des § 25 II StGB, einem Mittäter die Handlungen eines anderen Mittäters zuzurechnen, sodass eine (Mit-)Täterschaft an einem Delikt grds. auch für denjenigen Mittäter möglich ist, der die Tathandlung nicht selbst vornimmt. Jedoch werden einem Mittäter nicht sämtliche Handlungen der anderen Mittäter zugerechnet, sondern nur solche, die auch von dem der Mittäterschaft zugrunde liegenden gemeinsamen Tatentschluss umfasst sind. Nimmt ein Mittäter Handlungen vor, die über den gemeinsamen Tatplan hinausgehen, so haften die anderen Mittäter hierfür nicht (sog. Mittäterexzess; vgl. die Darstellung bei Fischer, § 25 Rn. 20 und im Skript StrafR AT II, Rn. 60 ff.). Ein Exzess liegt jedoch nicht vor, wenn ein Mittäter eine Handlung vornimmt, die zwar nicht ausdrücklich geplant war, mit der jedoch gerechnet werden muss oder es den anderen Mittätern gleichgültig ist, wie der Handelnde vorgeht (BGH, NStZ 2002, 597, 598; 2005, 261, 262; Fischer, § 25 Rn. 20; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 25 Rn. 95). Diese Rechtsprechung führt der BGH in der vorliegenden Entscheidung fort und kommt deshalb zu dem Ergebnis, dass die Drohung des W, den We "abzustechen", für die anderen Mittäter keinen Exzess darstelle, da bei der brutalen Vorgehensweise aller Mittäter und deren Absicht, We stark unter Druck zu setzen, auch die Drohung mit dessen Tod noch vorhersehbar war.

Der vom LG geprüfte Tatbestand der Geiselnahme, § 239b I StGB, setzt voraus, dass der Täter das Opfer entführt oder sich seiner bemächtigt, um dieses oder einen Dritten durch die Drohung mit dem Tod des Opfers oder einer schweren Körperverletzung oder Freiheitsentziehung von über einer Woche Dauer zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung zu nötigen (§ 239b I 1. Fall StGB) bzw. dass der Täter die von ihm durch eine solche Handlung geschaffene Lage zu einer solchen Nötigung ausnutzt (§ 239b I 2. Fall StGB). Der Tatbestand des erpresserischen Menschenraubes, § 239a I StGB, entspricht demjenigen des § 239b I StGB mit dem einzigen Unterschied, dass der Täter die von ihm geschaffene Zwangslage zu einer Erpressung gem. § 253 I StGB auszunutzen beabsichtigt (§ 239a I 1. Fall StGB) bzw. die ohne entsprechende Ab-

sicht geschaffene Zwangslage hierzu ausnutzt (§ 239a I 2. Fall StGB). Da auch der Tatbestand des § 253 I StGB als Tatmittel insb. eine Drohung vorsieht, stellt sich somit bei § 239a StGB ebenso wie bei § 239b StGB die Frage, ob der Täter tatsächlich die Absicht haben muss, die beabsichtigte (bei §§ 239a I 1. Fall, 239b I 1. Fall StGB) bzw. ausgesprochene (bei §§ 239a I 2. Fall, 239b I 2. Fall StGB) Drohung auch zu verwirklichen. Im Rahmen der Tatbestände der §§ 240 I, 253 I StGB ist eine Drohung das Inaussichtstellen eines zukünftigen Übels, auf dessen Eintritt der Täter Einfluss hat oder zu haben vorgibt (Fischer, § 240 Rn. 31; Joecks, § 253 Rn. 9). Dass es insofern ausreicht, dass der Täter vorgibt, Einfluss auf den Eintritt des Übels zu haben, zeigt, dass eine Drohung auch dann möglich ist, wenn der Täter das Übel tatsächlich gar nicht eintreten lassen kann (BGHSt 23, 296; Fischer, § 240 Rn. 31; SK-Horn/Wolters, § 240 Rn. 18). Deshalb ist es für das Vorliegen einer tatbestandlichen Drohung nach ganz h.M. grds. auch gleichgültig, ob der Täter - wenn er diese Möglichkeit hat - die Drohung tatsächlich verwirklichen will (BGHSt 26, 309, 310; BGH, NStZ 1985, 455). Diese Wertung überträgt der BGH in der vorliegenden Entscheidung auf §§ 239a I, 239b I StGB und kommt so - im Gegensatz zum LG - zu dem Ergebnis, dass die Tatbestandsverwirklichung nicht davon abhängt, ob die Angeklagten tatsächlich ernsthaft vorhatten, die angedrohten Maßnahmen gegen We durchzuführen.

#### **Vertiefungshinweise:**

Zum error in persona vel objecto: BGHSt 11, 268; 37, 268; Geppert, JURA 1997, 362; Roxin, JZ 1991, 680

Zum Mittäterexzess: BGH, NStZ 2002, 597; 2004, 263; 2005, 261; NStZ-RR 2005, 71; 2006, 37; Seher, JuS 2009, 304

Zu den Anforderungen an die Ernstlichkeit einer Drohung: BGHSt 23, 296, 26, 309; BGH, NStZ 1985, 455

#### **Kursprogramm:**

Examenskurs: "Der Bankräuber"

Examenskurs: "Der Besuch"

#### **Leitsätze (der Redaktion):**

**1. In beiden Fällen des § 239b I StGB genügt es für den Vorsatz, dass der Täter weiß oder zumindest damit rechnet und es billigt, die beabsichtigte (§ 239b I 1. Fall StGB) oder geäußerte (§ 239b I 2. Fall StGB) Drohung könne von der bedrohten Person für ernst gehalten werden und in ihr Furcht vor ihrer Verwirklichung hervorrufen. Unerheblich ist hingegen, ob das Opfer die geäußerte Drohung (§**

**239b I 2. Fall StGB) tatsächlich als Zwang empfunden und der Täter entschlossen ist, sie in die Tat umzusetzen.**

**2. Zwar kann einem Mittäter das Handeln eines anderen Mittäters, das über das gemeinsam Gewollte hinausgeht, nicht zugerechnet werden. Dabei ist jedoch zu beachten, dass die Zurechnung keine ins Einzelne gehende Vorstellung von den Handlungen des anderen Tatbeteiligten erfordert. Regelmäßig werden die Handlungen eines anderen Tatbeteiligten, mit denen nach den Umständen des Falles gerechnet werden musste, vom Willen des Mittäters umfasst, auch wenn er sie sich nicht besonders vorgestellt hat. Dasselbe gilt, wenn ihm die Handlungsweise des Mittäters gleichgültig ist.**

#### *Sachverhalt:*

Die Angeklagten, der bereits rechtskräftig verurteilte frühere Mitangeklagte Ma und der gesondert Verfolgte W, beschlossen den Zeugen S, den sie der Unterschlagung von LSD verdächtigten, durch eine "erhebliche Drohkulisse" einzuschüchtern. Dabei war ihnen bewusst, dass es bei dem zu diesem Zweck geplanten fingierten Ankauf von LSD bei S zu einer gewalttätigen Auseinandersetzung kommen könnte. Sie lockten den Zeugen S, der von den Zeugen We und Sch begleitet wurde, unter einem Vorwand zum Hauptbahnhof in Wu. Dort gingen die Angeklagten und ihre Mittäter sofort mit Gewalt gegen S und seine zwei Begleiter vor. Der Angeklagte M schlug Sch ohne Vorwarnung zweimal mit der Faust ins Gesicht. Der Angeklagte R hielt We einen Schlagstock vor den Hals, während ihm W mehrere Schläge ins Gesicht versetzte. Die Zeugen S und Sch konnten fliehen. Wegen dieses Sachverhalts hat das Landgericht die Angeklagten wegen gefährlicher Körperverletzung verurteilt.

Die Angeklagten, der frühere Mitangeklagte Ma und der gesondert Verfolgte W beschlossen nunmehr, sich des Zeugen S zu bemächtigen, um ihn weiter einzuschüchtern und zur Herausgabe von Geld oder Drogen zu veranlassen. Sie zerrten und stießen den Geschädigten We, den sie für den Zeugen S hielten, auf die Rückbank eines Kraftfahrzeuges. Nachdem die in dem Pkw mitfahrenden Angeklagten und W die Personenverwechslung bemerkt hatten, verlangten sie von We, sie zu S zu bringen oder ein Treffen mit ihm zu arrangieren. Während der Fahrt zur Wohnung des S bedrohten sie We u. a. damit, man werde mit ihm "in den Wald fahren" und ihm "einen Finger abschneiden", wenn er nicht kooperiere. Der gesondert Verfolgte W äußerte, er werde We "abstechen", denn er sei psychisch krank. Dabei fuchtelte er mit einem Messer herum. Der Angeklagte M, der zwischen beiden saß, forderte ihn auf, das Messer wegzustecken. Während der Fahrt schlugen der Angeklagte M und der gesondert Verfolgte W dem Tatopfer ins Gesicht, sodass es

blutete. Auf Aufforderung des W gab We sein Mobiltelefon und seine Geldbörse samt Personalausweis heraus. Diese Gegenstände sollten dem Geschädigten bei dessen Freilassung wieder ausgehändigt werden.

Entsprechend einer Anweisung der Angeklagten und ihrer Mittäter klingelte der Geschädigte We aus Angst vor weiterer körperlicher Gewalt an der Wohnungstür des abwesenden Zeugen S und veranlasste dessen Lebensgefährtin zu öffnen. In der Wohnung drohten der Angeklagte M und W damit, S umzubringen, wenn er nicht Drogen oder Geld herausgebe. Die Lebensgefährtin des Zeugen S konnte indes zum möglichen Aufbewahrungsort von Drogen oder Geld keine Angaben machen. Der Geschädigte We erhielt vom Angeklagten M in der Wohnung nochmals eine kräftige Ohrfeige.

Anschließend zwangen die Angeklagten, der rechtskräftig Verurteilte Ma und der gesondert Verfolgte W den Zeugen We, sie zur Wohnung des Sch zu führen. Auch während dieser Fahrt wurde We geschlagen und dahingehend bedroht, man werde ihn oder seine Freundin "auf den Strich schicken". Nachdem der Angeklagte M die Tür zur Wohnung des Sch eingetreten hatte, entwendeten die Angeklagten und ihre Mittäter mehrere diesem gehörende Gegenstände, u. a. nahm der Angeklagte M ein Klappmesser mit. Während der gesamten Tat führte der Angeklagte R einen Schlagstock und ein Klappmesser bei sich.

#### *Aus den Gründen:*

[1] Das Landgericht hat den Angeklagten R wegen gefährlicher Körperverletzung, Freiheitsberaubung in Tateinheit mit Nötigung sowie wegen Diebstahls mit Waffen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt und deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt. Gegen den Angeklagten M hat es wegen gefährlicher Körperverletzung, Freiheitsberaubung in Tateinheit mit vorsätzlicher Körperverletzung und mit Nötigung sowie wegen Diebstahls mit Waffen eine Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten verhängt.

[2] Die Staatsanwaltschaft wendet sich mit ihrer zu Ungunsten der Angeklagten eingelegten, auf die Verletzung sachlichen Rechts gestützten Revision gegen den jeweiligen Schuldspruch. Sie beanstandet namentlich, dass das Landgericht die Angeklagten nicht wegen Geiselnahme (§ 239b StGB) verurteilt hat. Der Angeklagte M rügt mit seiner Revision ebenfalls die Verletzung sachlichen Rechts und wendet sich insbesondere gegen die Beweiswürdigung und die Verurteilung wegen Diebstahls mit Waffen.

#### *A. Revision der Staatsanwaltschaft*

##### *I. Zur Begründetheit der Revision*

[3- 8] Das vom Generalbundesanwalt vertretene

Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft hat überwiegend Erfolg. [...]

## II. Rechtliche Würdigung des LG

[9] Das Landgericht hat auf der Grundlage dieser [o.g.] Feststellungen eine Geiselnahme (§ 239b StGB) verneint und hierzu im Wesentlichen ausgeführt: Eine Drohung mit dem Tod oder einer schweren Körperverletzung sei nicht feststellbar gewesen. Das dem Zeugen We angekündigte Übel sei im Laufe der Ereignisse mehrfach ausgetauscht worden. Lediglich die Androhungen "in den Wald fahren" oder den Zeugen "abzustechen" hätten im Sinne einer Bedrohung mit dem Tod oder mit einer schweren Körperverletzung verstanden werden können. Indes verlange der Tatbestand der Geiselnahme - wie sich schon aus der hohen Strafandrohung ergebe - eine ernsthafte und konkrete Drohung. Eine solche lasse sich aufgrund der Wechselhaftigkeit der Äußerungen gerade nicht erkennen. Zudem habe nicht festgestellt werden können, dass die vom gesondert Verfolgten W ausgesprochene Drohung, den Geschädigten We "abzustechen", dem Tatplan der Angeklagten entsprochen habe.

## III. Entscheidung des BGH

[10] Dies hält rechtlicher Überprüfung nicht stand.

### 1. Zum Fehlen der Prüfung einer Strafbarkeit gem. § 239a I 1. Fall StGB

[11] Als durchgreifender Rechtsfehler erweist es sich bereits, dass das Landgericht nicht erkennbar geprüft hat, ob die Angeklagten und ihre Mittäter sich des erpresserischen Menschenraubes gemäß § 239a Abs. 1 1. Alt. StGB schuldig gemacht haben. Denn nach den Feststellungen bemächtigten sie sich des Zeugen We, den sie zunächst mit dem Zeugen S verwechselt hatten, "um ihn zumindest weiter einzuschüchtern und ihn zur Herausgabe von Geld oder Drogen aufzufordern". Damit sind sowohl der objektive Tatbestand des erpresserischen Menschenraubes als auch die Absicht festgestellt, die Sorge des Opfers um sein Wohl zu einer Erpressung während der Bemächtigungslage auszunutzen (vgl. Fischer, StGB, 57. Aufl., § 239a Rn. 5 f.). Ob die Angeklagten und ihre Mittäter dabei davon ausgingen, sich zu Unrecht zu bereichern, hängt von ihren Vorstellungen über das Bestehen einer materiellrechtlich durchsetzbaren Forderung ab (Schönke/Schröder-Eser, StGB, 28. Aufl., § 253 Rn. 19; Fischer, aaO § 253 Rn. 18 ff., § 263 Rn. 190 ff.). Dass sie sich anstatt des Zeugen S des Zeugen We bemächtigten, ist nach den Grundsätzen des "error in persona" unbeachtlich.

### 2. Zur Verneinung einer Strafbarkeit gem. § 239b I StGB

[12] Mit Recht beanstandet die Beschwerdeführerin

zudem, dass das Landgericht auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen eine Strafbarkeit der Angeklagten wegen Geiselnahme nicht rechtsfehlerfrei verneint hat.

### a. Zu den Voraussetzungen für eine Strafbarkeit gem. § 239b I StGB

[13] Den Tatbestand der Geiselnahme erfüllt, wer einen Menschen entführt oder sich eines Menschen bemächtigt und dabei beabsichtigt, sein Opfer während der Dauer der Bemächtigungslage (BGH, Urteil vom 10. Juni 2007 - 1 StR 157/07, NStZ-RR 2007, 243; BGH, Beschluss vom 14. Mai 1996 - 4 StR 174/96, StV 1997, 302; Fischer, aaO § 239b Rn. 6) durch die Drohung mit dem Tode, einer schweren Körperverletzung oder mit Freiheitsentziehung von über einer Woche Dauer zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung zu nötigen (§ 239b Abs. 1 1. Alt. StGB) Dasselbe gilt, wenn der Täter das Opfer zunächst ohne Nötigungsabsicht in seine Gewalt bringt und anschließend den von ihm geschaffenen Zustand zur Nötigung mittels einer qualifizierten Drohung ausnutzt (§ 239b Abs. 1 2. Alt. StGB). In beiden Fällen genügt es für den Vorsatz, dass der Täter weiß oder zumindest damit rechnet und es billigt, die beabsichtigte (Alt. 1.) oder geäußerte (Alt. 2.) Drohung könne von der bedrohten Person für ernst gehalten werden und in ihr Furcht vor ihrer Verwirklichung hervorrufen. Nicht notwendig für die Erfüllung des Tatbestandes ist es dagegen, dass der Täter den Betroffenen von der Ernsthaftigkeit seiner Drohung überzeugen will. Denn schon Zweifel daran, ob die Drohung wahr gemacht wird, können die Willensfreiheit des Geschädigten beeinträchtigen. Unerheblich ist auch, ob das Opfer die geäußerte Drohung (Alt. 2.) tatsächlich als Zwang empfindet und der Täter entschlossen ist, sie in die Tat umzusetzen (BGH, Urteil vom 16. März 1976 - 5 StR 72/76, BGHSt 26, 309, 310; BGH, Urteil vom 21. Mai 1985 - 1 StR 175/85, NStZ 1985, 455).

### b. Zum Vorliegen dieser Voraussetzungen im vorliegenden Fall

[14] Für die hier zu beurteilende Fallgestaltung bedeutet dies: Die Angeklagten und ihre Mittäter hatten den Geschädigten entführt und sich damit seiner bemächtigt. Während der Bemächtigungslage drohte der gesondert Verfolgte W ausdrücklich, den Zeugen We abzustechen, um ihn zur Kooperation zu nötigen, und verstärkte diese konkrete Todesdrohung dadurch, dass er mit einem Messer herumfuchtelte. Diese qualifizierte Drohung geschah unmittelbar nach der Anwendung erheblicher körperlicher Gewalt gegen das Tatopfer, das geschlagen und mit einem Schlagstock bedroht worden war. Zwar haben die Angeklagten und der gesondert Verfolgte W auch nicht qualifizierte Drohungen ausgesprochen. Dies nimmt jedoch bei der erforder-

derlichen Gesamtbetrachtung der Todesdrohung nicht ihre Eignung, im Zeugen We Furcht vor ihrer Ernsthaftigkeit und möglichen Verwirklichung hervorzurufen. Die Angeklagten distanzieren sich in der Folgezeit von der Todesdrohung nicht und beteiligten sich aktiv an der weiteren Tatausführung. Die Aufforderung des Angeklagten M an W, das Messer wegzustecken, kann auch als Aufforderung verstanden werden, das Messer nicht sofort einzusetzen. Hinzu kommt, dass der Angeklagte M und W im weiteren Verlauf der Tatbegehung noch Todesdrohungen zum Nachteil des S aussprachen, was die Furcht des Zeugen We vor der Umsetzung der zuvor ihm gegenüber ausgesprochenen Todesdrohung verstärkt haben kann. Unter diesen Umständen liegt es nicht fern, dass beide Angeklagte zumindest billigend in Kauf nahmen, der Geschädigte We werde auch aus Furcht vor der ausgesprochenen Todesdrohung gegen seinen Willen ihren Anweisungen weiter Folge leisten. Mit der Vorstellung der Angeklagten von der Wirkung der Todesdrohung auf die Willensentschließung und Willensbetätigung des Tatopfers befassen sich die Urteilsgründe indes nicht.

[15] Auch der vom Landgericht mit einer pauschalen Begründung bejahte Mittäterexzess des gesondert Verfolgten W hält rechtlicher Überprüfung nicht stand. Zwar kann einem Mittäter das Handeln eines anderen Mittäters, das über das gemeinsam Gewollte hinausgeht, nicht zugerechnet werden (BGH, Urteil vom 25. Juli 1989 - 1 StR 479/88, BGHSt 36, 231, 234; Fischer, aaO § 25 Rn. 20). Dabei ist jedoch zu beachten, dass die Zurechnung keine ins Einzelne gehende Vorstellung von den Handlungen des anderen Tatbeteiligten erfordert. Regelmäßig werden die Handlungen eines anderen Tatbeteiligten, mit denen nach den Umständen des Falles gerechnet werden musste, vom Willen des Mittäters umfasst, auch wenn er sie sich nicht besonders vorgestellt hat (BGH, Urteil vom 1. September 1999 - 2 StR 94/99, NStZ 2000, 29 f.; BGH, Urteil vom 15. September 2004 - 2 StR 242/04, NStZ 2005, 261 f.). Dasselbe gilt, wenn ihm die Handlungsweise des Mittäters gleichgültig ist (BGH, Urteil vom 27. Mai 1998 - 3 StR 66/98, NStZ 1998, 511 f.; BGH, Urteil vom 6. Dezember 1972 - 2 StR 256/72, NJW 1973, 377). Beide Angeklagten wirkten nach der To-

desdrohung, an der weiteren Tatbegehung - bei der dem Opfer weitere Handlungen abgenötigt wurden - mit, ohne sich von dieser zu distanzieren. Hinzu kommt beim Angeklagten R, dass er bei der Tatbegehung einen Schlagstock einsetzte und ein Messer bei sich führte, was ein Indiz dafür sein kann, dass er mit der Todesdrohung des Mittäters W einverstanden oder diese ihm zumindest gleichgültig war. Auf der Grundlage der Feststellungen liegt die Annahme eines Mittäterexzesses daher eher fern; jedenfalls hätte seine Bejahung näherer Begründung bedurft. Im Übrigen drängt sich das Vorliegen zumindest sukzessiver Mitäterschaft auf.

#### *IV. Hinweis für die neue Verhandlung*

[16] Die Sache bedarf daher zu diesem Tatkomplex neuer Verhandlung und Entscheidung. Für die neue Verhandlung weist der Senat darauf hin, dass ein erpresserischer Menschenraub oder eine Geiselnahme mit dem Diebstahl mit Waffen nur dann in Tateinheit steht, wenn eine natürliche Handlungseinheit vorliegt. Sollte der Diebstahl mit Waffen - was nahe liegt - nur bei Gelegenheit der Bemächtigungslage ohne inneren Zusammenhang mit ihr geschehen sein, wäre von Tateinheit auszugehen.

#### *V. Zur Strafbarkeit gem. §§ 223 I, 224 I StGB*

[17] Soweit sich das Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft - ohne nähere Begründung - gegen die Verurteilung der Angeklagten wegen gefährlicher Körperverletzung (Ziff. II.2. der Urteilsfeststellungen) richtet, ist es dagegen offensichtlich unbegründet. Diese Tat geschah, bevor sich die Angeklagten und ihre Mittäter entschlossen, den Zeugen S zu entführen und sich in Ausführung ihres Tatplans des Zeugen We bemächtigten. Der Senat kann ausschließen, dass die insoweit verhängte Einzelstrafe durch den Schuldspruch in dem Tatkomplex, über den neu zu verhandeln und zu entscheiden ist, beeinflusst worden ist.

#### *B. Revision des Angeklagten M*

[18, 19] Das Rechtsmittel des Angeklagten M ist aus den Gründen der Antragschrift des Generalbundesanwalts offensichtlich unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

## Urteile in Fallstruktur

**Standort: Öffentliches Recht**

**Problem: Versammlungsbegriff; ‘Polizeifestigkeit’**

VGH MANNHEIM, URTEIL VOM 12.07.2010  
1 S 349/10 (VBLBW 2010, 468)

**Problemdarstellung:**

Im vorliegenden Fall ging es um zwei hochinteressante Fragen aus dem Versammlungsrecht, nämlich darum, ob und wann ein Skinhead-Konzert eine Versammlung sein kann (1.), und darum, ob und wann eine Versammlung auch nach allgemeinem Polizei- und Ordnungsrecht aufgelöst werden kann, wenn sich im Versammlungsgesetz (VersG) keine Ermächtigungsgrundlage findet bzw. die Voraussetzungen einer solchen nicht vorliegen (2.).

1. Ob man ein ‘Skinhead-Konzert’ (gemeint ist ein solches, auf dem eindeutig rechtsgerichtetes Liedgut gespielt wird und das ganz überwiegend von einer bestimmten Klientel besucht wird, die sich durch ihre rechte politische Gesinnung verbunden fühlt) als Versammlung eingestuft wird, hängt zunächst davon ab, welchen Versammlungsbegriff man vertritt (vgl. Vertiefungshinweise):

a. Lässt man mit dem weiten Versammlungsbegriff jede Zusammenkunft von Menschen genügen, liegt bei einem Konzert unproblematisch eine Versammlung vor.

b. Vertritt man jedoch mit dem erweiterten Versammlungsbegriff, dass einer Versammlung notwendigerweise das Element einer kollektiven Meinungskundgabe innewohne, oder gar - wie hier der VGH Mannheim - mit dem engen Versammlungsbegriff, dass diese Meinungskundgabe in der Teilnahme am öffentlich-politischen Meinungs-austausch bestehen müsse, fallen Unterhaltungsveranstaltungen wie Konzerte grds. nicht unter den Versammlungsbegriff.

c. Das BVerwG (E 129, 42 = NVwZ 2007, 1431) hat jedoch den Begriff der ‘gemischten Veranstaltung’ kreiert, dem sich der VGH Mannheim im vorliegenden Fall anschließt: Beinhaltet eine Veranstaltung - wie bei ‘Skinhead-Konzerten’ üblich - sowohl unterhaltende als auch meinungsäußernde Elemente, müsse ein Schwerpunkt gebildet werden, der im Lichte des Art. 8 I GG im Zweifel zur Bejahung einer Versammlung führen müsse.

2. Grundsätzlich ist bei Annahme einer Versammlung das VersG lex specialis zum allgemeinen Polizeirecht der Länder. Ein Rückgriff auf letzteres verbietet sich

also, soweit das VersG ein Einschreiten gegen die Versammlung nicht legitimiert (‘Polizeifestigkeit der Versammlung’, vgl. Vertiefungshinweise). Hiervon will der VGH Mannheim in der vorliegenden Entscheidung jedoch eine Ausnahme zulassen, wenn es um ‘nicht versammlungsspezifische Gefahren’ (im Fall: unzureichender Schutz der Teilnehmer gegen Feuergefahren) gehe.

Diese Annahme ist allerdings wenig überzeugend. Die Spezialität des VersG ist gerade nicht auf ‘versammlungsspezifische Gefahren’ beschränkt, jedenfalls enthält das VersG dafür keinerlei Anhaltspunkte (ganz im Gegenteil, z.B. wird in § 15 I VersG explizit auf die ‘öffentliche Sicherheit oder Ordnung’ abgestellt, also exakt auf die Schutzgüter des landesrechtlichen Polizeirechts). Zudem ist zu beachten, dass die Länder seit der Föderalismusreform 2006 die Gesetzgebungskompetenz für das Versammlungsrecht innehaben; hielten sie das VersG des Bundes für unzureichend, könnten sie jederzeit eigene, weitergehende Befugnisse regeln (wie z.B. in Bayern geschehen). Ferner verstieße eine Anwendung des PolG BW auf Versammlungen wohl gegen Art. 19 I 2 GG, weil in § 4 PolG BW eine Einschränkung des Art. 8 I GG nicht zitiert ist.

**Prüfungsrelevanz:**

Das Versammlungsrecht - und hier speziell ein Einschreiten gegen rechtsgerichtete Versammlungen - gehört zu den relevantesten Prüfungsthemen überhaupt. Lückenlose Kenntnisse des Versammlungsbegriffs sowie zum immer wieder diskutierten Verhältnis des VersG zum landesrechtlichen Polizeirecht sind daher dringend anzuraten.

**Vertiefungshinweise:**

□ Polizeifestigkeit der Versammlung: *BVerfG*, RA 2005, 75 = NVwZ 2005, 80; *BVerwGE* 82, 34 [38]; *VGH Mannheim*, DVBl 1998, 837 [839]; RA 2007, 705; *OLG Celle*, RA 2006, 270 = NVwZ-RR 2006, 25; *Meßmann*, JuS 2007, 524

□ Versammlungsbegriff: *VG Lüneburg*, RA 2007, 38 = NJW 2006, 3299; NdsVBl 2003, 249 (speziell zu Skinhead-Konzerten); *Wiefelspütz*, NJW 2002, 274 (allgemein zum streitigen Versammlungsbegriff)

□ Spaßveranstaltungen sind keine Versammlung: *VG Hamburg*, RA 2001, 450; *Deger*, NJW 1997, 923

Keine Vermutung von Gefahren bei rechtsgerichteter Versammlung: *BVerfG*, BayVBl 2005, 594 = RA 2005, 629

Zur Abgrenzung von Feststellungs- und Fortsetzungsfeststellungsklage bei vor Klageerhebung erledigtem VA: *BVerwG*, DVBl 1999, 1660 = RA 1999, 592; *Wehr*, DVBl 2001, 78

**Kursprogramm:**

Examenskurs: "Waffen-SS"

Examenskurs: "XYZ"

**Leitsätze:**

**1. Ein Konzert rechtsextremistischer Skinheadbands dient typischerweise nicht nur dem Musikkonsum und der Unterhaltung, sondern auch der Rekrutierung neuer Anhänger und deren ideologischer Festigung. Lässt sich im Einzelfall nicht zweifelsfrei feststellen, dass die nicht auf die Meinungsbildung zielenden Modalitäten der Veranstaltung überwiegen, ist ein solches Konzert wie eine Versammlung zu behandeln (im Anschluss an BVerwGE 129, 42).**

**2. Die Auflösung eines unter dem Schutz der Versammlungsfreiheit stehenden Skinheadkonzerts zur Bekämpfung nicht versammlungsspezifischer Gefahren (hier: Brandgefahr) auf der Grundlage der polizeilichen Generalklausel kommt im Einzelfall in Betracht, soweit bei Erlass der Verfügung die Prognose gerechtfertigt war, dass konkrete Gefahren für elementare Rechtsgüter wie Leben und Gesundheit von Menschen drohten (hier bejaht).**

**3. Bei der Anwendung der polizeilichen Generalklausel ist der hohe Rang der durch Art. 8 GG geschützten Versammlungsfreiheit zu berücksichtigen.**

**Sachverhalt:**

In den Abendstunden des 21.01.2006 fand in der Großen Kreisstadt S in Baden-Württemberg in einem Kellerraum ein Skinheadkonzert mit zur rechten Skinheadszenen gehörenden Musikbands statt. Als Eintrittsgeld wurden 7 Euro verlangt. Das Konzert wurde nicht öffentlich angekündigt, sondern einem ausgewählten Kreis von Interessierten über Mobiltelefon und per E-Mail mitgeteilt.

Die Polizei erhielt trotz der konspirativen Vorbereitung Kenntnis von der Veranstaltung und ermittelte am 21.01.2006 den Ort und den mutmaßlichen, sich aus der Skinheadszenen rekrutierenden Teilnehmerkreis. Sie hatte feuerpolizeiliche und baurechtliche Sicherheitsbedenken und erwartete im Hinblick auf die beteiligten Personen und die Skinheadbands die Begehung von Straftaten nach den §§ 86 und 86 a StGB sowie die Begehung von Ordnungswidrigkeiten

nach Jugendschutz- und Gaststättenrechtlichen Bestimmungen. Der verantwortliche Einsatzleiter der Polizeidirektion S verfügte gegen 18:50 Uhr die Auflösung der Veranstaltung und entsandte zu diesem Zweck ca. 100 Polizeikräfte zum Veranstaltungsort, die während des laufenden Konzerts, welches von ca. 120 Personen besucht wurde, eintrafen. Um 21:57 Uhr betrat ein Polizeibeamter die Bühne und gab - gestützt auf die polizeiliche Generalklausel - über das Saalmikrofon gegenüber allen Veranstaltungsteilnehmern die Auflösung der Veranstaltung bekannt. Diese wurde sofort vollzogen. Anschließend wurde über den Vorfall in der regionalen und überregionalen Presse ausführlich berichtet.

Die Kläger zu 1 und 4 sind die verantwortlichen Veranstalter, die Kläger zu 2 und 3 die Mieter des Veranstaltungsraumes. Sie nahmen alle an dem Konzert teil. Mit ihren am 3.2.2006 erhobenen Klagen wenden sie sich gegen die Auflösungsverfügung. Sie wollen sich auf diesem Wege in ähnlichen Fällen vor polizeilichem Eingreifen schützen und verlangen angesichts der für sie größtenteils negativen Presseveröffentlichungen zudem Rehabilitation. Sie meinen, bei dem Konzert habe es sich um eine Versammlung i.S.d. Versammlungsgesetzes (VersG) gehandelt. Die Teilnehmer seien durch das innere Band ihrer politischen Gesinnung verbunden gewesen. Es habe sich auch nicht um eine kommerzielle Veranstaltung, sondern eine Geburtstagsfeier des Klägers zu 4 gehandelt; der Eintritt sei als Kostenbeitrag zu verstehen gewesen, ein Gewinn sei weder angestrebt gewesen noch tatsächlich angefallen. Schon aus diesem Grund hätte die Auflösung nicht nach Polizeirecht verfügt werden dürfen. Die Voraussetzungen für ein Einschreiten nach VersG hätten nicht vorgelegen, es habe sich um eine friedliche Feier gehandelt. Diese sei im Übrigen öffentlich gewesen, niemand sei abgewiesen worden.

Die beklagte Stadt S hingegen meint, es habe sich nicht um eine Versammlung gehandelt. Jedenfalls sei diese nicht "öffentlich" i.S.d. VersG gewesen, da die Kl. sie selbst als "Geburtstagsfeier" deklariert und konspirativ verabredet hätten. Im Übrigen käme es hierauf i.E. nicht an, aufgrund der o.g. Gefahrenprognose hätte in jedem Fall eingeschritten werden dürfen. Zudem sei die Klage schon unzulässig, jetzt, wo alles vorbei sei. Eine Wiederholungsgefahr bestünde nicht, der Mietvertrag für den Kellerraum sei bereits gekündigt. Zu rehabilitieren gebe es auch nichts, schließlich sei niemand diskriminiert worden.

Haben die Klagen Erfolg?

[Anm.: Es ist zu unterstellen, dass der Kellerraum bei Benutzung durch über 100 Personen mangels ausreichender Fluchtwege nicht feuersicher war, sich andererseits aber nicht feststellen lässt, dass hinreichen-

*de Anhaltspunkte für eine polizeiliche Prognose dergestalt vorlagen, dass tatsächlich Straftaten begangen werden sollten.]*

### **Lösung:**

Die Klagen haben Erfolg, soweit sie zulässig und begründet sind.

#### *A. Zulässigkeit*

##### *I. Verwaltungsrechtsweg*

Der Verwaltungsrechtsweg ist nach § 40 I 1 VwGO eröffnet. Angesichts der Tatsache, dass mit der Auflösungsverfügung ein öffentlich-rechtlicher Verwaltungsakt angegriffen wurde, der seine Rechtsgrundlage zudem in klassischen öffentlich-rechtlichen Materien wie dem Polizei- bzw. Versammlungsrecht findet, handelt es sich offensichtlich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit, die zudem nichtverfassungsrechtlicher Art ist und für die abdrängende Sonderzuweisungen zu anderen Gerichten nicht erkennbar sind.

##### *II. Statthafte Klageart*

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Klägerebehen, § 88 VwGO. Der VGH hält hier eine Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 I 4 VwGO für statthaft:

“Die Klagen sind, da sich der streitige Verwaltungsakt bereits vor Klageerhebung durch Zeitablauf erledigt hat (§ 43 II LVwVfG), in analoger Anwendung des § 113 I 4 VwGO als Fortsetzungsfeststellungsklagen statthaft (st.Rspr.; vgl. BVerwGE 26, 161 [165]; 49, 36; VGH Mannheim, VBIBW 2004, 214; VBIBW 2005, 431). Die Klagen beziehen sich auf die am 21.01.2006 von der Beklagten um 18:50 Uhr verfügte und um 21:57 Uhr [...] über das Mikrofon der Veranstaltungsbühne allen Veranstaltungsteilnehmern bekannt gegebene Auflösung der Veranstaltung, die sofort vollzogen wurde und damit schon vor Klageerhebung erledigt war.”

*[Anm.: Auf die m.M. in der Literatur, welche mangels Regelungslücke bei Erledigung des VA vor Klageerhebung eine Analogie zu § 113 I 4 VwGO verneint und statt dessen § 43 I VwGO anwenden will (z.B. Renck, JuS 1970, 113, 116; zweifelnd auch BVerwG, RA 1999, 592 = NVwZ 2000, 63), geht der Senat mit keinem Wort ein. In einem Gutachten sollte die statthafte Klageart jedoch streitig dargestellt werden, vgl. dazu Ehlers, Jura 2001, 415, 417; Erichsen, Jura 1989, 49, 50; Ogorek, JA 2002, 222, 223 - alle m.w.N.]*

##### *III. Klagebefugnis*

Zur Vermeidung von Popularklagen ist eine Klagebefugnis analog § 42 II VwGO zu fordern. Der VGH

sieht unter Anwendung der sog. “Adressatentheorie” insoweit kein Problem:

“Die Kläger sind klagebefugt i. S. v. § 42 II VwGO. Sie waren Teilnehmer der aufgelösten Veranstaltung und damit Adressaten der in Form einer Allgemeinverfügung i. S. v. § 35 Satz 2 LVwVfG ergangenen Auflösungsverfügung.”

#### *IV. Vorverfahren*

Ein Vorverfahren i.S.v. § 68 VwGO ist hier nicht durchgeführt worden. Nach Ansicht des Gerichts ist dies aber auch nicht erforderlich gewesen:

“Ein Vorverfahren i.S.v. § 68 VwGO war nicht erforderlich, da dieses seine Aufgabe (Selbstkontrolle der Verwaltung, Zweckmäßigkeitprüfung) nicht mehr hätte erfüllen können (vgl. BVerwGE 26, 161) und eine Widerspruchsentscheidung in der Sache unzulässig gewesen wäre (vgl. BVerwG, NVwZ 2001, 1288).

*[Anm.: Auch hierzu gibt es eine m.M. in der Literatur, die in einer möglichen Selbstkontrolle der Verwaltung auch nach Erledigung noch einen Sinn in der Durchführung des Vorverfahrens erblickt und daher § 68 I VwGO analog anwenden will (Schoch, Jura 2003, 752, 753 m.w.N.). Diese Ansicht sollte in einem Gutachten zwar erwähnt werden, die besseren Argumente sprechen allerdings gegen sie: Das Vorverfahren ist zumindest primär Rechtsbehelf des Bürgers, kein Instrument der Selbstkontrolle. Zudem erfährt die Behörde aus dem Gerichtsurteil von möglichen Fehlern - der Lerneffekt hieraus dürfte sogar noch größer sein als bei einer Selbstkontrolle.]*

*[Anm.: Eine Fristprüfung nimmt der VGH überhaupt nicht vor. Eine solche erscheint hier auch entbehrlich, da selbst unter Anwendung des § 74 I 2 VwGO analog zwischen dem 21.1.06 (Bekanntgabe des VA) und dem 3.2.06 (Klageerhebung) offensichtlich kein Monat verstrichen war, ganz abgesehen davon, dass mangels Rechtsbehelfsbelehrung nach § 58 I, II VwGO ohnehin eine Jahresfrist gegolten hätte.*

*In einem Gutachten sollte aber dennoch kurz auf die Frist eingegangen werden. Das BVerwG wendet bei Fällen wie dem Vorliegenden - Erledigung vor Klageerhebung und vor Bestandskraft des VA - § 74 I 2 VwGO i.Ü. gerade nicht analog an, sondern geht lediglich von einer Verwirkungsmöglichkeit aus, die frühestens nach einem Jahr bestehen soll, BVerwG, RA 1999, 592 = NVwZ 2000, 63. Diese Ansicht überzeugt: Fristen sollen der Rechtssicherheit dienen, bei einer FFK kann sich - anders als bei Anfechtungs- und Verpflichtungsklage - an der Rechtslage aber nichts mehr ändern, der Streitgegenstand ist ja erledigt. Daher besteht keine vergleichbare Interessenlage zwischen § 74 I, II VwGO und der FFK, die Analogie Voraussetzungen liegen nicht vor.]*

### V. Fortsetzungsfeststellungsinteresse

Zwischen den Parteien herrschte Streit über das Bestehen eines berechtigten Interesses i.S.d. § 113 I 4 VwGO a.E. Der Senat schlägt sich insoweit auf die Seite der Kläger:

“Die Kläger haben schließlich das erforderliche Feststellungsinteresse, das in den Fällen einer vorprozessualen Erledigung mit dem in § 43 I VwGO vorausgesetzten Interesse identisch ist (vgl. BVerwGE 109, 203 [206 ff.]) und aner kennenswerte schutzwürdige Belange rechtlicher, wirtschaftlicher und ideeller Natur umfasst (vgl. BVerwGE 74, 1).“

#### I. Voraussetzungen

“Die Kläger können ein Rehabilitationsinteresse geltend machen. Ein solches Interesse ist nach einer erledigten polizeilichen Maßnahme dann als berechtigt anzuerkennen, wenn mit ihr ein Eingriff in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen verbunden und sie geeignet war, das Ansehen des Betroffenen in der Öffentlichkeit herabzusetzen (vgl. VGH Mannheim, NVwZ 1998, 761). Vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlich garantierten Anspruchs auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 IV GG müssen zudem polizeiliche Maßnahmen in Fällen gewichtiger, in tatsächlicher Hinsicht jedoch überholter Grundrechtseingriffe auch im Hauptsacheverfahren einer gerichtlichen Klärung zugeführt werden können, wenn sich die direkte Belastung durch den angegriffenen Hoheitsaktes nach dem typischen Verfahrensablauf auf eine Zeitspanne beschränkt, in welcher der Betroffene eine gerichtliche Entscheidung nicht erlangen kann (vgl. BVerfGE 110, 77).“

#### 2. Subsumtion

“Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt. Der Eingriff in den Schutzbereich der von Art. 8 GG verbürgten besonders bedeutsamen Versammlungsfreiheit stellt einen tiefgreifenden Grundrechtseingriff dar. Ist angesichts des Vorbringens der Beteiligten - wie hier - ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 8 I GG nicht von vornherein ausgeschlossen, ist ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse zu bejahen (vgl. BVerwGE 129, 42 Rn. 12 m.w.N.). Unter dem Gesichtspunkt der Rehabilitation ist das Fortsetzungsfeststellungsinteresse des Weiteren im Hinblick auf die Presseberichterstattung über die Auflösung der Veranstaltung gegeben. Die Kläger zu 1 und 4 als (Mit-)Veranstalter haben darüber hinaus ein Interesse daran, durch eine gerichtliche Entscheidung die Gefahr der Wiederholung einer vergleichbaren Situation zu verhindern. Zwar wird eine weitere Veranstaltung in dem fraglichen Kellerraum nicht mehr stattfinden können, da das Mietverhältnis seitens des Eigentümers beendet worden ist. Wie die Kläger bekundet haben, haben sie jedoch die Absicht, vergleichbare Veranstaltungen im Zuständig-

keitsbereich der Beklagten auch zukünftig abzuhalten, so dass sie wiederum mit einer Auflösung rechnen müssten.“

### VI. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

Die Kläger sind nach §§ 63 Nr. 1, 61 Nr. 1 1. Fall VwGO beteiligten- und nach § 62 I VwGO prozessfähig, das beklagte Land nach §§ 63 Nr. 2, 61 Nr. 1 2. Fall VwGO und § 62 III VwGO.

#### B. Klagehäufung

Die Klagen können im Wege der Streitgenossenschaft nach §§ 64 VwGO i.V.m. 59 ff. ZPO zur gemeinsamen Entscheidung verbunden werden.

#### B. Begründetheit

Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist begründet, soweit die Klage gegen den materiell richtigen Beklagten gerichtet, der VA rechtswidrig gewesen ist und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt wurde (vgl. Ingold, JA 2009, 711 [713]).

#### I. Passivlegitimation

Passivlegitimiert ist nach § 78 I Nr. 1 VwGO analog die Große Kreisstadt S, und zwar unabhängig davon, ob man die angegriffene Auflösungsverfügung auf eine polizei- oder versammlungsrechtliche Rechtsgrundlage stellt, denn sie ist nicht nur Ortspolizeibehörde, sondern auch Versammlungsbehörde (§ 1 I Nr. 1 VersGZuVO BW, § 62 III PolG BW, §§ 13 I Nr. 1, 16 ILVG BW).

*[Anm.: Da der Fall im süddeutschen Raum spielt, wird der Klagegegner - wie dort üblich - als Passivlegitimation in der Begründetheit geprüft. Außerhalb Bayerns und Baden-Württembergs sollte der Klagegegner jedoch in der Zulässigkeit geprüft werden. Dafür spricht vor allem die systematische Stellung des § 78 VwGO sowie die Tatsache, dass sich die Beteiligten- und Prozessfähigkeit des Beklagten - eindeutig Zulässigkeitsmerkmale - kaum prüfen lassen, solange nicht geklärt ist, wer eigentlich richtiger Beklagter ist. Keinesfalls darf jedoch auf diese Aufbaufrage eingegangen werden - das Gutachten spricht für sich selbst!]*

#### II. Rechtswidrigkeit der Auflösungsverfügung

Die Auflösung der Veranstaltung war rechtmäßig, wenn sie von einer wirksamen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage gedeckt war, die in formeller und materieller Hinsicht ordnungsgemäß angewendet wurde. Sie wäre mithin rechtswidrig, wenn es an einer dieser Voraussetzungen fehlte.

#### 1. Ermächtigungsgrundlage

Die Polizei hat sich hier auf §§ 1, 3 PolG BW berufen.



Vorrangig ist das Versammlungsrecht jedoch im VersG geregelt. Soweit dieses einschlägig ist, sperrt es grds. den Rückgriff auf das allgemeine, landesrechtliche Polizeirecht ("Polizeifestigkeit der Versammlung", vgl. BVerfG, RA 2005, 75 = NVwZ 2005, 80; BVerwGE 82, 34 [38]; VGH Mannheim, DVBl 1998, 837 [839]; RA 2007, 705; OLG Celle, RA 2006, 270 = NVwZ-RR 2006, 25).

#### *a. Aus dem VersG*

Das VersG regelt in §§ 5 ff. Eingriffe in Versammlungen, die - wie hier - in geschlossenen Räumen stattfinden. Namentlich ermächtigen § 5 VersG zu Verboten und § 13 VersG zu Auflösungen. Allerdings ist das VersG nach § 1 VersG nur auf öffentliche Versammlungen anwendbar. Hier ist sowohl fraglich, ob es sich überhaupt um eine Versammlung handelte, als auch bejahendenfalls, ob diese öffentlich war. Der VGH bejaht i.E. beides:

#### *aa. Versammlung*

##### *(1). Definition*

"Art. 8 Abs. 1 GG verleiht allen Deutschen das Recht, sich ohne Anmeldung oder Erlaubnis friedlich und ohne Waffen zu versammeln. Die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Versammlungsfreiheit will das ungehinderte Zusammenkommen mit anderen Menschen zum Zweck der gemeinsamen Meinungsbildung und Meinungsäußerung (kollektive Aussage) schützen. Eine Versammlung wird dadurch charakterisiert, dass eine Personenmehrheit durch einen gemeinsamen Zweck inhaltlich verbunden ist. Das Grundrecht schützt die Freiheit der Versammlung als Ausdruck gemeinschaftlicher, auf Kommunikation angelegter Entfaltung. Der besondere Schutz der Versammlungsfreiheit beruht auf ihrer Bedeutung für den Prozess der öffentlichen Meinungsbildung in der freiheitlich-demokratischen Ordnung des Grundgesetzes. Für die Eröffnung des Schutzbereichs von Art. 8 Abs. 1 GG reicht es wegen seines Bezugs auf den Prozess öffentlicher Meinungsbildung nicht aus, dass die Teilnehmer bei ihrer kommunikativen Entfaltung durch einen beliebigen Zweck verbunden sind. Vorausgesetzt ist vielmehr zusätzlich, dass die Zusammenkunft auf die Teilnahme an der öffentlichen Meinungsbildung gerichtet ist. Versammlungen im Sinne des Art. 8 GG sind demnach örtliche Zusammenkünfte mehrerer Personen zu gemeinschaftlicher, auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichteten Erörterung oder Kundgebung (vgl. BVerfGE 104, 92 [104]; BVerfG, NJW 2001, 2459 [2460]; VGH Mannheim, VBIBW 2008, 60). Entscheidend ist, dass die Meinungsbildung und -äußerung mit dem Ziel erfolgt, auf die Öffentlichkeit entsprechend einzuwirken (vgl. Enders, JURA 2003, 34 [38]). [...] Volks-

festen und Vergnügungsveranstaltungen fallen allerdings unter den Versammlungsbegriff ebenso wenig wie Veranstaltungen, die der bloßen Zurschaustellung eines Lebensgefühls dienen oder die als eine auf Unterhaltung ausgerichtete öffentliche Massenparty gedacht sind, einerlei, ob der dort vorherrschende Musiktyp ein Lebensgefühl von sogenannten Subkulturen ausdrückt oder dem Massengeschmack entspricht."

*[Anm.: Der VGH folgt damit dem sog. "engen" Versammlungsbegriff. Daneben werden noch ein erweiterter und ein weiter Versammlungsbegriff vertreten (vgl. den hervorragenden Aufsatz von Wiefelspütz, NJW 2002, 274 m.w.N.). Der erweiterte Versammlungsbegriff verzichtet nicht auf das Element der Meinungskundgabe, wohl aber auf deren öffentlich-politischen Charakter; der weite Versammlungsbegriff fordert hingegen gar kein kommunikatives Element, eine innere Verbundenheit der Teilnehmer genüge bereits. Wenn - wie hier - gerade das Vorliegen des kommunikativen Elements der Versammlung problematisch ist, sollte in einem Gutachten auf den Versammlungsbegriff streitig eingegangen werden.]*

"Andererseits erstreckt sich der Schutzbereich der Versammlungsfreiheit auch auf solche Veranstaltungen, die ihre kommunikativen Zwecke unter Einsatz von Musik und Tanz verwirklichen. Dies ist zu bejahen, wenn diese Mittel zur kommunikativen Entfaltung mit dem Ziel eingesetzt werden, auf die öffentliche Meinungsbildung einzuwirken."

##### *(2). "Gemischte" Veranstaltung*

Enthält eine Veranstaltung sowohl Elemente, die auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichtet sind, als auch solche, die diesem Zweck nicht zuzurechnen sind, ist entscheidend, ob diese "gemischte" Veranstaltung ihrem Gesamtgepräge nach eine Versammlung ist. Bleiben insoweit Zweifel, so bewirkt der hohe Rang der Versammlungsfreiheit, dass die Veranstaltung wie eine Versammlung behandelt wird (vgl. BVerfG, NJW 2001, 2459; BVerwG, NVwZ 2007, 14). Die Beurteilung, ob eine "gemischte" Veranstaltung ihrem Gesamtgepräge nach eine Versammlung darstellt, ist im Wege einer Gesamtschau aller relevanten tatsächlichen Umstände vorzunehmen."

*[Anm.: Diese Gesamtschau vollzieht sich in drei Schritten: Erstens die Ermittlung aller Versammlungselemente, zweitens die Ermittlung aller versammlungsfremden Elemente, und drittens deren wertende Gegenüberstellung zur Ermittlung des Schwerpunkts (mit der o.g. Regel, im Zweifel für eine Versammlung zu entscheiden).]*

*(3). Subsumtion*

“Skinheadkonzerte wie das hier aufgelöste sind dadurch geprägt, dass mit der Musik zugleich eine politische Botschaft vermittelt wird. Einerseits thematisieren die Texte rechtsextremistischer Skinheadbands das Selbstverständnis und Lebensgefühl der rechtsextremistischen Skinheadszene. Andererseits ist diese Musik das wichtigste Propagandamedium, über das rechtsextremistische Inhalte in die Skinheadszene transportiert werden. [...] Der szeneeigenen Musik und insbesondere den Konzerten kommt ein hoher Identitätsstiftender Stellenwert zu. Die Konzerte dienen auch der Rekrutierung neuer Anhänger und deren ideologischer Festigung. Sie tragen zur Förderung einer rechtsextremistischen Orientierung vor allem bei jugendlichen und heranwachsenden Konzertbesuchern bei. [...] Anders als etwa bei einem normalen Popkonzert werden bei einem Skinheadkonzert die übrigen Besucher nicht nur in Kauf genommen, sondern als Gleichgesinnte empfunden, mit denen man sich zusammenfinden will, um sich beim gemeinsamen Musikgenuss in der eigenen Überzeugung zu bestärken und die gleiche Gesinnung zur Schau zu stellen (vgl. Soiné, JuS 2004, 382).

Die hier streitgegenständliche Veranstaltung erfüllte alle skizzierten typischen Merkmale eines Skinheadkonzerts. Auf der einen Seite diente die Veranstaltung als Musikkonzert zweifellos der Unterhaltung. Auf der anderen Seite wurden den Konzertbesuchern durch die Liedtexte rechtsextremistische Inhalte vermittelt. Dass die politischen Botschaften in erster Linie durch die Liedtexte transportiert werden, steht auch bei Zugrundelegung des engen Versammlungsbegriffs dem Versammlungscharakter eines solchen Konzerts nicht entgegen. Die innere Bindung der Besucher auf ideologischer Ebene, der Zweck, die eigene weltanschauliche und politische Identität zu stärken und insbesondere die auf (noch) nicht der Skinhead-Szene angehörende Konzertbesucher zielende Rekrutierungsfunktion heben ein solches Skinheadkonzert deutlich von anderen Konzerten ab, bei denen der Musikgenuss im Vordergrund steht. Lässt sich nach alledem ein Übergewicht des unterhaltenden Charakters der Veranstaltung nicht feststellen, so ist das Konzert jedenfalls nach der Zweifelsregel wie eine Versammlung zu behandeln. Die selbst gewählte Einordnung als private Feier steht der Einordnung als Versammlung nicht entgegen, weil der Versammlungscharakter aus der Sicht eines außenstehenden durchschnittlichen Betrachters zu beurteilen ist. Rechtlich irrelevant ist auch die rechtsextremistische Ausrichtung der Veranstaltung, da Art. 8 GG nicht nach dem Inhalt der bei einer Versammlung geäußerten Meinung unterscheidet und auch das Infragestellen von Verfassungswerten - soweit dies nicht in kämpferischer Weise geschieht und keine einschlägigen Straftatbestände verwirklicht werden - erlaubt

ist.”

*[Anm.: Das VG Lüneburg, RA 2007, 38 = NJW 2006, 3299 hat in einem vergleichbaren Fall genau das Gegenteil vertreten. Folgte man dem, stellte sich das Problem der “Polizeifestigkeit” der Versammlung nicht - die Ermächtigungsgrundlage könnte unproblematisch dem allgemeinen landesrechtlichen Polizeirecht entnommen werden.]*

*bb. Öffentlich*

“Nach § 1 I VersG hat jedermann u.a. das Recht, öffentliche Versammlungen zu veranstalten. [...] Die Öffentlichkeit bestimmt sich danach, ob die Versammlung einen abgeschlossenen oder einen individuell nicht abgegrenzten Personenkreis umfasst (BVerwG, NVwZ 1999, 992; ThürOVG, NVwZ-RR 1998, 497). Wesentliche Voraussetzung hierfür ist also, dass jeder, der von einer solchen Zusammenkunft Kenntnis erhält, die Möglichkeit hat, an ihr teilzunehmen. Dies war vorliegend der Fall. Der Teilnehmerkreis der Veranstaltung war von vornherein weder nach bestimmten Kriterien festgelegt noch begrenzt worden. Zwar wurde die Veranstaltung, bei der einschlägig bekannte Skinheadbands auftreten sollten, konspirativ vorbereitet. Zeit und Ort wurden nicht öffentlich bekanntgegeben, sondern ausschließlich per E-Mail und SMS einem Kreis bekannter Gleichgesinnter mitgeteilt. [...] Diese Einladungspraxis dürfte in erster Linie deshalb gewählt worden sein, um die Veranstaltung vor den Ordnungsbehörden und vor möglichen Störern etwa aus der linksautonomen Szene geheim zu halten. Hingegen ist nicht ersichtlich, dass der Teilnehmerkreis abschließend beschränkt werden sollte. Bei der gewählten Vorgehensweise hatten die Veranstalter es auch nicht mehr in der Hand, zu bestimmen, wer von der Veranstaltung erfuhr und an ihr teilnahm; im Hinblick auf die oben beschriebene Rekrutierungsfunktion der Veranstaltung lag dies auch gar nicht in ihrer Absicht. Es sind auch sonst keine Anhaltspunkte dafür erkennbar, dass die Teilnehmer einzeln eingeladen worden wären und dass nur bestimmte Personen Zugang zu der Veranstaltung erhalten sollten. Das Merkmal der Öffentlichkeit entfällt auch nicht deshalb, weil Eintrittsgelder erhoben worden sind. Soweit die Beklagte die Öffentlichkeit der Versammlung bestreitet, verhält sie sich widersprüchlich, da sie mit der Begehung von Straftaten rechnete, die zumindest teilweise einen gewissen Öffentlichkeitsbezug voraussetzen (vgl. z. B. § 86a StGB).”

*cc. Zwischenergebnis*

Eine öffentliche Versammlung i.S.d. VersG liegt vor. Somit ist das VersG als *lex specialis* zum landesrechtlichen Polizeirecht grds. vorrangig heranzuziehen.

*dd. Anwendbarkeit des § 13 VersG*

Bei versammlungsspezifischen Gefahren, die im Zusammenhang mit nicht verbotenen Versammlungen in geschlossenen Räumen entstehen, sind die Voraussetzungen für das polizeiliche Einschreiten nach Beginn der Versammlung und dessen Umfang in § 13 VersG speziell und abschließend geregelt (vgl. Dietel/Gintzel/Kniesel, VersG, § 13 Rn. 3).

Eine Anwendbarkeit dieser Vorschrift scheidet hier aber offensichtlich aus. Es liegt kein Auflösungsgrund i.S.d. § 13 I VersG vor. Insbesondere ist laut Sachverhalt zu unterstellen, dass sich eine hinreichende Wahrscheinlichkeit für die Prognose, dass Straftaten i.S.d. § 13 I Nr. 4 VersG begangen werden sollten, nicht stellen ließ.

*[Anm.: Der VGH weißt darüber hinaus darauf hin, dass nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 13 I VersG nur Polizeibeamte i.S.d. § 12 VersG eine Versammlung auflösen dürfen, also solche, die in die Versammlung entsandt wurden und sich dem Leiter zu erkennen gegeben haben. Hier bestehen bereits erhebliche Zweifel, ob die handelnden Polizeibeamten in diesem Sinne entsandt wurden und sich hinreichend zu erkennen gegeben haben.]*

*ee. Anwendbarkeit des § 5 VersG*

Man könnte noch auf die Idee kommen, die "Auflösung" in ein Verbot i.S.d. § 5 VersG umzudeuten. Dadurch würde allerdings die klare zeitliche Grenze zwischen § 5 VersG ("Verbot" im Vorfeld) und § 13 VersG ("Auflösung" während der laufenden Versammlung) verwischt. Der VGH geht diesem Gedanken daher zwar nach, verwirft ihn aber aus diesem Grund wieder:

"Ungeachtet der Bezeichnung als Auflösungsverfügung könnte die Umdeutung in ein Verbot nach § 5 Nr. 4 VersG in Betracht gezogen werden, weil die Verfügung ausweislich der schriftlichen Begründung in erster Linie darauf zielte, Straftaten im Sinne der §§ 86, 86 a, 90 a und 130 StGB zu verhindern, deren Begehung im Rahmen der Veranstaltung aufgrund von Erfahrungen bei früheren Veranstaltungen befürchtet wurde. Gegen die Umdeutung [...] könnte [allerdings] sprechen, dass die Verfügung erst nach Beginn der Versammlung bekannt gegeben wurde. Zu diesem Zeitpunkt ist die Verfügung auch erst rechtlich existent geworden. Vor der Bekanntgabe an zumindest einen Betroffenen ist ein Verwaltungsakt noch nicht erlassen, d.h. liegt grundsätzlich überhaupt noch kein Verwaltungsakt vor. Auch die Bindung der Behörde an den Verwaltungsakt tritt erst mit der Bekanntgabe an zumindest einen Betroffenen ein (Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Aufl., § 41 Rn. 17 m.w.N.). Dem Ordnungsamtsleiter der Beklagten dürfte um 18:50 Uhr auch bewusst gewesen sein, dass aufgrund der noch zu

treffenden Vorbereitungen (Zusammenziehen der erforderlichen Polizeikräfte; Einholung einer richterlichen Anordnung zum Betreten der Räumlichkeit etc.) eine Bekanntgabe der Allgemeinverfügung und damit ein Wirksamwerden (vgl. § 43 Abs. 1 LVwVfG) erst nach Beginn des Konzerts erfolgen würde.

Der Senat verkennt nicht, dass es für die Versammlungsbehörde, die den Erlass versammlungsrechtlicher Präventivmaßnahmen auf der Grundlage von § 5 VersG erwägt, bei Versammlungen der vorliegenden Art, die konspirativ vorbereitet werden und zu denen verdeckt eingeladen wird, schwierig sein kann, den Veranstalter rechtzeitig zu ermitteln und diesem ggf. eine Verfügung vor dem Beginn der Versammlung bekannt zu geben. Scheitert die Bekanntgabe vor Beginn der Versammlung, so kommt aufgrund der Systematik des Versammlungsgesetzes nur noch eine Auflösung der Versammlung unter den Voraussetzungen des § 13 VersG in Betracht. Die fehlende Bekanntgabe wäre nur dann unschädlich, wenn der Veranstalter anderweitig sichere Kenntnis von der Verfügung erlangt hätte oder wenn er unter Verstoß gegen spezielle gesetzliche Verpflichtungen die Bekanntgabe treuwidrig vereitelt hätte (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, Rn. 21 f. m.w.N.; BVerwG, NVwZ 1987, 793). Im Anwendungsbereich des Versammlungsgesetzes dürfte nach derzeitiger Rechtslage, wenn die Einladung verdeckt erfolgt, die treuwidrige Vereitelung der Bekanntgabe einer Verbotsverfügung kaum angenommen werden können, weil der Veranstalter einer Versammlung in geschlossenen Räumen im Vorfeld der Versammlung gesetzlich nicht zur Angabe seines Namens verpflichtet ist. Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 2 I VersG, der keine andere Auslegung zulässt, besteht eine solche Verpflichtung nur im Falle einer öffentlichen Einladung (so auch Dietel/Gintzel/Kniesel, VersG, § 2 Rn. 6)."

*ff. Zwischenergebnis*

Die Auflösungsverfügung war nicht durch eine Ermächtigungsgrundlage aus dem Versammlungsgesetz gedeckt.

*b. Aus dem PolG BW*

Fraglich ist, ob ungeachtet der obigen Ausführungen zur Polizeifestigkeit der Versammlung nicht doch ausnahmsweise ein Rückgriff auf das allgemeine Polizeirecht zulässig sein kann. Der VGH bejaht hier eine solche Durchbrechung der "Polizeifestigkeit" für nicht versammlungsspezifischen Gefahren:

"Auf das allgemeine Polizeirecht können polizeiliche Maßnahmen innerhalb von Versammlungen nur gestützt werden, wenn und soweit es darum geht, Gefahren zu bekämpfen, die nicht spezifisch in der Versammlung und deren Ablauf ihre Ursache haben (vgl. Meßmann, JuS 2007, 524 [526]; Kunig in v.

Münch/Kunig, GG, 5. Aufl., Art. 8 Rn. 30). Entscheidend kommt es insoweit darauf an, ob die in Bezug auf die nicht versammlungsspezifischen Gefahren getroffene Gefahrprognose geeignet ist, die Auflösung der Versammlung, d. h. ihre Beendigung durch Verwaltungsakt, selbstständig zu tragen. Ist dies der Fall, so sind die mit der polizeilichen Maßnahme verbundenen (mittelbaren) Einschränkungen des Versammlungsrechts als zwangsläufige Nebenfolge in Kauf zu nehmen. Darauf, ob auch eine Einschränkung des Versammlungsrechts bezweckt war, kommt es dann nicht mehr an."

Somit kommen hier §§ 1, 3 PolG BW als polizeiliche Generalklausel als Ermächtigungsgrundlage in Betracht.

*[Anm.: Eine derartige Durchbrechung der "Polizeifestigkeit" wird nicht selten von Gerichten in Fällen vertreten, in denen das VersG als unzureichend zur Gefahrenabwehr empfunden wird. Dass sie sich allerdings dogmatisch kaum halten lässt, wurde bereits oben in der "Problemdarstellung" ausgeführt. Trägt man diesen Bedenken Rechnung, wäre es auch sehr gut vertretbar gewesen, das PolG BW für unanwendbar zu erklären. Dann wäre die Auflösungsverfügung schon mangels Ermächtigungsgrundlage rechtswidrig und die Klage daher begründet gewesen.]*

### 2. Formelle Rechtmäßigkeit

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

Hier hat die beklagte Stadt als sachlich (vgl. § 66 II i. V. m. §§ 61 I Nr. 4, 62 IV PolG BW) und örtlich (vgl. § 68 I PolG BW) zuständige Ortspolizeibehörde gehandelt. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist eine Anhörung vor einer Allgemeinverfügung nach § 28 II Nr. 4 LVwVfG entbehrlich. Formverstöße sind auch nicht ersichtlich.

### 3. Materielle Rechtmäßigkeit

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

#### a. Tatbestand

"Nach der polizeilichen Generalklausel (§§ 1, 3 PolG BW) hat die Polizei die Aufgabe, von dem Einzelnen und dem Gemeinwesen Gefahren abzuwehren, durch die die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedroht wird, und Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu beseitigen, soweit es im öffentlichen Interesse geboten ist. Dabei hat die Polizei innerhalb der durch das Recht gesetzten Schranken zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben diejenigen Maßnahmen zu tref-

fen, die ihr nach pflichtgemäßem Ermessen erforderlich erscheinen." [...]

#### aa. Konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung

"Ein Tätigwerden zum Zwecke der Gefahrenabwehr setzt eine konkrete Gefahr voraus. Eine solche liegt vor, wenn ein bestimmter einzelner Sachverhalt, d. h. eine konkrete Sachlage oder ein konkretes Verhalten bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden für die Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit und Ordnung führen würde. Der Schadenseintritt braucht nicht mit Gewissheit zu erwarten sein. Andererseits ist aber die bloße Möglichkeit des Schadenseintritts nicht ausreichend. Der erforderliche Grad der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts ist dabei abhängig vom Rang des Rechtsgutes, in das eingegriffen werden soll, sowie vom Rang des polizeilichen Schutzgutes (vgl. Würtenberger/Heckmann, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 6. Aufl., S. 190 ff.). Auf der einen Seite ist daher bei der Anwendung der polizeilichen Generalklausel der hohe Rang der durch Art. 8 GG geschützten Versammlungsfreiheit zu berücksichtigen. Auf der anderen Seite ist in Rechnung zu stellen, dass es um den Schutz besonders hochwertiger Rechtsgüter, nämlich Leben und Gesundheit von Menschen, geht, so dass auch die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts nicht überspannt werden dürfen (vgl. VGH Mannheim, VBIBW 2010, 29 m.w.N.)."

#### (1). Gesteigerte Anforderungen im Lichte des Art. 8 I GG

"Freilich ist zu beachten, dass wegen des hohen Rangs der durch Art. 8 GG geschützten Versammlungsfreiheit das bloße Vorliegen einer konkreten Gefahr für die öffentliche Sicherheit die Auflösung einer Versammlung nicht zu rechtfertigen vermag. Im Hinblick auf den (zwangsläufigen) Eingriff in das Grundrecht der Versammlungsfreiheit sind an die Anwendung der polizeilichen Generalklausel strenge Anforderungen zu stellen (vgl. Schulze-Fielitz in Dreier, GG, 2. Aufl., Art. 8 Rn. 72; Gusy in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 4. Aufl., Art. 8 Rn. 58; Köhler/Dürig-Friedl, Demonstrations- und Versammlungsrecht, 4. Aufl., Art. 8 GG Rn. 25; Deger in Wolf/Stephan/Deger, PolG für BW, 6. Aufl., § 4 Rn. 35). Erforderlich ist eine konkrete Gefahr für elementare Rechtsgüter wie Leben und Gesundheit von Menschen."

#### (2) Subsumtion

"Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit sind auch die Rechte und Rechtsgüter des Einzelnen, nämlich Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre, Würde, Eigentum und

Besitz (vgl. Deger, a.a.O. § 1 Rn. 48 m.w.N.). Am Schutz des Lebens besteht ein besonderes öffentliches Interesse. Der Staat und seine Organe sind verfassungsrechtlich verpflichtet, menschliches Leben zu schützen. Die öffentliche Sicherheit ist daher in hohem Maße gefährdet, wenn Konzertbesucher sich durch den Aufenthalt in einem Kellerraum mit nur einem engen Zugang leichtsinnig Gefahren für Leben und Gesundheit im - nicht unwahrscheinlichen - Fall eines Brandes aussetzen.“

[Anm.: Auf die Frage nach einer möglichen eigenverantwortlichen Selbstgefährdung der Teilnehmer ging das Gericht hier nicht ein, i.Ü. leider auch nicht auf § 1 II PolG BW, wonach die Polizei zum Schutz privater Rechte grds. nur auf Antrag tätig werden darf.]

#### bb. Verursachung

Liegt demnach eine konkrete Gefahr i.S.d. §§ 1, 3 PolG BW vor, so besteht kein Zweifel daran, dass die Kläger als Teilnehmer der Versammlung nach dem Verursacherprinzip des § 6 PolG BW richtige Adressaten der Auflösungsverfügung waren.

#### b. Rechtsfolge

Nach §§ 1, 3, 5 PolG BW hat die Behörde eine ermessensfehlerfreie, insbesondere verhältnismäßige Maßnahme zu treffen. Dazu der VGH:

“Die Auflösung der Versammlung, d. h. ihre Beendigung durch Allgemeinverfügung (§ 35 Satz 2

LVwVfG), war zur Bekämpfung der Gefahr geeignet und erforderlich. Die Auflösungsverfügung begründet die Pflicht der Teilnehmer, sich vom Versammlungsort zu entfernen. Ein milderer Mittel zur Bekämpfung der bezeichneten Gefahr war nicht gegeben. Die Fortsetzung des Konzerts in dem fraglichen Kellerraum wäre unter keinen Umständen vertretbar gewesen.

Die Auflösung erweist sich schließlich nicht deshalb als rechtswidrig, weil mit ihr zugleich eine Einschränkung des Versammlungsrechts bezweckt wurde. Zwar hatte die Beklagte bei der Ausübung ihres Ermessens nicht berücksichtigt, dass es sich bei dem fraglichen Konzert um eine unter dem Schutz der Versammlungsfreiheit stehende öffentliche Versammlung handelte. Dies führt jedoch vorliegend nicht zu einem Ermessensfehler, weil der Ermessensspielraum der Beklagten auf Null reduziert war. Aus der maßgeblichen ex-ante-Sicht drohte ein so erheblicher Schaden für das Leben und die Gesundheit der Konzertbesucher, sodass die Beklagte angesichts der großen Zahl der erwarteten - zum Teil noch minderjährigen - Teilnehmer zum Einschreiten durch Erlass einer Auflösungsverfügung verpflichtet war. Ein Untätigbleiben wäre ermessensfehlerhaft gewesen.“

#### III. Ergebnis

Die Auflösungsverfügung war rechtmäßig, die hiergegen gerichteten Klagen sind zwar zulässig, aber unbegründet. Sie haben daher keinen Erfolg.

## Standort: Zivilrecht

## Problem: Vertragsschluss

BGH, URTEIL VOM 11.06.2010  
V ZR 85/09 (NJW 2010, 2873)

### Problemdarstellung:

Am 04.05.2004 gab der Kl. gegenüber der Bekl. ein notariell beurkundetes Angebot zum Kauf einer Eigentumswohnung ab. Das Angebot sollte bis zum 30.09.2004 bindend sein. Ebenfalls mit notariell beurkundeter Erklärung nahm die Bekl. das Angebot am 22.06.2004 an. Anschließend wurde der Kaufvertrag durchgeführt. Im Oktober 2006 focht der Kl. den Kaufvertrag wegen arglistig verschwiegener Mängel an und verlangte die Rückzahlung des Kaufpreises von rund 108.000 € Zug um Zug gegen Rückgabe der Wohnung. Der Kl. ist zudem der Ansicht, dass ein wirksamer Kaufvertrag schon gar nicht zustande gekommen ist, da die im Angebot enthaltene Bindungsfrist zu lang bemessen und damit unwirksam sei.

### Prüfungsrelevanz:

Nicht selten sind auch Themen des Allgemeinen Teils examensrelevant. Hierzu legt der Senat eine Entschei-

dung vor, deren Sachverhalt sich recht harmlos liest, bei genauerer Betrachtung aber gewisse Feinheiten bereithält. Sollte die Entscheidung als Klausur umgesetzt werden – wovon auszugehen ist –, muss die Bearbeitung „kleinschrittig“ erfolgen, um nicht die Schwerpunkte des Falles zu übersehen.

Interessant ist zunächst die Wendung, die der Sachverhalt auf seinem Weg durch Instanzen genommen hat. Standen anfangs noch Gewährleistungsfragen im Mittelpunkt, ist schließlich im Rahmen des Anspruchs aus § 812 BGB nur noch die existenzielle Frage nach der Wirksamkeit des ursprünglichen Kaufvertrages relevant.

Zunächst beschäftigt sich der Senat mit der Frage der Fristbestimmung, die im Angebot des Kl. enthalten war, und klärt die Interessenlage: Derjenige, der sich der Frist unterwirft (hier der Kl.), ist in seiner wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit erheblich eingeschränkt. Denn er muss bis zum Ende des Fristlaufs damit rechnen, dass der andere Teil sein Angebot annimmt und ihn dadurch bindet. Demgegenüber ist der andere Teil in seiner Dispositionsfreiheit unberührt,

denn es liegt an ihm, ob er das Angebot annimmt oder nicht. Eine fast fünfmonatige Annahmefrist erachtet der Senat als unangemessen lang und damit unvereinbar mit § 308 Nr. 1 BGB. Gem. § 306 II BGB tritt nun mit § 147 II BGB die gesetzliche Annahmefrist in Kraft. Diese – äußerst offen formuliert – grenzt der Senat ein: Auch bei beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäften und solchen, die eine Bonitätsprüfung erfordern, kann die Annahme innerhalb von vier Wochen erwartet werden. Da vorliegend mehr als zwei Monate vergangen waren, war die Annahme des Bekl. verspätet. Gem. § 146 BGB erlischt nun das Angebot, d.h. es kann nicht mehr angenommen werden. Da mit der Annahmeerklärung jedoch eine Willenserklärung im Raum steht, ordnet das Gesetz diese als neuen Antrag ein (§ 150 I BGB). Dieser bedarf wiederum der Annahme, die hier im Ergebnis jedoch nicht erklärt worden war. Weder das Schweigen des Kl., noch die Zahlung des Kaufpreises erfüllen die tatbestandlichen Voraussetzungen einer Willenserklärung. Schließlich war mangels wirksamen Kaufvertrags ein Kondiktionsanspruch des Kl. aus § 812 I 1 Var. 1 BGB gegeben.

Der Kl. profitiert hier also von der selbst gewählten, langen Bindungsfrist – wäre er nach den kaufrechtlichen Gewährleistungsregeln vorgegangen, hätte er keine Ansprüche mehr durchsetzen können.

#### **Vertiefungshinweise:**

☐ Zur Annahmefrist des § 147 BGB: *Armbrüster*, LMK 2010, 306668 (Anm. zur vorliegenden Entscheidung); *Deckenbrock/Meyer*, Jura 2010, 76 (Klausur zu Themen des Allgemeinen Teils)

☐ Zur (Un-)Wirksamkeit einer Annahmefristklausel: *BGH*, NJW 2009, 2590, NJW 1992, 1037; NJW 1988, 197

#### **Kursprogramm:**

☐ *Examenskurs*: "Müllers"

#### **Leitsätze:**

**1. Bei finanzierten und beurkundungsbedürftigen Verträgen, deren Abschluss eine Bonitätsprüfung vorausgeht, kann der Eingang der Annahmeerklärung regelmäßig innerhalb eines Zeitraumes von vier Wochen erwartet werden (§ 147 Abs. 2 BGB).**

**2. Die Qualifizierung eines Verhaltens als schlüssige Annahmeerklärung setzt grundsätzlich das Bewusstsein voraus, dass für das Zustandekommen des Vertrages zumindest möglicherweise noch eine Erklärung erforderlich ist.**

**3. Zwar kann die Verwendung unwirksamer Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu einer Haftung nach den Grundsätzen eines Verschuldens**

**bei Vertragsschluss führen; von dem Schutzzweck der Regelung des § 308 Nr. 1 BGB erfasst sind jedoch nur solche Schäden, die gerade und lediglich durch die überlange Bindung des Vertragspartners verursacht worden sind.**

**4. Das Verstreichenlassen einer im selbstständigen Beweisverfahren nach §§ 492 Abs. 1, 411 Abs. 4 Satz 2 ZPO gesetzten Frist führt nicht zu einer Umkehr der Beweislast.**

#### **Sachverhalt:**

Am 4. Mai 2004 gab der Kläger (K), der gewerbsmäßig Immobilien an- und verkauft, gegenüber der Beklagten (B) ein notariell beurkundetes Angebot zum Kauf einer Eigentumswohnung ab. Danach sollte der Kauf unter Ausschuss der Haftung für Sachmängel erfolgen und das Angebot bis zum 30. September 2004 bindend sein. Mit notarieller Urkunde vom 22. Juni 2004 erklärte die Beklagte die Annahme des Angebotes. Nach Zahlung des Kaufpreises von 108.200 € und erklärter Auflassung wurde der Kläger als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen. Mit Schreiben vom 12. Oktober 2006 erklärte der Kläger die Anfechtung des Kaufvertrages und stützte diese u.a. auf von der Beklagten angeblich arglistig verschwiegene Mängel. Davon abgesehen ist es nach Auffassung des Klägers schon nicht zu einem Vertragsschluss gekommen. Die in dem Angebot enthaltene Annahmefrist sei als Allgemeine Geschäftsbedingung zu qualifizieren und als solche wegen zu langer Bindungsfrist unwirksam.

Kann K Rückzahlung des Kaufpreises von 108.200 € Zug um Zug gegen Rückgabe der Wohnung verlangen?

#### **Lösung:**

*A. Anspruch aus §§ 437 Nr. 3, 323, 346 I, 348 BGB*

Dem K könnte zunächst ein Anspruch auf Rückzahlung der 108.200 € aus §§ 437 Nr. 3, 323, 346 I, 348 BGB zustehen.

#### *I. Kaufvertrag*

Die Anwendung des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts setzt jedoch das Bestehen eines wirksamen Kaufvertrages gem. § 433 BGB voraus. Hieran könnten bereits Zweifel bestehen, da K den Kaufvertrag wegen arglistiger Täuschung des B gem. §§ 123, 142 I BGB angefochten hatte. Ob der Anfechtungsgrund jedoch tatsächlich besteht, kann vorliegend nicht geklärt werden, da die Parteien hierzu keine substantiierten Ausführungen gemacht haben. Die Frage nach der Wirksamkeit des Kaufvertrages kann hier aber unberücksichtigt bleiben, wenn die Voraussetzungen der §§ 437 ff. BGB aus anderen Gründen nicht gegeben sind.

## II. Mangel bei Gefahrübergang

Im Weiteren müsste nämlich ein Sach- oder Rechtsmangel gem. §§ 434, 435 BGB gegeben sein, der schon im Zeitpunkt des Gefahrübergangs (§ 446 S. 1 BGB) vorlag. Ebenso unsubstantiiert wie die Ausführungen zur arglistigen Täuschung sind allerdings auch die Ausführungen zum Mangel an sich.

Mit hinreichender Sicherheit lässt sich hier nur sagen, dass ein etwaiger Mangel jedenfalls nicht im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorlag. Denn die Arglistanfichtung und die Behauptung des Mangels durch den K erfolgten im Oktober 2006, während der Gefahrübergang im unmittelbaren Nachgang zur Annahmeerklärung am 22.06.2004 erfolgte. Da der K – den diesbezüglich die Beweislast trifft (vgl. § 363 BGB) – zum Zeitpunkt des Vorliegens der behaupteten Mängel ebenfalls nichts vorgetragen hat, ist die Voraussetzung zu verneinen. Auch die Beweislastumkehr des § 476 BGB hilft dem K nicht, da diese gem. § 474 BGB einen Verbrauchsgüterkauf, also den Verkauf einer beweglichen Sache voraussetzt.

## III. Ergebnis

Ein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises aus §§ 437 Nr. 3, 323, 346 I, 348 BGB besteht nicht.

### B. Anspruch aus § 985 BGB

Ein Anspruch aus § 985 BGB kommt ebenfalls nicht in Betracht, da dieser eine Sach- aber keine Geldwertvindikation erlaubt (vgl. MünchKommBGB/Baldus, § 985 Rn. 26 ff.). Hier ist aber davon auszugehen, dass der Kaufpreis entweder durch Überweisung und damit als Buchposition oder in bar entrichtet worden ist. Im ersten Fall ist eine Sachvindikation ohnehin ausgeschlossen, da der Käufer schon keine Sache geleistet hat. Im zweiten Fall wäre eine Sachvindikation nur möglich, wenn der Verkäufer die tatsächlich geleisteten Geldscheine aufbewahrt hat. Da dies hier nicht der Fall war, ist § 985 BGB keine taugliche Anspruchgrundlage (vgl. auch Teichmann/Kahlert/Kroiß, Formularbibliothek Sachenrecht/Erbrecht, Rn. 220, die § 253 II Nr. 2 ZPO als Argument nennen).

### C. Anspruch aus §§ 812 I 1 Var. 1, 818 I BGB

Jedoch könnte dem K ein Anspruch aus §§ 812 I 1 Var. 1, 818 I BGB zustehen.

#### I. Etwas erlangt

Dann müsste der Anspruchsgegner (B) zunächst etwas, also einen Vermögensvorteil (Palandt/Sprau, § 812 Rn. 16), erlangt haben.

B hat den Kaufpreis von 108.200 € entweder als Buchposition und damit in Form eines Auszahlungsanspruchs gegen seine Bank (§ 488 I 2 BGB) oder in bar erhalten, so dass ihm Besitz und Eigentum an den Geldscheinen übertragen wurde. In beiden Fällen hat

er einen vermögenswerten Vorteil erlangt.

#### II. Durch Leistung des Anspruchstellers

Der Vermögenszuwachs auf Seiten des B müsste gerade durch eine Leistung des Anspruchstellers eingetreten sein. Leistung ist jede Zuwendung, die bewusst und zweckgerichtet fremdes Vermögen vermehrt (BGHZ 40, 272 [277]); BGH, NJW 2004, 1169). Indem K dem B den Kaufpreis überwies oder in bar übergab hat er bewusst und zweckgerichtet, nämlich zur Erfüllung des vermeintlich bestehenden Kaufvertrages, das Vermögen des B vermehrt. Eine Leistung im bereicherungsrechtlichen Sinne liegt damit vor.

#### III. Ohne Rechtsgrund

Dies müsste ohne Rechtsgrund geschehen sein. Als Rechtsgrund für die Vermögensverschiebung kommt der zwischen K und B am 04.05. und 22.06.2004 geschlossene Kaufvertrag gem. § 433 BGB in Betracht. Dann müsste dieser jedoch wirksam zustande gekommen sein.

##### 1. Wirksames Angebot

Zunächst müsste ein wirksames Angebot vorliegen. Mit notariell beurkundeter Erklärung vom 04.05.2004 bot K den Kauf der Eigentumswohnung mit Bindungsfrist bis zum 30.09.2004 an. Hierin liegt zunächst ein wirksames Angebot.

##### 2. Wirksame Annahme

Die notarielle Annahmeerklärung des B vom 22.06.2004 müsste ebenfalls wirksam sein.

##### a) Form

Zunächst müsste das Formerfordernis des § 311 b I 1 BGB gewahrt, d.h. der Vertrag müsste notariell beurkundet worden sein. Vorliegend ist nicht der Vertrag als Gesamtheit, sondern sind bloß die einzelnen Erklärungen notariell beurkundet worden. Gem. § 128 BGB genügt jedoch auch dies dem Formerfordernis des § 311 b I 1 BGB.

##### b) Frist

Fraglich ist allerdings, ob die Annahme fristgemäß erfolgte. Zwar ist die Erklärung innerhalb der von K erklärten Annahmefrist (bis zum 30.09.2004) erklärt worden; damit dies als fristgerecht eingestuft werden kann, muss die Fristsetzung des K zum 30.09.2004 jedoch ihrerseits wirksam sein. Insbesondere muss sie einer Inhaltskontrolle gem. §§ 305 ff. BGB standhalten.

##### aa) Vorliegen von AGB

Zunächst müsste es sich bei der Fristbestimmung um AGB i.S.v. § 305 I BGB handeln. Das setzt voraus, dass die Fristbestimmung eine Vertragsbedingung ist,

die für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert wurde. Unter einer „Vielzahl von Verträgen“ versteht die Rechtsprechung eine Mindestanzahl von drei (beabsichtigten) Verwendungen (BGH, NJW 1998, 2286; NJW 2002, 138). Ob K beabsichtigte, die Fristbestimmung hier mindestens dreimal zu verwenden, ist nicht ersichtlich. Jedoch könnte das Merkmal der „Vielzahl von Verträgen“ ausnahmsweise gem. § 310 III Nr. 2 BGB verzichtbar sein, wenn es sich um einen Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher handelt. K handelte in Ausübung seiner gewerblichen und selbständigen Tätigkeit und ist damit gem. § 14 BGB Unternehmer, wohingegen B gem. § 13 BGB als Verbraucher handelte. Somit ist die Fristbestimmung als AGB i.S.d. § 305 I BGB einzustufen, obwohl sie nur zur einmaligen Verwendung bestimmt war:

*bb) Einbeziehung in den Vertrag*

Die Fristbestimmung ist in Gemäßheit des § 305 II BGB in den Vertrag einbezogen worden.

*cc) Keine überraschende Klausel, keine Individualabrede*

Es dürfte sich bei der Fristbestimmung nicht um eine überraschende Klausel i.S.d. § 305 c BGB handeln; ferner dürfte keine vorrangige Individualabrede i.S.d. § 305 b BGB Vorliegen. Eine Frist von beinahe fünf Monaten zur Annahme eines Kaufangebots dürfte zwar als einigermaßen lang, vorliegend jedoch nicht als überraschend einzustufen sein, da die Parteien sich hierüber austauschten und folglich mit einer entsprechenden Klausel rechnen mussten (vgl. Jauernig, § 305 c Rn. 2).

Eine vorrangige Individualabrede ist zudem nicht ersichtlich.

*dd) Inhaltskontrolle i.e.S.*

„[8] Unter Berücksichtigung der für den Vertragsgegenstand typischen Umstände ergibt die Abwägung der Interessen der Verhandlungspartner (dazu etwa BGH, Urt. v. 6. März 1986, III ZR 34/84, NJW 1986, 1807, 1808; Staudinger/Coester-Waltjen, aaO, Rdn. 10; Dammann in Wolf/L./P., AGB-Recht, 5. Aufl., § 308 Nr. 1 Rdn. 10 ff.) vorliegend, dass die in dem Angebot enthaltene Bindungsfrist von vier Monaten und drei Wochen den Käufer unangemessen lang in seiner Dispositionsfreiheit beeinträchtigt und daher nach § 308 Nr. 1 BGB unwirksam ist. Geht eine Bindungsfrist – wie hier – wesentlich über den in § 147 Abs. 2 BGB bestimmten Zeitraum hinaus – dieser ist bei dem finanzierten Kauf einer Eigentumswohnung regelmäßig mit vier Wochen zu bemessen (dazu unten cc (1)) –, stellt dies nur dann keine unangemessene Beeinträchtigung dar, wenn der Verwender hierfür ein schutzwürdiges Interesse geltend machen kann, hinter dem das Interesse des Kunden an dem baldigen Weg-

fall seiner Bindung zurückstehen muss (BGH, Urt. v. 6. März 1986, III ZR 234/84, aaO).

[9] Auf dieser Grundlage kann die in dem Angebot enthaltene Bindung von vier Monaten und drei Wochen keinen Bestand haben. Es sollte ein typischer Kaufvertrag über eine bereits fertig gestellte Wohnung geschlossen werden. Dass der Kläger Sonderwünsche geltend gemacht hätte, deren Abklärung einen erheblichen zeitlichen Aufwand erfordert hätte, ist nicht ersichtlich. Zwar war die Beklagte dem Kläger auch bei der Finanzierung behilflich. Dieser Umstand und die damit einhergehende Bonitätsprüfung – so sie überhaupt erst nach der Abgabe des Angebots vorgenommen worden sein sollte – vermag jedoch ebenfalls nicht die hier in Rede stehende Bindungsfrist zu rechtfertigen. Das gilt zumindest grundsätzlich auch für die erforderliche Abklärung der eigenen Erfüllungsfähigkeit des Verkäufers etwa unter dem Blickwinkel einer bei Zustandekommen des Vertrages notwendig werdenden Pfandfreistellung (dazu unten cc (1)). Denn solche Umstände wiegen die über das Maß des § 147 Abs. 2 BGB hinausgehende Einschränkung der Dispositionsfreiheit des Käufers in der Regel nicht auf. Solange dieser gebunden ist, kann er von günstigeren Angeboten regelmäßig keinen Gebrauch machen, während der Verkäufer in jeder Hinsicht frei bleibt.“

*ee) Rechtsfolge*

Die Fristbestimmung ist folglich gem. § 308 Nr. 1 BGB unwirksam, so dass gem. § 306 II BGB an ihre Stelle die gesetzlichen Bestimmungen treten.

Gem. § 147 II BGB kann die Annahme nur bis zu dem Zeitpunkt erklärt werden, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf. Es fragt sich hier also, ob die Annahme vom 22.06.2004 des Angebots vom 04.05.2004 noch rechtzeitig erfolgte.

„[11] (...) Die nach objektiven Maßstäben zu bestimmende Annahmefrist (dazu BGH, Urt. v. 14. April 1999, VIII ZR 370/97, NJW 1999, 2179, 2180; Erman/Armbrüster, BGB, 12. Aufl., § 147 Rdn. 18) setzt sich zusammen aus der Zeit für die Übermittlung des Antrages an den Empfänger, dessen Bearbeitungs- und Überlegungszeit sowie der Zeit der Übermittlung der Antwort an den Antragenden (BGH, Urt. v. 2. November 1995, X ZR 135/93, NJW 1996, 919, 921; Staudinger/Bork, BGB [2003], § 147 Rdn. 10 ff.; Erman/Armbrüster, aaO, m.w.N.). Sie beginnt daher schon mit der Abgabe der Erklärung und nicht erst mit deren Zugang bei dem Empfänger (Staudinger/Bork, aaO, Rdn. 10; Dammann in Wolf/L./P., AGB-Recht, 5. Aufl. 2009, § 308 Nr. 1 Rdn. 17). Gemessen daran ist die Annahme des Angebots zu spät erklärt worden.

[12] Auch bei finanzierten und beurkundungsbedürftigen Verträgen, deren Abschluss regelmäßig eine Bonitätsprüfung vorausgeht, kann der Eingang der Annah-



meerklärung jedenfalls innerhalb eines Zeitraumes von vier Wochen erwartet werden (vgl. auch v. Westphalen in Löwe/v. Westphalen/Trinkner, AGBG, 2. Aufl. 1983, § 10 Nr. 1 Rdn. 13; großzügiger: OLG Dresden BauR 2005, 559, 560; strenger: Cremer/Wagner, NotBZ 2004, 331, 333). Etwas anders gilt nur bei Vorliegen absehbarer Verzögerungen (vgl. BGH, NJW 2008, 1148, 1149), die auch ein verständiger Offerent vor dem Hintergrund des mit der Bindungsfrist einhergehenden „nicht ganz ungefährlichen Schwebezustandes“ (Motive, Bd. 1 S. 170) in Rechnung stellt. Solche Besonderheiten sind hier jedoch nicht ersichtlich. Die Beklagte verweist nicht auf Vorbringen in den Tatsacheninstanzen, das eine solche Annahme rechtfertigen würde. Zu diesbezüglichem Vortrag wäre sie jedoch – auch wenn der Kläger für das Vorliegen eines rechtsgrundlosen Erwerbs nach § 812 Abs. 1 BGB darlegungs- und beweispflichtig ist – jedenfalls nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast gehalten gewesen, nachdem die Berufungsbegründung maßgeblich auch auf die verspätete Annahme des Angebots gestützt worden ist. Besondere absehbare Verzögerungen hat die Beklagte indessen nicht vorgetragen, sondern mit ihrer Berufungserwidmung lediglich geltend gemacht, bis zur Annahme des Angebots seien allenfalls sieben Wochen abgelaufen gewesen, was noch innerhalb der Bindungsfrist des § 147 Abs. 2 BGB liege.“

Die Annahme am 22.06.2004 erfolgte nicht innerhalb von vier Wochen nach Abgabe des Angebots und war damit verspätet. Mithin erlischt gem. § 146 BGB das Angebot des K vom 04.05.2004.

*[Anm.: Vereinzelt wird allerdings vertreten, dass verspätete Angebot erlösche nicht, sondern sein lediglich frei widerruflich (Cremer/Wagner, NotBZ 2004, 331 [335]; mit gleicher Tendenz auch Faust, JuS 2010, 1106). Dies steht allerdings im klaren Widerspruch zum Wortlaut des § 146 BGB.]*

### 3. Annahmeerklärung vom 22.06.2004 als neues Angebot gem. § 150 I BGB

Jedoch gilt die verspätete Annahme des B gem. § 150 I BGB als neuer Antrag.

### 4. Annahme

Dieser müsste seitens K angenommen worden sein. Eine ausdrückliche Annahme des K ist nicht erfolgt.

#### a) Konkludente Annahme durch Zahlung des Kaufpreises

Ein Verhalten als schlüssig erklärte Willenserklärung aufzufassen ist möglich, erfordert aber eine Entsprechung im Bewusstsein der Beteiligten. So kommt eine konkludente Willenserklärung nur dann in Betracht, wenn die Parteien davon ausgehen, dass ein Vertrags-

schluss (noch) nicht zustande gekommen ist (BGH, ZIP 2004, 1394 [1397]; NJW 2004, 59 [61]):

„[18] (...) Der Erklärende muss zumindest Zweifel an dem Zustandekommen des Vertrages haben (vgl. Senat 138, 339, 348; ferner BGH, Urt. v. 26. März 2003, IV ZR 222/02, NJW 2003, 1594, 1595; Urt. v. 22. Oktober 2003, IV ZR 398/02, NJW 2004, 59, 61; Urt. v. 14. Juni 2004, II ZR 393/02, ZIP 2004, 1394, 1397). Soweit einem tatsächlichen Verhalten auch ohne ein solches Erklärungsbewusstsein oder ohne einen Rechtsbindungswillen die Wirkungen einer Willenserklärung beigelegt werden (vgl. BGHZ 91, 324, 329 f.; 109, 171, 177), geschieht dies zum Schutze des redlichen Rechtsverkehrs und setzt einen Zurechnungsgrund voraus. Ein solcher liegt nur vor, wenn ein sich in missverständlicher Weise Verhaltender bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen und vermeiden können, dass die in seinem Verhalten liegende Äußerung nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte als Willenserklärung aufgefasst werden durfte, und wenn der Empfänger sie auch tatsächlich so verstanden hat (BGH, Urt. v. 29. November 1994, XI ZR 175/93, aaO, m.w.N.). Danach scheidet eine Würdigung der Zahlung als eine auf den Abschluss des Kaufvertrages gerichtete Willenserklärung aus. Beide Parteien gingen bei Zahlung des Kaufpreises von einem Vertragsschluss und damit davon aus, dass der Kläger mit der Zahlung lediglich den vermeintlich zustande gekommenen Vertrag erfüllen wollte. Dass ein Vertrag nicht zustande gekommen sein könnte, ist erstmals im Berufungsrechtszug und nur auf der Grundlage einer neuen rechtlichen Bewertung geltend gemacht worden.“

#### b) Annahme durch Schweigen

Auch das Schweigen des K kann nicht als Annahmeerklärung gewertet werden:

„[16] Eine Annahme der nach § 150 Abs. 1 BGB als neues Angebot geltenden verspäteten Annahmeerklärung durch Schweigen (dazu etwa BGH, NJW 1951, 313; NJW 1986, 1807, 1809) kommt bei besonders bedeutsamen Rechtsgeschäften, wozu beurkundungsbedürftige Grundstücksgeschäfte gehören, schon nicht in Betracht (vgl. BGH, NJW-RR 1994, 1163, 1185 m.w.N.).“

### 5. Zwischenergebnis

Ein wirksamer Kaufvertrag besteht nicht; somit existiert auch kein Rechtsgrund für die Vermögensverschiebung zwischen K und B.

### IV. Rechtsfolge

Gem. §§ 812 I 1 Var. 1, 818 I BGB kann K den geleisteten Kaufpreis von 108.200 € von B herausverlangen.

**Standort: § 32 StGB****Problem: Pflichtwidriges Vorverhalten**

BGH, BESCHLUSS VOM 04.08.2010

2 STR 118/10 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Bei dem Nebenkläger handelte es sich um einen stadtbekanntem Schläger, mit dessen Bruder der Sohn des Angeklagten in Streit geraten war. Der Nebenkläger forderte den Sohn des Angeklagten telefonisch dazu auf, zu einem bestimmten Treffpunkt zu kommen, woraufhin der Sohn mit seinem Vater und zwei Freunden dorthin fuhr. Der Angeklagte, der sich dessen bewusst war, dass eine vernünftige Diskussion mit dem Nebenkläger wohl nicht möglich sein und das Treffen deshalb in eine Schlägerei münden würde, hatte zur Sicherheit ein Butterflymesser mitgenommen. Am Treffpunkt, einer Gaststätte, angekommen, forderte der Angeklagte den Türsteher erregt auf, den Nebenkläger hinauszuschicken. Dieser erschien in Begleitung mehrerer Freunde und mit einem Knüppel bewaffnet. Nach einem kurzen Wortwechsel schlug der Nebenkläger ohne weitere Vorwarnung nach dem Angeklagten. Er traf diesen einmal. Den zweiten Schlag konnte der Angeklagte abfangen und weitere Schläge verhindern, indem er den Nebenkläger niederstach.

Das Landgericht Köln hatte zwar eine Strafbarkeit des Angeklagten durch den Messerstich abgelehnt, da dieser durch Notwehr, § 32 StGB, gerechtfertigt gewesen sei. Allerdings habe der Angeklagte durch das Beisichführen des Butterflymessers und durch sein aggressives Auftreten gegenüber dem Türsteher der Gaststätte den Angriff und letztlich auch die Verletzung des Nebenklägers vorwerfbar herbeigeführt, sodass eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Körperverletzung, § 229 StGB, gegeben sei. Der BGH sah jedoch in den genannten Verhaltensweisen keine pflichtwidrige Provokation der Notwehrlage, sodass sich auch keine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit ergebe, und verurteilte den Angeklagten nur wegen unerlaubten Führens eines Butterflymessers, § 52 III Nr. 1 WaffG.

**Prüfungsrelevanz:**

Rechtfertigungsgründe sind immer wieder Gegenstand von Examensaufgaben, und zwar sowohl hinsichtlich der jeweiligen Voraussetzungen als auch bzgl. der insofern denkbaren Irrtümer. Besonders häufig ist in solchen Fällen der Rechtfertigungsgrund der Notwehr, § 32 StGB, zu prüfen. Der vorliegende Fall betrifft ein klassisches Problem i.R.v. § 32 StGB, nämlich die Frage, ob und inwiefern eine vorwerfbare Herbeiführung der Notwehrlage durch den Täter zu einer Einschränkung seiner Notwehrbefugnisse führt.

Allgemein besteht Einigkeit darüber, dass es in be-

stimmten Fällen rechtsmissbräuchlich wäre, wenn der Täter sich in vollem Umfang auf den Rechtfertigungsgrund der Notwehr berufen könnte und seine Notwehrbefugnisse deshalb aus sozialem ethischen Gesichtspunkten einer Einschränkung bedürfen (vgl. die Darstellung bei Joecks, § 32 Rn. 18 ff. und im Skript StrafR AT I, Rn. 228 ff.). Eine klassische Fallgruppe sozialer ethischer Notwehreinschränkung besteht im Falle einer vorwerfbaren Provokation des Angriffs durch den Täter. Hier sind nach ganz h.M. zwei Konstellationen zu unterscheiden:

In den Fällen der sog. Absichtsprovokation, wenn der Täter den Angriff also gezielt provoziert hat, um diesen Angriff dann zu einer (wie er hofft, über § 32 StGB gerechtfertigten) Verletzung des Angreifers auszunutzen, ist dem Täter nach h.M. eine Berufung auf das Notwehrrecht gänzlich zu versagen, sodass dieser sich durch seine "Verteidigungshandlung" wegen vorsätzlicher Tat strafbar macht (BGH, NJW 1983, 2267; NSTz 2001, 143; Fischer, § 32 Rn. 42; Joecks, § 32 Rn. 24; Wessels/Beulke, AT, Rn. 346 f.; a.A.: Hohmann/Matt, JuS 1993, 131, 135 f.).

Problematischer sind die Fälle, in denen der Täter den Angriff nicht absichtlich, sondern sonst auf vorwerfbare Weise provoziert.

Zunächst einmal stellt sich hier die Frage, ob nur ein rechtswidriges Vorverhalten eine Einschränkung der Notwehrbefugnisse bewirken kann (so Gropp, AT, § 6 Rn. 95a; Roxin, AT I, § 15 Rn. 73) oder ob dies auch bei einem lediglich sozialer ethischer zu missbilligendem Vorverhalten der Fall sein könne (so BGHSt 42, 97, 101; BGH, RA 2006, 52, 56 = NSTz 2006, 332, 333; Wessels/Beulke, AT, Rn. 348). Unstreitig vermag ein erlaubtes, also nicht einmal sozialer ethischer zu missbilligendes, Vorverhalten die Notwehr nicht einzuschränken (BGHSt 27, 336, 338; BGH, NSTz 1989, 474).

Hat der Täter in entsprechend vorwerfbarer Weise die Notwehrlage provoziert ist weiter streitig, ob und inwieweit seine Notwehrbefugnisse eingeschränkt sind. Vereinzelt wird vertreten, dass bei einer nicht absichtlichen Provokation des Angriffs die Notwehr gar nicht eingeschränkt sei, da ansonsten die Notwehr mit zu großen Unsicherheiten belastet und deren Effektivität zur Rechtsbewährung zu stark eingeschränkt würde (LK-Spendel, § 32 Rn. 293). Nach h.M. können dem Täter nicht die vollen Notwehrbefugnisse zustehen, da er wegen seines provozierenden Vorverhaltens eine Mitschuld an dem Angriff trage und er diesen deshalb - innerhalb gewisser Grenzen - hinnehmen müsse. Die Notwehr sei hier über die sog. Drei-Stufen-Theorie einzuschränken, sodass der Täter zunächst versuchen müsse, dem Angriff auszuweichen; sofern dies nicht ausreiche, dürfe er aber zur Abwehr des Angriffs zu-

nächst zur rein defensiven Verteidigung (Schutzwehr) und schließlich aber auch zur aktiven Abwehr (Trutzwehr) übergehen, in deren Rahmen auch schwere Verletzungen oder gar die Tötung des Angreifers gerechtfertigt sein könne (BGHSt 24, 356, 358 f.; BGH, RA 2002, 503, 505 f. = NStZ 2002, 425, 426; RA 2003, 249, 252 = NStZ 2003, 420, 421; Fischer, § 32 Rn. 44; Zaczyk, JuS 2004, 750, 753 f.). Eine dritte Meinung, die sog. Lehre von der *actio illicita in causa*, geht davon aus, dass dem Täter trotz vorwerfbarer Herbeiführung der Notwehrlage grundsätzlich die vollen Notwehrbefugnisse verbleiben, dass aber - ähnlich wie bei der Konstellation der *actio libera in causa* - an das provozierende Vorverhalten angeknüpft werden kann, um eine (zumindest Fahrlässigkeits-) Strafbarkeit des Täters zu begründen, da dessen - nicht gerechtfertigtes - Vorverhalten ja schließlich auch kausal sei für die Rechtsgutverletzungen, die er durch die - gerechtfertigte - Verteidigungshandlung bewirke (Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 32 Rn. 61; Dencker, JuS 1979, 782).

In einer Entscheidung aus dem Jahr 2000 (RA 2001, 174 = NJW 2001, 1075) hatte sich der BGH in einem Fall vorwerfbarer Provokation des Angriffs durch den Angeklagten ausdrücklich gegen die Lehre von der *actio illicita in causa* ausgesprochen und dennoch an das provozierende Vorverhalten angeknüpft, um eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit zu begründen. Dies hat zu einer gewissen Unsicherheit hinsichtlich der vom BGH insofern vertretenen Rechtsposition geführt. In der vorliegenden Entscheidung konnte der BGH jedoch keine vorwerfbare Provokation des Angriffs des Nebenklägers durch den Angeklagten feststellen, sodass er sich auch nicht mit der Frage auseinander setzen musste, ob in solchen Fällen eine Anknüpfung an das Vorverhalten zulässig ist.

#### **Vertiefungshinweise:**

Zur Einschränkung der Notwehr bei vorwerfbarer Herbeiführung der Notwehrlage: *BGHSt* 42, 97; 48, 207; *BGH*, RA 2002, 503 = NStZ 2002, 425; RA 2003, 249 = NStZ 2003, 420; NStZ 2006, 332; *OLG Hamm*, NStZ-RR 2009, 271; *Kühl*, StV 1997, 298; *Roxin*, StV 2006, 235

Zur *actio illicita in causa*: *BGH*, RA 2001, 174 = NJW 2001, 1075; *Dencker*, JuS 1979, 782; *Eisele*, NStZ 2001, 416; *Engländer*, JA 2001, 534; *Mitsch*, JuS 2001, 751; *Roxin*, JZ 2001, 667

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Autofahrer"

#### **Leitsätze (der Redaktion):**

**1. Das Notwehrrecht erfährt unter dem Gesichtspunkt der Gebotenheit der Verteidigung unter an-**

**derem dann eine Einschränkung, wenn der Verteidiger gegenüber dem Angreifer ein pflichtwidriges Vorverhalten an den Tag gelegt hat, das bei vernünftiger Würdigung aller Umstände des Einzelfalles den folgenden Angriff als eine adäquate und voraussehbare Folge der Pflichtverletzung des Angegriffenen erscheinen lässt. In einem solchen Fall muss der Verteidiger dem Angriff unter Umständen auszuweichen suchen und darf zur lebensgefährlichen Trutzwehr nur übergehen, wenn andere Abwehrmöglichkeiten erschöpft oder mit Sicherheit aussichtslos sind. Darüber hinaus vermag auch bereits ein sozialetisch zu missbilligendes Vorverhalten das Notwehrrecht einzuschränken, wenn zwischen diesem Vorverhalten und dem rechtswidrigen Angriff ein enger zeitlicher und räumlicher Ursachenzusammenhang besteht und es nach Kenntnis des Täters auch geeignet ist, einen Angriff zu provozieren.**

**2. Ein rechtlich gebotenes oder erlaubtes Tun führt jedoch nicht allein deshalb zu Einschränkungen der Notwehr, weil der Täter wusste oder wissen konnte, dass andere durch dieses Verhalten zu einem rechtswidrigen Angriff veranlasst werden könnten.**

**3. Auch wenn ein Angegriffener eine Waffe unberechtigt führt, ist ihm deren Einsatz nicht verwehrt, wenn ihm kein anderes zur Abwehr des Angriffs geeignetes Mittel zur Verfügung steht.**

**4. Ein Rückgriff auf ein pflichtwidriges Vorverhalten zur Zurechnung des durch die Notwehrhandlung herbeigeführten Verletzungserfolgs unter dem Gesichtspunkt fahrlässigen Handelns ist jedenfalls dann nicht zulässig, wenn nicht an eine vorwerfbare Provokation der Notwehrlage angeknüpft werden kann.**

#### **Sachverhalt:**

Nach den Feststellungen des Landgerichts war es zwischen dem 16jährigen Sohn M des V und dem gleichaltrigen A wiederholt zu Streitigkeiten und Handgreiflichkeiten gekommen; zuletzt drohte A damit, seinen großen Bruder H einzuschalten. Der polizeilich als "Intensivtäter" geführte H hatte insbesondere aufgrund seiner Gewaltbereitschaft einen zweifelhaften Ruf; viele Jugendliche hatten Angst vor ihm. H hatte auch mit M schon einige Male Streit angezettelt und ihn einmal geohrfeigt.

Am Abend des 22. März 2008 rief A den M an, und forderte ihn im Namen seines Bruders H auf, jetzt nach O. zu kommen. M verstand dies zutreffend als Ankündigung von Schlägen und erzählte seinem Vater davon. Da er Angst vor H hatte, bat er V, ihn nach O. zu begleiten. V, dem H aus Erzählungen seines Sohnes als gewalttätig und leicht reizbar bekannt war, erklärte sich dazu bereit, weil er die Sache "klären" und H zum

Einlenken bringen wollte. Sollte dies nicht gelingen, hielt er auch eine körperliche Auseinandersetzung für möglich. Mit nach O. fuhren zwei Freunde (14 und 15 Jahre alt) des M. V hatte - wie des Öfteren - ein Butterflymesser in seiner Tasche. Einer der Jugendlichen hatte einen Baseballschläger eingepackt, was V allerdings erst unterwegs bemerkte.

In O. angekommen, forderte V den Türsteher einer Gaststätte, in der sich H aufhielt, sehr aufgebracht auf, diesen hinauszuschicken. M und sein 14jähriger Freund stellten sich wenige Meter abseits; sein 15jähriger Freund entfernte sich noch einige Meter weiter. Nach einer Weile erschien H, der eine Auseinandersetzung erwartete, mit einem schweren Holzknüppel und in Begleitung von mindestens acht teilweise erwachsenen Personen, von denen einige ebenfalls Schlagwerkzeuge mit sich führten und die sogleich V umstellten. Nach einem kurzen heftigen Wortwechsel schlug H mit dem Holzknüppel wuchtig gegen den linken Arm des V. Als er zum zweiten Mal ausholte und in Richtung Oberkörper-/Kopfbereich zielte, ging V mit seinem Butterflymesser in der Hand auf ihn zu, wehrte den Schlag mit dem linken Arm ab und stach gleichzeitig rechts um H herum von hinten in dessen Oberkörper, wobei er den Tod des H billigend in Kauf nahm. Beide fielen zu Boden. Der Stich in den Oberkörper des H traf dessen Lunge und war akut lebensgefährlich. H überlebte jedoch seine Verletzungen.

Hat V sich nach dem StGB strafbar gemacht?

### **Lösung:**

*A. Strafbarkeit gem. §§ 212, 22, 23 I StGB zum Nachteil des H durch den Messerstich*

Durch den Stich mit dem Messer könnte sich V wegen versuchten Totschlags gem. §§ 212 I, 22, 23 I StGB zum Nachteil des H strafbar gemacht haben.

#### *I. Vorprüfung*

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

#### *II. Tatentschluss*

V müsste mit Tatentschluss zur Begehung eines Totschlags gehandelt haben.

Tatentschluss ist der Wille zur Verwirklichung aller objektiven Tatbestandsmerkmale beim gleichzeitigen Vorliegen der besonderen subjektiven Tatbestandsmerkmale (Joecks, § 22 Rn. 3).

V müsste also den Willen gehabt haben, H zu töten. V hat den Tod des H billigend in Kauf genommen. Er handelte also mit bedingtem Tötungsvorsatz, sodass auch ein Tatentschluss zur Tötung des H gegeben ist.

#### *III. Unmittelbares Ansetzen*

V müsste auch gem. § 22 StGB unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestandes angesetzt haben.

Nach herrschender Meinung ist ein unmittelbares Ansetzen gegeben, wenn der Täter die Schwelle zum "jetzt geht's los" überschreitet, was der Fall ist, wenn er Handlungen vornimmt, die nach seiner Vorstellung ohne wesentliche Zwischenschritte in die Tatbestandsverwirklichung einmünden sollen und deshalb aus Tätersicht das geschützte Rechtsgut bereits konkret gefährdet ist (sog. gemischt subjektiv-objektive Theorie; BGH, wistra 2002, 263; NSStZ 2007, 336; Fischer, § 22 Rn. 10; Wessels/Beulke, AT, Rn. 601).

Spätestens in dem Zeitpunkt, in dem er mit dem Messer zustach, waren aus Sicht des V keine wesentlichen Zwischenschritte mehr für die Verwirklichung des Totschlags erforderlich und das geschützte Rechtsgut - das Leben des H - deshalb auch konkret gefährdet. Da V somit auch die Schwelle zum "jetzt geht's los" überschritten hat, ist ein unmittelbares Ansetzen des V gegeben.

#### *IV. Rechtswidrigkeit*

V müsste auch rechtswidrig gehandelt haben.

Da V sich durch den Messerstich gegen die Schläge des H wehrte, könnte V aus Notwehr, § 32 StGB, gerechtfertigt sein.

##### *1. Notwehrlage*

Eine Rechtfertigung gem. § 32 StGB setzt zunächst das Bestehen einer Notwehrlage, also eines gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs, voraus, § 32 II StGB.

##### *a. Angriff*

Die Schläge des H mit dem Knüppel müssten einen Angriff darstellen. Angriff i.S.v. § 32 II StGB ist jede von einem menschlichen Verhalten ausgehende Bedrohung rechtlich geschützter Güter oder Interessen (Jescheck/Weigend, AT, § 32 II 1 a). Durch die Schläge, also ein menschliches Verhalten, hat H die körperliche Unversehrtheit des V bedroht, also ein (insb. über die §§ 223 ff. StGB) geschütztes Rechtsgut. Ein Angriff ist somit gegeben.

##### *b. Gegenwärtigkeit des Angriffs*

Der Angriff des H müsste auch gegenwärtig sein.

Gegenwärtig ist der Angriff, wenn er unmittelbar bevorsteht, gerade stattfindet oder noch andauert (Gropp, AT, § 6 Rn. 77; Heinrich, AT I, Rn. 345).

In dem Moment, in dem V mit dem Messer zustach, holte H gerade zum Schlag aus, sodass der Angriff auch gerade stattfand oder zumindest unmittelbar bevorstand. Der Angriff war also gegenwärtig.

##### *c. Rechtswidrigkeit des Angriffs*

Der Angriff des H müsste auch rechtswidrig sein.

Rechtswidrig ist der Angriff, wenn er objektiv im Widerspruch zur Rechtsordnung steht, d.h. wenn er nicht seinerseits gerechtfertigt ist und der Betroffene ihn auch nicht aus anderen Gründen zu dulden braucht (Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 32 Rn. 19/20). Da H nach V schlug ohne vorher von diesem angegriffen worden zu sein, ist H nicht seinerseits aus Notwehr gerechtfertigt. Da eine anderweitige Rechtfertigung des H oder eine Duldungspflicht des V nicht ersichtlich ist, ist der Angriff des H auch rechtswidrig. Eine Notwehrlage ist somit gegeben.

## 2. Notwehrhandlung

Der Stich mit dem Messer müsste auch eine von § 32 StGB gedeckte Notwehrhandlung sein.

Zunächst einmal muss sich die Handlung, damit sie über § 32 StGB gerechtfertigt sein kann, immer gegen die Rechtsgüter des Angreifers selbst richten, da die Verletzung von Rechtsgütern Dritten nicht über Notwehr gerechtfertigt sein kann (BGHSt 5, 245, 248; Fischer, § 32 Rn. 24). Der Totschlagsversuch des V richtete sich gegen den Angreifer H, sodass dieses Verhalten grds. eine gem. § 32 StGB gerechtfertigte Notwehrhandlung darstellen könnte.

Damit eine Notwehrhandlung aus § 32 StGB gerechtfertigt ist, muss sie zur Abwehr des Angriffs geeignet, erforderlich und geboten sein.

### a. Geeignetheit

Der Stich müsste zunächst zur Abwehr des Angriffs geeignet sein.

Geeignet zur Abwehr des Angriffs ist jede Handlung, die nicht von vornherein als abwehruntauglich erscheint. Da V durch den Messerstich bewirkt hat, dass H zu Boden fiel und seinen Angriff auf V nicht mehr fortsetzen konnte, war der Stich tauglich, den Angriff des H abzuwehren, sodass die Geeignetheit gegeben ist.

### b. Erforderlichkeit

Der Stich müsste auch erforderlich gewesen sein.

Die Verteidigungshandlung ist erforderlich, wenn sie unter mehreren gleichermaßen sicher den Angriff abwehrenden Mitteln das relativ mildeste darstellt (BGHSt 42, 99; Fischer, § 32 Rn. 30).

Zwar wäre es eine mildere Verteidigungshandlung gewesen, wenn V nicht sofort mit dem Messer zugestoßen, sondern H z.B. erst einmal mit der bloßen Faust geschlagen hätte. Jedoch ist insofern zu berücksichtigen, dass ein Stich mit einem Messer schwerere Verletzungen zufügen kann als ein Faustschlag und deshalb auch einen Angriff sicherer abwehrt. Ein milderes Mittel zur Abwehr des Angriffs des H, das genauso geeignet gewesen wäre wie der Messerstich, ist nicht ersichtlich.

Auch die Tatsache, dass A das Butterflymesser eigent-

lich gar nicht bei sich hätte führen dürfen und durch sein entsprechendes Verhalten sogar gegen das WaffG verstieß, schließt die Erforderlichkeit des Einsatzes des Messers nicht aus. Der BGH stellt insofern fest: “[14] Der Umstand, dass der Angeklagte das Messer vorliegend unter Verstoß gegen § 52 Abs. 3 Nr. 1 WaffG unberechtigt mit sich führte, rechtfertigt keine andere Bewertung. Auch wenn ein Angegriffener eine Waffe unberechtigt führt, ist ihm deren Einsatz nicht verwehrt, wenn ihm kein anderes zur Abwehr des Angriffs [gleichermaßen] geeignetes Mittel zur Verfügung steht (vgl. BGH, NStZ 1986, 357 mwN).”

Der Stich stellt also eine erforderliche Verteidigungshandlung dar.

### c. Gebotenheit

Der Messerstich müsste auch geboten gewesen sein.

Geboten ist die Verteidigung dann, wenn sie keinen Fall des Rechtsmissbrauchs darstellt (Fischer, § 32 Rn. 36; Wessels/Beulke, AT, Rn. 342).

Der BGH führt in der folgenden Entscheidung insofern aus: “a) [9] Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erfährt das Notwehrrecht unter dem Gesichtspunkt der Gebotenheit der Verteidigung unter anderem dann eine Einschränkung, wenn der Verteidiger gegenüber dem Angreifer ein pflichtwidriges Vorverhalten an den Tag gelegt hat, das bei vernünftiger Würdigung aller Umstände des Einzelfalles den folgenden Angriff als eine adäquate und voraussehbare Folge der Pflichtverletzung des Angegriffenen erscheinen lässt. In einem solchen Fall muss der Verteidiger dem Angriff unter Umständen auszuweichen suchen und darf zur lebensgefährlichen Trutzwehr nur übergehen, wenn andere Abwehrmöglichkeiten erschöpft oder mit Sicherheit aussichtslos sind (BGHSt 26, 143, 145; BGH, Urteil vom 7. Februar 1991 - 4 StR 526/90). Darüber hinaus vermag auch bereits ein sozialetisch zu missbilligendes Vorverhalten das Notwehrrecht einzuschränken, wenn zwischen diesem Vorverhalten und dem rechtswidrigen Angriff ein enger zeitlicher und räumlicher Ursachenzusammenhang besteht und es nach Kenntnis des Täters auch geeignet ist, einen Angriff zu provozieren (vgl. BGH, NStZ 2006, 332, 333; BGHSt 42, 97, 100). Demgegenüber kann ein rechtlich gebotenes oder erlaubtes Tun nicht allein deshalb zu Einschränkungen der Notwehr führen, wenn der Täter wusste oder wissen konnte, dass andere durch dieses Verhalten zu einem rechtswidrigen Angriff veranlasst werden könnten (vgl. BGH NJW 2003, 1955, 1959).”

Die Notwehrbefugnisse des V könnten also zumindest eingeschränkt sein, wenn V den Angriff des H durch ein pflichtwidriges Vorverhalten herbeigeführt hätte.

### aa. Pflichtwidriges Vorverhalten

Ein pflichtwidriges Vorverhalten in dem genannten

Sinne könnte es darstellen, dass V mit seinem Sohn zum Tatort fuhr, obwohl er schon befürchtete, dass es dort zu einer Schlägerei mit H kommen könnte.

Hierzu der BGH: “[11] Der Angeklagte hat seinen 16jährigen Sohn begleitet, der von einem älteren und, wie die Kammer festgestellt hat, als gewalttätig und leicht reizbar bekannten, von der Polizei als Intensivtäter geführten jungen Mann zu einer Schlägerei ‘eingeladen’ worden war. Der Nebenkläger hatte schon zuvor den Streit mit dem Sohn gesucht, weshalb dieser nicht ohne Grund Angst vor ihm hatte. Vor diesem Hintergrund musste es der Angeklagte nicht dem Zufall überlassen, ob und wann der Nebenkläger wieder auf seinen Sohn treffen würde, und durfte diesen zur Rede stellen. Auch das Auftreten des Angeklagten als solches kann nicht als sozialetisch zu missbilligende, vorwerfbare Provokation gewertet werden. Allein der Umstand, dass er den Türsteher in aufgebrachtem Tonfall aufforderte, den Nebenkläger herauszuschicken, gibt hierfür keinen Anlass, zumal es die H-Brüder waren, die zuvor dem Sohn des Angeklagten Schläge angekündigt hatten. Das Auftreten des Angeklagten ist auch unter Berücksichtigung des Umstands, dass er von seinem Sohn und dessen Freunden begleitet wurde, nicht als vorwerfbare Provokation zu werten, denn die Jugendlichen standen abseits und waren - wie der Angeklagte - jedenfalls nicht erkennbar bewaffnet.

[12] Das Verhalten des Angeklagten mochte im gewissen Maße den Geboten der Vorsicht und der Lebensklugheit zuwiderlaufen; eine vorwerfbare Provokation eines rechtswidrigen Angriffs, die zu einer Einschränkung der Notwehrbefugnisse führte, ist darin aber ebenso wenig zu sehen wie eine einen Fahrlässigkeitsvorwurf begründende Pflichtverletzung.”

Das Erscheinen des V am Tatort stellt also - trotz des Naheliegens einer körperlichen Auseinandersetzung - keine pflichtwidrige Herbeiführung der Notwehrlage dar.

#### *bb. Beisichführen des Butterflymessers als pflichtwidriges Vorverhalten*

Ein pflichtwidriges Vorverhalten könnte jedoch darin zu sehen sein, dass V ein Butterflymesser bei sich führte - und so auch gegen § 52 III Nr. 1 WaffG verstieß.

Der BGH führt hierzu aus: “c) [13] Der Angeklagte handelte in Bezug auf den Verletzungserfolg auch nicht deshalb pflichtwidrig, weil er das zur Tat verwendete Butterflymesser mit sich führte. Obgleich seinem Sohn Schläge angekündigt worden waren und der Angeklagte um die Reizbarkeit und Gewalttätigkeit des Nebenklägers wusste, war er nicht verpflichtet, dem Nebenkläger aus dem Weg zu gehen oder diesem nur schutzlos zu begegnen. Auch im Hinblick auf die Möglichkeit eines rechtswidrigen Angriffs des Ne-

benklägers ist dem Angeklagten kein Vorwurf daraus zu machen, dass er sich nicht von seinem Messer getrennt und sich einer möglichen Aggression des Nebenklägers nicht schutzlos ausgeliefert hat (vgl. BGH NJW 1980, 2263).”

Auch das Beisichführen des Messers stellt also keine pflichtwidrige Herbeiführung der Notwehrlage dar. Eine Einschränkung der Notwehrbefugnisse des V wegen pflichtwidriger Herbeiführung der Notwehrlage ist somit nicht vorzunehmen. Zu diesem Ergebnis kommt auch der BGH:

“[10] Die Feststellungen des Landgerichts belegen nicht, dass der Angeklagte die Notwehrlage in rechtswidriger oder sonst sozialetisch zu missbilligender Weise vorwerfbar provoziert hätte.”

Da auch keine anderen Gründe ersichtlich sind, die gegen die Gebotenheit der Verteidigungshandlung des V sprechen würden, war diese also auch geboten.

### *3. Notwehrwille*

V müsste auch mit Notwehrwillen gehandelt haben. Der Täter handelt mit Notwehrwillen, wenn er die Voraussetzungen der Notwehrlage erkennt und durch seine Tat der Rechtsverletzung entgegentreten will (BGH, NStZ 2000, 365; Fischer, § 32 Rn. 25).

V hatte den gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff des H als solchen erkannt und auch auf H eingestochen, um diesen Angriff abzuwehren. Der erforderliche Notwehrwille ist somit bei V gegeben. V ist durch Notwehr, § 32 StGB, gerechtfertigt.

### *V. Ergebnis*

V ist nicht strafbar gem. §§ 212 I, 22, 23 I StGB.

### *B. Strafbarkeit gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5 StGB zum Nachteil des H durch den Messerstich*

Aus demselben Grund - Rechtfertigung gem. § 32 StGB - scheidet auch eine Strafbarkeit des V wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5 StGB zum Nachteil des H durch den Messerstich aus.

### *C. Strafbarkeit gem. § 229 StGB zum Nachteil des H durch das Mitnehmen des Messers und das aggressive Auftreten*

Allerdings könnte sich V dadurch, dass er das Butterflymesser mitnahm und gegenüber dem Türsteher der Gaststätte, in der sich H befand, aufgebracht auftrat, wegen fahrlässiger Körperverletzung gem. § 229 StGB zum Nachteil des H strafbar gemacht haben.

### *I. Tatbestand*

#### *1. Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs*

Zunächst müsste der tatbestandliche Erfolg des § 229

StGB, also eine Körperverletzung einer anderen Person, eingetreten sein. Eine Körperverletzung setzt gem. § 223 I StGB voraus, dass der Täter das Opfer körperlich misshandelt und/oder an der Gesundheit schädigt.

Körperliche Misshandlung ist jede üble unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Integrität des Opfers nicht nur unerheblich beeinträchtigt (BGHSt 25, 277; Joecks, § 223 Rn. 4; LK-Lilie, § 223 Rn. 6). Gesundheitsschädigung ist das Hervorrufen oder Steigern eines pathologischen Zustands (BGH, NJW 1960, 2253).

Ein Messerstich ist eine üble unangemessene Behandlung, die für das Opfer sehr schmerzhaft ist, also dessen körperliches Wohlbefinden und Integrität erheblich beeinträchtigt, sodass eine körperliche Misshandlung gegeben ist. Die von H erlittene Stichverletzung ist auch ein pathologischer Zustand, den V hervorgerufen hat, sodass auch eine Gesundheitsschädigung vorliegt.

### 2. Kausale Handlung

Das Beisichführen des Messers und das aggressive Auftreten gegenüber dem Türsteher müssten auch kausal für die Verletzung des H gewesen sein.

Eine Handlung ist kausal für einen Erfolg, wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der konkrete Erfolg entfielen (BGHSt 49, 1, 3; Wessels/Beulke, AT, Rn. 156, 159).

Hätte V das Messer nicht bei sich geführt, dann hätte er auch H nicht mit diesem Messer Verletzungen zufügen können. Das Beisichführen des Messers ist also kausal für die späteren Verletzungen des H.

Dass es allerdings gerade deshalb zu dem Kampf zwischen H und V kam, weil V zuvor gegenüber dem Türsteher des Lokals, in dem sich H aufhielt, aufgebracht aufgetreten war, kann dem Sachverhalt nicht entnommen werden. Tatsächlich ist nicht einmal sicher, dass der Türsteher es überhaupt an H weitergegeben hat, dass die Person, die H zu sprechen wünschte, einen besonders erregten Eindruck gemacht hatte. Das aggressive Auftreten des V kann also - zumindest nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" - doch hinweggedacht werden, ohne dass der Erfolg entfielen, sodass dieses Verhalten des V nicht kausal für den Erfolg des § 229 StGB ist.

### 3. Objektive Sorgfaltspflichtverletzung bei objektiver Vorhersehbarkeit

Das Beisichführen des Messers müsste eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung darstellen und der Geschehensverlauf sowie der konkrete Erfolg müssten objek-

tiv vorhersehbar gewesen sein.

Als problematisch könnte es sich insofern darstellen, dass die Handlung des Beisichführens des Messers zwar kausal für die Verletzung des H war (s.o.), diese aber nicht unmittelbar herbeigeführt hat.

Nach einer Meinung (der sog. Lehre von der *actio illicita in causa*) ist es im Falle einer gerechtfertigten Notwehrhandlung möglich, bezüglich des durch die Notwehrhandlung herbeigeführten Erfolgs an ein pflichtwidriges Vorverhalten anzuknüpfen, durch das die Notwehrlage provoziert wurde, um so eine entsprechende (Fahrlässigkeits-) Strafbarkeit zu begründen (Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 32 Rn. 61; Dencker, JuS 1979, 782). Die herrschende Literatur lehnt die Rechtsfigur der *actio illicita in causa* ab (Fischer, § 32 Rn. 24; Kühl, JURA 1991, 179). Der BGH hatte sich zuletzt zwar auch gegen die Lehre von der *actio illicita in causa* ausgesprochen, ein einem entsprechenden Fall aber trotzdem zur Bergündung einer Strafbarkeit an das provozierende Vorverhalten angeknüpft (BGH, RA 2001, 174 = NJW 2001, 1075).

Dieser Streit spielt im vorliegenden Fall jedoch letztlich keine Rolle, da das Beisichführen des Messers kein pflichtwidriges Vorverhalten des V darstellt, durch das der Angriff des H provoziert worden wäre (s.o.). Deshalb wäre es auch nach der Lehre von der *actio illicita in causa* nicht möglich, hieran anzuknüpfen, um V die Stichverletzung des H anzulasten.

Zu diesem Ergebnis kommt auch der BGH: "[15] Auch ein Rückgriff auf das verbotene Führen des Butterflymessers zur Zurechnung des Verletzungserfolgs unter dem Gesichtspunkt fahrlässigen Handelns ist nicht zulässig. Es wäre ein Widerspruch, wenn die Rechtsordnung zum einen die Befugnis erteilte, das Notwehrrecht auszuüben, zum anderen aber gerade für diesen Fall die Bestrafung aufgrund eines Delikts androhte, dessen tatbestandliche Voraussetzungen mit der Ausübung dieser Befugnis erfüllt werden (Erb in MünchKomm - StGB, § 32 Rn. 203; Roxin, ZStW 93 (1981), S. 68, 92). Dies gilt jedenfalls dann, wenn - anders in dem Fall, der der Entscheidung des 3. Strafsenats des Bundesgerichtshofs zugrunde lag (NJW 2001, 1075 f. mit abl. Anm. Roxin JZ 2001, 667 f.) - für den Fahrlässigkeitserfolg nicht an eine vorwerfbare Provokation der Notwehrlage angeknüpft werden kann."

### II. Ergebnis

V ist nicht strafbar gem. § 229 StGB.

### D. Gesamtergebnis

V ist straflos.

## *Literaturauswertung*

### *Öffentliches Recht*

<b>Autor/Titel:</b>	Koreng, Ansgar: "Zugangerschwerungsgesetz"
<b>Fundstelle:</b>	Jura 2010, 931 (Heft 12)
<b>Inhalt:</b>	Anspruchsvolle Falllösung zum aktuellen Thema "Internet-Sperre". Inhaltlich geht es vor allem um Verfassungsrecht, namentlich die Gesetzgebungskompetenz für die Regulierung des Internets und Grundrechte aus Art. 5 I GG. Eingekleidet ist der Fall in eine Verfassungsbeschwerde.

### *Zivilrecht*

<b>Autor/Titel:</b>	Stöhr, Alexander: "Verdachtskündigung und Druckkündigung"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2010, 1052 (Heft 12)
<b>Inhalt:</b>	Der Beitrag eignet sich zur Lektüre, da er sich mit der aktuellen arbeitsrechtlichen Diskussion um Kündigungen wegen minimaler Verfehlungen bzw. Diebstahls geringwertiger Sachen befasst. Häufig – wie z.B. in der Emmely-Entscheidung des BAG (RA 2010, 611 = ArbuR 2010, 348) – handelt es sich dabei nämlich um Verdachtskündigungen, da der Arbeitnehmer den Tatvorwurf regelmäßig bestreitet und damit lediglich der Verdacht eines Fehlverhaltens im Raum steht. Die Problematik wird Gegenstand einer Examensklausur sein; der Beitrag gibt anhand von Kurzfällen einen guten Überblick.

### *Strafrecht*

<b>Autor/Titel:</b>	Rönnau, Thomas: "Grundwissen - Strafrecht: - Erfolgs- und Tätigkeitsdelikte"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2010, 961 (Heft 11)
<b>Inhalt:</b>	Nicht nur im Hinblick auf den Vollendungszeitpunkt, sondern auch hinsichtlich solcher Problemkreise wie objektiver Zurechnung, Einwilligung und die Anwendbarkeit der Rechtsfigur der actio libera in causa weisen Erfolgs- und reine Tätigkeitsdelikte durchaus Unterschiede aus. In diesem kurzen Beitrag versucht sich der Verfasser an einer Systematisierung. Für den (potenziellen) Prüfling dürften aber wohl eher die Nennung und Einordnung verschiedener Tatbestände und Deliktgruppen, die der Autor vornimmt, interessant sein. Ein netter Systematisierungsversuch, dessen Lektüre - insb. da der Aufsatz sehr kurz ist - durchaus in die Examensvorbereitung aufgenommen werden kann.

<b>Autor/Titel:</b>	Eidam, Lutz: "Die Straftaten gegen die persönliche Freiheit in der strafrechtlichen Examensklausur"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2010, 963 (Heft 10)
<b>Inhalt:</b>	Im zweiten Teil der Beitragsreihe (Teil 1 in JuS 2010, 869) befasst sich der Autor mit den Tatbeständen der Nötigung, § 240 I StGB, und Bedrohung, § 241 StGB. Hier liefert er wieder Prüfungsschemata Definitionen und diskutiert die Streitfragen und möglichen Probleme der einzelnen Tatbestandsmerkmale im Rahmen des von ihm empfohlenen Prüfungsaufbaus. Eine sehr schöne Möglichkeit, sich diese nicht übertrieben examensrelevanten Tatbestände mit wenig Zeitaufwand zu erarbeiten.