RA RechtsprechungsAuswertung

Heft 02/2011

Öffentliches Recht

Zum Willkürverbot im Bauordnungsrecht (“Keine Gleichheit im Unrecht”) 73
Zur Abgrenzung von Feststellungs- und Fortsetzungsfeststellungsklage 75
Zur Beachtlichkeit von Verwaltungsvorschriften nach deren Ablauf 79
Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts allein genügt nicht für § 80 II Nr. 4 VwGO 81
Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Anordnung der sofortigen Vollziehung 83

Zivilrecht

Anforderungen an deklaratorisches Schuldanerkenntnis 85
Stillschweigende Haftungsbeschränkung (hier: Fußballspiel) 89
Zur Abdingbarkeit des § 326 I 1 BGB 93
Ausgleichsforderung bei Zugewinnausgleich 96

Strafrecht

Einschränkung der Notwehr bei Notwehrprovokation 101
Mittäterexzess und Schuh als “gefährliches Werkzeug” 104
Zur Absicht rechtswidriger Bereicherung oder Zueignung 108

Urteile in Fallstruktur

Öffentliches Recht: Protestaufruf durch eine Gemeinde 112
Zivilrecht: Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in Wort und Bild 118
Strafrecht: Strafbarkeit des Einbehaltens fremder Unterlagen 123

Literaturauswertung 131

JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

Öffentliches Recht

Standort: Bauordnungsrecht Problem: Gleichheit im Unrecht

OVG WEIMAR, URTEIL VOM 16.03.2010
1 KO 760/07 (NVwZ-RR 2010, 758)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall hatte der Kläger eine formell und materiell illegale bauliche Anlage im Außenbereich errichtet und war per Verwaltungsakt zum Abriss derselben verpflichtet worden. Hiergegen wendete er ein, auch auf den Nachbargrundstücken befänden sich ähnliche Schwarzbauten, gegen die nicht eingeschritten worden sei. Er werde willkürlich herausgegriffen, sodass die Abrissverfügung gegen Art. 3 I GG verstoße.

Das OVG Weimar gab ihm Recht. Zwar sei bei formeller und materieller Illegalität das Ermessen der Bauaufsichtsbehörde regelmäßig sogar auf Erlass einer Abrissverfügung reduziert (sog. "intendiertes Ermessen"). Dies sei aber nicht der Fall, wenn der Betroffene auf eine willkürliche Entscheidung der Behörde verweisen könne. Diese müsse, wenn bei vergleichbaren anderen Fällen nicht eingeschritten worden sei, einen sachlichen Grund für die Ungleichbehandlung der Fälle vorweisen können; fehle es an einem solchen, weil ein stimmiges Konzept nicht erkennbar sei, sei die Ermessensentscheidung willkürlich und damit ermessensfehlerhaft.

Prüfungsrelevanz:

Diese Rechtsprechung bildet eine speziell im Baurecht anerkannte, auch vom BVerwG und anderen Obergerichten gebilligte (vgl. Vertiefungshinweise) Ausnahme vom Grundsatz "keine Gleichheit im Unrecht". Aber Vorsicht: Art. 3 I GG ist nicht schon dann verletzt, wenn die Behörde nicht "auf einen Schlag" tätig wird, sondern Schritt für Schritt vorgeht (vgl. BVerwGE 42, 30). Ist ein Einzelfall bspw. besonders dringlich oder soll ein Einschreiten gegen weitere Bauten vom Ausgang eines "Musterfalles" abhängig gemacht werden, kann hierin ein willkürfreier sachlicher Grund liegen (BVerwG, Beschluss vom 26.03.2003 - 4 B 19/03).

Ob die hier wiedergegebene Argumentation über das Baurecht hinaus auf alle Fälle erstreckt werden kann, darf zudem bezweifelt werden. Jedenfalls sollte dies mit äußerster Vorsicht geschehen, eine entsprechende Tendenz der Gerichte ist nicht erkennbar. Ganz im Gegenteil: So hatte bspw. der VGH München einen Fall zu entscheiden, in dem gegenüber einem Drogendealer ein Aufenthaltsverbot für den Englischen Garten in München ausgesprochen wurde, obwohl gegen andere einschlägig bekannte Personen nicht eingeschritten wurde (VGH München, RA 2001, 599 = BayVBl 2001, 529). Der VGH hatte keine Probleme, diese Maßnahme für rechtmäßig zu erklären, ohne Art. 3 I GG auch nur zu erwähnen.

Vertiefungshinweise:

❑ Willkürliche Abrissverfügung bei isoliertem Einschreiten gegen einzelnen Schwarzbau ohne Konzept: *OVG Bremen*, NVwZ 1995, 401 = BRS 56 Nr. 206; NVwZ 1995, 606; *OVG Münster*, NVwZ-RR 1995, 635 = BauR 1995, 676; *Ortloff*, NVwZ 1996, 647

❑ Nachholen eines Konzepts noch im Verwaltungsprozess möglich: *BVerwG*, Buchholz 406.17 Bauordnungsrecht Nr. 5; *OVG Lüneburg*, BRS 56 Nr. 205

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Das illegale Wochenendhaus"

Leitsatz:

Erlässt eine Bauaufsichtsbehörde gegen eine Freizeitanlage (Wochenendhaus) im Außenbereich eine Beseitigungsanordnung und drängt sich das Vorhandensein vergleichbarer, vermutlich ebenfalls illegaler baulicher Anlagen in der näheren Umgebung auf, so muss in dieser besonderen Situation das durch den Gleichheitssatz geforderte, auf sachlichen Erwägungen beruhende Konzept zum Umgang mit der Situation im fraglichen Gebiet bereits bei Erlass der Beseitigungsanordnung vorliegen und kann nur unter besonderen Voraussetzungen nachträglich erstellt werden.

Sachverhalt:

Die Beteiligten streiten um die Rechtmäßigkeit einer Verfügung der Beklagten, mit der dem Kläger die Baueinstellung und Beseitigung einer baulichen Anlage aufgegeben worden ist. Der Kläger wehrt sich gegen die Beseitigungsanordnung mit der Begründung, auf den ebenfalls im Außenbereich gelegenen Nachbargrundstücken befänden sich vergleichbare,

ebenfalls ohne Baugenehmigung errichtete Bauten (Garten- und Wochenendhäuser), gegen die unter Verletzung des Gleichheitssatzes aus Art. 3 I GG nicht eingeschritten worden sei.
Die beklagte Behörde entgegnete, von dieser illegalen Bebauung habe sie im Zeitpunkt des Einschreitens gegen den Kläger keine Kenntnis gehabt, weil die Nachbargrundstücke aufgrund eines alten Baumbestandes nur schwer einsehbar gewesen seien. Dem hielt der Kläger wiederum entgegen, die Anlagen der Nachbarn seien immerhin im Katasterblatt eingetragen, so dass jedenfalls Anlass bei der Beklagten bestand, Ermittlungen über ihre Baurechtskonformität anzustrengen.
Das VG hat der Klage stattgegeben. Die Berufung blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:
[...] Der Beklagte hat [...] das ihm durch § 77 I 1 ThürBO 1994 eingeräumte Ermessen fehlerhaft ausgeübt.

A. Verhältnismäßigkeit
Zwar ist die Beseitigungsanordnung verhältnismäßig. Es können nicht auf andere Weise als die Beseitigung rechtmäßige Zustände hergestellt werden. Insbesondere kommt - jenseits einer gütlichen Einigung, die vom Beklagten abgelehnt wird - die Verpflichtung zum Rückbau als milderes Mittel nicht in Betracht, denn der Kläger hat die Bausubstanz des vorhandenen Bestandes vollständig beseitigt. Der Senat sieht keinen Anlass, im Hauptsacheverfahren von den im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes (1 EO 125/04) insoweit getroffenen Feststellungen abzuweichen.

B. Verstoß gegen Art. 3 I GG
Die Beseitigungsanordnung verstößt jedoch gegen den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 ThürVerf). Dieser erfordert bei der Ermessensausübung im Rahmen einer bauaufsichtsrechtlichen Beseitigungsanordnung nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung, dass die Bauaufsichtsbehörde, die sich zum Einschreiten entscheidet, nicht systemlos oder willkürlich vorgeht.

I. Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem
Zwar ist das im Rahmen von § 77 Abs. 1 S. 1 ThürBO 1994 (§ 77 S. 1 ThürBO 2004) eröffnete Ermessen nach der Rechtsprechung des Senats grundsätzlich in Richtung auf ein behördliches Einschreiten gegen bauordnungswidrige Zustände intendiert. Wenn sich jedoch in einem abgegrenzten Bereich weitere, mit der streitgegenständlichen Anlage vergleichbare, vermutlich illegale bauliche Anlagen befinden, ist die Behörde regelmäßig gehalten, sich bei ihrem Vorgehen an einem auf sachlichen Erwägungen beruhenden Konzept zu orientieren (Senatsurteile vom 30. Oktober 2002 - 1 KO 881/99 - und vom 11. Mai 2005 - 1 KO 108/05 - m.w.N. zur st. Rspr.). Im Rahmen der grundsätzlich weiterhin intendierten Ermessensausübung liegt dann insoweit ein atypischer Sonderfall, der zu weiteren Ermessenserwägungen verpflichtet, vor.
Von einem solchen Fall ist namentlich auszugehen, wenn sich bei der geplanten Beseitigung einer illegalen baulichen Anlage zur Freizeitnutzung im Außenbereich das Vorhandensein weiterer möglicherweise illegaler Anlagen im näheren Umfeld aufdrängt, beispielsweise weil - wie hier - im Katasterblatt bauliche Anlagen im Außenbereich eingetragen sind. Dies gilt erst recht, wenn von Dritten im Verwaltungsverfahren vor Erlass der Beseitigungsanordnung auf die anderen illegalen baulichen Anlagen aufmerksam gemacht wird.

II. Willkür
In dieser besonderen Situation des Vorhandenseins mehrerer illegaler baulicher Anlagen, darf sich die Behörde nicht darauf beschränken, einen Einzelfall herauszugreifen, während sie vergleichbare illegale bauliche Anlagen im räumlichen und sachlichen Zusammenhang unberührt lässt.

1. Sachlicher Grund erforderlich
Sie handelt dem Gleichheitssatz zuwider, wenn sie für ein solches Vorgehen keine sachlichen Gründe anzuführen vermag (siehe Senatsurteile, a. a. O.). Vielmehr muss in dieser besonderen Situation das auf sachlichen Erwägungen beruhende Konzept bereits bei Erlass der Beseitigungsanordnung vorliegen. Nur unter den Voraussetzungen des § 45 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 ThürVwVfG ist eine nachträgliche Ergänzung des Konzepts möglich. Jedenfalls bei nachträglicher Ergänzung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren bedarf es einer Ergänzung der Beseitigungsverfügung gemäß § 114 S. 2 VwGO. Unterlässt schließlich eine Bauaufsichtsbehörde das konzeptgerechte Vorgehen in einer Weise, dass baurechtlich illegale Zustände geduldet werden, weil die Behörde ihre bauaufsichtsrechtlichen Handlungsmöglichkeiten verkennt, so kann sie zu einer dem Gleichheitssatz entsprechenden Herstellung baurechtskonformer Zustände ggf. im Wege der Fachaufsicht angehalten werden (vgl. §§ 117 Abs. 2 ThürKO, §§ 59 ff. ThürBO).

2. Isoliertes Einschreiten ohne Bereinigungskonzept willkürlich
Nach diesen Maßstäben verletzt die gegen den Kläger gerichtete Beseitigungsanordnung den allgemeinen Gleichheitssatz. Der Beklagte ist zunächst allein gegen den Kläger vorgegangen. Dies dürfte ursprünglich sachlich durchaus gerechtfertigt gewesen sein. Die klägerische Anlage ist selbst für Baurechtsunkundige erkennbar rechtswidrig und entfaltet auch eine nach-

haltige negative Vorbildwirkung. Der Beklagte hat es jedoch pflichtwidrig unterlassen, spätestens im Zeitpunkt des Erlasses seiner Beseitigungsanordnung gegen den Kläger Ermittlungen zu den übrigen Baulichkeiten in der Umgebung anzustellen und ggf. bauaufsichtsrechtliche Maßnahmen gegen die übrigen rechtswidrigen Anlagen im fraglichen Gebiet in P., das dem Außenbereich zuzuordnen ist, zu ergreifen. Die Anlagen sind im Katasterblatt eingetragen, so dass bereits deshalb Anlass bestand, Ermittlungen über ihre Baurechtskonformität anzustrengen. § 60 Abs. 5 ThürBO ermöglicht es den Mitarbeitern der Beklagten, zu diesem Zweck die fraglichen Grundstücke zu betreten. Der Hinweis auf erschwerte Einsicht durch Baum- und Strauchstand ist deshalb verfehlt. [...]

III. Ergebnis

Das Handeln des Landkreises S.-R-Stadt ohne Konzept zur Beseitigung rechtswidriger Zustände im Außenbereich hat zur Folge, dass der angegriffene Bescheid rechtswidrig ist und der Kläger daher in seiner Baufreiheit (Art. 14 I GG) verletzt wird. Der Bescheid ist deshalb aufzuheben.

Standort: VwGO Problem: Abgrenzung § 43 VwGO - § 113 I 4 VwGO

OVG MÜNSTER, URTEIL VOM 03.05.2010
7 A 2115/08 (NWVBL 2011, 14)

Problemdarstellung:

Das vorliegende Urteil des OVG Münster befasst sich mit Abgrenzung von Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 I 14 VwGO und allgemeiner Feststellungsklage nach § 43 I VwGO.

Hintergrund: Das BVerwG hatte in einem Aufsehen erregenden Urteil von 2007 (BVerwG, RA 2007, 506 = NJW 2007, 2790) entschieden, dass bei Erledigung des Klagebegehrens nach Klageerhebung von einer Verpflichtungsklage nur dann ohne das Vorliegen der Voraussetzungen einer Klageänderung nach § 91 VwGO in eine Fortsetzungsfeststellungsklage (analog) § 113 I 4 VwGO übergegangen werden könne, wenn der Streitgegenstand des (jetzigen) Feststellungsbegehrens mit dem des (ursprünglichen) Verpflichtungsbegehrens identisch sei. Dies sei jedenfalls dann nicht der Fall, wenn sich der Feststellungsantrag auf einen anderen Zeitpunkt beziehe als der ursprüngliche Verpflichtungsantrag.

Das OVG Münster greift diese Rechtsprechung vorliegend auf und bekräftigt sie. Sei die Verpflichtungsklage ursprünglich auf Erteilung eines Bauvorbescheids gerichtet gewesen, und habe sich dieses Begehren durch eine Veränderungssperre erledigt, könne daher nur nach § 113 I 4 VwGO festgestellt werden, dass der Vorbescheid im Zeitpunkt des Erlasses der Veränderungssperre (= bei Eintritt des erledigenden Ereignisses) hätte erlassen werden müssen, und nicht - wie vom Kläger begehrt - zu einem anderen, früheren Zeitpunkt.

Stelle der Kläger seinen Klageantrag derart um, greife vielmehr die allgemeine Feststellungsklage nach § 43 I VwGO ein. Diese sei aber nur zulässig, wenn die Voraussetzungen einer Klageänderung nach § 91 VwGO vorlägen (hier bejaht). Ferner müssten - natürlich - die weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen der allgemeinen Feststellungsklage vorliegen (hier bzgl. des Feststellungsinteresses verneint).

Prüfungsrelevanz:

Das Urteil ist zum einen für die Bestimmung der statthaften Klageart relevant. Hierzu sei das Studium der Leitentscheidung BVerwG, RA 2007, 506 mit den dortigen Anmerkungen noch einmal dringend empfohlen.

Es finden sich aber noch zwei weitere examensrelevante Ausführungen im vorliegenden Urteil:

I. Ein Feststellungsinteresse i.S.d. §§ 43 I und 113 I 4 VwGO kann zwar grds. aus einem Schadensersatzpräjudiz folgen; dies aber nur, wenn dem Kläger aus prozessökonomischen Gründen die Früchte des bisher geführten Verwaltungsprozesses in einem späteren Amtshaftungsprozess vor den ordentlichen Gerichten (vgl. Art. 34 GG a.E.) zugute kommen können. Dies setzt voraus, dass (a) schon entsprechende Früchte gezogen worden sind, (b) ein Amtshaftungsprozess konkret beabsichtigt ist, dieser (c) einige Erfolgsaussicht bietet, (d) nicht schon vor dem Verwaltungsprozess hätte angestrengt werden können und es (e) für den Erfolg auf die Erkenntnisse aus dem Verwaltungsprozess ankommt.

II. Der Zulässigkeit einer Feststellungsklage kann gem. § 121 VwGO die Rechtskraft eines Verpflichtungsurteils entgegen stehen: Wenn durch Abweisung einer Verpflichtungsklage rechtskräftig entschieden ist, dass der Kläger im Zeitpunkt X keinen Anspruch auf den Erlass eines bestimmten Verwaltungsakts hatte, ist ein Antrag auf Feststellung, dass ein solcher Anspruch aber im Zeitpunkt Y bestanden habe, gem. § 121 VwGO unzulässig, sofern sich die Sach- und Rechtslage zwischen den Zeitpunkten X und Y nicht geändert hat.

Vertiefungshinweise:

❑ Feststellungs- und Fortsetzungsfeststellungsklage

bei geändertem Streitgegenstand: *BVerwG*, RA 2007, 506 = NJW 2007, 2790

Kursprogramm:
❑ *Examenskurs:* "Tomatenkrieg"
❑ *Examenskurs:* "Le coq est mort"

Leitsätze:
1. Hat sich eine Verpflichtungsklage erledigt, ist die Weiterführung des Verfahrens im Wege der Fortsetzungsfeststellungsklage grundsätzlich nur zulässig, wenn sich das Feststellungsbegehren auf den Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses bezieht. Der Kläger kann jedoch unter den Voraussetzungen einer zulässigen Klageänderung mit der allgemeinen Feststellungsklage die Feststellung begehren, dass ihm der geltend gemachte materiellrechtliche Anspruch schon zu bestimmten, vor dem erledigenden Ereignis liegenden Zeiten zugestanden habe.
2. Ein berechtigtes Interesse an einer solchen Feststellung im Hinblick auf einen beabsichtigten Zivilprozess besteht nicht, wenn und soweit in einem anderen gerichtlichen Verfahren bereits rechtskräftig über diesen Anspruch entschieden worden ist.
3. An der Rechtskraft eines Urteils, mit dem die Klage auf Erteilung eines Bauvorbescheids abgewiesen wurde, nehmen die tragenden Gründe für die Verneinung des geltend gemachten Anspruchs teil. Die Rechtskraft erstreckt sich auch auf vor dem für das Urteil maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt und noch vor Klageerhebung liegende Zeiträume, soweit sich die Sach- und Rechtslage nicht geändert hat.
4. Für eine Klage auf Feststellung eines auf die aufschiebende Wirkung eines Widerspruchs gegen einen Zurückstellungsbescheid gestützten Rechts auf Bescheidung einer Bauvoranfrage besteht kein berechtigtes Interesse, wenn die Anordnung der sofortigen Vollziehung des Zurückstellungsbescheids noch vor Klageerhebung nachgeholt worden ist.

Sachverhalt:
Der Kläger beantragte am 04.06.2003 einen Vorbescheid für eine Nutzungsänderung von Verkaufsflächen eines Möbeleinzelhandelsfachmarkts zu Verkaufsflächen für einen Lebensmittelmarkt. Mit Bescheid vom 11.09.2003 stellte die Beklagte die Entscheidung über die Zulässigkeit des Vorhabens des Klägers aufgrund eines Ratsbeschlusses zur Änderung des das Grundstück des Klägers betreffenden Bebauungsplans für ein Jahr zurück. Am 15.04.2004 ordnete sie die sofortige Vollziehung des Zurückstellungsbescheids an.
Die vom Kläger am 30.04.2004 erhobene Klage war ursprünglich auf Aufhebung des Zurückstellungsbescheids und Erteilung des beantragten Bauvorbescheids gerichtet. Nach Inkrafttreten einer Veränderungssperre am 22.07.2004 und Erlass eines die Bauvoranfrage des Klägers ablehnenden Bescheides verfolgte der Kläger sein Verpflichtungsbegehren in einem anderen Klageverfahren weiter, das durch klageabweisendes Urteil rechtskräftig beendet wurde. Die vorliegende Klage stellte der Kläger um und begehrte die Feststellung, dass die Beklagte in der Zeit vom 04.09.2003 bis zum 15.04.2004 verpflichtet gewesen sei, den beantragten Vorbescheid zu erteilen, hilfsweise, die Bauvoranfrage zu bescheiden. Die Klage blieb in beiden Instanzen erfolglos.

Aus den Gründen:
Die zulässige Berufung ist unbegründet. Das Verwaltungsgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Sie ist sowohl mit dem Haupt- als auch mit dem Hilfsantrag unzulässig.

A. Hauptantrag
Mit seinem Hauptantrag verfolgt der Kläger die Feststellung, dass ihm ein Anspruch auf Erteilung des beantragten Vorbescheids in der Zeit vom 4. September 2003 bis zum 15. April 2004 zugestanden hat. Darin liegt kein analog § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO statthaftes Fortsetzungsfeststellungsbegehren. Es liegen auch nicht die Voraussetzungen für ein zulässiges Feststellungsbegehren nach § 43 Abs. 1 VwGO vor.

I. Fortsetzungsfeststellungsklage
Nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO spricht das Gericht für den Fall, dass sich der angegriffene Verwaltungsakt erledigt hat, auf Antrag durch Urteil aus, dass der Verwaltungsakt rechtswidrig gewesen ist, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse an der Feststellung hat. Diese Vorschrift gilt für Verpflichtungsklagen entsprechend, so dass grundsätzlich auch bei solchen Klagen das Verfahren trotz Erledigung mit dem Ziel fortgesetzt werden kann, die Rechtswidrigkeit der Weigerung, den beantragten Verwaltungsakt zu erlassen, feststellen zu lassen (vgl. BVerwGE 106, 295 m.w.N.).
Ein als Fortsetzungsfeststellungsklage zulässiges Begehren liegt jedoch auch bei einer erledigten Verpflichtungsklage grundsätzlich nur dann vor, wenn mit der beantragten Feststellung der Streitgegenstand nicht ausgewechselt oder erweitert wird. Das ergibt sich aus dem Zweck, dem diese Klage dient. Sie soll verhindern, dass ein Kläger, der infolge eines erledigenden Ereignisses seinen ursprünglichen, den Streitgegenstand kennzeichnenden Antrag nicht weiterverfolgen kann, um die „Früchte" der bisherigen Prozess-

führung gebracht wird. Um eine ohne weiteres statthafte Fortsetzungsfeststellungsklage handelt es sich mithin nur dann, wenn der Streitgegenstand von dem bisherigen Antrag umfasst war, denn nur dann gebietet es der § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO zugrunde liegende Gedanke der Prozessökonomie, die Weiterführung des Verfahrens zuzulassen, ohne dass die Voraussetzungen für eine Klageänderung erfüllt sein müssen (vgl. BVerwGE 89, 354; 129, 27; im Ergebnis - Klageänderung - auch BVerwGE 109, 74). Diesen Anforderungen entspricht der Hauptantrag des Klägers nicht; sein Gegenstand ist ein anderer als der der ursprünglichen Klage.

1. Ursprünglicher Streitgegenstand

Der Kläger hat ursprünglich eine auf Erteilung des begehrten Vorbescheides gerichtete Verpflichtungsklage und - zusätzlich - eine Anfechtungsklage gegen den Zurückstellungsbescheid der Beklagten erhoben. Bei der Zurückstellung eines Baugesuchs handelt es sich nämlich um einen Eingriffsverwaltungsakt, dessen belastende Wirkung für den Betroffenen darin liegt, dass die Genehmigungsbehörde während des Zurückstellungszeitraums von der Pflicht zur Bescheidung des Baugesuchs unabhängig von dessen materiellen Erfolgsaussichten befreit und das Genehmigungsverfahren verzögert wird. Dies stellt eine eigenständige Rechtsbeeinträchtigung des jeweiligen Antragstellers dar, an deren Beseitigung durch u. a. Erhebung einer Anfechtungsklage ein gesondertes schutzwürdiges Interesse besteht, das isoliert oder - wie hier - zugleich mit einer auf Erteilung der im Ergebnis erstrebten Genehmigung gerichteten Verpflichtungsklage verfolgt werden kann (vgl. OVG NRW, BRS 70 Nr. 116; OVG Berlin, BRS 56 Nr. 90).

2. Jetziger Streitgegenstand

Der gegenwärtige Hauptantrag knüpft nicht - auch nicht sinngemäß - an das ursprüngliche Anfechtungsbegehren an. Das Feststellungsbegehren richtet sich weder seinem Wortlaut noch der Sache nach gegen den Zurückstellungsbescheid der Beklagten vom 11. September 2003. Dessen Rechtswidrigkeit wird vom Kläger nicht einmal inzident behauptet. Vielmehr beschränkt er sich zur Stützung seines Feststellungsbegehrens auf die Rechtsbehauptung, der Zurückstellungsbescheid habe der Erteilung des beantragten Vorbescheids in dem nunmehr streitgegenständlichen Zeitraum schon deshalb nicht entgegengestanden, weil es an der Anordnung der sofortigen Vollziehung gefehlt habe. Korrespondierend leitet er auch in dem von ihm angestrengten Amtshaftungsprozess die Amtspflichtverletzung daraus ab, dass die Beklagte den streitigen Vorbescheid trotz der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen den Zurückstellungsbescheid nicht erteilt hat.

3. Anderer Beurteilungszeitpunkt = anderer Streitgegenstand

Mit dem Feststellungsbegehren wird aber auch der Streitgegenstand der ursprünglichen Verpflichtungsklage ausgewechselt. Bestandteil des Streitgegenstandes der Verpflichtungsklage ist die Feststellung, dass die Weigerung der Behörde, den beantragten Verwaltungsakt zu erlassen, in dem für das Verpflichtungsbegehren entscheidenden Zeitpunkt die Rechtsordnung verletzt. Eine Weiterführung des Verfahrens im Wege der Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO ist daher grundsätzlich nur zulässig, wenn der für die Feststellung maßgebliche Zeitpunkt sich mit dem des bisherigen Verpflichtungsbegehrens deckt (vgl. BVerwG, a. a. O). Dementsprechend ist für die Fortsetzungsfeststellungsklage grundsätzlich auf den Zeitpunkt des das ursprüngliche Begehren erledigenden Ereignisses abzustellen. Als das das ursprüngliche Klagebegehren erledigende Ereignis ist vorliegend das Inkrafttreten der am 15. Juli 2004 beschlossenen Veränderungssperre anzusehen, denn hiermit hatte sich die Beurteilung der Sach- und Rechtslage in einer Weise geändert, dass dem Begehren des Klägers der Boden entzogen wurde. Der Feststellungsantrag des Klägers bezieht sich jedoch nicht auf diesen Zeitpunkt, sondern auf einen früheren, noch vor Klageerhebung abgeschlossenen Zeitraum.

4. Hier keine Ausnahme

Zu berücksichtigen ist allerdings, dass die Beurteilungsgrundlage für einen Feststellungsantrag trotz eines gegenüber dem ursprünglichen Antrag veränderten maßgeblichen Zeitpunkts oder Zeitraums dieselbe bleiben kann, weil die entscheidungserhebliche Sach- und Rechtslage unverändert geblieben ist. Auch in derartigen Fällen kann der § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO zugrunde liegende Zweck dafür sprechen, eine Fortsetzung des Verfahrens in analoger Anwendung der Norm zuzulassen; denn auch hier erscheint es sinnvoll, den Ertrag der bisherigen Prozessführung zu erhalten. Dies kann vorliegend jedoch offen bleiben, denn der Feststellungsantrag des Klägers bezieht sich auf eine vom ursprünglichen Antrag abweichende Beurteilungsgrundlage. [wird ausgeführt]

II. Feststellungsklage

Die Unstatthaftigkeit der Fortsetzungsfeststellungsklage schließt allerdings nicht aus, unter den Voraussetzungen des § 91 I VwGO im Wege der Klageänderung die auf § 43 I VwGO gestützte Feststellung zu begehren, dass dem Verpflichtungskläger der geltend gemachte materiell-rechtliche Anspruch schon zu bestimmten, vor dem erledigenden Ereignis liegenden Zeiten zugestanden habe (vgl. BVerwGE 121, 169; BVerwG, BRS 67 Nr. 124).

1. Zulässige Klageänderung
In der Umstellung der Klage auf das vorliegende Feststellungsbegehren liegt eine solche zulässige Klageänderung, denn die Beklagte hat sich im Sinne von § 91 Abs. 2 VwGO auf die geänderte Klage eingelassen. Sie hat zwar die Zulässigkeit der Feststellungsklage in Abrede gestellt, der Klageänderung selbst jedoch nicht widersprochen.

2. Feststellungsinteresse
Der Kläger hat jedoch kein berechtigtes Interesse an der Feststellung im Sinne von § 43 I VwGO.
Die allein in Rede stehende präjudizielle Wirkung des erstrebten Feststellungsurteils für den vom Kläger betriebenen Amtshaftungsprozess begründet ein derartiges Interesse nicht.
Für die Frage, ob im Hinblick auf einen beabsichtigten Zivilprozess ein berechtigtes Interesse an der Feststellung besteht, dass innerhalb eines vergangenen Zeitraums ein Rechtsverhältnis - hier das durch die Weigerung, in der Zeit vom 4. September 2003 bis zum 15. April 2004 den beantragten Vorbescheid zu erteilen, bestimmte - bestanden hat, ist maßgeblich, ob der Kläger sofort und unmittelbar vor dem Zivilgericht Klage erheben konnte, oder ob er gezwungen war, zunächst eine verwaltungsgerichtliche Klage zu erheben. Hat sich das Rechtsverhältnis schon vor Klageerhebung erledigt, so bedarf es keines Rechtsschutzes durch die Verwaltungsgerichte; denn der Betroffene kann wegen eines von ihm erstrebten Schadensersatzes sogleich das zuständige Zivilgericht anrufen, das auch für die Klärung öffentlich-rechtlicher Vorfragen zuständig ist. Deshalb fehlt es in einem solchen Fall an einem schutzwürdigen Interesse für eine verwaltungsgerichtliche Klage. [...]

3. Entgegenstehende Rechtskraft
Darüber hinaus steht die Rechtskraft des Urteils des Verwaltungsgerichts in dem Verfahren 10 K 851/05 der Zulässigkeit der mit dem Hauptantrag verfolgten Feststellungsklage gemäß § 121 Nr. 1 VwGO auch unmittelbar entgegen. Nach dieser Vorschrift binden rechtskräftige Urteile die Beteiligten, soweit über den Streitgegenstand entschieden worden ist. Zweck der Regelung ist es zu verhindern, dass die aus einem festgestellten Tatbestand hergeleitete Rechtsfolge, über die durch Urteil entschieden worden ist, erneut zum Gegenstand eines Verfahrens zwischen denselben Parteien gemacht wird (vgl. BVerwGE 91, 256; 70, 156).
Die Rechtskraft eines Urteils, mit dem die Klage auf Erteilung eines Bauvorbescheids abgewiesen wurde, erstreckt sich auf die Feststellung der materiellen Baurechtswidrigkeit des Vorhabens. An der Rechtskraft nehmen die tragenden Gründe für die Verneinung des geltend gemachten Anspruchs teil. Damit entfaltet auch die Aussage in dem Urteil Bindungswirkung, aus welchen Gründen der Anspruch nicht besteht.

B. Hilfsantrag
Der Hilfsantrag ist ebenfalls unzulässig. Er zielt auf die Feststellung, dass die Beklagte in dem genannten Zeitraum zur Bescheidung der Bauvoranfrage des Klägers verpflichtet war. Geltend gemacht wird kein materieller Anspruch, sondern ein bloßes Verfahrensrecht.

I. Fortsetzungsfeststellungsklage
Eine Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO ist nicht statthaft, weil dieser Verfahrensanspruch nicht - auch nicht inzidenter - Gegenstand der ursprünglichen Klage gewesen ist.

II. Feststellungsklage
Für eine allgemeine Feststellungsklage gemäß § 43 VwGO fehlt ein berechtigtes Interesse. Denn die mit dem Hilfsantrag allein verfolgte, auf die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen den Zurückstellungsbescheid gestützte formelle Rechtsposition hatte sich mit der Anordnung der sofortigen Vollziehung des Zurückstellungsbescheids schon vor Klageerhebung erledigt. Zur Verfolgung eines auf die Verletzung dieses Verfahrensrechts gründenden Schadensersatzanspruchs hätte der Kläger sofort und unmittelbar Klage vor dem zuständigen Zivilgericht erheben können.

Standort: Verwaltungsvorschriften Problem: Bindungswirkung nach Ablauf

BGH, BESCHLUSS VOM 24.06.2010
III ZR 315/09 (NVwZ-RR 2010, 675)

Problemdarstellung:

Im Rahmen eines Amtshaftungsanspruchs aus § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG hatte der BGH zu prüfen, ob ein Bezirksschornsteinmeister bei der Abnahme eines Kaminofens seine Amtspflichten schuldhaft dadurch verletzt hatte, dass er den Abstand des Ofenrohrs von der Wand fälschlich als ausreichend ansah, wodurch ein Brand entstand.

"Amtspflicht" i.S.d. § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG ist die interne Dienstpflicht des Amtswalters gegenüber seinem Dienstherrn. Diese kann daher auch aus Verwaltungsvorschriften folgen, die grds. nur verwaltungsinterne Bindungswirkung entfalten. Eine solche Verwaltungsvorschrift über die Abnahme von Kaminöfen existierte vorliegend, allerdings war diese befristet und die Frist im Zeitpunkt der fraglichen Abnahme schon abgelaufen.

Der BGH meint allerdings, dass eine Verwaltungsvorschrift auch nach ihrem Ablauf vom Amtswalter weiterhin beachtet werden müsse, solange sie nicht durch eine neue Verwaltungsvorschrift ersetzt worden sei und sich dem Amtswalter nicht aufdränge, dass die Erlassbehörde an ihr nicht mehr habe festhalten wollen. Hält er sich in einem solchen Fall an die Verwaltungsvorschrift, kann ihm nach Ansicht des BGH andererseits aber auch kein Verschuldensvorwurf gemacht werden, wenn sich die Verwaltungsvorschrift als fehlerhaft oder unzureichend herausstellt und er infolgedessen objektiv rechtswidrig handelt.

Prüfungsrelevanz:

Das Problem der Bindungswirkung von Verwaltungsvorschriften *außerhalb* der Verwaltung ist ein echter "Examensklassiker" (vgl. hierzu die Vertiefungshinweise). Hier war einmal die (fortdauernde) Bindungswirkung *innerhalb* der Verwaltung nach Außerkrafttreten der Verwaltungsvorschrift problematisch. Dass sich diese Frage gut mit dem ebenfalls sehr examensrelevanten Amtshaftungsanspruch kombinieren lässt, zeigt der vorliegende Fall.

Vertiefungshinweise:

❑ Externe Bindungswirkung von Verwaltungsvorschriften: *BVerwG*, RA 2004, 81 = DVBl 2004, 126 (Ermessensrichtlinien); *VG Arnsberg*, RA 2007, 623 (TA Lärm); *VG Oldenburg*, RA 2006, 175 = NVwZ-RR 2006, 127 (Zugang zu Volksfest)

❑ Persönlichen Haftung eines Beamten bei Amtspflichtverletzung: *OLG Frankfurt a.M.*, NJW-RR 2007, 283

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Die vergessene Motorsäge"

❑ *Examenskurs:* "Windkraft vs. Nachbarschaft"

Leitsatz:

Zur Beachtlichkeit einer Verwaltungsvorschrift für einen Amtsträger, wenn diese wegen einer Befristung außer Kraft getreten ist und nicht durch eine andere ersetzt wurde.

Sachverhalt:

Die kl. Versicherungsgesellschaft nimmt den Bekl. aus übergegangenem Recht ihres Versicherungsnehmers auf Schadensersatz wegen eines Brands in Anspruch, der am 16. 11. 2007 in einem in M. gelegenen Wohngebäude ausgebrochen ist. Der Brand entstand durch Hitzeübertragung von dem im Flur des ersten Obergeschosses stehenden Kaminofen und dessen Ofenrohr auf die dahinter liegende Wand. Der Bekl., der den Kaminofen am 12. 2. 2007 in seiner Eigenschaft als örtlich zuständiger Bezirksschornsteinmeister geprüft und abgenommen hatte, hatte bei seiner Prüfung den zwischen dem Ofenrohr und der gemauerten Wand bestehenden Abstand von (nur) 8,5 cm für unbedenklich erachtet.

Die Kl. hält die Auffassung des Bekl. für rechtsirrig. Ihrer Meinung nach wäre der festgestellte Abstand auf Grund der einschlägigen Bestimmungen nur dann ausreichend gewesen, wenn die Wand mit einer Papiertapete verkleidet gewesen wäre. Bei der vorhandenen, aus Vinyl gefertigten und zudem überstrichenen Tapete wäre ein größerer Abstand einzuhalten gewesen. Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen (OLG Hamm, BeckRS 2010, 48389). Mit der zugelassenen Revision verfolgt die Kl. ihr Zahlungsbegehren weiter.

Aus den Gründen:

Der Kl. steht der geltend gemachte Anspruch nicht zu. Das Berufungsurteil hält den Angriffen der Revision stand.

A. Verschuldensmaßstab bei Amtshaftung

[7] Das BerGer. ist bei der Prüfung des Verschuldens des Bekl. von den vom BGH formulierten Maßstäben ausgegangen. Grundsätzlich muss sich jeder Amtsträger die zur Führung seines Amtes notwendigen Rechts- und Verwaltungskenntnisse verschaffen. Bei der Gesetzesauslegung und Rechtsanwendung hat er die Rechtslage unter Zuhilfenahme der ihm zu Gebote

stehenden Hilfsmittel sorgfältig und gewissenhaft zu prüfen und danach auf Grund vernünftiger Überlegung sich eine Rechtsmeinung zu bilden. Nicht jeder objektive Rechtsirrtum begründet einen Schuldvorwurf. Dies gilt insbesondere in Fällen, in denen die objektiv unrichtige Rechtsanwendung eine Vorschrift betrifft, deren Inhalt – bezogen auf den zur Entscheidung stehenden Einzelfall – zweifelhaft sein kann und noch nicht durch eine höchstrichterliche Rechtsprechung klargestellt ist (vgl. BGH, NJW 2005, 748f.).

B. Subsumtion

[8] Der Bekl. hatte bei seiner nach § 43 VII NWBauO durchgeführten Überprüfung zu berücksichtigen, dass nach § 17 I NWBauO bauliche Anlagen sowie andere Anlagen und Einrichtungen unter Berücksichtigung insbesondere der Brennbarkeit der Baustoffe so beschaffen sein müssen, dass der Entstehung eines Brandes oder der Ausbreitung von Feuer und Rauch vorgebeugt wird. Nach § 8 der NWFeuerungsVO müssen zu Bauteilen aus brennbaren Baustoffen bestimmte näher beschriebene Abstände eingehalten werden.

I. Verstoß gegen Verwaltungsvorschriften

[9] Das BerGer. ist des Weiteren zutreffend davon ausgegangen, dass der Bekl. bei seiner Tätigkeit die Verwaltungsvorschrift zur Landesbauordnung des Ministeriums für Städtebau und Wohnen, Kultur und Sport vom 12. 10. 2000 (NWMBl. S. 1432) zu beachten hatte, die als allgemeine Weisung nach § 9 II lit. a NWOBG erlassen wurde.

II. Fortgeltung nach Ablauf der Befristung

Die Verwaltungsvorschrift war zwar, was das BerGer. nicht angesprochen hat und von der Revision beanstandet wird, bis zum 31. 12. 2005 befristet und damit zum Zeitpunkt der hier durchgeführten Untersuchung formal außer Kraft getreten. Sie ist jedoch nicht durch eine andere Verwaltungsvorschrift ersetzt worden. In dieser Situation können (müssen) die mit der Durchführung und Überwachung der Bauordnung betrauten Stellen und Behörden davon ausgehen, dass sich die Auffassung der obersten Bauaufsichtsbehörde zu den in der Verwaltungsvorschrift gemachten Aussagen auch nach deren Auslaufen nicht geändert hat (vgl. Temme, in: Gädtke/Temme/Heinz/Czepuck, NWBauO, 11. Aufl., § 17 Rdnr. 1a). Dabei darf insbesondere bei "sicherheitsrelevanten" Fragen wie denen des Brandschutzes erwartet werden, dass die oberste Bauaufsichtsbehörde, wenn und soweit die Nichtverlängerung der Geltungsdauer der Verwaltungsvorschrift auf einer anderen Bewertung der Gefahrenlage beruhen sollte, darauf schon vor Erlass einer neuen Verwaltungsvorschrift in geeigneter Weise (Rundschreiben, Runderlasse etc.) hinweist, um zukünftigen Brandgefahren zu begegnen.

III. Kein Verstoß ersichtlich

[10] Zu § 17 NWBauO verweist die Verwaltungsvorschrift hinsichtlich der verwendeten brandschutztechnischen Begriffe und der zugehörigen Prüfbestimmungen auf die DIN 4102 – 4 Brandverhalten von Baustoffen und Bauteilen. Zugleich bestimmt sie, dass die Bekleidung und die Oberfläche von Bauteilen, die nichtbrennbar oder schwerentflammbar sein müssen, sowie deren Oberflächenbehandlung grundsätzlich in die Beurteilung der Brennbarkeit mit einzubeziehen sind, es sei denn, es handelt sich um Beschichtungen bis 0,5 mm Dicke, um Anstriche oder um Tapeten auf Mauerwerk, Beton oder mineralischen Putzen.

[11] Bei einem Mauerwerk handelt es sich um einen nicht brennbaren Stoff nach Nr. 2.2. 1 der DIN 4102 – 4. In der Vorbemerkung der DIN 2102 – 4 2. 2. ist darauf hingewiesen, dass die Baustoffklasse auch dann erhalten bleibt, wenn die Baustoffe oberflächlich mit Anstrichen auf Dispersions- oder Alkydharzbasis oder mit üblichen Papierwandbekleidungen (Tapeten) versehen sind. Damit steht die Definition für nicht brennbare Stoffe nach der DIN 4102 – 4 in einem Widerspruch zur Verwaltungsvorschrift zu § 17 NWBauO, die eine Differenzierung der Tapeten im Hinblick auf das Material, aus dem sie hergestellt sind, nicht vornimmt.

[12] Die tatrichterliche Würdigung des BerGer., es treffe den Bekl. keinen Verschuldensvorwurf, wenn er sich allein an der Verwaltungsvorschrift zu § 17 NWBauO und nicht auch an der DIN 4102 – 4 orientiert und auf Grund dessen den Abstand von 8,5 cm für ausreichend erachtet habe, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

[13] In der Verwaltungsvorschrift, die als Weisung i.S. des § 9 II NWOBG von den zuständigen Stellen und Behörden vorrangig zu beachten ist, wird die DIN 4102 – 4 lediglich zur Baustoffbezeichnung in Bezug genommen. Der Bekl. als Bezirksschornsteinmeister musste nicht in Betracht ziehen, dass hinsichtlich der Einschätzung der Brandgefahr bei mit Tapeten versehenem Mauerwerk ergänzend auf die Festsetzungen der DIN 4102 – 4 zurückgegriffen werden muss. [...]

C. Ergebnis

[15] Mangels Verschuldens scheidet ein allein in Betracht kommender Schadensersatzanspruch nach § 839 BGB gegen den Bekl. aus.

Standort: § 80 VwGO Problem: Begründung der Anordnung sofortiger Vollziehung

VGH MANNHEIM: BESCHLUSS VOM 12.10.2010
9 S 1937/10 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)
BVERFG, BESCHLUSS VOM 08.04.2010
1 BVR 2709/09 (NJW 2010, 2268)

Problemdarstellung:

Von den in § 80 II Nr. 1-3 VwGO geregelten Fällen abgesehen entfalten Widerspruch und Anfechtungsklage gegen einen belastenden Verwaltungsakt nach § 80 I VwGO von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung. Die Behörde kann dies nur nach § 80 II Nr. 4 VwGO durch eine Anordnung der sofortigen Vollziehung ändern, benötigt dafür allerdings ein besonderes öffentliches Interesse. Dass dieses besondere Vollzugsinteresse nicht allein damit begründet (§ 80 III VwGO) werden kann, dass der erlassene Verwaltungsakt "offensichtlich rechtmäßig" sei, sollte einleuchten: Sonst könnte schlicht *jeder* Verwaltungsakt mit einer Anordnung der sofortigen Vollziehung versehen werden. Dies hätte zur Folge, dass die Behörden die von Gesetzes wegen vorgesehene Regel des Suspensiveffekts ins Gegenteil verkehren könnten. In der Rspr. ist daher seit langem anerkannt, dass bei § 80 II Nr. 4 VwGO ein besonderes Vollzugsinteresse hinzu kommen muss, das regelmäßig eine besondere Eilbedürftigkeit der Sache voraussetzt.

Obschon dieser Umstand auch in der Exekutive bekannt sein sollte, finden sich immer wieder Fälle, in denen Behörden ihn missachten, wie der nachstehend wiedergegebene Fall des VGH Mannheim zeigt.

Im Anschluss daran ist ein Beschluss des BVerfG abgedruckt, der das Problem aus verfassungsrechtlicher Sicht beleuchtet. Das BVerfG stellt klar, dass die Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 II Nr. 4 VwGO einen eigenen - also vom zu vollziehenden Verwaltungsakt unabhängigen - Grundrechtseingriff darstellt, der nicht zu rechtfertigen und daher verfassungswidrig ist, wenn es an einem besonderen Vollzugsinteresse fehlt. Neben den je nach Einzelfall betroffenen Freiheitsgrundrechten (im Fall: Art. 12 I 1 GG) wird regelmäßig auch eine Verletzung von Art. 19 IV GG vorliegen, weil durch eine unrechtmäßige Anordnung der sofortigen Vollziehung (bzw. den in ihrer Folge entfallenden Suspensiveffekt) der effektive Rechtsschutz beschnitten wird.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidungen sind für alle Klausuren nach § 80 V 1, 2. Fall VwGO wichtig.

A. Wird in der von § 80 III VwGO geforderten Begründung der Anordnung der sofortigen Vollziehung von der Behörde allein auf die Rechtmäßigkeit des sofort zu vollziehenden Verwaltungsakts verwiesen, ist diese Begründung - ganz abgesehen davon, dass sie wie erwähnt unzutreffend ist - floskelhaft, abstrakt und nichtssagend. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung wäre dann schon formell rechtswidrig und infolgedessen aufzuheben.

B. Darüber hinaus wäre die aufschiebende Wirkung umfassen wiederherzustellen, wenn sich über die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts (die - wie der VGH Mannheim anschaulich formuliert, nur ein "Erlassinteresse" begründet) hinaus kein besonderes Vollzugsinteresse feststellen lässt. Endet die (summarische) materielle Begründetheitsprüfung mit dem Ergebnis, dass der streitgegenständliche Verwaltungsakt rechtmäßig ist, muss m.a.W. weiter geprüft werden, ob angesichts besonderer Eile ein besonderes Vollzugsinteresse besteht.

Sollte die summarischer Prüfung allerdings zu dem Ergebnis kommen, dass der streitgegenständliche Verwaltungsakt rechtswidrig ist, bedarf es all dessen nicht: An der Vollziehung eines rechtswidrigen Verwaltungsakts kann es nie ein öffentliches Interesse geben, schon gar nicht ein Besonderes. In diesem Fall ist der Antrag nach § 80 V 1, 2. Fall VwGO daher stets begründet. Das Suspensivinteresse überwiegt, ohne dass es einer weiteren Prüfung bedarf. Man könnte zusammenfassend sagen: "Die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts ist Grundvoraussetzung für eine Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 II Nr. 4 VwGO, rechtfertigt diese allein jedoch nicht; vielmehr muss ein besonderes Vollzugsinteresse in Form einer Eilbedürftigkeit hinzu kommen."

Dass die hier angesprochene Frage auch vor dem BVerfG eine Rolle spielen kann, etwa im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde, verdeutlicht die zweite Entscheidung.

Vertiefungshinweise:

❑ Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 II Nr. 4 VwGO greift selbstständig in Grundrechte ein: *BVerfGK* 2, 89 [93]; *BVerfG*, NJW 2008, 1369

❑ Verweis auf Rechtmäßigkeit des VA genügt nicht als Begründung i.S.d. § 80 III VwGO: *BVerfG*, NJW 2003, 3618; NJW 1977, 892

❑ Widerruf einer Approbation: *OVG Münster*, NJW 2007, 3300 (Arzt); *VGH Mannheim*, NJW 2006, 3371 (Apotheker)

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Ernie der Flitzer"

1. Teil: Entscheidung des VGH Mannheim vom 12.10.2010 (9 S 1937/10)

Leitsatz:

Die im Einzelfall durch die Behörde angeordnete sofortige Vollziehbarkeit setzt ein besonderes öffentliches Interesse gerade am sofortigen, also dringenden Vollzug des Verwaltungsakts voraus. Die offensichtliche Rechtmäßigkeit der Grundverfügung allein kann die Anordnung der sofortigen Vollziehung dagegen nicht tragen.

Sachverhalt:

Die Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts, mit dem die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen die im Widerspruchsbescheid ausgesprochene sofortige Vollziehbarkeit des vom Landratsamt verfügten Widerrufs der Ermächtigung zur Ausstellung von Heimtierausweisen abgelehnt wurde, ist unter Beachtung der Voraussetzungen der §§ 146 Abs. 4 Satz 1, 147 VwGO erhoben und somit zulässig. Sie ist auch begründet, weil der Antragsgegner ausreichende Rechtfertigungsgründe für die Anordnung des Sofortvollzugs nicht dargetan hat.

Aus den Gründen:

A. Kein Entfallen der aufschiebenden Wirkung von Gesetzes wegen

Der Widerruf einer Ermächtigung zur Ausstellung von Heimtierausweisen ist vom Gesetzgeber nicht als typischerweise dringlich eingestuft und mit einem generellen Ausschluss des Suspensiveffekts etwaiger Rechtsmittel nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO versehen worden.

B. Behördliche Anordnung der sofortigen Vollziehung als Ausnahmefall

Für die im Einzelfall mögliche Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit ist daher eine eigenständige Verfügung erforderlich, die gemäß § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO ein besonderes öffentliches Interesse gerade an der sofortigen Vollziehung erfordert.

I. Unterscheidung Erlassinteresse - Vollzugsinteresse

Inhaltlich ist dieses Vollziehungsinteresse nicht nur ein gesteigertes Erlassinteresse, sondern von qualitativ anderer Art. Denn in deutlicher Unterscheidung zu dem öffentlichen Interesse, das den Erlass des Verwaltungsakts rechtfertigt, muss sich das besondere Vollziehungsinteresse gemäß § 80 Abs. 3 Satz 1 VwGO gerade auf den sofortigen, also dringenden Vollzug des Verwaltungsakts beziehen. Bezugspunkt ist insofern die Dimension „Zeit“ und es werden besondere Gründe für die alsbaldige, vor der Entscheidung über das Rechtsmittel erfolgende Verwirklichung des Verwaltungsakts gefordert. Nur diese Eilbedürftigkeit ist in der Lage, die Durchbrechung des vom Gesetzgeber als Regelfall vorgesehenen Suspensiveffekts zu rechtfertigen (vgl. Senatsbeschluss vom 20.07.2010 - 9 S 1355/10 -).

II. Rechtmäßigkeit des VA allein genügt nicht für besonderes Vollzugsinteresse

Die offensichtliche Rechtmäßigkeit der Grundverfügung allein kann die Anordnung der sofortigen Vollziehung dagegen nicht tragen (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 08.04.2010 - 1 BvR 2709/09 -).

Der Regelungsgehalt der auf § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO gestützten Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit ist daher auf den Zwischenzeitraum während des Laufs des gerichtlichen Verfahrens bezogen. Dem Antragsteller wird schon vor rechtskräftiger Entscheidung der Hauptsache die Möglichkeit genommen, seine Berufstätigkeit im Hinblick auf die Ausstellung von Heimtierausweisen weiter auszuüben. Insbesondere angesichts der damit verbundenen grundrechtsrelevanten Belastung, die nach den plausiblen Darlegungen der Beschwerdeschrift mit dem Risiko des dauerhaften Verlustes des Kundenstamms verbunden ist, setzt eine derartige Präventivmaßnahme überwiegende öffentliche Belange voraus, die es rechtfertigen, den Rechtsschutz des Betroffenen zurückzustellen, um unaufschiebbare Maßnahmen in die Wege zu leiten. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung bedarf gemäß § 80 Abs. 3 Satz 1 VwGO daher der besonderen Begründung, aus der hervorgehen muss, dass die weitere Berufstätigkeit schon vor Rechtskraft des Hauptsacheverfahrens konkrete Gefahren für wichtige Gemeinschaftsgüter befürchten lässt.

III. Subsumtion

Diesen Anforderungen wird der Bescheid des Regierungspräsidiums vom 15.09.2009, mit dem die sofortige Vollziehung des vom Landratsamt verfügten Widerrufes angeordnet worden ist, nicht gerecht. Konkrete Gesichtspunkte, aus denen sich eine Wiederholungsgefahr hinsichtlich des dem Antragsteller zur Last gelegten Fehlverhaltens ergeben könnte, sind nicht dargetan. Vielmehr erschöpft sich die Begründung des Sofortvollzuges in der Aussage, dass auch gegenwärtige Verstöße gegen die Pflicht zur ordnungsgemäßen Ausstellung von Heimtierausweisen “nicht auszuschließen” seien. Damit wird aber unmittelbar aus dem Tatbestand eines Widerrufsgrundes auf die besondere Dringlichkeit geschlossen, was weder der Struktur des § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO noch den verfassungsrechtlichen Vorgaben entspricht (vgl. hierzu BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten

Senats vom 08.04.2010 - 1 BvR 2709/09 -). Dies gilt vorliegend um so mehr, als das in Bezug genommene aktuelle Ermittlungsverfahren zwischenzeitlich eingestellt worden ist und die rechtskräftig festgestellten Vergehen fast vier Jahre zurückliegen. [...]

2. Teil: Entscheidung des BVerfG vom 08.04.2010 (NJW 2010, 2268)

Leitsatz (der Redaktion):

Die offensichtliche Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts (hier: Widerrufs einer Approbation wegen nachträglicher Unwürdigkeit) allein genügt nicht, um regelmäßig und ohne Abwägung der widerstreitenden Interessen (hier: Schutz des Vertrauens in die Ärzteschaft einerseits und Berufsfreiheit des Betroffenen andererseits) eine Anordnung der sofortigen Vollziehung treffen zu können.

Sachverhalt:

Die Verfassungsbeschwerde betrifft die sofortige Vollziehung eines Widerrufs der Approbation als Arzt sowie der Rückforderung der Approbationsurkunde.

Der Bf. wurde 1980 als Arzt approbiert und betreibt seit 1988 eine allgemeinärztliche Praxis. Im Jahr 2001 ergaben wegen des Verdachts betrügerischer Abrechnungen geführte Ermittlungen, dass der Bf. unter anderem Patienten ohne medizinische Indikation und ohne Aufklärung geimpft hatte. Im Juli 2008 wurde der Bf. wegen Körperverletzung in 46 Fällen und wegen Betrugs zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten verurteilt. Im Juli 2009 trat er die Strafe an, ab August 2009 führte er seine Praxis als Freigänger.

Mit Bescheid vom 14. 5. 2009 widerrief der Ag. die Approbation des Bf. als Arzt und forderte ihn auf, die Approbationsurkunde in Verwahrung zu geben. Die sofortige Vollziehung der Verfügungen wurde angeordnet. Der Approbationswiderruf erfolge wegen der Unwürdigkeit des Bf. zur Ausübung des ärztlichen Berufs. Die sofortige Vollziehung der Verfügungen werde im öffentlichen Interesse angeordnet. Der Sofortvollzug des Widerrufs einer Approbation wegen Unwürdigkeit erfordere – anders als bei einer Vollzugsanordnung wegen Unzuverlässigkeit – keine Prognose, ob der Betroffene bis zur Rechtskraft des Widerrufs seine Pflichten zuverlässig erfüllen werde, also eine Interimsgefahr von ihm ausgehe. Wegen der Unwürdigkeit des Bf. verbiete sich aus spezialpräventiven Gründen auch vor Art. 12 GG ein Zuwarten.

Das VG Karlsruhe (Beschluss vom 16.7.2009 - 11 K 1455/09) lehnte den Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage ab. Angesichts der Schwere und der Häufigkeit der Taten gehe die Kammer im Ergebnis davon aus, dass eine weitere Berufstätigkeit als Arzt auch nur für einen Übergangszeitraum konkrete Gefahren für wichtige Gemeinschaftsgüter befürchten lasse. Der VGH Mannheim (NJW 2010, 692) wies die Beschwerde zurück. Die hiergegen gerichtete Verfassungsbeschwerde hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Verfassungsbeschwerde ist offensichtlich begründet.

A. Verletzung von Art. 12 I GG

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung durch den Ag. und die gerichtlichen Beschlüsse verletzen den Bf. in seinem Grundrecht auf Berufsfreiheit aus Art. 12 I GG.

I. Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 I GG

Die mit der Aufforderung zur Rückgabe der Approbationsurkunde verbundene Anordnung der sofortigen Vollziehung des Widerrufs der Approbation greift in die Berufsfreiheit des Bf. ein. Die von den Gerichten bestätigte Abweichung von der im Gesetz grundsätzlich vorgesehenen aufschiebenden Wirkung des Rechtsbehelfs (§ 80 I VwGO) stellt einen selbstständigen Eingriff dar (vgl. BVerfGK 2, 89 [93] = NJW 2003, 3618; BVerfG [3. Kammer des Ersten Senats], NJW 2008, 1369). Dem Bf. wird schon vor rechtskräftiger Entscheidung der Hauptsache die Möglichkeit genommen, seine Praxis weiterzuführen sowie den Beruf des Arztes überhaupt auszuüben.

II. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Ein derartiges präventives Berufsverbot ist nur unter strengen Voraussetzungen zur Abwehr konkreter Gefahren für wichtige Gemeinschaftsgüter und unter strikter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit statthaft (vgl. BVerfGE 44, 105 [117ff.] = NJW 1977, 892).

1. Interessenabwägung erforderlich

Die hohe Wahrscheinlichkeit, dass das Hauptsacheverfahren zum Nachteil des Betroffenen ausgehen wird, reicht nicht aus. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung setzt vielmehr voraus, dass überwiegende öffentliche Belange es rechtfertigen, den Rechtsschutzanspruch des Betroffenen gegen die Grundverfügung einstweilen zurückzustellen, um unaufschiebbare Maßnahmen im Interesse des allgemeinen Wohls rechtzeitig in die Wege zu leiten. Ob diese Voraussetzungen gegeben sind, hängt von einer Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalls und insbesondere davon ab, ob eine weitere Berufstätigkeit schon vor Rechtskraft des Hauptsacheverfahrens konkrete Gefahren für wichtige Gemeinschaftsgüter befürchten lässt (vgl. BVerfGE 44, 105 [117f.] = NJW 1977, 892; BVerfGK 2, 89 [94] = NJW 2003, 3618; BVerfG [3. Kammer des Ersten Senats], NJW 2008, 1369 m.w.

Nachw.).

2. Subsumtion

Diesen Anforderungen entsprechen die angegriffenen Entscheidungen nicht in jeder Hinsicht. Weder der Ag. noch die Gerichte haben mit Blick auf die Anordnung der sofortigen Vollziehung eine Abwägung vorgenommen, die dem grundrechtlich geschützten Interesse des Bf. an einer weiteren Berufstätigkeit während des Hauptsacheverfahrens gerecht wird. Soweit die erforderliche gesonderte Verhältnismäßigkeitsprüfung durchgeführt wurde, lassen die angegriffenen Entscheidungen nicht erkennen, dass die Folgen der sofortigen Vollziehung für den Bf. mit dem ihnen von Verfassungs wegen zukommenden Gewicht in die Abwägung eingestellt und gegen das öffentliche Interesse abgewogen wurden.

a. Keine Abwägung durch die Exenkutive

So ist im Bescheid des Ag. zwar festgestellt, die gesonderte Verhältnismäßigkeitsprüfung für den Sofortvollzug des Approbationswiderrufs ergebe, dass die Versagung der aufschiebenden Wirkung einer Klage nicht unverhältnismäßig sei. Die gravierenden, praktisch irreparablen beruflichen Folgen des Sofortvollzugs für den Bf. werden in der nachfolgenden Begründung dieser Feststellung aber nicht erwähnt. Dem Bescheid lässt sich mithin nicht entnehmen, dass sie überhaupt den vom Ag. benannten öffentlichen Belangen an einer sofortigen Vollziehung gegenübergestellt und mit einer der Bedeutung der Berufsfreiheit angemessenen Weise gewichtet wurden.

b. Keine Abwägung durch die Judikative

aa. Verwaltungsgericht

An demselben Mangel leidet die Entscheidung des VG. Zwar erkennt auch das Gericht im Ansatz zutreffend, dass für die Anordnung der sofortigen Vollziehung eine gesonderte Würdigung der Umstände des Einzelfalls erforderlich ist, und stellt die Verhältnismäßigkeit der Anordnung fest. Es führt aber ebenfalls nur die auf der einen Seite in die Abwägung einzustellenden öffentlichen Belange, nicht hingegen die dem gegenüber zu stellenden Vollzugsfolgen für den Bf.auf.

bb. Oberverwaltungsgericht

Der VGH geht schließlich in Verkennung der maßgeblichen Aussagen des Beschlusses der Kammer vom 24. 10. 2003 (BVerfGK 2, 89 = NJW 2003, 3618) davon aus, bereits die offensichtliche Rechtmäßigkeit der Maßnahme (also des Widerrufs) erlaube auch unter Beachtung der Verhältnismäßigkeit ihre sofortige Vollziehung. Das Gegenteil ist nach der genannten Entscheidung der Fall (vgl. BVerfGK 2, 89 [94] = NJW 2003, 3618 unter Hinw. auf BVerfGE 44, 105 [118] = NJW 1977, 892).

Zwar führt der Senat darüber hinaus an, der Sofortvollzug sei auch zum Schutz des Vertrauens in die Ärzteschaft und damit im Interesse eines wichtigen Gemeinschaftsguts geboten. Den verfassungsrechtlichen Maßstäben wird jedoch auch insofern nicht genügt. Eine Abwägung der vom Senat angenommenen Gefahren für das genannte Gemeinschaftsgut mit dem grundrechtlich geschützten Interesse des Bf. unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls findet nicht statt. Soweit die aus dem Sofortvollzug resultierenden Folgen für den Bf. überhaupt Erwähnung finden, geht der VGH vielmehr ausdrücklich davon aus, dass es hierauf nicht ankomme. Diese Verkennung der verfassungsrechtlichen Anforderungen verletzt den Bf. in seinem Grundrecht der Berufsfreiheit. [...]

B. Verletzung von Art. 12 I GG

Zugleich verletzen die beiden gerichtlichen Entscheidungen das Grundrecht des Bf. auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 IV GG.

I. Eingriff in den Schutzbereich

Art. 19 IV GG gewährt nicht nur das formelle Recht und die theoretische Möglichkeit, die Gerichte anzurufen, sondern auch die Effektivität des Rechtsschutzes; der Grundrechtsträger hat einen substanziellen Anspruch auf eine tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle (vgl. BVerfGE 35, 263 [274]; 35, 382 [401f.]; 93, 1 [13]; st. Rspr.). Der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG kommt daher nicht nur die Aufgabe zu, jeden Akt der Exekutive, der in Rechte des Grundrechtsträgers eingreift, vollständig der richterlichen Prüfung zu unterstellen, sondern auch irreparable Entscheidungen, wie sie durch die sofortige Vollziehung einer hoheitlichen Maßnahme eintreten können, soweit als möglich auszuschließen (vgl. BVerfGE 35, 263 [274]). Allerdings können überwiegende öffentliche Belange es rechtfertigen, den Rechtsschutzanspruch des Grundrechtsträgers einstweilen zurückzustellen, um unaufschiebbare Maßnahmen im Interesse des allgemeinen Wohls rechtzeitig in die Wege zu leiten. Dabei ist der Rechtsschutzanspruch umso stärker und darf umso weniger zurückstehen, je schwerwiegender die auferlegte Belastung ist und je mehr die Maßnahmen der Verwaltung Unabänderliches bewirken (vgl. BVerfGE 35, 382 [402]).

II. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Dem werden die gerichtlichen Beschlüsse wegen der unhaltbar begründeten Annahme einer konkreten Gefahr für Gemeinschaftsgüter während der Dauer des Hauptsacheverfahrens und wegen der unzureichenden Abwägung der gegenläufigen Interessen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht gerecht.

Zivilrecht

Standort: Mietrecht — Problem: Betriebskostennachforderung

BGH, URTEIL VOM 12.01.2011
VIII ZR 296/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Kl. sind seit 1987 Mieter einer Wohnung der Bekl. Die Betriebskostenabrechnung des Jahres 2006, die den Kl. von der Bekl. am 06.07.2007 erteilt wurde, wies ein Guthaben zugunsten der Kl. von rund 150 € auf. Dieser Betrag wurde auf die Miete für den Monat August 2007 angerechnet. Danach fiel der Bekl. ein Berechnungsfehler auf. Am 11.12.2007 erteilte sie den Kl. eine korrigierte Abrechnung, nach der das Guthaben nur noch 15 € betrug. Den Differenzbetrag von 135 € zog sie mit der Miete für den Monat Januar 2008 vom Konto der Kl. ein. Die Kl. begehren die Rückzahlung des Differenzbetrages.

Prüfungsrelevanz:

Ein Rückzahlungsanspruch der Kl. hätte sich vorliegend aus § 812 I 1 Var. 1 BGB ergeben können. Dann dürfte kein Rechtsgrund für die Leistung der 135 € bestanden haben. Ein solcher ist aber anzunehmen, wenn die Bekl. ihrerseits einen Anspruch auf Zahlung der 135 € hatte – auch hier kommt § 812 I 1 Var. 1 BGB als Anspruchsgrundlage in Betracht.

Ein Rückzahlungsanspruch der Bekl. besteht dem Grunde nach. Denn die erste Betriebskostenabrechnung vom 06.07.2007 war zwar formell ordnungsgemäß, jedoch materiell unrichtig. Indem sie den Kl. den Differenzbetrag auf die Augustmiete angerechnet hatte, war eine Leistung im bereicherungsrechtlichen Sinn erbracht worden, für die kein Rechtsgrund bestand. Im Kern der Entscheidung steht nun die Frage, ob der Kondiktionsanspruch der Bekl. ausgeschlossen ist.

Ein Ausschluss gem. § 814 BGB greift vorliegend nicht durch. Dieser setzt nämlich die positive Kenntnis von der Nichtschuld voraus; ein „Kennen müssen" schadet selbst dann nicht, wenn es auf grober Fahrlässigkeit beruht (Palandt/Sprau, § 814 Rn. 3). Hier hätte die Bekl. den Berechnungsfehler zwar erkennen können, jedoch kannte sie ihn nicht positiv.

Auch § 556 III 3 BGB hindert den Rückforderungsanspruch der Bekl. nicht, da sie die korrigierte Abrechnung noch innerhalb der Jahresfrist des § 556 III 2 BGB erteilte und somit nicht gem. S. 3 mit einem Kondiktionsanspruch präkludiert war.

Fraglich war aber, ob die vorbehaltlose Anrechnung des Guthabens durch die Bekl. als ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis zu werten ist, das als Kondiktionsausschlussgrund eingreift. Ein Schuldanerkenntnis kann als abstraktes/konstitutives (§§ 780, 781 BGB) oder als deklaratorisches Schuldanerkenntnis (nicht geregelt; §§ 311, 241 BGB) auftreten. Während das abstrakte/konstitutive eine neue, losgelöste Schuld begründet, bestätigt das deklaratorische Anerkenntnis eine bestehende Schuld. Sein Sinn besteht darin, Ungewissheiten über einzelne Inhalte des Schuldverhältnisses oder das Schuldverhältnis im Ganzen zu überwinden (BGH, NJW-RR 2005, 247). Daher stellt es den Inhalt dieses Schuldverhältnisses verbindlich fest und schließt rechtliche und tatsächliche Einwendungen des Schuldners aus (BGHZ 98, 166; BGH, NJW 1983, 1904) – also auch eine Rückforderung gem. § 812 BGB.

Bis zur Reform des Mietrechts wurde überwiegend die Ansicht vertreten, dass die vorbehaltlose Zahlung einer Betriebskostennachforderung durch den Mieter ebenso wie die vorbehaltlose Gewährung eines Guthabens durch den Vermieter ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis darstelle (z.B. Staudinger/Weitemeyer, § 556 Rn. 133). Seit der Einfügung des § 556 III 2, 3 BGB besteht nach Ansicht des Senats für diese Auffassung kein Raum mehr. Denn die vorgenannten Vorschriften erfüllen bereits den Zweck eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses: Sie sollen Unsicherheiten und Zweifel im Zusammenhang mit der Betriebskostenabrechnung jedenfalls binnen Jahresfrist ausräumen (BT-Drs. 14/4553, S. 37). Das bedeutet zwar nicht, dass für die Vereinbarung eines Schuldanerkenntnisses kein Raum mehr bleibt. Jedoch genügt insoweit nicht die vorbehaltlose Zahlung; vielmehr ist eine ausdrückliche Regelung erforderlich.

Somit lag kein die Kondiktion ausschließendes Schuldanerkenntnis vor. Demnach bestand insgesamt ein Rechtsgrund für die Vermögensverschiebung zugunsten der Bekl. Ein Anspruch der Kl. aus § 812 I 1 Var. 1 BGB schied dagegen aus.

Für Examenskandidaten ist auf zweierlei hinzuweisen: Das Mietrecht ist deswegen beachtenswert, weil es ganz regelmäßig die Brücke zwischen einer speziellen Thematik (Betriebskostennachforderung) und allgemeinen Problemen (Bereicherungsrecht; Schuldan-

erkenntnis) schlägt. Das macht entsprechende Entscheidungen für die Prüfungsämter interessant. Die vorliegende Entscheidung verdeutlich außerdem die Bedeutung der Saldotheorie: Ohne, dass es eines entsprechenden Vortrags der Bekl. bedurft hätte, war hier das Vorliegen von Einreden zu prüfen. Und gerade dort liegt die eigentliche Problematik der Entscheidung. Eine Klausurbearbeitung, die nach dem Prüfungspunkt „Ohne Rechtsgrund" zum Ende gekommen wäre, hätte kaum die Chance auf eine ordentliche Bewertung.

Vertiefungshinweise:

❑ Zum Schuldanerkenntnis: *Wellenhofer-Klein*, Jura 2002, 505

❑ Zur vorbehaltlosen Betriebskostennachzahlung: *Milger*, NZM 2009, 497; *Ludley*, NZM 2008, 72

❑ Zur Regelung des § 556 III BGB: *Wolbers*, NZM 2010, 841; *Gies*, NZM 2002, 514

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Computerhandel"

Leitsatz:

Jedenfalls seit der gesetzlichen Einführung der ausschlussbewehrten Abrechnungs- und Einwendungsfristen gemäß § 556 Abs. 3 Satz 2, 3 und Satz 5, 6 BGB durch das Mietrechtsreformgesetz vom 19. Juni 2001 erlauben weder die vorbehaltlose Zahlung einer Betriebskostennachforderung durch den Mieter noch die vorbehaltslose Erstattung eines sich aus der Betriebskostenabrechnung ergebenden Guthabens durch den Vermieter für sich genommen die Annahme eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses, das einer späteren Nach- oder Rückforderung während des Laufs der genannten Fristen entgegensteht (Fortführung von BGH, Urteile vom 18. Januar 2006, VIII ZR 94/05 und vom 11. November 2008, VIII ZR 265/07).

Sachverhalt:

Die Kläger sind seit 1987 Mieter einer Wohnung der Beklagten in G. Der Mietvertrag der Parteien sieht die Umlage der Betriebskosten, darunter Heiz- und Warmwasserkosten, sowie eine hierauf bezogene monatliche Vorauszahlung der Kläger vor. Am 6. Juli 2007 erteilte die Beklagte den Klägern die Betriebskostenabrechnung für den Zeitraum vom 1. Januar bis zum 31. Dezember 2006. Die Betriebskostenabrechnung ergab ein Guthaben der Kläger in Höhe von 185,96 €, wovon 152,60 € auf die Heizkosten entfielen. Dieses Guthaben schrieb die Beklagte am 1. August 2007 dem bei ihr geführten Mietkonto der Kläger gut, rechnete den Betrag auf die fällige Monatsmiete an und zog die demgemäß verringerte Monatsmiete im Lastschriftverfahren aufgrund der von den Klägern erteilten Einzugsermächtigung ein.

Nach Erteilung der Betriebskostenabrechnung fiel der Beklagten ein Abrechnungsfehler auf, der darauf basierte, dass bei der Abrechnung der Heizkosten versehentlich 8.200 Liter Heizöl im Wert von 4.613,32 € nicht berücksichtigt worden waren. Dies teilte die Beklagte den Klägern durch Schreiben vom 11. Dezember 2007 mit und übermittelte ihnen eine korrigierte Abrechnung, aus der sich hinsichtlich der Heizkosten ein Guthaben von nur 14,52 € ergab. Den Differenzbetrag von 138,08 € buchte die Beklagte, wie im vorstehenden Schreiben angekündigt, aufgrund der ihr erteilten Einzugsermächtigung am 1. Januar 2008 vom Girokonto der Kläger ab.

Mit ihrer Klage begehren die Kläger die Rückzahlung des vorgenannten Betrages von 138,08 € und die Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe von 46,41 €. Das Amtsgericht hat die Klage unter Zulassung der Berufung abgewiesen. Die hiergegen eingelegte Berufung der Kläger hat das Landgericht zurückgewiesen. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgen die Kläger ihr Zahlungsbegehren weiter.

Aus den Gründen:

[4] Die Revision hat keinen Erfolg.

A. Ausführungen des Berufungsgerichts

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

[6] Den Klägern stehe kein Anspruch auf Erstattung des abgebuchten Betrages von 138,08 € aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB zu, da die Zahlung mit Rechtsgrund erfolgt sei. Denn der Beklagten habe ihrerseits ein Anspruch auf Rückzahlung dieses Betrages aus § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 BGB zugestanden. Sie habe den Klägern für die Heizkosten 152,60 € aufgrund einer formell ordnungsgemäßen, inhaltlich aber unrichtigen Abrechnung gutgeschrieben. Tatsächlich habe sich das Guthaben der Kläger nur auf 14,52 € belaufen. Die Richtigkeit der ursprünglichen Betriebskostenabrechnung werde von den Klägern ebenso wenig angegriffen wie diejenige der späteren Korrektur. Auch stehe die sich aus dem Mietvertrag ergebende Umlagefähigkeit der Betriebskosten außer Streit. Der Rückforderungsanspruch der Beklagten sei auch nicht gemäß § 814 BGB ausgeschlossen gewesen. Die Beklagte hätte bei Erstellung der ersten Abrechnung und Auszahlung des Guthabens den wahren Sachverhalt zwar erkennen können, sei sich aber über diesen unstreitig nicht positiv bewusst gewesen. Ein Ausschluss des Rückforderungsrechts der Beklagten ergebe sich auch nicht aus § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB. Diese Bestimmung schließe die Nachforderung von

Betriebskosten durch den Vermieter erst nach dem Ablauf der Abrechnungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB aus. Die Abrechnungsfrist sei vorliegend bis zum 31. Dezember 2007 gelaufen, so dass die zuvor erfolgte, den Klägern unstreitig noch vor dem Jahresende 2007 zugegangene Korrektur der Abrechnung rechtzeitig gewesen sei.

[7] Schließlich sei der Rückforderungsanspruch der Beklagten auch nicht gemäß § 397 BGB oder § 781 BGB ausgeschlossen. In der Übersendung der ursprünglichen Betriebskostenabrechnung und der Gutschrift sei weder ein nachfolgende Korrekturen ausschließendes Schuldanerkenntnis noch ein Verzicht auf weitergehende Ansprüche zu sehen. Zwar sei vor der Mietrechtsreform in Rechtsprechung und Literatur ganz überwiegend das Gegenteil vertreten worden und werde zum Teil auch derzeit noch vertreten. Vornehmlich sei dies damit begründet worden, in dem vorbehaltlosen Ausgleich einer Abrechnung sei ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis zu sehen, was nachträgliche Einwendungen jedenfalls insoweit ausschließe, als diese zum Zeitpunkt der Abrechnung hätten berücksichtigt werden können; dies folge aus dem Bedürfnis der Mietvertragsparteien, möglichst schnell Klarheit über die nachzuzahlenden oder zu erstattenden Beträge herzustellen und langwierige, unter Umständen schwierige Nachprüfungen zu vermeiden.

[8] Diese Auffassung sei jedoch durch die mit der Mietrechtsreform erfolgte Einführung der Ausschlussfristen des § 556 Abs. 3 Satz 3, 6 BGB als überholt anzusehen. Zwar seien diese Fristen nicht in dem Sinne als abschließend zu verstehen, dass damit andere, früher eingreifende Ausschlussgründe wie insbesondere Verzicht, Anerkenntnis oder Vergleich generell ausgeschlossen seien; vielmehr bleibe eine ausdrücklich getroffene Vereinbarung im Einzelfall möglich. Da die nunmehr geltenden Ausschlussfristen nach einer angemessenen Abrechnungs- und Überprüfungszeit für beide Seiten Rechtssicherheit gewährleisteten, sei jedoch ein darüber hinausgehendes generelles Bedürfnis des Rechtsverkehrs auf Klarheit vor dem Ende der jeweiligen Frist nicht zu erkennen. Diese Einschätzung stehe im Einklang mit der außerhalb des Mietrechts zu verzeichnenden sehr restriktiven Annahme eines Schuldanerkenntnisses oder eines Verzichts. Wie der vorliegende Fall zeige, sei ein Festhalten an der bisher überwiegenden Auffassung auch nicht im Interesse des Vermieters im Hinblick auf ein mögliches Auseinanderfallen der Fristen gemäß § 556 Abs. 3 Satz 3 und 6 BGB geboten.

B. Entscheidung des BGH

[9] Diese Beurteilung hält revisionsrechtlicher Nachprüfung stand. Die Revision ist daher zurückzuweisen.

[10] Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei einen Anspruch der Kläger auf Rückzahlung des von ihrem Girokonto seitens der Beklagten abgebuchten Betrages von 138,08 € verneint. Der Beklagten stand aufgrund der von ihr innerhalb der laufenden Abrechnungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB vorgenommenen Korrektur der Betriebskostenabrechnung ein Anspruch auf Rückzahlung des genannten Betrages aus ungerechtfertigter Bereicherung zu (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1, Satz 2 Alt. 1 BGB). Dem Rückzahlungsanspruch steht nicht entgegen, dass die Beklagte das gemäß der ursprünglichen Betriebskostenabrechnung zugunsten der Kläger bestehende Guthaben diesen bereits gutgeschrieben hatte; insbesondere ist in dieser vorbehaltlosen Gutschrift kein - mit einem Verzicht auf etwaige weitergehende Ansprüche verbundenes - deklaratorisches Schuldanerkenntnis zu sehen.

I. Korrektur der Abrechnung fristgerecht gem. § 556 BGB

[11] Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die Beklagte berechtigt war, die ursprünglich erteilte Betriebskostenabrechnung zu Lasten der Kläger zu berichtigen.

[13] Innerhalb der Abrechnungsfrist gemäß § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB kann der Vermieter indessen - wie hier der Fall - eine Korrektur der Betriebskostenabrechnung ohne weiteres vornehmen, auch wenn sie zu Lasten des Mieters ausfällt (vgl. Senatsurteil vom 17. November 2004 - VIII ZR 115/04, NJW 2005, 219 unter II 1 b; Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 10. Aufl., § 556 BGB Rn. 397; Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 556 BGB Rn. 143 ff. und 163; Jauernig/Teichmann, BGB, 13. Aufl., § 556 Rn. 5). Nach Ablauf der Abrechnungsfrist ist der Mieter hingegen vor einer Berichtigung der Betriebskostenabrechnung zu seinen Lasten durch § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB weitgehend geschützt (Senatsurteil vom 17. November 2004 - VIII ZR 115/04, aaO).

II. Kein deklaratorisches Schuldanerkenntnis vor dem Hintergrund des § 556 BGB

[14] Ebenfalls zutreffend ist die Beurteilung des Berufungsgerichts, dass die Beklagte trotz der den Klägern bereits erteilten vorbehaltlosen Gutschrift des sich aus der ursprünglichen Betriebskostenabrechnung ergebenden Guthabens berechtigt war, die Betriebskostenabrechnung zu Lasten der Kläger zu ändern, da in dem bloßen Umstand der vorbehaltlosen Gutschrift kein deklaratorisches Schuldanerkenntnis und auch kein Verzicht auf etwaige weitergehende Ansprüche zu sehen ist.

1. Frühere Auffassung

[15] Bis zum Inkrafttreten des Mietrechtsreformgesetzes entsprach es allerdings der überwiegenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur, dass in der vorbehaltlosen Zahlung einer Betriebskostennachfor-

derung durch den Mieter sowie in der - wie hier - vorbehaltlosen Erstattung eines sich aus der Betriebskostenabrechnung ergebenden Guthabens seitens des Vermieters ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis zu sehen sei, das den Saldo verbindlich werden lasse und Rückforderungen des Mieters wie auch des Vermieters ausschließe (vgl. nur Staudinger/Weitemeyer, BGB, Neubearb. 2006, § 556 Rn. 133; Schmidt-Futterer/Langenberg, aaO Rn. 402 ff.; jeweils mwN; vgl. zu den unterschiedlichen Begründungsansätzen innerhalb der genannten Auffassung: Milger, NZM 2009, 497, 498 f. mwN). Hieraus wurde überwiegend gefolgert, dass jede Partei mit nachträglichen Einwendungen ausgeschlossen sei, die bereits bei Rechnungslegung hätten geltend gemacht werden können, was wiederum voraussetze, dass die Partei die Einwendungen gekannt oder zumindest mit ihnen gerechnet habe (Staudinger/Weitemeyer, aaO mwN).

2. Derzeitiger Streitstand

[16] Ein Teil der Literatur hält an dieser Auffassung auch nach dem Inkrafttreten des Mietrechtsreformgesetzes fest (vgl. Staudinger/Weitemeyer, aaO Rn. 134; Schmidt-Futterer/Langenberg, aaO Rn. 408 ff.; Palandt/Weidenkaff, BGB, 70. Aufl., § 556 Rn. 13; Erman/Jendrek, BGB, 12. Aufl., § 556 Rn. 14), während ein anderer Teil die Ansicht vertritt, diese Auffassung lasse sich insbesondere wegen der dem Mieter nunmehr zustehenden Einwendungsfrist gemäß § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB und der in § 556 Abs. 4 BGB enthaltenen Bestimmung, wonach eine abweichende Regelung zum Nachteil des Mieters unwirksam ist, nicht mehr aufrechterhalten (vgl. MünchKomm-BGB/Schmid, 5. Aufl., § 556 Rn. 102 f.; Soergel/Heintzmann, BGB, 13. Aufl., § 556 Rn. 31; Schmid in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 5. Aufl., § 556 Rn. 53; jeweils mwN; Sternel, ZMR 2001, 937, 940; im Grundsatz ebenso Blank/Börstinghaus, aaO Rn. 159; Jauernig/Teichmann, aaO Rn. 6; Bamberger/Roth/Ehlert, BGB, 2. Aufl., § 556 Rn. 71).

3. Stellungnahme des Senats

[18] Der Vorzug gebührt der Auffassung, wonach jedenfalls seit der gesetzlichen Einführung der ausschlussbewehrten Abrechnungs- und Einwendungsfristen gemäß § 556 Abs. 3 Satz 2, 3 und Satz 5, 6 BGB kein Raum mehr für die Annahme ist, in der vorbehaltlosen Zahlung einer sich aus einer Betriebskostenabrechnung ergebenden Nachforderung allein oder in der - wie hier - bloßen vorbehaltlosen Auszahlung oder Gutschrift eines aus einer Betriebskostenabrechnung folgenden Guthabens sei ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis zu sehen.

[19] Die Abrechnungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB und der durch § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB angeordnete Ausschluss von Nachforderungen nach Fristablauf dienen der Abrechnungssicherheit und sollen Streit vermeiden (BT-Drucks. 14/4553, S. 37). Sie gewährleisten eine zeitnahe Abrechnung, damit der Mieter in einem überschaubaren zeitlichen Zusammenhang mit dem Abrechnungszeitraum entweder über ein sich bei der Abrechnung zu seinen Gunsten ergebendes Guthaben verfügen kann oder Gewissheit darüber erlangt, ob und in welcher Höhe er mit einer Nachforderung des Vermieters rechnen muss (Senatsurteile vom 17. November 2004 - VIII ZR 115/04, aaO; vom 18. Januar 2006 - VIII ZR 94/05, aaO Rn. 13; vom 5. Juli 2006 - VIII ZR 220/05, NJW 2006, 3350 Rn. 17; vom 12. Dezember 2007 - VIII ZR 190/06, NJW 2008, 1150 Rn. 13).

[20] Ebenso dienen die auf Anregung des Bundesrates im Interesse der Ausgewogenheit in das Mietrechtsreformgesetz aufgenommene Frist für Einwendungen des Mieters gegen die Betriebskostenabrechnung (§ 556 Abs. 3 Satz 5 BGB) und der durch § 556 Abs. 3 Satz 6 BGB auch insoweit angeordnete Einwendungsausschluss nach Fristablauf zugleich der Rechtssicherheit, da dadurch in absehbarer Zeit nach einer Betriebskostenabrechnung Klarheit über die wechselseitig geltend gemachten Ansprüche besteht (vgl. BT-Drucks. 14/5663, S. 79; vgl. auch Schmidt-Futterer/Langenberg, aaO Rn. 409).

[21] Durch die gesetzlichen Regelungen ist damit umfassend gewährleistet, dass die Mietvertragsparteien nach überschaubarer Zeit Klarheit über ihre Verpflichtungen aus einem abgeschlossenen Abrechnungszeitraum erlangen. Ein Erfordernis für die Annahme eines bereits in einer vorbehaltlosen Zahlung oder einer vorbehaltlosen Gutschrift zu sehenden deklaratorischen Schuldanerkenntnisses besteht deshalb jedenfalls nach derzeitiger Rechtslage nicht mehr.

Standort: Deliktsrecht Problem: Schmerzensgeld/Schadensersatz

OLG SAARBRÜCKEN, URTEIL VOM 02.08.2010
5 U 492/09 (NJW-RR 2011, 109)

Problemdarstellung:

Der Kl. und der Bekl. sind Mitglieder der „Alte-Herren-Fußballmannschaften" des SV S und des SV H. Bei einem Aufeinandertreffen der beiden Mannschaften im Juli 2005 grätschte der Bekl. dem Kl. in die Beine, wobei der genaue Geschehensablauf und insbesondere die Stellung des Bekl. zum Kl. und zum Spielball streitig geblieben sind. Dieses Verhalten qualifizierten die Parteien und der Schiedsrichter als Foulspiel. Letzterer verwies den Bekl. des Spielfeldes, indem er ihm die Gelb-Rote-Karte zeigte. Der Kl. erlitt eine Rippenfraktur, sowie Thorax- und Schienbeinprellungen. Er begehrt Schadensersatz und Schmerzensgeld.

Prüfungsrelevanz:

Das Urteil ist aus zwei Gründen für Examenskandidaten interessant: Zum einen neigen die Prüfungsämter dazu, lebensnahe Entscheidungen wie die vorliegende als Examensklausur umzusetzen. Zum anderen zeigt der Senat die Anforderungen an die grobe Fahrlässigkeit i.S.d. § 276 II BGB auf, die selten näher beleuchtet werden. Als alleiniges Thema einer Klausur eignet sich das Urteil zwar nicht; die Problematik sollte aber beachtet werden.

Als Anspruchsgrundlage kam (in Ermangelung einer vertraglichen Verbindung der Parteien) nur ein deliktischer Schadensersatzanspruch in Frage. Der Senat diskutiert bloß den Anspruch aus § 823 I BGB – denkbar wäre aber auch ein solcher aus § 823 II BGB i.Vm. § 229 StGB gewesen. Letztendlich kann die exakte Anspruchsgrundlage dahinstehen, da jedenfalls die Voraussetzungen eines deliktischen Schadensersatzanspruches nicht vorlagen. Denn hinsichtlich des schuldhaften Verhaltens des Bekl. war der Kl. beweisfällig geblieben (Auch i.R.v. § 823 II BGB ist die Prüfung des Verschuldens erforderlich, dies sogar dann, wenn der Verstoß gegen das Schutzgesetz kein Verschulden erfordert. Sofern das Schutzgesetz in fahrlässiger Weise verletzt werden kann, gilt der objektive Fahrlässigkeitsmaßstab des BGB, Palandt/Sprau § 823 Rn. 60; BeckOK/Spindler, § 823 Rn. 164 m.w.N.).

Da die Teilnehmer eines Fußballspieles sich einvernehmlich den erhöhten Gefahren gegenseitiger Körperverletzungen aussetzen, hält der Senat eine stillschweigende Haftungsbeschränkung für angebracht: Demnach kommt eine deliktische Haftung des Verursachers einer Körperverletzung nur bei einem objektiven Regelverstoß in Betracht, der als grob fahrlässiges Verhalten i.S.d. § 276 II BGB einzustufen ist. Zwar lag hier ein objektiver Regelverstoß vor, denn der Bekl. hatte ein Foulspiel begangen und war dafür des Platzes verwiesen worden. Doch konnte dies nicht als grob fahrlässig eingestuft werden. Hierfür müsste ein objektiv schwerer und subjektiv nicht entschuldbarer Verstoß gegen die Anforderungen an die verkehrsübliche Sorgfalt vorliegen (das entspricht auch der gängigen Definition der Rechtsprechung, wonach grob fahrlässig handelt, wer außer Acht lässt, „was jedem hätte einleuchten müssen", BGH, NJW-RR 1989, 339 und 2002, 1108; NJW 1988, 1265; NJW 1984, 789 [790]). Jedenfalls die subjektive Komponente war dem Bekl. jedoch nicht nachzuweisen. Denn nach der Beweisaufnahme erschien zumindest denkbar, dass der Bekl. in der fraglichen Spielsituation noch die Chance hatte, den Ball zu erreichen. Damit konnte sein Verhalten allenfalls einen einfachen fahrlässigen Regelverstoß begründen. Dieser kann aufgrund der Haftungsbeschränkung aber keine Schadensersatzpflicht auslösen. Denn auch in einem Freundschaftsspiel im Amateur- oder „Alte Herren"-Bereich muss mit einer energischen Spielweise gerechnet werden.

Diese Annahme setzt sich auch in der Beweislastverteilung fort. Entsprechend des allgemeinen Grundsatzes blieb der Kl. vorliegend für die anspruchsbegründenden Tatbestandsvoraussetzungen beweispflichtig. Spielraum für eine Beweiserleichterung, die der Kl. für diese Situation gefordert hatte, sieht der Senat nicht. Denn eine solche wäre mit den Eigenarten des Fußballsportes und der einvernehmlichen (Selbst-)Gefährdung nicht vereinbar.

Vertiefungshinweise:

❑ Zu stillschweigenden Haftungsbeschränkungen: *BGH*, NJW 2009, 1482 (beim PKW-Mietvertrag); *OLG Brandenburg*, NJW-RR 2010, 538 (bei Motorradfahrt); *OLG Karlsruhe*, NJW-RR 2004, 1257 (bei Segelregatta)

❑ Zur subjektiven Vorwerfbarkeit i.R.d. groben Fahrlässigkeit: *BGH*, NJW 2001, 2092; NJW 1992, 2418; NJW 1986, 2838; NJW 1985, 2648; NJW 1953, 1139

❑ Grundsätzliches zur Beweislast im Zivilprozess: *Schmidt*, JuS 2003, 1007

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Guter Tropfen im Kanal"

❑ *Examenskurs:* "Der unglückliche Verkehrsunfall"

Leitsatz:

Hat ein Spieler beim Fußballspiel einer Altherren-

mannschaft einen gegnerischen Spieler durch Hineingrätschen in dessen Lauf zu Fall gebracht und verletzt und damit objektiv regelwidrig und rechtswidrig gehandelt, so hängt seine Haftung auf Schadensersatz davon ab, ob ihm Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist. Für einfache Fahrlässigkeit ist von einem stillschweigenden Haftungsausschluss auszugehen.

Sachverhalt:

Der Kläger nimmt den Beklagten auf Zahlung von Schmerzensgeld und Schadensersatz wegen einer Verletzung in Anspruch, die dieser ihm anlässlich eines Fußballspiels am 16.7.2005 zufügt hatte, an dem die Parteien als Mitspieler in gegnerischen Mannschaften teilgenommen hatten.

Dabei handelte es sich um ein Freundschaftsspiel der „Alte-Herren-Mannschaften" des SV S. und des SV H.. Der streitgegenständliche Vorfall, den beide Parteien als sogenanntes Foulspiel des Beklagten qualifizieren, ereignete sich unter im Einzelnen umstrittenen Umständen im Strafraum der Mannschaft des Beklagten. Unstreitig ist, dass der Ball dem Kläger von einem Mitspieler zugespielt wurde und der Beklagte in die Beine des Klägers hineingrätschte. Daraufhin zeigte der Schiedsrichter dem Beklagten, dem zuvor schon die Gelbe Karte gezeigt worden war, die Gelb/Rote Karte und verwies diesen des Spielfeldes. Am Abend wurde der Kläger zum Ausschluss einer Rippenfraktur in das Kreiskrankenhaus nach Ottweiler verbracht, wo eine Thoraxprellung und eine Schienbeinprellung diagnostiziert wurden.

Der Kläger verlangt Schmerzensgeld in einer vom Gericht zu bestimmenden Höhe sowie sonstigen Schadensersatz in Höhe von 2.500 €. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Aus den Gründen:

[20] Die Berufung des Klägers hat keinen Erfolg. Ihm stehen wegen der ihm durch den Beklagten bei einem Fußballspiel am 16.7.2005 unstreitig zugefügten Verletzungen keine Schmerzensgeld- und Schadensersatzansprüche zu. Abgesehen davon, dass er einen materiellen Schaden nicht im Ansatz dargelegt hat, scheitert ein allein in Betracht kommender deliktischer Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB schon daran, dass dem Beklagten eine stillschweigend zwischen den Teilnehmern des Fußballspiels vereinbarte Haftungsbeschränkung auf vorsätzliches und grob fahrlässiges Verhalten zugute kommt und dem Kläger der Nachweis eines solchen Verhaltens des Beklagten nicht gelungen ist.

A. Ausgangssituation: Einvernehmliche (Selbst-)Gefährdung

[21] Die Haftung für bei einem sportlichen Wettkampf zugefügte Verletzungen muss dem Umstand Rechnung tragen, dass die Teilnehmer einvernehmlich mit körperlichem Einsatz ein Kampfspiel gegeneinander austragen, das selbst bei Einhaltung der Regeln des sportlichen Wettkampfs oder bei geringen Regelverstößen eine erhöhte Gefahr gegenseitiger Verletzungen in sich birgt (vgl. BGH, Urt. v. 5.11.1974 – VI ZR 100/73 – VersR 1975, 137 = BGHZ 63, 140). Der Bundesgerichtshof hat deshalb unter Hinweis auf § 242 BGB den Grundsatz aufgestellt, dass eine Haftung für solche Verletzungen ausgeschlossen ist, die sich ein Sportler bei einem regelgerechten und dem bei jeder Sportausübung zu beachtenden Fairnessgebot entsprechenden Einsatz seines Gegners zuzieht, weil derartige bewusst eingegangene Gefahren von jedem Teilnehmer in Kauf genommen würden. Dabei hat er dahingestellt sein lassen, ob die Inkaufnahme der dem jeweiligen Kampfsport immanenten Risiken als „Handeln auf eigene Gefahr" oder als „sozial-adäquate Verhaltensweise" anzusehen sei und damit bereits die Tatbestandsmäßigkeit oder doch die Rechtswidrigkeit des § 823 Abs. 1 BGB ausschließe (vgl. auch Fritzweiler in Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 2. Aufl., S. 407 f.; Deutsch, VersR 1974, 1045; Zimmermann, VersR 1980, 497 jeweils zu den hierzu vertretenen Auffassungen). Jedenfalls müsse die Teilnahme eines Sportlers an einem solchen Kampfspiel, das - wie der Fußballwettkampf - nach bestimmten, für jeden Mitspieler verbindlichen Regeln geführt wird, rechtlich dahin verstanden werden, dass er selbst sich auf diese Regeln einlässt und bei regelkonformem Verhalten keine Schadensersatzansprüche wegen dennoch eingetretener Verletzungen erheben wird (vgl. BGH, Urt. v. 5.11.1974 – VI ZR 100/73 – VersR 1975, 137 = BGHZ 63, 140; Urt. v. 5.11.1974 – VI ZR 125/73 - zitiert nach juris; Urt. v. 10.2.1976 – VI ZR 32/74 – VersR 1976, 591; Urt. v. 1.4.2003 – VI ZR 321/02 – VersR 2003, 775; Urt. v. 27.10.2009 – VI ZR 296/08 – ZfSch 2010 133; ebenso OLG Hamm, NJW-RR 2005, 1477; OLG Celle, VersR 2009, 1236; Staudinger/Schiemann, BGB, 2005, § 254, Rdn. 66, der dies als eine Frage des Mitverschuldens gemäß § 254 BGB ansieht). Die Haftung setzt deshalb nach gefestigter Rechtsprechung immer die Feststellung eines Regelverstoßes voraus.

B. Vorliegen eines Regelverstoßes als grob fahrlässiges Verhalten i.S.d. § 276 II BGB

I. Regelverstoß und Rechtsgutverletzung (i.S.v. § 823 I BGB)

[22] Dass der Beklagte einen (objektiven) Regelverstoß begangen und dadurch die – wenn auch ihrer Schwere nach umstrittene – Körperverletzung des Klägers verursacht hat, ist erwiesen. Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass der Beklagte in die Laufrichtung des Klägers hineingrätschte, dem der Ball

von einem Mitspieler zugespielt worden war, und dabei statt des Balls das Bein des Klägers traf. Dies stellt einen Verstoß gegen die erste Alternative der Regel 12 – Treten des Gegners - der auch für Freundschaftsspiele geltenden Fußball-Regeln des Deutschen Fußballbundes für 2005/2006 (vgl. Fritzweiler in Fritzweiler/Pfister/Summerer, aaO., S. 429), aber auch gegen das für jeden sportlichen Wettkampf geltende Fairnessgebot dar, der auch von dem Beklagten selbst eingeräumt wird.

II. Rechtswidrigkeit

[23] Aufgrund dieses Regelverstoßes ist - nicht nur auf der Grundlage der Lehre vom Erfolgsunrecht, sondern auch auf der Grundlage der Lehre vom Handlungsunrecht (vgl. MünchKommBGB/Wagner, 5. Aufl., § 823, Rdn. 4 ff. zur Darstellung des Streitstandes) – auch von der Rechtswidrigkeit der Verletzung des Körpers des Klägers auszugehen. Die Spielregeln, nach denen die Sportmannschaften antreten, dienen zwar in erster Linie dazu, die Eigenheiten des Spiels zu prägen, den Spielfluss und die Chancengleichheit zu gewährleisten und einen Ausgleich für regelwidrig erlangte Vorteile zu schaffen. Die für Fußballverbandsspiele geltenden Fußballregeln des Deutschen Fußballbundes enthalten aber auch Regeln dazu, welche Handlungen zum Schutz der Spieler vor Verletzungen nicht erlaubt sind. Auch wenn es sich dabei nicht um Rechtsnormen handelt, so können sie doch jedenfalls Aufschluss darüber geben, was als spielordnungsgemäßes Verhalten anzusehen ist (vgl. BGH, Urt. v. 5.11.1974 – VI ZR 100/73 – VersR 1975, 137; Spindler in BeckOK BGB, Stand: 1.10.2007, § 823, Rdn. 394).

III. Verschulden

[24] Eine Schadensersatzverpflichtung aus § 823 Abs. 1 BGB setzt aber weiter voraus, dass dem Schädiger Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorgeworfen werden kann. Allerdings greift zugunsten des Beklagten ein Haftungsausschluss für leichte und mittlere Fahrlässigkeit ein. Den Nachweis vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Verhaltens hat der insoweit darlegungs- und beweisverpflichtete (vgl. BGH, Urt. v. Urt. v. 5.11.1974 – VI ZR 100/73 – VersR 1975, 137; Urt. v. 5.11.1974 - VI ZR 125/73 – zitiert nach juris; OLG Celle, VersR 2009, 1236) Kläger nicht zu erbringen vermocht.

1. Stillschweigende Haftungsbeschränkung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit

[25] Wegen der Besonderheiten des Wettkampfsports führt nach gefestigter Rechtsprechung nicht jede, nach objektiven Maßstäben als fahrlässig einzuordnende Verletzung eines Mitspielers zu einer Haftung des Schädigers aus § 823 Abs. 1 BGB (vgl. BGH, Urt. v. 1.2.1976 – VI ZR 32/74 – VersR 1976, 591; OLG Stuttgart, NJW-RR 2000, 1043; OLG Hamm, NJW-RR 2005, 1477). Die erfolgreiche Teilnahme an einem Kampfspiel wie dem Fußballspiel setzt ein hohes Maß an physischer und psychischer Kraft, an Schnelligkeit, Geschicklichkeit und körperlichem Einsatz voraus. Die Hektik und Schnelligkeit des Spiels verlangt den Teilnehmern ab, oftmals im Bruchteil einer Sekunde Chancen abzuwägen, Risiken einzugehen und die im Einzelfall hiermit notwendigerweise verbundene Härte an den Tag zu legen. Dass diese Besonderheiten des Wettkampfsports die erhöhte Gefahr begründen, dass durch Fehleinschätzungen oder im Spieleifer Regelverstöße geschehen, liegt auf der Hand. Würde jeder dieser Regelverstöße die Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB für hierdurch verursachte Verletzungen auslösen, so wäre die Teilnahme an einem solchen Wettkampfsport mit einem vernünftigerweise nicht hinnehmbaren Haftungsrisiko verbunden.

[26] Dieser Umstand rechtfertigt die Annahme einer stillschweigenden Haftungsbeschränkung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. Das Bestehen eines ungewöhnlich hohen Haftungsrisikos bietet hier deshalb einen hinreichenden Anhaltspunkt für einen entsprechenden Parteiwillen, weil es alle Teilnehmer gleichermaßen trifft (vgl. BGH, Urt. v. 10.2.2009 – VI ZR 28/08 – NJW 2009, 1482, der die stillschweigende Vereinbarung einer Haftungsminderung bei einem alle Parteien eines Rechtsverhältnisses gleichermaßen treffenden Haftungsrisiko – vereinbarungsgemäße gemeinsame Anmietung und abwechselndes Führen eines Fahrzeugs bei einer gemeinsam geplanten und durchgeführten Reise – aus dem Gesichtspunkt einer Gefahrgemeinschaft ableitet). Da jeder Mitspieler aus einer Spielsituation ebenso gut als Anspruchsteller wie als Anspruchsgegner einer Schädigungshandlung hervorgehen kann, liegt eine Begrenzung des Haftungsrisikos im Interesse aller Mitspieler. Wenn diese im Bewusstsein der Risikolage und der aufgrund der Eigenart des Spiels erhöhten Verletzungsgefahr einvernehmlich an dem Spiel teilnehmen, so wollen sie sich nicht wegen der Folgen einer durch leichte Fahrlässigkeit verursachten Verletzung eines Mitspielers unter Umständen Existenz bedrohenden Schadensersatzansprüchen ausgesetzt sehen. Auf der Grundlage dieses übereinstimmenden Willens der Spielteilnehmer kann eine stillschweigende Beschränkung der Haftung auf vorsätzliche und grob fahrlässige Regelverstöße angenommen werden (ebenso Seybold/Wendt in Anm. zu OLG Celle, VersR 2009, 1236; im Ergebnis auch BGH, Urt. v. 1.2.1976 – VI ZR 32/74 – VersR 1976, 591; OLG Stuttgart, NJW-RR 2000, 1043; OLG Hamm, NJW-RR 2005, 1477; Fleischer, VersR 1999, 785; Deutsch, VersR 1974, 1045; Weisemann/Spieker, Sport, Spiel und Recht, 2. Aufl., Rdn. 101, die eine Haftungsbeschränkung dogmatisch allerdings mit einer Differenzierung

der Anforderungen begründen, die an die im Verkehr erforderliche Sorgfalt i.S.d. § 276 Abs. 2 BGB zu stellen sind).

[27] Grobe Fahrlässigkeit setzt anerkanntermaßen einen objektiv schweren und subjektiv nicht entschuldbaren Verstoß gegen die Anforderungen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt voraus. Diese muss in ungewöhnlich hohem Maße verletzt und es muss dasjenige unbeachtet geblieben sein, was im gegebenen Fall jedem hätte einleuchten müssen. Dabei rechtfertigt ein objektiv grober Pflichtenverstoß für sich allein noch nicht den Schluss auf ein entsprechend gesteigertes persönliches Verschulden, nur weil ein solches häufig damit einhergeht. Ein entsprechender Verschuldensvorwurf ist vielmehr nur dann gerechtfertigt, wenn eine auch subjektiv schlechthin unentschuldbare Pflichtverletzung vorliegt, die das in § 276 Abs. 2 BGB bestimmte Maß erheblich überschreitet (vgl. vgl. BGH, Beschl. v. 11.5.2010 – IX ZB 167/09 – zitiert nach juris; Urt. v. 10.2.2009 – VI ZR 28/08 – NJW 2009, 1482 jew. m.w.N.; Senat, Urt. v. 10.3.1999 – 5 U 767/98 – ZfS 1999, 291).

2. Subsumtion: Keine subjektiv unentschuldbare Pflichtverletzung

[28] Der Nachweis für ein vorsätzliches oder in dem beschriebenen Sinne grob fahrlässiges Verhalten des Beklagten ist indes nicht erbracht.

[33] (…) Ausgehend davon, dass es in der Eigenart des Fußballspiels liegt, dass sich Spieler in der blitzschnell zu treffenden Beurteilung der Spielsituation und der Möglichkeit, den Ball noch zu erreichen, verschätzen und Entscheidungen treffen, die sich nachträglich als falsch erweisen können, lässt auch diese Schilderung den Rückschluss auf ein grob fahrlässiges Verhalten des Beklagten nicht zu, weil sich jedenfalls eine subjektiv schlechthin unentschuldbare Pflichtverletzung nicht feststellen lässt. Für diese Beurteilung spricht insbesondere auch, dass der Zeuge L. trotz seiner Wahrnehmung und Einschätzung der Spielsituation nicht daran zweifelte, dass der Beklagte versucht habe, den Ball zu erreichen. Auch in einem Freundschaftsspiel im Amateurbereich, sogar im „Alte-Herren-Bereich“, muss ein Spieler damit rechnen, dass er auf „energische und bissige“ Verteidiger trifft, als welchen der Zeuge D. den Beklagten beschrieben hat (Bl. 73 d.A.). Konkrete Anhaltspunkte, dass dessen Spielweise über ein energisches und möglicherweise auch verbissenes Vorgehen hinausgegangen wäre, sind nicht nachgewiesen.

C. Keine Beweiserleichterungen zugunsten des Kl.

[34] Der Kläger kann sich auch nicht darauf berufen, das Landgericht habe zu seinen Gunsten Beweiserleichterungen in Betracht ziehen müssen.

[35] Die Beweislast für die schuldhafte Begehung einer unerlaubten Handlung trägt grundsätzlich der Verletzte (vgl. Palandt/Sprau, BGB, 68. Aufl., § 823, Rdn. 80). Nichts anderes gilt für Verletzungshandlungen bei Sportwettkämpfen, insbesondere kann dort nicht in Anwendung der Grundsätze der Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen dem jeweiligen Angreifer die Beweislast für regelgerechtes Verhalten und fehlendes Verschulden auferlegt werden.

[36] Eine solche Beweislastverteilung würde die oben erörterten Besonderheiten des Wettkampfspiels außer acht lassen, das von Angriff und Verteidigung und jeweils blitzschnellem Rollenwechsel der Spieler gekennzeichnet ist. Der Bundesgerichtshof hat deshalb angenommen, dass die Inkaufnahme des Risikos, beim Spiel trotz Einhaltung der Regeln verletzt zu werden, auch die Übernahme des Risikos einschließt, im Streitfall den Regelverstoß nicht beweisen zu können. Eine Beweislast des Angreifenden würde diesen von einem Angriff auf den Ball abhalten, der doch gerade Aufgabe jedes Spielers ist (vgl. BGH, Urt. v. 5.11.1974 – VI ZR 100/73 - VersR 1975, 137; VI ZR 125/73 - zitiert nach juris). Soll die Eigenart des Fußballspiels als Kampf- und Angriffssport erhalten bleiben, so kann nichts anderes für die Frage gelten, ob der Regelverstoß schuldhaft begangen wurde.

Standort: Schuldrecht Problem: Unmöglichkeit

BGH, URTEIL VOM 13.01.2011
III ZR 87/10 (BISLANG UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der (geschäftsfähige) Bekl. ließ sich von der Kl., die selbständiges „Life Coaching" anbietet, am Telefon zu beruflichen und privaten Lebensfragen Karten legen. Hierfür zahlte er im Jahr 2008 insgesamt mehr als 35.000 €. Für die im Januar 2009 erbrachten Leistungen begehrt die Kl. Zahlung von 6.700 €.

Prüfungsrelevanz:

Das Berufungsgericht hatte sich auf den Standpunkt gestellt, dass die von der Kl. versprochene Leistung gem. § 275 I BGB objektiv unmöglich ist und somit ihr Vergütungsanspruch gem. § 326 I 1 BGB entfalle. Denn das Leistungsversprechen stütze sich auf magische, übernatürliche Kräfte, die nicht beweisbar seien und daher objektive Unmöglichkeit begründeten (Palandt/Grüneberg, § 275 Rn. 14).

Der Annahme der Unmöglichkeit stellt sich auch der Senat nicht entgegen.

Jedoch führt dies nicht automatisch zur Rechtsfolge des § 326 I 1 BGB und damit zum Entfall des Vergütungsanspruchs. Vielmehr ist § 326 I 1 BGB individualvertraglich abdingbar, mit der Rechtsfolge des § 326 II BGB, also mit dem Erhalt des Gegenanspruchs trotz Unmöglichkeit der Leistungserbringung. Das Vorliegen einer solchen Abrede dürfte nach den Ausführungen des Senats naheliegen, da den Parteien bewusst war, dass eine übernatürliche Leistung versprochen worden war und sie damit den Boden wissenschaftlich gesicherter Erkenntnisse verließen. Ob zwischen den Parteien eine solche Abrede getroffen worden war, hatte das Berufungsgericht nicht festgestellt und kann auch vom Senat nicht ermittelt werden. Die Sache war daher zur erneuten Entscheidung zurückzuverweisen.

Der Senat weist allerdings daraufhin, dass – was das Berufungsgericht aus seiner Sicht zutreffend vernachlässigt hatte – eine Sittenwidrigkeit des Vertragsverhältnisses gem. § 138 BGB in Betracht kommt. Angesichts der Tatsache, dass die Nachfrage des Kartenlesens eine Leichtgläubigkeit oder sogar psychische Labilität des Kunden voraussetzt, dürfen nach Ansicht des BGH keine allzu hohen Anforderungen an die Sittenwidrigkeit gestellt werden.

Für Examenskandidaten sollte die Erkenntnis der Abdingbarkeit des § 326 I 1 BGB interessant sein. Die Disponibilität einer Rechtsnorm stellt im Schuldrecht zwar keine Besonderheit dar; jedoch war immerhin die Vorgängervorschrift § 306 BGB a.F. nicht abdingbar.

Auch wenn der Senat hier dogmatisch korrekt argumentiert, dürfte das (vom Berufungsgericht zu ermittelnde) Ergebnis kaum auf einen Zahlungsanspruch der Kl. hinauslaufen. Denn eine Schieflage zwischen Leistung und Gegenleistung wie im vorliegenden Fall hat der BGH noch selten toleriert, was die Rechtsprechung zu Gebrauchtwagenhändlern und Maklern eindrucksvoll unterstreicht.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Unmöglichkeit bei Leistungsversprechen übernatürlichen Inhalts: *OLG Düsseldorf*, NJW 2009, 789 [791]; *LG Augsburg*, NJW-RR 2004, 272; *AG Grevenbroich*, NJW-RR 1999, 133; *LG Mannheim*, NJW 1993, 1488, 1489; *LG Kassel*, NJW-RR 1988, 1517 und NJW 1985, 1642

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Grundfälle zur Unmöglichkeit"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Die auf übernatürliche, "magische" Kräfte gestützte Leistung ist objektiv unmöglich gem. § 275 I BGB. Dies führt jedoch nicht automatisch zum Entfall der Gegenleistungspflicht gem. § 326 I 1 BGB; zu prüfen ist vielmehr, ob eine individualvertragliche Abrede zwischen den Parteien vorliegt, die als anspruchserhaltende Sonderregelung i.S.d. § 326 II BGB fungiert. Das kann der Fall sein, wenn den Parteien die Übernatürlichkeit der versprochenen Leistung bewusst ist.

2. An die Sittenwidrigkeit eines Vertrages, der übernatürliche, "magische" Leistungsversprechen zum Inhalt hat, sind keine überzogenen Anforderungen zu stellen.

Sachverhalt:

Die Parteien streiten um die Zahlung einer Vergütung für Lebensberatung in Verbindung mit Kartenlegen. Die Klägerin ist als Selbständige mit Gewerbeanmeldung tätig und bietet Lebensberatung ("Life Coaching") insbesondere durch Kartenlegen an. In einer durch Beziehungsprobleme ausgelösten Lebenskrise stieß der Beklagte im September 2007 im Internet auf die Klägerin. In der Folgezeit legte die Klägerin dem Beklagten am Telefon in vielen Fällen zu verschiedenen - privaten und beruflichen - Lebensfragen die Karten und erteilte Ratschläge. Hierfür zahlte der Beklagte im Jahr 2008 mehr als 35.000 €. Für im Januar 2009 erbrachten Leistungen verlangt die Klägerin mit ihrer Klage Zahlung von 6.723,50 €.

Das Landgericht hat die Klage als unbegründet abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung ist ohne Erfolg geblieben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter.

Aus den Gründen:

[4] Die Revision der Klägerin führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

A. Ausführungen des Berufungsgerichts

[5] Das Berufungsgericht (BeckRS 2010, 13190) hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

[6] Zwischen den Parteien sei ein Vertragsverhältnis zu Stande gekommen, das als Dienstvertrag zu qualifizieren sei. Nach der vertraglichen Abrede sei die Klägerin verpflichtet gewesen, den Beklagten gestützt auf Erkenntnisse über die Zukunft, die sie beim Kartenlegen gewinnt, in Lebensfragen zu beraten und ihm durch ihre (übernatürlichen, "magischen") Kräfte zu helfen. Da das Leistungsversprechen der Klägerin - anders als eine bloße Lebensberatung - auf die Wirkung magischer Kräfte gestützt und somit auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichtet sei, stehe ihr gemäß § 326 Abs. 1, § 275 Abs. 1 BGB keine Vergütung zu. Eine Abgrenzung von bloßen Beratungsleistungen ohne Bezug zu den versprochenen magischen Kräften könne nicht vorgenommen werden, zumal die Beratung des Beklagten durch die Klägerin eine durchgängige Verknüpfung mit dem Kartenlegen aufgewiesen habe. Ob der Vertrag zwischen den Parteien gemäß § 138 BGB nichtig sei, bedürfe hiernach keiner Entscheidung.

B. Entscheidung des BGH

[7] Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand.

I. Versprochene Leistung objektiv unmöglich

[9] Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht angenommen, dass die von der Klägerin versprochene Leistung objektiv unmöglich ist. Ginge es im vorliegenden Rechtsstreit also nur um die Frage, ob der Beklagte die von der Klägerin versprochene Leistung verlangen könnte, wäre ein entsprechender Anspruch zu verneinen. Denn nach § 275 Abs. 1 BGB ist der Anspruch auf Leistung ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist.

1. Anforderungen an die Unmöglichkeit beim Versprechen parapsychologischer Leistungen

[10] Eine Leistung ist objektiv unmöglich und kann deshalb nicht verlangt oder gar erzwungen werden (§ 275 Abs. 1 BGB), wenn sie nach den Naturgesetzen oder nach dem Stand der Erkenntnis von Wissenschaft und Technik schlechthin nicht erbracht werden kann. So liegt es beim Versprechen des Einsatzes übernatürlicher, "magischer" oder parapsychologischer Kräfte und Fähigkeiten (s. OLG Düsseldorf, NJW 2009, 789, 791; Palandt/Grüneberg, BGB, 69. Aufl., § 275 Rn. 14; Bamberger/Roth/Unberath, BGB, 2. Aufl., § 275 Rn. 22 mit dortiger Fn. 14; differenzierend danach, ob die Leistung als solche oder ein erhoffter Erfolg geschuldet wird: Erman/Westermann, BGB, 12. Aufl., § 275 Rn. 5). Es ist für den Bereich des Rechts allgemein anerkannt und offenkundig, dass die Existenz magischer oder parapsychologischer Kräfte und Fähigkeiten nicht beweisbar ist, sondern lediglich dem Glauben oder Aberglauben, der Vorstellung oder dem Wahn angehört; diese Kräfte und Fähigkeiten können, als nicht in der wissenschaftlichen Erkenntnis und Erfahrung des Lebens begründet, vom Richter nicht als Quelle realer Wirkungen anerkannt werden, sondern sind in rechtlicher Beziehung nicht als Mittel zur Herbeiführung irgendwelcher Veränderung in der Welt des Tatsächlichen anzusehen (s. schon RGSt 33, 321, 322 f und im Anschluss hieran: BGH, Beschluss vom 21. Februar 1978 - 1 StR 624/77, NJW 1978, 1207; AG Grevenbroich aaO; LG Mannheim aaO; LG Kassel, NJW 1985, 1642). Unter das Versprechen einer Leistung durch Gebrauch übernatürlicher, magischer Kräfte und Fähigkeiten fällt auch das Kartenlegen im Sinne einer Wahrsagepraktik, aus Spielkarten Auskunft über verborgene oder zukünftige Dinge sowie Ratschläge zu erhalten (vgl. OLG Düsseldorf aaO S. 789 und 791).

[11] Hiervon abzugrenzen sind Fälle, in denen es allein um die Erbringung allgemeiner Lebensberatung geht oder tatsächlich nicht der Einsatz magischer Kräfte und Fähigkeiten, sondern nur eine jahrmarktähnliche Unterhaltung erwartet und geschuldet wird (s. dazu LG Ingolstadt, NStZ-RR 2005, 313, 314; LG Mannheim aaO). Maßgeblich ist insofern - ebenso wie für die Frage, ob die Verpflichtung zur Erstellung eines Horoskops auf die Erbringung einer objektiv unmöglichen Leistung gerichtet ist oder nicht (s. dazu einerseits OLG Düsseldorf, NJW 1953, 1553; AG Grevenbroich aaO; andererseits LG Ingolstadt aaO) - die Auslegung der Vereinbarung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere auch der Höhe der verabredeten Vergütung, und wie sich hiernach der jeweilige konkrete Inhalt der versprochenen Leistung darstellt (§§ 133, 157 BGB).

2. Subsumtion

[12] Gemessen an diesen Maßstäben ist das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei von einer Leistung ausgegangen, die objektiv unmöglich ist.

[13] Es hat festgestellt, dass sich die Klägerin dazu verpflichtet habe, den Beklagten gestützt auf Erkenntnisse über die Zukunft, die sie beim Kartenlegen ge-

winnt, in Lebensfragen privater oder beruflicher Art zu beraten und ihm durch Einsatz magischer Kräfte zu helfen.

[14] Diese Würdigung, die vom Revisionsgericht lediglich darauf hin zu überprüfen ist, ob Verstöße gegen gesetzliche Auslegungsregeln, Verfahrensvorschriften oder anerkannte Denkgesetze und Erfahrungssätze vorliegen und sich der Tatrichter mit dem Verfahrensstoff umfassend und widerspruchsfrei auseinander gesetzt hat, hält den Angriffen der Revision stand. Dass es den Parteien nicht lediglich um eine allgemeine Lebensberatung, sondern um den Einsatz übernatürlicher, magischer Kräfte und Fähigkeiten, vor allem durch das Kartenlegen, ging, hat das Berufungsgericht aus den unstreitigen, gerade auch von der Klägerin selbst so vorgetragenen, Umständen der Entstehung und des Verlaufs der Geschäftsbeziehung der Parteien hergeleitet. Danach wandte sich der Beklagte, nachdem er in eine schwere Lebenskrise geraten war und Dienste von Schamanen und Wahrsagern in Anspruch genommen hatte, an die Klägerin in der Erwartung, auch von ihr unter Einsatz übernatürlicher, magischer Kräfte und Fähigkeiten Hilfe und Unterstützung zu erlangen. Die Klägerin erklärte ihm, dass sie davon gehört habe, dass Dinge, die sie vorhersagt, auch eintreffen. Die von der Klägerin geleistete Tätigkeit, für die der Beklagte im Jahr 2008 mehr als 35.000 € Entgelt entrichtete, bestand zu mindestens 85 % aus Kartenlegen, wobei nach Angaben der Klägerin aus den Karten bestimmte "(Richtungs-)Tendenzen" gesehen werden könnten und insgesamt eine „esoterische Dienstleistung“ erbracht werden sollte. Unter diesen Umständen kam dem Kartenlegen entgegen dem Vorbringen der Revision nicht nur die Funktion eines "Aufhängers" für die nachfolgenden Beratungsgespräche zu. Vielmehr stellte dies nach der nicht zu beanstandenden Würdigung des Berufungsgerichts eine wesentliche Grundlage für die Ratschläge der Klägerin an den Beklagten dar. Darüber hinaus versprach die Klägerin den Einsatz ihrer „Energie“, um den Beklagten bei seiner Partnersuche zu unterstützen; auch ein "Code" beziehungsweise ein "Ritual" mit Kerzen sollten die Situation des Beklagten beeinflussen. Dieses über eine bloß beratende Hilfestellung deutlich hinausgehende Leistungsbild findet seine Entsprechung in der hohen Vergütung, die der Beklagte an die Klägerin zahlte.

II. Jedoch kein automatischer Entfall der Gegenleistungspflicht gem. § 326 BGB

[15] Aus dem Umstand, dass ein Anspruch auf die versprochene Leistung wegen objektiver Unmöglichkeit ausgeschlossen wäre (§ 275 Abs. 1 BGB), folgt jedoch nicht zwingend, dass der Vergütungsanspruch der Klägerin für die von ihr vorgenommene Tätigkeit nach § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB entfällt.

1. Abdingbarkeit des § 326 I 1 BGB

[16] Anders als nach § 306 BGB a.F. ist ein Vertrag, der auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichtet ist, zivilrechtlich nicht allein aus diesem Grund nichtig. Zutreffend macht die Revision weiter darauf aufmerksam, dass § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB durch Individualvereinbarung abbedungen werden kann (s. Palandt/Grüneberg aaO § 326 Rn. 6; Bamberger/Roth/Grothe, BGB, 2. Aufl., § 326 Rn. 12; MünchKommBGB/Ernst, 5. Aufl., § 326 Rn. 111 ff). So verhält es sich im Ergebnis - mit der Folge der Anwendbarkeit von § 326 Abs. 2 BGB - auch, wenn der Gläubiger nach der vertraglichen Risikoverteilung ausdrücklich oder stillschweigend die Gefahr für ein bestimmtes Leistungshindernis übernommen hat und sich dieses Leistungshindernis verwirklicht (vgl. dazu Senatsurteil vom 18. Oktober 2001 - III ZR 265/00, NJW 2002, 595; BGH, Urteil vom 26. Oktober 1979 - V ZR 58/76, NJW 1980, 700; Palandt/Grüneberg aaO § 326 Rn. 9; Grothe aaO § 326 Rn. 14; Ernst aaO § 326 Rn. 63; Erman/Westermann aaO § 326 Rn. 13).

[17] Danach können Vertragsparteien im Rahmen der Vertragsfreiheit und in Anerkennung ihrer Selbstverantwortung wirksam vereinbaren, dass eine Partei sich - gegen Entgelt - dazu verpflichtet, Leistungen zu erbringen, deren Grundlagen und Wirkungen nach den Erkenntnissen der Wissenschaft und Technik nicht erweislich sind, sondern nur einer inneren Überzeugung, einem dahingehenden Glauben oder einer irrationalen, für Dritte nicht nachvollziehbaren Haltung entsprechen. Dies gilt im Hinblick auf § 611 Abs. 2 BGB insbesondere für dienstvertragliche Leistungen, und zwar auch für solche, mit denen eine wie auch immer geartete Lebensberatung verbunden ist. "Erkauft" sich jemand derartige (Dienst-)Leistungen im Bewusstsein darüber, dass die Geeignetheit und Tauglichkeit dieser Leistungen zur Erreichung des von ihm gewünschten Erfolgs rational nicht erklärbar ist, so würde es Inhalt und Zweck des Vertrags sowie den Motiven und Vorstellungen der Parteien widersprechen, den Vergütungsanspruch des Dienstverpflichteten mit der Begründung zu verneinen, der Dienstverpflichtete sei nicht in der Lage nachzuweisen, tatsächlich mittels Einsatzes magischer oder übersinnlicher Kräfte bestimmte Voraussagen machen oder auf die Willensbildung Dritter Einfluss nehmen zu können.

2. Abbedingung muss im vorliegenden Fall festgestellt werden

[18] Mangels gegenteiliger Feststellungen des Berufungsgerichts ist vorliegend von Folgendem auszugehen: Auch wenn die - geschäftsfähigen - Parteien darauf vertrauten, dass magische Kräfte existieren und über die Klägerin für den Beklagten nutzbar gemacht werden konnten, so war ihnen doch bewusst, dass sie mit dem Abschluss des Vertrags den Boden wissen-

schaftlich gesicherter Erfahrungen verließen und sich auf die Ebene eines vernunftmäßig nicht mehr begründbaren und verifizierbaren Vertrauens in übersinnliche Erkenntnis- und Beeinflussungsmöglichkeiten begaben; die Klägerin sollte mit dem vereinbarten Einsatz magischer Fähigkeiten eine Leistung erbringen, die nach dem Stand der Wissenschaft und Technik schlechthin nicht erbracht werden konnte. Wenn sich der Beklagte bei dieser Sachlage gleichwohl entschloss, der Klägerin für das Kartenlegen ein Entgelt zu versprechen - und diese Leistungen über einen längeren Zeitraum auch tatsächlich in Anspruch genommen und vergütet hat -, so liegt die Annahme nicht fern, dass die Klägerin nach dem Willen der Parteien die vereinbarte Vergütung ungeachtet des Umstands beanspruchen konnte, dass die "Tauglichkeit" der erbrachten Leistung rational nicht nachweisbar ist.

[19] Dabei ist zu beachten, dass die Annahme einer wirksamen Vergütungsvereinbarung nicht voraussetzt, dass sich die Parteien darüber im Klaren waren, dass der Klägerin nach den Maßstäben des § 326 Abs. 1 Satz 1 und des § 275 Abs. 1 BGB von Rechts wegen keine Vergütung zustand. Eine Willenserklärung ist zwar eine Äußerung, die auf die Herbeiführung eines rechtsgeschäftlichen Erfolgs gerichtet ist. Ein solcher Rechtsfolgewille setzt aber nicht voraus, dass der Erklärende eine ins Einzelne gehende Vorstellung über die rechtstechnische Herbeiführung des angestrebten wirtschaftlichen Erfolgs hat. Es genügt vielmehr, dass dieser als rechtlich gesichert und anerkannt gewollt ist (BGH, Urteil vom 24. Mai 1993 - II ZR 73/92, NJW 1993, 2100).

III. Zurückverweisung und Hinweis auf mögliche Sittenwidrigkeit

[20] Da sich das Berufungsgericht mit der Möglichkeit einer Vergütungspflicht trotz Vorliegens einer nach wissenschaftlichen Erkenntnissen unmöglichen Leistung nicht befasst hat, ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, um die notwendigen Feststellungen zu treffen.

[21] Das Berufungsgericht wird gegebenenfalls auch die von ihm angesprochene, aber - von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig - offen gelassene Frage zu beantworten haben, ob die Vereinbarung der Parteien nach § 138 BGB nichtig ist. In diesem Zusammenhang darf nicht verkannt werden, dass sich viele der Dienstberechtigten, die einen Vertrag mit dem vorliegenden oder einem ähnlichen Inhalt abschließen, in einer schwierigen Lebenssituation befinden oder es sich bei ihnen um leichtgläubige, unerfahrene oder psychisch labile Personen handelt. Daher dürfen in solchen Fällen keine allzu hohen Anforderungen an einen Verstoß gegen die guten Sitten im Sinne des § 138 Abs. 1 BGB gestellt werden (vgl. Gesetzentwurf der Fraktionen der SPD und Bündnis 90/Die Grünen zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drucks. 14/6040 S. 164).

Standort: Familienrecht — Problem: Zugewinnausgleich

BGH, URTEIL VOM 06.10.2010
XII ZR 10/09 (NJW-RR 2011, 73)

Problemdarstellung:

Die Kl. verlangt vom Bekl. Zugewinnausgleich gem. § 1378 BGB. Die Ehe der Parteien wurde am 30.08.2005 rechtskräftig geschieden. Die Parteien, die beide über kein Anfangsvermögen verfügten, waren zu je ½ Miteigentümer einer Eigentumswohnung. Deren Wert belief sich zum maßgeblichen Zeitpunkt auf ca. 300.000 €, wobei die auf der Immobilie lastenden Verbindlichkeiten, für die die Parteien als Gesamtschuldner hafteten, diesen Betrag um rund 60.000 € überstiegen. Die Wohnung wurde nach Zustellung des Scheidungsantrages verkauft. Danach löste der Bekl. die Verbindlichkeiten ab. Zuvor hatte die Kl. dem Bekl. schriftlich bestätigt, dass diesem im Falle der Ablösung eine Ausgleichsforderung nach § 426 BGB zustehe.

Das Endvermögen der Kl. war – ohne Berücksichtigung der Immobilie und der hiermit verbundenen Verbindlichkeiten – negativ. Das Endvermögen des Bekl. beläuft sich bei gleicher Betrachtungsweise auf ca. 122.000 €.

Auf die vorprozessuale Forderung der Kl. nach Zugewinnausgleich hat der Bekl. insgesamt 23.000 € geleistet, mit einem unstreitigen Anspruch über 15.000 € und mit einem weiteren Anspruch über 30.000 € aufgerechnet. Letzteren Anspruch begründet er mit der Ausgleichsforderung aus § 426 BGB (= ½ der Verbindlichkeiten in Höhe von 60.000 €).

Die Kl. meint, ihr stünde eine weitere Zugewinnausgleichsforderung in Höhe von 30.000 € zu. Das Wohnungseigentum und die Verbindlichkeiten seien alleine im Endvermögen des Bekl. als Aktiva bzw. Passiva anzusetzen, da sie die Belastungen nicht habe ausgleichen können. Eine Aufrechnung mit dem Ausgleichsanspruch sei also nicht möglich.

Die Instanzgerichte haben die Klage abgewiesen; die Revision hat keinen Erfolg.

Prüfungsrelevanz:

Die nicht ganz unkomplizierte Entscheidung beschäftigt sich mit der Kollision eines gesamtschuldnerisch-

en Ausgleichsanspruchs aus § 426 BGB und eines solchen Ausgleichsanspruchs aus Zugewinngemeinschaft gem. § 1378 BGB.

A. Gesamtschuldnerschaft vs. eheliche Lebensgemeinschaft:

Gem. § 426 I 1 BGB haften die Gesamtschuldner zu gleichen Teilen, soweit nicht ein anderes bestimmt ist. Für die gemeinsamen Schulden von rund 360.000 € haften die Parteien vorliegend also grundsätzlich zu je 50 %. Während des Bestehens der Ehe wird diese Haftungsverteilung allerdings nicht effektiv, sondern von den Besonderheiten der ehelichen Lebensgemeinschaft überlagert. Hier erbringt regelmäßig der solventere Ehegatte den überwiegenden oder alleinigen Teil des Schuldenabbaus. Insofern ist „ein anderes" i.S.d. § 426 I 1 BGB bestimmt.

Mit dem Scheitern der Ehe ändern sich die Umstände jedoch und der Grund für die frühere Haftungsverteilung entfällt regelmäßig – wenn nicht wiederum besondere Umstände eintreten, wie z.B. die alleinige Nutzung der ehelichen Wohnung von einem Partner. Liegen aber keine besonderen Umstände vor, so leben die gesamtschuldnerischen Ausgleichsansprüche auf und sind auch in die Berechnung des Endvermögens im Rahmen des Zugewinnausgleichs einzustellen. Demnach waren hier zum einen die volle Verbindlichkeit und zum anderen der hälftige Ausgleichsanspruch gegen den anderen Ehegatten im Endvermögen der Parteien zu berücksichtigen.

B. Berechnung des Zugewinnausgleichsanspruchs:

Nach § 1378 BGB schuldet derjenige Ehegatte, der den höheren Zugewinn erwirtschaftet hat, dem anderen Ehegatten die Hälfte des Überschusses als Ausgleich. Zugewinn ist gem. § 1373 BGB der Betrag, um den das Endvermögen das Anfangsvermögen übersteigt.

Beide Parteien verfügten vorliegend über kein Anfangsvermögen. Zur Berechnung des Zugewinns kommt es daher allein auf ihr Endvermögen an. Wie bereits erwähnt, ist bei beiden Ehepartner sowohl die volle Verbindlichkeit als auch der hälftige Ausgleichsanspruch anzusetzen. Rechnerisch bedeutet das, dass als Gesamtschuldner haftende Ehegatten, die gemeinsamen Verbindlichkeiten mit der Quote ansetzen können, die im Innenverhältnis auf sie entfällt – hier je 50 % (so schon BGH, FamRZ 1983, 757 [759] und FamRZ 2008, 602).

Hier stellte sich allerdings die Frage, wie sich die Tatsache auswirkt, dass die wirtschaftliche Realisierbarkeit des Ausgleichsanspruchs des Bekl. gegen die Kl. zweifelhaft sein könnte. Denn immerhin hatte die Kl. – auch ohne Berücksichtigung der Immobilie und der Verbindlichkeiten – ein negatives Endvermögen. Nach Ansicht des Senats ist die Forderung des Bekl. aus § 426 BGB gleichwohl werthaltig, da die Kl. jedenfalls unter Berücksichtigung des Zugewinnausgleichsanspruchs in der Lage war, die Forderung zu erfüllen (hier: Erfüllung durch Aufrechnung des Bekl.). Die Ausgleichsforderung kann also in die Berechnung des Zugewinns eingestellt werden, wenn der Schuldner (die Kl.) in absehbarer Zeit ausreichend solvent sein wird.

Damit ergab sich für die Kl. kein weiterer Zahlungsanspruch, da der Bekl. durch Zahlung und Aufrechnung bereits mehr geleistet hatte, als der Kl. gem. § 1378 BGB zustand.

Vertiefungshinweise:

❑ Zum Zugewinnausgleich im Allgemeinen: *BGH*, NJW 2006, 1268 (neben gesellschaftsrechtlichen Ansprüchen); NJW 2004, 1321; NJW 1987, 1764 (bei Tod des Ehegatten im Scheidungsverfahren) und 2814 (Berücksichtigung von Schenkungen); *Körner*, JuS 2007, 661 (Referendarexamensklausur); *von Koppenfels-Spies/Gerds*, JuS 2009, 726 (Referendarexamensklausur)

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Das junge Glück"

❑ *Examenskurs:* "Geschenkt"

Leitsatz:

Ist im Rahmen des Zugewinnausgleichs eine Gesamtschuld der Ehegatten zu berücksichtigen, für die sie im Innenverhältnis anteilig haften, so kommt es für die Ermittlung des jeweiligen Endvermögens darauf an, ob die Ausgleichsforderung nach § 426 BGB realisierbar ist. Das ist auch dann der Fall, wenn ein Ehegatte erst aufgrund des Zugewinnausgleichs imstande ist, die interne Ausgleichsforderung zu erfüllen.

Sachverhalt:

Die Parteien streiten um Zugewinnausgleich.

Die Ehe der Parteien wurde auf den am 8. Oktober 2003 zugestellten Antrag der Klägerin am 30. August 2005 rechtskräftig geschieden. Die Parteien, die beide nicht über Anfangsvermögen verfügten, waren zu je 1/2 Miteigentümer einer Eigentumswohnung. Der Wert der Immobilie belief sich zum 8. Oktober 2003 auf 304.000 €; zu diesem Betrag wurde das Wohnungseigentum nach dem Stichtag veräußert. Die auf der Immobilie lastenden Verbindlichkeiten, für die die Parteien als Gesamtschuldner hafteten, überstiegen den Verkaufserlös um 62.090,52 €. Der Beklagte löste die Verbindlichkeiten nach dem 8. Oktober 2003 ab. Zuvor hatte die Klägerin ihm auf Anfrage bestätigt, dass im Fall der Ablösung eine Ausgleichsforde-

rung des Beklagten nach § 426 BGB bestehe.
Das Endvermögen der Klägerin setzt sich - ohne Berücksichtigung der Immobilie und der darauf lastenden Verbindlichkeiten - aus einem Aktivvermögen von (mindestens) 11.683,38 € und Passiva von 28.962,32 € zusammen und war damit negativ. Das Endvermögen des Beklagten beläuft sich - wiederum ohne Einbeziehung des Wohnungseigentums und der hierfür eingegangenen Verbindlichkeiten - auf (mindestens) 155.456,92 € (Aktiva: 165.194,16 €; Passiva: 9.737,24 €) abzüglich eines am 8. Oktober 2003 bestehenden Unterhaltsrückstands von 1.818,18 €.
Auf den vorprozessual in Höhe von 45.000 € geltend gemachten Zugewinnausgleichsanspruch der Klägerin hat der Beklagte 6.000 € gezahlt und mit notarieller Urkunde anerkannt, weitere 11.000 € zu schulden. Insoweit hat er sich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen. Ferner hat der Beklagte mit unstreitigen Forderungen in Höhe von insgesamt 15.300 € sowie mit einer Forderung von 31.045,26 € (1/2 der von ihm abgelösten, durch den Verkaufserlös der Immobilie nicht gedeckten Verbindlichkeiten von insgesamt 62.090,52 €) aufgerechnet.
Mit ihrer Klage hat die Klägerin in erster Instanz die Zahlung eines weiteren Zugewinnausgleichs in Höhe von 32.000 € sowie die Erstattung vorprozessual entstandener Anwaltskosten - jeweils zuzüglich Zinsen - verlangt. Sie hat die Ansicht vertreten, das Wohnungseigentum und die dieses betreffenden Verbindlichkeiten seien allein im Endvermögen des Beklagten als Aktivposten bzw. als Passiva zu berücksichtigen. Da sie die Belastungen nicht habe ausgleichen können, sei bei ihr auch die Hälfte der Verbindlichkeiten nicht anzusetzen. Im Übrigen könne nur so ein für sie angemessenes Ergebnis erzielt werden.
Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin, mit der sie ihren Zugewinnausgleichsanspruch in Höhe von 14.383,20 € zuzüglich Zinsen weiterverfolgt hat, ist zurückgewiesen worden. Dagegen richtet sich die zugelassene Revision der Klägerin.

Aus den Gründen:
[7] Die Revision ist nicht begründet.

A. Ausführungen des Berufungsgerichts
[8] Das Kammergericht, dessen Entscheidung in FamRZ 2009, 1327 veröffentlicht ist, hat die Auffassung vertreten, der der Klägerin zustehende Zugewinnausgleichsanspruch sei durch Zahlung, notarielles Anerkenntnis und Aufrechnung erloschen.

B. Entscheidung des BGH
[13] Gegen diese Ausführungen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

I. Güterrechtliche Vorschriften verdrängen nicht den Gesamtschuldnerausgleich
[16] Das Berufungsgericht hat zu Recht angenommen, dass die güterrechtlichen Vorschriften über den Zugewinnausgleich den Gesamtschuldnerausgleich nicht verdrängen, und zwar unabhängig davon, ob die Leistung eines gesamtschuldnerisch haftenden Ehegatten vor oder nach Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens erbracht worden ist. Denn bei richtiger Handhabung der güterrechtlichen Vorschriften vermag der Gesamtschuldnerausgleich das Ergebnis des Zugewinnausgleichs nicht zu verfälschen. Die Tilgung der Gesamtschuld durch einen der haftenden Ehegatten bewirkt im Regelfall keine Veränderung der für die Ermittlung des Zugewinns maßgeblichen Endvermögen, wenn die Gesamtschuld wirtschaftlich zutreffend, d.h. unter Beachtung des gesamtschuldnerischen Ausgleichs, in die Vermögensbilanz eingestellt wird (st. Rspr. s. BGHZ 87, 265, 273 = FamRZ 1983, 795, 797; Senatsurteile vom 30. September 1987 - IVb ZR 94/86 - FamRZ 1987, 1239, 1240; vom 27. April 1988 - IVb ZR 55/87 - FamRZ 1988, 920, 921 und vom 13. Juli 1988 - IVb ZR 96/87 - FamRZ 1988, 1031). Das wird erkennbar, wenn sich der Ausgleich der Gesamtschuldner nach der gesetzlichen Regel des § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB vollzieht. Soweit bei Zustellung des Scheidungsantrags als Stichtag für die Berechnung des Endvermögens (§ 1384 BGB) gemeinsame Verbindlichkeiten der Ehegatten noch nicht getilgt sind, ist im Endvermögen beider Ehegatten jeweils die noch bestehende Gesamtschuld in voller Höhe als Passivposten zu berücksichtigen. Demgegenüber ist - die Durchsetzbarkeit vorausgesetzt - der jeweilige Ausgleichsanspruch gegen den anderen Ehegatten, der die Befriedigung des Gläubigers nicht voraussetzt, als Aktivposten anzusetzen. Im Ergebnis hat das regelmäßig zur Folge, dass Ehegatten, die als Gesamtschuldner haften, die gemeinsamen Verbindlichkeiten bei ihrem Endvermögen jeweils nur mit der Quote ansetzen können, die im Innenverhältnis auf sie entfällt (BGHZ 87, 265, 273 f. = FamRZ 1983, 795, 797; Senatsurteil vom 9. Januar 2008 - XII ZR 184/05 - FamRZ 2008, 602 Rn. 16).

II. Gesamtschuldnerische Haftung unter Berücksichtigung der Tatsache, dass Ehe gescheitert ist
[17] Vorrangig ist deshalb, in welchem Verhältnis die Parteien die Darlehensschulden im Innenverhältnis zu tragen haben. Nach § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB haften Gesamtschuldner zu gleichen Anteilen, wenn nicht ein anderes bestimmt ist. Eine abweichende Bestimmung kann sich aus dem Gesetz, einer Vereinbarung, dem Inhalt und Zweck des Rechtsverhältnisses oder der Natur der Sache, mithin aus der besonderen Gestaltung des tatsächlichen Geschehens ergeben (Senatsurteil vom 9. Januar 2008 - XII ZR 184/05 - FamRZ

2008, 602 Rn. 6 mwN).

1. Scheitern der Ehe lässt früheren Grund der Haftungsverteilung entfallen

[20] Mit dem Scheitern der Ehe haben sich die für die jeweiligen Leistungen maßgeblichen Umstände aber geändert; der Grund für die frühere Handhabung ist damit entfallen. Denn nach Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft besteht im Allgemeinen kein Anlass mehr für einen Ehegatten, dem anderen eine weitere Vermögensmehrung zukommen zu lassen, weil das Gegenseitigkeitsverhältnis, in dem die beiderseitigen Beiträge zur gemeinsamen Lebensführung gestanden haben, aufgehoben ist. Es müssen deshalb andere Umstände aufgezeigt werden, um eine anteilige Haftung desjenigen Ehegatten, der die Zahlungen nicht erbracht hat, für die - hier allein maßgebliche - Zeit nach Erhebung der Scheidungsklage auszuschließen (BGHZ 87, 265, 270 = FamRZ 1983, 795, 796; Senatsurteile vom 9. Januar 2008 - XII ZR 184/05 - FamRZ 2008, 602 Rn. 6 und vom 26. September 2007 - XII ZR 90/05 - FamRZ 2007, 1975 Rn. 13).

[21] Solche Umstände hat das Berufungsgericht nicht festgestellt, ohne dass die Revision hiergegen etwas erinnert. (…)

2. Haftung zu gleichen Teilen

[23] Es ist deshalb nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht im Hinblick auf die bestehende Miteigentumsgemeinschaft mangels anderweitiger Bestimmung davon ausgegangen ist, dass die Parteien nach dem Scheitern der Ehe, jedenfalls aber von der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens an, entsprechend ihren Miteigentumsanteilen, also zu je 1/2, im Innenverhältnis für die die Immobilie betreffenden Verbindlichkeiten aufzukommen haben. Dass ein Gesamtschuldner zum internen Ausgleich finanziell nicht in der Lage ist, stellt keinen ausreichenden Grund dar, ihn von der Mithaftung im Innenverhältnis freizustellen (BGHZ 87, 265, 268 = FamRZ 1983, 795, 796; Wever, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts 5. Aufl. Rn. 295).

III. Endvermögen der Parteien

[24] Das Endvermögen der Parteien ist unter Berücksichtigung der Gesamtschuld danach wie folgt zu errechnen:

1. Endvermögen der Kl.

[25] Bei der Klägerin ergibt sich unter Einbeziehung des hälftigen Werts des Wohnungseigentums und der Gesamtschuld ein negatives Endvermögen. Da die Durchsetzbarkeit eines ihr gegen den Beklagten zustehenden Ausgleichsanspruchs nach § 426 Abs. 2 Satz 1 BGB nicht zweifelhaft ist, kann die Gesamtschuld mit der Quote von 1/2 angesetzt werden, die im Innenverhältnis auf die Klägerin entfällt (vgl. 3. a) und d)). Ihre Aktiva betragen dann (ohne Berücksichtigung der Unterhaltsforderung) 163.683,38 € (unstreitige Vermögenswerte: 11.683,38 € + Wert des Wohnungseigentums: 152.000 €). Die Passiva belaufen sich demgegenüber - wie vom Berufungsgericht errechnet - auf 212.007,58 €.

2. Endvermögen des Bekl.

a) Berücksichtigung des Wohnungseigentums und der Verbindlichkeiten

[27] Das Endvermögen des Beklagten kann ebenfalls in der Weise ermittelt werden, dass zum einen der hälftige Wert des Wohnungseigentums als Aktivposten und zum anderen die im Innenverhältnis von ihm zu tragende hälftige Gesamtschuld als Passivposten angesetzt wird. Zwar ist eine Gesamtschuld an sich im Endvermögen beider Ehegatten in voller Höhe als Passivposten in die Ausgleichsbilanz einzustellen, weil beide im Außenverhältnis jeweils voll haften. Da der gegen den anderen Ehegatten gerichtete interne Ausgleichsanspruch aber zugleich als Aktivposten in die Berechnung einzubeziehen ist, kann sich die Berechnung im Ergebnis auf den Abzug der Gesamtschuld in Höhe der eigenen Haftungsquote (hier: 1/2) beschränken.

b) Berücksichtigung der Ausgleichsforderung, wenn realisierbar

[28] Gegen diese (verkürzte) Berechnungsart bestehen dann keine Bedenken, wenn der interne Ausgleichsanspruch gegen den anderen Ehegatten durchsetzbar ist (so auch Gernhuber JZ 1996, 696, 697 Fn. 6). Denn in diesem Fall braucht der Ehegatte die Gesamtschuld nicht in voller Höhe, sondern nur insoweit zu tilgen, als es seinem Haftungsanteil im Innenverhältnis entspricht. Ist dagegen absehbar, dass die Ausgleichsforderung nach § 426 Abs. 2 Satz 1 BGB dauerhaft uneinbringlich ist, so ist sie - wie alle uneinbringlichen Forderungen - wirtschaftlich wertlos und deshalb im Endvermögen des Ehegatten, der die Gesamtschuld getilgt hat, nicht zu berücksichtigen (BGHZ 87, 265, 273 = FamRZ 1983, 795, 797; Senatsurteil vom 30. September 1987 - IVb ZR 94/86 - FamRZ 1987, 1239, 1240; OLG Frankfurt FamRZ 1985, 482; OLG Hamm FamRZ 2002, 1032 [Leitsatz], Volltext bei juris Rn. 42; MünchKommBGB/Koch aaO § 1375 Rn. 16; Johannsen/Henrich/Jaeger aaO § 1375 Rn. 20; Wever aaO Rn. 350; Schwab aaO XII Rn. 112; Kogel Strategien beim Zugewinnausgleich 3. Aufl. Rn. 535).

[29] Im vorliegenden Fall war die Klägerin am Stichtag (8. Oktober 2003) aufgrund ihrer Überschuldung nicht in der Lage, die interne Ausgleichsforderung des Beklagten von 31.045,26 € (1/2 der durch den Wert der Eigentumswohnung nicht gedeckten Gesamt-

schuld) zu begleichen. Das Kammergericht hat die Forderung gleichwohl nicht für wertlos gehalten, weil die Klägerin unter Berücksichtigung der Zugewinnausgleichsforderung imstande sein werde, den internen Ausgleichsanspruch zu erfüllen. Es hat den Ausgleichsanspruch nach § 426 Abs. 1 BGB deshalb dadurch berücksichtigt, dass es beim Beklagten nur die hälftige Gesamtschuld als Passivposten abgesetzt hat.

[30] Gegen diese Beurteilung wendet sich die Revision ohne Erfolg. Eine Forderung ist, wie bereits ausgeführt, nur dann als wirtschaftlich wertlos zu behandeln, wenn sie dauerhaft uneinbringlich ist. Lässt sich dagegen absehen, dass der Schuldner zu einem späteren Zeitpunkt ausreichend solvent sein wird, besteht kein Anlass, die Forderung im Rahmen der Zugewinnausgleichsbilanz nicht zu berücksichtigen. Denn die jeweiligen Aktiva und Passiva sind mit ihrem vollen wirtschaftlichen Wert einzustellen. Die finanzielle Leistungsfähigkeit des den internen Ausgleich schuldenden Ehegatten kann sich, wie das Kammergericht zutreffend angenommen hat, auch aus einem Anspruch auf Zugewinnausgleich ergeben (so auch Kleinle FamRZ 1997, 8, 14; Wever aaO Rn. 350; Staudinger/Noack BGB Neubearb. 2005 § 426 Rn. 226). Zum Bewertungsstichtag des § 1384 BGB ist nämlich absehbar, ob der güterrechtliche Ausgleichsanspruch den internen Ausgleichsanspruch erreicht oder sogar übersteigt. Da sich die Zugewinnausgleichsforderung der Klägerin auf 61.296,74 € beläuft und hiervon nach der Aufrechnung des Beklagten mit unstreitigen Gegenforderungen noch 45.996,74 € verbleiben, kann die interne Ausgleichsforderung realisiert werden.

[31] Danach sind die Aktiva des Beklagten mit 317.194,16 € und die Passiva (ohne den Unterhaltsrückstand) mit 192.782,50 € anzusetzen.

IV. Ergebnis

[37] Danach ist das angefochtene Urteil nicht zu beanstanden. Unter Einbeziehung auch der Unterhaltsforderung hat der Beklagte - wie vom Kammergericht errechnet - einen Zugewinn von 122.593,48 € erzielt. Die Zugewinnausgleichsforderung der Klägerin beläuft sich somit auf 61.296,74 €. Hierauf sind bereits 6.000 € sowie - entsprechend dem notariellen Anerkenntnis des Beklagten - weitere 17.000 € gezahlt worden. In Höhe von 15.300 € hat der Beklagte mit unstreitigen Gegenforderungen aufgerechnet. Der Restbetrag von 28.996,74 € ist niedriger, als die dem Beklagten nach § 426 Abs. 2 Satz 1 BGB zustehende Ausgleichsforderung von 31.045,26 €, mit der er ebenfalls wirksam aufgerechnet hat. Danach verbleibt kein zu zahlender Betrag mehr.

IMPRESSUM

HERAUSGEBERIN: JURA INTENSIV VERLAGS-GMBH & CO. KG, Salzstraße 18, 48143 Münster
Tel.: 0251/4824-60; Fax: 0251/4824-545
http://www.jura-intensiv.de - ra@jura-intensiv.de

CHEFREDAKTION: Rechtsanwalt Frank Schildheuer (*zugleich Öffentliches Recht*)

REDAKTEURE: Rechtsanwalt Wofgang Schmidt & Martin Jansen (*Zivilrecht*); Rechtsanwalt Uwe Schumacher (*Strafrecht*)
Die Redakteure sind postalisch erreichbar unter der Adresse der Herausgeberin.

ABONNEMENT: Abonnement-Vertrag befindet sich im Heft und/oder wird auf Wunsch zugeschickt. Einmalige Anforderung eines Probeheftes jederzeit formlos und ohne weitere Verpflichtung möglich. Bestellungen bitte an die o.g. Anschrift der Herausgeberin oder via Internet unter der o.g. Adresse.

BEZUGSPREISE: Jahresabonnement (12 Hefte) zum Vorzugspreis von 65 Euro (Einzelpreis: 6 Euro/Heft) inkl. USt. und Versandkosten. Jahresregister gratis enthalten. Lieferung nur gegen Einzugsermächtigung. Der Lieferbeginn erfolgt zum nächstmöglichen Termin nach Gutschrift der Lastschrift.

VERSAND: Ohne Zusicherung eines festen Veröffentlichungstermins monatlich per Post.

NACHBESTELLUNG: Einzelne Hefte *früherer* 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 *laufenden* Jahrgangs ist nur i.V.m. einem Abonnement möglich.

Strafrecht

Standort: § 32 StGB — Problem: Notwehrprovokation

BGH, BESCHLUSS VOM 10.11.2010
2 STR 483/10 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte sich nachts vor einer Gaststätte mit einer Dreiergruppe von Jugendlichen angelegt. Man kam überein, dass der Angeklagte einen Zweikampf mit einem der drei ausfechten sollte, den der Angeklagte gewann. Er wurde dann jedoch von den anderen Jugendlichen zu Boden getreten. Diese versetzten dem Angeklagten mit ihren Gürteln zahlreiche Schläge und verletzten ihn. Um die fortdauernden Angriffe abzuwehren, stach der Angeklagten einem der Schläger mit einem Messer wuchtig in die Brust und verletzte diesen lebensgefährlich.

Das Landgericht Aachen hatte in dem Messerstich einen versuchten Totschlag, §§ 212 I, 22, 23 I StGB, und eine gefährliche Körperverletzung, §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5 StGB, gesehen und den Angeklagten entsprechend verurteilt. Auf eine Rechtfertigung aus Notwehr, § 32 StGB, könne sich der Angeklagte nicht berufen. Diesem habe sich nämlich bereits vor dem Zweikampf aufgedrängt, dass die Konfrontation mit den Jugendlichen nicht dadurch beendet werden würde. Deshalb stelle es eine pflichtwidrige Provokation des späteres Angriffs dar, dass sich der Angeklagte zu dem Duell bereit erklärt habe. Aufgrund der vorwerfbaren Herbeiführung der Notwehrlage durch den Angeklagten könne dieser sich aber nicht auf Notwehr berufen und sei somit auch nicht gerechtfertigt. Auf die Revision des Angeklagten hin hob der BGH dieses Urteil auf. Es sei zwar richtig, dass bei Provokation eines Angriffs durch ein pflichtwidriges Vorverhalten des Angegriffenen dessen Notwehrbefugnisse eingeschränkt seien. Im vorliegenden Fall lasse sich jedoch kein pflichtwidriges Vorverhalten des Angeklagten feststellen, durch das dieser den späteren Angriff der Jugendlichen provoziert habe. Insbesondere auf die Teilnahme an dem Zweikampf könne insofern nicht abgestellt werden, da es sich hierbei um ein erlaubtes Verhalten handele und ein solches auch dann nicht zu einer Einschränkung der Notwehr führe, wenn es vorhersehbar ist, dass hierdurch ein späterer Angriff provoziert werden kann.

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 bestimmten Fällen rechtsmissbräuchlich wäre, wenn der Täter sich in vollem Umfang auf den Rechtfertigungsgrund der Notwehr berufen könnte und seine Notwehrbefugnisse deshalb in diesen Fällen aus sozialethischen 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 sozialethischer Notwehreinschränkung besteht im Falle einer vorwerfbaren Provokation des Angriffs durch den Täter. Hier sind nach ganz h.M. zwei Konstellationen zu unterscheiden: Während in den Fällen der sog. Absichtsprovokation, wenn also der Täter den Angriff gezielt provoziert hat um diesen zu einer Verletzung des Angreifers auszunutzen, eine Berufung des Täters auf Notwehr nach h.M. ausscheidet (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.), sind die Fälle, in denen der Täter den Angriff nicht absichtlich, sondern sonst auf vorwerfbare Weise provoziert, problematischer.

In dieser Konstellation stellt sich zunächst die Frage, ob eine Einschränkung der Notwehrbefugnisse nur bei einem rechtswidrigen Vorverhalten in Betracht kommt (so Gropp, AT, § 6 Rn. 95a; Roxin, AT I, § 15 Rn. 73) oder auch bei einem lediglich sozialethisch zu missbilligendem Vorverhalten (so BGHSt 42, 97, 101; BGH, RA 2006, 52, 56 = NStZ 2006, 332, 333; Wessels/Beulke, AT, Rn. 348). Unstreitig vermag jedoch ein erlaubtes, also nicht einmal sozialethisch 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 absicht-

lichen 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: Der Täter müsse zunächst versuchen, dem Angriff auszuweichen; sofern dies nicht ausreiche, dürfe er zur Abwehr des Angriffs zunächst 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 Einschränkung der Notwehr vorzunehmen oder gar eine Anknüpfung an das Vorverhalten zulässig ist.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Einschränkung der Notwehr bei vorwerfbarer Herbeiführung der Notwehrlage: *BGH*St 42, 97; 48, 207; *BGH*, RA 2002, 503 = NStZ 2002, 425; RA 2003, 249 = NStZ 2003, 420; NStZ 2006, 332; RA 2010, 766 = NStZ 2011, 82; *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; *Jäger*, JR 2001, 512; *Mitsch*, JuS 2001, 751; *Roxin*, JZ 2001, 667; *Utsumi*, JURA 2001, 538

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Autofahrer"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Das Notwehrrecht erfährt 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.

2. Ein für sich genommen 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.

Sachverhalt:

Der 25jährige Angeklagte traf am 15. November 2009 nach 1 Uhr nachts auf die vor einer Gaststätte stehenden 17-19jährigen Zeugen A, Y und T. Es kam zu einer verbalen Auseinandersetzung, die von allen Beteiligten in zunehmend aggressiver Weise geführt wurde. Auf Vorschlag eines der Zeugen stellte sich der Angeklagte schließlich einem Zweikampf mit dem 17jährigen A, den der Angeklagte für sich entschied. Beide Kämpfer, die zu Boden gefallen waren, erhoben sich. Im nächsten Moment trat einer der beiden anderen Zeugen dem Angeklagten in den Rücken, wodurch dieser zu Boden stürzte. Nachdem er wieder aufgestanden war, zogen die Zeugen Y und T und ihnen folgend auch der Angeklagte ihre Gürtel aus. In dem anschließenden Schlagabtausch erlitt der Angeklagte zahlreiche oberflächliche Verletzungen und Abschürfungen, während seine Gegner unverletzt blieben. Der Angeklagte geriet zunehmend in Bedrängnis und hatte Angst, dass ihm seine Gegner nahe kommen und ihn zusammenschlagen würden. Während Y und T mit ihren Gürteln weiter auf ihn einschlugen, stach er mit einem Messer, das er zuvor unbemerkt von allen Beteiligten aus seiner Tasche gezogen hatte, mit Wucht

in die Brust des in diesem Moment von links herannahenden T, um sich seiner zu erwehren. Der Stich durchtrennte eine nahe des Herzens verlaufende Arterie sowie den Herzbeutel des Zeugen T.

Aus den Gründen:

1. Entscheidung des Landgerichts; Rechtsmittel

[1, 2] Das Landgericht hat den Angeklagten wegen versuchten Totschlags in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren und sechs Monaten verurteilt. Die hiergegen gerichtete, auf die Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten hat Erfolg (§ 349 Abs. 4 StPO). [...]

2. Zur Verneinung einer Rechtfertigung durch das LG

[3] Das Landgericht hat den mit bedingtem Tötungsvorsatz geführten Messerstich in die Brust des Zeugen T (Nebenkläger) als nicht durch Notwehr gerechtfertigt gewertet. Der Angeklagte sei in seinem Notwehrrecht beschränkt gewesen, da er sich selbst provozierend auf die Auseinandersersetzung mit mehreren Gegnern eingelassen habe. Schon vor dem Zweikampf habe es sich ihm aufgedrängt, dass es mit diesem Zweikampf nicht sein Bewenden haben würde. Trotzdem sei er bewusst nicht ausgewichen, sondern habe die Auseinandersetzung gesucht. Seine Verteidigung im Rahmen des solchermaßen eingeschränkten Notwehrrechts sei unverhältnismäßig gewesen. Da der Angeklagte nur zwei Gegnern gegenüber gestanden habe, hätte es ausgereicht, wenn er die Angreifer mit seinem Gürtel auf Distanz gehalten oder aber das Messer deutlich gezeigt hätte. Auch Flucht sei möglich gewesen.

3. Zum Vorliegen der Voraussetzungen der Notwehr

[4] Diese Bewertung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Auf Grundlage der getroffenen Feststellungen ist die Annahme einer dem Angeklagten vorwerfbaren Provokation der Notwehrlage und einer damit einhergehenden Einschränkung seiner Notwehrbefugnisse rechtsfehlerhaft.

a) Zur Einschränkung der Notwehr bei Notwehrprovokation

[5] Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erfährt das Notwehrrecht 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 bereits ein sozialethisch zu missbilligendes Vorverhalten das Notwehrrecht nur einzuschränken, wenn zwischen diesem Vorverhalten und dem rechtswidrigen Angriff ein enger zeitlicher und räumlicher Ursachenzusammenhang besteht und es nach Kenntnis des Täter auch geeignet ist, einen Angriff zu provozieren (vgl. BGH NStZ 2006, 332, 333; BGHSt 42, 97, 100).

b) Zum Fehlen einer Notwehrprovokation im vorliegenden Fall

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

[7] Der Angeklagte hat - nachdem der auf Vorschlag der Gegenseite begonnene Zweikampf für alle erkennbar abgeschlossen war und er sich wieder erhoben hatte - in keiner Weise zum Fortgang der Auseinandersetzung sei es verbal oder körperlich beigetragen und von daher den anschließenden Angriff gegen ihn provoziert. Er wurde von diesem ersichtlich überrascht. Auch an sein Verhalten vor dem abgeschlossenen Zweikampf kann nicht zu seinen Lasten angeknüpft werden. Allein der Umstand, dass der Angeklagte mit den drei Zeugen eine verbale Auseinandersetzung mit wechselseitigen Beleidigungen geführt und sich auf einen Zweikampf mit einem der Zeugen eingelassen hat, vermag keine vorwerfbare Provokation des nachfolgenden Angriffs gegen ihn begründen. Die Auseinandersetzung gründete zwar darauf, dass der Angeklagte Verhaltensweisen und Äußerungen der drei Zeugen fälschlicherweise auf sich bezogen hatte. Es fehlt indes bisher ein Anhalt, dass der Angeklagte die Auseinandersetzung als solche gezielt gesucht oder besonders gefördert hätte.

[8] Das Notwehrrecht erfährt vorliegend auch nicht deshalb eine Beschränkung, weil sich der Angeklagte auf den Zweikampf eingelassen hat, obgleich er damit rechnen musste, dass es aufgrund der aggressiven Stimmung der Zeugen mit diesem Zweikampf nicht sein Bewenden haben würde. Denn ein für sich genommen erlaubtes Tun führt 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 (vgl. BGH NJW 2003, 1955, 1959; Beschluss vom 4. August 2010 - 2 StR 118/10).

4. Zur Erforderlichkeit der Notwehrhandlung

[9] Ergänzend bemerkt der Senat, dass auch die Begründung der Unverhältnismäßigkeit der Verteidigungshandlung nicht trägt, denn die Kammer hat bei

ihrer Bewertung außer Acht gelassen, dass die beiden Angreifer jeweils mit Gürteln bewaffnet waren und nur der Angeklagte infolge des Schlagabtauschs Verletzungen davon trug. Auch vermögen die von der Kammer aufgezeigten theoretisch denkbaren milderen Verteidigungsmittel die Erforderlichkeit der erfolgten Verteidigungshandlung nicht in Frage zu stellen, da nicht aufgezeigt wird, dass es dem Angeklagten in der konkreten Situation auch tatsächlich möglich gewesen wäre, diese Erfolg versprechend zu ergreifen.

5. Aufhebung und Zurückverweisung

[10] Da weiter gehende Feststellungen nicht ausgeschlossen sind, war die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen.

Standort: §§ 25 II, 224 I Nr. 2 StGB — Problem: Mittäterexzess, Werkzeug

BGH, URTEIL VOM 15.09.2010
2 STR 395/10 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Das spätere Opfer forderte von der Angeklagten M die Rückzahlung einer an sie geleisteten Anzahlung für einen später fehlgeschlagenen Motorradkauf. Da M das Geld nicht zurückzahlen wollte, lockte sie das Opfer außerhalb der Geschäftszeiten in ihre Geschäftsräume. Dort wurde das Opfer dann hinterrücks von den drei Mitangeklagten niedergeschlagen, die mit M vorher verabredet hatten, dass sie das Opfer durch Anwendung von Gewalt dazu bringen würden, auf die Forderung zu verzichten. Als Belohnung wollte M einen Betrag an den Rockerclub zahlen, dem die Mitangeklagten angehörten. Die Mitangeklagten schlugen dem Opfer mit einem Teleskopschlagstock gegen den Rücken und traten ihm mit festen Turnschuhen gegen den Kopf, bis dieser eine Verzichteserklärung unterschrieb.

Das Landgericht Bad Kreuznach hatte die anderen Mitangeklagten wegen mittäterschaftlicher (besonders) schwerer räuberischer Erpressung, §§ 253 I, 255, 250 II Nr. 1, 25 II StGB, und mittäterschaftlicher gefährlicher Körperverletzung, §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 4, 25 II StGB, verurteilt, M hingegen nur wegen mittäterschaftlicher räuberischer Erpressung, §§ 223 I, 255, 25 II StGB und mittäterschaftlicher gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 4, 25 II StGB. Die weiteren von den Mitangeklagten verwirklichten Qualifikationsmerkmale hatte das LG der M nicht zugerechnet. Hiergegen wandte sich die Revision der Staatsanwalt, die hinsichtlich der anderen Mitangeklagten rügte, dass bei diesen nur der Teleskopschlagstock und nicht auch die Turnschuhe als gefährliche Werkzeuge angesehen worden waren und bei diesen auch eine Strafbarkeit gem. § 250 II Nr. 3a StGB nicht geprüft worden war. Hinsichtlich M vertrat die Staatsanwaltschaft die Auffassung, dass dieser die von den Mitangeklagten verwirklichten Qualifikationsmerkmale sehr wohl zugerechnet werden könnten. Der BGH folgte im Wesentlichen der Rechtsauffassung der Staatsanwaltschaft und hob das Urteil des LG auf. Nicht nur stellten die Turnschuhe auch ein gefährliches Werkzeug dar, außerdem sei eine Verwirklichung des Qualifikationstatbestandes des § 250 II Nr. 3a StGB nahe liegend. Des weiteren sei - was weder LG noch Staatsanwaltschaft so gesehen hatten - auch eine Qualifikation der Körperverletzung gem. § 224 I Nr. 3 StGB in Betracht zu ziehen. Hinsichtlich der Angeklagten M stellte sich der BGH auf den Standpunkt, dass dieser die Verwendung gefährlicher Werkzeuge i.R.v. §§ 224 I Nr. 2; 250 II Nr. 1StGB tatsächlich nicht zugerechnet werden könne, da diese von ihrer Vorstellung nicht umfasst gewesen sei. Eine mittäterschaftliche Haftung der M für den hinterlistigen Überfall, § 223 I Nr. 3 StGB, sowie die schwere körperliche Misshandlung, § 250 II Nr. 3a StGB, sei jedoch nicht ausgeschlossen.

Prüfungsrelevanz:

Die Delikte des 20. Abschnitts (§§ 249 ff. StGB) sind besonders häufig Gegenstand von Prüfungsaufgaben. In diesem Zusammenhang sind dann oft auch Körperverletzungsdelikte zu prüfen, da sich die i.R.v. §§ 249 I; 252; 255 StGB als Tatmittel genannte Personengewalt meist auch als Körperverletzung darstellt. Gerade die Prüfung der entsprechenden Qualifikationstatbestände (§§ 250; 224 StGB) bereitet hierbei oft Schwierigkeiten. Des Weiteren befasst sich der BGH im vorliegenden Urteil auch mit dem klassischen Examensproblem des Mittäterexzesses. Aufgrund dieser Kombination typischer Examensprobleme bietet sich diese Entscheidung sehr als Vorlage für Examensaufgaben an, auch wenn sie wenig Neues und insb. keine Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung beinhaltet.

Der BGH befasst sich zunächst mit den Voraussetzungen für die verschiedenen Qualifikationsmerkmale der gefährlichen Körperverletzung.

Gem. § 224 I Nr. 2 StGB liegt eine gefährliche Körperverletzung vor, wenn die Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeugs begangen wird. Nach ganz herrschender Meinung ist ein gefährliches Werkzeug i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB jeder bewegliche Gegenstand, der nach seiner Beschaffenheit und der Art seiner konkreten Verwendung im Einzelfall dazu ge-

eignet ist, erhebliche Verletzungen zu verursachen (BGH, NStZ 2007, 95; Fischer, § 224 Rn 9; Joecks, § 224 Rn 16; Lackner/Kühl, § 224 Rn 5). Bei Tritten mit einem beschuhten Fuß stellt die Rechtsprechung insofern stark auf den Einzelfall ab und lässt teilweise (insb. bei schweren Schuhen wie "Springerstiefeln") bereits die insofern bestehende erhöhte abstrakte Gefährlichkeit für die Annahme einer Qualifikation ausreichen (BGH, NStZ 1984, 329; 2000, 29). In anderen Fällen (insb. bei leichten Straßenschuhen oder Turnschuhen) stellt sie hingegen auf den konkret gefährlichen Einsatz ab (BGH, NStZ 1999, 616; RA 2003, 445 = NStZ 2003, 665; RA 2010, 34 = NStZ 2010, 151) (vgl. hierzu die Darstellung bei Fischer, § 224 Rn 9c). In der vorliegenden Entscheidung führt der BGH aus, dass Tritte mit normalen Straßenschuhen oder "festen Turnschuhen der heute üblichen Art" jedenfalls dann wenn sie ins Gesicht und an den Kopf des Opfers erfolgen, zur Verwirklichung des Tatbestandes des § 224 I Nr. 2 StGB ausreichen.

Der BGH prüft weiter das Vorliegen einer gefährlichen Körperverletzung gem. § 224 I Nr. 3 StGB wegen eines hinterlistigen Überfalls. Hinsichtlich der Voraussetzungen dieses Qualifikationstatbestandes folgt der BGH der ganz herrschenden Meinung und geht davon aus, dass es für § 224 I Nr. 3 StGB nicht ausreicht, dass der Täter lediglich das Überraschungsmoment ausnutzt (BGH, StraFo 2007, 341; NStZ-RR 2009, 77; Schönke/Schröder-Stree, § 224 Rn. 19), sondern dieser planmäßig seine Verletzungsabsichten verbergen muss (BGH, NStZ 2001, 478; 2004, 93; 2005, 40; 2007, 702; Fischer, § 224 Rn. 10). Der BGH stellt jedoch klar, dass ein solches planmäßiges Verdecken im vorliegenden Fall darin bestehen könnte, dass M das Opfer unter einen Vorwand an einen Ort gelockt hatte, wo die Mitangeklagten diesem auflauerten.

Der Qualifikationstatbestand des § 250 StGB gilt nicht nur für § 249 I StGB, sondern ist wegen der entsprechenden Rechtsfolge ("gleich einem Räuber zu bestrafen") auch bei § 252 StGB und § 255 StGB anwendbar (BGHSt 17, 179, 180; Fischer, § 252 Rn. 13; § 255 Rn. 6; Schönke/Schröder-Eser/Bosch, § 250 Rn. 3). Die Qualifikation gem. § 250 II Nr. 3a StGB ist dann gegeben, wenn der Täter "eine andere Person bei der Tat körperlich schwer misshandelt". Der Eintritt einer der Folgen der schweren Körperverletzung gem. § 226 I StGB ist für die Annahme einer schweren körperlichen Misshandlung zwar stets ausreichend, aber nicht unbedingt erforderlich (BGH, NStZ-RR 2007, 175; Fischer, § 250 Rn. 26). Eine solche ist nämlich bereits dann gegeben, wenn der Eingriff des Täters ist die körperliche Integrität des Opfers "schwer" ist, d.h. wenn er erhebliche Folgen für dessen Gesundheit hat oder mit erheblichen Schmerzen verbunden ist (BGH, NStZ 1998, 461; NStZ-RR 2007, 175; Joecks, § 250 Rn. 28; Rengier, BT I, § 8 Rn. 10). Der BGH geht davon aus, dass deshalb auch dieser Qualifikationstatbestand im vorliegenden Fall verwirklicht sein könne, da das LG selbst festgestellt hatte, dass das Opfer schmerzhafte Verletzungen insb. im Gesicht erlitten hatte.

Bei der Angeklagten M war hinsichtlich einer Bestrafung wegen der Qualifikationen problematisch, dass sie die entsprechenden Qualifikationstatbestände nicht selbst verwirklicht hatte. Zwar können bei einer mittäterschaftlichen Begehung, § 25 II StGB, wie im vorliegenden Fall die Handlungen eines Mittäters den anderen Mittätern zugerechnet werden (Fischer, § 25 Rn. 11; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 25 Rn. 61 f.; vgl. hierzu auch die Darstellung im Skript StrafR AT II, Rn. 31 ff.). Der BGH geht in der vorliegenden Entscheidung in Übereinstimmung mit der ganz herrschenden Literatur davon aus, dass auch bei Qualifikationstatbeständen der gemeinsame Tatplan der Mittäter die Grenze der gegenseitigen Zurechnung von Beiträgen darstellt (BGHSt 39, 236; 48, 189; Fischer, § 25 Rn 19; Altenhain, NStZ 2003, 437). Handlungen, die vom gemeinsamen Tatplan der Mittäter nicht gedeckt sind, können deshalb nicht zugerechnet werden (sog. Mittäterexzess). Insofern ist allerdings anerkannt, dass eine Zurechnung nicht nur bei solchen Beiträgen möglich ist, die ausdrücklich geplant waren, sondern auch bei solchen, die den geplanten gleichwertig sind. Außerdem wird einem Mittäter jede Handlung der anderen Mittäter zugerechnet, wenn ihm die konkrete Tatausführung gleichgültig war (BGH, NStZ 2001, 143; NStZ-RR 2005, 71; Fischer, § 25 Rn 20). Da die Tat im vorliegenden Fall nicht im Detail geplant war, M allerdings wusste, dass gegen das Opfer Gewalt angewendet werden würde, könnten ihr nach der Auffassung des BGH zwar nicht die Verwendung gefährlicher Werkzeuge, § 224 I Nr. 2 StGB, aber doch die Qualifikationen gem. §§ 224 I Nr. 3; 250 II Nr. 3a StGB zugerechnet werden.

Vertiefungshinweise:

❑ Zum gefährlichen Werkzeug i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB, insb. bei Schuhen: *BGH*, NStZ 1999, 616; 2000, 29; RA 2003, 445 = NStZ 2003, 665; RA 2010, 34 = NStZ 2010, 151; *Streng*, GA 2001, 359; *Wolters*, JuS 1998, 583

❑ Zum hinterlistigen Überfall i.S.v. § 224 I Nr. 3 StGB: *BGH*, StraFo 2007, 341; NStZ 2005, 40; 2007, 702; NStZ-RR 2009, 77; *Miebach*, NStZ-RR 2007, 329

❑ Zur schweren körperlichen Misshandlung i.S.v. § 250 II Nr. 3a StGB: *BGH*, NStZ 1998, 461; NStZ-RR 2007, 175; *Hörnle*, JURA 1998, 174

❑ Zum Mittäterexzess, insb. bei Qualifikationen:

BGHSt 39, 236; 48, 189; *BGH*, NStZ 1993, 489; 1998, 511; 2001, 143; 2002, 598; 2008, 280; NStZ-RR 2005, 71; RA 2009, 809 = NStZ 2010, 33; *Altenhain*, NStZ 2003, 437

Kursprogramm:
❑ *Examenskurs*: "Garage"
❑ *Examenskurs*: "Die Geldeintreiber"

Leitsätze (der Redaktion):
1. Für die Frage, ob der Schuh am Fuß des Täters als ein gefährliches Werkzeug im Sinne von § 224 I Nr. 2 StGB anzusehen ist, kommt es auf die Umstände des Einzelfalles an, unter anderem auf die Beschaffenheit des Schuhes sowie auf die Frage, mit welcher Heftigkeit und gegen welchen Körperteil mit dem beschuhten Fuß getreten wird. Ein Straßenschuh von üblicher Beschaffenheit ist regelmäßig als gefährliches Werkzeug anzusehen, wenn damit einem Menschen gegen den Kopf getreten wird. Das gilt jedenfalls für Tritte in das Gesicht des Opfers. Entsprechendes ist anzunehmen, wenn der Täter feste Turnschuhe der heute üblichen Art trägt.
2. Ein Überfall i.S.v. § 224 I Nr. 3 StGB ist nicht schon dann hinterlistig, wenn der Täter für den Angriff auf das Opfer nur ein Überraschungsmoment ausnutzt. Erforderlich ist vielmehr, dass der Täter planmäßig in einer auf Verdeckung der wahren Absicht berechneten Weise vorgeht, um dadurch dem Gegner die Abwehr des nicht erwarteten Angriffs zu erschweren und die Vorbereitung auf seine Verteidigung nach Möglichkeit auszuschließen.
3. Im Rahmen von § 250 II Nr. 3a StGB ist zur Annahme einer schweren körperlichen Misshandlung nicht der Eintritt einer schweren Folge im Sinne von § 226 StGB oder einer schweren Gesundheitsschädigung im Sinne von § 239 III Nr. 2 StGB erforderlich. Es ist jedoch vorauszusetzen, dass die körperliche Integrität des Opfers entweder mit erheblichen Folgen für die Gesundheit oder aber in einer Weise, die mit erheblichen Schmerzen verbunden ist, beeinträchtigt wird.

Sachverhalt:
Der Geschädigte B forderte von der Angeklagten M, die mit ihrem Ehemann zusammen einen Motorradhandel betrieb, nach einem fehlgeschlagenen Motorradkauf eine bereits geleistete Anzahlung von 10.000 € zurück. Nach Erstattung dieses Betrages wollte B davon einen Teilbetrag wegen eines gegen ihn gerichteten Schadensersatzbegehrens an den Motorradclub "M" in Höhe von 5.000 € weiterleiten. Die Angeklagte M wollte aber dem Geschädigten B die Anzahlung nicht erstatten. Der Angeklagte L als "Präsident" [eines Rockerclubs] wiederum sann auf Rache gegen B wegen einer vermeintlichen Schmähung von Vereinsmitgliedern. Die Angeklagten M und L entschlossen sich daher, B unter dem Vorwand einer Besprechung mit der Angeklagten M über die Modalitäten der Rückerstattung seiner Anzahlung auf den Motorradkauf außerhalb der üblichen Geschäftszeiten in deren Geschäftsräume zu locken, wo ihm der Angeklagte L zusammen mit den weiteren Mittätern Me und S auflauern und ihn überfallen sollten: L, Me und S sollten ihn durch Anwendung von Gewalt zwingen, seine Forderung fallen zu lassen. Dazu sollte B ein von der Angeklagten M vorbereitetes Schriftstück unterzeichnen. Danach sollte die Angeklagte M einen Teilbetrag der Anzahlung an den Rockerclub weiterleiten und den Restbetrag für sich behalten dürfen. Bei der Ausführung dieses Plans durch L, Me und S schlug der sich versteckt haltende Me dem Geschädigten aus einer Tür heraus überraschend auf den Kopf. S schlug sodann das zu Boden gegangene Opfer mit Billigung von L und Me mit einem Teleskopschlagstock auf den Rücken und die Schulter. Der Angeklagte L trat mit festen Turnschuhen gegen Kopf und Rücken des Opfers. B erlitt im Verlauf des Geschehens erhebliche Verletzungen und zwar auch im Gesicht. Er sah sich unter dem Eindruck dieser Gewalt dazu gezwungen, das ihm vorgelegte Schriftstück zu unterzeichnen ohne es zu lesen. In der Folgezeit machte er seinen Rückzahlungsanspruch gegen die Angeklagte M nicht mehr geltend.

Aus den Gründen:
[1] Das Landgericht hat den Angeklagten L wegen schwerer räuberischer Erpressung in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung (Fall 1) und wegen Anstiftung zum Diebstahl (Fall 2) unter Einbeziehung der Strafe aus einem früheren Urteil zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und neun Monaten, die Angeklagte M wegen räuberischer Erpressung in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und zehn Monaten bei Strafaussetzung zur Bewährung verurteilt. Dagegen richtet sich die auf die Sachrüge gestützte Revision der Staatsanwaltschaft. Mit dem zuungunsten der Angeklagten eingelegten Rechtsmittel erstrebt die Beschwerdeführerin die Aufhebung des Urteils bezüglich des Angeklagten L im Schuld- und Strafausspruch zu Fall 1 und im Ausspruch über die Gesamtstrafe, bezüglich der Angeklagten M im Schuldspruch insoweit, als sie nicht wegen schwerer räuberischer Erpressung verurteilt wurde, sowie im Strafausspruch. Das Rechtsmittel ist begründet.

I. Rechtliche Würdigungen des Landgerichts und der Staatsanwaltschaft

[2, 3][In dem festgestellten Verhalten] hat das Landgericht hinsichtlich des Angeklagten L eine schwere räuberische Erpressung in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung gesehen und es hat die §§ 253, 255, 250 Abs. 2 Nr. 1 sowie Abs. 3, 224 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 4, 25 Abs. 2 StGB angewendet. Dabei hat es dem Angeklagten L als Fall der gefährlichen Körperverletzung nach § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB zugerechnet, dass S eine Stahlrute verwendete. Bei der Angeklagten M, die während des eigentlichen Tatgeschehens nicht anwesend war, ist das Landgericht von einer räuberischen Erpressung in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung ausgegangen. Es hat insoweit die §§ 253, 255, 224 Abs. 1 Nr. 4, 25 Abs. 2 StGB angewendet.

[4] Die Staatsanwaltschaft vermisst die Berücksichtigung der Tatsache, dass der Angeklagte L das Opfer mit festen Turnschuhen gegen Kopf und Rücken getreten hat. Darin sieht sie ebenfalls eine gefährliche Körperverletzung nach § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB, ferner eine weitere Qualifikation der schweren räuberischen Erpressung, weil die Mittäter das Opfer bei der Tat im Sinne von § 250 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. a StGB körperlich schwer misshandelt hätten. Die Beschwerdeführerin meint zudem, diese Tatmodalität sei der Angeklagten M zuzurechnen, weil sie mit allen Einzelheiten der Tatausführung einverstanden gewesen sei. Außerdem beanstandet die Beschwerdeführerin die strafmildernde Berücksichtigung des langen Zeitablaufes seit der Begehung der Tat zugunsten des Angeklagten L ungeachtet der Tatsache, dass dieser in der Zwischenzeit viermal wegen weiterer Körperverletzungsdelikte verurteilt wurde. Der Generalbundesanwalt weist ergänzend darauf hin, dass die Anwendung von § 46b StGB zugunsten der Angeklagten M rechtsfehlerhaft sei.

II. Entscheidung des BGH

[5] Das Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft ist durch den Antrag und nach seiner Begründung wirksam auf den Fall 1 der Urteilsgründe und, soweit es den Angeklagten L betrifft, auf den Ausspruch über die Gesamtstrafe beschränkt.

[6] Die Revision ist begründet.

1. Zur Revision hinsichtlich des Angeklagten L

[7] Das Landgericht hat im Fall des Angeklagten L dessen Tritte mit festen Turnschuhen gegen Kopf und Rücken des Opfers nicht unter dem Gesichtspunkt des Einsatzes eines gefährlichen Werkzeugs gemäß § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB gewürdigt. Ferner kann § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB anzuwenden sein. Schließlich hat das Landgericht seiner Entscheidung keine schwere körperliche Misshandlung des Opfers im Sinne von § 250 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. a StGB zu Grunde gelegt. Insoweit liegen Erörterungsmängel vor, die möglicherweise zur Annahme eines zu geringen Schuldumfangs beim Angeklagten L und zur fehlerhaften Nichtanwendung des § 250 Abs. 2 Nr. 3 StGB geführt haben.

a) Zum Schuh als gefährliches Werkzeug i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB

[8] Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt es für die Frage, ob der Schuh am Fuß des Täters als ein gefährliches Werkzeug im Sinne von § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB anzusehen ist, auf die Umstände des Einzelfalles an, unter anderem auf die Beschaffenheit des Schuhes sowie auf die Frage, mit welcher Heftigkeit und gegen welchen Körperteil mit dem beschuhten Fuß getreten wird (vgl. BGHR StGB § 224 Abs. 1 Nr. 2 Werkzeug 1). Ein Straßenschuh von üblicher Beschaffenheit ist regelmäßig als gefährliches Werkzeug anzusehen, wenn damit einem Menschen gegen den Kopf getreten wird. Das gilt jedenfalls für Tritte in das Gesicht des Opfers. Entsprechendes ist anzunehmen, wenn der Täter feste Turnschuhe der heute üblichen Art trägt, wovon das Landgericht ausgegangen ist. Daher liegt die Annahme nahe, dass durch das Verhalten des Angeklagten L auch der Tatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB erfüllt ist. Der Geschädigte hatte nach der Tat erhebliche Schwellungen und Blutergüsse im Gesicht; sein rechtes Ohr war "schwarz angelaufen". Dies kann auf die Tritte des Angeklagten L mit seinen beschuhten Füssen zurückzuführen sein.

b) Zur Strafbarkeit gem. § 224 I Nr. 3 StGB

[9] Das Landgericht hat ferner die Anwendung von § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB nicht erwogen, obwohl ein solcher Fall nach den Feststellungen nahe liegt. Eine gefährliche Körperverletzung liegt danach vor, wenn der Täter die Tat mittels eines hinterlistigen Überfalls begeht. Ein Überfall ist allerdings nicht schon dann hinterlistig, wenn der Täter für den Angriff auf das Opfer nur ein Überraschungsmoment ausnutzt (vgl. BGH NStZ 2005, 97). Erforderlich ist vielmehr, dass der Täter planmäßig in einer auf Verdeckung der wahren Absicht berechneten Weise vorgeht, um dadurch dem Gegner die Abwehr des nicht erwarteten Angriffs zu erschweren und die Vorbereitung auf seine Verteidigung nach Möglichkeit auszuschließen (vgl. BGH NStZ-RR 2009, 77, 78). Eine solche Fallgestaltung kann darin zu sehen sein, dass die Angeklagte M den Geschädigten in eine Falle lockte, als sie ihn außerhalb der Geschäftszeiten in die Geschäftsräume bat und ihn unter einem Vorwand alleine in ihr Büro gehen ließ, während ihm L, Me und S auflauerten.

c) Zur Strafbarkeit gem. § 250 II Nr. 3a StGB

[10] Die Mittäter haben den Geschädigten ferner nach den Feststellungen im Sinne von § 250 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. a StGB bei der räuberischen Erpressung kör-

perlich schwer misshandelt. Der Gesetzgeber des 6. Strafrechtsreformgesetzes hat den Begriff der schweren körperlichen Misshandlung nach § 250 Abs. 3 Buchst. a StGB aus § 176a Abs. 4 Nr. 1 StGB (§ 176 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StGB aF) übernommen (vgl. BT-Drucks. 13/8587 S. 32, 45), auf den zur Auslegung des Begriffes zurückgegriffen werden kann (vgl. Eser/Bosch in Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. § 250 Rn. 33; einschränkend Vogel in LK StGB, 12. Aufl., § 250 Rn. 39). Danach ist zur Annahme einer schweren körperlichen Misshandlung nicht der Eintritt einer schweren Folge im Sinne von § 226 StGB oder einer schweren Gesundheitsschädigung im Sinne von § 239 Abs. 3 Nr. 2 StGB erforderlich. Es ist jedoch vorauszusetzen, dass die körperliche Integrität des Opfers entweder mit erheblichen Folgen für die Gesundheit oder aber in einer Weise, die mit erheblichen Schmerzen verbunden ist, beeinträchtigt wird (vgl. Eser/Bosch aaO; Fischer, StGB, 57. Aufl., § 250 Rn. 26; NK/Kindhäuser, StGB, 2010, § 250 Rn. 23). Dies hat das Landgericht außer Betracht gelassen, obwohl es davon ausgegangen ist, dass der Geschädigte durch die Tat "erhebliche Verletzungen" erlitten hat, die schmerzhaft waren. Auf die Schmerzzufügung war es den Mittätern angekommen, um dem Opfer die Unterschrift unter das vorbereitete Schriftstück und den dauernden Verzicht auf die Geltendmachung seiner Forderung abzupressen.

2. Zur Revision hinsichtlich der Angeklagten M

[11] Der Senat hebt das Urteil, soweit es die Angeklagte M betrifft, insgesamt auf, da das Tatgericht den Sachverhalt nicht unter allen in Frage kommenden rechtlichen Gesichtspunkten erörtert hat.

a) Keine Zurechnung des Einsatz eines gefährlichen Werkzeugs

[12] Der Angeklagten M ist der Einsatz eines gefährlichen Werkzeugs (§ 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB) durch L und S nach den bisherigen Feststellungen allerdings entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht zuzurechnen. Sie hatte danach nur mit Schlägen durch die drei Mittäter gerechnet. Der Einsatz von gefährlichen Werkzeugen war nicht vorausgeplant. Es ist auch nicht ohne weiteres anzunehmen, dass der Angeklagten M schon wegen einer relativen Unbestimmtheit des Vorstellungsbildes letztlich jede Art der Tatausführung durch L, S und Me zuzurechnen ist.

b) Zur Zurechnung des hinterlistigen Überfalls und der schweren körperlichen Misshandlung

[13] Dagegen kann der Angeklagten M die Verletzung des Geschädigten mittels eines hinterlistigen Überfalls (§ 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB) sowie die schwere körperliche Misshandlung des Opfers (§ 250 Abs. 2 Nr. 3a StGB) gemäß § 25 Abs. 2 StGB zuzurechnen sein. Dies hat das Landgericht nicht geprüft, obwohl es nahe liegt.

[14] Dem Tatplan entsprach es, dass die Angeklagte M den Geschädigten in ihr Büro locken sollte, wo sie angeblich mit ihm alleine über die Rückgewährung der Anzahlung für den Motorradkauf sprechen sollte. Unter dem Vorwand, noch Kaffee zu holen, schickte die Angeklagte M den Geschädigten voraus, wobei sie damit rechnete, dass L, Me und S ihn dann überraschend angreifen würden. Insoweit war auch ein hinterlistiger Überfall im Vorstellungsbild der Angeklagten M enthalten.

[15] Ferner ist ihr nach den bisherigen Feststellungen die körperliche Misshandlung des Opfers im Sinne von § 250 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. a StGB durch L, Me und S gemäß § 25 Abs. 2 StGB zuzurechnen; denn jedenfalls das Zufügen von Schmerzen zur Nötigung des Opfers dazu, auf die Geltendmachung seiner Forderung zu verzichten, entsprach dem gemeinsamen Tatplan. [...]

Standort: §§ 253 I, 255 StGB — Problem: Absicht rechtswidriger Bereicherung

BGH, URTEIL VOM 28.10.2010
4 STR 402/10 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Das Opfer hatte bei dem Angeklagten, einem Barbesitzer, Zechschulden in Höhe von mehr als 500,- €. Als das Opfer nach einem weiteren Barbesuch seine Zeche wieder nicht bezahlen konnte, wollte sich der Angeklagte das ihm zustehende Geld mit Gewalt holen. Er bedrohte das Opfer mit einer Pistole und schlug es auch damit. So brachte er das Opfer dazu, ihm das Bargeld auszuhändigen, das es bei sich trug, sowie eine ec-Karte und einen Zettel mit der passenden PIN. Diese Karte hatte das Opfer vorher seiner Freundin - ohne deren Wissen - weggenommen, um damit von deren Konto Geld abheben zu können. Da der Angeklagte vermutete, dass das Opfer noch weiteres Geld oder gestohlene ec-Karten bei sich trug, durchsuchte er dieses noch, allerdings erfolglos.

Das Landgericht Münster verurteilte den Angeklagten aufgrund seines Vorgehens wegen schwerer räuberischer Erpressung, §§ 253 I, 255, 250 StGB, in Tateinheit, § 52 StGB, mit versuchtem schwerem Raub, §§ 249 I, 250, 22, 23 I StGB. Die hiergegen gerichtete Revision des Angeklagten wies der BGH als unbegründet zurück.

Prüfungsrelevanz:

Vermögensdelikte, insbesondere die §§ 249 ff. StGB, erfreuen sich in beiden Examen einer sehr großen Beliebtheit. Fast immer wird in solchen Fällen das klassische Problem der Abgrenzung von Raub, § 249 I StGB, und räuberischer Erpressung, §§ 253 I, 255 StGB relevant, das auch im vorliegenden Fall im Rahmen des vom BGH erörterten Konkurrenzverhältnisses eine Rolle spielt. Ein weiterer Examensklassiker ist die Prüfung des - auch in der vorliegenden Entscheidung maßgeblichen - Tatbestandsmerkmals der Absicht rechtswidriger Bereicherung bei §§ 253 I, 255 StGB bzw. Absicht rechtswidriger Zueignung bei § 249 I StGB. Da sich identische Tatbestandsmerkmale auch bei den Betrugsdelikten, §§ 263 I, 263a I StGB, und den Diebstahlsdelikten, §§ 242 I ff. StGB, sowie der Unterschlagung, § 246 StGB, finden, ist die entsprechende Problemstellung der vorliegenden Entscheidung auch auf Fälle zu diesen Tatbeständen übertragbar. Das verleiht dem Urteil - auch wenn es wenig neue Erkenntnisse liefert - eine noch größere Examensrelevanz. Auch ist die vorliegende Konstellation des Abpressens von ec-Karte und PIN ein beliebter Klausurfall (vgl. hierzu auch das Urteil in Fallstruktur in RA 2011, 61).

Eine Strafbarkeit wegen (räuberischer) Erpressung setzt stets voraus, dass der Täter in der Absicht handelt, "sich oder einen Dritten zu Unrecht zu bereichern". Diese Absicht entspricht inhaltlich der in § 263 I StGB geforderten Absicht, "sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen" (BGH, NJW 1988, 2623; Lackner/Kühl, § 253 Rn. 19). Der Tatbestand des Raubes setzt - ebenso wie der des § 242 I StGB - voraus, dass der Täter die Absicht hat, die weggenommene Sache "sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen". Dies findet eine Entsprechung bei § 246 I StGB insofern als dieser Tatbestand fordert, dass der Täter sich das Tatobjekt "rechtswidrig zueignet".

Alle diese Tatbestandsmerkmale haben einen vergleichbaren Inhalt: Rechtswidrig ist eine vom Täter beabsichtigte Bereicherung dann, wenn er keinen fälligen, durchsetzbaren Anspruch auf diese hat (BGH, RA 2003, 706, 708 = NJW 2003, 3283, 3284; Fischer, § 253 Rn. 19 f., § 263 Rn. 111). Eine (beabsichtigte) Zueignung ist dann rechtswidrig, wenn der Täter keinen fälligen und durchsetzbaren Anspruch auf Übereignung der Sache und kein Aneignungsrecht an dieser hat (Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn. 59; § 246 Rn. 22; § 249 Rn. 8; Krey/Hellmann, BT II, Rn. 92). Das heißt, dass an entsprechender Stelle in einem - strafrechtlichen - Gutachten das Bestehen - zivilrechtlicher - Ansprüche des Täters auf die begehrte Bereicherung oder Zueignung geprüft werden müssen.

Im vorliegender Fall hatte der Angeklagte zwar aufgrund von dessen Zechschulden einen Anspruch gegen das Opfer auf Zahlung von mehreren hundert Euro. Insofern hätte er sich wohl nicht wegen eines Vermögensdeliktes strafbar gemacht, wenn er versucht hätte, dem Opfer dessen Geld abzunehmen oder von dessen Konto Geld abzuheben. Der Angeklagte wollte aber dem Opfer ec-Karten abnehmen, von denen er glaubte, dass das Opfer diese selbst gestohlen habe. Da er jedoch keinen Anspruch gegen die Karteninhaber auf Überlassung von deren Karten oder Abhebung von Geld von deren Konten hatte, war die von ihm beabsichtigte Bereicherung bzw. Zueignung auch rechtswidrig.

Das LG hatte den Angeklagten wegen vollendeter räuberischer Erpressung (an der vom Opfer herausgegebenen ec-Karte) in Tateinheit mit versuchtem Raub (an den nicht gefundenen weiteren ec-Karten) verurteilt. Dies erscheint auf den ersten Blick angesicht des Verhältnisses von Raub und räuberischer Erpressung überraschend. Nach der Rechtsprechung und einem Teil der Literatur stellt nämlich § 249 I StGB eine lex specialis zu §§ 253 I, 255 StGB dar, da jeder Raub immer auch eine räuberische Erpressung beinhalte (vgl. BGH, NStZ 2003, 604, 605; Krey/Hellmann, BT II, Rn. 305). Liegt also ein Raub vor, so ist stets eine räuberische Erpressung mitverwirklicht, die allerdings auf Konkurrenzeben als lex generalis hinter die lex specialis des § 249 I StGB zurücktritt (BGH, NStZ 1999, 350, 351; 2003, 604, 605). Nach herrschender Auffassung in der Literatur stehen §§ 253 I, 255 StGB und § 249 I StGB in einem Exklusivitätsverhältnis (Schönke/Schröder-Eser, § 255 Rn. 3; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn. 711). Beide Delikte können dementsprechend also nie durch dieselbe Handlung verwirklicht werden.

Somit ist es also eigentlich nach beiden Auffassungen ausgeschlossen, dass der Täter sich durch dasselbe Verhalten sowohl wegen räuberischer Erpressung als auch wegen (versuchten) Raubes strafbar macht. Durch die Annahme einer Tateinheit hatte das LG allerdings gezeigt, dass es davon ausging, dass beide Delikte durch dieselbe Handlung begangen worden waren (vgl. § 52 I StGB). Der BGH stellt in der vorliegenden Entscheidung klar, dass die räuberische Erpressung und der versuchte Raub durch den Angeklagten eigentlich durch zwei selbstständige Akte verwirklicht wurden, die lediglich über eine Gesamtwürdigung - zu Recht - vom LG zu einer einheitlichen Handlung und somit einer Tateinheit zusammengezogen worden waren. Wegen der Zweiaktigkeit des Geschehens sei jedoch im vorliegenden Fall ausnahmsweise nicht ausgeschlossen, dass der Täter sich sowohl wegen Raubes als auch wegen räuberischer Erpressung strafbar mache. Zu diesem Ergebnis wäre auch die Literaturauffassung gekommen, da nach dieser lediglich ausgeschlossen ist, dass dieselbe Hand-

lung sowohl den Tatbestand des Raubes als auch den der räuberischen Erpressung verwirklicht. Vorliegend wurden aber der (versuchte) Raub und die räuberische Erpressung durch unterschiedliche Handlungen begangen.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung/Zueignung: *BGH*, StV 2000, 78; 2009, 357; NStZ 2010, 391; *Badle*, NJW 2008, 1028; *Ebel*, JZ 1983, 184

❑ Zum Verhältnis von Raub und räuberischer Erpressung: *BGH*St 25, 224; *BGH*, NStZ 1999, 350; 2003, 604; *Krack*, NStZ 1999, 134; *Seelmann*, JuS 1982, 914

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Geldeintreiber"

❑ *Examenskurs*: "Trio mit vier Fäusten"

Leitsatz (der Redaktion):

Bei der Erpressung ist die Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils normatives Tatbestandsmerkmal, auf das sich der zumindest bedingte Vorsatz des Täters erstrecken muss. Der Täter will sich dann zu Unrecht bereichern, wenn er einen Vermögensvorteil erstrebt, auf den er keinen rechtlich begründeten Anspruch hat. Allein der Umstand, dass ein fälliger Anspruch mit Nötigungsmitteln durchgesetzt werden soll, macht den begehrten Vorteil nicht rechtswidrig. Entsprechendes gilt für das Tatbestandsmerkmal der Rechtswidrigkeit der Zueignung beim Tatbestand des Raubes im Sinne des § 249 StGB.

Sachverhalt:

Der Geschädigte hatte wegen eines längere Zeit zurückliegenden Besuchs in einer vom Angeklagten betriebenen Bar Zechschulden in Höhe von etwa 570 €. Nachdem er in den frühen Morgenstunden des 29. Februar 2008 erneut die Bar des Angeklagten aufgesucht und im weiteren Verlauf erklärt hatte, die während dieses Besuchs aufgelaufene Getränkerechnung in Höhe von 100 € ebenfalls nicht bezahlen zu können, entschloss sich der in der Bar anwesende Angeklagte, ihn nicht gehen zu lassen, ohne ihm zuvor Geld und Wertsachen abgenommen zu haben. In Ausführung dieses Entschlusses bedrohte er ihn mit einer Pistole und schlug ihn sodann mit der Waffe mehrfach wuchtig auf den Kopf und ins Gesicht. Der Geschädigte erlitt dadurch u.a. Frakturen der linken Augen- und Kieferhöhle. Daraufhin befahl der Angeklagte dem Geschädigten in Anwesenheit des nicht revidierenden Mitangeklagten G, ihm sein ganzes Geld sowie andere, möglicherweise vorhandene Wertgegenstände ohne Rücksicht darauf, wem sie gehörten, unverzüglich auszuhändigen. Wie vom Angeklagten vorausgesehen, kam der Geschädigte diesem Verlangen unter dem Eindruck der zuvor erlittenen Misshandlungen ohne Zögern nach und legte u.a. 30 € Bargeld sowie die EC-Karte seiner Freundin K samt Zettel mit zugehöriger PIN auf den Tisch. Die EC-Karte mit dem Zettel hatte er vor Verlassen der Wohnung ohne Wissen und Erlaubnis seiner Freundin mitgenommen, um Geld von ihrem Girokonto abheben und damit die für den Abend geplanten Gaststätten- und Barbesuche finanzieren zu können. Mangels Kontodeckung war dieses Vorhaben jedoch fehlgeschlagen. Trotz Hinweises des Geschädigten darauf, dass die Berechtigte der EC-Karte seine Freundin sei, ging der Angeklagte davon aus, dass dieser die Karte samt Zettel mit PIN einem Dritten gestohlen hatte, was er auch äußerte. Er vermutete weitere versteckte Wertgegenstände oder gestohlene EC-Karten in der Kleidung des Geschädigten und durchsuchte diese mit dem Mitangeklagten G, allerdings ohne Erfolg. Sodann beauftragte er G, an einem Geldautomat mit der EC-Karte eine Abhebung vorzunehmen, was jedoch wegen der fehlenden Kontodeckung nicht gelang. Der Angeklagte, dem bewusst war, dass er keine Berechtigung zur Geldabhebung von dem fremden Konto hatte, ließ den Geschädigten nach Rückkehr des Mitangeklagten G gehen, behielt aber die EC-Karte mit der auf dem Zettel vermerkten PIN für sich, um später nochmals eine Geldabhebung zu versuchen.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts; Rechtsmittel

[1, 2] Das Landgericht hat den Angeklagten wegen versuchten schweren Raubes in Tateinheit mit versuchter schwerer räuberischer Erpressung und gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt und ferner ausgesprochen, dass von der Freiheitsstrafe drei Monate als verbüßt gelten. Gegen dieses Urteil wendet sich der Angeklagte mit der nicht näher ausgeführten Sachrüge. Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg. [...]

II. Entscheidung des BGH

[3] Die Nachprüfung des angefochtenen Urteils auf Grund der Sachrüge hat einen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten nicht ergeben.

[4] Die rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen tragen den Schuldspruch. Dies gilt auch, soweit das Landgericht angenommen hat, der Angeklagte habe sich wegen versuchten schweren Raubes in Tateinheit mit versuchter schwerer räuberischer Erpressung strafbar gemacht. Entgegen der Ansicht des Generalbundesanwalts fehlt es weder an der Absicht der rechts-

widrigen Zueignung noch an der der unrechtmäßigen Bereicherung.

1. Zur Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung bei §§ 253 I, 255 StGB und der beabsichtigten Zueigung bei § 249 I StGB

[5] Bei der Erpressung ist die Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils normatives Tatbestandsmerkmal, auf das sich der zumindest bedingte Vorsatz des Täters erstrecken muss (Senatsbeschluss vom 17. Juni 1999 – 4 StR 12/99, StV 2000, 79). Der Täter will sich dann zu Unrecht bereichern, wenn er einen Vermögensvorteil erstrebt, auf den er keinen rechtlich begründeten Anspruch hat (BGH, Beschluss vom 21. Dezember 1998 – 3 StR 434/98). Allein der Umstand, dass ein fälliger Anspruch mit Nötigungsmitteln durchgesetzt werden soll, macht den begehrten Vorteil nicht rechtswidrig (BGHSt 20, 136, 137). Entsprechendes gilt für das Tatbestandsmerkmal der Rechtswidrigkeit der Zueignung beim Tatbestand des Raubes im Sinne des § 249 StGB (BGH, Beschluss vom 15. Mai 2001 – 3 StR 153/01).

2. Zur Absicht rechtswidriger Bereicherung des Angeklagten

a) Zur Absicht rechtswidriger Bereicherung

[6] Gemessen daran ist die Würdigung des Landgerichts, der Angeklagte habe sich zu Unrecht bereichern wollen, aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

[7] Zwar hatte der Angeklagte gegenüber dem Geschädigten nach den Feststellungen zwei fällige und einredefreie Forderungen in Höhe von insgesamt etwa 670 € aus Zechschulden. Auch blieb der vom Angeklagten unter dem Druck der Misshandlungen herausgegebene Geldbetrag mit 30 € deutlich unter der im Ergebnis berechtigten Gesamtforderung. Die Strafkammer hat jedoch ferner festgestellt, dass sich der Angeklagte von dem Geschädigten die EC-Karte sowie die auf einem Zettel vermerkte PIN der Zeugin K aushändigen ließ, um sie zur Abhebung von Geldbeträgen in nicht näher festgestellter Höhe einzusetzen, und dabei in der Vorstellung handelte, der Geschädigte habe diese Karte einer unbekannten Berechtigten zuvor entwendet. Damit ist die Absicht rechtswidriger Bereicherung hinreichend dargetan, da der Angeklagte, wie das Landgericht weiter ausgeführt hat, sich darüber im Klaren war, dass er keine Berechtigung hatte, sich durch Abhebung von einem nicht dem Angeklagten gehörenden Konto im Hinblick auf seine Forderungen gegen diesen schadlos zu halten.

b) Zur Absicht rechtswidriger Zueignung

[8] Auch die subjektive Seite des Raubtatbestandes ist ausreichend belegt. Der Angeklagte hatte die erforderliche Absicht der rechtswidrigen Zueignung. Das Landgericht hat insoweit festgestellt, dass der Angeklagte, der nicht glaubte, dass der Geschädigte seine Taschen vollständig entleert hatte, unter Mitwirkung des Mitangeklagten G dessen Kleidung - im Ergebnis ohne Erfolg - nach weiteren, möglicherweise versteckten Wertgegenständen und anderen EC-Karten durchsuchte, um sich diese zur Verwertung ohne Rücksicht darauf zuzueignen, in wessen Eigentum sie standen. Dabei ging der Angeklagte insbesondere davon aus, dass die weiteren EC-Karten, nach denen er suchte, vom Geschädigten den jeweils Berechtigten zuvor entwendet worden waren.

3. Zur Annahme von Tateinheit zwischen Raub und räuberischer Erpressung

[9] Auch die Annahme von Tateinheit zwischen dem Tatbestand des versuchten Raubes und dem der versuchten schweren räuberischen Erpressung lässt einen Rechtsfehler nicht erkennen. Es trifft zwar zu, dass für die Abgrenzung des Raubes von der räuberischen Erpressung nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs allein das äußere Erscheinungsbild des vermögensschädigenden Verhaltens des Verletzten maßgeblich ist (vgl. nur BGHSt 7, 252, 254; BGH, Beschluss vom 19. Januar 1999 - 4 StR 663/98, BGHR StGB § 255 Konkurrenzen 4 m.w.N.) und der Tatbestand des (versuchten) Raubes hinter dem der vollendeten räuberischen Erpressung zurücktreten kann, wenn die erzwungene Herausgabe der verlangten Sache und nicht die Duldung ihrer Wegnahme das Tatbild prägt (so Senatsbeschluss vom 21. Oktober 1997 - 4 StR 464/97). Das Landgericht hat indes im vorliegenden Fall ein - rechtsfehlerfrei als Tateinheit bewertetes - zweiaktiges Geschehen festgestellt, bei dem der Geschädigte zunächst unter dem Eindruck von erheblichen Misshandlungen verlangte Sachen herausgab und im Anschluss (zusätzlich) die - erfolglose - Durchsuchung seiner Kleidung nach weiteren Wertgegenständen durch den Angeklagten und den Mittäter G dulden musste.

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht Problem: Gemeindlicher Protestaufruf

VG GERA, BESCHLUSS VOM 06.07.2010
2 E 465/10 (NVWZ-RR 2011, 79)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall hatte die Stadtverwaltung Gera in Person des Oberbürgermeisters die Bevölkerung in einer Zeitung zur Teilnahme an Gegenkundgebungen zu einer NPD-Veranstaltung aufgerufen. Die NPD verlangte, es der Stadt im Wege einer einstweiligen Anordnung gerichtlich zu untersagen, weitere derartige Aufrufe zu tätigen. Der Antrag hatte Erfolg.

Das VG entschied, dass ein Grundrechtseingriff gegenüber der NPD vorliege, der rechtswidrig und daher nicht zu dulden sei. Grundrechtsrelevante Äußerungen staatlicher Stellen bedürften einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage, die hier nicht ersichtlich sei. Insbesondere könne sich die Stadt weder auf ihre Selbstverwaltungsautonomie aus Art. 28 II GG noch auf ein Meinungsäußerungsrecht berufen. Erstere sei nicht tangiert, letzteres setze - sofern es überhaupt bestehe - jedenfalls voraus, dass die Äußerung sachlich bleibe, woran es hier fehle.

Liegt ein nicht zu rechtfertigender Grundrechtseingriff vor, so ist gewohnheitsrechtlich anerkannt, dass dem Betroffenen ein Anspruch auf Unterlassen weiterer Äußerungen zusteht, sofern Wiederholungsgefahr droht. Dieser Anspruch wird nicht selten - so auch hier - im Wege einer einstweiligen Anordnung durchgesetzt werden müssen, weil regelmäßig Eile geboten ist.

Prüfungsrelevanz:

Das Thema "Zulässigkeit staatlicher Äußerungen" beschäftigt seit Jahren die Gerichte. In letzter Zeit lebt es besonders wieder auf, wie die bereits in der "RA" veröffentlichten Fälle zeigen, z.B. das Vorgehen der ehemaligen Eisschnellläuferin Claudia Pechstein gegen eine Äußerung des BKA (VG Wiesbaden, RA 2011, 13; dort ging es allerdings um unwahre Tatsachenbehauptungen, während es hier um Werturteile ging). Die materiellen Probleme sind immer ähnlich:

I. Liegt überhaupt ein öffentlich-rechtliches Handeln oder eine private Äußerung des Amtswalters vor (wichtig schon für die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs)?

II. Stellt diese Äußerung einen Grundrechtseingriff dar (problematisch, da keine Rechtsfolgen bewirkt werden, es sich also lediglich um mittelbar-faktische Auswirkungen handelt)?

III. Lässt sich dieser Eingriff rechtfertigen (bedarf er einer gesetzlichen Grundlage, und wenn ja, worin könnte eine solche gesehen werden)?

Die nachstehende Falllösung bettet diese Fragestellungen in eine verwaltungsgerichtliche Entscheidung (einstweilige Anordnung nach § 123 I VwGO) ein. Sie könnten sich aber auch im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde stellen, mit der ein Betroffener seine Grundrechtsverletzung vor dem BVerfG rügt. In dieser Konstellation wäre der Einstieg natürlich nicht über den öffentlich-rechtlichen Unterlassungs- oder Folgenbeseitigungsanspruch, sondern unmittelbar über die Grundrechtsverletzung (Schutzbereich, Eingriff, Rechtfertigung) vorzunehmen.

Vertiefungshinweise:

❑ Unterlassungsanspruch gegen Werturteile von Hoheitsträgern: *OVG Münster*, NWVBl 2010, 355

❑ Öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch gegen Tatsachenbehauptungen: *BVerwG*, RA 2008, 669 = DVBl 2008, 1242 (Millî Görüs); *VG Wiesbaden*, RA 2011, 13 = NVwZ 2011, 21 (Fall Pechstein)

❑ Öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch in anderen Fällen: *OVG Münster*, RA 2010, 38 = DÖV 2009, 725 (Videoüberwachung einer Bibliothek); *OVG Lüneburg*, RA 2009, 154 = NVwZ 2009, 258 (wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden); *VG Arnsberg*, RA 2007, 623 (sakrales Glockengeläut)

❑ Zulässigkeit staatlicher Äußerungen: *Murswiek*, NVwZ 2003, 1

❑ Zur Entwicklung des Presse- und Äußerungsrechts bis 2010: *Sajuntz*, NJW 2010, 2992

❑ Zulässige Vorwegnahme der Hauptsache: *VG Oldenburg*, RA 2006, 175 = NVwZ-RR 2006, 127

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Alcopops"

Leitsätze:

1. Zur Befugnis eines Oberbürgermeisters, in amtlicher Eigenschaft im Rahmen der "Öffentlichen Bekanntmachungen" einer Großstadt dazu aufzurufen, gegen eine angemeldete Demonstration zu protestieren (hier verneint).

2. Für das Begehren, eine thüringer Kommune zu verpflichten, im amtlichen Teil ihres Amtsblattes bestimmte Äußerungen zu unterlassen, ist der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 VwGO eröffnet.
3. Amtliche Äußerungen eines Hoheitsträgers, die in Grundrechte eingreifen, bedürfen einer Rechtsgrundlage.
4. Die Thüringer Kommunalordnung bietet einer thüringer Kommune keine Rechtsgrundlage für einen Aufruf zu einer "Gegendemonstration" bezüglich einer bei ihr angemeldeten und nicht verbotenen Demonstration einer politischen Partei.

Sachverhalt:
Die NPD - im Folgenden: Antragstellerin (ASt.) - hat für den 10. Juli 2010 die Durchführung einer öffentlichen Versammlung unter dem Thema "Deutsches Geld für deutsche Ausgaben, raus aus dem Euro!" in Gera (G.) angemeldet und diese im Internet als „8. Rock für Deutschland" bezeichnet. Musikalische Darbietungen stellen einen wesentlichen Teil der Veranstaltung dar. Bei der Stadt Gera - im Folgenden: Antragsgegnerin (Ag.) - als zuständiger Versammlungsbehörde wurden hierzu mehrere Gegenveranstaltungen angemeldet.
In G. erscheint der "Kommunale Anzeiger", eine Tageszeitung, die über einen mit "Öffentliche Bekanntmachungen der Stadt G." überschriebenen Teil verfügt. Herausgeber dieses Teils ist in amtlicher Eigenschaft der Oberbürgermeister von G. Dort erschien am 25. Juni 2010 folgender Text:

"Am 10. Juli 2010 soll in unserer Stadt auf der Spielwiese zum achten Mal „Rock für Deutschland" stattfinden. Eine Kundgebung der NPD, die alles andere ist als es der offenbar harmlose Titel wohl nahe legen soll. Im vergangenen Jahr versammelten sich rund 4.000 Menschen auf der Spielwiese, die mit demokratiefeindlichen Liedtexten und Reden beschallt wurden und solchen Parolen zujubelten. Wenn wir das tolerieren und unserem Unmut keinen Ausdruck verleihen, werden Rechtsextreme sich weiter in ihrer Weltsicht bestärkt sehen. Wohin das führt, hat die Geschichte schmerzlich gezeigt.
G. ist UNSERE Stadt! Eine moderne und weltoffene Stadt. G. darf nicht zum Pilgerort von Nazis werden und zum Ort, an dem sie sich ausbreiten und einrichten. Das schädigt das Ansehen unserer Stadt, seiner Bürgerinnen und Bürger und hält Investoren ab, sich hier anzusiedeln.
Ich bitte Sie deshalb, am 10. Juli auf die Straße zu gehen und wie die Menschen in Jena, Dresden oder Erfurt ein unübersehbares Zeichen des friedlichen Protestes und des gemeinsamen bürgerschaftlichen Engagements zu setzen! Machen wir gemeinsam klar, dass wir diese Art von Veranstaltungen und jede Form demokratiefeindlichen Gedankenguts ablehnen. Der Runde Tisch für Toleranz und Menschlichkeit, gegen Gewalt und Menschenfeindlichkeit, das G.er Aktionsbündnis gegen Rechts und die Ökumene der G.er Kirchengemeinden veranstalten an diesem Tag Kundgebungen und Aktionen rund um die Spielwiese. Ich rufe sie auf, am 10. Juli friedlich gegen Nazismus und dieses NPD-Fest „Rock für Deutschland" zu protestieren. Gemeinsam-Friedlich-Konsequent gegen Nazismus und Fremdenfeindlichkeit in G.!
Dr. D, Oberbürgermeister der Otto-Dix-Stadt G." [Als Anhang folgte ein genauer Zeit- und Ortsplan der Gegenkundgebungen.]

Am 30. Juni 2010 hat die ASt. das Verwaltungsgericht (VG) um Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes nachgesucht, wodurch sie erreichen möchte, dass die Ag. weitere derartige Äußerungen im "Kommunalen Anzeiger" unterlässt. Sie ist der Auffassung, staatliche Stellen dürften nicht willkürlich zum Protest gegen nicht verbotene Veranstaltungen aufrufen. Der Anordnungsgrund folge daraus, dass Wiederholungsgefahr bestehe. Der „Kommunale Anzeiger" erscheine vor der geplanten Veranstaltung am 10. Juli 2010 noch einmal, und es sei zu befürchten, dass die Stadt G. weitere ähnliche Aufrufe erlasse, zumal sie sich geweigert habe, außergerichtlich eine Unterlassungserklärung abzugeben.
Die Ag. meint hingegen, ihre Äußerung verletze nicht das Gebot der Sachlichkeit. Bei der Aufforderung im "Kommunalen Anzeiger" liege eine zulässige Öffentlichkeitsarbeit vor, da eine Aufgabe der Antragsgegnerin betroffen sei, nämlich das tolerante und friedliche Zusammenleben der Menschen im Gebiet der Antragsgegnerin zu fördern. Eine gesetzliche Ermächtigung für diese Öffentlichkeitsarbeit sei nicht erforderlich.

Hat der Antrag vor dem VG Erfolg?

Lösung:
Der Antrag hat Erfolg, soweit er zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

I. Verwaltungsrechtsweg
Um vor dem VG Erfolg haben zu können, müsste zunächst der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Ob es sich um eine "öffentlich-rechtliche Streitigkeit" im Sinne des § 40 I 1 VwGO handelt, ist bei staatlichen Äußerungen nicht selten problematisch, denn diese sind von privaten Meinungskundgaben der Amtswalter zu unterscheiden. Hierzu wird die sog. "Kehrseitentheorie" fruchtbar gemacht: Handelt es sich um eine private Äußerung des Amtswalters, richtet sich

der Rechtsschutz hiergegen nach Privatrecht, spielt also vor den ordentlichen Gerichten. Handelt es sich hingegen um eine staatliche Äußerung im Sachzusammenhang mit dem Amt, welches dem Amtswalter übertragen worden ist, liegt eine öffentlich-rechtliche Maßnahme vor, gegen die um Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten nachzusuchen ist. Dies erkennt auch das VG, welches sich für eine hoheitliche Maßnahme entscheidet:

"Der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 der Verwaltungsgerichtsordnung - VwGO - ist eröffnet. Die danach für das Beschreiten des Verwaltungsrechtsweges erforderliche öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt vor, da der Streit nach Maßgabe des öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruchs zu entscheiden ist. Die von der Antragstellerin als Eingriff beanstandete Bekanntmachung der Antragsgegnerin befindet sich im "Kommunalen Anzeiger" im Teil "Öffentliche Bekanntmachungen der Stadt G.", so dass schon deshalb der erforderliche Sachzusammenhang mit den hoheitlichen Tätigkeiten der Antragsgegnerin hergestellt ist."

[Anm.: Diese Begründung ist i.E. zutreffend, jedoch reichlich knapp. In einem Gutachten hätte noch ausgeführt werden können, dass hier erkennbar die Amtsautorität des Oberbürgermeisters in die Waagschale gelegt wird, dass er mehrfach von der "Stadt" spricht, mit Amtsbezeichnung unterzeichnet hat usw.]

II. Statthaftigkeit

Im vorläufigen Rechtsschutz sind die Anträge nach §§ 80 V, 80a VwGO einerseits und der Antrag nach § 123 I VwGO andererseits zu unterscheiden. Vorrangig kommt gem. § 123 V VwGO ein Antrag nach §§ 80 V, 80a VwGO in Betracht. Ein solcher ist statthaft, wenn der Vollzug eines belastenden Verwaltungsakts droht. Hier geht es jedoch nicht um einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 VwVfG, sondern um eine schlicht-hoheitliche Äußerung, der schon mangels Regelungswirkung kein VA-Charakter zukommt. Somit bleibt ein Antrag nach § 123 I VwGO auf Erlass einer einstweiligen Anordnung:

"Der Antrag ist als Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes nach § 123 Abs. 1 VwGO statthaft. In einem Hauptsacheverfahren ist der Unterlassungsanspruch im Wege der allgemeinen Leistungsklage geltend zu machen, da die Unterlassung eines als schlicht hoheitlich einzuordnenden Verhaltens der Antragsgegnerin verlangt wird."

[Anm.: Das VG unterscheidet - wie in praxi üblich - nicht zwischen Sicherungsanordnung nach § 123 I 1 VwGO und Regelungsanordnung nach § 123 I 2 VwGO. Hier wäre es eine Sicherungsanordnung gewesen, da es um den Erhalt des status quo - Schutz vor weiteren Aufrufen - ging.]

III. Antragsbefugnis

Die ASt. müsste analog § 42 II VwGO antragsbefugt sein. Dies setzt die Möglichkeit einer Verletzung ihrer subjektiv-öffentlichen Rechte voraus. Sie begehrt hier eine einstweilige Anordnung auf Unterlassen weiterer Äußerungen gegen die Ag. Es erscheint nicht von vornherein ausgeschlossen, dass sie einen entsprechenden öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch geltend machen kann. Dieser gewohnheitsrechtlich anerkannte, aus § 1004 BGB analog entwickelte Anspruch dient der Abwehr von grundrechtsverletzenden staatlichen Eingriffen. Dass die Ag. weitere Äußerungen beabsichtigt und diese Grundrechte der ASt. verletzen könnten - namentlich solche aus Art. 3 I GG, 5 I GG oder 8 I GG - erscheint zumindest möglich.

IV. Antragsgegner

Der Antrag ist gegen den potenziellen Streitgegner der Hauptsache zu richten. Hier wäre eine allgemeine Leistungsklage auf Unterlassen weiterer Äußerungen zu erheben, die gegen den Rechtsträger zu richten ist. Die Ag. ist als kreisfreie Stadt eine Gebietskörperschaft und somit als juristische Person des öffentlichen Rechts Trägerin von Rechten und Pflichten. Der auf Unterlassen weiterer Äußerungen ihres Oberbürgermeisters abzielende Antrag ist daher zutreffend gegen sie gerichtet worden.

V. Allgemeines Rechtsschutzinteresse

"Der Antrag ist darüber hinaus zulässig. Insbesondere steht der Antragstellerin das erforderliche Rechtsschutzinteresse zur Seite, da sie nicht auf einfachere Art und Weise das geltend gemachte Rechtsschutzziel erreichen kann. Eine von der Antragstellerin gegenüber der Antragsgegnerin außergerichtlich verlangte Unterlassungserklärung ist erfolglos geblieben."

B. Begründetheit

"Nach § 123 Abs. 1 VwGO kann auf Antrag das Gericht, auch schon vor Klageerhebung, eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert wird. Nach Satz 2 der Vorschrift sind einstweilige Anordnungen auch zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn diese Regelung, vor allem bei dauernden Rechtsverhältnissen, nötig erscheint, um wesentliche Nachteile abzuwenden oder drohende Gewalt zu verhindern oder aus sonstigen Gründen erforderlich ist. Die Antragstellerin hat hierzu einen Anordnungsanspruch und einen Anordnungs-

grund darzulegen und glaubhaft zu machen (§ 123 Abs. 3 VwGO. i. V. m. § 920 Abs. 2, § 294 ZPO)."

I. Anordnungsanspruch

1. Anspruchsgrundlage
"Der Anspruch der Antragstellerin auf Unterlassung der bezeichneten amtlichen Äußerung beruht auf dem allgemein anerkannten öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch in entsprechender Anwendung des § 1004 BGB, der über das in der Norm explizit genannte Eigentum hinaus bei der Verletzung anderer absoluter Rechte entsprechend anzuwenden ist."

2. Tatbestand
Dieser Anspruch setzt voraus, dass durch hoheitliches Handeln der Antragsgegnerin in ein subjektives Recht der Antragstellerin eingegriffen, dadurch ein objektiv rechtswidriger Zustand geschaffen wird und die konkrete Gefahr der Wiederholung dieser Rechtsbeeinträchtigung droht.

a. Hoheitliches Handeln
Wie bereits oben zum Verwaltungsrechtsweg ausgeführt, lag mit der Äußerung in den "Kommunalen Nachrichten " eine staatlich-hoheitliche Äußerung vor.

b. Eingriff in ein subjektiv-öffentliches Recht
Fraglich ist, ob die Ag. durch ihre Äußerung in subjektiv-öffentliche Rechte der ASt. eingegriffen hat. Als solche kommen hier nur Grundrechte in Betracht.

aa. Schutzbereich betroffen
Dann müsste zunächst der Schutzbereich eines Grundrechts der ASt. betroffen sein.

(1). Meinungsfreiheit
Zunächst könnte die Meinungsfreiheit aus Art. 5 I 1, 1. Hs GG betroffen sein. Sie gibt neben der positiven Freiheit, die eigene Meinung zu äußern, auch das Recht, von staatlichen Meinungsäußerungen verschont zu bleiben. Fraglich ist, ob diese "negative Meinungsfreiheit" hier betroffen ist.
Dann müsste in der Äußerung der Ag. eine Meinungskundgabe liegen. "Meinung" ist jede wertende Stellungnahme, also eine solche, die durch subjektive Elemente des Meinens und Dafürhaltens geprägt ist. Dadurch unterscheidet sie sich von einer Tatsachenbehauptung, die objektiv geprägt, d.h. dem Beweis zugänglich ist.
Die im "Kommunalen Anzeiger" veröffentlichte Mitteilung enthält einige dem Beweis zugängliche Tatsachenelemente, z.B. Ort und Zeit der Veranstaltung, deren Bezeichnung als "8. Rock für Deutschland", die Angabe des Veranstalters und einiges mehr. In ihrem Gesamtgepräge stellt sie sich jedoch als Werturteil dar, dem die Tatsachenelemente völlig untergeordnet sind. Sie dienen nur dem besseren Verständnis des Aufrufs. Die Veranstaltung der ASt. wird als "alles andere als harmlos" bezeichnet, weil sie "demokratiefeindlich" sei. Wohin der Nationalsozialismus führe, habe "die Geschichte schmerzlich gezeigt". Demgegenüber sei die Stadt G. "modern" und "weltoffen". Sie dürfe nicht "zum Pilgerort von Nazis werden". All dies sind Wertungen, die der Äußerung ihr Gesamtgepräge geben. Somit ist der (sachliche) Schutzbereich der (negativen) Meinungsfreiheit betroffen. Auf diesen kann sich die ASt. nach Art. 19 III GG auch berufen.

(2). Versammlungsfreiheit
Auch die Versammlungsfreiheit aus Art. 8 I GG gibt neben dem Recht, sich friedlich und ohne Waffen zu versammeln, auch das Recht, von staatlichen Störungen einer Versammlung verschont zu bleiben.
Bei der Veranstaltung der ASt. müsste es sich demnach zunächst um eine Versammlung handeln. Was genau unter einer Versammlung zu verstehen ist, ist streitig. Der engste Versammlungsbegriff verlangt die Teilnahme an der öffentlich-politischen Meinungsbildung durch Kundgabe entsprechender Inhalte. Dies ist bei einer NPD-Veranstaltung unter dem Thema "Deutsches Geld für deutsche Ausgaben, raus aus dem Euro!" unzweifelhaft der Fall. Dass bei dieser Gelegenheit auch Musik gespielt werden soll, ist jedenfalls dann irrelevant, wenn es sich - wie hier - bei der Musik ebenfalls um solche mit politischen (hier: rechtsgerichteten) Inhalten handelt. Dass dem so sein sollte, zeigte die Vergangenheit und wurde von der ASt. auch nicht in Abrede gestellt. Sind selbst die Voraussetzungen des engsten Versammlungsbegriffs erfüllt, mag dahin stehen, ob dieser nach a.A. noch erweitert werden muss.
Die Versammlungsfreiheit wird hier insoweit betroffen, als die Äußerungen der Ag. sich zum einen gegen die von der ASt. zu verbreitenden Meinungsinhalte richten, sie zum anderen mit dem Aufruf zur Beteiligung an Gegenveranstaltungen denknotwendig gleichzeitig zur Nichtteilnahme an der Veranstaltung der ASt. aufruft. Art. 8 I GG tritt neben Art. 5 I 1 GG, soweit (auch) die Meinungsfreiheit betroffen ist (BVerfGE 82, 236, 258; Sachs-Bethge, GG, Art. 5 Rn 47).

(3). Vereinigungsfreiheit
Schließlich könnte die Vereinigungsfreiheit des Art. 9 I GG betroffen sein. Diese gibt jedermann das Recht, Vereine zu bilden. Zu Vereinen in diesem Sinne gehören auch Parteien wie die ASt. Allerdings wird hier nicht die Bildung der Partei in Frage gestellt. Der Außenkontakt der Mitglieder der Vereinigung ist von Art. 9 I GG nur insoweit geschützt, als es um die Bildung und Aufrechterhaltung der Vereinigung geht,

also z.B. um Mitgliederwerbung. Die Selbstdarstellung nach außen ist jedoch allein über die insoweit spezielleren Art. 5 und 8 GG geschützt (BVerfGE 30, 227, 241; 84, 372, 378; Sachs-Höfling, GG, Art. 9 Rn 17). Somit ist Art. 9 I GG hier nicht betroffen.

[Anm.: Das VG prüft die Schutzbereichsbetroffenheit von Grundrechten gar nicht, sondern widmet sich nur der Eingriffsqualität der Äußerung (dazu sogleich). Es wird lediglich in einem Ergebnissatz behauptet: "Als Rechte der Antragstellerin sind die Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG i. V. m. Art. 19 Abs. 3 GG) sowie die Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 Abs. 1 GG und die Versammlungsfreiheit nach Art. 8 GG betroffen." Dies wäre für ein Gutachten im juristischen Staatsexamen viel zu knapp und ungenau, zumal wenn man sich - wie offensichtlich das VG - hinsichtlich Art. 9 I GG gegen das BVerfG und die ganz h.M. stellen will.]

bb. Eingriff

Fraglich ist, ob der Veröffentlichung der Ag. hier Eingriffscharakter hinsichtlich Art. 5 I 1, 1. Hs GG und Art. 8 I GG zukommt, obwohl es sich - wie oben erläutert - nicht um einen Rechtsakt, sondern schlichthoheitliche Verhaltensempfehlungen handelt. Das VG bejaht dies:

"Der Umstand, dass es sich um eine amtliche Äußerung handelt, steht dem Eingriffscharakter nicht entgegen. Zwar ist nicht jedes staatliche Informationsverhalten und nicht jede Teilhabe des Staates am Prozess der öffentlichen Meinungsbildung als Grundsrechtseingriff zu bewerten. Maßgebend ist vielmehr, ob der Schutzbereich eines Grundrechts berührt wird und ob die Beeinträchtigung eine eingriffsgleiche Maßnahme darstellt. Dafür reicht eine mittelbar faktische Wirkung aus (vgl. BVerfG, Beschl. v. 26. Juni 2002 - 1 BvR 670/91 - zitiert nach juris). Eine solche Wirkung mit Eingriffsqualität entfalten die amtlichen Äußerungen der Antragsgegnerin, da sie öffentlich dazu aufruft, gegen die nicht verbotene Veranstaltung der Antragstellerin zu demonstrieren. Damit wird bezweckt, die politischen Aktivitäten der Antragstellerin und die Verbreitung der von ihr vertretenen Meinungen zu verhindern."

[Anm.: Festzuhalten ist also, dass jedenfalls finale staatliche Äußerungen, also solche, die gerade auf eine Beeinträchtigung der Rechte des Betroffenen abzielen, Eingriffsqualität haben.]

c. Keine Duldungspflicht

Ein Unterlassungsanspruch besteht nur gegenüber rechtswidrigen Folgen, also solchen Äußerungen, die nicht zu dulden sind. Das VG verneint hier eine solche Duldungspflicht:

aa. Voraussetzungen

"Amtliche Äußerungen eines Hoheitsträgers mit Eingriffsqualität sind gerechtfertigt, wenn sich der Hoheitsträger im Rahmen der ihm zugewiesenen Aufgaben bewegt und die rechtsstaatlichen Anforderungen an hoheitliche Äußerungen in der Form des Sachlichkeitsgebotes gewahrt sind. Dies erfordert es, dass mitgeteilte Tatsachen zutreffend wiedergegeben werden und Werturteile nicht auf sachfremden Erwägungen beruhen und den sachlich gebotenen Rahmen nicht überschreiten sowie auf einem im Wesentlichen zutreffenden und zumindest sachgerecht und vertretbar gewürdigten Tatsachenkern beruhen. Außerdem dürfen die Äußerungen im Hinblick auf das mit der Äußerung verfolgte sachliche Ziel im Verhältnis zu den Grundrechtspositionen, in die eingegriffen wird, nicht unverhältnismäßig sein."

[Anm.: Juristisch sauberer wäre es gewesen, einfach nach der Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs zu fragen. Diese hätte sich zwanglos verneinen lassen: Art. 5 I 1, 1.Hs und Art. 8 I GG stehen zwar unter Gesetzesvorbehalt, eine gesetzliche Ermächtigung zur Abgabe der streitgegenständlichen Äußerungen ist aber nicht ersichtlich. Allein deshalb waren die Äußerungen der Ag. rechtswidrig. Auf die vom VG genannten Kriterien (von denen unerklärt bleibt, woher sie stammen und warum sie bei Vorliegen eine Rechtfertigung ermöglichen sollen) käme es dann gar nicht an.]

bb. Subsumtion

Vorliegend verstößt das Verhalten der Antragsgegnerin gegen diese Vorgaben.

(1). Rechtfertigung über die Selbstverwaltungsautonomie, Art. 28 II GG

Der gemeindliche Aufgabenkreis der Antragsgegnerin umfasst die Regelung aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung (Art. 28 II 1 GG, § 2 I ThürKO). Besonders herausgehoben sind nach § 2 II ThürKO die harmonische Gestaltung der Gemeindeentwicklung unter Beachtung der Belange der Umwelt und des Naturschutzes, des Denkmalschutzes und der Belange von Wirtschaft und Gewerbe, die Bauleitplanung, die Gewährleistung des örtlichen öffentlichen Personennahverkehrs, die Versorgung mit Energie und Wasser, die Abwasserbeseitigung und Reinigung, die Sicherung und Förderung eines bedarfsgerechten öffentlichen Angebotes an Bildung und Kinderbetreuungseinrichtungen, die Entwicklung der Freizeit- und Erholungseinrichtungen sowie des kulturellen und sportlichen Lebens, des öffentlichen Wohnungsbaues, die gesundheitliche und soziale Betreuung, die Aufrechterhaltung der öffentlichen Reinlichkeit, das Bestattungswesen und der Brandschutz.

Zwar begründet die Antragsgegnerin ihren Aufruf u. a. damit, dass die Veranstaltung der Antragstellerin das Ansehen der Stadt, seiner Bürgerinnen und Bürger schädige und damit Investoren davon abhalte, sich in G. anzusiedeln. Damit könnte ein Bezug zu § 2 II ThürKO und die dort genannten Belange von Wirtschaft und Gewerbe hergestellt sein, wenn erkennbar würde, dass die Veranstaltung der Antragstellerin tatsächlich geeignet ist, Investoren davon abzuhalten, sich in G. anzusiedeln. Jedoch erschließt sich weder aus dem öffentlichen Aufruf der Antragsgegnerin noch aus den Äußerungen der Antragsgegnerin im gerichtlichen Eilverfahren, dass die behauptete Schädigung des Ansehens der Stadt G. mit abschreckender Wirkung auf Investoren auf sachgerechten Ermittlungen der Antragsgegnerin beruht. Vielmehr drängt sich auf, dass die Antragsgegnerin solche nachteiligen Wirkungen lediglich vermutet. Es ist auch keineswegs ersichtlich, dass G. sich „zum Pilgerort von Nazis" entwickelt, zu einem „Ort, an dem sie sich ausbreiten und einrichten". In ihrem Schriftsatz hat die Ag. dazu keinerlei Tatsachenmaterial geliefert. [...]
Ferner hält sich der amtliche Aufruf der Antragsgegnerin nicht im Rahmen der Sachlichkeit. [...] Es ist bereits nicht Sache der Verwaltung selbst zu Versammlungen aufzurufen, die nach § 14 des Versammlungsgesetzes bei ihr angemeldet werden müssen. Ferner erweckt der Zusammenhang zwischen einem amtlichen Aufruf [...] sowie der gleichzeitigen Zuständigkeit der Antragsgegnerin als Anmeldebehörde für diese Versammlungen den Eindruck fehlender Neutralität der Antragsgegnerin. [...] Es führt auch nicht weiter, wenn die Antragsgegnerin betont, dass sie zu friedlichen Protesten gegen die Versammlung der Antragstellerin aufruft. Dass der Oberbürgermeister einer kreisfreien Stadt nicht zu strafbaren Gewalthandlungen aufruft, ist vielmehr eine Selbstverständlichkeit und bedarf keiner ausdrücklichen Hervorhebung."

(2). Rechtfertigung über die Meinungsfreiheit
"Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin kann sie sich auch nicht darauf berufen, dass der Oberbürgermeister als Mitglied des Stadtrates am politischen Meinungskampf teilnehmen kann. Der beanstandete amtliche Aufruf ist ersichtlich weder eine privat geäußerte Meinung des Oberbürgermeisters, noch eine politische Verlautbarung eines Stadtratsmitgliedes. Vielmehr liegt erkennbar eine amtliche Bekanntmachung der Stadt G. vor, die entsprechend vom Oberbürgermeister der Antragsgegnerin in dieser Funktion unterzeichnet und im amtlichen Teil des "Kommunalen Anzeigers" veröffentlicht wurde."

Also gelingt eine Rechtfertigung nicht. Die ASt. ist nicht zur Duldung der Äußerungen der Ag. verpflichtet.

d. Wiederholungsgefahr
"Hinsichtlich der Veröffentlichung im "Kommunalen Anzeiger" besteht [...] die von der Antragstellerin behauptete Wiederholungsgefahr, die bereits dadurch impliziert wird, dass die Antragsgegnerin die Veröffentlichung einmal vorgenommen und die begehrte Unterlassungserklärung nicht abgegeben hat."

e. Zwischenergebnis
Somit liegen die Voraussetzungen eines öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruchs insgesamt vor.

3. Rechtsfolge
Die ASt. kann das Unterlassen des nicht zu duldenden Verhaltens verlangen, hier also, dass weitere Aufrufe der o.g. Art im "Kommunalen Anzeiger" unterbleiben.

II. Anordnungsgrund
Der Anordnungsgrund liegt in der soeben beschriebenen Wiederholungsgefahr einerseits, in der Dringlichkeit der Sache andererseits. Würde die ASt. auf die Durchführung der Hauptsache verwiesen, käme diese offensichtlich zu spät, da es bis zum erneuten Erscheinen des "Kommunalen Anzeigers" und der Veranstaltung der ASt. selbst nur noch wenige Tage sind.

III. Glaubhaftmachung
Nach §§ 123 III VwGO, 920 II, 294 ZPO sind Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund glaubhaft zu machen. An der Einhaltung dieser Formalien zu zweifeln besteht hier kein Anlass. Zudem sind nur solche Tatsachen glaubhaft zu machen, die streitig sind; hier sind aber keine Tatsachen streitig geblieben, vielmehr wird nur über unterschiedliche Rechtsansichten gestritten.

IV. Rechtsfolge
Das Gericht kann bei Glaubhaftmachung von Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund eine einstweilige Anordnung erlassen. Dem Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache ist dadurch zu genügen, dass das Verbot weiterer Veröffentlichungen der streitbefangenen Art im "Kommunalen Anzeiger" nur bis zur abschließenden Klärung in einem Hauptsacheverfahren ausgesprochen wird. Selbst wenn man davon ausgehen sollte, dass sich dieses nach der Durchführung der Veranstaltung insgesamt erledigte, stünde jedenfalls wegen des Gebots effektiver Rechtsschutzgewährung aus Art. 19 IV GG das Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache hier einer einstweiligen Anordnung nicht entgegen.

C. Ergebnis
Der Antrag ist zusammenfassend zulässig und begründet. Er hat Erfolg.

Standort: Zivilrecht Problem: Persönlichkeitsrecht

BGH, URTEILE VOM 26.10.2010
VI ZR 230/08 (MDR 2011, 59)
VI ZR 190/08 (MDR 2011, 60)

Problemdarstellung:

Die Kl. ist die Tochter der Prinzessin Caroline von Hannover. Im März 2007 veröffentlichte die von der Bekl. herausgegebene Zeitschrift "Bunte" einen Artikel mit dem Titel: "Charlotte, die Party-Prinzessin" und dem Untertitel "Rosenball in Monaco - und der Star war Prinzessin Carolines Tochter: eine feurige Schönheit". Die Kl. hat in den vorliegenden Rechtsstreitigkeiten die Wort- (VI ZR 230/08) und die Bildberichterstattung (VI ZR 190/08) angegriffen.

Auf den S. 30-34 der Zeitschriftenausgabe waren verschiedene Fotografien der Kl. zu sehen. Die Wortbeiträge hierzu lauten u.a.: "Party-Prinzessin Charlotte", "Charlotte ist die neue Party-Sonne", "...die Prinzessin außer Rand und Band".

Die Kl. begehrt, die Bekl. zu verurteilten, es zu unterlassen, die Fotografien erneut zu veröffentlichen und derartige Wortbeiträge zu verbreiten. Das Landgericht hat die Bekl. antragsgemäß verurteilt. Die dagegen gerichtete Berufung hat das Berufungsgericht zurückgewiesen. Die Revision hat in beiden Fällen Erfolg.

Prüfungsrelevanz:

Nachdem schon die Mutter der Kl. mit steter Regelmäßigkeit die Gerichtsbarkeit beschäftigt hatte, folgt nun die Tochter (s. aber schon BGH, NJW 2010, 3025 oder BVerfG, JA 2011, 155). Die Examensrelevanz derartiger Entscheidungen folgt dabei nicht nur der Medienwirksamkeit. Vielmehr zeigen die vorliegenden Urteile, dass der Senat am Fall der monegassischen Adelsfamilie durchaus gewichtige Konturierungen der zivilrechtlichen Komponente des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts vornimmt. Hier zeigt er insbesondere, dass Wort- und Bildberichterstattung nicht nach den gleichen Kriterien zu beurteilen sind.

Das Begehren der Kl. ist auf Unterlassung gerichtet. Dieses kann im zivilrechtlichen Bereich durch den Unterlassungsanspruch aus § 823 i.V.m. § 1004 BGB analog erreicht werden. Bei § 1004 BGB handelt es sich zwar um einen Anspruch, der vor Eigentumsverletzungen schützt. Durch die Kombination mit § 823 BGB werden jedoch weitere Rechtsgüter in den Anwendungsbereich des § 1004 BGB einbezogen, so dass insgesamt ein quasi-negatorischer Unterlassungsanspruch besteht (Palandt/Bassenge, § 1004 Rn. 4, 27 ff.). Dieser schützt u.a. auch das Allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG (APR).

A. Bildberichterstattung

Soweit das APR durch die Veröffentlichung von Bildern betroffen ist, richtet sich die Frage der Zulässigkeit dieser Veröffentlichung nach §§ 22, 23 KUG. Hierbei handelt es sich um eine besondere Ausgestaltung des APR auf einfachgesetzlicher Ebene (vgl. Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, § 22 KUG Rn. 3). Dem liegt folgendes Schutzkonzept zugrunde: Eine Veröffentlichung von Bildnissen bedarf der Einwilligung des Betroffenen (§ 22 S. 1 KUG). Die Einwilligung ist jedoch u.a. entbehrlich, wenn das Bildnis aus dem Bereich der Zeitgeschichte stammt (§ 23 I Nr. 1 KUG). Dies gilt wiederum nicht, wenn durch die Veröffentlichung ein berechtigtes Interesse des Abgebildeten verletzt wird (§ 23 II KUG; vgl. zum ganzen BGH, GRUR 2007, 523 [524]). Entscheidend ist also regelmäßig, ob ein zeitgeschichtliches Ereignis betroffen ist und eine Verletzung berechtigter Interessen vorliegt. Beide Merkmale erfordern eine Güterabwägung zwischen dem Persönlichkeitsrecht des Betroffenen und dem Informationsinteresse der Allgemeinheit (BVerfG, GRUR 2008, 539 [545]; GRUR 2007, 899 [900]; GRUR 2007, 523 [525]). Dabei hat der Senat bereits entschieden, dass ein zeitgeschichtlicher Bezug fehlt, wenn ein an sich zeitgeschichtliches Ereignis nur als Anlass der Abbildung einer Person dient, die Berichterstattung aber keinen Informationswert enthält. Der Persönlichkeitsschutz überwiegt dann das Veröffentlichungsinteresse (zuletzt BGH, VersR 2009, 841; BVerfGE 120. 180 [206 f.]). Das war hier jedoch nicht der Fall. Die Darstellung, insbesondere unter Berücksichtigung der Bildunterschriften, war noch als Berichterstattung des Rosenballs einzuordnen, den der Senat als zeitgeschichtliches Ereignis anerkennt (NJW 2010, 3025). Auch die Verletzung eines berechtigten Interesses der Kl. konnte der Senat nicht erkennen. Seiner Ansicht nach ist auch das in weiten Bevölkerungsteilen bestehende Interesse über Ereignisse aus Adelskreisen ein legitimes Informationsinteresse, das nicht vorschnell als bloße Neugier abgetan werden darf.

Das Schutzkonzept der §§ 22, 23 KUG geht für den Bereich der Bildberichterstattung vom Vorrang des Persönlichkeitsschutzes aus: § 22 S. 1 KUG formuliert die Prämisse, dass eine Veröffentlichung ohne Einwilligung nicht zulässig ist – nur in Ausnahmefällen (§ 23 I KUG) ist die Einwilligung verzichtbar.

B. Wortberichtserstattung

Bislang hatte der Senat offengelassen, ob Bild- und Wortberichterstattung nach den gleichen Kriterien zu beurteilen sind. Er entscheidet nun, dass unterschiedli-

che Maßstäbe gelten. Anders als im Bereich der Bildberichterstattung überwiegt im Bereich der Wortberichterstattung im Grundsatz nicht der Persönlichkeitsschutz. Für die Wortberichterstattung gibt es nämlich kein kodifiziertes Schutzkonzept; die Zulässigkeit (oder Unzulässigkeit) muss erst aus einer Interessenabwägung gewonnen werden. Zudem ist der Eingriff in die persönliche Sphäre durch eine Wortberichterstattung regelmäßig weniger intensiv, als derjenige, der durch eine Ablichtung der Person entsteht. So sieht es auch das Bundesverfassungsgericht: Jedenfalls verbietet es das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG nicht, überhaupt in einem Bericht individualisierend benannt zu werden. Schutz besteht daher nur in spezifischer Hinsicht, wenn beispielsweise die Privat- oder Intimsphäre betroffen ist oder ehrverletzende Äußerungen getätigt werden. Dies war hier nicht der Fall: Mag die Berichterstattung auch auf Belanglosigkeiten beruhen, enthielt sie dennoch eine positive Darstellung der Kl. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts war außerdem bloß die Sozial-, nicht aber die Privatsphäre betroffen.

Vertiefungshinweise:

❑ Unterlassungsansprüche: *Gounalakis/Klein*, NJW 2010, 566 (zur "Spick-mich"-Entscheidung des BGH, NJW 2009, 2888); *Vacca*, Jura 2010, 393 (Klausur); *Stender-Vorwachs*, NJW 2010, 1414 (Veröffentlichung von Fotos minderjähriger Kinder von Prominenten)

❑ Wichtige Entscheidungen zum Persönlichkeitsrecht: *BVerfG*, GRUR 2008, 539 (Caroline II); GRUR 2007, 899 (*Grönemeyer*); GRUR 2000, 446 (*Caroline I*)

❑ Zusammenfassend: *Söder*, ZUM 2008, 92 (Persönlichkeitsrechte in der Presse)

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Die Prinzessin und die Paparazzi"

Leitsatz:

Der Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gegen eine Presseberichterstattung reicht hinsichtlich der Veröffentlichung von Bildern einerseits und der Wortberichterstattung andererseits unterschiedlich weit.

Sachverhalt:

Die Zeitschrift "Bunte" (B) veröffentlichte im März 2007 einen Artikel mit dem Titel: „Charlotte, die Partyprinzessin" und dem Untertitel „Rosenball in Monaco und der Star war Prinzessin Carolines Tochter: eine feurige Schönheit". Auf dem Titelblatt, sowie auf insgesamt fünf Seiten im Heftinneren waren großflächige Fotografien der Prinzessin Charlotte von Monaco (C) zu sehen. Hierzu fanden sich Bildauf- und –unterschriften, wie „Königin der Nacht", „Makellos" und „die junge Monaco-Society". Außerdem enthielt der Artikel Wortbeiträge, die u.a. wie folgt lauteten: "Party-Prinzessin Charlotte", "Charlotte ist die neue Party-Sonne", "die Prinzessin außer Rand und Band".

Neben C wurden außerdem andere Besucher des Rosenballes abgelichtet und teilweise namentlich benannt. Ein Bild zeigt eine Reihe von insgesamt zwölf Damen, darunter C, die offensichtlich für das Foto posieren. Der Artikel fokussiert C, lässt jedoch den gesellschaftlichen Anlass der Ablichtungen erkennen und bezieht sich hierauf.

C empfindet den Artikel als massiven Eingriff in ihr Allgemeines Persönlichkeitsrecht. Sie werde zu einem bloßen Objekt der Medien gemacht und gegen ihren Willen zur bloßen Unterhaltung der Leserschaft uneingeschränkt der Öffentlichkeit präsentiert.

Im Klagewege begehrt sie von B, es zu unterlassen, die benannten Fotografien weiterhin zu veröffentlichen und derartige Wortbeiträge zu verbreiten.

Ist die zulässige Klage begründet?

Lösung:

Die Klage ist begründet, wenn C von B die Unterlassung der Veröffentlichung von Bildern ihrer Person, sowie von hiermit in Zusammenhang stehenden Wortbeiträgen verlangen kann.

A. Unterlassungsanspruch bzgl. der Bilder (Senatsurteil VI ZR 190/08)

I. Anspruch aus §§ 823 II, 1004 I 2 BGB analog i.V.m. §§ 22, 23 KUG

C könnte einen Unterlassungsanspruch aus §§ 823 II, 1004 I 2 BGB analog i.V.m. §§ 22, 23 KUG geltend machen. Dies setzt voraus, dass eine Verletzung von §§ 22, 23 KUG als Schutzgesetz i.S.d. § 823 II BGB vorliegt.

[Anm.: § 1004 wird in analoger Anwendung auch auf die Beeinträchtigung von allen durch §§ 823 II, 824, 825, 826 BGB deliktisch geschützten Interessen angewandt (BGH, NJW 1994, 2614; NJW 1984, 1607]

1. Schutzgesetzqualität

Um in den Schutzbereich des § 823 II BGB und damit letztlich in den Anwendungsbereich von § 1004 BGB einbezogen zu sein, müssten §§ 22, 23 KUG überhaupt Schutzgesetze i.S.v. § 823 II BGB darstellen. Ein Schutzgesetz ist jede Rechtsnorm, die nach ihrem Zweck und Inhalt auch dazu dienen soll, den Einzelnen oder einzelne Personenkreise gegen die Verletzung eines bestimmten Rechtsguts zu schützen (Pa-

landt/Sprau, § 823 Rn. 56, 57). §§ 22, 23 schützen den Einzelnen vor der ungewollten Verbreitung von Bildnissen. Es handelt sich somit um Schutzgesetze i.S.v. § 823 II BGB (so auch OLG München, NJW-RR 1998, 1036). Folglich ist auch ein Unterlassungsanspruch analog § 1004 I 2 BGB denkbar.

2. Verletzung von §§ 22, 23 KUG

§§ 22, 23 KUG müssten verletzt sein, damit eine Beeinträchtigung des Rechts am eigenen Bild festgestellt werden könnte.

[Anm.: Wird § 1004 BGB als Unterlassungs- und nicht als Beseitigungsanspruch bemüht, muss eigentlich keine aktuelle Beeinträchtigung des geschützten Rechts bzw. Rechtsguts vorliegen, sondern es genügt die Gefahr einer künftigen Beeinträchtigung (BeckOK/Fritzsche, § 1004 Rn. 1). Nichtsdestotrotz macht es hier Sinn, die Verletzung des Schutzgesetzes – also eine aktuelle Beeinträchtigung – zu prüfen. Denn das Begehren der C richtet sich ausschließlich darauf, die angegriffenen Bilder nicht weiter zu veröffentlichen. Stellte schon die vergangene Abbildung der C keine Beeinträchtigung dar, ist durch dieselben Bilder auch keine künftige Beeinträchtigung zu befürchten.]

a) Anwendbarkeit

Die vorgenannten Nomen müssten zunächst auf die hier vorliegende Situation anwendbar sein. Das ist der Fall, da die Fotografien der C unstreitig Bildnisse i.S.d. Vorschriften sind, die durch den Abdruck in der Zeitschrift „Bunte“ körperlich verbreitet und außerdem öffentlich zur Schau gestellt worden sind.

b) Erfordernis der Einwilligung gem. § 22 S. 1 KUG

Gem. § 22 S. 1 KUG ist die Verbreitung von der Einwilligung des Betroffenen abhängig, die hier jedoch nicht vorliegt.

c) Ausnahme gem. § 23 I Nr. 1 KUG aufgrund zeitgeschichtlichen Zusammenhangs

Jedoch könnte die Einwilligung gem. § 23 I Nr. 1 KUG entbehrlich sein, wenn die Bildnisse aus dem Bereich der Zeitgeschichte stammen. Der Begriff der Zeitgeschichte ist weit zu verstehen; er umfasst das gesamte politische, soziale, wirtschaftliche und kulturelle Leben (Wandtke/Buhlinger, Urheberrecht, § 23 Rn. 3). Seine Grenzen hängen vom Informationsinteresse der Bevölkerung in Abwägung mit den entgegenstehenden Rechtsgütern des Einzelnen ab:

aa) Anforderungen an den zeitgeschichtlichen Zusammenhang

„[14] Die Beurteilung, ob ein Bildnis dem Bereich der Zeitgeschichte im Sinne von § 23 Abs. 1 Nr. 1 KunstUrhG zuzuordnen ist, erfordert eine Abwägung zwischen den Rechten des Abgebildeten aus Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG, Art. 8 Abs. 1 EMRK einerseits und den Rechten der Presse aus Art. 5 Abs. 1 GG, Art. 10 Abs. 1 EMRK andererseits (vgl. etwa Senatsurteile vom 10. März 2009 - VI ZR 261/07, aaO, Rn. 10 und vom 9. Februar 2010 - VI ZR 243/08, aaO, Rn. 33; BVerfGE 120, 180, 201 ff., Rn. 55, 85). Dabei ist der Beurteilung ein normativer Maßstab zugrunde zu legen, welcher die Pressefreiheit und zugleich den Schutz der Persönlichkeit und der Privatsphäre ausreichend berücksichtigt (Senatsurteile vom 28. Oktober 2008 - VI ZR 307/07, aaO, Rn. 14 f.; vom 9. Februar 2010 - VI ZR 243/08, VersR 2010, 673, 677 Rn. 33 m.w.N.; BVerfG VersR 2000, 773, 777) (…).“

Dabei ist entscheidend darauf abzustellen, ob bloß die Neugier der Leserschaft befriedigt oder der Allgemeinheit eine Angelegenheit ernsthaft und sachbezogen erörtert werden soll:

„[17] Der erkennende Senat hat dementsprechend hinsichtlich der Zulässigkeit einer Bildberichterstattung bereits mehrfach berücksichtigt, ob bei der Presseberichterstattung die Abbildung eines anlässlich eines zeitgeschichtlichen Ereignisses gefertigten Fotos nur zum Anlass zu Ausführungen über eine Person genommen wird oder die Berichterstattung nur dazu dient, einen Anlass für die Abbildung prominenter Personen zu schaffen, ohne dass die Berichterstattung einen Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung erkennen lässt; in solchen Fällen ist es nicht angezeigt, dem Veröffentlichungsinteresse den Vorrang vor dem Persönlichkeitsschutz einzuräumen (Senatsurteile vom 9. März 2004 - VI ZR 217/03, BGHZ 158, 218, 223 f.; vom 28. September 2004 - VI ZR 305/03, VersR 2005, 83; vom 6. März 2007 - VI ZR 51/06, aaO, Rn. 28 und - VI ZR 13/06, VersR 2007, 697; vom 1. Juli 2008 - VI ZR 243/06, VersR 2008, 1506, 1508, Rn. 23; vom 14. Oktober 2008 - VI ZR 271/06, VersR 2009, 513, Rn. 14 und - VI ZR 272/06, VersR 2009, 78, Rn. 16; vom 17. Februar 2009 - VI ZR 75/08, VersR 2009, 841, Rn. 14; ebenso BVerfGE 120, 180, 206 f.).“

bb) Subsumtion

(a) Kontextbeziehung

Zunächst ist zu überprüfen, ob die Abbildungen als bloße Neugier-Befriedigung der Leserschaft verstanden werden müssen, die mit dem Ereignis des Rosenballs nicht oder kaum mehr in Zusammenhang zu bringen sind.

Die von B gefertigten Fotos sind auf dem Rosenball entstanden, der als zeitgeschichtliches Ereignis anerkannt ist und über den grundsätzlich berichtet werden darf (NJW 2010, 3025). Dies lassen auch die Fotos erkennen, insbesondere wenn die Bildunterschriften und Wortbeiträge berücksichtigt werden:

„[23] (…) Zwar konzentriert sich die Berichterstattung

auf die Person der Klägerin, die schon auf der Titelseite und in der Artikelüberschrift herausgestellt wird; ferner enthält der Artikel Rückblicke, Zukunftsvisionen und Wertungen, die man je nach der Einstellung zu weitgehend unterhaltenden Medienprodukten als belanglos, spekulativ oder gar geschmacklos bewerten kann. Es ist indes unzulässig, Medienprodukte, die das Zeitgeschehen darstellen, ausschließlich an derartigen weitgehend subjektiven Wertungen zu messen. Entscheidend ist, dass der Artikel sowohl hinsichtlich der Wortberichterstattung als auch hinsichtlich der veröffentlichten Fotos einen noch ausreichenden Bezug zu dem Rosenball als zeitgeschichtliches Ereignis hat. Davon ist hier auszugehen."

Die Abbildungen sind daher kontextbezogen und nicht völlig aus dem Zusammenhang gerissen.

(b) Interessenabwägung

Von einem zeitgeschichtlichen Ereignis wäre dennoch nicht auszugehen, wenn der Artikel einen derartigen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht darstellte, dass ein Informationsinteresse der Allgemeinheit demgegenüber untergehen würde.

Ein Interesse der Allgemeinheit an gesellschaftlichen Ereignissen aus dem Bereich des Adels ist allerdings nicht schlechthin als geringwertig einzustufen:

„[26] (…) Dabei ist zu bedenken, dass der Begriff des Informationsinteresses nicht einseitig auf die Bedürfnisse einer vorwiegend an politischen oder wirtschaftlichen Fragestellungen interessierten Leserschaft ausgerichtet werden darf. Auch das in weiten Bevölkerungskreisen bestehende Interesse daran, über Ereignisse aus dem Adel und sonstigen gehobenen Gesellschaftskreisen informiert zu werden, ist ein legitimes Informationsinteresse, das nicht vorschnell als bloße Neugier abgetan werden kann. Knüpft eine Berichterstattung über solchen Kreisen zugehörige Prominente an ihr Auftreten im zeitgeschichtlichen Kontext an, geht es nicht notwendig um eine Ausbreitung ihres Privatlebens, sondern kann eine Darstellung der Lebensweise und des Verhaltens in solchen Kreisen im Vordergrund stehen, die die Leitbild- oder Kontrastfunktion für große Teile der Bevölkerung im Blick hat und auch Anlass zu sozialkritischen Überlegungen geben kann (vgl. BVerfGE 101, 361, 390 f.; 120, 180, 221 f.)."

Demgegenüber kann kein intensiver Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der C erkannt werden, die auf sämtlichen Bildern vorteilhaft dargestellt und in den Wortbeiträgen dementsprechend beschrieben wird.

cc) Zwischenergebnis

Gemessen am Informationsinteresse der Allgemeinheit haben die Abbildungen einen ausreichenden zeitgeschichtlichen Bezug, so dass die Voraussetzungen des § 23 I Nr. 1 KUG gegeben sind. Demnach war eine Einwilligung der C hinsichtlich der Veröffentlichung der Bilder nicht erforderlich.

dd) Verletzung eines berechtigten Interesses der C gem. § 23 II KUG

Auch ist kein berechtigtes Interesse der C gem. § 23 II KUG verletzt. Ein weitergehender Verletzungsgehalt der Veröffentlichung, den die obige Abwägung nicht schon erfasst hätte, ist nicht erkennbar. Insofern gelten die Erwägungen zum zeitgeschichtlichen Ereignis.

3. Ergebnis

Da keine Verletzung des Rechts am eigenen Bild (§§ 22, 23 KUG) feststellbar ist, steht der C kein Unterlassungsanspruch analog §§ 823 II, 1004 I 2 BGB zu.

II. Anspruch aus §§ 823 I, 1004 I 2 BGB analog i.V.m. APR

§§ 22, 23 KUG stellen eine besondere Ausprägung des APR dar, sofern das Recht am eigenen Bild betroffen ist (BVerfG GRUR 1973, 541 [545]). Es bedarf daher keiner Prüfung eines bloß auf das APR gestützten Unterlassungsanspruchs mehr. Jedenfalls würde dies zu keinem anderen Ergebnis führen.

B. Unterlassungsanspruch bzgl. der Wortbeiträge analog §§ 823 I, 1004 I 2 BGB (Senatsurteil VI ZR 230/08)

Der C könnte allerdings ein Anspruch auf Unterlassung hinsichtlich der Verbreitung der angegriffenen Wortbeiträge analog §§ 823 I, 1004 I 2 BGB zustehen.

I. Absolutes Recht

Da auch die absoluten Rechtsgüter des § 823 I BGB in den Schutz des Unterlassungsanspruchs aus § 1004 I 2 BGB einbezogen sind, müsste zunächst eines der von § 823 I BGB geschützten, absoluten Rechte betroffen sein.

Nach ständiger Rechtsprechung unterfällt das APR als „sonstiges Recht" dem § 823 I BGB (seit BGH, NJW 1954, 1404), so dass auch ein Unterlassungsanspruch aus § 1004 I 2 BGB abgeleitet werden kann.

II. Beeinträchtigung des Rechts

Das geschützte Recht müsste beeinträchtigt sein. Da für die Wortberichterstattung keine besondere Ausprägung des APR existiert, ist hinsichtlich der Frage der Rechtsbeeinträchtigung auf das Grundrecht (Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG) an sich zurückzugreifen.

1. Beurteilungskriterien der Wortberichterstattung

Es stellt sich jedoch zunächst die Frage, ob sich die Beurteilung einer Wortberichterstattung nach denselben Kriterien wie die hiermit zusammenhängende Bildberichterstattung richtet. Sollte dem so sein, wäre eine eigenständige Prüfung entbehrlich und es könnte

auf das oben (unter A.) gefundene Ergebnis verwiesen werden.

Festzustellen ist aber, dass die Bild- und die Wortberichterstattung über eine Person von unterschiedlichen gesetzlichen Konzeptionen getragen werden. Denn während die Bildberichterstattung sich an einem gesetzlich kodifizierten Schutzkonzept (§§ 22, 23 KUG) orientiert, verbleibt für die Wortberichterstattung „nur" das Allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner Form als Auffanggrundrecht. Wie §§ 22, 23 KUG zeigen, geht der Gesetzgeber im Bereich der Bildberichterstattung unabhängig vom Kommunikationsinhalt von einem Vorrang des Persönlichkeitsrechts aus: Denn als Ausgangssituation stellt § 22 S. 1 KUG die Abbildung einer Person unter einen Erlaubnisvorbehalt – die Abbildung ist also zunächst einmal untersagt. Für die Wortberichterstattung lässt sich ein solches Schutzkonzept jedoch nicht ableiten: Ein Unterlassungs– oder Beseitigungsanspruch analog §§ 823, 1004 BGB kann sich erst aus einer Güterabwägung ergeben. Die Ausgangssituation ist damit unbestimmt; ein Erlaubnisvorbehalt wie im Bereich des KUG besteht jedenfalls nicht.

Insofern können Wort- und Bildberichterstattung nicht schlechthin nach den gleichen Maßstäben beurteilt werden:

„[12] Diese unterschiedlichen rechtlichen Ansatzpunkte tragen der Tatsache Rechnung, dass es gegenüber einer Wort- oder Schriftberichterstattung typischerweise einen ungleich stärkeren Eingriff in die persönliche Sphäre bedeutet, wenn jemand das Erscheinungsbild einer Person in einer Lichtbildaufnahme oder einem Film fixiert, es sich so verfügbar macht und der Allgemeinheit vorführt (vgl. etwa Senatsurteil vom 16. September 1966 - VI ZR 268/64, aaO; BVerfGE 35, 202, 226 f.; BVerfG, NJW 2009, 350, 351 f.). Abgesehen von anderen möglichen Belastungen durch Veröffentlichung von Personenbildnissen (vgl. näher BVerfGE 101, 361, 381; BVerfGE 120, 180, 198, 217, Rn. 46) folgt ein erhöhtes Schutzbedürfnis zumal daraus, dass die der Veröffentlichung notwendig vorausgehende Herstellung des Bildnisses vor allem prominente Personen in praktisch jeder Situation dem Risiko aussetzt, unvorhergesehen und unbemerkt oder aber unter erheblichen Belästigungen bis hin zu Verfolgungen und beharrlichen Nachstellungen mit der Folge fotografiert zu werden, dass das Bildnis in den Medien veröffentlicht wird (vgl. etwa Senatsurteile vom 10. Dezember 1995 - VI ZR 15/95, BGHZ 131, 332, 342; vom 6. März 2007 - VI ZR 51/06, BGHZ 171, 275, 287; vom 24. Juni 2008 - VI ZR 156/06, VersR 2008, 1268, 1270 f. Rn. 26; BVerfGE 120, 180, 198, 217, Rn. 46, 96; Hoffmann-Riem, aaO, S. 24 f.). Eine Wortberichterstattung ist bei vergleichbaren Themen zwar nicht stets in weiterem Umfang zulässig als eine Bildberichterstattung (vgl. BVerfG, NJW 2000, 2193; NJW 2000, 2194, 2195). Ein Text kann eine Dichte von Einzelinformationen aufweisen, die eine fotografische Darstellung nicht vermittelt, und das Persönlichkeitsrecht sogar stärker beeinträchtigen (vgl. BVerfG, NJW 2000, 2194, 2195). Es ist in solchen Fällen aber eine Frage der einzelfallbezogenen Beurteilung, ob eine Wortberichterstattung oder die sie begleitende Bildberichterstattung die schwerwiegenderen Beeinträchtigungen des Persönlichkeitsrechts mit sich bringt (vgl. BVerfG, NJW 2006, 2835, 2836 Rn. 13)."

Somit ist eine eigenständige Bewertung der Wortberichterstattung erforderlich.

2. Beeinträchtigung im vorliegenden Fall

Es müsste ein Eingriff in den Schutzbereich des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts vorliegen. Nach der Sphärentheorie werden dabei Eingriffe in die Sozial-, die Privat- und die Intimsphäre unterschieden. Die Sozialsphäre betrifft das berufliche und öffentliche Wirken, sowie die Beziehungen der betroffenen Person zur Umwelt. Die Privatsphäre umfasst das Leben im häuslichen Bereich oder im Familienkreis, sowie das sonstige Privatleben.

Durch die Berichterstattung liegt ein Eingriff in die Sozial- oder die Privatsphäre vor, denn hierdurch wird C während einer privaten Tätigkeit dargestellt und in Beziehung zu ihrer Umwelt gesetzt. Somit liegt jedenfalls eine Beeinträchtigung des geschützten Rechts vor.

3. Störer

Das Unterlassungsbegehren müsste sich gegen denjenigen richten, auf dessen Willensbetätigung die Beeinträchtigung adäquat zurückzuführen ist. Somit ist B die richtige Adressatin, denn die Beeinträchtigung des APR geht auf ihre Berichterstattung zurück. B ist Störer.

4. Rechtswidrigkeit

Die Beeinträchtigung müsste auch rechtswidrig sein. Ob dies der Fall ist, muss anhand einer Interessenabwägung festgestellt werden:

„[20] Zum Kern der Pressefreiheit gehört es, dass die Medien im Grundsatz nach ihren eigenen publizistischen Kriterien entscheiden können, was sie des öffentlichen Interesses für wert halten und was nicht (vgl. Senatsurteile vom 1. Juli 2008 - VI ZR 67/08, VersR 2008, 1411 Rn. 14 und vom 10. März 2009 - VI ZR 261/07, VersR 2009, 843 Rn. 11; BVerfGE 87, 181, 201; 95, 220, 234; 97, 228, 257; 101, 361, 392; 120, 180, 197 = NJW 2008, 1793, 1794, Rn. 42; BVerfG NJW 2000, 1859, 1860), wobei auch unterhaltende Beiträge, etwa über prominente Personen, am Schutz der Pressefreiheit teilnehmen (vgl. etwa Senatsurteile vom 14. Oktober 2008 - VI ZR 272/06, aaO

Rn. 14; und vom 10. März 2009 - VI ZR 261/07, aaO; BVerfGE 35, 202, 222 f.; 59, 231, 258; 101, 361, 389 f.; 120, 180, 197 = NJW 2008, 1793, 1794, Rn. 42; BVerfG, NJW 2000, 1859, 1860 f.). Zu dieser Freiheit gehört es auch, dass das Aussehen, das Verhalten und der soziale Kontext einer Person wertend und auch mit übertriebenen Formulierungen dargestellt und über ihren persönlichen und sozialen Hintergrund spekuliert wird. Wer die öffentliche Erörterung seiner Teilnahme und seines Verhaltens bei einer Veranstaltung grundsätzlich dulden muss, kann deshalb nicht beanspruchen, dass dies nicht zum Ausgangspunkt kommentierender Bemerkungen der Presse gemacht wird (vgl. BVerfG, Beschluss vom 14. September 2010 - 1 BvR 1842/08, 1 BvR 6/09, 1 BvR 2538/08, Rn. 56). Der Persönlichkeitsschutz greift erst dann, wenn die beanstandeten Äußerungen für sich genommen oder im Zusammenhang mit der Bildberichterstattung einen eigenständigen Verletzungseffekt aufweisen, der ihr Verbot rechtfertigen könnte, etwa wenn sie in den besonders geschützten Kernbereich der Privatsphäre des Betroffenen eingreifen oder Themen betreffen, die von vornherein überhaupt nicht in die Öffentlichkeit gehören (vgl. Senatsurteil vom 10. März 2009 - VI ZR 261/07, aaO, Rn. 19, m.w.N.).

[21] Dies ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht der Fall und wird auch von der Revisionserwiderung nicht in Zweifel gezogen. Selbst wenn man davon ausgehen wollte, dass einzelne Äußerungen in dem beanstandeten Artikel den Bereich der Privatsphäre der Klägerin tangieren, ist zu berücksichtigen, dass sich auf ein Recht, nicht gegen seinen Willen zum Objekt bestimmter medialer, die selbst gewählte Öffentlichkeit verbreiternder Erörterung gemacht zu werden, jedenfalls derjenige Grundrechtsträger nicht berufen kann, der sich in freier Entscheidung gerade der Medienöffentlichkeit aussetzt, indem er Veranstaltungen besucht, die - aus welchem Grund auch immer - erkennbar auf ein so großes Interesse von Teilen der Öffentlichkeit stoßen, dass mit einer Berichterstattung durch die Medien gerechnet werden muss (BVerfG, Beschluss vom 14. September 2010 - 1 BvR 1842/08, 1 BvR 6/09, 1 BvR 2538/08, Rn. 56). So liegt der Fall nach den getroffenen Feststellungen offensichtlich hier.

[22] Für die Verletzung einzelner Schutzgüter des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch die Wortberichterstattung ist nichts ersichtlich, auch nicht im Zusammenhang mit der Bebilderung, welche die Klägerin ebenfalls dulden muss (Senatsurteil vom heutigen Tag - VI ZR 190/08, z.V.b.). Die Intensität des Eingriffs war gering. Die beanstandeten Äußerungen beschreiben bzw. bewerten die Klägerin durchweg positiv. Sie betreffen die Sozialsphäre. Die Revisionserwiderung macht nicht geltend, dass die Darstellung von unwahren Tatsachen ausgehe. Das Dargestellte mag, wie die Revisionserwiderung meint, vielfach belanglos sein oder sich nur oberflächlich mit der Person der Klägerin beschäftigen, ohne einen tieferen Einblick in ihre persönlichen Lebensumstände zu vermitteln. Es ist indes nicht Aufgabe des Persönlichkeitsschutzes, die Wertigkeit und die geschmackliche Ausgestaltung von Presseartikeln zu bestimmen. Dass das Persönlichkeitsrecht der Klägerin durch die beanstandeten Äußerungen nennenswert beeinträchtigt sein könnte, erschließt sich aus ihrem Vorbringen jedenfalls nicht."

Der Eingriff war daher nicht rechtswidrig.

5. Ergebnis

Ein Unterlassungsanspruch analog §§ 823 I, 1004 I 2 BGB ist nicht gegeben.

C. Gesamtergebnis

Die Klage ist unbegründet.

Standort: §§ 246; 274 StGB — Problem: Zueignung; Nachteilszufügungsabsicht

BGH, BESCHLUSS VOM 15.07.2010

4 STR 164/10 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Angeklagten waren beide als Anwälte tätig. Weil sie sich über eine Mandantin geärgert hatte, gab die Angeklagte dieser einige Unterlagen, die ihr von der Mandantin überlassen worden waren, nicht an diese zurück. Als später ein Strafverfahren gegen die Angeklagte durchgeführt wurde, bestellte sie den Mitangeklagten zu ihrem Verteidiger. In dieser Funktion beantragte er Akteineinsicht, die ihm gem. § 147 StPO auch gewährt wurde. Da es ihm peinlich war, dass er die Rückgabefrist hatte verstreichen lassen, behielt der Angeklagte die seine Kollegin betreffende Ermittlungsakte und gab sie der Staatsanwaltschaft gar nicht zurück.

Das Landgericht Bochum hatte die Angeklagten wegen ihres Verhaltens jeweils wegen Unterschlagung, § 246 I StGB, verurteilt. Dieses Urteil hob der BGH auf die Revisionen der Angeklagten hin auf. Das Einbehalten der Mandantenunterlagen bzw. der Strafakte stelle keine Zueignungshandlung i.S.v. § 246 I StGB dar. Möglich sei insofern allerdings eine Strafbarkeit wegen Urkundenunterdrückung, § 274 I Nr. 1 StGB. Hinsichtlich des Einbehaltens der Strafakte komme außerdem eine Strafbarkeit wegen Verwahrungsbruchs, § 113 I StGB, und Strafvereitelung, § 258 I StGB, in Betracht. Da die bisherigen Feststellungen des Landgerichts aber zur Überprüfung des Vorliegens

der entsprechenden Delikte nicht ausreichten, verwies der BGH die Sache zurück.

Prüfungsrelevanz:

Der vorliegenden Entscheidung liegt ein sehr praxisnaher Sachverhalt zugrunde. Dass ein Anwalt sich einerseits über seinen Mandanten ärgert und sich überlegt, wie er es diesem "heimzahlen" kann und andererseits eine Frist zur Rückgabe von Akten versäumt, kommt sicherlich häufiger vor. Besonders interessant wird der Sachverhalt dadurch, dass die klassischen Vermögensdelikte wie die §§ 246 I, 266 I StGB, die Standard-Examensstoff darstellen, gerade nicht einschlägig und deshalb auch einmal "exotischere" Tatbestände wie die §§ 113 I, 258 I, 274 I StGB zu prüfen sind, die aber auch zum Prüfungsstoff gehören. Natürlich können auch vergleichbare Fallkonstellationen gebildet werden, in denen nicht der Anwalt die Akten des Mandanten einbehält, sondern z.B. der Steuerberater oder Architekt die Unterlagen des Auftraggebers oder der Arbeitgeber etwa die Lohnsteuerkarten des Arbeitnehmers. Auch hier wären - abgesehen von § 258 I StGB - dieselben Tatbestände zu prüfen. Insofern bietet sich diese Fallkonstellation vor allem für mündliche Prüfungen an, gerade wenn der Prüfer ein Strafverteidiger sein sollte.

Ein zentrales Problem des vorliegenden Falles, das auch LG und BGH unterschiedlich lösen, ist die Frage, ob das Einbehalten der Unterlagen der Mandantin bzw. der Ermittlungsakte der Staatsanwaltschaft eine Zueignung i.S.v. § 246 I StGB darstellt. Da die Unterlagen den Angeklagten jeweils freiwillig überlassen wurden, schied eine Wegnahme und somit eine Strafbarkeit wegen Diebstahls, § 242 I StGB, von vornherein aus und wurde auch von beiden Gerichten nicht ernsthaft in Erwägung gezogen. Ein Zueignung i.S.v. § 246 I StGB ist die Betätigung des Zueignungswillens in objektiv erkennbarer Weise (BGH, NJW 1960, 684, 685; Schönke/Schröder-Eser, § 246 Rn. 11; Krey/Hellmann, BT II, Rn. 160). Der insofern erforderliche Zueignungswille setzt - vergleichbar zur Zueignungsabsicht bei § 242 I StGB - insbesondere einen Aneignungswillen voraus, also den Willen, die Sache selbst oder den in ihr verkörperten Sachwert wenigstens vorübergehend dem eigenen Vermögen oder dem Vermögen eines Dritten einzuverleiben (Fischer, § 246 Rn. 20, § 242 Rn. 35; Rengier, BT II, § 5 Rn. 7, 9, § 2 Rn. 64). Wenn es dem Täter aber - wie den Angeklagten im vorliegenden Fall - lediglich darauf ankommt, dem Opfer eine Sache zu entziehen und er nicht gleichzeitig den Willen hat, diese Sache für sich oder einen Dritten zu verwerten, so genügt dieser reine Sachentziehungswille nicht zur Annahme eines Aneignungswillens (BayObLG, NJW 1992, 2040; OLG Köln, NJW 1997, 2611; Fischer, § 246 Rn. 20, § 242 Rn. 36; Lackner/Kühl, § 242 Rn. 21; Krey/Hellmann, BT II, Rn. 59). Eine bloße Sachentziehung oder -zerstörung ist somit nicht gem. §§ 242 I, 246 I StGB strafbar. Das hatte das LG bei seiner Entscheidung wohl übersehen und eine Strafbarkeit gem. § 246 I StGB angenommen. Der BGH hob diese Verurteilung jedoch - zu Recht - auf und sprach die Angeklagten vom Vorwurf der Unterschlagung frei.

Statt dessen wies der BGH auf die Möglichkeit einer Strafbarkeit wegen Urkundenunterdrückung, § 274 I Nr. 1 StGB, durch das Einbehalten der jeweiligen Akten hin. Der Tatbestand des § 274 I Nr. 1 StGB setzt allerdings voraus, dass der Täter in der Absicht handelt, "einem anderen Nachteil zuzufügen". Insofern ist zu berücksichtigen, dass § 274 I Nr. 1 StGB nicht das Vermögen schützt, sondern das Beweisführungsrecht an der fraglichen Urkunde (BGHSt 29, 192; Lackner/Kühl, § 274 Rn. 1). Deshalb kommt als "Nachteil" nicht nur ein Vermögensnachteil in Betracht, sondern grds. jeder Nachteil, der sich aus dem Verlust der Beweisführungsmöglichkeit ergibt (BGHSt 29, 192; OLG Zweibrücken, NStZ 2000, 201; Lackner/Kühl, § 274 Rn. 7). Im Falle des Einbehaltens der Mandantenunterlagen ist noch nachvollziehbar, dass der Mandantin hierdurch Nachteile entstehen können, da sie ihre Ansprüche ohne die entsprechenden Unterlagen kaum wird beweisen können. Hinsichtlich der Ermittlungsakte ist insofern allerdings zu berücksichtigen, dass die Tatsache, dass die Strafverfolgungsorgane ohne diese Akte der Beschuldigten die Tat nicht werden nachweisen und diese deshalb nicht werden bestrafen können, nach ganz herrschender Meinung keinen Nachteil i.S.v. § 274 I Nr. 1 StGB darstellt. Da durch die so bewirkte Strafvereitelung nur ein staatlicher Anspruch (auf Bestrafung) vereitelt werde und der Staat aber nicht "ein anderer" sei, scheide insofern eine Nachteilszufügungsabsicht aus (BayObLG, NZV 1999, 213, 214; OLG Düsseldorf, NZV 1989, 477; Lackner/Kühl, § 274 Rn. 7; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 274 Rn. 16; a.M.: Schneider, NStZ 1993, 16). Der BGH betont jedoch, dass es nicht ausgeschlossen sei, dass dem Anzeigeerstatter bzw. dem Opfer derjenigen Straftat, deretwegen ermittelt wurde, durch das Einbehalten der Akte ein Nachteil zugefügt werden könnte.

Vertiefungshinweise:

❑ Zum Fehlen einer Zueignung bei bloßer Sachentziehung: *BGH*, NJW 1977, 1460; *BayObLG*, NJW 1992, 2040; *OLG Köln*, NJW 1997, 2611; *Michel*, JuS 1992, 513

❑ Zu § 274 I Nr. 1 StGB bei Strafvereitelungsabsicht: *BayObLG*, NZV 1989, 81; 1999, 213; *OLG Düsseldorf*, NZV 1989, 477; MDR 1990, 73; *AG Elmshorn*, NJW 1989, 3295; *Bottke*, JR 1991, 252; *Krack*, NStZ

2000, 423; *Puppe*, NZV 1989, 478; *Schneider*, NStZ 1993, 16

Kursprogramm:
❑ *Examenskurs*: "Das vermeintlich tote Unfallopfer"

Leitsätze (der Redaktion):
1. Allein dem Unterlassen der Rückgabe einer fremden Sache lässt sich eine Zueignung im Sinne des § 246 I StGB nicht entnehmen, insbesondere wenn dies geschieht, um den Eigentümer bzw. Gewahrsamsinhaber zu ärgern.
2. Eine Nachteilszufügungsabsicht im Sinne des § 274 I Nr. 1 StGB wird nicht durch die Absicht zur Vereitelung des staatlichen Strafanspruchs begründet wird, da insoweit kein "anderer" benachteiligt wird.
3. Der zu Benachteiligende im Rahmen von § 274 I Nr. 1 StGB braucht nicht Eigentümer der Urkunde bzw. mit dem Beweisführungsberechtigten identisch zu sein.
4. § 133 I 2. Fall StGB erfasst Gegenstände, die dem Täter oder einem Dritten aufgrund dienstlicher Anordnung in Verwahrung gegeben worden sind. In dienstlicher Verwahrung befinden sich hiernach die dem Verteidiger nach § 147 StPO übergebenen Verfahrensakten.

Sachverhalt:
N und A betrieben gemeinsam als Rechtsanwälte eine Kanzlei. N gab diverse Unterlagen, welche die Mandantin M ihr zur Wahrnehmung von deren Interessen zur Verfügung gestellt hatte, dieser trotz entsprechender Aufforderung durch M nicht wieder zurück. Anlass für das Zurückhalten der Unterlagen war eine Verärgerung der N über das Verhalten der M.
Später wurde gegen N Strafanzeige wegen einer Straftat erstattet, die diese auch tatsächlich begangen hatte. A sandte die Ermittlungsakten der Staatsanwaltschaft Bochum in diesem Verfahren, die A als Verteidiger der N zur Akteneinsicht übersandt wurden, nicht mehr an die Behörde zurück. Hierzu hatte sich A entschlossen, weil ihm die unbeabsichtigte Versäumung der Rückgabefrist unangenehm war. A war sich hierbei dessen bewusst, dass ohne die in der Ermittlungsakte enthaltenen Unterlagen ein Nachweis der Tatbegehung nicht möglich sein würde. Die Akte verblieb so mehrere Wochen bei A. Strafbarkeit von A und N nach dem StGB?

[Anm.: §§ 164, 145d StGB sind nicht zu prüfen.]

Lösung:

A. Strafbarkeit der N gem. § 266 I StGB durch das Einbehalten der Unterlagen der M
Dadurch, dass N der M deren Unterlagen nicht wieder zurückgab, könnte sie sich wegen Untreue zum Nachteil der M gem. § 266 I StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Missbrauchs-Tatbestand, § 266 I 1. Fall StGB
N könnte den sog. "Missbrauchs-Tatbestand", § 266 I 1. Fall StGB, verwirklicht haben.

a. Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis
N müsste die Befugnis gehabt haben, über das Vermögen der M zu verfügen oder diese zu verpflichten.
Da N die M als Rechtsanwältin zur Wahrung von deren Interessen vertrat, ist davon auszugehen, dass M der N auch eine entsprechende Prozessvollmacht erteilt hat. Eine solche Vollmacht umfasst aber grundsätzlich auch die Befugnis der Anwältin, für ihre Mandantin zumindest bestimmte Verträge (etwa einen Vergleich) abzuschließen, also eine Vertretungsmacht. N hatte also die Befugnis, über das Vermögen der M zu verfügen und diese zu verpflichten.

b. Missbrauch der Befugnis
N müsste diese Befugnis missbraucht haben.
Da ein Missbrauch einer Befugnis stets deren Gebrauch voraussetzt und eine Befugnis nur bei einem rechtsgeschäftlichen Handeln gebraucht wird, kommt auch nur ein solches Handeln als Tathandlung für § 266 I 1. Fall StGB in Betracht (Fischer, § 266 Rn. 24; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn. 753; Labsch, JURA 1987, 343, 347). Das Tatverhalten der N im vorliegenden Fall - die Nichtrückgabe der Unterlagen - wäre jedoch kein rechtsgeschäftliches, sondern ein rein tatsächliches Verhalten und deshalb nicht tauglich zur Verwirklichung des Missbrauchstatbestandes gem. § 266 I 1. Fall StGB.

2. Treuebruchs-Tatbestand, § 266 I 2. Fall StGB
N könnte jedoch den sog. "Treuebruchs-Tatbestand", § 266 I 2. Fall StGB, verwirklicht haben. N müsste dafür zunächst die Pflicht gehabt haben, Vermögensinteressen der M wahrzunehmen.
Eine Vermögensbetreuungspflicht i.S.v. § 266 I StGB ist dann gegeben, wenn dem Täter im Rahmen eines fremdnützigen Schuldverhältnisses Raum für eigenverantwortliche Entscheidungen, also eine Ermessensspielraum und eine gewisse Selbstständigkeit, eingeräumt wurde und die Betreuung fremder Vermögensinteressen eine Hauptpflicht des Täters darstellt (BGH, NJW 1960, 53; Fischer, § 266 Rn. 33 f.; Krey/Hellmann, BT II, Rn. 566 f.).
Zwar hat eine Rechtsanwältin im Verhältnis zu ihrer Mandantin eine Vermögensbetreuungspflicht, soweit es um die Weiterleitung von Zahlungseingängen geht

(BGH, NStZ-RR 2004, 54; NJW 2006, 3219, 3222 f.) oder um die Verwendung von Geldmitteln, die die Mandantin ihrer Anwältin zur Ausführung eines Auftrags überlassen hat (BGH, NStZ-RR 2004, 54). Hinsichtlich der von der Mandantin überlassenen Unterlagen - wie im vorliegenden Fall - trifft eine Rechtsanwältin jedoch keine Vermögensbetreuungspflicht, da sie diesbezüglich keinen Ermessensspielraum hinsichtlich deren Verwendung besitzt. Die Rechtsanwältin bewahrt diese Unterlagen lediglich während des Prozesses für die Mandantin auf, um ein Einreichen der Unterlagen bei Gericht zu vereinfachen, wenn dies erforderlich sein sollte. Ein solches reines Verwahrungsverhältnis reicht jedoch für die Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht i.S.v. § 266 I StGB nicht aus. M hat also auch den Treubruchstatbestand nicht verwirklicht.

II. Ergebnis
N ist nicht strafbar gem. § 266 I StGB.

B. Strafbarkeit der N gem. § 246 I, II StGB durch das Einbehalten der Unterlagen der M
Durch das Einbehalten der Unterlagen der M könnte N sich jedoch wegen veruntreuender Unterschlagung gem. § 246 I, II StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand
M müsste zunächst den Tatbestand des Grunddelikts, § 246 I StGB, verwirklicht haben.

1. Fremde bewegliche Sachen
Bei den Unterlagen der M müsste es sich um fremde bewegliche Sachen handeln.
Sache i.S.v. § 246 I StGB ist jeder körperliche Gegenstand (Schönke/Schröder-Eser, § 246 Rn. 3, § 242 Rn. 9). Beweglich ist eine Sache, wenn sie tatsächlich fortgeschafft werden kann (Schönke/Schröder-Eser, § 246 Rn. 3, § 242 Rn. 11). Fremd ist die Sache, wenn sie zumindest auch im Eigentum eines anderen steht (Fischer, § 246 Rn. 3, § 242 Rn. 5).
Bei den von M der N überlassenen Unterlagen handelt es sich um bewegliche Sachen. Da diese im Eigentum des M stehen, sind sie auch für N fremd.

2. Zueignung
N müsste die Unterlagen sich oder einem Dritten zugeeignet haben.
Zueignung i.S.v. § 246 I StGB ist die Betätigung des Zueignungswillens in objektiv erkennbarer Weise (BGH, NJW 1960, 684, 685; Schönke/Schröder-Eser, § 246 Rn. 11; Krey/Hellmann, BT II, Rn. 160). N müsste also zunächst einen Zueignungswillen, d.h. einen Aneignungs- und einen Enteignungswillen, gehabt haben.

a. Enteignungswille
N müsste mit Enteignungswillen gehandelt haben.
Enteignungswille ist der Wille, den Berechtigten auf Dauer aus seiner Eigentümerposition zu verdrängen, d.h. ihm die Sache selbst oder den in ihr verkörperten Sachwert auf Dauer zu entziehen (Joecks, § 246 Rn. 26; Krey/Hellmann, BT II, Rn. 161, 56).
N hatte nicht vor, M deren Unterlagen jemals wieder zurückzugeben, sie wollte dieser also die Sachen auf Dauer entziehen. N hat mit Enteignungswillen gehandelt.

b. Aneignungswille
N müsste auch einen Aneignungswillen besessen haben.
Aneignungswille ist der Wille, die Sache selbst oder den in ihr verkörperten Sachwert wenigstens vorübergehend dem eigenen Vermögen oder dem Vermögen eines Dritten einzuverleiben (Fischer, § 246 Rn. 20, § 242 Rn. 35; Rengier, BT II, § 5 Rn. 7, 9, § 2 Rn. 64).
Der Sachverhalt lässt allerdings nicht erkennen, dass N geplant hatte, die Unterlagen selbst zu nutzen oder z.B. an einen Dritten zu verkaufen. Ihr kam es nur darauf an, sich an M für den erlittenen Ärger zu rächen, indem sie dieser die für M wichtigen Unterlagen vorenthielt. Ein solche reine Sachentziehung, insb. um den Eigentümer zu ärgern, wie N sie im vorliegenden Fall durchführen will, stellt jedoch keine Aneignung dar (BGH, NJW 1977, 1460; BayObLG, NJW 1992, 2040; OLG Köln, NJW 1997, 2611; Fischer, § 246 Rn. 20, § 242 Rn. 36). N hat also nicht mit Aneignungswillen gehandelt.

Da das Verhalten der N keine Zueignung darstellt, hat diese bereits den Tatbestand des § 246 I StGB nicht verwirklicht.
Zu diesem Ergebnis kommt auch der BGH in der vorliegenden Entscheidung: "Allein dem Unterlassen der Rückgabe lässt sich eine Zueignung im Sinne des § 246 Abs. 1 StGB nicht entnehmen (vgl. hierzu BGH, Beschluss vom 9. Januar 2007 - 3 StR 472/06 Rn. 2), insbesondere wenn dies geschieht, um den Eigentümer bzw. Gewahrsamsinhaber zu ärgern (BGH, Urteil vom 10. Juli 1980 – 4 StR 323/80; Holtz, MDR 1982, 808, 810; Fischer, StGB, 57. Aufl. § 242 Rn. 36; SSW-StGB/Kudlich § 242 Rn. 48, jeweils m.w.N.)."

II. Ergebnis
N ist nicht strafbar gem. § 246 StGB.

C. Strafbarkeit der N gem. § 274 I Nr. 1 StGB durch das Einbehalten der Unterlagen der M
Durch das Einbehalten der Unterlagen der M könnte N sich jedoch wegen Urkundenunterdrückung gem. § 274 I Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Taugliches Tatobjekt
Bei den Unterlagen, die M der N überlassen hatte, müsste es sich um taugliche Tatobjekte für eine Urkundenunterdrückung handeln, also um Urkunden, die N nicht oder nicht ausschließlich gehören.

a. Urkunde
Eine Urkunde i.S.v. § 274 I Nr. 1 StGB ist - ebenso wie bei § 267 I StGB - eine verkörperte Gedankenerklärung, die einen Erklärenden (den Aussteller) erkennen lässt und zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet und bestimmt ist (BGHSt 18, 66; Fischer, § 274 Rn. 2, § 267 Rn. 2; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 274 Rn. 4).
Diese Voraussetzungen dürften zumindest bei einem Teil der Unterlagen, die M der N überlassen hatte, gegeben sein, sodass diese Urkunden darstellen.
Zwar findet nach h.M. (Fischer, § 274 Rn. 2; Lackner/Kühl, § 274 Rn. 1; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 274 Rn. 4) der Tatbestand des § 274 I Nr. 1 StGB nur auf echte Urkunden Anwendung, also auf solche Urkunden, deren Aussteller mit dem tatsächlichen Hersteller identisch ist (vgl. BGH, NStZ-RR 2008, 83, 84; Fischer, § 267 Rn. 27). Dies ist jedoch im vorliegenden Fall unbeachtlich, da es sich bei den an N übergebenen Urkunden um echte handeln dürfte.

b. Nicht (ausschließlich) gehören
Diese Urkunden dürften N überhaupt nicht oder nicht ausschließlich gehören.
Eine Urkunde "gehört" demjenigen i.S.v. § 274 I Nr. 1 StGB, der das Beweisführungsrecht daran besitzt (BGHSt 6, 251, 153 f.; 29, 192, 194; Fischer, § 274 Rn. 3; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 274 Rn. 5).
Zwar ist davon auszugehen, dass M der N die Urkunden überlassen hatte, damit sie diese zur Wahrnehmung der Interessen der M als Beweismittel benutzen konnte. Somit hatte N - zumindest ursprünglich - auch ein Beweisführungsrecht an diesen. Jedoch wollte M das Beweisführungsrecht, das ihr selbst bzgl. dieser Unterlagen zustand, dadurch nicht völlig aufgeben, sodass im Tatzeitpunkt auch der M noch ein Beweisführungsrecht an den Unterlagen zustand und diese der N somit zumindest nicht ausschließlich gehörten.

2. Tathandlung
N müsste auch eine der genannten Tathandlungen vorgenommen haben, d.h. die Urkunden vernichtet, beschädigt oder unterdrückt haben. In Betracht kommt im vorliegenden Fall allein das Unterdrücken der Urkunden.
Unterdrückung einer Urkunde ist jede Handlung, durch die dem Berechtigten die Benutzung der Urkunde als Beweismittel entzogen oder vorenthalten wird (OLG Düsseldorf, NJW 1989, 115 f.; Joecks, § 274 Rn. 10; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 274 Rn. 9).
Dadurch, dass N die Unterlagen bei sich behielt und nicht an M herausgab, wurde dieser die Möglichkeit vorenthalten, diese Urkunden als Beweismittel zu benutzen. N hat diese Urkunden also unterdrückt.

3. Vorsatz
N handelte auch vorsätzlich.

4. Nachteilszufügungsabsicht
N müsste allerdings auch in der Absicht gehandelt haben, einem anderen Nachteil zuzufügen.
Der Begriff "Absicht" ist bei § 274 I Nr. 1 StGB untechnisch gemeint, sodass nicht unbedingt ein zielgerichtetes Handeln (dolus directus 1. Grades) der Täterin erforderlich ist, sondern auch das sichere Wissen (dolus directus 2. Grades) um die Nachteilszufügung ausreicht (OLG Düsseldorf, NJW 1989, 116; Fischer, § 274 Rn. 9; Joecks, § 274 Rn. 23). Als entsprechender Nachteil kommt auch nicht nur ein Vermögensnachteil in Betracht, sondern jeder Nachteil, der durch die Beeinträchtigung fremder Beweisführungsrechte entsteht (BGHSt 29, 192; OLG Zweibrücken, NStZ 2000, 201; Lackner/Kühl, § 274 Rn. 7).
Da M die N bereits dazu aufgefordert hatte, ihr die Unterlagen zurückzugeben, wusste N, dass M diese Urkunden in einem anderen Verfahren zu Beweiszwecken benötigte. Da M offensichtlich auch keine eigenen Kopien der Unterlagen mehr besaß - sonst hätte sie N ja nicht zur Herausgabe der ihr überlassenen Unterlagen auffordern müssen -, wusste N, dass M ohne die Unterlagen Schwierigkeiten dabei haben würde, das Bestehen ihrer Rechte zu beweisen. Sie hat also in dem sicheren Wissen gehandelt, dass M durch das Unterdrücken der Urkunden Nachteile durch die für sie somit erschwerte Beweisführung entstehen würden. N hat also mit Nachteilszufügungsabsicht gehandelt.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld
N handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis
N ist strafbar gem. § 274 I Nr. 1 StGB.

D. Strafbarkeit des A gem. § 246 I, II StGB durch das Einbehalten der Ermittlungsakte
Dadurch, dass er die Ermittlungsakte aus dem Strafverfahren gegen N, die ihm als Verteidiger zur Akteneinsicht überlassen worden war, nicht an die Staatsanwaltschaft zurückgab, könnte A sich wegen veruntreuender Unterschlagung gem. § 246 I, II StGB straf-

bar gemacht haben.

I. Tatbestand
Zwar handelt es sich bei der Ermittlungsakte um eine für A fremde, bewegliche Sache und somit um ein taugliches Tatobjekt für eine Unterschlagung.
A müsste sich die Akte jedoch auch zugeeignet haben, d.h. er müsste einen Zueignungswillen besessen und diesen in objektiv erkennbarer Weise betätigt haben. Ein Zueignungswille würde insb. einen Aneignungswillen voraussetzen, also den Willen, die Sache selbst oder den in ihr verkörperten Sachwert wenigstens vorübergehend dem eigenen Vermögen oder dem Vermögen eines Dritten einzuverleiben (s.o.). A wollte jedoch die Akte nicht selbst verwenden oder anderweitig verwerten, sondern diese einfach nur der Staatsanwaltschaft entziehen. Da die bloße Sachentziehung aber keine Zueignung darstellt (s.o.), hat A den Tatbestand des § 246 I StGB auch nicht erfüllt.

II. Ergebnis
A ist nicht strafbar gem. § 246 StGB.

E. Strafbarkeit des A gem. § 274 I Nr. 1 StGB durch das Einbehalten der Ermittlungsakte
Durch das Einbehalten der Ermittlungsakte könnte A sich jedoch wegen Urkundenunterdrückung gem. § 274 I Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

a. Taugliches Tatobjekt
Bei der Ermittlungsakte müsste es sich um eine echte Urkunde handeln, die dem A überhaupt nicht oder nicht ausschließlich gehörte.
Die in der Akte enthaltenen einzelnen Schriftstücke (polizeiliche Protokolle, Zeugenaussagen, Verfügungen der Staatsanwaltschaft) stellen verkörperte Gedankenerklärungen dar, die jeweils ihren Aussteller erkennen lassen und zum Beweis geeignet und bestimmt sind. Diese einzelnen Urkunden sind in der Akte zu einer sog. Gesamturkunde verbunden. Diese Urkunde ist auch echt. Da auch die Staatsanwaltschaft noch ein entsprechendes Beweisführungsrecht an der Urkunde besitzt, gehört diese auch nicht ausschließlich A, sodass die Ermittlungsakte ein taugliches Tatobjekt für eine Urkundenunterdrückung des A darstellt.

b. Tathandlung
Durch das Einbehalten der Akte hat A der insofern berechtigten Staatsanwaltschaft die Benutzung dieser Urkunde zu Beweiszwecken vorenthalten und diese so unterdrückt.

c. Vorsatz
A handelte vorsätzlich.

d. Nachteilszufügungsabsicht
A müsst auch in der Absicht gehandelt haben, einem anderen Nachteil zuzufügen.
Hierzu der BGH: "[7] Ergänzend weist der Senat [...] darauf hin, dass nach der Rechtsprechung und der herrschenden Meinung im Schrifttum eine Nachteilszufügungsabsicht im Sinne des § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB zwar nicht durch die Vereitelung des staatlichen Strafanspruchs begründet wird, da insoweit kein 'anderer' benachteiligt wird (BGH, Beschluss vom 27. März 1990, BGHR StGB § 274 Nachteil 2; BayObLG, NZV 1999, 213, 214; NZV 1989, 81; OLG Düsseldorf, NZV 1989, 477; SSW-StGB/Wittig § 274 Rn. 21; Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl., § 274 Rn. 7; Cramer/Heine, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 274 Rn. 16).
Es sind aber ergänzende Feststellungen dahingehend möglich, dass dem Anzeigeerstatter im Ermittlungsverfahren [...] durch die Angeklagten ein Nachteil zugefügt werden sollte. Der zu Benachteiligende braucht auch nicht Eigentümer der Urkunde bzw. mit dem Beweisführungsberechtigten identisch zu sein (Leipziger Kommentar/Zieschang, StGB, 12. Aufl., § 274 Rn. 60; Fischer aaO § 274 Rn. 6; Wittig aaO § 274 Rn. 21, Cramer/Heine aaO § 274 Rn. 17, jeweils m.w.N.)."
Eine Nachteilszufügungsabsicht des A bzgl. des Erschwerens der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs gegen N kommt somit nicht in Betracht. Dass A sich vorgestellt hat, dem Anzeigeerstatter in dem Strafverfahren gegen N durch die Unterdrückung der Akte einen Nachteil zuzufügen ist zwar - wie der BGH ausführt - grundsätzlich möglich. Da der Sachverhalt jedoch keine Angaben darüber macht, wer die Strafanzeige gegen N erstattet hatte und wegen welchen Delikts, ist auch nicht nachvollziehbar, inwiefern durch die Unterdrückung der Akte nach der Vorstellung des A dem Anzeigeerstatter ein Nachteil zugefügt würde. Nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" ist somit eine Nachteilszufügungsabsicht des A nicht gegeben.

II. Ergebnis
A ist nicht strafbar gem. § 274 I Nr. 1 StGB

F. Strafbarkeit des A gem. § 133 I StGB durch das Einbehalten der Ermittlungsakte
A könnte sich durch das Einbehalten der Ermittlungsakte jedoch wegen Verwahrungsbruchs gem. § 133 I StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Taugliches Tatobjekt

a. Schriftstück oder andere bewegliche Sache
Bei der Ermittlungsakte müsste es sich um ein Schrift-

stück oder eine andere bewegliche Sache handeln.
Einer (Ermittlungs-) Akte ist nicht nur eine bewegliche Sache (s.o.), sondern auch ein Schriftstück (RGSt 63, 33; Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 133 Rn. 4).

b. Dienstliche Verwahrung/Dienstliches In-Verwahrung-Geben
Das Tatobjekt müsste sich in dienstlicher Verwahrung befinden oder dem Täter oder einem anderen dienstlich in Verwahrung gegeben worden sein.
Eine dienstliche Verwahrung i.S.v. § 133 I StGB setzt voraus, dass die Sache von einer Behörde, einem Amtsträger oder einer vergleichbaren öffentlichen Stelle in Besitz genommen wurde (BGHSt 38, 386; Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 133 Rn. 6; Fischer, § 133 Rn. 4). Bei einem Strafverteidiger wie A handelt es sich jedoch nicht um einen solchen Hoheitsträger, sodass die Akte, solange sie bei A lag, sich nicht in dienstlicher Verwahrung befand.
Die Akte könnte A aber dienstlich in Verwahrung gegeben worden sein.
Ein dienstliches "In-Verwahrung-Geben" setzt voraus, dass dem Empfänger dienstliche Herrschaftsgewalt übertragen wird (Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 133 Rn. 10; Meyer, JuS 1971, 645). Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn eine Strafakte gem. § 147 IV 1 StPO an den Verteidiger zum Zwecke der Akteneinsicht ausgehändigt wird (Fischer, § 113 Rn. 5; Rengier, BT II, § 57 Rn. 8). Da dem A die Akte in seiner Funktion als Strafverteidiger der N zur Akteneinsicht gem. § 147 StPO ausgehändigt wurde, ist sie diesem dienstlich in Verwahrung gegeben worden.
So sieht es auch der BGH: "Das Landgericht wird auch eine Strafbarkeit wegen Verwahrungsbruchs zu erwägen haben. Die zweite Alternative des § 133 Abs. 1 StGB erfasst Gegenstände, die dem Täter oder einem Dritten aufgrund dienstlicher Anordnung in Verwahrung gegeben worden sind. In dienstlicher Verwahrung befinden sich hiernach die dem Verteidiger nach § 147 StPO übergebenen Verfahrensakten [...]. "

2. Tathandlung
A müsste die Akte zerstört, beschädigt, unbrauchbar gemacht oder der dienstlichen Verfügung entzogen haben.
Der dienstlichen Verfügung wird eine Sache entzogen, wenn dem Berechtigten die Möglichkeit des ungehinderten Zugriffs und der bestimmungsgemäßen Verwendung entzogen oder erheblich erschwert wird (Joecks, § 133 Rn. 4; Wessels/Hettinger, BT I, Rn. 681). Dadurch, dass er die Akte behielt, hat A der berechtigten Staatsanwaltschaft die Möglichkeit des Zugriffs und der Verwendung der Akte genommen und diese so der dienstlichen Verfügung entzogen.

3. Vorsatz
A handelte vorsätzlich.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld
A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis
A ist strafbar gem. § 133 I StGB.

G. Strafbarkeit des A gem. § 258 I StGB durch das Einbehalten der Ermittlungsakte
A könnte sich durch das Einbehalten der Akte wegen Strafvereitelung gem. § 258 I StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Rechtswidrige Tat eines anderen
Zunächst einmal müsste ein anderer eine rechtswidrige Tat - also gem. § 11 I Nr. 5 StGB eine Straftat - begangen haben, deretwegen er auch bestraft werden könnte.
Hier hatte N - also eine andere - die Straftat, deretwegen gegen sie ermittelt wurde, auch tatsächlich begangen. Da N wegen dieser Tat auch hätte bestraft werden können, ist eine taugliche Vortat der N für eine Strafvereitelung des A gegeben.

2. Vereiteln der Bestrafung
A müsste die Bestrafung der N ganz oder zum Teil vereitelt haben.
Ein "ganz Vereiteln" in diesem Sinne umfasst nach h.M. nicht nur das endgültige Verhindern der Aburteilung, sondern ist bereits dann gegeben, wenn der Täter die Verurteilung auf geraume Zeit, d.h. für einen Zeitraum von mindestens 10 Tagen (vgl. OLG Stuttgart, NJW 1976, 2084), verhindert (BGHSt 45, 97, 100; Fischer, § 258 Rn. 8; Joecks, § 258 Rn. 12).
Ohne die Akte konnte der N die Tatbegehung nicht nachgewiesen und diese deshalb auch nicht bestraft werden. Da A diese Akte für mehrere Wochen dem Zugriff der Strafverfolgungsorgane, insb. der Staatsanwaltschaft, entzogen hat, hat er die Verurteilung der N für eine geraume Zeit verhindert und so deren Bestrafung ganz vereitelt.

3. Anwendbarkeit von § 258 I StGB auf Strafverteidiger
Allerdings war A die Strafakte in seiner Funktion als Strafverteidiger überlassen worden. Da es ja letztlich (auch) die Aufgabe eines Verteidigers darstellt, möglichst zu verhindern, dass seine Mandantin verurteilt wird, könnte der Tatbestand des § 258 I StGB vielleicht einer teleologischen Reduktion bedürfen in der Weise, dass sich ein Strafverteidiger nicht wegen Strafvereitelung strafbar machen kann.

Insofern besteht zwar Einigkeit darüber, dass ein Verhalten des Strafverteidigers, das durch die StPO ausdrücklich für zulässig erklärt wird, nicht gem. § 258 I StGB strafbar sein kann (BVerfG, StV 2006, 522; BGH, NJW 2009, 2690; Fischer, § 258 Rn. 17; Joecks, § 258 Rn. 14; Schönke/Schröder-Stree/Hecker, § 258 Rn. 20). Andererseits ist eine Tatbestandsverwirklichung des § 258 I StGB durch den Strafverteidiger doch möglich, wenn dieser durch sein Verhalten seine eigenen strafprozessualen Pflichten wesentlich verletzt. Ein Strafverteidiger, dem die Ermittlungsakten zur Akteneinsicht überlassen werden, hat die Pflicht diese fristgerecht zurückzugeben. Behält der Strafverteidiger die Akten über diesen Zeitraum hinaus, so kann dieses Verhalten - sofern auch der subjektive Tatbestand des § 258 I StGB gegeben ist - durchaus als Strafvereitelung strafbar sein (OLG Koblenz, JR 1980, 478; Fischer, § 258 Rn 22; Beulke, Die Strafbarkeit des Strafverteidigers, S. 102). Da im vorliegenden Fall gerade das Einbehalten der Ermittlungsakten durch A als Strafverteidiger der N über den Zeitraum der zur Akteneinsicht gesetzten Frist hinaus das tatbestandliche Verhalten darstellen soll, wäre der Tatbestand des § 258 I StGB somit anwendbar.

4. Vorsatz

A müsste vorsätzlich gehandelt haben.

Hinsichtlich des Vereitelns ist i.R.v. § 258 I ein qualifizierter Vorsatz des Täters erforderlich, dieser muss nämlich insofern absichtlich oder wissentlich handeln. A hat die Begehung der Vortat durch N zumindest billigend in Kauf genommen. Da er auch sicher wusste, dass durch sein Verhalten die Bestrafung der N vereitelt würde, hat er auch die qualifizierten Anforderungen des § 258 I an den Vorsatz erfüllt.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis

A ist strafbar gem. § 258 I StGB.

H. Gesamtergebnis

N ist strafbar gem. § 274 I Nr. 1 StGB und A gem. § 133 I StGB und § 258 I StGB. Da A die Delikte durch dieselbe Handlung verwirklicht hat, stehen sie zueinander im Verhältnis der Tateinheit, § 52 StGB.

Literaturauswertung

Öffentliches Recht

Autor/Titel:	Morlock, Martin / Hientzsch, Christina: "Das Parlament als Zentralorgan der Demokratie"
Fundstelle:	JuS 2011, 1 (Heft 1)
Inhalt:	Die Autoren gehen auf die Rolle des Parlaments im Grundgesetz ein. Sie erläutern, welche Rechte das GG dem Deutschen Bundestag zubilligt und wie sich die Rechte und Pflichten des Parlaments von anderen Staatsorganen und Staatsgewalten abgrenzen lassen. Viele Ausführungen in diesem Beitrag ließen sich ohne weiteres in eine staatsorganisationsrechtliche Klausur übernehmen, z.B. in ein Organstreitverfahren vor dem BVerfG. Hinzu kommt, dass die Frage der Parlamentsbeteiligung an wichtigen Entscheidungen (z.B. Bundeswehreinsätzen im In- und Ausland) ein vieldiskutiertes Thema ist.

Autor/Titel:	Augsberg, Ino: "Grundfälle zu Art. 2 II 1 GG"
Fundstelle:	JuS 2011, 28 (Heft 1)
Inhalt:	Der Autor bespricht anhand kleiner Beispielsfälle die Grundrechte auf Leben und körperliche Unversehrtheit auf sehr hohem Ausbildungsniveau, bleibt aber dennoch stets anschaulich. Erster Teil einer Fortsetzungsreihe, die unbedingt Beachtung verdient.

Zivilrecht

Autor/Titel:	Stackmann, Nikolaus: "Selten folgenschwer: Verspätetes Vorbringen"
Fundstelle:	JuS 2011, S. 133 (Heft 2)
Inhalt:	Die Rüge verspäteten Vorbringens ist im Zivilprozess und auch in den Klausuren zum zweiten Staatsexamen keine Seltenheit. Referendare und Examenskandidaten sollten sich hiermit auskennen – dabei hilft der vorliegende Beitrag, der einen guten Überblick und ein Prüfungsschema bereithält.

Strafrecht

Autor/Titel:	Geppert, Klaus: "Die Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2 StGB)
Fundstelle:	JURA 2011, 30 (Heft 1)
Inhalt:	Probleme aus dem Bereich Täterschaft und Teilnahme, gerade im Rahmen der Mittäterschaft, § 25 II StGB, stellen ein klassisches Thema von Examensaufgaben dar. In diesem Aufsatz geht der Verfasser auf praktisch alle Probleme aus diesem Themenkreis ein. Die Beschreibung der Voraussetzungen der Mittäterschaft und ihre Abgrenzung zu anderen Beteiligungsformen gerät dabei zwar noch etwas oberflächlich und der Diskussion der fahrlässigen Mittäterschaft wird vielleicht etwas viel Platz eingeräumt. Aber bei der Darstellung besonders examensrelevanter Sonderprobleme wie der Mittäterschaft durch reine Mitwirkung im Vorbereitungsstadium (der sog. "Bandenchefproblematik"), der sukzessiven Mittäterschaft beim Hinzutreten zwischen Vollendung und Beendigung der Tat, des Versuchsbeginn bei echter und vermeintlicher Mittäterschaft und des Ausscheidens eines Mittäters im Vorbereitungsstadium brilliert der Verfasser. Hier werden die entsprechenden Problemstellungen übersichtlich mit dem jeweils relevanten Meinungsspektrum und prägnanten Beispielsfällen verständlich dargestellt. Vor allem zur Wiederholung ideal.

Autor/Titel:	Satzger, Helmut: "Die eigenhändigen Delikte"
Fundstelle:	JURA 2011, 103 (Heft 2)
Inhalt:	Zahlreiche examensrelevante Tatbestände setzen eine eigenhändige Vornahme der Tathandlung durch den Täter voraus (z.B. §§ 153 f., 315c f., 323a StGB). In diesem Aufsatz befasst sich der Verfasser insbesondere mit der Auswirkung der Eigenhändigkeit auf die verschiedenen Täterschaftsformen und der Sonderkonstellation der actio libera in causa. Was eine großem Hilfe bei der Examensvorbereitung sein könnte, wird leider dadurch etwas unübersichtlich, dass zwischendurch noch eigenhändigen Delikte und Sonderdelikten miteinander verglichen und ausführlich diskutiert wird, wie man den eigenhändigen Charakter eines Straftatbestandes erkennen kann. Trotzdem sind noch so viele wissenswerte Details enthalten, dass der Aufsatz bei der Erschließung dieses kniffligen Themas sehr hilfreich sein kann.