RA RechtsprechungsAuswertung

Heft 04/2011

Öffentliches Recht

Zur versammlungsrechtlichen Friedlichkeit von Gegendemonstrationen 197
Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen eine EU-Verordnung 200
Zur Verweigerung einer straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis 202
Keine Schreibverlängerung in Prüfungen wegen Angststörungen 206

Zivilrecht

Kein Ersatz des Erfüllungsinteresses bei deliktischer Haftung 208
Keine Haftung des Leasingnehmers aus § 7 StVG gegenüber dem Leasinggeber 211
Zur Transparenz von AGB-Klauseln 214
Berufung als statthaftes Rechtsmittel gegen 2. Versäumnisurteil 217

Strafrecht

Zu den Voraussetzungen einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung 220
Zu den Aufklärungspflichten bei Einwilligung in Heilbehandlung 223
Vollendung von § 306a II StGB bei gemischt genutztem Gebäude 228

Urteile in Fallstruktur

Öffentliches Recht: Straßenumbenennung 232
Zivilrecht: Sittenwidrigkeit einer Brautgeldabrede 238
Strafrecht: Nötigung durch Sitzblockade 244

Literaturauswertung 253

JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

Öffentliches Recht

Standort: Versammlungsrecht Problem: Gegendemo als (friedliche) Versammlung

BVERFG, BESCHLUSS VOM 10.12.2010
1 BVR 1402/06 (NVWZ 2011, 422)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall stellte sich dem BVerfG die Frage, wann eine (hier: rechte) Gegendemonstration zu einer anderen (hier: linken) Kundgebung selbst eine friedliche Versammlung i.S.d. Art. 8 I GG darstellt mit der Folge, dass sie erstens am Schutz der Versammlungsfreiheit teilnimmt und zweitens in den Genuss der "Polizeifestigkeit" von Versammlungen kommt, wonach bei staatlichem Einschreiten gegen eine Versammlung ein Rückgriff auf allgemeines Polizeirecht wegen des Vorrangs der Versammlungsgesetze als leges speciales ausgeschlossen ist.

I. Das BVerfG fordert bekanntlich, dass eine Versammlung "Ausdruck gemeinschaftlicher, auf Kommunikation angelegter Entfaltung" sein muss, d.h. an der öffentlichen Meinungskundgabe teilnehmen muss. In diesem Kundgabeelement liegt ihre Abgrenzung zur bloßen Ansammlung. Das Gericht ist aber auch der Auffassung, dass die Meinungskundgabe nonverbal erfolgen kann. Es müssen also nicht unbedingt Parolen gerufen oder Transparente gezeigt werden. Vielmehr können schon ein bestimmtes Aussehen (hier: Skinheads in szenetypischer Kleidung) oder der Aufenthalt an einem bestimmten Ort (Beispiel: Schweigemarsch am 20. April durch das Brandenburger Tor) genügen, um eine bestimmte Gesinnung auszudrücken.

II. Unfriedlich wird eine solche Versammlung nur, wenn sie insgesamt einen gewalttätigen oder aufrührerischen Verlauf nimmt oder zu nehmen droht. Krawalle Einzelner nehmen der Versammlung also nicht die Friedlichkeit i.S.d. Art. 8 I GG.

III. Auf die Anmeldung der Versammlung (§ 14 VersG) kommt es im Rahmen des Art. 8 I GG nicht an. Dieser erlaubt - im Gegensatz zum einfachen Recht - explizit das Versammeln ohne Anmeldung.

IV. Darauf, dass während einer laufenden, unter den Schutzbereich des Art. 8 I GG fallenden Versammlung allein das jeweils geltende VersG und nicht allgemeines Polizeirecht als Schranke i.S.d. Art. 8 II GG angewendet werden darf ("Polizeifestigkeit" von Versammlungen), hat die RA bereits mehrfach ausführlich hingewiesen (zuletzt VGH Mannheim, RA 2010, 753 m.w.N.). Das BVerfG bekräftigt diesen Grundsatz im vorliegenden Beschluss.

Prüfungsrelevanz:

Kaum ein Thema ist gegenwärtig so examensrelevant wie das Versammlungsrecht. Lückenlose Kenntnisse in diesem Rechtsgebiet sind daher jedem Examenskandidaten dringend anzuraten (vgl. auch die Aufsehen erregende "Fraport"-Entscheidung des BVerfG, abgedruckt in RA 2011, 169 als "Urteil in Fallstruktur"). Der vorliegende Beschluss könnte z.B. als Verfassungsbeschwerde in eine Examensaufgabe übernommen werden.

Für Art. 5 I GG gilt übrigens das hier zu Art. 8 I GG Gesagte entsprechend: Auch dort muss die Meinungskundgabe nicht in einer bestimmten Form erfolgen. Trotz der - nur beispielhaften - Aufzählung "Wort, Schrift und Bild" in Art. 5 I 1 GG würde auch dort eine konkludente Meinungsäußerung genügen. Ist Anknüpfungspunkt der staatlichen Sanktion das Meinungselement der Versammlung (im Gegensatz zum kollektiven Element), tritt Art. 5 I 1 GG neben Art. 8 I GG (siehe auch hierzu die oben zitierte "Fraport"-Entscheidung des BVerfG), wäre also in einer Verfassungsbeschwerde aus Gründen der gutachterlichen Vollständigkeit ebenfalls zu prüfen.

Vertiefungshinweise:

❑ Ausstrahlungswirkung des Art. 8 I GG auf die Anwendung von Bußgeldvorschriften: *BVerfGE* 69, 315 [343 ff.]; 87, 399 [406 ff.]; 104, 92 [104]

❑ Zur Polizeifestigkeit von Versammlungen: *VGH Mannheim* , RA 2010, 753 = VBlBW 2010, 468; DVBl 1998, 837 [839]; RA 2007, 705; *BVerfG*, RA 2005, 75 = NVwZ 2005, 80; *BVerwGE* 82, 34 [38]; *OLG Celle*, RA 2006, 270 = NVwZ-RR 2006, 25; *Kötter/Nolte*, DÖV 2009, 399; *Meßmann*, JuS 2007, 524

❑ Aktuelle Probleme des Versammlungsrechts: *Leist*, NVwZ 2005, 500; *Kniesel/Poscher*, NJW 2004, 422, *Grigoleit/Battis*, NVwZ 2001, 121; *Wiefelspütz*, ZRP 2001, 60; *Kniesel*, NJW 2000, 2857

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "XYZ"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Versammlungen sind - anders als bloße Ansammlungen oder Volksbelustigungen - ein Ausdruck gemeinschaftlicher, auf Kommunikation angelegter Entfaltung.

2. Der Ausdruck gemeinschaftlicher, auf Kommunikation angelegter Entfaltung muss nicht ausdrücklich-verbaler Natur sein. Vielmehr kann die Meinungskundgabe auch nonverbal, z.B. durch bloße Anwesenheit an einem bestimmten Ort, die Art des Auftretens usw. erfolgen.

3. Eine Versammlung wird erst dann unfriedlich, wenn sie im Ganzen einen gewalttätigen oder aufrührerischen Verlauf nimmt oder zu nehmen droht. Hierzu genügt es, wenn der Veranstalter einen solchen anstrebt oder zumindest billigt.

4. Um unter den Schutz des Art. 8 I GG zu fallen, muss die Versammlung nicht angemeldet sein.

5. Die Versammlungsgesetze gehen als Spezialgesetze dem allgemeinen Polizeirecht vor ("Polizeifestigkeit der Versammlung"). Maßnahmen nach den allgemeinen Polizeigesetzen (hier: Platzverweis) sind deshalb rechtswidrig, solange die Versammlung andauert bzw. der einzelne Betroffene nicht zuvor von der Versammlung ausgeschlossen wurde.

Sachverhalt:

Die Verfassungsbeschwerde richtete sich gegen die Auferlegung eines Bußgeldes wegen fahrlässiger Teilnahme an einer unerlaubten Ansammlung gem. § 113 OWiG.

Am Samstag, den 14. 8. 2004, fand in der Kleinstadt F. die angemeldete Demonstration unter freiem Himmel mit dem Motto "Keine schweigenden Provinzen – Linke Freiräume schaffen" statt. Anlässlich dieser Versammlung begab sich der Bf. zusammen mit circa 40 anderen Personen mit dem Kraftfahrzeug nach F. Die Gruppe postierte sich entlang der Route der angemeldeten Demonstration. Die Mitglieder der Gruppe hatten überwiegend kurz geschorenes Haar. Dazu trugen sie so genannte Bomberjacken und Springerstiefel sowie die für die rechte Szene (jedenfalls damals) typische Bekleidung der Marke L. Die Gruppe verfügte weder über Plakate oder Flugblätter noch über sonstige Hilfsmittel der Kommunikation.

Als die Polizeikräfte vor Ort der Gruppe gewahr wurden, ordnete der Einsatzleiter eine Identitätsfeststellung sowie einen Fahndungsabgleich des Initiators und Wortführers der Gruppe, Herrn L. S, an. Daraufhin sprach der Einsatzleiter gegenüber der Gruppe einen Platzverweis für die Stadt F. aus. Als diese darauf nicht reagierte und weiterdiskutierte, wiederholte der Einsatzleiter den Platzverweis, dem ein Teil der Gruppe Folge leistete. Nachdem weitere Polizeikräfte eingetroffen waren, sprach der Einsatzleiter unter gleichzeitiger Androhung von Zwangsmitteln den dritten Platzverweis aus. Diesem kamen die verbliebenen Personen – darunter auch der Bf. – nach, nachdem weitere Polizeikräfte in Stellung gebracht worden waren.

Mit angegriffenem Bußgeldbescheid vom 31. 1. 2005 setzte die Zentrale Bußgeldstelle des Zentraldienstes der Polizei des Landes Brandenburg gegen den Bf. wegen fahrlässiger Teilnahme an einer unerlaubten Ansammlung gem. § 113 OWiG eine Geldbuße samt zu zahlender Kosten in Höhe von circa 175 Euro fest.

Mit angegriffenem Urteil vom 13.1.2006 verurteilte das AG den Bf. wegen fahrlässiger Teilnahme an einer unerlaubten Ansammlung gem. § 113 OWiG i. V. mit § 16 I 1 des Brandenburgischen Polizeigesetzes (BbgPolG), der den Platzverweis regelt, zu einer Geldbuße in Höhe von 75 Euro. Bei der kurzfristig von Herrn L. S anberaumten Zusammenkunft sei es darum gegangen, gegenüber den Teilnehmern der linken Demonstration „Gesicht zu zeigen". Man habe vor Ort stehen und den Teilnehmern der angemeldeten Demonstration beweisen wollen, dass es auch noch Rechte in F. gebe. Eine über die körperliche Präsenz hinausgehende Absprache bezüglich des Zwecks der Veranstaltung habe es nicht gegeben.

Nach Auffassung des AG war eine Auflösungsanordnung gem. § 15 III VersG entbehrlich gewesen, weil es sich bei der Zusammenkunft nicht um eine Versammlung i. S. des Art. 8 I GG, sondern um eine Ansammlung i. S. des § 113 I OWiG gehandelt habe.

Mit angegriffenem Beschluss vom 16. 5. 2006 verwarf das OLG den Antrag auf Zulassung der Rechtsbeschwerde als unbegründet, da eine Zulassung zur Fortbildung des Rechtes nicht erforderlich sei. Die Verfassungsbeschwerde führte zur Aufhebung des Urteils des AG wegen Verletzung des Grundrechts der Versammlungsfreiheit aus Art. 8 I GG und zur Zurückverweisung der Sache an das AG.

Aus den Gründen:

[17] Die angegriffene Entscheidung des AG verletzt den Bf. in seinem Grundrecht der Versammlungsfreiheit aus Art. 8 I GG.

A. Schutzbereich betroffen

[18] Der Schutzbereich der Versammlungsfreiheit ist - ausgehend von den der angegriffenen Entscheidung zu Grunde gelegten Feststellungen - eröffnet.

I. Definition

1. Versammlung

[19] Eine Versammlung ist eine örtliche Zusammenkunft mehrerer Personen zur gemeinschaftlichen, auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichteten Erörterung oder Kundgebung (vgl. BVerfGE

104, 92 [104] = NJW 2002, 1031; BVerfGK 11, 102 [108] = NVwZ 2007, 1180). Die Versammlungsfreiheit schützt Versammlungen und Aufzüge – im Unterschied zu bloßen Ansammlungen oder Volksbelustigungen – als Ausdruck gemeinschaftlicher, auf Kommunikation angelegter Entfaltung. Dieser Schutz ist nicht auf Veranstaltungen beschränkt, auf denen argumentiert und gestritten wird, sondern umfasst vielfältige Formen gemeinsamen Verhaltens bis hin zu nicht verbalen Ausdrucksformen. Daher gehören auch solche Zusammenkünfte dazu, bei denen die Versammlungsfreiheit zum Zwecke plakativer oder aufsehenerregender Meinungskundgabe in Anspruch genommen wird (vgl. BVerfGE 69, 315 [342 f.] = NJW 1985, 2395; BVerfGE 87, 399 [406] = NJW 1993, 581).

Bei einer Versammlung geht es darum, dass die Teilnehmer nach außen – schon durch die bloße Anwesenheit, die Art des Auftretens und des Umgangs miteinander oder die Wahl des Ortes – im eigentlichen Sinne des Wortes Stellung nehmen und ihren Standpunkt bezeugen (vgl. BVerfGE 69, 315 [345] = NJW 1985, 2395).

2. Friedlich und ohne Waffen

[20] Eine Versammlung verliert den Schutz des Art. 8 GG grundsätzlich nur bei kollektiver Unfriedlichkeit, mithin wenn sie im Ganzen einen unfriedlichen Verlauf nimmt oder der Veranstalter und sein Anhang einen solchen Verlauf anstreben oder zumindest billigen (vgl. BVerfGE 69, 315 [361] = NJW 1985, 2395). Der Schutz des Art. 8 GG besteht unabhängig davon, ob eine Versammlung anmeldepflichtig und dementsprechend angemeldet ist (vgl. BVerfGE 69, 315 [351] = NJW 1985, 2395; BVerfGK 4, 154 [158] = NVwZ 2005, 80; BVerfGK 11, 102 [108] = NVwZ 2007, 1180).

III. Subsumtion

1. Versammlung

[21] Ausgehend von diesen Kriterien spricht auf der Grundlage der Feststellungen in der angegriffenen Entscheidung alles dafür, dass vorliegend eine Versammlung gegeben war. Jedenfalls hat das AG den Versammlungscharakter der Zusammenkunft, an welcher der Bf. teilgenommen hat, mit verfassungsrechtlich nicht tragfähigen Gründen verneint.

[22] Das AG hat bei der Prüfung des Versammlungscharakters der Zusammenkunft nicht berücksichtigt, dass diese inhaltlich auf das Versammlungsmotto der angemeldeten Demonstration bezogen war. Der Bf. und die anderen Mitglieder der Gruppe wollten nach den tatsächlichen Feststellungen des AG mit der Zusammenkunft „Gesicht zeigen" und sich gegen die Aussage des von der angemeldeten Demonstration ausgerufenen Mottos stellen. Die Anwesenheit der von auswärts angereisten Gruppe zu diesem Zeitpunkt an diesem Ort war erkennbar geprägt von dem Willen der Auseinandersetzung mit dem politischen Gegner. Dies ergibt sich daraus, dass sich die Gruppe, die auf Grund der kurz geschorenen Haare und der szenetypischen Aufmachung vom objektiven Empfängerhorizont aus betrachtet als dem rechtsradikalen Spektrum angehörend identifizierbar war und als solche von den Polizeikräften auch identifiziert wurde, in zeitlicher und örtlicher Nähe zu der ausdrücklich linksgerichteten – der zweite Teil des Mottos lautete: „Linke Freiräume schaffen" – Versammlung postierte, nämlich an einer Straße entlang der Demonstrationsroute außerhalb des Stadtkerns der Kleinstadt F., kurz bevor sich die angemeldete Demonstration in Bewegung setzte.

[23] Die Versagung der Versammlungseigenschaft kann das AG verfassungsrechtlich tragfähig nicht darauf stützen, dass nach dem Willen der Gruppe weder mit den Teilnehmern der angemeldeten Demonstration noch mit der Öffentlichkeit eine verbale Kommunikation stattfinden sollte. Ein kollektiver Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung kann auch nonverbal, durch schlüssiges Verhalten wie beispielsweise durch einen Schweigemarsch, geäußert werden. Nach den tatsächlichen Feststellungen des AG wollte die Gruppe mit ihrer Zusammenkunft ein Gegenbild zu der von der angemeldeten Demonstration propagierten Lebenswirklichkeit entwerfen. Überdies lautete der erste Teil des Mottos der angemeldeten Demonstration „Keine schweigenden Provinzen". Angesichts dieser Umstände hätte das AG sich damit auseinandersetzen müssen, dass der physischen Präsenz in einer die gegenteilige politische Ausrichtung zu erkennen gebenden Aufmachung gepaart mit dem Schweigen der Gruppe hier naheliegenderweise eine eigenständige Aussage zukommen kann. Sofern sich der von der Gruppe geleistete Beitrag zu der öffentlichen Meinungsbildung darin erschöpfte, Ablehnung gegenüber dem von der angemeldeten Demonstration proklamierten Versammlungsmotto zu bekunden, wäre dies unschädlich, da es auf die Wertigkeit der geäußerten Meinung nicht ankommt.

2. Friedlich und ohne Waffen

[24] Verfassungsrechtlich tragfähige Anhaltspunkte dafür, dass die – folglich auf der Grundlage der Feststellungen des AG als Gegendemonstration einzustufende – Zusammenkunft des Schutzes des Art. 8 GG wieder verlustig gegangen ist, sind der Entscheidung des AG nicht zu entnehmen. Insbesondere lässt eine eventuell notwendige, aber unterbliebene Anmeldung nicht den Grundrechtsschutz der Zusammenkunft entfallen. Feststellungen zu einer kollektiven Unfriedlichkeit der Zusammenkunft hat das AG nicht getroffen.

B. Eingriff

[25] Hiervon ausgehend ist das Urteil des AG als Eingriff in die Versammlungsfreiheit des Bf. zu beurteilen.

C. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

[26] Dieser Eingriff ist verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt. Die angegriffene Entscheidung lässt eine Rechtsgrundlage für die Verurteilung des Bf. im Bußgeldverfahren nicht erkennen.

I. Schranke: Art. 8 II GG

[27] Das Grundgesetz erlaubt Beschränkungen von Versammlungen unter freiem Himmel nur nach Maßgabe des Art. 8 II GG. Danach kann die Versammlungsfreiheit für Versammlungen unter freiem Himmel durch Gesetz oder auf Grund dieses Gesetzes beschränkt werden. Gegenstand der verfassungsgerichtlichen Prüfung im vorliegenden Fall ist eine Verurteilung im Bußgeldverfahren wegen des Zuwiderhandelns gegen eine auf das allgemeine Polizeirecht gestützte Standardmaßnahme zur Gefahrenabwehr gem. § 113 OWiG i. V. mit § 16 I 1 BbgPolG.

II. Konkretisierendes Gesetz

1. Vorrang des Versammlungsgesetzes

[28] Versammlungsspezifische Maßnahmen der Gefahrenabwehr richten sich nach den hierfür speziell erlassenen Versammlungsgesetzen. Die dort geregelten, im Vergleich zu dem allgemeinen Polizeirecht besonderen Voraussetzungen für beschränkende Verfügungen sind Ausprägungen des Grundrechts der Versammlungsfreiheit. Dementsprechend gehen die Versammlungsgesetze als Spezialgesetze dem allgemeinen Polizeirecht vor, mit der Folge, dass auf Letzteres gestützte Maßnahmen gegen eine Person, insbesondere in Form eines Platzverweises, ausscheiden, solange sich diese in einer Versammlung befindet und sich auf die Versammlungsfreiheit berufen kann (vgl. BVerfGK 4, 154 [158] = NVwZ 2005, 80). Dieser Schutz endet erst mit der eindeutigen Auflösung der Versammlung oder dem eindeutigen Ausschluss des Teilnehmers von der Versammlung (vgl. BVerfGK 4, 154 [159] = NVwZ 2005, 80; BVerfGK 11, 102 [115 f.] = NVwZ 2007, 1180).

2. Kein Rückgriff auf allgemeines Polizeirecht

[29] Diese besonderen Voraussetzungen für den Erlass von Maßnahmen auf Grund des allgemeinen Polizeirechts sowohl gegen den Bf. als auch gegen die – als Gegendemonstration einzustufende – Zusammenkunft lagen indes nicht vor.

[30] Den Feststellungen des AG ist nicht zu entnehmen, dass die Zusammenkunft den verfassungsrechtlichen Anforderungen entsprechend aufgelöst oder der Bf. hiervon ausgeschlossen wurde. Vielmehr hat sich das AG gerade auf den Standpunkt gestellt, dass eine solche Auflösungsverfügung entbehrlich gewesen sei, weil es sich bei der Zusammenkunft bereits nicht um eine Versammlung i. S. des Art. 8 I GG gehandelt habe. Da sich ein Rückgriff auf die Bestimmungen des allgemeinen Polizeirechts, insbesondere die Vorschriften zum Platzverweis, aus Rücksicht auf die Versammlungsfreiheit verbietet, kann das gegen den Bf. verhängte Bußgeld nicht auf § 113 OWiG i. V. mit § 16 I 1 BbgPolG gestützt werden. [...]

Standort: Unionsrecht Problem: Einstweilige Anordnung gegen EU-VO

OVG SAARLOUIS, BESCHLUSS VOM 14.01.2011
3 B 332/10 (NVwZ-RR 2011, 264)

Problemdarstellung:

A. In seiner berühmten Entscheidung "Zuckerfabrik Süderdithmarschen" (NJW 1991, 2207) hatte der EuGH über die Frage zu entscheiden, unter welchen Voraussetzungen ein nationales Gericht die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs gegen einen auf Unionsrecht beruhenden Verwaltungsakt nach § 80 V 1 VwGO anordnen bzw. wiederherstellen darf. Der EuGH vertrat in dieser Entscheidung folgende Ansicht:

I. Wegen des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts vor dem nationalen Recht und des "effet utile" - also der Pflicht aller nationalen Staatsgewalten, dem Unionsrecht aktiv Geltung zu verschaffen - sei grundsätzlich vom Vorrang des öffentlichen Vollzugsinteresses auszugehen.

II. Die Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung eines Widerspruchs oder einer Klage komme daher nur in eng umgrenzten Fällen in Betracht. Namentlich müssen drei Kriterien erfüllt sein:

1. Das entscheidende nationale Gericht muss erhebliche Zweifel an der Wirksamkeit der EU-Rechtsgrundlage haben, auf welcher der angefochtene VA beruht, wobei diese Zweifel - sofern der EuGH darüber nicht schon entschieden hat - dem Gerichtshof im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens (heute: Art. 267 AEUV) unterbreitet werden müssen.

2. Es muss zu befürchten sein, dass dem Betroffenen ohne Suspensiveffekt ein schwerer, unumkehrbarer Schaden entsteht.

3. Der Union darf mit Suspensiveffekt kein nachhalti-

ger Schaden drohen, das Interesse der Union an der Durchsetzung ihrer Rechtsakte muss also angemessen berücksichtigt werden.

B. Im vorliegenden Fall des OVG Saarlouis ging es nun nicht um ein Verfahren nach § 80 V VwGO gegen einen auf Unionsrecht beruhenden VA, sondern um ein einstweiliges Anordnungsverfahren nach § 123 I 1 VwGO unmittelbar gegen eine EU-Verordnung. Das Gericht überträgt in seiner vorliegenden Entscheidung die vom EuGH zu § 80 V VwGO entworfenen, oben skizzierten Kriterien auf das Verfahren nach § 123 I VwGO. Es kann also festgehalten werden, dass hier wie dort dieselben Voraussetzungen gelten. Der Unterschied zwischen beiden Verfahren besteht danach nur noch darin, dass die o.g. Voraussetzungen bei § 80 V vwGO lediglich schlüssig dargelegt, bei § 123 I VwGO hingegen glaubhaft gemacht werden müssen, §§ 123 III VwGO i.V.m. 920 II, 294 ZPO.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung ist nicht nur für Wahlfach- und Schwerpunktkandidaten von Interesse. Die Grundzüge des Unionsrechts - und zu diesen gehört auch die EuGH-Entscheidung "Zuckerfabrik Süderdithmarschen" - sind mittlerweile in allen Prüfungsordnungen zum ersten juristischen Staatsexamen Pflichtfach. Dass das Verwaltungsprozessrecht einschließlich des vorläufigen Rechtsschutzes nach §§ 80 V, 123 VwGO ebenfalls dazu gehört, versteht sich von selbst.

Vertiefungshinweise:

❑ Zuckerfabrik Süderdithmarschen: *EuGH*, NJW 1991, 2207

❑ Pflicht zum Vorabentscheidungsersuchens an den EuGH im einstweiligen Rechtsschutz: *OVG Saarlouis*, NVwZ-RR 2008, 95

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Der Bauer ist sauer"

Leitsatz:

Das nationale Gericht darf eine einstweilige Anordnung, durch die im konkreten Fall eine EU-Verordnung zugunsten eines Bürgers vorläufig für unanwendbar erklärt würde, nur erlassen, wenn es erhebliche Zweifel an der Gültigkeit der maßgeblichen Verordnung hat und diese Gültigkeitsfrage, sofern der Gerichtshof mit ihr noch nicht befasst ist, diesem selbst vorlegt. Das nationale Gericht muss dabei angeben, weshalb es meint, dass der Europäische Gerichtshof im Rahmen eines Vorlageverfahrens die Ungültigkeit dieser Verordnung feststellen müsse. Darüber hinaus darf die einstweilige Anordnung - neben weiteren Voraussetzungen - nur ergehen, wenn die Entscheidung dringlich in dem Sinne ist, dass die sie beantragende Partei einen schweren und nicht wiedergutzumachenden Schaden erleidet.

Sachverhalt:

Die nach Maßgabe des § 146 VwGO statthafte Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts des Saarlandes vom 18.11.2010 - 3 L 493/10 - hat keinen Erfolg. Mit dem angefochtenen Beschluss wurde der Antrag der Antragstellerin, im Wege der einstweiligen Anordnung gemäß § 123 Abs. 1 VwGO vorübergehend festzustellen, dass sie nicht den Verpflichtungen zur elektronischen Einzeltierkennzeichnung gemäß Art. 9 Abs. 3 Unterabs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 21/2004 in der Fassung der Verordnung (EG) Nr. 1560/2007 sowie den Verpflichtungen zur Führung des sog. Bestandsregisters C aus Art. 5 Abs. 1 i. V. m. Anhang B Ziff. 2 der Verordnung (EG) Nr. 21/2004 unterliegt, zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

Das Beschwerdevorbringen der Antragstellerin, das gemäß § 146 Abs. 4 Satz 1 VwGO den Umfang der gerichtlichen Nachprüfung in dem vorliegenden Rechtsmittelverfahren begrenzt, rechtfertigt keine Änderung der angegriffenen Entscheidung. Ebenso wie das Verwaltungsgericht ist auch der Senat der Auffassung, dass die notwendigen besonderen Voraussetzungen für den Erlass der von der Antragstellerin erstrebten einstweiligen Anordnung, mit der sie einstweiligen Rechtsschutz gegen die durch die Verordnung (EG) Nr. 21/2004 in der Fassung der Verordnung (EG) Nr. 1560/2007 ihr gegenüber unmittelbar begründeten Pflichten begehrt, nicht gegeben sind.

A. Grundsatz: Vorrang des Unionsrechts

Wie bereits das Verwaltungsgericht zutreffend dargelegt hat, ist die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, wonach nationale Gerichte grundsätzlich befugt sind, in Bezug auf einen nationalen Verwaltungsakt, der auf einer Gemeinschaftsverordnung beruht, deren Gültigkeit Gegenstand eines Vorabentscheidungsersuchens ist, einstweilige Anordnungen zur vorläufigen Gestaltung oder Regelung der streitigen Rechtsposition oder -verhältnisse zu treffen, auf den vorliegenden Sachverhalt übertragbar.

B. Ausnahme

Des Weiteren hat das Verwaltungsgericht zu Recht angenommen, dass die vom Europäischen Gerichtshof genannten, im angefochtenen Beschluss zutreffend wiedergegebenen strengen Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung im vorliegenden Fall nicht erfüllt sind.

Gemäß der Rechtsprechung des Europäischen Ge-

richtshofs darf das nationale Gericht eine einstweiligen Anordnung, durch die im konkreten Fall eine EU-Verordnung zugunsten eines Bürgers vorläufig für unanwendbar erklärt würde, nur erlassen, wenn es erhebliche Zweifel an der Gültigkeit der maßgeblichen Verordnung hat und diese Gültigkeitsfrage, sofern der Gerichtshof mit ihr noch nicht befasst ist, diesem selbst vorlegt. Das nationale Gericht muss dabei angeben, weshalb es meint, dass der Europäische Gerichtshof im Rahmen eines Vorlageverfahrens die Ungültigkeit dieser Verordnung feststellen müsse. Darüber hinaus darf eine einstweilige Anordnung - neben weiteren hier nicht entscheidungsrelevanten Voraussetzungen - nur ergehen, wenn die Entscheidung dringlich in dem Sinne ist, dass die sie beantragende Partei einen schweren und nicht wiedergutzumachenden Schaden erleidet.

I. Zweifel an der Gültigkeit des Unionsrechts

Beide Voraussetzungen hat das Verwaltungsgericht zu Recht als nicht gegeben erachtet.

Auch der Senat vermochte auf der Grundlage des bisherigen Vorbringens der Antragstellerin nicht zu der Überzeugung zu gelangen, dass der Europäische Gerichtshof im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens die Ungültigkeit der von der Antragstellerin in Frage gestellten Bestimmungen der Verordnung (EG) Nr. 21/2004 vom 1.12.2003 i.d.F. der Änderungsverordnung (EG) Nr. 1560/2007 vom 17.12.2007, durch die die beanstandeten Verpflichtungen zur elektronischen Einzeltierkennzeichnung sowie zur Führung des sog. Bestandsregisters C begründet wurden, feststellen müsste.

Die von der Antragstellerin vorgetragenen Argumente reichen nicht aus, um bereits nach den Erkenntnismöglichkeiten des Eilverfahrens die Gültigkeit der Bestimmungen über die elektronische Einzeltierkennzeichnung sowie die Führung des Bestandsregisters C. im Sinne der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ernsthaft in Zweifel zu ziehen. Vielmehr wirft das Vorbringen der Antragstellerin eine Reihe von Fragen auf - etwa hinsichtlich der Nutzen und Kosten der elektronischen Einzeltierkennzeichnung sowie damit zusammenhängender Verletzungsgefahren für die Tiere -, deren Beantwortung einer eingehenderen Überprüfung bedarf, welche dem Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben muss Schon deshalb kommt der Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung zur Zeit nicht in Betracht.

II. Schwerer Nachteil für den Betroffenen

Des Weiteren fehlt es an der nach Maßgabe der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs erforderlichen Dringlichkeit. Wie das Verwaltungsgericht zutreffend dargelegt hat, genügen die Ausführungen der Antragstellerin nicht den Anforderungen an die Glaubhaftmachung eines ihr ohne den Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung drohenden schweren und nicht wieder gutzumachenden Schadens. Auf die entsprechenden Ausführungen des Verwaltungsgerichts wird Bezug genommen (§ 122 Abs. 2 Satz 3 VwGO). [wird ausgeführt]

Standort: Straßenrecht Problem: Sondernutzungserlaubnis

VGH MÜNCHEN, URTEIL VOM 22.06.2010
8 BV 10.182 (BAYVBL 2011, 176)

Problemdarstellung:

In letzter Zeit kommen immer wieder Fälle vor, in denen Gemeinden die Sondernutzung ihrer Straßen und Plätze nicht (oder, wie im vorliegenden Fall, nur unter Einschränkungen) genehmigen, weil ihnen die beabsichtigte Nutzung aus sicherheits- und ordnungsrechtlichen Gründen ein Dorn im Auge ist. Im vorliegenden Fall wurde einem Tierschutzverein zwar ein Informationsstand in der Fußgängerzone genehmigt, jedoch das Sammeln von Spenden untersagt, weil potenzielle Spender vor übereilten Zusagen geschützt werden sollten.

Die Erteilung oder Nichterteilung einer straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis steht im Ermessen der zuständigen Behörde. Wird sie also abgelehnt, ist den Gerichten lediglich eine Ermessensfehlerkontrolle möglich, § 114 S. 1 VwGO. Dabei geht die Rspr. - soweit ersichtlich - geschlossen davon aus, dass im Hinblick auf eine straßenrechtliche Erlaubnis nur straßenrechtliche Erwägungen in die Ermessensentscheidung einfließen dürfen. So mag man eine Sondernutzungserlaubnis etwa versagen können, weil Dritte am Gemeingebrauch der Straße gehindert werden, notwendige Straßenbauarbeiten blockiert würden, die Straße zur Gewerbefläche umfunktioniert würde o.ä. Unzulässig ist es aber, das Straßen- und Wegerecht in Ordnungsrecht umzufunktionieren und über die Verweigerung einer Sondernutzungserlaubnis Gefahrenabwehr zu betreiben. Das sieht auch der VGH München so, der in seinem Urteil wörtlich schreibt: "Die straßenrechtliche Sondernutzungserlaubnis ist nicht dazu bestimmt, als zusätzliches Eingriffsinstrument für andere öffentliche Zwecke zu dienen."

Prüfungsrelevanz:

Das Urteil fügt sich wie erwähnt in eine Kette von Entscheidungen ein, die alle den gleichen Tenor haben: Keine Verweigerung oder Beschränkung einer straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis aus ord-

nungsrechtlichen Gründen (vgl. Vertiefungshinweise). Die Häufigkeit dieser Fälle allein begründet schon ihre Examensrelevanz.

Mit Vorsicht zu genießen sind übrigens die Ausführungen des VGH zur "modifizierenden Auflage", um die es sich in diesem Fall - so der VGH wörtlich - "wohl" handeln soll. Modifizierende Auflagen sind nach ganz h.M. nichts anderes als Inhaltsbestimmungen des Verwaltungsakts. Sie unterfallen also nicht § 36 II Nr. 4 VwVfG, weil sie anders als eine Nebenbestimmung keinen atypischen belastenden Zusatz zum Verwaltungsakt beinhalten, sondern diesen inhaltlich beschränken (ein "Weniger" darstellen). So lag es auch im vorliegenden Fall: Die erteilte Sondernutzungserlaubnis für den Informationsstand erstreckte sich nicht auf das Sammeln von Spenden. Damit lag ein "Weniger" an Erlaubnis vor. Richtige Klageart war also eine Verpflichtungsklage auf das "Mehr", nämlich eine weitergehende, unbeschränkte Erlaubnis, und nicht - wie vom VGH favorisiert - eine Anfechtungsklage gegen die vermeidliche "Auflage", die in Wahrheit gar keine solche, sondern eine falsa demonstratio seitens der Behörde, nämlich eine Ablehnung des weitergehenden Antrags auf Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis auch für das Spendensammeln war. Im Ergebnis wirkte sich dies hier nur deshalb nicht aus, weil sich der streitgegenständliche Sammeltermin durch Zeitablauf erledigt hatte mit der Folge, dass so oder so eine Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 114 I 4 VwGO statthaft war. Der Unterschied besteht dann bekanntlich nur noch darin, dass bei vor Klageerhebung erledigter Anfechtungsklage eine einfache, bei vor Klageerhebung erledigter Verpflichtungsklage eine doppelte Analogie zu § 113 I 4 VwGO zu bilden ist.

In der Begründetheit wird der in der Zulässigkeit noch angeführte § 36 II Nr. 4 VwVfG vom VGH übrigens richtiger, aber aus Sicht des Gerichts inkonsequenterweise Weise auch nicht mehr geprüft, sondern unmittelbar mit der (straßenrechtlichen) Frage begonnen, ob die Ablehnung des Antrags auf Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis auch für Spenden rechtswidrig/ermessensfehlerhaft war.

Vertiefungshinweise:

❑ Keine ordnungsrechtlichen Erwägungen im Straßenrecht: *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 2010, 164; RA 2001, 190 = NVwZ-RR 2001, 159; OVG Münster, RA 2007, 128 = NWVBl 2007, 64

❑ Zur Sondernutzungserlaubnis für einen Informationsstand: *VG Frankfurt a.M.*, NVwZ-RR 1998, 88

❑ Zeitungsverkauf in der Fußgängerzone als Sondernutzung: *VG Karlsruhe*, RA 2002, 47 = NJW 2002, 160

❑ Wahlwerbung als Sondernutzung: *BVerfG*, RA 2008, 45 = BayVBl 2007, 732; *BVerwGE* 47, 280; 47, 293; *VGH Mannheim*, VGHE 23, 26; VBlBW 1987, 310; *OVG Saarlouis*, NVwZ-RR 1999, 218; *VG Gießen*, RA 2001, 445 = NVwZ-RR 2001, 418; *VG Saarland*, ZfSch 2001, 339; *VG Düsseldorf* , NVwZ-RR 1997, 729

❑ Anspruch auf Erteilung der Sondernutzungserlaubnis im Hinblick auf die Pressefreiheit: *VGH München*, NVwZ-RR 2000, 726

❑ Sondernutzung durch "Bierbikes": VG Düsseldorf, RA 2010, 685; Lund, DVBl 2011, 339

Leitsatz:

Die Straßenbaubehörde darf sich bei der Erteilung straßenrechtlicher Sondernutzungserlaubnisse und bei der Anordnung von Auflagen nur an Gesichtspunkten orientieren, die einen sachlichen Bezug zur Straße haben. Eine Auflage, die aus Gründen des Verbraucherschutzes gemeinnützigen Vereinen das Sammeln von Spenden und den Abschluss von Fördermitgliedschaften verbietet, ist rechtswidrig.

Sachverhalt:

Die Parteien streiten um ein straßenrechtliches Verbot des Spendensammelns und der Mitgliederwerbung. Der Kl. ist ein eingetragener Tierschutzverein, der durch einen Informationsstand in der Fußgängerzone der Bekl. am 13. und 14. 8. 2009 über den richtigen Umgang mit Tieren aufklären und für sein Anliegen der Rettung in Not geratener Tiere werben wollte. Mit Bescheid vom 20. 7. 2009 erteilte die Bekl. dem Kl. die straßenrechtliche Sondernutzungserlaubnis für den Informationsstand mit folgender Auflage: „Es wird nicht erlaubt, Fördermitgliedschaften und Tierpatenschaften abzuschließen sowie Spenden einzusammeln." Für den Fall des Zuwiderhandelns gegen diese für sofort vollziehbar erklärte Auflage wurde ein Zwangsgeld in Höhe von 500 Euro angedroht. Zur Begründung führte die Behörde aus, dass die Sondernutzungserlaubnis nur zur Information der Bevölkerung erteilt würde. Nach allgemeiner Praxis würde für Informations- und Werbeveranstaltungen mit geschäftsanbahnender Tätigkeit keine Sondernutzungserlaubnis erteilt. Den Belangen des Vereins werde dadurch Genüge getan, dass er die Bevölkerung von seiner Tätigkeit überzeugen und Hinweise für eine individuelle Unterstützung geben könne. Es würden jedoch auch die Belange der vorbeigehenden Menschen berücksichtigt, die nach einer Information frei und in Ruhe wählen sollten, ob und wie eine mögliche Unterstützung infrage komme. Voreiligen Abschlüssen ohne ausreichende Prüfungsmöglichkeit der erhaltenen Informationen solle damit Einhalt geboten werden. Der Kl. nahm auf Grund dieser Auflagen von der Durch-

führung der Informationsveranstaltung Abstand. Mit der am 12. 8. 2009 erhobenen Klage hat der Kl. die Rechtswidrigkeit der Teilversagung betreffend das Sammeln von Spenden und den Abschluss von Fördermitgliedschaften und Tierpatenschaften beantragt. Das VG hat die Klage abgewiesen.
Die Revision wird nicht zugelassen.

Aus den Gründen:
Die zulässige Berufung hat in der Sache Erfolg. Der Kl. hat ein berechtigtes Interesse an der Feststellung, dass das allein streitbefangene Verbot des Spendensammelns und des Abschlusses von Fördermitgliedschaften und Tierpatenschaften rechtswidrig war.

A. Zulässigkeit

I. Statthaftigkeit
Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist analog § 113 I 4 VwGO zulässig. Dabei erschöpft sich das von der Bekl. erlassene Verbot des Spendensammelns nicht in einer Teilversagung der beantragten Sondernutzungserlaubnis. Die Bekl. hat in Nr. 3 ihres Bescheides nicht lediglich den Antrag auf Erlaubnis bestimmter Tätigkeiten teilweise abgelehnt, sondern zusätzlich ein ausdrückliches Verbot ausgesprochen. Sie hat das Verbot der Spendensammelns und des Abschlusses von Fördermitgliedschaften und Tierpatenschaften für sofort vollziehbar erklärt und für den Fall des Zuwiderhandelns ein Zwangsgeld angedroht. Sie hat also i.S. des Art. 36 II Nr. 4 BayVwVfG ein Unterlassen vorgeschrieben, so dass von einer selbstständigen Auflage auszugehen ist. Da mit dieser Auflage zugleich der beantragte Genehmigungsinhalt modifiziert worden ist, liegt wohl eine so genannte modifizierende Auflage vor (vgl. OVG Münster, NVwZ-RR 2000, 671 = GewA 2000, 301; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 11. Aufl. [2010], § 36 Rdnrn. 35f.). Jedenfalls hat sich diese Nebenbestimmung spätestens mit dem Ablauf des genehmigten Veranstaltungstermins am 14. 8. 2009 erledigt, so dass danach die Fortsetzungsfeststellungsklage statthaft geworden ist. Selbst wenn man der Auffassung zuneigt, dass bei modifizierende Auflagen keine isolierte Anfechtungsklage, sondern nur eine Verpflichtungsklage erhoben werden kann (vgl. Kopp/Ramsauer, § 36 Rdnr. 63), ist es im Fall der Erledigung – jedenfalls bei unveränderter Sach- und Rechtslage – möglich, die Fortsetzungsfeststellungsklage auf den Antrag zu beschränken, dass der erledigte Verwaltungsakt rechtswidrig gewesen ist (BVerwG, ZUM 2000, 79 = DVBl 2000, 120).

II. Fortsetzungsfeststellungsinteresse
Der Kl. hat, weil er bei künftigen Veranstaltungen mit der gleichen Auflage rechnen muss, unter dem Gesichtspunkt der Wiederholungsgefahr auch ein berechtigtes Interesse an der nachträglichen Überprüfung dieser Auflage.

B. Begründetheit
Die zulässige Fortsetzungsfeststellungsklage ist begründet. Dabei ist für die Feststellung der Rechtswidrigkeit der umstrittenen Auflage entscheidend, dass die Bescheidsbegründung vom 20. 7. 2009 ermessensfehlerhaft gewesen ist.

I. Spendensammeln als Sondernutzung
Die Bekl. ist allerdings zutreffend davon ausgegangen, dass das Sammeln von Spenden sowie der Abschluss von Fördermitgliedschaften und Tierpatenschaften straßenrechtliche Sondernutzungen i.S. des Art. 18 I BayStrWG darstellen.

1. Abgrenzung zum Gemeingebrauch
Der grundsätzlich jedermann zustehende Gemeingebrauch an öffentlichen Straßen erstreckt sich nach Art. 14 I 1 BayStrWG auf die Benutzung der Straße im Rahmen ihrer Widmung für den Verkehr. Es ist jedoch kein Gemeingebrauch, wenn jemand die Straße nicht vorwiegend zum Verkehr, sondern zu anderen Zwecken benutzt (Art. 14 I 2 BayStrWG). Bei zentralen innerörtlichen Straßen und Plätzen umfasst das Recht zum Gemeingebrauch zwar nicht nur den Fortbewegungsverkehr, sondern auch den so genannten kommunikativen Verkehr. Denn diese Straßen und Plätze sind nicht nur zur reinen Fortbewegung von Menschen und Sachen bestimmt, sondern dienen traditionell auch dem Austausch von Meinungen in Wort und Schrift (vgl. VGH Mannheim, NVwZ-RR 2003, 238; Wiget, in: Zeitler, BayStrWG, Art. 14 Rdnr. 39). Daher hat der VGH München bspw. auch das unentgeltliche Verteilen von Zeitschriften ohne Hilfsmittel als gemeingebräuchlichen kommunikativen Verkehr anerkannt (VGH München, NVwZ-RR 1997, 258 = BayVBl 1996, 665; ebenso: OVG Lüneburg, NVwZ-RR 1996, 247f.; OVG Bremen, GewA 1997, 285f.).

2. Subsumtion
Das Spendensammeln sowie der auf langfristige finanzielle Zuwendungen zielende Abschluss von Fördermitgliedschaften und Tierpatenschaften stellen sich jedoch nicht als vergleichbare gemeingebräuchliche Nutzungen dar. Diese Tätigkeiten bedurften bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Aufhebung des Bayer-Sammlungsgesetzes (v. 10. 12. 2007, GVBl S. 902) am 1. 1. 2008 einer speziellen sammlungsrechtlichen Erlaubnis und können schon deswegen nicht als traditionell freie und gemeingebräuchliche Straßennutzungen angesehen werden. Darüber hinaus steht beim Spendensammeln der kommunikative Aspekt nicht im Vordergrund. Vielmehr hat ähnlich wie bei gewerb-

lichen Tätigkeiten der finanzielle Aspekt ein Übergewicht, auch wenn es um die Finanzierung gemeinnütziger Projekte geht. Des Weiteren ist die Benutzung der Straße – speziell wenn wie hier die Spendensammlung an einem ortsfesten Informationstisch stattfindet – erheblich intensiver als das noch zum Gemeingebrauch zählende Verteilen von Flugblättern im fließenden Verkehr (OVG Lüneburg, NVwZ-RR 1996, 244f.; VG Düsseldorf, BeckRS 2009, 31736). Schließlich muss der Abschluss von Fördermitgliedschaften und Tierpatenschaften auch nicht deswegen als gemeingebräuchlich angesehen werden, weil bei Vereinen die Mitgliederwerbung von dem Grundrecht auf Vereinsfreiheit geschützt ist. Zwar verbietet Art. 9 I GG staatliche Beeinträchtigungen der Vereine bei der Mitgliederwerbung. Dieses Abwehrrecht gibt den Vereinen aber keine weitergehenden Teilhaberechte an öffentlichen Sachen als privaten Einzelpersonen. Die Sammlung von Spenden durch gemeinnützige Vereine auf öffentlichen Straßen ist daher den gleichen Bestimmungen unterworfen wie eine entsprechende Tätigkeit von Einzelpersonen (vgl. BVerwGE 88, 9 [12] = NJW 1991, 2037). Dies gilt auch für den der Spendensammlung vergleichbaren Abschluss von Fördermitgliedschaften und Tierpatenschaften. Soweit daher das Spendensammeln von Einzelpersonen straßenrechtlich einer Sondernutzungserlaubnis bedarf, gilt dies auch für Vereine.

II. Rechtsfolge

Liegt somit eine straßenrechtliche Sondernutzung vor, so steht die Erteilung der Erlaubnis im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde. Die Straßenbaubehörde kann Sondernutzungen in stets widerruflicher Weise ganz oder teilweise zulassen und sie kann nach Art. 36 II BayVwVfG die Erlaubnis mit Nebenbestimmungen versehen. Insbesondere kann sie dem Begünstigten durch Auflagen nach Art. 36 II Nr. 4 BayVwVfG ein Tun, Dulden oder Unterlassen vorschreiben.

1. Ermessensfehlerkontrolle

Allerdings muss sich die Behörde bei der Ausübung des Ermessens nach Art. 40 BayVwVfG am Zweck der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage orientieren. Daher darf sie sich bei der Erteilung einer straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis oder bei der Anordnung von Auflagen, auch wenn diese "modifizierend" sind, regelmäßig nur an Gründen orientieren, die einen sachlichen Bezug zur Straße haben. Zu diesen Gründen zählen vorrangig die in Art. 18 II BayStrWG ausdrücklich genannten Belange der Straßenbaulast und der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs. Daneben können aber auch Belange des Straßen- und Stadtbilds und der Ausgleich gegenläufiger Interessen verschiedener Straßennutzer in der Ermessensentscheidung berücksichtigt werden (vgl. VGH München, NVwZ-RR 2004, 879 = BayVBl 2004, 336ff.; BeckRS 2010, 48420 = BayVBl 2010, 306f.; VGH Mannheim, NVwZ-RR 2000, 837). Hingegen können Auflagen in einer straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis nicht auf immissionsschutz-, umwelt- oder sicherheitsrechtliche Überlegungen oder auf sonstige mit der Straßennutzung nicht in Zusammenhang stehende öffentliche Belange gestützt werden (vgl. VGH München, NVwZ-RR 2004, 879 = BayVBl 2004, 336ff.; NVwZ-RR 2004, 886 = BayVBl 2004, 533; VGH Mannheim, NVwZ-RR 1997, 679). Diese öffentlichen Interessen müssen von den dafür zuständigen Verwaltungsbehörden mit den in den einschlägigen Fachgesetzen zur Verfügung gestellten Mitteln verfolgt werden. Die straßenrechtliche Sondernutzungserlaubnis ist nicht dazu bestimmt, als zusätzliches Eingriffsinstrument für andere öffentliche Zwecke zu dienen. Daher sind Auflagen in einer straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis ermessensfehlerhaft, wenn deren Begründung den erforderlichen Bezug zur Straße vermissen lässt. [...]

2. Subsumtion

Im vorliegenden Fall hat die Bekl. die umstrittene Auflage im Wesentlichen damit begründet, dass die Passanten vor übereilten Vermögensverfügungen geschützt werden sollen. Nach einer reinen Information am Straßenstand sollten die Bürger zu Hause in Ruhe prüfen können, ob und wie eine finanzielle Unterstützung des Kl. infrage komme. Der Sofortvollzug der Auflage ist sogar ausschließlich darauf gestützt worden, dass angesichts einer sammlungsrechtlichen Verbotsverfügung gegen den Kl. in Rheinland-Pfalz erhebliche Zweifel an der seriösen Mittelverwendung durch ihn bestünden.

Damit hat die Bekl. ihre Auflage auf reine Sicherheits- und Verbraucherschutzerwägungen gestützt, die keinen konkreten Bezug zum Straßenrecht haben. Hinzu kommt, dass die Bekl. die Entscheidung des Gesetzgebers, das Bayerische Sammlungsgesetz abzuschaffen, nicht berücksichtigt hat. Der Bayerische Landtag ist sich bei der Aufhebung des Gesetzes darüber im Klaren gewesen, dass mit dem Bayerischen Sammlungsgesetz ein gewisser Schutz der Verbraucher vor dem Missbrauch ihrer Gebefreudigkeit zu unlauteren Zwecken verbunden war. Er hat jedoch den damit verbundenen Verwaltungsaufwand nicht mehr für gerechtfertigt gehalten. Eine staatliche Regulierung der Straßensammlungen sei nicht erforderlich, weil es selten um höhere und nie um existenzgefährdende finanzielle Belastungen gehe. Es sei Sache der Bürger, eigenverantwortlich zu entscheiden, ob und wem sie eine Spende geben wollten. Im Übrigen blieben der zivilrechtliche Verbraucherschutz durch Widerrufsregeln und der straf- und sicherheitsrechtliche Schutz bei betrügerischem Verhalten bestehen. Die Mittel-

verwendung bei gemeinnützigen Vereinen – insbesondere die 10%-Grenze für Verwaltungskosten – werde weiterhin durch die Finanzbehörden kontrolliert (vgl. LT-Dr 15/8371 amtl. Begr. S. 4). Deshalb entspricht es nicht dem Willen des Gesetzgebers, wenn eine Kommune die früher im sammlungsrechtlichen Erlaubnisverfahren zu prüfenden Gesichtspunkte nunmehr im Rahmen der straßenrechtlichen Sondernutzungsgenehmigungen prüft und Verbote aus Gründen des Verbraucherschutzes ausspricht. Die im Bescheid der Bekl. vom 20. 7. 2009 enthaltene sammlungsrechtliche Argumentation war daher ermessensfehlerhaft. [...]

Nach alldem erweist sich das Feststellungsbegehren in Bezug auf das Verbot des Spendensammelns und des Abschlusses von Fördermitgliedschaften als begründet. [...] Der Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Auflage 3 des Bescheids vom 20. 7. 2009 ist daher stattzugeben.

Standort: Prüfungsrecht Problem: Schreibverlängerung wegen Angststörung

OVG MÜNSTER, URTEIL VOM 08.06.2010
14 A 1735/09 (NJW 2011, 1094)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall versuchte die Klägerin - Studentin im Bachelor/Masterstudiengang Wirtschaftsinformatik - eine Schreibverlängerung von 50% für die von ihr anzufertigenden Prüfungsklausuren zu erreichen, weil sie - ärztlich bescheinigt - in Stresssituationen an einer "gravierenden Denkblockade" leide. Ihr Eilantrag blieb ohne Erfolg.

Das OVG führt aus, die Fähigkeit, auch unter (Zeit-) druck Leistungen zu erbringen, sei Teil der Prüfung. Die Klägerin leide also nicht unter einer Krankheit (wie z.B. der Legasthenie, bei deren Vorliegen regelmäßig Schreibverlängerungen gewährt werden, vgl. Vertiefungshinweise), vielmehr weise sie nur vermindert die zu prüfenden Fähigkeiten auf. Das Gericht behandelt die Klägerin damit faktisch so, als fehle ihr prüfungsrelevantes Wissen.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung zeigt, wie problematisch es zuweilen ist, aufgrund psychischer Befunde Prüfungserleichterungen zu erreichen. Zwar handelte es sich bei der Klägerin nicht um eine Juristin; da das Thema "Schreibverlängerungen" sich aber auch in juristischen Prüfungen stellen kann, sollte die Entscheidung mit Interesse zur Kenntnis genommen werden. Es erscheint nach dieser offenbar vorzugswürdig, die Denkblockade zu bekämpfen bzw. behandeln zu lassen, als sich der Hoffnung auf Schreibverlängerungen hinzugeben.

Vertiefungshinweise:

❑ Schreibverlängerung wegen Legasthenie: *OVG Lüneburg*, NVwZ-RR 2009, 68; *VGH Kassel*, NJW 2006, 1608

Leitsatz:

Denkblockaden infolge von Angststörungen in einer Prüfungssituation stellen eine Verminderung der mit der Prüfung festzustellenden Leistungsfähigkeit dar und begründen daher keinen Anspruch auf eine Verlängerung der Prüfungszeit.

Sachverhalt:

Die Kl. studierte seit dem Wintersemester 2005/2006 im konsekutiven Bachelor/Masterstudiengang Wirtschaftsinformatik an der Universität E. Mit Schreiben vom 15.3.2008 beantragte die Kl. über das Zentrale Prüfungsamt der Universität E., ihr wegen einer Angststörung für alle Klausuren 2008 eine Verlängerung der Prüfungszeit um 50% einzuräumen. Dem Antrag beigefügt war eine ärztliche Bescheinigung der Fachärztin für Psychiatrie und Psychotherapie X vom 5. 12. 2007 mit folgendem Wortlaut:

"Frau H befand sich vom 25. 9. bis 4. 12. 2007 in unserer teilstationären Behandlung wegen einer Depression sowie einer Angstsymptomatik. Da die Ängste auch im Rahmen von Prüfungssituationen verstärkt auftreten, ist nach unserer Einschätzung eine Verlängerung der Prüfungszeit um 50% sinnvoll."

Unter dem 26. 6. 2008 wiederholte die Kl. diesen Antrag für die Sommersemesterklausuren im Studiengang Wirtschaftsinformatik Bachelor und überreichte eine von Frau X ausgestellte Bescheinigung sowie eine ärztliche Bescheinigung der Diplom-Psychologin P. Danach sei bei der Kl. eine psychische Störung gegeben, welche nach der internationalen Klassifikation ICD-10 eingeordnet werden kann als F 40.2 (spezifische phobische Störung), die in Stress-Situationen wie einer Prüfung verstärkt auftritt und sich unter anderem als gravierende Denkblockade manifestiert.

Mit Bescheid vom 26. 8. 2008 lehnte der Bekl. den Antrag ab. Klage und Berufung hatten keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Der Kl. steht der geltend gemachte Anspruch auf Bewilligung einer Schreibzeitverlängerung von 50% bei Prüfungsklausuren nicht zu.

A. Anspruchsgrundlage

Die rechtliche Grundlage für das Begehren der Kl. stellt der Grundsatz der prüfungsrechtlichen Chancengleichheit gem. Art. 3 I GG i.V. mit § 15 I der Prüfungsordnung für den konsekutiven Bachelor/Masterstudiengang Wirtschaftsinformatik an der Universität E. (PO) dar. Gemäß § 15 I PO legt für behinderte Studierende der Prüfungsausschuss die in dieser Prüfungsordnung geregelten Prüfungsbedingungen auf Antrag des Studierenden unter Berücksichtigung nachteilsausgleichender Regelungen und unter Berücksichtigung des Einzelfalls fest. Nach Nr. 1 I der Prüfungsmodifikationen ist behinderten Studierenden auf Antrag je nach Art der nachgewiesenen Behinderung [...] zu gestatten, gleichwertige Prüfungsleistungen in anderer Form zu erbringen. Dabei ist die Chancengleichheit zu wahren.

B. Voraussetzungen

Die Anwendung dieser Regelungen muss sich am Grundrecht der Berufsfreiheit der Prüflinge nach Art. 12 I GG und vor allem, wie es bereits in den Regelungen selbst zum Ausdruck kommt, an dem das Prüfungsrecht beherrschenden Grundsatz der Chancengleichheit aller Prüflinge orientieren. Die im vorliegenden Verfahren in Rede stehenden schriftlichen Prüfungen dienen dem Nachweis von Kenntnissen und Fähigkeiten der Prüflinge. Ihr Ergebnis ist insbesondere von deren geistiger Leistungsfähigkeit bestimmt. Der Prüfling steht dabei im Wettbewerb mit anderen Prüflingen. Das Prüfungsverfahren muss danach gewährleisten, dass die geistige Leistungsfähigkeit der Prüflinge unter gleichen Bedingungen zum Ausdruck kommen kann. Dies ist dann der Fall, wenn lediglich eine Beeinträchtigung, eine an sich vorhandene Leistungsfähigkeit technisch umsetzen zu können, vorliegt, für die ein Ausgleich geschaffen werden kann, wie etwa eine Behinderung der mechanischen Darstellungsfähigkeit, nicht aber wenn, und sei es auch nur für einen vorübergehenden Zeitraum, bereits die Leistungsfähigkeit im Hinblick auf die jeweils geforderten Prüfungsleistungen auf Grund in der Person des Prüflings liegender persönlichkeitsbedingter Einschränkungen dem Grunde nach vermindert ist. Letzteres vermag krankheitsbedingt im Einzelfall den Rücktritt von einer Prüfung zu rechtfertigen, nicht aber die Gewährung eines Nachteilsausgleichs wie durch die hier in Rede stehende Schreibzeitverlängerung.

C. Subsumtion

Danach stellen die bei der Kl. unstreitig vorhandenen Denkblockaden in einer Prüfungssituation eine Verminderung ihrer Leistungsfähigkeit dar, die gerade u.a. durch die schriftlichen Arbeiten festgestellt werden soll und damit Gegenstand der Prüfung ist.

I. Teil der geprüften Leistung

Gemäß § 1 I PO soll das Studium der konsekutiv aufgebauten Bachelor- und Master-Studiengänge Wirtschaftsinformatik den Studierenden unter Berücksichtigung der Anforderungen und Veränderungen in der Berufswelt die erforderlichen fachlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Methoden so vermitteln, dass sie zu wissenschaftlicher Arbeit, zur kritischen Einordnung der wissenschaftlichen Erkenntnisse und zu verantwortlichem Handeln befähigt werden. Gemäß § 1 II 1 PO vermittelt das Studium eines Bachelor-Studiengangs den Studierenden ein breites Grundlagenwissen, grundlegende Methoden und Theorien sowie die für deren Anwendung relevanten Fähigkeiten. Nach Abs. 2 S. 3 wird durch die Bachelor-Prüfung festgestellt, ob die Studierenden die für den Übergang in die Berufspraxis notwendigen Fachkenntnisse erworben haben, die fachlichen Zusammenhänge überblicken und die Fähigkeit besitzen, wissenschaftliche Methoden und Erkenntnisse anzuwenden. Die Prüfung betrifft somit nicht ausschließlich die Frage, ob die Kl. überhaupt über die durch das Studium vermittelten Kenntnisse verfügt. Vielmehr sind ebenso die Anwendung und die Umsetzung der erworbenen Kenntnisse ein wesentlicher Bestandteil der Prüfung. Zur Anwendung und Umsetzung zählt dabei auch die Bewältigung der jeweiligen Aufgabenstellung innerhalb eines vorgegebenen Zeitrahmens, den die Kl. auf Grund der bei ihr vorhandenen Denkblockaden, nicht aber lediglich wegen einer Beeinträchtigung ihrer Fähigkeiten zur technischen Umsetzung ihrer Leistungsfähigkeit einzuhalten nicht imstande ist.

II. Kein Vergleich mit Legasthenie

In diesem Zusammenhang vermag sich die Kl. nicht darauf zu berufen, durch ihre Denkblockaden eintretende Zeitverzögerungen seien vergleichbar mit Zeitverzögerungen, die ihren Grund in einer bei einem Prüfling bestehenden Legasthenie hätten. Legasthenie ist eine neurobiologische Hirnfunktionsstörung. Sie stellt sich bei hinreichender Intelligenz und sonst normalem neurologischen Befund als Schwäche des Lesens dar, durch die auch Rechtschreibschwierigkeiten mit Verwechseln von Buchstaben, teilweise mit Reihenfolgeumstellungen, bedingt sind. Bei der Legasthenie mag es sich daher zwar um eine typische mechanische Beeinträchtigung des Schreibvorgangs handeln, jedoch um eine Beeinträchtigung, die jedenfalls auch eine mangelnde technische Fähigkeit zur Darstellung des eigenen Wissens umfasst.

Demgegenüber betrifft die mit einer Prüfungsangst verbundene Denkblockade der Kl. gerade ihre intellektuellen Fähigkeiten in Prüfungssituationen, einen Sachverhalt in einer vorgegebenen Zeit, die orientiert an der Leistungsfähigkeit anderer Prüflinge angemessen sein muss, einer plausibel begründeten Lösung

zuzuführen. [...]

Zivilrecht

Standort: Schadensrecht Problem: Positives Interesse

BGH, URTEIL VOM 18.01.2010
VI ZR 325/09 (WM 2011, 468)

Problemdarstellung:

Der Kl. erwarb von der Verkäuferin ein Grundstück, das mit einem Wohnhaus bebaut war. Der Bekl., der damals einer der beiden Geschäftsführer der Verkäuferin war, hatte im Zuge der Vertragsverhandlungen mehrfach erklärt, dass das Dach des Hauses kürzlich umfassend erneuert worden sei. Tatsächlich war es bloß notdürftig instand gesetzt worden. Kurz nach der Übergabe kam es zu Feuchtigkeitsschäden im Dachbereich. Die vollständige Erneuerung des Daches kostet ca. 140.000 €. Diesen Betrag begehrt der Kl. vom Bekl. als Schadensersatz.

Prüfungsrelevanz:

Der Senat schafft mit der vorliegenden Entscheidung keine neue Rechtsprechung, sondern bestätigt lediglich bestehende Prinzipien des Schadensrechts. Dennoch ist die Entscheidung klausurrelevant. Denn schon die Tatsache, dass es zur Beantwortung der vorliegenden Streitfrage einer höchstrichterlichen Entscheidung bedarf, zeigt die Unsicherheit im Umgang mit schadensrechtlichen Themen (so auch *Ebert*, jurisPR-BGHZivilR 6/2011).

In Ermangelung einer vertraglichen Verbindung konnte der Kl. gegen den Bekl. nur aus Delikt vorgehen. Da der Bekl. offensichtlich beim Vertragsschluss über die Beschaffenheit des Daches getäuscht hatte, kam ein Anspruch aus § 823 II BGB i.V.m. § 263 StGB in Betracht. Die anspruchsbegründenden Voraussetzungen lagen vor: § 263 StGB ist ein taugliches Schutzgesetz, da es insbesondere auch den Vermögensschutz des Einzelnen bezweckt. Der Tatbestand war durch die Falschangabe des Bekl. auch erfüllt worden. Zudem hatte der Bekl. rechtswidrig und schuldhaft im zivilrechtlichen Sinne gehandelt.

Fraglich war allerdings, ob der Kl. den geltend gemachten Schaden über § 823 BGB liquidieren konnte.

§§ 249 II 1, 251 BGB erlauben zwar grundsätzlich, den entstandenen Schaden durch Geldzahlung zu kompensieren. Jedoch muss die Intention der Anspruchsnorm beachtet werden, d.h. es muss insbesondere unterschieden werden, ob das sog. Erfüllungsinteresse (positives Interesse) oder der Vertrauensschaden (negatives Interesse) ersetzt verlangt werden kann (*Schiemann* in: *Staudinger*, Vorbemerkungen zu §§ 249 – 254, Rn. 48). Deliktische Haftungsnormen ersetzen das Integritäts- oder Erhaltungsinteresse, das mit dem o.g. negativen Interesse weitgehend übereinstimmt.

Beim Ersatz des positiven Interesses ist der Geschädigte wertmäßig so zu stellen, als hätte der Schädiger ordnungsgemäß erfüllt. Das positive Interesse kann regelmäßig beim Schadensersatz statt der Leistung (§ 280 I, III i.V.m. §§ 281 – 283 BGB) gefordert werden.

Beim Ersatz des negativen Interesses ist der Geschädigte so zu stellen, wie er stünde, wenn er auf die Erklärung oder das sonstige Verhalten des Schädigers nicht vertraut hätte. Das kann bei Schadensersatz neben der Leistung (§ 280 I BGB) sowie dann verlangt werden, wenn die Anspruchsnorm eine zu erfüllende Verbindlichkeit gar nicht voraussetzt (§§ 280 I, 311 II, 241 II BGB; §§ 823 ff. BGB). Ausnahmsweise kann auch beim Ersatz des negativen Interesses bzw. des Integritäts- oder Erhaltungsinteresses der Ersatzanspruch auf das Erfüllungsinteresse gerichtet sein. Das gilt etwa dann, wenn ohne das schuldhafte Verhalten des Schädigers ein für den Geschädigten günstigerer Vertrag zustande gekommen wäre.

Das Schadensersatzbegehren des Kl. richtet sich hier an einer ordnungsgemäßen Erfüllung aus. Denn er verlangt, so gestellt zu werden, als hätte die Verkäuferin das Dach tatsächlich umfassend erneuern lassen. Dieses Begehren ist von der deliktischen Anspruchsgrundlage jedoch nicht umfasst. Das gilt selbst dann, wenn neben der deliktischen Einstandspflicht eine vertraglichen Schadensersatzpflicht (die hier die Verkäuferin trifft) besteht. Der Kl. könnte also bloß verlangen, so gestellt zu werden, als habe er den Kaufvertrag über das Grundstück nicht abgeschlossen. Dies würde auf eine Rückabwicklung des Vertrages hinauslaufen, die der Kl. aber nicht verlangt.

Auch ist nicht ersichtlich, dass ohne die Täuschung des Bekl. ein günstigerer Vertrag für den Kl. zustande gekommen wäre, so dass er auch nicht ausnahmsweise den Ersatz des Erfüllungsinteresses verlangen kann.

Vertiefungshinweise:

❑ Zum Umfang des Ersatzes deliktischer Ansprüche: *BGH*, NJW-RR 2010, 1579; NJW 2000, 2669; NJW 1985, 128

Kursprogramm:
❑ *Examenskurs:* "Die schnelle Vespa"

Leitsatz:
Der gegen einen Dritten gerichtete Schadensersatzanspruch des arglistig getäuschten Käufers gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB ist darauf gerichtet, so gestellt zu werden, wie er stünde, wenn die Täuschung nicht erfolgt wäre (Abgrenzung zum Senatsurteil vom 25. November 1997 - VI ZR 402/96).

Sachverhalt:
Mit notariellem Vertrag vom 1. September 1998 erwarb der Kläger von der G. GmbH ein mit einem Mehrfamilienhaus und einer Gewerbehalle bebautes Grundstück in W. zum Preis von 750.000 DM. Den Kaufpreis setzten die Vertragsparteien später einvernehmlich auf 740.000 DM herab. Der Beklagte, der damals einer der beiden Geschäftsführer der Verkäuferin war, hatte dem Kläger vor Abschluss des Vertrages mehrfach erklärt, das Dach der Gewerbehalle sei kurz zuvor erneuert worden. Tatsächlich hatte er 1997 auf dem schadhaften Dachbelag nur eine neue Schalung und darauf eine Bitumenbahn sowie eine Schweißbahn aufbringen lassen. In der Folgezeit kam es zu Feuchtigkeitsschäden im Bereich des Dachs. Ausweislich eines von dem Kläger eingeholten Angebots beliefen sich die Kosten für den kompletten Abriss der Dacheindeckung und die vollständige Erneuerung des Dachs auf 259.891,14 DM. Der Kläger zahlte auf den Kaufpreis nur 680.000 DM. Er erklärte zunächst die Minderung und später in Höhe des Restkaufpreises die Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch von mindestens 60.000 DM. Die Zwangsvollstreckung der Verkäuferin wurde insoweit für unzulässig erklärt. Im vorliegenden Rechtsstreit hat der Kläger zunächst die Verkäuferin und den Beklagten als Gesamtschuldner auf weiteren Schadensersatz in Höhe von 199.891,14 DM nebst Zinsen sowie auf Feststellung der Ersatzpflicht hinsichtlich des weitergehenden Schadens in Anspruch genommen. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Verkäuferin hat das Landgericht angeordnet, die Ansprüche gegen sie und den Beklagten in getrennten Prozessen zu verhandeln. Im vorliegenden Rechtsstreit verfolgt der Kläger sein Begehren gegenüber dem Beklagten weiter.
Das Landgericht hat dem Kläger 18.227,56 € zuerkannt und die weitergehende Klage abgewiesen. Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Berufung eingelegt. Das Rechtsmittel des Klägers, mit dem dieser die Zahlung weiterer 83.975,16 € nebst Zinsen sowie die Feststellung der Ersatzpflicht hinsichtlich des darüber hinausgehenden Schadens begehrt hat, hatte keinen Erfolg. Die Berufung des Beklagten führte zur vollständigen Klageabweisung. Mit der vom Oberlandesgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

Aus den Gründen:

A. Ausführungen des Berufungsgerichts
[3] Das Berufungsgericht hat offen gelassen, ob der Beklagte arglistig gehandelt hat, als er dem Kläger erklärte, das Dach sei kurz zuvor erneuert worden. Es verneint aus rechtlichen Gründen einen Schadensersatzanspruch des Klägers, weil allein eine Haftung aus unerlaubter Handlung in Betracht komme. Da der Kläger danach lediglich Anspruch auf das negative Interesse habe, könne er verlangen, so gestellt zu werden, wie er stünde, wenn der Beklagte ihn nicht über den tatsächlichen Umfang der durchgeführten Dacharbeiten getäuscht hätte. Demnach könne er gegebenenfalls beanspruchen, so gestellt zu werden, als habe er den Kaufvertrag über das Grundstück nicht abgeschlossen. Ein auf Rückabwicklung des Vertrages gerichteter Anspruch sei jedoch nicht Gegenstand der Klage. Zwar könne der Ersatzanspruch in Ausnahmefällen auch auf das Erfüllungsinteresse gerichtet sein. Das gelte etwa dann, wenn ohne das schuldhafte Verhalten des Schädigers ein anderer, für den Geschädigten günstigerer Vertrag mit demselben Vertragspartner oder einem Dritten zustande gekommen wäre, doch sei dafür vorliegend nichts ersichtlich. Auf Ersatz des positiven Interesses, das der Kläger mit seinem Begehren auf Ersatz der notwendigen Reparaturkosten geltend mache, sei der deliktische Anspruch nicht gerichtet. Es sei auch nicht gerechtfertigt, den allein aus unerlaubter Handlung haftenden Schädiger haftungsrechtlich dem nach Gewährleistungsrecht haftenden Verkäufer gleichzustellen.

B. Entscheidung des BGH
[4] Das angefochtene Urteil hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung stand.

I. Anspruchsbegründende Voraussetzungen liegen vor
[5] Da das Berufungsgericht offen gelassen hat, ob die subjektiven Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB erfüllt sind, ist der diesbezügliche Sachvortrag des Klägers im Revisionsrechtszug zu seinen Gunsten zu unterstellen.

II. Umfang der Ersatzpflicht
[7] Der Umfang der gegebenenfalls bestehenden Er-

satzpflicht des Beklagten bestimmt sich, da das behauptete schädigende Ereignis vor dem 1. August 2002 eingetreten ist, nach den Vorschriften der §§ 249 ff. BGB in der seinerzeit geltenden Fassung (Art. 229 § 8 Abs. 1 EGBGB).

1. Erhaltungsinteresse

[8] Ob ein zu ersetzender Vermögensschaden vorliegt, ist nach der sogenannten Differenzhypothese grundsätzlich durch einen Vergleich der infolge des haftungsbegründenden Ereignisses eingetretenen Vermögenslage mit derjenigen, die sich ohne dieses Ereignis ergeben hätte, zu beurteilen (Senatsurteil vom 3. Juli 1984 - VI ZR 264/82, VersR 1984, 944; BGH, Beschluss vom 9. Juli 1986 - GSZ 1/86, BGHZ 98, 212, 217; BGH, Urteile vom 15. Dezember 1982 - VIII ZR 315/80, BGHZ 86, 128, 130; vom 10. Dezember 1986 - VIII ZR 349/85, BGHZ 99, 182, 196; vom 30. Mai 2000 - IX ZR 121/99, NJW 2000, 2669, 2670 [insoweit in BGHZ 144, 343 nicht abgedruckt] und vom 26. September 1997 - V ZR 29/96, VersR 1998, 906). Der nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB zum Schadensersatz Verpflichtete hat lediglich den Differenzschaden zu ersetzen (vgl. BGH, Urteil vom 10. März 2010 - VIII ZR 65/09, NJW-RR 2010, 1579 Rn. 15 m.w.N.; Staudinger/Schiemann, BGB [2005], § 249 Rn. 195; Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB [2004], § 437 Rn. 56; Schermaier, JZ 1998, 857 f. [Anm. zum Senatsurteil vom 25. November 1997 - VI ZR 402/96, VersR 1998, 245 = JZ 1998, 855 = MDR 1998, 266]). Davon zu unterscheiden ist der Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses. Dieses ist zu ersetzen, wenn der Anspruchsinhaber verlangen kann, so gestellt zu werden, als ob eine Verbindlichkeit ordnungsgemäß erfüllt worden wäre. Da die deliktische Haftung nicht an das Bestehen einer Verbindlichkeit und deren Nicht- oder Schlechterfüllung anknüpft, stellt sich im Deliktsrecht die Frage nach dem Erfüllungsinteresse als solche nicht (vgl. MünchKommBGB/Oetker, 5. Aufl., § 249 Rn. 125). Der deliktische Schadensersatzanspruch richtet sich allein auf das "Erhaltungsinteresse" (Lange/Schiemann, Schadensersatz, 3. Aufl., S. 67, § 2 IV 4.).

2. Keine andere Bewertung wegen paralleler vertraglicher Haftung

[9] Das gilt für die deliktische Haftung grundsätzlich auch dann, wenn sie neben einer vertraglichen Schadensersatzpflicht besteht. Der durch eine unerlaubte Handlung Geschädigte hat grundsätzlich keinen Anspruch darauf, besser zu stehen, als er stünde, wenn der Schädiger die unerlaubte Handlung nicht begangen hätte (vgl. Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, 8. Aufl., S. 323 Rn. 867). Dieser Grundsatz findet bei einem Kaufvertrag jedenfalls dann Anwendung, wenn dieser aufgrund falscher Angaben eines Dritten zustande gekommen ist. Die im Gewährleistungsrecht verankerte Besserstellung des Käufers (vgl. § 463 BGB a.F.) ist nur gerechtfertigt, weil sie auf einem Rechtsgeschäft beruht, denn nur dieses, nicht aber die unerlaubte Handlung, kann den Käufer besser stellen, als er vorher stand. Der Käufer kann nur von dem Verkäufer Erfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Die unerlaubte Handlung eines Dritten kann nicht dazu führen, dass dieser haftungsrechtlich wie ein Verkäufer behandelt wird (Tiedtke, DB 1998, 1019, 1020; Schaub, ZEuP 1999, 941, 951 f.).

3. Keine Ausnahme angezeigt

[10] Allerdings muss der Differenzschaden nicht notwendigerweise geringer sein als das positive Interesse des Geschädigten an der Vertragserfüllung. So ist anerkannt, dass die Anwendung der Differenzhypothese in dem Fall, in dem der Geschädigte nachweist, dass er ohne die für den Abschluss des Vertrages ursächliche Täuschungshandlung einen anderen, günstigeren Vertrag - mit dem Verkäufer oder einem Dritten - abgeschlossen hätte, im Ergebnis das Erfüllungsinteresse verlangen kann, und zwar deswegen, weil der Schaden in diesem Ausnahmefall dem Erfüllungsinteresse entspricht (vgl. Tiedtke, aaO, S. 1019; Rust, NJW 1999, 339; Imping, MDR 1998, 267 [Anm. zum Senatsurteil vom 25. November 1997 - VI ZR 402/96, aaO]).

III. Ergebnis

[11] Nach diesen Grundsätzen geht das Berufungsgericht zutreffend davon aus, dass der Kläger verlangen kann, so gestellt zu werden, wie er stünde, wenn der Beklagte ihn nicht über den tatsächlichen Umfang der durchgeführten Dacharbeiten getäuscht hätte. Mithin könnte er gegebenenfalls beanspruchen, so gestellt zu werden, als habe er den Kaufvertrag über das Grundstück nicht abgeschlossen. Einen Anspruch auf Rückabwicklung des Vertrages macht er jedoch nicht geltend. Vielmehr will er das Kaufgrundstück behalten und daneben den ihm "aus dem Erwerb entstandenen Schaden" ersetzt erhalten. Diesen Schaden will er anhand der Kosten berechnen, die nach seiner Behauptung zur Mängelbeseitigung erforderlich sind. In der Sache ist sein Begehren mithin darauf gerichtet, so gestellt zu werden, als wäre das Dach der Gewerbehalle, wie vom Beklagten vor Vertragsabschluss erklärt, tatsächlich erneuert worden. Damit beansprucht er aber das Erfüllungsinteresse, denn er möchte im Ergebnis so gestellt werden, als hätte die Verkäuferin den Kaufvertrag ordnungsgemäß erfüllt. Ein solcher Anspruch steht ihm jedenfalls gegenüber dem Beklagten als Drittem nach den für Ersatzansprüche aus unerlaubter Handlung gemäß § 249 Satz 1 BGB a.F. maßgebenden Grundsätzen der Differenzhypothese nicht zu.

Standort: Schuldrecht Problem: Haftung des Leasingnehmers

BGH, URTEIL VOM 07.12.2010
VI ZR 288/09 (NJW 2011, 996)

Problemdarstellung:

Die Bekl. ist Halterin eines Fahrzeugs, das sie von der Eigentümerin und Leasinggeberin geleast hat. Dieses Fahrzeug wurde am 29.07.2006 in einen Verkehrsunfall verwickelt. An diesem Unfall war außerdem das von H gehaltene Fahrzeug beteiligt, das bei der Kl. haftpflichtversichert ist. Die Unfallursache konnte nicht geklärt werden, so dass die Instanzgerichte von einer Betriebsgefahr von je 50 % ausgegangen sind.

Die Kl. hat die Schadensersatzansprüche der Leasinggeberin vollständig reguliert. Nun begehrt Sie von der Bekl. Gesamtschuldnerausgleich in Höhe von 50 % gem. § 426 I BGB, da die Bekl. (neben H) als Unfallverursacherin gegenüber der Leasinggeberin hafte.

Prüfungsrelevanz:

Der Senat entscheidet mit dem vorliegenden Urteil eine Streitfrage über die Haftung des "fahrzeughaltenden" Leasingnehmers gegenüber dem Leasinggeber als Eigentümer.

Eine gesamtschuldnerische Haftung der Bekl. und H kam hier gem. § 840 I BGB in Betracht. Dann müssten sowohl die Bekl. als auch H für einen Schaden aus unerlaubter Handlung verantwortlich sein (unter die Haftung wegen unerlaubter Handlung fallen auch diejenigen Haftungstatbestände, die in Sondergesetzen geregelt sind, wie z.B. § 7 I StVG; Palandt/*Sprau*, § 840 Rn. 1).

Die Haftung des H war unproblematisch gem. § 7 I StVG zu bejahen, da er bei Betrieb eines Kraftfahrzeugs eine Sache der Leasinggeberin, nämlich das von der Bekl. gehaltene Fahrzeug beschädigt hatte. Gem. § 17 I StVG haftete H entsprechend seines Verursachungsbeitrages, hier also zu 50 %.

Fraglich war allerdings, ob auch die Bekl. gegenüber der Leasinggeberin aus § 7 I StVG haftete. Zwar lässt sich die vorliegende Konstellation unter die Tatbestandsmerkmale des § 7 I StVG subsumieren, denn auch in der Sphäre der Bekl. wurde eine Sache beim Betrieb eines Kraftfahrzeugs beschädigt. Jedoch ist zu bemerken, dass die beschädigte „Sache" gleichzeitig auch das „Kraftfahrzeug" i.S.d. § 7 I StVG ist. Eine solche Situation ergibt sich typischerweise beim Leasing, da hier Eigentümer (= Leasinggeber) und Halter (= Leasingnehmer) regelmäßig auseinanderfallen. Ob in einem solchen Fall eine Haftung des Fahrzeughalters gegenüber dem Eigentümer angezeigt ist, war umstritten: Nach einer Ansicht sei eine Haftung zu bejahen (wohl *BGH*, NJW 1983, 1492); die Tatsache, dass das schädigende Fahrzeug zugleich auch die beschädigte Sache ist, finde seinen Grund in der von den Beteiligten vorgenommenen Aufspaltung. Nach anderer Ansicht soll der Leasingnehmer dem Leasinggeber nicht aus § 7 I StVG haften, sondern nur dann, wenn ihn ein Verschulden trifft.

Der Senat schließt sich der zweiten Auffassung an. Er begründet dies mit dem Zurechnungszusammenhang zwischen dem Schadensereignis und den eingetretenen Gefahren, für die § 7 I StVG den Verkehr schadlos halten will. Das sind nur solche verkehrsspezifischen Gefahren, die der Fahrzeughalter Dritten aufgrund des Kraftfahrzeugbetriebs aufdrängt. Vorliegend resultierte eine Haftung aus § 7 I StVG jedoch nur daraus, dass Fahrzeughalter und Eigentümer personenverschieden waren. Da der Eigentümer sich aber nicht ohne weiteres den Gefahren des Kraftfahrzeugbetriebs ausgesetzt sieht, fehlt es am erforderlichen Zurechnungszusammenhang. Mithin entfiel hier eine Haftung der Bekl. gegenüber der Leasinggeberin aus § 7 I StVG. Da mangels Verschulden auch keine anderen Haftungstatbestände (§§ 823 ff., §§ 280 ff. BGB) in Frage kamen, war die Bekl. auch nicht Gesamtschuldnerin i.S.d. § 426 I BGB.

Vertiefungshinweise:

❑ Zu § 7 StVG: *Hagedorn/Garbe*, JuS 2004, 287; B*GH*, NJW 2011, 685 (Auffahrunfall beim Verlassen der Autobahn); NJW 2011, 292 (Haftung mehrerer)

❑ Zum Leasingrecht: *Omlor*, JuS 2011 (unter Berücksichtigung von Gewährleistungs-, Verbraucherschutz- und Aufsichtsrecht); *Rösler*, JuS 2005, 27

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Das verhängnisvolle Skateboard"
❑ *Examenskurs:* "Der unglückliche Verkehrsunfall"
❑ *Examenskurs:* "Hubschrauberleasing"

Leitsatz:

Der Leasinggeber und Eigentümer des Kraftfahrzeugs hat gegen den Leasingnehmer und Halter des Kraftfahrzeugs bei einer Beschädigung dieses Fahrzeugs keinen Anspruch aus § 7 Abs. 1 StVG.

Sachverhalt:

Die Parteien streiten um gesamtschuldnerische Ausgleichsansprüche nach einem Verkehrsunfall.

Die Beklagte zu 2 (zukünftig: Beklagte) ist Halterin eines von ihr geleasten Fahrzeugs, das am 29. Juli 2006 bei einem Unfall beschädigt wurde. An dem Unfall waren das bei der Klägerin haftpflichtversicherte Fahrzeug einerseits sowie andererseits das vom früheren Beklagten zu 1 geführte, auf Namen der Beklagten gehaltene und im Eigentum der Leasinggeberin stehende Fahr- zeug beteiligt. Die Unfallursache hat im Verfahren nicht geklärt werden können.
Die Klägerin hat die Schadensersatzansprüche der Leasinggeberin vollständig reguliert und begehrt von den Beklagten den Gesamtschuldnerausgleich in Höhe von 50% der regulierten Kosten. Das Amtsgericht hat der Klage gegenüber dem früheren Beklagten zu 1 hinsichtlich der regulierten Kosten stattgegeben; die Klage gegen die Beklagte hat es abgewiesen. Gegen das erstinstanzliche Urteil hat die Klägerin mit einem am 23. März 2009 eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt. Nachdem am 27. März 2009 die geltend gemachte Forderung ausgeglichen worden ist, hat sie den Rechtsstreit hinsichtlich ihrer Hauptforderung für erledigt erklärt und den Ausgleich vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten verlangt. Die Beklagte hat sich der Erledigungserklärung nicht angeschlossen. Das Berufungsgericht hat daraufhin entsprechend dem Antrag der Klägerin festgestellt, dass der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt ist, und die Beklagte verurteilt, an die Klägerin vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 229,55 € zu zahlen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Aus den Gründen:

A. Ausführungen des Berufungsgerichts
[4] Nach Auffassung des Berufungsgerichts stand der Klägerin vor dem erledigenden Ereignis gemäß § 426 Abs. 1 BGB auch gegenüber der Beklagten der geltend gemachte Gesamtschuldnerausgleich in Höhe von 50% des gegen- über der Leasinggeberin vollständig regulierten Schadens zu. Das Amtsgericht habe den früheren Beklagten zu 1 nach § 18 StVG unter Zugrundelegung der gleich hoch eingeschätzten Betriebsgefahr der beiden unfallbeteiligten Fahr- zeuge von je 50% verurteilt. Die Beklagte hafte gesamtschuldnerisch in gleicher quotenmäßiger Höhe, weil auch eine Leasingnehmerin als Halterin des Fahzeugs im Verhältnis zur Leasinggeberin aus § 7 Abs. 1 StVG hafte. Deshalb müsse sie der Klägerin aus dem Gesichtspunkt des Verzugs auch die vorgerichtlichen Rechtsanwaltsgebühren erstatten.

B. Entscheidung des BGH
[5] Das Berufungsurteil hält der revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Die Revision macht zu Recht geltend, dass der Leasinggeber und Eigentümer des Kraftfahrzeugs gegen den Leasingnehmer und Halter eines Kraftfahrzeugs bei einer Beschädigung dieses Fahrzeugs keinen Anspruch aus § 7 Abs. 1 StVG auf Ersatz des entstandenen Schadens hat und deswegen keine Gesamtschuld zwischen der Klägerin und der Beklagten besteht, die nach § 426 BGB ausgeglichen werden könnte.

I. Halterhaftung gegenüber dem Eigentümer aus § 7 StVG umstritten
[6]Die Frage, ob der Halter eines Kraftfahrzeugs dem Eigentümer gegen- über aus § 7 Abs. 1 StVG auf Ersatz eines Schadens am Kraftfahrzeug haftet, wird in Literatur und Rechtsprechung nicht einheitlich beantwortet.

1. Ansicht: Haftung
[7] Das Berufungsgericht meint unter Hinweis auf ein Urteil des Senats vom 22. März 1983 und eine im Schrifttum vertretene Auffassung, im Fall der Beschädigung eines geleasten Fahrzeugs könne der vom Halter verschiedene Eigentümer des Kraftfahrzeugs den Leasingnehmer als dessen Halter aus § 7 StVG in Anspruch nehmen (vgl. Senatsurteil vom 22.März 1983 -VIZR 108/81, BGHZ 87, 133, 138; Greger, Haftungsrecht des Straßenverkehrs, 3.Aufl., §7 StVG Rn.218; Wussow/Baur, Unfallhaftpflichtrecht, 15.Aufl., Kap. 17 Rn. 31, 95). Dass die Gefährdungshaftung (anders als bei Mithaltern) eingreife, obwohl das schädigende Fahrzeug zugleich die beschädigte Sache sei, finde seinen Grund in der von den Beteiligten vorgenommenen Aufspaltung von rechtlicher und faktischer Herrschaftsgewalt (Greger, aaO). Die Haftung aus § 7 StVG ergebe sich nämlich nicht aus Eigentum, sondern aus der durch den Betrieb eines Kraftfahrzeugs hervorgerufenen Gefährdung anderer Rechts- güter. Eine Einschränkung der Halterhaftung dahingehend, dass Ansprüche des Eigentümers der beschädigten Sache dann ausgeschlossen sein sollen, wenn die Beschädigung durch den Halter des Fahrzeugs beim Betrieb desselben her- vorgerufen worden sei, ergebe sich aus § 7 StVG nicht.

2. Ansicht: Haftung nur bei Verschulden
[8] Nach anderer Auffassung soll der Leasinggeber den Leasingnehmer für Schäden am geleasten Fahrzeug nur dann in Anspruch nehmen können, wenn den Leasingnehmer ein Verschulden trifft. Deshalb stehe dem regulieren- den Schädiger bzw. dessen Haftpflichtversicherer kein Gesamtschuldneraus- gleich gegenüber dem nur aus dem Gesichtspunkt der Gefährdungshaftung mithaftenden Halter und Leasingnehmer zu. Die Haftung des Halters nach § 7 Abs. 1 StVG erstrecke sich nicht auf das von ihm gehaltene Fahrzeug selbst. Unter der "Sache", für deren Beschädigung er bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraus-

setzungen des § 7 Abs. 1 StVG im Übrigen hafte, sei nur eine vom Fahrzeug verschiedene Sache zu verstehen, nicht dagegen das Fahrzeug selbst (vgl. Geyer, NZV 2005, 565, 568; Greger, Haftungsrecht des Straßenverkehrs, 4. Aufl., § 3 Rn. 252; Heß, NZV 2007, 610, 611 f.; Hohloch, NZV 1992, 1, 5; König in Hentschel/König/Dauer, Straßenverkehrsrecht, 40. Aufl., § 7 StVG Rn. 16a; van Bühren/Lemcke, Anwalts-Handbuch Verkehrsrecht, 2003, Teil 2 Rn. 237, 250 f. und ZfS 2002, 327; Müller in Himmelreich/ Halm, Handbuch des Fachanwalts Verkehrsrecht, 3. Aufl., Kap. 6 Rn. 338; Nugel, NZV 2009, 313, 315; Schmitz, NJW 1994, 301).

3. Entscheidung des Senats: Haftung nur bei Verschulden

[9] Diese Auffassung ist richtig. Soweit sich aus dem Senatsurteil vom 22. März 1983 etwas anderes ergeben sollte, wird daran nicht mehr festgehalten.

[10] Die Haftung nach § 7 Abs. 1 StVG umfasst alle durch den Kraftfahrzeugverkehr beeinflussten Schadensabläufe. Es genügt, dass sich eine von dem Kraftfahrzeug ausgehende Gefahr ausgewirkt hat und das Schadensgeschehen in dieser Weise durch das Kraftfahrzeug mitgeprägt worden ist (vgl. Senatsurteile vom 18. Januar 2005 - VI ZR 115/04, VersR 2005, 566, 567; vom 26. April 2005 - VI ZR 168/04, VersR 2005, 992, 993, jeweils m.w.N.). Ob dies der Fall ist, muss mittels einer am Schutzzweck der Haftungsnorm orientierten werten- den Betrachtung beurteilt werden (vgl. Senatsurteile vom 23. Mai 1978 - VI ZR 150/76, BGHZ 71, 212, 214; vom 2. Juli 1991 - VI ZR 6/91, BGHZ 115, 84, 86; vom 18. Januar 2005 - VI ZR 115/04, aaO; vom 26. April 2005 - VI ZR 168/04, aaO; vom 5. Oktober 2010 - VI ZR 286/09, juris Rn. 24, z.V.b.). Die Haftung wird mithin nicht schon durch jede Verursachung eines Schadens begründet, der im weitesten Sinne im Zusammenhang mit dem Betrieb eines Kraftfahrzeugs ausgelöst worden ist. Eine Haftung tritt vielmehr erst dann ein, wenn das Schadensereignis dem Betrieb eines Kraftfahrzeugs nach dem Schutzzweck der Gefährdungshaftung auch zugerechnet werden kann. An diesem auch im Rahmen der Gefährdungshaftung erforderlichen Zurechnungszusammenhang fehlt es, wenn die Schädigung nicht mehr eine spezifische Auswirkung derjenigen Gefahren ist, für die die Haftungsvorschrift den Verkehr schadlos halten will (vgl. Senatsurteile vom 27. Januar 1981 - VI ZR 204/79, BGHZ 79, 259, 263; vom 6. Juni 1989 - VI ZR 241/88, BGHZ 107, 359, 367; vom 2. Juli 1991 - VI ZR 6/91, aaO, 86 f.; vom 1. Dezember 1981 - VI ZR 111/80, VersR 1982, 243, 244; vom 26. April 2005 - VI ZR 168/04, aaO).

[11] Mit der ganz überwiegend im Schrifttum vertretenen Auffassung erstreckt sich nach dem Schutzzweck die Haftung des Halters nach § 7 Abs. 1 StVG nicht auf das von ihm gehaltene Fahrzeug selbst. Unter der "Sache", für deren Beschädigung er bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 StVG im Übrigen haftet, ist nur eine vom Fahrzeug verschiedene Sache zu verstehen, nicht dagegen das Fahrzeug selbst. Die verschärfte Haftung des Kraftfahrzeughalters bezweckt nur, Dritte vor den ihnen aufgezwungenen Ge- fahren des Kraftfahrzeugbetriebs zu schützen (vgl. Amtliche Begründung zu § 3 des Gesetzesentwurfs über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen, Verhandlungen des Reichstages 1909 Bd. 248, 5599; Senatsurteil vom 13. Juli 1971 - VI ZR 245/69, VersR 1971, 1043; Greger, aaO, 4. Aufl., § 3 Rn. 4). Damit wäre eine Haftung des Leasingnehmers gegenüber dem Leasinggeber alleine aufgrund dessen Eigentums nicht zu vereinbaren. Anders als etwa in dem Fall, dass der Eigentümer und Leasinggeber durch den Betrieb des Fahrzeugs körperlich geschädigt wird (vgl. Greger, aaO, Rn. 252), greift hier der Schutzzweck des § 7 Abs. 1 StVG nicht ein, Dritte vor den ihnen aufgezwungenen Gefahren des Kraftfahrzeugbetriebs zu schützen.

[12] Dieses Ergebnis ist nicht unbillig, insbesondere auch nicht im Hinblick auf das Urteil des erkennenden Senats vom 10. Juli 2007 (VI ZR 199/06, BGHZ 173, 182). In diesem Urteil hat der Senat nur entschieden, dass sich ein Leasinggeber, der Eigentümer aber nicht Halter des Leasing-Kraftfahrzeugs ist, im Rahmen der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs nach § 823 BGB wegen Verletzung seines Eigentums am Leasingfahrzeug bei einem Verkehrsunfall weder ein Mitverschulden des Leasingnehmers oder des Fahrers des Leasingfahrzeugs noch dessen Betriebsgefahr anspruchsmindernd zurechnen lassen muss. Diese Entscheidung betrifft mithin nur den Schadensersatzanspruch des Eigentümers aus § 823 BGB. In diesem Fall des vom Fahrer des Leasingfahrzeugs oder dem Halter mitverschuldeten Unfalls besteht zwischen diesen und dem "gegnerischen" Fahrer, Halter oder Kraftfahrzeughaftpflichtver- sicherer im Verhältnis zum Leasinggeber ein Gesamtschuldverhältnis, so dass dann nach - ungekürzter - Regulierung der Ansprüche des Leasinggebers aus § 823 BGB der Gesamtschuldnerausgleich gemäß § 426 BGB vorgenommen werden kann. Bestehen hingegen wegen nicht nachweisbaren Verschuldens nur Ansprüche des Leasinggebers aus Gefährdungshaftung im Sinne des § 7 StVG, muss er sich im Haftungssystem des Straßenverkehrsgesetzes das Ver- schulden des Fahrers des Leasingfahrzeugs bereits bei der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs gegen den Unfallgegner nach §§ 9, 17 StVG, § 254 BGB anspruchsmindernd zurechnen lassen. In diesem Fall sind nämlich anders als im Fall des Senatsurteils vom 10. Juli 2007 die Sondervorschriften des Straßenverkehrsgesetzes für die Gefährdungshaftung anwendbar (vgl. Heß, aaO, 611; van Büh-

ren/Lemcke, Anwalts-Handbuch Verkehrsrecht, Teil 2, Rn. 223; Müller, aaO, Rn. 306). Wird der Anspruchsgegner bzw. sein Haftpflichtversicherer nur aus § 7 Abs. 1 StVG in Anspruch genommen, ist mithin keine Notwendigkeit für den Gesamtschuldnerausgleich gegeben.

II. Keine verschuldensabhängigen Ansprüche gegeben

[13] Das Berufungsurteil ist auch nicht deswegen im Ergebnis richtig, weil sich ein Schadensersatzanspruch des Leasinggebers gegen den Leasingnehmer unter Umständen aus § 280 BGB oder §§ 823 ff. BGB ergeben könnte, da eine Pflichtverletzung des früheren Beklagten zu 1 nicht festgestellt ist. Der Unfallhergang konnte nicht aufgeklärt werden.

Standort: Schuldrecht Problem: § 307 I 2 BGB

BGH, URTEIL VOM 23.02.2011 XII ZR 101/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Kl., die ein Carsharing-Unternehmen betreibt, verlangt von der Bekl. Schadensersatz aufgrund eines von der Bekl. verursachten und verschuldeten Verkehrsunfalls. Sie stützt sich dabei auf ihre AGB, die in § 13 Nr. 2 vorsehen: „Wird ein Fahrzeug während der Nutzungszeit des Teilnehmers beschädigt oder verursacht der Teilnehmer einen Schaden, haftet er hierfür im Rahmen der Selbstbeteiligung, deren Höhe der Tarifordnung zu entnehmen ist.“ In § 15 ist die Haftung allgemein auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit begrenzt.

Die Bekl. ist der Auffassung, dass die Klausel gegen das Transparenzgebot des § 307 I 2 BGB verstößt und damit unwirksam ist.

Prüfungsrelevanz:

Nicht selten verlangt eine Examensklausur nach einer AGB-Kontrolle i.S.d. §§ 305 ff. BGB. Insbesondere bei einer Prüfung nach Maßgabe des § 307 I BGB müssen die vom Gesetz verwendeten, ausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriffe mit Leben gefüllt werden (z.B. "unangemessen benachteiligen" i.S.d. § 307 I 1 BGB; "nicht klar und verständlich" i.S.d. § 307 I 2 BGB). Hierzu ist es hilfreich, einen Überblick über die einschlägige Rechtsprechung zu behalten.

Liegen AGB i.S.d § 305 I BGB vor, sind diese wirksam gem. § 305 II BGB in den Vertrag einbezogen worden und verstoßen sie nicht gegen § 305 b) und § 305 c) BGB, ist die Inhaltskontrolle anhand der §§ 309, 308, 307 BGB eröffnet, soweit eine Abweichung von einem gesetzlichen Leitbild vorliegt (vgl. § 307 III BGB). Dies war vorliegend der Fall. Da auch kein Regelbeispiel des § 309 oder § 308 BGB einschlägig war, musste die Klausel nur noch einer Kontrolle des § 307 BGB standhalten.

Zu erkennen war, dass die Formulierung in § 13 Nr. 2 der AGB verschiedene Auslegungsmöglichkeiten zuließ: Während sich die Formulierung am Satzanfang ("Wird ein Fahrzeug während der Nutzungszeit des Teilnehmers beschädigt...") eindeutig auf Schäden am überlassenen Fahrzeug bezieht, spricht der anschließende Satzteil allgemein von Schäden, die vom Vertragspartner verursacht werden. Nach dem Wortlaut dieser Formulierung ist also auch eine Haftung des Vertragspartners für Schäden am gegnerischen Fahrzeug denkbar.

Das Transparenzgebot des § 307 I 2 BGB verlangt allerdings, dass eine Klausel "klar und verständlich" sein muss. Das bedeutet, der Klauselverwender muss dem Vertragspartner seine Rechte und möglichen Pflichten durchschaubar darstellen (*BGH*, NJW 2005, 1183 [1184]). Dazu gehört auch, dass wirtschaftliche Nachteile und Belastungen offengelegt werden, soweit dies bereits möglich ist (*BGH*, NJW 2007, 2176). Dem genügt § 13 Nr. 2 der AGB nicht, da der Haftungsumfang nach den Erkenntnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Vertragspartners nicht hinreichend genau eingeschätzt werden kann. Die Klausel ist daher intransparent i.S.d. § 307 I 2 BGB.

Nach überwiegender Auffassung genügt dies allein jedoch nicht, um die Unwirksamkeit der Klausel zu begründen. Vielmehr müsse die Gefahr einer inhaltlichen Benachteiligung des Vertragspartners hinzutreten Dies ergebe sich daraus, dass die Vorschrift die Regelung des § 307 I 1 BGB in Bezug nehme (vgl. Palandt/*Grüneberg*, § 307 Rn. 20 m.w.N.). Der Senat lässt offen, ob er sich dieser Ansicht anschließt. Denn jedenfalls war auch hier eine unangemessene Benachteiligung zu befürchten, da die Klausel entgegen des Grundsatzes in § 15 der AGB - wonach eine Haftung eigentlich auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit begrenzt ist - hinsichtlich (leichter bzw. normaler) Fahrlässigkeit haftungsbegründend wirkt.

Vertiefungshinweise:

❑ Zum Erfordernis einer unangemessenen Benachteiligung in § 307 I 2 BGB: *Armbrüster*, DNotZ2004, 437 [439]; *Artz*, JuS 2002, 528 [529]; *von Westphalen*, NJW 2002, 12 [17]; *BGH*, NJW 2001, 2635 [2636]

❑ Zum Transparenzgebot im Allgemeinen: *Payrhuber*, JuS 2009, 328 (Arbeitsrecht); *Schubert*, JuS 2008, 52 (Arbeitsrecht/Klausur); *Reim*, JuS 2006, 120

Kursprogramm:
❑ *Examenskurs:* "Keine Lust auf Schönheitsreparaturen"

Leitsätze (der Redaktion):
1. Eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist wegen eines Verstoßes gegen das Transparenzgebot des § 307 I 2 BGB jedenfalls dann unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Klauselverwenders unangemessen benachteiligt.
2. Das Transparenzgebot des § 307 I 2 BGB verlangt, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen wirtschaftliche Nachteile und Belastungen des Vertragspartners soweit erkennen lassen, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann (so schon *BGH*, NJW 2007, 2176).

Sachverhalt:
Die Klägerin, die ein Carsharing-Unternehmen betreibt, verlangt von der Beklagten restlichen Schadensersatz aufgrund eines von der Beklagten verursachten und verschuldeten Verkehrsunfalls. Zwischen den Parteien bestand bis 31. Mai 2007 ein Teilnutzungsvertrag, der die Beklagte zur vorübergehenden Nutzung von Fahrzeugen der Klägerin berechtigte.
Dem Vertrag lagen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin zugrunde, die folgende Klausel enthielten:
"§ 13 Versicherungen
1. Alle Fahrzeuge sind haftpflicht- und kaskoversichert.
2. Wird ein Fahrzeug während der Nutzungszeit des Teilnehmers beschädigt oder verursacht der Teilnehmer einen Schaden, haftet er hierfür im Rahmen der Selbstbeteiligung, deren Höhe der Tarifordnung zu entnehmen ist. Ausgenommen hiervon sind Fälle höherer Gewalt. Eine in diesem Vertrag geregelte weitergehende Haftung bleibt hiervon unberührt."
Die Beklagte verursachte einen Verkehrsunfall, wodurch am Fahrzeug der Klägerin ein Schaden in Höhe von 308,75 € und an dem Fahrzeug des Unfallbeteiligten ein Schaden in Höhe von 1.261,44 € entstand.
Mit ihrer Klage begehrt die Klägerin von der Beklagten die nach der Tarifordnung vorgesehene Selbstbeteiligung in Höhe von 770 €. Sie hat auf diese Forderung die von der Beklagten hinterlegte Kaution in Höhe von 490 € sowie die Erstattung der vorausgezahlten Monatspreise für die Monate Juni 2007 bis Dezember 2007 in Höhe von insgesamt 77 € verrechnet, woraus die Klageforderung in Höhe von 203 € resultiert.
Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin blieb erfolglos.
Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr erstinstanzliches Klagebegehren in vollem Umfang weiter.

Aus den Gründen:
[7] Die Revision hat keinen Erfolg.

A. Ausführungen des Berufungsgerichts
[8] Das Berufungsgericht hat zur Begründung ausgeführt, § 13 Nr. 2 Satz 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin verstoße gegen das Transparenzgebot aus § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB und sei daher unwirksam. Das Transparenzgebot verpflichte den Verwender, Rechte und Pflichten seines Vertragspartners in allgemeinen Geschäftsbedingungen möglichst klar und durchschaubar darzustellen. Der Grundsatz von Treu und Glauben gebiete auch, dass eine in allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene Klausel die wirtschaftlichen Nachteile und Belastungen für den anderen Vertragsteil soweit erkennen lasse, wie dies nach den Umständen gefordert werden könne. Diesen Anforderungen werde § 13 Nr. 2 Satz 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin nicht gerecht. Da sich die streitgegenständliche Klausel am Satzanfang auf Fahrzeuge der Teilnehmergemeinschaft beziehe, sei für einen aufmerksamen und sorgfältigen Vertragspartner nicht mit der erforderlichen Klarheit zu erkennen, dass von dieser Klausel auch Haftpflichtschäden umfasst sein sollen. Die Formulierung im zweiten Satzteil des § 13 Nr. 2 sei mehrdeutig. Insgesamt unterscheide die Klausel zwischen einer Beschädigung des genutzten Fahrzeugs der Teilnehmergemeinschaft einerseits und einem durch den Benutzer verursachten Schaden andererseits. In diesem zweiten Satzteil werde jedoch nicht deutlich gemacht, ob nur für Schäden am Fahrzeug der Teilnehmergemeinschaft oder auch für Schäden an anderen Rechtsgütern gehaftet werden solle. Mit dieser Verletzung des Transparenzgebots gehe auch die Gefahr einer inhaltlichen Benachteiligung der Vertragspartner der Klägerin einher.

B. Entscheidung des BGH
[9] Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision stand. Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass § 13 Nr. 2 Satz 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot aus § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam ist.

I. Grundsatz
[10] Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB). Nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB kann sich eine unangemessene Benachteiligung auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständ-

lich ist. Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen sind daher nach den Grundsätzen von Treu und Glauben verpflichtet, Rechte und Pflichten ihrer Vertragspartner möglichst klar und durchschaubar darzustellen (Senatsurteil BGHZ 162, 39 = NJW 2005, 1183, 1184). Dazu gehört auch, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen wirtschaftliche Nachteile und Belastungen soweit erkennen lassen, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann (Senatsurteil vom 16. Mai 2007 - XII ZR 13/05 - NJW 2007, 2176 Rn. 14). Der Verwender muss somit die tatbestandlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen so genau beschreiben, dass für ihn kein ungerechtfertigter Beurteilungsspielraum entsteht (BGHZ 164, 11 = NJW-RR 2005, 1496, 1498 und BGHZ 165, 12 = NJW 2006, 996, 997 f. mwN). Die Beschreibung muss für den anderen Vertragsteil nachprüfbar und darf nicht irreführend sein (Senatsurteil BGHZ 162, 39 = NJW 2005, 1183, 1184). Abzustellen ist bei der Bewertung der Transparenz einer Vertragsklausel auf die Erwartungen und Erkenntnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders im Zeitpunkt des Vertragsschlusses (Senatsurteile BGHZ 183, 299 = NJW 2010, 671 Rn. 22; vom 7. Mai 2008 - XII ZR 5/06 = GuT 2008, 339 Rn. 18 und vom 16. Mai 2007 - XII ZR 13/05 - NJW 2007, 2176 Rn. 14). Dabei sind Allgemeine Geschäftsbedingungen nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden werden (Senatsurteil BGHZ 178, 158 = NJW 2008, 3772 Rn. 14).

II. Subsumtion

[11] Nach diesen Grundsätzen wird § 13 Nr. 2 Satz 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht gerecht. Die verfahrensgegenständliche Vertragsklausel lässt nicht mit der erforderlichen Klarheit erkennen, in welchem Schadensfall der Vertragspartner der Klägerin mit der vereinbarten Selbstbeteiligung haften soll.

1. Wortlaut missverständlich

[12] Das Berufungsgericht hat zutreffend ausgeführt, dass der Wortlaut von § 13 Nr. 2 Satz 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin verschiedene Auslegungen zulässt. Während sich die Formulierung am Satzanfang der Klausel ihrem Wortlaut nach eindeutig auf Schäden an dem überlassenen Fahrzeug bezieht, spricht der anschließende Satzteil allgemein von einem Schaden, den der Vertragspartner der Klägerin verursacht hat. Von ihrem Wortlaut her kann sich diese Formulierung sowohl allein auf einen von dem Benutzer verursachten Schaden an dem überlassenen Fahrzeug als auch - weitergehend - auf einen von ihm verursachten Haftpflichtschaden beziehen. Für einen möglichen Vertragspartner der Klägerin ist es jedoch von erheblicher Bedeutung, ob er im Schadensfalle die gesamte Selbstbeteiligung nur erbringen muss, wenn an dem ihm überlassenen Fahrzeug ein Schaden mindestens in Höhe der vereinbarten Selbstbeteiligung entstanden ist, oder auch dann, wenn er, etwa bei einem von ihm verschuldeten Verkehrsunfall, Fremdschäden verursacht hat. Dies wird aus der verfahrensgegenständlichen Vertragsklausel nicht ausreichend deutlich. Ihr Wortlaut ließe sogar die Möglichkeit zu, dass ein Vertragspartner der Klägerin die Selbstbeteiligung doppelt erbringen muss, sollte etwa bei einem von ihm verursachten Verkehrsunfall sowohl an dem ihm überlassenen Fahrzeug als auch bei einem weiteren Unfallbeteiligten ein erheblicher Schaden entstanden sein.

[14] Damit kommt die Absicht der Klägerin, ihre Vertragspartner auch im Rahmen der Abwicklung von Haftpflichtschäden an Rechtsgütern Dritter in Höhe der Selbstbeteiligung in Anspruch zu nehmen, nicht ausreichend im Wortlaut der streitgegenständlichen Klausel zum Ausdruck. Zweifel bei der Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen gehen jedoch gemäß § 305 c Abs. 2 BGB zu Lasten des Verwenders. § 13 Nr. 2 Satz 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin genügt daher insbesondere nicht dem in § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB enthaltenen Gebot, wonach allgemeine Geschäftsbedingungen die wirtschaftlichen Belastungen und Nachteile des Vertragspartners soweit erkennen lassen müssen, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann (BGHZ 164, 11 = NJW-RR 2005, 1496, 1498 und BGHZ 165, 12 = NJW 2006, 996, 997 f. mwN).

2. Keine Haftungsbegrenzung, sondern Haftungsbegründung für fahrlässig verursachte Schäden

[15] Soweit die Revision die Auffassung vertritt, § 13 Nr. 2 Satz 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin enthalte eine Haftungsbegrenzung zugunsten des Vertragspartners auf die vereinbarte Selbstbeteiligung, weshalb er selbst bei einer Intransparenz der Klausel nicht durch die Regelung benachteiligt werde, kann dem nicht gefolgt werden.

a) Unangemessene Benachteiligung als weiteres Erfordernis

[16] Zwar wird überwiegend die Auffassung vertreten, dass die bloße Intransparenz einer allgemeinen Geschäftsbedingung allein noch nicht zu einer unangemessenen Benachteiligung des Vertragspartners und damit zur Unwirksamkeit einer Klausel führen würde, sondern darüber hinaus die Gefahr einer inhaltlichen Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders hinzutreten müsse (Staudinger/Coester BGB [2006] § 307 Rn. 174; Palandt/Grüneberg BGB 70. Aufl. § 307

Rn. 20; Jauernig/Stadler BGB 13. Aufl. § 307 Rn. 6; Erman/Roloff BGB 12. Aufl. § 307 Rn. 22; Bamberger/Roth/Schmidt BGB § 307 Rn. 26; Armbruster DNotZ 2004, 437, 439 f.; Artz JuS 2002, 528, 529; von Westphalen NJW 2002, 12, 17; differenzierend MünchKommBGB/Basedow 4. Aufl. § 307 Rn. 51; aA AnwKomm/Hennrichs [2000] § 307 BGB Rn. 9; Prütting/Wegen/Weinreich/Berger BGB 5. Aufl. § 307 Rn. 14; für die Zeit vor dem Inkrafttreten des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB vgl. BGHZ 147, 354 = NJW 2001, 2014, 2016 und BGHZ 148, 74 = NJW 2001, 2635, 2636). Im vorliegenden Fall ist diese Voraussetzung jedoch ebenfalls erfüllt.

b) Unangemessene Benachteiligung i.S.d. § 307 I 1 BGB gegeben

[17] Entgegen der Auffassung der Revision wird die Haftung des Vertragspartners durch § 13 Nr. 2 Satz 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin nicht auf die Höhe der vereinbarten Selbstbeteiligung begrenzt; die Haftung wird jedenfalls bei Schäden, die von dem Teilnehmer fahrlässig verursacht wurden, durch die Klausel erst begründet.

[18] Dafür spricht nicht nur der Wortlaut der Vertragsklausel, sondern auch der Regelungszusammenhang mit weiteren Bestimmungen in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin. In § 13 Nr. 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin ist festgehalten, dass alle Fahrzeuge haftpflicht- und kaskoversichert sind. § 15 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin sieht eine Haftung des Teilnehmers nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit vor. In einer Gesamtschau können diese beiden Regelungen aus der maßgeblichen Sicht eines verständigen und redlichen Vertragspartners (Senatsurteil BGHZ 178, 158 = NJW 2008, 3772 Rn. 14) nur dahingehend verstanden werden, dass er bei einem von ihm fahrlässig verursachten Schaden an dem überlassenen Fahrzeug selbst oder an fremden Rechtsgütern von jeglicher Haftung freigestellt ist und solche Schäden durch die von der Klägerin abgeschlossenen Versicherungen ausgeglichen werden. § 13 Nr. 2 Satz 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin schränkt die generelle Haftungsfreistellung des Vertragspartners jedoch wieder ein, indem auch bei fahrlässig verursachten Schäden eine Haftung in Höhe der vereinbarten Selbstbeteiligung vorgesehen wird. Daher hat die Klausel jedenfalls bei fahrlässig verursachten Schäden eine haftungsbegründende Wirkung, durch die der Vertragspartner konkret benachteiligt wird. Ob die Wirkung der Klausel bei grob fahrlässig oder vorsätzlich verursachten Schäden anders zu beurteilen wäre, kann dahingestellt bleiben, weil nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts die Beklagte den Unfall nur aufgrund einfacher Fahrlässigkeit verursacht hat.

Standort: ZPO I — Problem: Berufung/Versäumnisurteil

OLG FRANKFURT A.M., URTEIL VOM 10.08.2010 9 U 61/08 (NJW-RR 2011, 216)

Problemdarstellung:

Die Kl. und die Bekl. streiten um die Rückzahlung eines Darlehens, das die Kl. den Bekl. gewährt hatte. Die Bekl. verteidigen sich u.a. mit dem Vortrag, der Darlehensvertrag sei unwirksam.

Das Landgericht bestimmte einen frühen ersten Termin, in dem es u.a. einen Beweistermin auf den 02.07.2007 anberaumte. Da zu diesem Termin für die Bekl. niemand erschien, erließ es am Schluss der Sitzung ein der Klage stattgebendes Versäumnisurteil. Hiergegen legten die Bekl. fristgerecht Einspruch ein. Im Einspruchstermin am 12.11.2007 verhandelten die Parteivertreter. Das Gericht terminierte schließlich einen weiteren Fortsetzungstermin auf den 02.06.2008. Hierzu erschien für die Bekl. wiederum niemand, so dass das Gericht erneut durch Versäumnisurteil entschied, mit dem es den Einspruch der Bekl. gegen das Versäumnisurteil vom 02.07.2007 verwarf.

Hiergegen richtet sich die Berufung der Bekl., mit der sie weiterhin die Unwirksamkeit des Darlehensvertrages vorträgt.

Prüfungsrelevanz:

Fraglich ist, ob die Berufung das statthafte Rechtsmittel darstellt.

Gem. § 511 I ZPO findet die Berufung gegen die im ersten Rechtszug erlassenen Endurteile statt, also gegen solche Urteile, die über den Streitgegenstand für die Instanz endgültig entscheiden (Thomas/Putzo/*Reichhold*, Vorbem § 300 Rn. 7). Die vom Landgericht am 02.06.2008 erlassene Entscheidung stellt sich als zweites Versäumnisurteil dar. Dies wird daran ersichtlich, dass das Gericht den Einspruch der Bekl. gegen das Versäumnisurteil vom 02.07.2007 verwarf (vgl. § 345 ZPO). Gegen diese Entscheidung ist weder der Einspruch (§ 345 ZPO), noch die uneingeschränkte Berufung statthaft (§ 514 II ZPO). Denn entgegen § 511 I ZPO ist die Berufung gegen das zweite Versäumnisurteil nur in den engen Grenzen des § 514 II ZPO zulässig, d.h. nur insoweit, als die Berufung darauf gestützt wird, dass ein Fall der schuldhaften Versäumung nicht vorgelegen habe. Die Bekl. verteidigen sich hier aber weiterhin mit mate-

riell-rechtlichen Einwendungen. Ihre Berufung wäre damit als unzulässig abzuweisen.

Zu erkennen ist aber, dass das zweite Versäumnisurteil zu Unrecht ergangen war. Ein solches darf nämlich nur ergehen, wenn die betreffende Partei in zwei aufeinanderfolgenden Termin säumig ist (*Musielak*, § 345 Rn. 2). Hier waren die Bekl. allerdings nach ihrer erstmaligen Säumnis am 02.07.2007 zum Einspruchstermin erschienen und hatten verhandelt. Auch die abermalige Säumnis am 02.06.2008 macht dieses Verhandeln nicht gegenstandslos, so dass kein zweites Versäumnisurteil hätte ergehen dürfen. Lediglich ein weiteres erstes Versäumnisurteil wäre statthaft gewesen.

In einem solchen Fall ist nach dem Prinzip der Meistbegünstigung sowohl der Rechtsbehelf statthaft, der bei ordnungsgemäßer Entscheidung einschlägig wäre, als auch derjenige, der der Form der Entscheidung entspricht (vgl. *Musielak*, Vor §§ 511 ff. Rn. 31). Die Bekl. konnte daher Berufung und/oder Einspruch gegen die Entscheidung des Landgerichts einlegen. Die Berufung ist in diesem Fall auch nicht nach Maßgabe des § 514 II ZPO eingeschränkt: Denn wenn es um die Voraussetzung der Statthaftigkeit des Rechtsmittels überhaupt geht, würde es nach Ansicht des Senats keine „Meistbegünstigung" mehr darstellen, wenn bereits der Zugang zur nächsten Instanz durch Voraussetzungen behindert würde, die bei dem wahlweise statthaften Rechtsmittel oder Rechtsbehelf nicht eingreifen (Rn. 14 d.U.).

Das Meistbegünstigungsprinzip sollte von Kandidaten des zweiten Staatsexamens beachtet werden. Hier hätte es den Einstieg in eine Berufungsklausur darstellen können.

Vertiefungshinweise:

❑ Zum Prinzip der Meistbegünstigung: *BGH*, NJW 1999, 583 [584]; NJW 1987, 442; NJW 1999, 1113; *Hennemann/Hess,* JuS 2010, 987 (Klausur); *Deubner*, JuS 2007, 528

❑ Zum (zweiten) Versäumnisurteil: *Kapitza/Kammer*, JuS 2008, 882; *Simeon*, JuS 2008, 105; *Jarsumbek/Stadler*, JuS 2006, 34 u. 134

Kursprogramm:

❑ *Assessorkurs:* "Ein englisches Teeservice"

❑ *Assessorkurs:* "Wer nicht zahlt, der fliegt..."

Leitsätze:

1. Gegen ein zu Unrecht vom Landgericht erlassenes II. Versäumnisurteil (statt I. Versäumnisurteil) ist nach dem Meistbegünstigungsgrundsatz Einspruch und/oder Berufung möglich.

2. Wird Berufung eingelegt, kann das Berufungsgericht nach § 538 II Nr. 6 ZPO den Rechtsstreit unter Aufhebung des II. Versäumnisurteils an das Landgericht zurückverweisen, weil dort gemäß § 342 ZPO weiterzuverhandeln ist.

Sachverhalt:

Die Klägerin verlangt Rückzahlung eines Darlehens, das sie - bzw. ihre Rechtsvorgängerin - den Beklagten zur Finanzierung des Erwerbs einer Eigentumswohnung zu Steuersparzwecken gewährte. Die Beklagten verteidigen sich gegen die Klage u.a. mit dem Vortrag, der Darlehensvertrag sei unwirksam.

Das Landgericht hat zunächst einen frühen ersten Termin durchgeführt und ist sodann in die Beweisaufnahme eingetreten. Im Termin vom 2.7.2007 hat das Landgericht einen weiteren Zeugen vernommen und am Schluss der Sitzung ein der Klage stattgebendes Versäumnisurteil gegen die Beklagten (Bl. 595 d.A.) erlassen, für die niemand erschienen war. Gegen dieses Versäumnisurteil haben die Beklagten fristgerecht Einspruch eingelegt. Daraufhin hat das Landgericht Einspruchstermin bestimmt. In diesem Termin, der am 12.11.2007 stattgefunden hat, haben die Parteivertreter mit an die neue Prozesssituation angepassten Anträgen verhandelt. Im angesetzten Verkündungstermin hat das Landgericht einen weiteren Beweisbeschluss erlassen und u.a. Fortsetzungstermin bestimmt. In diesem Termin, der am 2.6.2008 stattgefunden hat, hat das Landgericht einen weiteren Zeugen vernommen und anschließend gegen die Beklagten, für die erneut niemand erschienen war, II. Versäumnisurteil (Bl. 751 d.A.) erlassen, mit dem ihr Einspruch gegen das Versäumnisurteil vom 2.7.2007 verworfen wurde.

Gegen das am 12.6.2008 zugestellte II. Versäumnisurteil richtet sich die am 14.7.2008 eingegangene und am 12.8.2008 begründete Berufung der Beklagten.

Aus den Gründen:

[10] Die Berufung ist zulässig, insbesondere an sich statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt worden. Sie hat auch in der Sache Erfolg und führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und Zurückverweisung an das Landgericht.

A. Berufung ist statthaftes Rechtsmittel

[11] Die Beklagten haben mit der Berufung das statthafte Rechtsmittel gewählt.

I. Inkorrekte Entscheidung des Landgerichts

[12] Nachdem am 12.11.2007 verhandelt worden war, durfte am 2.6.2008 kein den Einspruch der Beklagten verwerfendes II. Versäumnisurteil erlassen werden. Lediglich ein das vorhergegangene Versäumnisurteil aufrechterhaltendes weiteres (I.) Versäumnisurteil nach § 331 ZPO hätte ergehen dürfen. Zwar waren die Beklagten in der Sitzung vom 2.6.2008 (wieder) säu-

mig. Das macht jedoch ein Verhandeln in früherer Sitzung nicht gegenstandslos.

II. Prinzip der Meistbegünstigung

[13] Wäre - wie geboten - ein (I.) Versäumnisurteil ergangen, hätte den Beklagten wieder der Einspruch zugestanden. Gegen die tatsächlich erlassene Entscheidung war dagegen nach §§ 345, 514 II 1 ZPO nur noch die Berufung möglich. Aufgrund des sog. Meistbegünstigungsgrundsatzes können die Beklagten in einem solchen Fall das Versäumnisurteil mit dem Einspruch und/oder der Berufung angreifen (BGH vom 19.12.1996, IX ZB 108/96).

III. Berufung nicht nach Maßgabe des § 514 II ZPO eingeschränkt

[14] Die Berufung ist auch nicht deshalb unstatthaft, weil sie nach § 514 II 1 ZPO nur darauf gestützt werden könnte, dass im Termin vom 2.6.2008 kein Fall der schuldhaften Versäumung vorgelegen habe. Auf das Vorbringen der Beklagten hierzu kommt es nicht an, denn der - ebenfalls statthafte - Einspruch hätte der Beschränkung des § 514 II 1 ZPO nicht unterlegen. Zwar entbindet auch der Meistbegünstigungsgrundsatz nicht von der Einhaltung der für ein Rechtsmittel vorgesehen Formen und Fristen. Geht es hingegen - wie hier - um eine Voraussetzung der Statthaftigkeit des Rechtsmittels überhaupt, würde es keine "Meist"-Begünstigung mehr darstellen, wenn bereits der Zugang zur nächsten Instanz durch Voraussetzungen behindert würde, die bei dem wahlweise statthaften Rechtsmittel oder Rechtsbehelf nicht eingreifen (in diesem Sinne OLG Düsseldorf, Urteil vom 15.03.2001, 10 U 189/99; Sächsisches LAG, Urteil vom 24.11.2004, 2 Sa 263/04 - abrufbar über juris).

B. Zurückverweisung an das Landgericht

[15] Nach § 538 II Nr. 6 ZPO kann das Berufungsgericht die Sache, soweit ihre weitere Verhandlung erforderlich ist, unter Aufhebung des Urteils und des Verfahrens an das erstinstanzliche Gericht zurückverweisen, wenn das angefochtene Urteil - wie hier - ein Versäumnisurteil ist und eine Partei - wie hier die Beklagten - die Zurückverweisung beantragt hat.

I. Notwendigkeit weiterer Verhandlung

[16] Auch die Notwendigkeit der weiteren Verhandlung ist gegeben. Hierbei kommt es nicht darauf an, ob die von dem Landgericht vorgesehene weitere Beweisaufnahme aus Sicht des Berufungsgerichts überhaupt notwendig ist. Die Notwendigkeit der weiteren Verhandlung ergibt sich nämlich schon daraus, dass der Rechtsstreit - wäre in Verhandlung vom 2.6.2008 zutreffend Versäumnisurteil nach § 331 ZPO ergangen - durch den dann zulässigen Einspruch der Beklagten gemäß § 342 ZPO in die Lage zurückversetzt worden wäre, in der er sich vor Eintritt der Säumnis befand. Dies wäre hier der Zeitpunkt unmittelbar nach der Beweisaufnahme vor dem Landgericht am 2.6.2008, also noch vor der sich daran anschließenden - gemäß § 370 ZPO notwendigen - Fortsetzung der mündlichen Verhandlung.

II. Eigene Sachentscheidung des Berufungsgerichts nicht zweckmäßig

[17] Eine - grundsätzlich mögliche - eigene Sachentscheidung des Berufungsgerichts erscheint bei dieser Sachlage unzweckmäßig, schon weil jedwede Tatsachenfeststellung der ersten Instanz fehlt.

[18] Das Landgericht hat die sich an die Beweisaufnahme anschließende mündliche Verhandlung vom 2.6.2008 zu wiederholen. Dass die damals bestehende Prozesslage - die Säumnis der Beklagten - nicht wiederhergestellt werden kann und demnach auch keine Möglichkeit besteht, aufgrund der damaligen Sachlage ein Versäumnisurteil nach § 331 ZPO gegen die Beklagten zu erlassen, ist prozessual unvermeidlich und deshalb hinzunehmen. Teilweise vertretene andere Lösungsansätze hält der Senat nicht für überzeugend (vgl. dazu OLG Karlsruhe vom 17.9.1991, 17 U 179/91: Umdeutung des II. Versäumnisurteils in ein Versäumnisurteil; Sächsisches LAG vom 24.11.2004, 2 Sa 263/04: Nichtladen des Beklagten zum neuen Termin, um ein Versäumnisurteil zu ermöglichen; beide Urteile abrufbar über juris).

Strafrecht

Standort: § 227 StGB Problem: Eigenverantwortliche Selbstgefährdung

BGH, BESCHLUSS VOM 11.01.2011
5 STR 491/10 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte, ein Psychotherapeut, ist Anhänger der umstrittenen Behandlungsmethode der sog. Psycholyse, deren wesentlicher Inhalt darin besteht, die Patienten durch Drogen in einen Wachtraumzustand zu versetzen. Im Rahmen einer psycholytischen Behandlungssitzung hatten sich mehrere Patienten des Angeklagten zur Einnahme des Betäubungsmittels MDMA bereiterklärt. Aufgrund eines Anzeigefehlers der von ihm verwendeten Waage maß der Angeklagte eine Menge MDMA ab, die etwa zehnmal so groß war wie die eigentlich beabsichtigte Dosis. Der Angeklagte war zwar erstaunt über das große Volumen der einzelnen Portionen, vertraute jedoch seiner Waage und verteilte das Betäubungsmittel an seine Patienten. Die Patienten erlitten heftige körperliche Reaktionen aufgrund der Überdosierung; zwei von ihnen starben an den Folgen dieser Vergiftung.

Das Landgericht Berlin hatte den Angeklagten wegen der Überlassung des Betäubungsmittels an die Opfer insbesondere wegen Körperverletzung mit Todesfolge, § 227 I StGB, verurteilt. Auf die Revision des Angeklagten hin hob der BGH dieses Urteil auf. Das Verhalten der Patienten stelle eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung dar, sodass deren Förderung durch den Angeklagten keine Strafbarkeit wegen einer vorsätzlichen Körperverletzung, § 223 I StGB, und somit erst Recht nicht wegen deren Qualifikation gem. § 227 I StGB begründen könne. Dem stehe auch nicht entgegen, dass die Patienten nicht wussten, dass sie ein Überdosis zu sich nahmen, da der Angeklagte dies ebenfalls nicht erkannt habe. Die Tötung der Patienten könne sich beim Angeklagten allenfalls als fahrlässige Tötung, § 222 StGB, darstellen.

Prüfungsrelevanz:

Körperverletzungs- und Tötungsdelikte sind regelmäßig Gegenstand von Examensaufgaben. Gerade die im vorliegenden Fall relevante Konstellation einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung des Opfers stellt insofern ein typisches Examensproblem dar und auch die maßgebliche Tathandlung des Überlassens von Drogen wird in Examensaufgaben häufig gewählt. Da der BGH im vorliegenden Beschluss die Grundsätze, die er in einer früheren Entscheidung (RA 2009, 404 = NJW 2009, 2611) aufgestellt hatte, noch weiter fortführt, bietet sich dieser Fall als Vorlage für Examensaufgaben (insb. in Akten- bzw. Kurzvorträgen und Prüfungsgesprächen) an.

Der BGH geht in ständiger Rechtsprechung und Übereinstimmung mit der herrschenden Literatur davon aus, dass derjenige, der eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung des Opfers ermöglicht oder fördert, sich auch dann nicht wegen eines Körperverletzungs- oder Tötungsdelikts strafbar macht, wenn die Selbstgefährdung zu einem entsprechenden Erfolg führt (BGHSt 32, 262; Schönke/Schröder-Lenckner/Eisele, Vorbem §§ 13 ff. Rn. 101/101a; Otto, JURA 1984, 536; Roxin, NStZ 1984, 411). Die eigenverantwortliche Selbstgefährdung, -verletzung oder sogar -tötung des Opfers erfüllt nämlich keinen Tatbestand der Körperverletzungs- oder Tötungsdelikte, da diese stets einen anderen Menschen als Tatopfer vorsehen. Deshalb stellt eine solche Selbstgefährdung auch keine Haupttat dar, an der eine Teilnahme möglich wäre. Und wenn sogar die vorsätzliche Mitwirkung an einer vorsätzlichen Selbstverletzung oder -tötung somit straflos ist, dann muss dies für die fahrlässige Mitwirkung an einer fahrlässigen Selbstverletzung oder -tötung erst Recht gelten, sodass grundsätzlich auch die entsprechenden Fahrlässigkeitsdelikte ausscheiden.

Dieser Strafbarkeitsausschluss bei Mitwirkung an einer fremden Selbstgefährdung besteht jedoch - das betont der BGH auch in der vorliegenden Entscheidung - dann nicht, wenn diese letztlich nicht eigenverantwortlich erfolgt. Welcher Maßstab für die Eigenverantwortlichkeit der Selbstgefährdung anzulegen ist, ist in der Literatur streitig (vgl. hierzu die Darstellung bei Wessels/Beulke, AT, Rn. 189 sowie im JI-Skript StrafR AT II, Rn. 271 ff.): Teilweise wird insofern auf die Voraussetzungen der rechtfertigenden Einwilligung zurückgegriffen (sog. Einwilligungslehre), teilweise wird eine Eigenverantwortlichkeit nur in solchen Fällen verneint, in denen der Täter nicht mehr voll schuldfähig ist (sog. Exkulpationslehre). Der BGH führt in der vorliegenden Entscheidung in Übereinstimmung mit seiner bisherigen Rechtsprechung (BGH, NStZ 1986, 266, 267; RA 2009, 404, 407 = NJW 2009, 2611) aus, dass neben einem Zustand beeinträchtigter Schuldfähigkeit (z.B. durch einen be-

reits erfolgten Drogenkonsum) insbesondere auch ein erheblicher Irrtum des sich selbst Gefährdenden die Eigenverantwortlichkeit ausschließen kann, da dann der Mitwirkende das Risiko u.U. besser überschaut als das Opfer.

In einem früheren Fall (RA 2009, 404 = NJW 2009, 2611) hatte der Angeklagte versehentlich eine falsche Droge an das Opfer abgegeben und dadurch dessen Tod verursacht. Der BGH hatte hier einen die Eigenverantwortlichkeit ausschließenden Irrtum des Opfers darin gesehen, dass dieses die Art der konsumierten Droge nicht kannte und den Angeklagten gem. § 222 StGB verurteilt, obwohl dieser auch nicht gemerkt hatte, dass er dem Opfer die falsche Droge überlassen hatte. Dort stand also die Tatsache, dass Täter und Opfer demselben Irrtum unterlagen (also ein "Doppelirrtum" vorlag) einer Strafbarkeit nicht entgegen. In der vorliegenden Entscheidung führt der BGH aus, dass der Irrtum der Patienten über die korrekte Dosierung der ihnen vom Angeklagten überlassenen Betäubungsmittel eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung im Rahmen der §§ 223 I; 227 I StGB gerade nicht ausschließe, weil auch der Angeklagte die falsche Dosierung nicht bemerkt hatte und er deshalb gegenüber den Opfern nicht überlegen war. Allerdings führt der BGH weiter aus, dass noch eine Strafbarkeit gem. § 222 StGB in betracht komme. Insofern ist der BGH wohl so zu verstehen, dass bei einem solchen "Doppelirrtum" diejenige Person, die an der Selbstgefährdung eines anderen mitwirkt, nicht wegen einer vorsätzlichen Tat bestraft werden kann, dass aber immer noch eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit des Mitwirkenden möglich ist, wenn dessen Irrtum auf einer Sorgfaltspflichtverletzung beruht.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur eigenverantwortlichen Selbstgefährdung, insb. beim Konsum überlassener Betäubungsmittel: *BGH*St 32, 262; 49, 34; *BGH*, RA 2000, 461 = NJW 2000, 2286; RA 2009, 404 = NJW 2009, 2611; NStZ 2001, 205; *Amelung*, NJW 1996, 2393; *Beulke/Schröder*, NStZ 1991, 393

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Heroin"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Die eigenverantwortlich gewollte und verwirklichte Selbstgefährdung unterfällt grundsätzlich nicht den Tatbeständen eines Körperverletzungs- oder Tötungsdelikts, wenn sich das mit der Gefährdung vom Opfer bewusst eingegangene Risiko realisiert. Wer eine solche Gefährdung veranlasst, ermöglicht oder fördert, kann daher nicht wegen eines Körperverletzungs- oder Tötungsdelikts verurteilt werden; denn er nimmt an einem Geschehen teil, welches - soweit es um die Strafbarkeit wegen Tötung oder Körperverletzung geht - kein tatbestandsmäßiger und damit kein strafbarer Vorgang ist.

2. Eine strafrechtlich relevante Handlungsherrschaft des eine fremde Selbstgefährdung Fördernden liegt nur vor, wenn dieser kraft überlegenen Fachwissens das Risiko besser erfasst als der Selbstgefährdende, namentlich wenn das Opfer einem Irrtum unterliegt, der seine Selbstverantwortlichkeit ausschließt, oder es infolge einer Intoxikation zu einer Risikoabwägung nicht mehr hinreichend in der Lage ist.

Sachverhalt:

Nach den Feststellungen des Landgerichts führte der Angeklagte, ein auf psychotherapeutische Behandlungen spezialisierter Arzt, sogenannte psycholytische Sitzungen durch. Bei diesen Gruppensitzungen werden die Patienten - so der Ansatz der Psycholyse - durch Drogen in ein Wachtraumerleben der Objektumgebung versetzt. Ziel dieser in Deutschland wissenschaftlich nicht anerkannten Methode soll es sein, an unbewusste Inhalte der Psyche zu gelangen.

Am 19. September 2009 führte der Angeklagte mit einer Gruppe von zwölf Personen eine Intensivsitzung durch. Nach einer "Einstimmungs- und Befindlichkeitsrunde" stellte er die zur Einnahme bereitgehaltenen Substanzen Neocor und MDMA vor. Nachdem der Angeklagte an neun der Gruppenmitglieder zunächst eine Tablette des nicht als Arzneimittel zugelassenen Neocor verabreicht hatte, fragte er, wer von den Anwesenden MDMA einnehmen wolle. Daraufhin meldeten sich sieben Mitglieder der Gruppe, darunter die später verstorbenen K und Kn. Von dem MDMA, das von dem Nebenkläger N beschafft worden war, sollten sechs Mitglieder der Gruppe, die sich zur Einnahme entschlossen hatten, 120 mg, der Nebenkläger N 140 mg erhalten. Der Angeklagte übernahm das Abwiegen des Rauschgifts. Dabei wunderte er sich zwar über das Volumen der abgewogenen Menge, verließ sich aber auf die Anzeige seiner Waage. Tatsächlich übergab er an die zum Drogenkonsum bereiten Gruppenmitglieder jedoch mindestens die zehnfache Menge. Etwa zehn bis 15 Minuten nach der Einnahme kam es bei diesen zu heftigen körperlichen Reaktionen. Einige erlitten Spasmen und waren unfähig, sich zu bewegen, mussten sich übergeben oder fingen an, um sich zu schlagen. Die körperlichen Ausfälle aufgrund der Vergiftung verstärkten sich zunehmend. Trotz der vom Angeklagten und der herbeigerufenen Notärztin veranlassten Hilfsmaßnahmen verstarben Kn und K an Multiorganversagen aufgrund der Überdosis MDMA. Der Nebenkläger N war lebensgefähr-

lich erkrankt, konnte jedoch nach Intensivbehandlung gerettet werden; die übrigen vier Gruppenmitglieder wurden nach einigen Tagen stationärer Behandlung wegen Vergiftungserscheinungen wieder entlassen.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung und rechtliche Würdigung des Landgerichts

[1 - 3] Das Landgericht hat den Angeklagten wegen einer tateinheitlichen Tat der Körperverletzung mit Todesfolge und der Überlassung von Betäubungsmitteln mit Todesfolge (zwei tateinheitliche Fälle) sowie der gefährlichen Körperverletzung und der vorsätzlichen Überlassung von Betäubungsmitteln (fünf tateinheitliche Fälle) zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren und neun Monaten verurteilt und ihn mit einem dauerhaften Berufsverbot für eine Tätigkeit als niedergelassener Arzt und als Psychotherapeut belegt. Seine hiergegen gerichtete Revision hat mit der Sachrüge Erfolg. [...]

[4] Das Landgericht hat in der Verabreichung des MDMA eine vorsätzliche Körperverletzung gesehen. Der Angeklagte habe die Tatherrschaft über den Vorgang innegehabt, indem er das MDMA abgewogen und den Gruppenmitgliedern zur Verfügung gestellt habe. Eine Einwilligung fehle, weil er die Gruppenmitglieder nicht ausreichend aufgeklärt habe. Der durch diese Körperverletzungshandlung herbeigeführte Todeseintritt sei für ihn voraussehbar gewesen. Dies führe zugleich zu einer Strafbarkeit wegen des Überlassens von Betäubungsmitteln mit Todesfolge, weil der Angeklagte den Tod von K und Kn auch leichtfertig verursacht habe.

II. Entscheidung des BGH

[5] Auf der Grundlage der Feststellungen des Landgerichts, das der Einlassung des Angeklagten im Hinblick auf eine versehentliche Überdosierung gefolgt ist, erweist sich die Revision des Angeklagten als begründet. Die Annahme einer vorsätzlichen Körperverletzung zu Lasten der MDMA konsumierenden Gruppenmitglieder begegnet durchgreifenden Bedenken.

1. Zur Straflosigkeit der Teilnahme an einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung des Opfers

[6] Das Landgericht grenzt allerdings im Ansatz zutreffend die strafbare Körperverletzung von der straflosen Beteiligung an einer Selbstgefährdung ab. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs unterfällt die eigenverantwortlich gewollte und verwirklichte Selbstgefährdung grundsätzlich nicht den Tatbeständen eines Körperverletzungs- oder Tötungsdelikts, wenn sich das mit der Gefährdung vom Opfer bewusst eingegangene Risiko realisiert. Wer eine solche Gefährdung veranlasst, ermöglicht oder fördert, kann daher nicht wegen eines Körperverletzungs- oder Tötungsdelikts verurteilt werden; denn er nimmt an einem Geschehen teil, welches - soweit es um die Strafbarkeit wegen Tötung oder Körperverletzung geht - kein tatbestandsmäßiger und damit kein strafbarer Vorgang ist (BGH, Urteile vom 14. Februar 1984 - 1 StR 808/83, BGHSt 32, 262; vom 11. Dezember 2003 – 3 StR 120/03, BGHSt 49, 34, 39; vom 29. April 2009 – 1 StR 518/08, BGHSt 53, 288, 290).

[7] Da sämtliche Mitglieder der Gruppe das Betäubungsmittel MDMA eigenhändig und wissentlich zu sich nahmen, liegt eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung vor. Dies schließt eine Strafbarkeit wegen einer vorsätzlichen Körperverletzung aus.

2. Keine eigenverantwortliche Selbstgefährdung des Opfers bei Tatherrschaft des Fördernden

[8] Eine strafrechtlich relevante Handlungsherrschaft wäre dem Angeklagten nur dann zugewachsen, wenn und soweit die Freiverantwortlichkeit des Selbstgefährdungsentschlusses der Gruppenteilnehmer beeinträchtigt gewesen wäre. Dies ist der Fall, wenn der Täter kraft überlegenen Fachwissens das Risiko besser erfasst als der Selbstgefährdende, namentlich wenn das Opfer einem Irrtum unterliegt, der seine Selbstverantwortlichkeit ausschließt (vgl. BGH, Urteile vom 29. April 2009 - 1 StR 518/08, BGHSt 53, 288, 290; vom 9. November 1984 - 2 StR 257/84, NStZ 1985, 319, 320), oder es infolge einer Intoxikation zu einer Risikoabwägung nicht mehr hinreichend in der Lage ist (BGH, Urteil vom 27. November 1985 - 3 StR 426/85, NStZ 1986, 266). Eine solche besondere Situation belegen die Urteilsgründe nicht.

[9] Sämtliche Mitglieder der Gruppe nahmen das Betäubungsmittel MDMA willentlich zu sich. Ungeachtet der Tatsache, dass der Angeklagte die Dosierung bestimmte und die Betäubungsmittelportionen auch selbst abwog, verblieb ihnen ohne jede Einschränkung die letzte Entscheidung über die Einnahme.

[10] Auch der von der Strafkammer angeführte Gesichtspunkt, der Angeklagte als Arzt und ehemaliger Suchtberater habe das Risiko besser erfasst als seine Gruppenmitglieder, die ihm vertraut hätten, begründet noch keine strafrechtlich relevante Handlungsherrschaft (vgl. Roxin, Strafrecht AT Bd. 1, 4. Aufl., § 11 Rdn. 111; vgl. sehr weitgehend BGH, Urteil vom 18. Juli 1978 - 1 StR 209/78, JR 1979, 429). Alle Gruppenmitglieder kannten die Illegalität der Droge. Bei der Psycholyse handelt es sich um eine in Deutschland wissenschaftlich nicht anerkannte Therapiemethode. Folglich mussten sie mit besonderen medizinischen Risiken rechnen. Darüber hinaus verfügten alle bereits über Erfahrungen mit der Droge; der später Verstorbene Kn hatte nach der Einnahme von MDMA überdies bereits früher Spasmen und Halluzinationen erlitten. Die Droge wurde vom Nebenkläger N aus nicht näher

geklärten - notwendigerweise jedoch illegalen - Quellen beschafft.

[11] Angesichts dieser Umstände liegt eine eigenverantwortliche Selbstschädigung vor, selbst wenn der Angeklagte die einzelnen Gruppenmitglieder nicht über sämtliche - auch die eher seltenen - Risiken der MDMA-Einnahme bei gängiger Verbrauchsdosierung, insbesondere nicht über ein bestehendes Todesrisiko, aufgeklärt hat, zumal sich diese Risiken im vorliegenden Fall nicht realisierten. Es bestehen zudem grundlegende Bedenken dagegen, die Grundsätze der Aufklärungspflicht bei ärztlicher Heilbehandlung uneingeschränkt in Fällen anzuwenden, in denen sich selbstverantwortliche Personen auf eine Behandlung einlassen, die offensichtlich die Grenzen auch nur ansatzweise anerkennenswerter ärztlicher Heilkunst überschreitet (vgl. auch § 13 BtMG).

3. Keine Tatherrschaft des Angeklagten wegen Überdosierung

[12] Ein die Tatherrschaft des Angeklagten begründender Umstand wäre allerdings die Überdosierung mit der mindestens zehnfachen Menge des MDMA, weil hierdurch die Konsumenten der Drogen über einen ganz wesentlichen Gesichtspunkt im Unklaren gelassen wurden. Die wesentlich höhere Dosis hatte nämlich eine erhebliche Vergrößerung des Risikos zur Folge, das die Konsumenten nicht einschätzen konnten und auch tatsächlich verkannten.

[13] Diese Fehldosierung durfte dem Angeklagten jedoch auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen nicht als vorsätzliche Körperverletzung zugerechnet werden. Das Landgericht folgt nämlich der Einlassung des Angeklagten, aufgrund einer Fehlfunktion seiner Waage sei es zur Überdosierung gekommen. Demnach fehlt es an einer Vermittlung der Tatherrschaft durch Irrtumsherrschaft, die bei der vorsätzlichen Körperverletzung nur durch ein vorsätzliches Handeln bewirkt werden kann. Wenn der Angeklagte die maßgebliche Risikoerhöhung durch die Falschdosierung nicht erkannt hat, liegt lediglich ein durch fahrlässiges Tun herbeigeführter Irrtum der Gruppenmitglieder vor. Der Angeklagte hätte deshalb auf der Basis der nach seiner Einlassung getroffenen Feststellungen - abhängig von den Folgen der Überdosierung bei den einzelnen Gruppenmitgliedern - lediglich wegen fahrlässiger Tötung (§ 222 StGB) und fahrlässiger Körperverletzung (§ 229 StGB) verurteilt werden können.

III. Zum Umfang der Aufhebung des Urteils

[14] Der Rechtsfehler nötigt angesichts der tateinheitlichen Verknüpfung sämtlicher verwirklichter Straftatbestände zu einer umfassenden Aufhebung des Schuldspruchs (vgl. BGH, Urteil vom 11. Dezember 2003 - 3 StR 120/03, BGHSt 49, 34, 45).

[15] Abgesehen davon begegnet auch die Annahme einer Strafbarkeit wegen Überlassens der Betäubungsmittel mit Todesfolge (§ 30 Abs. 1 Nr. 3 BtMG) auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen Bedenken. Die Tatbestandsverwirklichung setzt im Hinblick auf die Todesfolge Leichtfertigkeit voraus (§ 18 StGB). Hierfür ist das Maß der Pflichtwidrigkeit im Moment des Wiegevorgangs entscheidend, weil der vom Landgericht angenommene Wiegefehler die den Todeserfolg auslösende Bedingung gesetzt hat. Das Landgericht hätte sich deshalb mit der Frage der Erkennbarkeit des Wiegefehlers vor dem Erfahrungshintergrund des Angeklagten als Arzt näher auseinandersetzen müssen.

[16] Von einer Aufrechterhaltung von Teilen der Feststellungen sieht der Senat ab, um dem neuen Tatgericht eine umfassende Aufklärung zu ermöglichen. Das neue Tatgericht wird sich dabei kritisch mit der Einlassung des Angeklagten auseinandersetzen müssen, dass er infolge eines Fehlers der Waage die zehnfache Überdosierung des MDMA nicht erkannt habe (vgl. BGH, Beschluss vom 15. April 2010 - 5 StR 75/10, NStZ 2010, 503).

Standort: § 228 StGB — Problem: Umfang der Aufklärung

BGH, URTEIL VOM 22.12.2010
3 STR 239/10 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte war Eigentümer, Geschäftsführer und Chefchirurg eines Krankenhauses, in dem einen Patientin wegen einer Darmerkrankung behandelt wurde. Nachdem sie über die allgemeinen Risiken einer entsprechenden Behandlung aufgeklärt worden war, willigte die Patientin am 12.03.2006 in eine operative Entfernung eines Teils ihres Dickdarms ein. Die Operation wurde am folgenden Tag durchgeführt. In der Folgezeit entzündete sich die Wunde erheblich. Nachdem die Gabe von Antibiotika keinen Erfolg gezeigt hatte, stimmte die kaum noch ansprechbare Patientin am 20.06.2006 einer weiteren Operation zu. Im Rahmen dieser zweiten Operation legte der Angeklagte ein mit Zitronensaft getränktes Tuch in die Wunde und beließ es dort, um weitere Entzündungen zu vermeiden. Der Angeklagte vertrat nämlich die - in der medizinischen Wissenschaft allerdings nicht anerkannte - Auffassung, dass die keimtötende Wirkung von Zitronensaft weiteren Entzündungen vorbeugen und beim Abklingen der vorhandenen Entzündung helfen würde. Über die Möglichkeit der Verwendung von Zitronensaft als Heilmittel war die Patientin al-

lerdings nicht aufgeklärt worden. Obwohl der Angeklagte die Behandlung mit Zitronensaft zweimal wiederholte, verstarb die Patientin. Hierbei konnte allerdings nicht festgestellt werden, dass die Verwendung von Zitronensaft in der Operationswunde zu einer zusätzlichen Infektion geführt und deshalb den Tod verursacht oder auch nur beschleunigt hätte.

Das Landgericht Mönchengladbach verurteilte den Angeklagten wegen Körperverletzung mit Todesfolge, § 227 I StGB. Die von der Patientin vor der ersten Operation erteilte Einwilligung sei unwirksam. Der Angeklagte hätte sie nämlich über die geplante Behandlung möglicher Entzündungen mit Zitronensaft aufklären müssen, was aber nicht geschehen war. Der BGH hob dieses Urteil auf die Revision des Angeklagten hin auf. Zwar sei der Angeklagte tatsächlich verpflichtet, die Patientin darüber aufzuklären, dass die von ihm zur Bekämpfung von Entzündungen eingesetzte Therapie durch Verwendung von Zitronensaft nicht dem medizinischen Standard entspreche. Eine solche Aufklärung hätte aber nicht unbedingt vor der ersten Operation erfolgen müssen, da in diesem Zeitpunkt noch gar nicht feststand, dass überhaupt Entzündungen bei der Patientin auftreten würden. Deshalb sei die vor der ersten Operation erteilte Einwilligung auch nicht aus diesem Grunde unwirksam.

Prüfungsrelevanz:

Im vorliegenden Fall geht es um die Strafbarkeit ärztlicher Heilbehandlungen als Körperverletzungen, insbesondere um die Anforderungen an eine entsprechende rechtfertigende Einwilligung des Patienten. Nicht nur deshalb, weil es sich hierbei um ein klassisches Examensproblem handelt, sondern auch weil der vorliegende Fall in den Medien großes Aufsehen erregt hat, kann davon ausgegangen werden, dass er für Examensaufgaben verwertet werden wird.

Vor allem in der Literatur wird die Frage kontrovers diskutiert, ob eine ärztliche Heilbehandlung überhaupt eine tatbestandliche Körperverletzung darstellen kann (vgl. hierzu die Darstellung bei Schönke/Schröder-Eser, § 223 Rn. 28 ff.). Die herrschende Literatur lehnt dies - mit Unterschieden im Detail - jedenfalls dann ab, wenn die Behandlung medizinisch indiziert ist, lege artis (also kunstgerecht) durchgeführt wird und erfolgreich ist (Lackner/Kühl, § 223 Rn. 8 ff; Schönke/Schröder-Eser, § 223 Rn. 32 ff.; Hardwig, GA 1965, 163). Die Rechtsprechung und ein Teil der Literatur hingegen gehen davon aus, dass auch eine kunstgerechte und erfolgreiche Heilbehandlung den Tatbestand des § 223 I StGB verwirklichen kann und deshalb einer Rechtfertigung, insb. durch Einwilligung des Patienten, bedarf (BGHSt 11, 111; 43, 306, 308; BGH, RA 2008, 58 = NStZ 2008, 150; Jäger, JuS 2000, 31, 34).

Damit die - zumindest nach der Rechtsprechung erforderliche - rechtfertigende Einwilligung des Patienten in die Behandlung wirksam ist, muss der Patient vor Abgabe der Einwilligungserklärung über Art, Chancen und Risiken der geplanten Behandlung aufgeklärt werden (BGH, RA 2008, 58, 62 = NStZ 2008, 150, 151; NStZ 2004, 442; Fischer, § 228 Rn. 13; Schönke/Schröder-Eser, § 223 Rn. 40 ff.). In der vorliegenden Entscheidung führt der BGH insofern aus, dass der Arzt dann, wenn er plant, eine nicht anerkannte Heilmethode anzuwenden - was ihm grundsätzlich freisteht - den Patienten zusätzlich darüber aufklären muss, dass der geplante Eingriff (noch) nicht medizinischer Standard ist und dass unbekannte Risiken derzeit nicht auszuschließen sind. Eine entsprechende Aufklärung war im vorliegenden Fall vor der ersten Operation bei der Patientin hinsichtlich der - nur im Krankenhaus des Angeklagten üblichen - Verwendung von Zitronensaft zur Behandlung von Entzündungen zwar nicht erfolgt. Dennoch war die Einwilligung der Patientin in die erste Operation wirksam. Denn diese Aufklärung hätte nicht bereits vor der ersten Operation erfolgen müssen, da diese noch nach anerkannten medizinischen Methoden durchgeführt wurde, sondern erst vor der zweiten Operation. Der BGH deutet allerdings an, dass die erste Einwilligung u.U. deshalb an einem Aufklärungsmangel litt, weil die Patientin nicht über die Möglichkeit weiterer entzündungshemmender Maßnahmen vor der Operation (vorbeugende Gabe von Antibiotika, Darmreinigung) informiert worden war.

Vertiefungshinweise:

❑ Zu ärztlichen Heileingriffen als Körperverletzungen: *BGH*St 11, 112; 43, 306; 45, 219; *BGH*, NJW 2000, 885; *Duttge*, MedR 2005, 706; *Jäger*, JuS 2000, 31; *Kargl*, GA 2001, 538

❑ Zur Aufklärungspflicht bei Einwilligung in eine Heilbehandlung: *BGH*, RA 2008, 58 = NStZ 2008, 150; NStZ 2003, 657; 2004, 442; NStZ-RR 2006, 59

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Kunstfehler"

Leitsatz:

Zur erforderlichen Patientenaufklärung durch einen Chirurgen über dessen Absicht, bei einer Folgebehandlung, die wegen der Verwirklichung eines der Erstoperation typischerweise anhaftenden Risikos notwendig werden könnte, auch eine Außenseitermethode anzuwenden.

Sachverhalt:

Nach den Feststellungen der Strafkammer war der An-

geklagte Eigentümer und Geschäftsführer des Krankenhauses W. sowie dessen Chefarzt der Chirurgischen Abteilung.

Am 10. März 2006 unterzog sich die 80-jährige M in der Inneren Abteilung des Krankenhauses einer Darmspiegelung. Die Untersuchung ergab im Bereich des Dickdarms einen größeren Polypen, der sich im Rahmen der Koloskopie nicht vollständig entfernen ließ. Aufgrund der mittelfristig bestehenden Gefahr eines Darmverschlusses hielten der Chefarzt der Inneren Abteilung und ein Arzt der Chirurgischen Abteilung eine Operation für sinnvoll bzw. angezeigt. Allerdings war eine sofortige Operation nicht erforderlich. Es hätte damit ohne erhebliche Risiken noch etwa ein halbes Jahr zugewartet werden können. Die Patientin war der Operation eher abgeneigt und zögerte, ihre Einwilligung zu erteilen. Sie verblieb allerdings im Krankenhaus und führte in der Folgezeit mehrere Aufklärungsgespräche mit zwei im Krankenhaus tätigen Ärzten. Im Rahmen dieser Unterredungen wurde sie ordnungsgemäß über den Grund der Operation und die mit der geplanten Entfernung eines Teils des Dickdarms verbundenen Risiken aufgeklärt. Schließlich willigte die Patientin am 12. März 2006 in den Eingriff ein.

Am 13. März 2006 führte der Angeklagte die Operation durch. In der Folgezeit entzündete sich die Operationswunde erheblich. Da sich trotz der ab dem 18. März 2006 vorgenommenen Gabe von Antibiotika der Zustand der Patientin verschlechterte, entschloss sich der Angeklagte am 20. März 2006 zur Durchführung einer Reoperation, der die zu diesem Zeitpunkt kaum mehr ansprechbare Patientin durch Nicken zustimmte. Am Ende dieser Operation legte der Angeklagte in die Wunde einen mit Zitronensaft getränkten Streifen ein und vernähte die Wunde darüber. Der Angeklagte war aufgrund persönlicher beruflicher Erfahrungen der Überzeugung, Zitronensaft sei ein geeignetes Mittel zur Behandlung schwerwiegender Wundheilungsstörungen. Weil er allgemein von einer keimtötenden Wirkung des Zitronensaftes ausging, hielt er die Einhaltung von sterilen Bedingungen bei dessen Gewinnung nicht für erforderlich. Er ließ den Zitronensaft daher in der Stationsküche durch Pflegekräfte aus handelsüblichen Früchten mit einer Haushaltspresse gewinnen, ohne besondere Vorkehrungen zur Gewährleistung der Sterilität des Saftes zu treffen. Tatsächlich barg der Einsatz des so hergestellten Zitronensaftes die Gefahr einer (weiteren) bakteriellen Verkeimung der Wunde.

Dem Angeklagten war klar, dass das Einbringen von Zitronensaft in Wunden nicht dem allgemein üblichen medizinischen Standard entsprach und dessen Wirkung sowie allgemeine Verträglichkeit bislang nicht wissenschaftlich untersucht worden waren. Ihm war auch bewusst, dass eine Behandlung mit Zitronensaft der Einwilligung des Patienten bedurfte und zwar auch dann, wenn der Saft nur zusätzlich zu der üblichen medizinischen Wundbehandlung eingesetzt wurde. Darüber, dass im Fall des Auftretens von Wundheilungsstörungen an der Operationswunde - der Praxis des Angeklagten entsprechend - (auch) unsteril gewonnener Zitronensaft in die Wunde eingebracht werden würde, war die Patientin jedoch zu keinem Zeitpunkt aufgeklärt worden. Wäre sie hierüber informiert worden, so hätte sie schon in die Durchführung der ersten Operation nicht eingewilligt.

Der Angeklagte wiederholte die Behandlung der Operationswunde mit Zitronensaft in der Folgezeit noch zweimal. Am 30. März 2006 verstarb die Patientin an septischem Herz-Kreislauf-Versagen. Fachliche Fehler bei Durchführung der Operationen am 13. und 20. März 2006 ergaben sich nicht. Dass das Einbringen von Zitronensaft in die Operationswunde diese zusätzlich bakteriell kontaminiert hatte oder dass diese Behandlung für den Tod der Patientin ursächlich war, konnte das Landgericht nicht feststellen. Vielmehr war todesursächlich die - typischerweise bei großen Bauchoperationen auftretende - Entzündung der bei dem ersten Eingriff entstandenen Operationswunde.

Aus den Gründen:

1. Entscheidung und rechtliche Würdigung des Landgerichts

[1 - 6] Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Körperverletzung mit Todesfolge zu der Freiheitsstrafe von einem Jahr und drei Monaten verurteilt und deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt. Hiergegen richtet sich die auf die Verletzung sachlichen Rechts gestützte Revision des Angeklagten. Das Rechtsmittel führt zur Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung der Sache. [...]

[7] Das Landgericht hat die am Abend vor dem 13. März 2006 erteilte Einwilligung in die erste Operation aufgrund eines Aufklärungsfehlers als unwirksam angesehen. Auch wenn zu diesem Zeitpunkt noch unklar gewesen sei, ob es zu Wundheilungsstörungen und infolgedessen zu einem Einsatz von Zitronensaft komme, hätte die Patientin bereits vor der ersten Operation darüber aufgeklärt werden müssen. Eine Aufklärung sei auch deshalb erforderlich gewesen, weil diese Methode derart ungewöhnlich sei, dass allein der Umstand ihres Einsatzes durch den Angeklagten dazu geeignet war, das Vertrauen der Patientin in eine sachgerechte Behandlung durch ihn zu erschüttern. Zudem habe von vornherein die Gefahr bestanden, dass im Fall des späteren Auftretens von Wundheilungsstörungen zum Zeitpunkt der Entscheidung des Angeklagten über den Einsatz von Zitronensaft der Zustand der Patientin so schlecht gewesen wäre, dass sie nicht mehr oder jedenfalls nicht mehr ohne Einschränkungen da-

zu in der Lage gewesen wäre, die Sachlage zu erfassen und sachgerecht über die Erteilung ihrer Zustimmung zu dieser Behandlungsmethode zu entscheiden. So sei es hier auch geschehen. Dem Angeklagten sei bewusst gewesen, dass seine Methode der Behandlung von Wundheilungsstörungen unüblich und ungetestet war, auch wenn er von ihrem Nutzen überzeugt gewesen sein mag. Er habe daraus den richtigen Schluss gezogen, dass vor größeren Operationen, bei welchen die erhöhte Gefahr des späteren Auftretens von Wundheilungsstörungen der Operationswunde bestand, von vornherein eine Aufklärung des Patienten über seine ungewöhnlichen Methoden zur Behandlung derartiger Störungen erforderlich ist.

2. Entscheidung des BGH

[8] Der Schuldspruch hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Gegen die Annahme des Landgerichts, die Einwilligung der Patientin in die Vornahme des ersten Eingriffs sei unwirksam gewesen, weil der Angeklagte es pflichtwidrig unterlassen hat, diese zuvor darüber aufzuklären, dass er im Falle einer Wundheilungsstörung zu deren Behandlung auch Zitronensaft einsetzen werde, bestehen durchgreifende rechtliche Bedenken.

a) Zu den Anforderungen an eine wirksame Einwilligung in eine ärztliche Heilbehandlung

[9] Allerdings ist das Landgericht zunächst rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass jede in die körperliche Unversehrtheit eingreifende ärztliche Behandlungsmaßnahme den objektiven Tatbestand der vorsätzlichen Körperverletzung erfüllt, unabhängig davon, ob sie lege artis durchgeführt und erfolgreich ist (st. Rspr.; vgl. nur die Nachw. bei Fischer, StGB, 58. Aufl., § 223 Rn. 9 ff.). Sie bedarf daher einer besonderen Rechtfertigung, in der Regel der - grundsätzlich vor Durchführung der Behandlung ausdrücklich erteilten - wirksamen Einwilligung des Patienten.

[10] Die Wirksamkeit der Einwilligung setzt die Aufklärung über den Verlauf des Eingriffs, seine Erfolgsaussichten, Risiken und mögliche Behandlungsalternativen mit wesentlich anderen Belastungen voraus. Nur so wird das aus der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG) abgeleitete Selbstbestimmungsrecht des Patienten sowie sein Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) gewahrt (vgl. BGH, Urteil vom 14. Februar 1989 - VI ZR 65/88, BGHZ 106, 391; Urteil vom 29. Juni 1995 - 4 StR 760/94, NStZ 1996, 34). Inhaltlich ist der Patient über die Chancen und Risiken der Behandlung im "Großen und Ganzen" aufzuklären, ihm muss ein zutreffender Eindruck von der Schwere des Eingriffs und von der Art der Belastungen vermittelt werden, die für seine körperliche Integrität und seine Lebensführung auf ihn zukommen können. Eine solche "Grundaufklärung" hat regelmäßig auch einen Hinweis auf das schwerste, möglicherweise in Betracht kommende Risiko zu beinhalten; eine exakte medizinische Beschreibung all dessen bedarf es jedoch nicht (vgl. BGH, Urteil vom 12. März 1991 - VI ZR 232/90, NJW 1991, 2346). Der konkrete Umfang der Aufklärungspflicht bestimmt sich in Abhängigkeit von der jeweiligen Behandlungsmaßnahme und unter Berücksichtigung der Dringlichkeit des Eingriffs. Je weniger ein sofortiger Eingriff medizinisch geboten ist, umso ausführlicher und eindrücklicher ist der Patient, dem der Eingriff angeraten wird oder der ihn selbst wünscht, über die Erfolgsaussichten und etwaige schädliche Folgen zu informieren (vgl. BGH, Urteil vom 6. November 1990 - VI ZR 8/90, MedR 1991, 85; Urteil vom 10. Februar 1959 - 5 StR 533/58, BGHSt 12, 379).

[11] Zum Kern der Patientenaufklärung über einen operativen Eingriff zählt insbesondere die Erläuterung des sicher oder regelmäßig eintretenden post-operativen Zustands (Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 6. Aufl., C. Haftung aus Aufklärungsfehler Rn. 18 f.). So kann etwa der Hinweis auf ein gegenüber dem Normalfall erhöhtes Wundinfektionsrisiko geboten sein (OLG Hamm, Urteil vom 16. Juni 2008 - 3 U 148/07, juris; OLG Brandenburg, Urteil vom 13. November 2008 - 12 U 104/08, VersR 2009, 1230). Ausnahmsweise ist auch über schwerwiegende Risiken einer Folgebehandlung zu informieren, die trotz kunstgerechter Operation nötig werden kann, weil sich eine mit dieser verbundene Komplikationsgefahr verwirklicht. Dies folgt daraus, dass der Patient über alle schwerwiegende Risiken, die mit einer Operation verbunden sind, auch dann aufzuklären ist, wenn sie sich nur selten verwirklichen. Für die ärztliche Hinweispflicht kommt es entscheidend nicht nur auf einen bestimmten Grad der Komplikationsdichte, sondern maßgeblich auch darauf an, ob das in Frage stehende Risiko dem Eingriff spezifisch anhaftet und bei seiner Verwirklichung die Lebensführung des Patienten besonders belastet. In solchen Fällen besteht zwischen einer ersten Operation und möglicherweise notwendig werdenden Folgebehandlungen ein enger Zusammenhang, der die Aufklärung über die Risiken der späteren Therapie schon vor dem ersten Eingriff erfordert. So ist etwa der Patient vor der Durchführung einer Nierenbeckenplastik darüber aufzuklären, dass die hiermit verbundene Gefahr einer Anastomoseinsuffizienz eine Nachoperation erforderlich machen kann, die mit zehnprozentiger Wahrscheinlichkeit einen Nierenverlust zur Folge hat (BGH, Urteil vom 9. Juli 1996 - VI ZR 101/95, NJW 1996, 3073). Ähnliches gilt vor der Entfernung einer Gallenblase, bei der mit erhöhter Wahrscheinlichkeit eine Choledochusrevision vorzunehmen ist, die infolge der aggressiven Manipulation an den Gallenwegen in zwei Prozent der Fälle eine

Entzündung der Bauchspeicheldrüse auslöst (BGH, Urteil vom 21. November 1995 - VI ZR 341/94, NJW 1996, 779).

[12] Im Rahmen der primär dem Arzt überlassenen Therapiewahl ist ihm zwar die Anwendung einer nicht allgemein anerkannten Heilmethode (BGH, Urteil vom 29. Januar 1991 - VI ZR 206/90, BGHZ 113, 297; Urteil vom 22. Mai 2007 - VI ZR 35/06, BGHZ 172, 254) nicht untersagt. Zur Wirksamkeit der Einwilligung muss der Patient aber über die beabsichtigte Therapie aufgeklärt worden sein; neben der allgemeinen Aufklärung über das Für und Wider dieser Methoden ist auch darüber zu informieren, dass der geplante Eingriff (noch) nicht medizinischer Standard ist und dass unbekannte Risiken derzeit nicht auszuschließen sind (Geiß/Greiner, aaO, Rn. 39, 46; Steffen/Pauge, Arzthaftungsrecht, 11. Auflage 2010, B. Die Haftungstatbestände, Rn. 454a, 455).

[13] Die Durchführung der Aufklärung obliegt grundsätzlich dem behandelnden Arzt als eigene ärztliche Aufgabe. Sofern er sie auf einen anderen Arzt delegiert, muss er deren ordnungsgemäße Erfüllung sicherstellen, sei es durch ein Gespräch mit dem Patienten oder durch Überprüfung der schriftlichen Erklärung in den Krankenakten (vgl. BGH, Urteil vom 7. November 2007 - VI ZR 206/05, BGHZ 168, 364 = NJW-RR 2007, 310; Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, 4. Auflage 2008, Teil I § 1 Rn. 104a, Seite 148 und Rn. 106 aE, Seite 151).

b) Zum Vorliegen einer wirksamen Einwilligung in die erste Operation

[14] Nach diesen Maßstäben war der Angeklagte auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen zunächst verpflichtet, die Patientin - neben der Aufklärung über die Operation selbst - auch über das diesem Eingriff typischerweise anhaftende Risiko einer Wundheilungsstörung aufzuklären. Dieser Pflicht ist er nach dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe durch die Aufklärungsgespräche seiner hierzu beauftragten Ärzte nachgekommen.

[15] Aber auch der - in seinem Krankenhaus übliche - Einsatz von mit einer Haushaltspresse gewonnenem Zitronensaft zur Behandlung einer Wundheilungsstörung war - was dem Angeklagten bewusst war - aufklärungspflichtig. Diese Behandlung stellte eine nicht dem medizinischen Standard entsprechende Außenseitermethode dar, deren Wirkungen und allgemeine Verträglichkeit bislang nicht wissenschaftlich untersucht worden waren, so dass unbekannte Risiken nicht ausgeschlossen werden konnten. Diese Aufklärung hat der Angeklagte zwar nicht vorgenommen. Dieser Mangel führt indes nicht dazu, dass die Einwilligung der Patientin in die Durchführung der ersten (todesursächlichen) Darmoperation unwirksam gewesen wäre und sich der Angeklagte mit diesem Eingriff daher einer rechtswidrigen gefährlichen Körperverletzung schuldig gemacht hätte; denn über die Anwendung dieser Außenseitermethode musste der Angeklagte nicht schon vor der ersten Operation, sondern erst vor dem zweiten operativen Eingriff (Reoperation) aufklären. Im Einzelnen:

[16] Zwischen der Darmoperation und den Risiken der gegebenenfalls notwendig werdenden Folgebehandlung einer Wundheilungsstörung unter Verwendung auch von (unsteril gewonnenem) Zitronensaft bestand kein derart erhöhter Gefahrzusammenhang, dass der Angeklagte die Patientin ausnahmsweise schon vor dem Ersteingriff über Art und Risiken einer etwa erforderlichen Nachbehandlung informieren musste. Die der ersten Darmoperation spezifisch anhaftende Gefahr war allein der Eintritt einer Wundinfektion. Deren Behandlung war aber gerade nicht notwendig mit einem schweren Risiko verbunden, dessen Realisierung die künftige Lebensführung der Patientin in besonders belastender Weise - wie etwa der Verlust eines Organs - beeinträchtigt hätte. So war die zusätzliche Verwendung von Zitronensaft schon nicht die einzige, alternativlose Möglichkeit zur Behandlung einer nach der Darmoperation auftretenden Wundinfektion. Vielmehr hätte diese - wie es hier zunächst auch geschehen ist - allein in der allgemein üblichen Weise durch die Gabe von Antibiotika bekämpft werden können. Nach dem Auftreten der Wundinfektion stand auch noch ausreichend Zeit zur Verfügung, um mit der Patientin ein die Frage der einzusetzenden Behandlungsmethode betreffendes Aufklärungsgespräch zu führen und sie über die Wahl der Behandlungsalternative entscheiden zu lassen. Insoweit darf - entgegen der Ansicht des Landgerichts - nicht ausschließlich auf den Zeitpunkt unmittelbar vor Durchführung der Reoperation abgestellt werden, in dem die Patienten in ihrem gesundheitlichen Zustand bereits erheblich reduziert war. Vielmehr ist der Zeitpunkt in den Blick zu nehmen, in dem sich erstmals die Notwendigkeit der Behandlung einer Wundheilungsstörung ergab. Nach den Feststellungen entwickelte sich diese nach dem ersten Eingriff indes über mehrere Tage und führte nach fünf Tagen zu einer Behandlung mit Antibiotika. Weitere zwei Tage später nahm der Angeklagte den zweiten Eingriff vor, über den die Patientin unmittelbar davor - trotz ihres kaum mehr ansprechbaren Zustandes - aufgeklärt werden konnte. Sie hätte daher schon Tage zuvor über den geplanten zusätzlichen Einsatz von Zitronensaft unterrichtet werden können. Letztlich war das mit dem Einbringen unsterilen Zitronensaftes (neben der weiteren Gabe von Antibiotika) verbundene Risiko einer zusätzlichen bakteriellen Kontaminierung der Wunde für die künftige Lebensführung der Patientin nicht entfernt mit der Gefahr etwa einer Entzündung der Bauchspeicheldrüse, des Verlusts eines Organs oder einer ähnlichen Beein-

trächtigung der körperlichen Integrität zu vergleichen. Dementsprechend hat das Landgericht auch nicht festzustellen vermocht, dass sich die Verwendung des Zitronensaftes nachteilig auf den weiteren Verlauf der Infektion auswirkte und zum Versterben der Patientin beitrug. Bei dieser Sachlage war der Angeklagte zu einer Aufklärung der Patientin über die eventuell ergänzende Anwendung von Zitronensaft im Falle einer Wundheilungsstörung auch nicht unter dem Aspekt schon vor der ersten Operation verpflichtet, dass die Patientin in Kenntnis der vom Angeklagten praktizierten Anwendung dieser Außenseitermethode bei einer Nachbehandlung bereits in den ersten Eingriff nicht eingewilligt hätte.

c) Bisherige Feststellungen belegen keine Strafbarkeit gem. § 227 I StGB

[17] Nach alledem kann dem Angeklagten keine Körperverletzung mit Todesfolge angelastet werden, weil weder die Zweitoperation noch das Einbringen von Zitronensaft in die Wunde mitursächlich für das Versterben der Patientin war. Deren Tod wurde vielmehr allein durch die infolge der Erstoperation entstandene Wundinfektion verursacht. Da der Angeklagte den ersten Eingriff nach den bisherigen Feststellungen der ärztlichen Kunst entsprechend durchgeführt und die Patientin über die damit verbundenen Risiken - insbesondere auch die typische Gefahr einer Wundinfektion - ordnungsgemäß aufgeklärt hatte, war diese Verletzung der körperlichen Integrität der Patientin durch deren Einwilligung gerechtfertigt. Damit hat der Angeklagte insoweit keine rechtswidrige (gefährliche) Körperverletzung begangen. Hingegen hat sich der Angeklagte auf Grundlage der getroffenen Feststellungen durch die Reoperation der gefährlichen Körperverletzung schuldig gemacht, weil er seine Patientin vor diesem Eingriff nicht über das beabsichtigte Einbringen von Zitronensaft in die Wunde aufklärte und daher die von der Patientin für diese Operation erteilte Einwilligung unwirksam war.

[18] Eine entsprechende Abänderung des Schuldspruchs ist dem Senat indes verwehrt, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass der neue Tatrichter Feststellungen trifft, die eine Verurteilung wegen Körperverletzung mit Todesfolge tragen. In der neuen Hauptverhandlung wird insbesondere - unter Berücksichtigung zum Zeitpunkt der Erstoperation eventuell vorhandener ärztlicher Richtlinien und mit sachverständiger Hilfe (vgl. etwa BGH, Beschluss vom 28. März 2008 - VI ZR 57/07, GesR 2008, 361) - möglichen (weiteren) Fehlern des Angeklagten bei Behandlung und Aufklärung der Patientin nachzugehen sein. Insofern weist der Senat auf Folgendes hin:

[19] Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen zum Behandlungsverlauf ist offen, ob bei der Patientin vor dem ersten Eingriff eine vorbeugende Gabe von Antibiotika stattgefunden hat, eine Darmreinigung durchgeführt wurde und die Patientin über das eventuelle Unterlassen dieser möglicherweise gebotenen operationsvorbereitenden Maßnahmen aufgeklärt worden ist. Auch eine Verabreichung entzündungshemmender Mittel unmittelbar nach dem ersten Darmeingriff ist nicht festgestellt. Ungeklärt ist schließlich, weshalb die Reoperation erst sieben Tage nach der ersten Operation erfolgt ist.

Standort: § 306a II StGB Problem: Vollendung bei gemischt genutzten Gebäude

BGH, URTEIL VOM 17.11.2010
2 STR 399/10 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte in den Kellerräumen eines Wohnblocks Feuer gelegt. Obwohl das Gebäude selbst nicht in Brand geraten war, hatte das Feuer zu erheblichen Schäden im Keller und zur Unbrauchbarkeit einiger Kellerräume geführt. Außerdem hatten mehrere Bewohner Rauchvergiftungen erlitten. Auf die eigentlichen Wohnräume hatte sich das Feuer aber nicht ausgedehnt.

Das Landgericht Erfurt hatte den Angeklagten insbesondere wegen schwerer Brandstiftung, § 306a II StGB, verurteilt. Hierbei hatte es ein teilweises Zerstören des Hauses durch die Handlung des Angeklagten angenommen. In seiner Revision hatte der Angeklagte gerügt, dass er das fragliche Gebäude nicht in Brand gesetzt habe und es auch noch nicht teilweise zerstört habe und die Tat gem. § 306a II StGB deshalb noch nicht vollendet sei. Denn es habe sich um ein Wohngebäude gehandelt. Bei diesem sei ein teilweises Zerstören aber erst dann gegeben, wenn auch die unmittelbar dem Wohnen dienenden Räumlichkeiten vom Feuer erfasst worden seien, woran es aber im vorliegenden Fall fehle. Der BGH wies die Revision des Angeklagten als unbegründet zurück. Die von diesem vertretene Wertung gelte allenfalls i.R.v. § 306a I Nr. 1 StGB, nicht jedoch bei den §§ 306 I; 306a II StGB.

Prüfungsrelevanz:

Brandstiftungsdelikte sind als Gegenstand von Prüfungsaufgaben in beiden Examen vor allem deshalb beliebt, weil sie sich sowohl mit Problemen des Allgemeinen Teils als auch mit Vermögensdelikten (insb. §§ 263; 265 StGB) kombinieren lassen. Aber natürlich gibt es bei dem §§ 306 ff. StGB auch tatbestandsspezifische Probleme, insbesondere hinsichtlich der An-

forderungen an die Tathandlungen. Die vorliegende Entscheidung ist insofern interessant als der BGH klarsellt, dass die von ihm vertretene, nach Art der Tathandlung differenzierende, Rechtsprechung zum Vollendungszeitpunkt des § 306a I Nr. 1 StGB für die Tatbestände der anderen Brandstiftungsdelikte (§§ 306 I; 306a II StGB) nicht gilt.

Bis zum 6. StrRG (1998) gab es bei den Brandstiftungsdelikten als Tathandlung lediglich das Inbrandsetzen. Ein solches ist dann gegeben, wenn das Tatobjekt oder zumindest ein funktionswesentlicher Teil davon so vom Feuer erfasst ist, dass er auch nach Wegnahme des Zündstoffs selbstständig weiter brennt (BGH, NStZ 2003, 266; NStZ-RR 2007, 78; Joecks, § 306 Rn 18; Schönke/Schröder-Heine, § 306 Rn 13). Wegen der heute bei Bauwerken üblicherweise verwendeten feuerresistenter Materialien ist es jedoch oft ausgeschlossen, dass funktionswesentliche Teile von Gebäuden noch selbstständig brennen. Weil der Gesetzgeber aber auch solche Fälle über die §§ 306 ff. StGB erfassen wollte, in denen das eigentliche Tatobjekt zwar nicht selbstständig brennt aber doch durch Hitzeentwicklung, Rauch oder auch Löschwasser wesentlich beschädigt wird, hat er 1998 die Tathandlung des "durch eine Brandlegung ganz oder teilweise Zerstörens" - die in den Tatbeständen der §§ 305; 305a StGB ihren Ursprung hat - in die Brandstiftungsdelikte aufgenommen. Hierfür reicht es aus, dass das Tatobjekt oder funktionswesentliche Teile davon zumindest für eine nicht nur unbeträchtliche Zeit unbrauchbar werden oder eine wesentliche Zweckbestimmung hiervon aufgehoben wird (BGHSt 48, 20; Schönke/Schröder-Heine, § 306 Rn. 16; Wolff, JR 2003, 391).

Der objektive Tatbestand des § 306a I Nr. 1 StGB setzt voraus, dass der Täter ein Gebäude, ein Schiff, eine Hütte oder eine andere Räumlichkeit, die der Wohnung von Menschen dient, in Brand setzt oder durch eine Brandlegung ganz oder teilweise zerstört. Insofern ist allgemein anerkannt, dass nicht nur reine Wohngebäude, sondern auch gemischt genutzte Gebäude, die also neben Räumlichkeiten, die dem Wohnen dienen, auch noch z.B. Gewerbeflächen beinhalten, vom Tatbestand des § 306a I Nr. 1 StGB erfasst werden (BGH, NStZ 2000, 197; Fischer, § 306a Rn. 5; Schönke/Schröder-Heine, § 306a Rn. 11). I.R.v. § 306a I Nr. 1 StGB ist jedoch streitig, wann die schwere Brandstiftung bei gemischt genutzten Gebäuden vollendet ist. Nach einer Mindermeinung ist dies erst dann der Fall, wenn (auch) der Gebäudeteil, der dem Wohnen dient, in Brand gesetzt wurde (NK-Herzog, § 306a Rn. 12; Schönke/Schröder-Heine, § 306a Rn. 11; Kindhäuser, StV 1990, 161; Kratzsch, JR 1987, 360). Nach herrschender Meinung, insb. der Rechtsprechung, ist§ 306a I Nr. 1 StGB bei gemischt genutzten Gebäuden jedoch auch dann vollendet, wenn nur der Gebäudeteil, der nicht dem Wohnen dient, in Brand gesetzt wurde, jedenfalls soweit die Möglichkeit besteht, dass auch der Wohnbereich vom Feuer erfasst wird (BGH, NStZ 1988, 407; 1991, 433; 2000, 197; wistra 1994, 21; Fischer, § 306a Rn. 5; Geppert, JURA 1998, 602; Wrage, JuS 2003, 988). Dies gilt nach der Rechtsprechung aber nur für die Tathandlung des Inbrandsetzens. Fehlt es an dieser und ist lediglich ein (teilweises) Zerstören gegeben, so ist § 306a I Nr. 1 StGB nur vollendet, wenn der Teil des Gebäudes (teilweise) zerstört wurde, der dem Wohnen dient (BGH, RA 2010, 238, 242 = NStZ 2010, 452).

In der vorliegenden Entscheidung stellt der BGH klar, dass dies für die §§ 306 I Nr. 1; 306a II StGB jedoch nicht gilt. Da diese - anders als § 306a I Nr. 1 StGB - nur ein Gebäude und nicht unbedingt ein Wohngebäude als Tatobjekt voraussetzten, könne es bei ihnen auch bei gemischt genutzten Gebäuden zur Vollendung nicht erforderlich sein, dass der Teil des Gebäudes in Brand gesetzt oder (teilweise) zerstört werde, der dem Wohnen diene.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Vollendung des "Inbrandsetzens": *BGH*St 48, 14; *BGH*, NStZ 2003, 204, 205; NStZ-RR 2007, 78; *Ingelfinger*, JR 1999, 212; *Kratzsch*, JuS 1994, 380

❑ Zum "Durch eine Brandlegung Zerstören": *BGH*St 48, 14; *BGH*, NStZ 2001, 252; *Radtke*, NStZ 2003, 432; *Sinn*, JURA 2001, 807; *Wolff*, JR 2003, 391

❑ Zu § 306a I Nr. 1 StGB bei gemischt genutzten Gebäuden: *BGH*, RA 2010, 238 = NStZ 2010, 452; NStZ 1991, 433; 2000, 197; wistra 1994, 21; *Geppert*, JURA 1998, 602; *Kindhäuser*, StV 1990, 161; *Wrage*, JuS 2003, 988

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Feuerfalle"

Leitsatz (der Redaktion):

Ist das Gebäude im Sinne von §§ 306a II, 306 I Nr. 1 StGB im Einzelfall zugleich ein Wohngebäude, dann müssen zur Vollendung des Tatbestands des § 306a II StGB nicht notwendigerweise auch Wohnräume von der teilweisen Zerstörung durch Brandlegung betroffen sein.

Sachverhalt:

Der Angeklagte leidet unter Schizophrenie. Er setzte am 22. Oktober 2009 kurz nach 11.30 Uhr in einem Wohnblock in Erfurt in zwei Kellerräumen auf dem Boden liegende Textilien und andere herumliegende Gegenstände in Brand. Er wusste, dass sich Mieter im Hause aufhielten, die durch Rauchentwicklung gefährdet oder verletzt werden konnten; dies nahm er jedoch

billigend in Kauf. Er wollte das Gebäude zumindest teilweise zerstören. Tatsächlich kam es zur Verbrennung von Teilen der Kellerboxen und ihres Inhalts, zur Verschmorung von Stromleitungen im Keller, zur Zerstörung von Kellertüren und zur Verrußung von Kellerräumen. Dadurch entstand ein Sachschaden im Wert von mehr als 10.000 Euro. Acht Personen in den Wohnräumen des Hauses erlitten Rauchvergiftungen und mussten deswegen behandelt werden. Ein konkretes Motiv des Angeklagten bei der Brandlegung konnte nicht festgestellt werden. Er litt aber zur Tatzeit nicht an Wahnvorstellungen, sondern handelte möglicherweise zur Entlastung von inneren Anspannungen.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung und rechtliche Würdigung des Landgerichts

[1] Das Landgericht hat den Angeklagten wegen schwerer Brandstiftung zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und vier Monaten verurteilt. Dagegen richtet sich die auf die Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten. Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

[2 - 3] [...] In dieser Handlung hat das Landgericht eine schwere Brandstiftung des Angeklagten in Tateinheit mit vorsätzlicher Körperverletzung in acht tateinheitlichen Fällen gesehen. Es hat die §§ 306a Abs. 2, 306 Abs. 1 Nr. 1, 223 StGB angewendet. Eine weiter gehende Qualifikation nach § 306b Abs. 1 StGB wegen Verursachung einer Gesundheitsbeschädigung bei einer großen Zahl von Menschen hat es nicht angenommen. Zugunsten des Angeklagten ist die Strafkammer von einer erheblich verminderten Steuerungsfähigkeit zur Tatzeit gemäß § 21 StGB ausgegangen. Seine Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 StGB hat sie nicht angeordnet, weil die paranoide Schizophrenie mit Erfolg medikamentös behandelt werde.

[4] Die Revision des Angeklagten beanstandet mit der Sachbeschwerde vor allem die Beweiswürdigung des Landgerichts.

II. Entscheidung des BGH

[5] Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

1. Zur rechtlichen Würdigung des Landgerichts

[6] Die Beweiswürdigung des Landgerichts ist bereits aus den vom Generalbundesanwalt in seiner Antragsschrift vom 10. August 2010 genannten Gründen rechtsfehlerfrei. Die rechtliche Wertung des Landgerichts ist im Ergebnis zutreffend.

a) Zur Strafbarkeit des Angeklagten gem. § 306a II StGB

[7] Die Strafkammer ist zu Recht vom Vorliegen einer schweren Brandstiftung ausgegangen. § 306a Abs. 2 StGB greift ein, wenn ein Objekt im Sinne von § 306 Abs. 1 StGB in Brand gesetzt oder durch Brandlegung ganz oder teilweise zerstört wird und der Täter dadurch einen anderen Menschen in die Gefahr einer Gesundheitsschädigung bringt. Dies ist nach den Feststellungen geschehen.

[8] Durch Brandlegung wird die gänzliche oder teilweise Zerstörung des Objektes verursacht, wenn diese auf einer tatbestandsrelevanten Handlung beruht. Es muss sich ein mit der Brandlegung typischerweise geschaffenes Risiko im Zerstörungserfolg verwirklicht haben, wozu auch Verrußungsschäden am Brandstiftungsobjekt zu zählen sind, wie sie hier vom Angeklagten verursacht wurden. Dadurch liegt im Einklang mit dem Wortlaut des Gesetzes auch ein teilweises Zerstören des Gebäudes vor. Der Normzweck gestattet hier ebenfalls die Anwendung von § 306a Abs. 2 StGB, obwohl für die Vollendung von § 306a Abs. 1 StGB für den Fall des Zerstörens eines Wohngebäudes vorauszusetzen ist, dass auch Wohnräume von der Zerstörungswirkung der Brandlegung betroffen sind. § 306a Abs. 2 StGB besitzt durch die Verweisung auf Objekte nach § 306 Abs. 1 StGB einen anderen Bezugspunkt als § 306a Abs. 1 StGB. Dies wirkt sich auf die Auslegung des Begriffes des teilweisen Zerstörens des Objektes aus.

[9] Im Hinblick auf die hohe Strafdrohung des § 306a StGB muss nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein "teilweises Zerstören" von Gewicht vorliegen (vgl. BGH, Urt. vom 12. September 2002 - 4 StR 165/02, BGHSt 48, 14, 19 f.; Beschl. vom 10. Januar 2007 - 5 StR 401/06, NStZ 2007, 270; Beschl. vom 6. Mai 2008 - 4 StR 20/08, NStZ 2008, 519). Dies ist nur dann der Fall, wenn das Tatobjekt für eine nicht unbeträchtliche Zeit wenigstens für einzelne seiner Zweckbestimmungen unbrauchbar gemacht wird, ferner wenn ein für die ganze Sache nötiger Teil unbrauchbar wird oder wenn einzelne Bestandteile der Sache, die für einen selbständigen Gebrauch bestimmt und eingerichtet sind, vollständig vernichtet werden. Auch für die Qualifikation des § 306a Abs. 2 StGB ist diese einschränkende Auslegung des Merkmals des teilweisen Zerstörens von Gewicht vorauszusetzen; allerdings ist sie mit Blick auf die Bezugsobjekte des § 306 Abs. 1 StGB rechtsgutsspezifisch zu verstehen.

[10] Einerseits ist der von § 306a Abs. 2 StGB in Bezug genommene Katalog der Brandstiftungsobjekte nach § 306 Abs. 1 StGB von demjenigen in § 306a Abs. 1 StGB qualitativ zu unterscheiden; andererseits nennt § 306a Abs. 2 StGB das zusätzliche Merkmal der Gefahr einer Gesundheitsschädigung für einen anderen Menschen. Lässt § 306a Abs. 1 StGB bereits die Verursachung einer abstrakten Gefahr für Leib oder Leben von Menschen im Einzelfall genügen, weil die teilweise Zerstörung u.a. von Wohngebäuden ein

generell hohes Gefährdungspotenzial für Menschen einschließt, so wird in § 306a Abs. 2 StGB bei der teilweisen Zerstörung von Objekten, die nicht zum Wohnen oder zum ständigen Aufenthalt von Menschen bestimmt oder geeignet sind, zusätzlich eine konkrete Gefahr für die Gesundheit von Menschen vorausgesetzt (vgl. Fischer, StGB 58. Aufl. § 306a Rn. 10, 11). Gesetzgeberischer Zweck der Auffangregelung ist es, auch bei Brandlegungen mit geringeren Objektschäden, im Fall einer konkreten Gesundheitsgefährdung für Menschen dieselbe Strafdrohung auszusprechen, wie sie in § 306a Abs. 1 StGB bereits für Fälle einer abstrakten Gefährdung genannt wird (vgl. BT-Drucks. 13/8587 S. 19 f.; 13/9064 S. 22). Ist das betroffene "Gebäude" im Sinne von § 306a Abs. 2 in Verbindung mit § 306 Abs. 1 Nr. 1 StGB zugleich ein "Wohngebäude", wie es der insoweit enger gefasste § 306a Abs. 1 StGB als Brandstiftungsobjekt voraussetzt, dann müssen zur Vollendung des Auffangtatbestands nicht notwendigerweise auch Wohnräume von der teilweisen Zerstörung durch Brandlegung betroffen sein. Es genügt hier, wenn ein anderer funktionaler Gebäudeteil, wie ein Kellerraum, für nicht unerhebliche Zeit nicht bestimmungsgemäß gebraucht werden kann, sofern durch die typischen Folgen der Brandlegung, wie Rauch- und Russentwicklung, auch eine konkrete Gefährdung der Gesundheit eines Menschen verursacht wird.

[11] Nach der Brandlegung in dem Wohnblock durch den Angeklagten wurden mehrere Kellerräume durch Verrußung für nicht unerhebliche Zeit in dem bestimmungsgemäßen Zweck als Versorgungs- und Aufbewahrungsräume unbrauchbar. Die Stromleitungen mussten erneuert werden, die Russschäden waren zu beseitigen und die verbrannten Kellertüren zu ersetzen; der Reparaturaufwand verursachte erhebliche Kosten. Der Senat entnimmt dem Gesamtzusammenhang der Feststellungen, dass die Schadensbeseitigung nicht unerhebliche Zeit in Anspruch nahm. Dieser Objektschaden, zu dem eine konkrete Gefährdung von Menschen durch die Folgen der Brandlegung hinzukam, genügt zur Anwendung von § 306a Abs. 2 StGB.

a) Zur Strafbarkeit des Angeklagten gem. § 223 I StGB

[12] Die Annahme des Landgerichts, der Angeklagte habe tateinheitlich mit der schweren Brandstiftung eine vorsätzliche Körperverletzung gemäß § 223 Abs. 1 StGB in acht tateinheitlichen Fällen begangen, ist rechtsfehlerfrei.

c) Zur Annahme der Schuldfähigkeit des Angeklagten

[13] Auch soweit das Landgericht einen Ausschluss der Unrechtseinsichtsfähigkeit des Angeklagten zur Tatzeit gemäß § 20 StGB verneint hat, ist dies nicht zu beanstanden. Eine paranoide Schizophrenie führt nicht generell zum Ausschluss der Schuldfähigkeit. Dies ist zwar bei akuten Schüben in der Regel anzunehmen (vgl. Senat, Beschl. vom 24. März 1995 - 2 StR 707/94, StV 1995, 405, 406; BGH, Beschl. vom 16. Januar 2003 - 1 StR 531/02). In lichten Momenten können aber Unrechtseinsicht und Steuerungsfähigkeit vorhanden gewesen sein. Das Landgericht hat aufgrund der Einlassung des Angeklagten angenommen, dass der Angeklagte nicht aufgrund von Wahnvorstellungen gehandelt hat. Dagegen ist nichts zu erinnern.

2. Zum Unterlassen der Anordnung einer Maßregel gem. § 63 StGB

[14] Schließlich ist es im Ergebnis auch nicht zu beanstanden (§ 358 Abs. 2 Satz 3 StPO), dass das sachverständig beratene Landgericht keine Maßregel nach § 63 StGB angeordnet hat. Ob die Gefährlichkeit des Angeklagten nach erstmaliger Diagnose und medikamentöser Therapie der Schizophrenie im Januar 2010 auszuschließen ist, kann offen bleiben. Jedenfalls ist ein Symptomzusammenhang zwischen der Erkrankung und der Brandlegung nicht festgestellt worden.

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht Problem: Straßenumbenennung

VGH MÜNCHEN, URTEIL VOM 02.03.2010
8 BV 08.3320 (BAYVBL 2010, 599)

Problemdarstellung:

Der VGH München hatte über die Rechtmäßigkeit einer Straßenumbenennung zu entscheiden. Dabei handelt es sich um einen klassischen Examensfall, der eine Vielzahl interessanter Fragen aufwirft:

A. Prozessual ist fraglich, ob es sich bei der Straßenumbenennung um einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 VwVfG handelt. Die Merkmale Behörde (da nicht durch den Bürgermeister, sondern durch den Rat vorgenommen), Regelung und Einzelfall sind problematisch, werden vom VGH im Einklang mit der h.M. aber bejaht mit der Folge, dass eine Anfechtungsklage erhoben werden kann, wenn jemand mit der Umbenennung nicht einverstanden ist.

B. Genauer: Manche sagen, dass es sich bei der Umbenennung in Wahrheit um *zwei* Verwaltungsakte handelt, nämlich die Entnennung (Entzug des bisherigen Namens) und die Benennung (Vergabe des neuen Namens). Dieser Ansicht folgt der VGH aber nicht. Er sieht in der Umbenennung einen einheitlichen VA, weil die Benennung denknotwendig die Entnennung einschließe. Wirklich überzeugend ist dies nicht. Man stelle sich vor, dass die "Adolf-Hitler-Straße" in "Joseph-Goebbels-Straße" umbenannt wird. Dann wäre die Entnennung offensichtlich rechtmäßig, die Benennung hingegen offensichtlich rechtswidrig. Dieses Beispiel zeigt schon, dass Ent- und Benennung zwei unterschiedliche Maßnahmen sind. Sie müssen auch nicht denknotwendig in einer juristischen Sekunde zusammen fallen. Man denke an den Fall, dass der Rat sich über die Entnennung einig ist und diese beschließt, sich aber nicht auf die Vergabe eines neuen Namens einigen kann, und die Benennung daher auf die nächste Sitzung verschiebt. Es mag rechtswidrig sein, eine Straße ohne Namen zu belassen; darum geht es hier aber nicht, sondern nur darum zu zeigen, dass unzweifelhaft zwei Akte vorliegen, die auseinander fallen und unterschiedliche rechtliche Schicksale erleiden können.

C. Im konkreten Fall berief sich der Kläger, ein Nachfahre des verstorbenen Namensgebers, in seiner gegen die Umbenennung gerichteten Klage auf das postmortale Persönlichkeitsrecht aus Art. 1 I 1 GG. Der VGH meint aber, dieses sei nicht tangiert, weil die Vergabe von Straßennamen allein Ordnungsfunktion habe. Die Ehrung der Person sei nur ein reiner Rechtsreflex. Aus diesem Grund könne sich der Kl. nicht auf Art. 1 I 1 GG berufen. Da andere subjektiv-öffentliche Rechte nicht ersichtlich waren (der Kl. war insbesondere nicht Straßenanlieger), hielt das Gericht den Kl. nicht für klagebefugt i.S.d. § 42 II VwGO und wies die Klage als unzulässig ab. Auch diese Ansicht erscheint angreifbar. Warum benennt man die Straße nach einer Person, wenn nicht um diese zu ehren? Ginge es allein um die Ordnungsfunktion, könnte man Straßen (wie z.B. in Mannheim geschehen) doch einfach durchnummerieren oder sonstwie neutral benennen.

D. Hilfsweise sei die Klage unbegründet, meint der VGH, da die Umbenennung rechtmäßig, insbesondere willkürfrei erfolgt sei. Die Stadt habe einen neuen Namen vergeben dürfen, um sich aus der streitigen Diskussion um die Rolle des ursprünglichen Namensgebers im Dritten Reich herauszuhalten.

Prüfungsrelevanz:

Dieser Fall weist so viele prozessuale und materielle Probleme auf, dass er sich hervorragend als Examensklausur eignet. Neben den oben angesprochenen "Highlights" kommen zahllose andere examensrelevante Probleme am Rande vor, von denen hier nur der Gesetzesvorbehalt, die Frage nach den Schranken des postmortalen Persönlichkeitsrechts und die Frage nach der Reichweite gerichtlicher Ermessensfehlerkontrolle genannt seien. Es kann jedem Examenskandidaten daher nur dringend empfohlen werden, sich diesen Fall gut anzusehen.

Da dieses Urteil in der Literatur überwiegend kritisch aufgenommen worden ist (und tatsächlich an einigen Stellen Kritik verdient, s.o.), wurde diese Kritik im Wege der Anmerkung in die nachstehende Lösung integriert. In einem Gutachten sollten diese Stellen (insbesondere die Frage, wieviele Regelungen die Umbenennung tatsächlich enthält und ob die Vergabe eines Straßennamens ehrende Funktion hat) streitig dargestellt werden.

Vertiefungshinweise:

❑ Aus der Literatur: *Bäumler*, BayVBl 2010, 601, 602; *Schoch*, JK 3/11, VwVfG § 35 S. 2/10

❑ Aus der Rspr.: *OVG Münster*, RA 2008, 217 = DÖV 2008, 296; NJW 1987, 2695; *VGH Mannheim*, NVwZ 1992, 196; *VGH München*, NVwZ-RR 1996, 344

Leitsätze:

1. Die Änderung einer Straßenbenennung unterfällt nicht den Regelungen über den Widerruf eines rechtmäßigen Verwaltungsakts gemäß Art. 49 BayVwVfG. Bei Art. 52 Abs. 1 BayStrWG handelt es sich um eine Spezialregelung, die die Ermächtigung zur Änderung bestehender Regelungen wesensmäßig in sich trägt.

2. Soweit eine Gemeinde mit der ordnungsrechtlichen Aufgabe einer Straßenbenennung nach Art. 52 Abs. 1 BayStrWG die Ehrung verdienter Bürger verbindet, handelt es sich lediglich um einen Rechtsreflex, der keine Rechtsposition für den Namensgeber und dessen Erben begründet.

Sachverhalt:

Der Kläger (Kl.) ist ein Enkel des am 8. Juni 1956 in München verstorbenen ehemaligen Landesbischofs der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Bayern, Dr. Hans Meiser. Nach diesem war die "Meiserstraße" in München benannt, die der Stadtrat der Beklagten Stadt München (Bekl.) am 20. Februar 2008 formell ordnungsgemäß in "Katharina-von-Bora-Str." umbenannt hat. Hintergrund ist, dass die Rolle von Bischof Dr. Meiser während der Zeit des Nationalsozialismus aktuell streitig diskutiert wird. Der Stadtrat der Bekl. vertrat die Auffassung, wegen diverser Äußerungen während und nach der Zeit des Nationalsozialismus verdiene Bischof Dr. Meiser die ihm durch die Straßenbenennung zuteil gewordene Ehrung nicht mehr. Es liege ein sachlicher Grund für die Umbenennung vor. Es bestehe ein großes Interesse der Stadt, nicht mit diesen Handlungen in Verbindung gebracht zu werden.

Hiergegen wendet sich der Kl., der nicht selbst Straßenanlieger ist, unter Berufung auf das postmortale Persönlichkeitsrecht seines verstorbenen Großvaters. Unterstellt, dass sich dessen Haltung zum Nationalsozialismus, zur Kriegsschuld Deutschlands und zum Antisemitismus gegenwärtig nicht eindeutig klären lassen:

Ist die Klage vor dem Verwaltungsgericht erfolgreich? Sollte die Klage für unzulässig gehalten werden, ist auf ihre Begründetheit hilfsweise einzugehen.

[Anm.: Art. 52 I BayStrWG lautet: "Die Gemeinden können den öffentlichen Straßen Namen geben und Namensschilder anbringen."]

Lösung:

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

A. Zulässigkeit

I. Verwaltungsrechtsweg

Um vor dem Verwaltungsgericht Erfolg zu haben, müsste zunächst der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Nach § 40 I 1 VwGO setzt dies eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art voraus. Öffentlich-rechtlich ist eine Streitigkeit, wenn die streitentscheidenden Normen solche des öffentlichen Rechts sind, was wiederum der Fall ist, wenn sie zwingend einen Hoheitsträger berechtigen bzw. verpflichten. So liegt es mit den hier streitentscheidenden Normen des BayStrWG, namentlich des Art. 52 I, der eine Gemeinde berechtigt, sowie jenen des BayVwVfG, die sich an Behörden wenden. Die Streitigkeit ist auch nichtverfassungsrechtlicher Art. Da ferner keine abdrängenden Sonderregelungen i.S.d. § 40 I 1 VwGO vorliegen, ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Begehren des Klägers, § 88 VwGO. Dieser wendet sich hier gegen die Umbenennung der "Meiserstraße" in "Katharina-von-Bora-Str." durch den Rat der Bekl., also gegen den Ratsbeschluss vom 20.02.08. Darin könnte eine Anfechtungsklage nach § 42 I, 1. Fall VwGO liegen, wenn es sich bei dem angegriffenen Ratsbeschluss um einen Verwaltungsakt (VA) i.S.d. § 35 VwVfG handelt. Fraglich ist, ob die VA-Merkmale vorliegen.

1. Behörde

Nach dem verwaltungsverfahrensrechtlichen Behördenbegriff des § 1 IV VwVfG ist Behörde jede Stelle, die Aufgaben öffentlicher Verwaltung wahrnimmt. Hierunter fallen alle Tätigkeiten, die nicht der Rechtsprechung oder Rechtsetzung zuzuordnen sind. Demnach ist die Gemeinde insgesamt der Verwaltung zugehörig, da sie weder legislative noch judikative Aufgaben wahrnimmt. Mit Hilfe dieses Behördenbegriffs lässt sich jedoch nicht ermitteln, wer innerhalb der Gemeinde als Behörde anzusehen ist.

Nach dem organisatorischen Behördenbegriff ist Behörde jede Stelle der Exekutive, die aufgrund einer gesetzlichen Zuständigkeitsvorschrift im eigenen Namen nach außen tätig wird (vgl. Stern, Verwaltungsprozessuale Probleme, § 10, S. 133). Grundsätzlich wird nur der Bürgermeister nach außen hin tätig, indem er Beschlüsse des Rates ausführt und die Stadt nach außen vertritt. Behörde ist somit grundsätzlich der Bürgermeister und nicht der Rat.

Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn der Rat einen Beschluss fasst, der keiner weiteren Ausführung bedarf. Die Straßenumbenennung bedarf als rechtsgestaltender Ratsbeschluss keiner weiteren Ausführungshandlung (Brugger, JuS 1990, 566 [567]). Insbesondere liegt ein solcher nicht in der Aufstellung der Schilder; vielmehr wird der Ratsbeschluss öffentlich bekannt gemacht (i.d.R. im Gemeindeblatt) und erlangt in diesem Augenblick Wirksamkeit, §§ 41, 43 I VwVfG (BayVGH, BayVBl 2010, 599). Die Straße trägt ihren (neuen) Namen m.a.W. nicht erst dann, wenn die Schilder aufgestellt werden. Diese sind lediglich eine faktische Maßnahme, um das Auffinden der Straße zu ermöglichen bzw. zu erleichtern. Somit ist der Rat in diesem Fall ausnahmsweise selbst Behörde.

2. Regelung

Regelungscharakter hat eine Maßnahme, die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist.

a. Eine Regelung

Hieran könnte man zunächst zweifeln, weil die Benennung einer Straße lediglich eine faktische Folge haben könnte, nämlich die, dass die Straße nunmehr einen bestimmten Namen trägt (bzw. im Fall der Umbenennung auch: einen bestimmten Namen nicht mehr trägt, vgl. dazu unten). Auch enthält die Umbenennung einer gemeindlichen Straße weder ein Ge- oder Verbot, noch ist sie überhaupt darauf gerichtet, die Rechtsstellung einzelner Personen, etwa der Anlieger oder der Straßenbenutzer, zu verändern. Jedoch wird mit dem Straßennamen eine für die Verkehrs- und Erschließungsfunktion wesentliche und deshalb (ordnungs-)rechtlich bedeutsame Eigenschaft der Straße festgelegt. Es handelt sich folglich um eine adressatlose, sachbezogene Regelung (OVG Münster, NJW 1987, 2695; VGH München, NVwZ-RR 1996, 344; VGH Mannheim, NVwZ 1992, 196).

b. Zwei Regelungen

Darüber hinaus könnte man in Betracht ziehen, dass hier nicht nur eine, sondern zwei Regelungen getroffen worden sind, nämlich die Benennung in "Katharina-von-Bora-Str." und die Entnennung der "Meiserstraße". Liegt - wie soeben gezeigt - in der Benennung einer Straße ein Verwaltungsakt, wäre die Entnennung eine Aufhebung desselben durch Widerruf oder Rücknahme (§§ 48, 49 VwVfG), worin ein eigenständiger, anfechtbarer VA liegen könnte. Teilweise wird diese Konsequenz auch gezogen mit der Folge, dass eine objektive Klagehäufung nach § 44 VwGO vorläge (vgl. z.B. OVG Münster, NJW 1998, 329, das in der Auswechslung eines Verkehrszeichens zwei VAe gesehen hat - das Entfernen des alten und die Aufstellung des neuen Verkehrszeichens). Auch der VGH München galt bisher als Vertreter dieser Sichtweise (vgl. BayVGH, BayVBl 1983, 20 f.; BayVBl 1988, 496 f.). Nunmehr gibt das Gericht diese Rspr. jedoch explizit auf. Art. 52 I BayStrWG stelle eine Spezialregelung dar, die Be- und Entnennung zu einer Einheit verknüpfe. Eines Rückgriffs auf § 49 VwVfG (im Fall: Art. 49 BayVwVfG) bedürfe es deshalb nicht:

"[28] Eine Änderung der Straßenbenennung setzt sich [...] aus zwei integralen Bestandteilen zusammen, der Beseitigung der bisherigen Straßenbenennung sowie der Neubenennung. Die Abänderung einer Straßenbenennung unterfällt nicht den Regelungen über den Widerruf eines rechtmäßigen Verwaltungsakts gemäß Art. 49 BayVwVfG. Ähnlich wie bei den Vorschriften über die Aufstellung eines Verkehrszeichens (§ 39 Abs. 1 und Abs. 1a, § 45 Abs. 4 StVO) oder über die Änderung von straßenrechtlichen Widmungen (Art. 6 bis 8 BayStrWG) handelt es sich bei Art. 52 Abs. 1 BayStrWG um eine Spezialregelung, die die Ermächtigung zur Änderung bestehender Regelungen wesensmäßig in sich trägt. Die isolierte Aufhebung eines Straßennamens im Wege einer Rücknahme oder eines Widerrufs lässt Art. 52 Abs. 1 BayStrWG nicht zu. Aus zwingenden ordnungsrechtlichen Gründen darf ein Straßenzug nicht zeitweise namenlos werden. Daher kann nach Art. 52 Abs. 1 BayStrWG nur durch eine Neubenennung der Straße der bisherige Straßennamen aufgehoben werden. Aufgrund dieser speziellen Regelung ist für die Anwendung der allgemeinen Vorschriften der Art. 48 Abs. 1, Art. 49 Abs. 1 BayVwVfG kein Raum."

c. Zwischenergebnis

In der Straßenumbenennung liegt eine einheitliche Regelung. Eine Differenzierung zwischen Neubenennung (nach Art. 52 I BayStrWG) und Entnennung (nach Art. 49 BayVwVfG) ist nicht anzustellen, weil die Neubenennung die Entnennung denknotwendig einschließt.

3. Einzelfall

Eine Einzelfallregelung setzt grds. einen konkret-individuellen Sachverhalt voraus. Hier könnte die Individualität der Regelung zweifelhaft sein, denn die Verkehrs- und Erschließungsfunktion wendet sich nicht nur an einen Adressaten; sie ist - wie soeben erwähnt - vielmehr adressatenlos und betrifft letztlich jedermann. Jedoch kann ein Verwaltungsakt auch in Form einer Allgemeinverfügung erlassen werden, § 35 S. 2 VwVfG. Die Straßenumbenennung betrifft die öffentlich-rechtliche Eigenschaft einer Sache im Sinne des 2. Falls dieser Vorschrift (Schoch, JK 3/11, VwVfG § 35 S. 2/10 m.w.N.).

Somit liegt ein anfechtbarer Verwaltungsakt vor.

III. Klagebefugnis

Fraglich ist, ob der Kl. klagebefugt i.S.d. § 42 II VwGO ist. Dann müsste er geltend machen können, in einem eigenen subjektiv-öffentlichen Recht verletzt zu sein. In den Worten des VGH:

"[25] Für das Bestehen einer Klagebefugnis bei einer Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 VwGO ist es ausreichend, das der Kläger die Möglichkeit einer Verletzung eigener Rechte geltend macht. Es genügt jedoch nicht, lediglich ideelle oder wirtschaftliche Interessen zu behaupten. Durch das Erfordernis der Klagebefugnis sollen Popularklagen sowie eine unnütze Inanspruchnahme des Gerichts und des Beklagten vermieden werden. Die Klagebefugnis ist im konkreten Fall zu verneinen, wenn offensichtlich und eindeutig nach keiner Betrachtungsweise die vom Kläger behaupteten Rechte bestehen und ihm zustehen können (vgl. nur Kopp/Schenke, VwGO, 16. Aufl. 2009, RdNr. 59 zu § 42; Eyermann/Happ, VwGO, 12. Aufl. 2006, RdNr. 93 zu § 42)."

1. Adressatenformel

Auf die sog. "Adressatenformel", wonach der Adressat eines belastenden Verwaltungsakts sich immer zumindest auf seine allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG berufen kann, darf hier schon allein deshalb nicht zurückgegriffen werden, weil der Kl. nicht Adressat der angefochtenen Straßenumbenennung ist. Vielmehr handelt es sich bei dieser um eine adressatenlose, sachbezogene Regelung (s.o.).

2. Anliegerrechte

Streitig ist, ob durch eine Straßenumbenennung in Rechte der Straßenanlieger nach Art. 14 I 1 GG eingegriffen wird, diese mithin aus Eigentum klagebefugt sind. Diese Frage mag hier jedoch auf sich beruhen, da der Kl. nicht Straßenanlieger ist.

[Anm.: Der VGH stellt sich (entgegen der wohl h.M., vgl. zum Meinungsstand Schoch, JK 8/08, VwVfG § 35 S. 2/9) tendenziell gegen einen Schutz der Anlieger über Art. 14 I 1 GG:

"[30] Die Benennung eines Gebäudes nach Straße und Hausnummer gehört auch nicht zu dem nach Art. 14 I GG geschützten Eigentum. Es handelt sich nicht um eine Rechtsstellung, sondern um einen aus einem staatlichen Hoheitsakt fließenden tatsächlichen Vorteil, einen Rechtsreflex, der den Eigentümern nur solange zum wirtschaftlichen Nutzen gereichen kann, als das Anwesen die Benennung trägt. Die Beibehaltung der Anschrift ist eine Chance, die auch nicht zum geschützten Besitzstand des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs zählt."]

3. Postmortales Persönlichkeitsrecht

Der Kl. beruft sich jedoch auch gar nicht auf seine Handlungsfreiheit oder ein Anliegerrecht, sondern das postmortale Persönlichkeitsrecht seines verstorbenen Großvaters, nach dem die "Meiserstaße" ursprünglich benannt war. Fraglich ist, ob dies ihm eine Klagebefugnis verleiht.

a. Eigenes Recht des Klägers

Fraglich ist schon, ob es sich um ein eigenes subjektiv-öffentliches Recht des Klägers handelt, denn immerhin ist nicht er, sondern sein verstorbener Vorfahr Träger des postmortalen Persönlichkeitsrechts (v.Münch-Kunig, GG, Art. 1 Rn 15). Der VGH tut dies in einem Satz ab:

"[27] Der Senat unterstellt, dass der Kläger berechtigt ist, das postmortale Persönlichkeitsrecht seines Großvaters geltend zu machen."

[Anm.: Dies müsste in einer Klausur ausführlicher dargestellt werden. Im Ergebnis ist dem VGH jedoch zuzustimmen. Ein eigenes Recht der Hinterbliebenen zur Geltendmachung des postmortalen Persönlichkeitsrechts ist vor allem deshalb anzunehmen, weil dieses sonst leer liefe bzw. lediglich als verfassungsimmanente Schranke anderer Grundrechte Bedeutung erlangte. Auch ist eine Popularklage nicht zu befürchten, da der Kreis potenzieller Kläger durch die verwandtschaftliche Nähebeziehung zum Verstorbenen hinreichend begrenzt ist (vgl. BVerfG, RA 2008, 277 = NVwZ 2008, 549 und RA 2001, 428 = DVBl 2001, 985, wo jeweils auf das postmortale Persönlichkeitsrecht der Verstorbenen gestützte Verfassungsbeschwerden der Hinterbliebenen kommentarlos akzeptiert wurden).]

b. Mögliche Verletzung

Fraglich ist jedoch, ob das postmortale Persönlichkeitsrecht hier möglicherweise verletzt ist. Dies setzt zumindest einen Eingriff in dessen Schutzbereich voraus.

aa. Allgemeine Schutzbereichsdefinition

Der VGH definiert zunächst den Schutzbereich allgemein:

"[27] Es ist anerkannt, dass die Persönlichkeit des Menschen über den Tod hinaus geschützt wird. Dies folgt aus dem Grundrecht des Art. 1 Abs. 1 GG, wonach die Würde des Menschen unantastbar ist. Demgegenüber kann das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG nur einer lebenden Person zukommen, weil dieses auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit gerichtete Grundrecht unabdingbar die Existenz einer wenigstens potenziell oder zukünftig handlungsfähigen Person, also einen lebenden Menschen voraussetzt (vgl. BVerfG vom 24.2.1971 BVerfGE 30, 173/194; BGH vom 16.9.2008 JZ 2009, 212/213). Die Schutzwirkungen des postmortalen Persönlichkeitsrechts sind nicht

identisch mit denen, die sich aus Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG für den Schutz lebender Personen ergeben. Postmortal geschützt wird zum einen der allgemeine Achtungsanspruch, der dem Menschen als solchem zusteht, zum anderen der sittliche, personale und soziale Geltungswert, den die Person durch ihre eigene Lebensleistung erworben hat. Steht fest, dass eine Handlung das postmortale Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt, ist zugleich ihre Rechtswidrigkeit geklärt. Der Schutz kann nicht etwa im Zug einer Güterabwägung relativiert werden (vgl. BVerfG vom 22.8.2006 NJW 2006, 3409)."

bb. Insbesondere: Straßenbenennung

Sodann wendet sich das Gericht der Frage zu, ob aus diesem über den Tod hinaus gehenden Persönlichkeitsschutz auch ein Recht auf Aufrechterhaltung eines einmal verliehenen Straßennamens folgen kann. Der VGH verneint dies, weil die Straßenbenennung ausschließlich Ordnungsfunktion habe. Die Ehrung der Person sei allenfalls ein unbeachtlicher Nebeneffekt, ein "Reflex":

"[30] Bei der Bezeichnung der Grundstücke einer Gemeinde nach Straße und Hausnummer gemäß Art. 52 Abs. 1 BayStrWG handelt es sich nach der Rechtsprechung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs um eine ordnungsrechtliche Aufgabe. Sie dient dem Interesse der Allgemeinheit an einer klar erkennbaren Gliederung des Gemeindegebiets und hat Bedeutung für das Meldewesen, Polizei, Post, Feuerwehr und Rettungsdienst. Sie verleiht weder den Eigentümern der anliegenden Grundstücke noch anderen Personen Befugnisse oder Rechtsstellungen, die sie ohne die Bezeichnung nicht hätten, und begründet keine begünstigende Rechtsposition. [...]

[32] Soweit eine Gemeinde darüber hinaus mit einer Straßenbenennung die Ehrung verdienter Bürger und Bürgerinnen verbindet, ist sie daran unter rechtlichen Gesichtspunkten nicht gehindert. Bei dieser Ehrung handelt es sich jedoch ebenfalls nur um ein Rechtsreflex, der keine Rechtsposition für den Namensgeber und dessen Erben begründet. Dieser Nebeneffekt "Ehrung" ändert nichts daran, dass die Straßenbenennung nach Art. 52 Abs. 1 BayStrWG nur im öffentlichen Interesse der ordnungsrechtlich motivierten Identifizierbarkeit und Unterscheidbarkeit der Straße sowie der gemeindlichen Darstellung nach außen erfolgt (vgl. auch OVG Nordrhein-Westfalen vom 29.10.2007 a. a. O. zu § 4 Abs. 2 Satz 3 StrWG NRW)."

[Anm.: Diese Ausführungen sind wenig überzeugend und wohl auf ein gewünschtes Ergebnis gemünzt. Selbstverständlich bezweckt eine Gemeinde mit der Benennung einer Straße nach einer Person (auch) die Ehrung des Namensgebers. Ginge es - wie der VGH meint - ausschließlich und allein um die Ordnungsfunktion, könnte man die Straßen auch einfach mit Buchstaben und Zahlen kennzeichnen, wie z.B. in den USA vielfach üblich. Außerdem wird es kein Zufall sein, dass Namensgeber in 99,9% der Fälle besonders honorige Persönlichkeiten sind, und es gerade in den 0,01% der Fälle, in denen eine Umbenennung streitig diskutiert wird, so gut wie immer um die Frage geht, ob der Namensgeber wirklich (noch) ehrwürdig ist. Die Ordnungsfunktion war doch auch durch den Namen "Meiserstraße" unzweifelhaft gegeben. Wäre diese alleiniger Zweck der Namensgebung, warum hat man sich dann zu einer Änderung entschlossen? (sehr krit. auch Bäumler, BayVBl 2010, 601, 602; vgl. ferner Schoch, JK 3/11, VwVfG § 35 S. 2/10)]

cc. Zwischenergebnis

Haben der Namensgeber einer Straße und dessen Erben danach keinen Anspruch auf Aufrechterhaltung eines Straßennamens aus dem postmortalen Persönlichkeitsrecht, kann die Umbenennung der Straße auch nicht in dieses eingreifen. Somit verleiht das postmortale Persönlichkeitsrecht seines Großvaters aus Art. 1 I 1 GG dem Kl. hier keine Klagebefugnis. Weitere subjektiv-öffentliche Rechte des Kl. sind nicht ersichtlich. Seine Klage ist mangels Klagebefugnis unzulässig.

B. Begründetheit (hilfsweise)

Die Klage ist begründet, soweit die angefochtene Straßenumbenennung rechtswidrig ist und den Kl. in seinen Rechten verletzt, § 113 I VwGO. Fraglich ist zunächst die Rechtswidrigkeit.

I. Rechtsgrundlage

Die Rechtmäßigkeit eines Verwaltungshandelns setzt nach dem Vorbehalt des Gesetzes aus Art. 20 III GG jedenfalls dann eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage voraus, wenn es sich um eine wesentliche Maßnahme handelt (sog. "Wesentlichkeitstheorie" des BVerfG, vgl. nur BVerfGE 33, 125; 47, 46; 49, 89; Gegenbeispiel: BVerfG NJW 1998, 2515, 2520: Rechtschreibreform ist unwesentlich, daher ohne gesetzliche Grundlage zulässig). Hier lag - wie gezeigt - kein Grundrechtseingriff vor. Unterstellt man für die Zwecke des Hilfsgutachtens einen solchen in das postmortale Persönlichkeitsrecht des Großvaters des Kl., stellte sich auch hier die Frage, worin eine solche Ermächtigungsgrundlage liegen könnte. Der VGH erblickt sie - von seinem Standpunkt ausgehend, dass es sich bei der Straßenumbenennung lediglich um einen Rechtsakt handelt (vgl. dazu oben die Ausführungen zur statthaften Klageart) - allein in Art. 52 BayStrWG:

"[28] Nach Art. 52 I BayStrWG können die Gemeinden den öffentlichen Straßen Namen geben und Namensschilder anbringen. Der veröffentlichte Beschluss des Stadtrats der Beklagten vom 20. Februar 2008

stellt eine solche Straßenbenennung dar."

[Anm.: Ginge man hingegen von zwei Rechtsakten aus, wäre getrennt zu prüfen, ob erstens die Entnennung der "Meisnerstraße" nach Art. 49 BayVwVfG rechtens war, und in einem zweiten Schritt, ob man der dann für eine juristische Sekunde namenlosen Straße nach Art. 52 I BayStrWG den Namen "Katharina-von-Bora-Str." geben durfte.]

II. Formelle Rechtmäßigkeit
Der angefochtene Ratsbeschluss vom 20. Februar 2008 war laut Sachverhalt formell ordnungsgemäß.

III. Materielle Rechtmäßigkeit

1. Tatbestand
Tatbestandliche Voraussetzungen für die Vergabe von Straßennamen enthält Art. 52 BayStrWG nicht.

2. Rechtsfolge
Fraglich ist demgemäß allein, ob die Ermessensentscheidung des Rates rechtmäßig war.

a. Ermessensfehlerkontrolle durch das Gericht
Fraglich ist dabei zunächst, in welcher Dichte die Verwaltungsgerichte Ermessensentscheidungen einer Behörde überprüfen dürfen, § 114 VwGO. Dazu führt der VGH aus:
"[35] Selbst wenn sich für den Kläger aus dem postmortalen Persönlichkeitsrecht seines Großvaters eine Klagebefugnis im Sinn von § 42 Abs. 2 VwGO gegen die Straßenumbenennung nach Art. 52 Abs. 1 BayStrWG ergäbe, wäre die Klage jedenfalls nicht begründet.
[36] In einem solchen Fall könnten dem Kläger jedenfalls keine weitergehenden Rechte zustehen als den betroffenen Anliegern. Die von einer Straßenumbenennung betroffenen Anlieger können nur verlangen, dass ihre adressenbezogenen Belange in die Ermessensentscheidung eingestellt werden und die Änderung des Straßenamens frei von Willkür erfolgt. Nachdem der Kläger als Nichtanlieger nicht die Einbringung adressenbezogener Belange in die Ermessensentscheidung der Beklagten verlangen konnte, würde sich die Kontrolle der Straßenumbenennung durch den Verwaltungsgerichtshof (§ 114 Satz 1 VwGO) auf eine reine Willkürkontrolle beschränken."

[Anm.: Auch diese Ausführungen sind bedenklich. Dass bei einer Beeinträchtigung des postmortalen Persönlichkeitsrechts aus Art. 1 I 1 GG keine weitergehenden Rechte bestehen sollen als bei einem Eingriff in das Eigentum aus Art. 14 I 1 GG, wird vom VGH nur behauptet, aber mit keinem Wort begründet. Das Gegenteil dürfte richtig sein. Das Gericht übersieht an dieser Stelle - obwohl es dies an anderer Stelle ausdrücklich erwähnt -, dass das postmortale Persönlichkeitsrecht aus Art. 1 I 1 GG nicht relativiert werden darf. Es ist "unantastbar", unterliegt also weder einem Gesetzesvorbehalt noch verfassungsimmanenten Schranken. Man könnte sich daher schon auf den Standpunkt stellen, dass Art. 52 I BayStrWG in einem solchen Fall als Ermächtigungsgrundlage gar nicht anwendbar wäre; jedenfalls aber müsste zwingend eine Ermessensreduzierung auf null gegen die Umbenennung der Straße angenommen werden, wenn diese in ein postmortales Persönlichkeitsrecht eingreift .]

b. Willkürfreiheit der Umbenennung
"[37] Um bei einer Straßenumbenennung einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG, Art. 118 Abs. 1 BayVerf in ihrer Ausprägung als Willkürverbot zu vermeiden, hat die Gemeinde Art. 52 Abs. 1 BayStrWG so zu handhaben, dass ihre Ermessensentscheidung von sachgerechten Gründen getragen wird. Das Willkürverbot ist ein fundamentales Rechtsprinzip, das nicht nur der Gesetzgebung und der Rechtsprechung, sondern auch der Verwaltungstätigkeit eine äußerste Grenze setzt. Diese Grenze wird dann überschritten, wenn eine fehlerhafte Rechtsanwendung bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz und die Bayerische Verfassung beherrschenden Gedanken nicht mehr verständlich ist und sich daher der Schluss aufdrängt, dass sie auf sachfremden Erwägungen beruht (vgl. BVerfG vom 29.4.1980 BVerfGE 54, 117/125 f.; vom 7.10.1980 BVerfGE 55, 72/89 f.). [...]
[43] [Hier lassen sich] in ausreichender Anzahl sachliche Erwägungen [finden], um die strittige Straßenumbenennung zu rechtfertigen. Im Vordergrund steht nicht die Auseinandersetzung mit der möglicherweise ambivalenten Persönlichkeit des ehemaligen Landesbischofs, wofür die ordnungsrechtlich dominierte Funktion einer Straßenbenennung nach Art. 52 Abs. 1 BayStrWG auch nicht der geeignete Ort wäre. Vielmehr handelt es sich um eine frei von sachfremden Erwägungen erfolgte Ermessensentscheidung der Beklagten, um die Landeshauptstadt aus weiteren Debatten um den Großvater des Klägers möglichst herauszuhalten. Auch vonseiten des Klägers wird nicht substanziiert dargetan, woraus sich [...] eine willkürliche Sachbehandlung der Beklagten ergeben sollte."

C. Ergebnis
Die Klage ist unzulässig und zudem unbegründet. Sie hat keinen Erfolg.

Standort: Zivilrecht Problem: Bereicherungsrecht

OLG HAMM, URTEIL VOM 13.01.2011
18 U 88/10 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Parteien und deren Familien sind Angehörige des yezidischen Glaubens.

Der Bruder des Kl. und die Tochter des Bekl. verlobten sich im Jahr 2007. Während der Verlobungsfeier übergab der Kl. dem Bekl. einen Geldbetrag von 8.000 €. Die Zahlung dieses Brautgeldes ist nach yezidischem Glauben Voraussetzung für die Verlobung. Hiernach ist das Brautgeld außerdem zurück zu zahlen, wenn die Ehe deswegen nicht bestehen bleibt, weil die Braut den Bräutigam vor Ablauf eines Ehejahres verlässt. Weniger als ein Jahr nach Eingehung der Ehe verließ die Tochter des Bekl. den Bruder des Kl. und zog in den Haushalt ihres Vaters zurück. Hierzu kam es, da der Bruder des Kl. in der Ehe Straftaten beging für die er zwischenzeitlich zu einer Haftstrafe verurteilt wurde.

Der Kl. verlangt die Rückzahlung der 8.000 €.

Prüfungsrelevanz:

Die lesenswerte Entscheidung beschäftigt sich zunächst mit der Frage nach der Wirksamkeit der Brautgeldabrede, auf die der Kl. seinen Rückzahlungsanspruch primär stützt.

Nach Ansicht des Senats ist die Vereinbarung gem. § 138 I BGB sittenwidrig und damit nichtig. Denn sie verstößt gegen elementare Prinzipien der deutschen Rechtsordnung, namentlich gegen die Freiheit der Eheschließung gem. Art. 6 GG und die Menschenwürde gem. Art. 1 I GG. Die Zahlung des Brautgeldes ist nach der Vorstellung des yezidischen Glaubens eine Verpflichtung der Familie des Bräutigams. Das Geld kommt dem Vater der Braut und nicht der Braut selbst oder dem Ehepaar zugute. Zudem ist die Zahlung des Brautgeldes überhaupt Voraussetzung für die Eingehung der Ehe. Damit wird die Freiheit der Braut, sich ihren zukünftigen Ehepartner selbst zu wählen (Art. 6 GG), beeinträchtigt. Denn es kommen von vorneherein nur diejenigen Personen als zukünftige Ehepartner in Frage, die finanziell in der Lage sind, das Brautgeld aufzubringen. Zudem nähert sich das Rechtsgeschäft einem Kauf i.S.d. § 433 BGB an. Dabei wird der „Marktwert" der Braut anhand ihres Sozialprestiges bemessen und bestimmt so die Höhe des Brautgeldes. Dieses soll dem Brautvater außerdem den Verlust der Arbeitskraft der Braut ersetzen. Der Senat sieht in diesen Vorstellungen die Objektformel des Bundesverfassungsgerichts erfüllt, denn die Braut wird gleich einer Ware zum Gegenstand von Vertragsverhandlungen gemacht und damit zu einem bloßen Objekt herabgewürdigt (anders bei der von der deutschen Rechtsordnung akzeptierten islamischen Morgengabe, die primär unterhaltsrechtlichen Charakter hat, vgl. *BGH*, NJW 1999, 574).

Auch ein Rückzahlungsanspruch des Kl. aus § 812 I 1 Var. 1 BGB scheitert. Zwar sind die Voraussetzungen des Kondiktionsanspruchs dem Grunde nach gegeben, denn der Bekl. hatte rechtsgrundlos durch Leistung des Kl. Besitz und Eigentum an dem Geld erlangt. Doch steht der Forderung des Kl. die Kondiktionssperre des § 817 S. 2 BGB entgegen, wonach eine Rückzahlung ausgeschossen ist, wenn der Leistende mit der Hingabe der Leistung selbst gegen die guten Sitten verstieß. Dies ist vorliegend der Fall. Interessant sind die Ausführungen des Senats zur einschränkenden Anwendung des § 817 S. 2 BGB, die aus den Fällen der Schneeballsysteme oder Schenkkreise bekannt ist (vgl. *BGH*, NJW 2008, 1942; NJW 2006, 45). Eine solche Einschränkung ist hier nicht angezeigt, da für den Brautkäufer ein Risiko aufgebaut werden müsse, so dass künftig kein Anreiz zur Zahlung des Brautgeldes nach yezidischem Vorbild bestehe.

Die Entscheidung bietet sich als Vorlage für eine Klausur an. Hierbei erscheint auch die Frage nach der Anwendbarkeit des deutschen Sachrechts möglich (siehe unten Lösung, A. I.)

Vertiefungshinweise:

❑ Anwendbares Sachrecht beim Verlöbnisstatut: *BGH*, FamRZ 2005, 1151 = NJW-RR 2005, 1089; BGHZ 132, 105 [116] = NJW 1996, 1411; BGHZ 28, 375 [379] = NJW 1959, 529 (Kranzgeld)

❑ Zur islamischen Morgengabe: *BGH*, NJW 2010, 1528; NJW 1999, 574; NJW 1987, 2161; *Iranbomy*, FamFR 2011, 123; *Ülker*, FamFR 2010, 7

❑ Zur eingeschränkten Anwendbarkeit des § 817 S. 2 BGB: *OLG München*, RA 2008, 784; *BGH*, RA 2008, 427 = NJW 2008, 1942; RA 2005, 735 = NJW 2006, 45 (alle zu sog. "Schenkkreisen"); RA 2005, 339 = NJW 2005, 1490 (Kaufs eines Radarwarngerätes); allgemein *Möller*, NJW 2006, 268; *Willingmann*, NJW 1997, 2932 [2933]

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Schwarzarbeit"

Leitsätze:

1. Eine nach yezidischem Brauchtum abgeschlossene Brautgeldabrede unterfällt dem Verlöbnissta-

tut.
2. Eine nach deutschem Sachrecht zu beurteilende Brautgeldabrede ist gem. § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig. Sie ist mit den der deutschen Sitten- und Werteordnung zugrunde liegenden und im Grundsatz verankerten Prinzipien der Freiheit der Eheschließung (Art. 6 GG) und der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) nicht zu vereinbaren.
3. Das aufgrund einer sittenwidrigen Brautgeldabrede geleistete Brautgeld kann gem. § 817 S. 2 BGB nicht aus ungerechtfertigter Bereicherung zurückgefordert werden, wenn der Leistende durch den Abschluss der Brautgeldabrede und die anschließende Zahlung selbst gegen die deutsche Sittenordnung verstoßen hat.

Sachverhalt:
Der in Deutschland lebende M, der aus Syrien stammt und dem yezidischen Glauben angehört, lernte im Jahr 2006 die Deutsche F kennen, die ebenfalls dem yezidischen Glauben angehört. Die Familien planten, F und M zu verheiraten.
Im Rahmen der Verlobungsfeier im Jahr 2007 übergab K – der Bruder des M – dem Vater der F einen Geldbetrag von 8.000 €, das sog. Brautgeld. M konnte das Geld aufgrund seiner finanziellen Situation nicht selbst aufbringen, hatte seinem Bruder K jedoch die Rückzahlung in monatlichen Raten zugesagt.
Nach yezidischem Glauben ist die Zahlung einer Geldsumme durch den zukünftigen Ehemann oder dessen Familie Voraussetzung für die Verlobung und die spätere Heirat. Das Brautgeld soll dem Vater der Braut den Verlust der Arbeitskraft ersetzen, den dieser dadurch erleidet, dass seine Tochter in eine andere Familie einheiratet. Demnach steht die Geldsumme allein dem Brautvater, nicht aber der Braut selbst oder dem zukünftigen Ehepaar zu. Der yezidischen Vorstellung entspricht es außerdem, dass das Geld zurückzuzahlen ist, wenn die Braut den Bräutigam vor Ablauf eines Jahres nach der Eheschließung verlässt.
Noch im Jahr 2007 gingen M und F die Ehe ein. F zog in den Haushalt des M. Nur wenige Monate später kam es zum Zerwürfnis zwischen den Eheleuten, da M wiederholt körperlich gewalttätig gegen F wurde. Hierfür wurde M vom Landgericht Minden rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe verurteilt.
Als K vom Auszug der F erfährt, verlangt er vom Vater der F (B) sein Geld zurück, da die Voraussetzungen des Rückzahlungsanspruchs aus der Brautgeldabrede gegeben seien.
B meint, es fehle bereits an der Aktivlegitimation des K. Außerdem könne er sein Geld auch deswegen nicht zurückverlangen, weil M für den Auszug der F allein verantwortlich sei.

Kann K die Rückzahlung der 8.000 € verlangen?

Lösung:

A. Rückzahlungsanspruch aus der Brautgeldabrede (§§ 311 I, 241 I BGB)
K könnte ein vertraglicher Rückzahlungsanspruch aus der Brautgeldabrede zustehen (§§ 311 I, 241 I BGB).

I. Anwendbarkeit deutschen Sachrechts
Zunächst müsste deutsches Sachrecht anwendbar sein. Dies richtet sich angesichts der Tatsache, dass das streitgegenständliche Rechtsgeschäft im Jahr 2007 abgeschlossen wurde, nach dem EGBGB a.F. (zur Beurteilung nach der Rom I- bzw. Rom II-VO siehe unten).

1. Fall mit Auslandsbezug gem. Art. 3 I 1 EGBGB
Es liegt ein Fall mit Auslandsbezug vor, da es um eine Streitigkeit zwischen in Deutschland lebenden, syrischen Staatsangehörigen geht, die durch Glaubens- bzw. Moralvorstellungen des im kurdischen Siedlungsgebiet beheimateten Yezidentums geprägt ist.

2. Anknüpfung
Der hier vorliegende Lebenssachverhalt könnte als vertragliches Schuldverhältnis im Allgemeinen oder als familienrechtliche Abrede zu qualifizieren sein. Im erstgenannten Fall käme das Vertragsstatut gem. Art. 27 ff. EGBGB a.F., im letztgenannten Fall das Verlöbnisstatut als Anknüpfungsgegenstand in Betracht. Die Ermittlung des Vertragsstatuts würde vorliegend den familienrechtlichen Charakter der Abrede nicht hinreichend berücksichtigen. Denn nach der yezidischen Moralvorstellung ist die Brautgeldabrede zwingende Voraussetzung für die Verlobung und die spätere Eingehung der Ehe. Folglich ist das Verlöbnisstatut zu ermitteln.
Eine gesetzliche Kollisionsnorm bezüglich des Verlöbnisstatuts besteht nicht. Es kommt daher entweder die analoge Anwendung des Art. 13 EGBGB (so die Rechtsprechung, BGHZ 28, 375 [379]; BGHZ 132, 105 [116]; *BGH*, FamRZ 2005, 1151) oder des Art. 14 EGBGB in Betracht (so die Literatur, z.B: MünchKommBGB/*Coester*, Vor Art. 13 EGBGB, Rn. 4.). Beide Vorschriften führen hier zur Anwendung deutschen Sachrechts: Gem. Art. 13 EGBGB ist als Anknüpfungspunkt die Staatsangehörigkeit zu wählen. Da F deutsche Staatsangehörige ist, begründet dies die Anwendung deutschen Rechts. Gem. Art. 14 I Nr. 2 EGBGB ist an den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt der Verlobten anzuknüpfen, der in Deutschland liegt.

[Anm.: Da weder die Rom I- noch die Rom II-VO das Ehe- oder Verlöbnisstatut erfassen, wäre die Frage nach dem anwendbaren Sachrecht bei zeitlicher Anwendbarkeit der Rom-Verordnungen ebenso zu beant-

worten gewesen. Allein die hier nicht einschlägigen Regelungen des Art. 27 ff. EGBGB über das Vertragsstatut sind mit Wirkung zum 17.12.2009 weggefallen und nun in Art. 3 ff. Rom I-VO geregelt.]

II. Aktivlegitimation

K müsste hinsichtlich des Rückzahlungsanspruchs auch aktivlegitimiert sein. D.h. K müsste materiell-rechtlich befugt sein, den behaupteten Anspruch geltend zu machen. Das ist der Fall wenn er Inhaber des behaupteten Rechts, also Vertragspartner der Brautgeldabrede ist.

Hieran könnten Zweifel bestehen, da K das Brautgeld im Hinblick auf die Verlobung und die zukünftige Ehe seines Bruders M übergab. K könnte demnach gem. §§ 164 ff. BGB für und gegen M gehandelt haben, so dass sich die Übergabe bloß als Erfüllung einer Verpflichtung des M darstellt (vgl. § 267 I BGB). Jedoch kommt ein Vertretergeschäft nur in Betracht, wenn K im fremden Namen handelte:

„Letztere Konstruktion scheitert aber daran, dass der Wille der Kläger, in fremdem Namen (hier des Bräutigams) handeln zu wollen, nicht ausreichend deutlich zu Tage getreten ist, wie es nach dem Offenkundigkeitsprinzip, § 164 Abs. 1 BGB, für eine Stellvertretung erforderlich gewesen wäre. Maßgebend ist insoweit die objektivierte Sicht des Erklärungsempfängers (Palandt/Ellenberger, 69. Auflage 2010, § 164 Rn. 4), hier also eines „wissendenden Yeziden". Zweifel gehen zulasten des Handelnden, § 164 Abs. 2 BGB.

Nach yezidischem Brauch handelt es sich - entgegen der Ansicht der Kläger - beim Brautgeld um eine Verpflichtung der gesamten Familie, nicht jedoch des Bräutigams allein (Affolderbach/Geisler, Die Yeziden, EZW-Texte 192/2007, S. 12; Issa in: Das Yezidentum - Religion und Leben, Yezidisches Forum e. V., 2007, S. 106). Ein objektiver Dritter in der Position des Erklärungsempfängers (=wissender Yezide) konnte das Auftreten des Klägers (...) beim Aushandeln des Brautpreises mithin nur so verstehen, dass dieser für sich selbst und nicht ausschließlich im Namen des Bräutigams handeln wollte. Selbst für den Fall, dass der Erklärungsempfänger von einer etwaigen Darlehensabrede im Verhältnis Kläger - Bräutigam Kenntnis gehabt haben sollte, betrifft diese allein das Innenverhältnis, ändert jedoch nichts daran, dass der Kläger (...) nicht eindeutig im Namen seines Bruders gehandelt hat. (...)."

In einem solchen Fall ist der Mangel des Willens, im eigenen Namen gehandelt zu haben, gem. § 164 II BGB unbeachtlich. Mithin ist K selbst Vertragspartner der Brautgeldabrede geworden. Er ist aktivlegitimiert.

III. Voraussetzungen des Rückzahlungsanspruchs

Die Voraussetzungen für die Rückzahlung nach der Brautgeldabrede sind gegeben, da die Braut (F) den Bräutigam (M) innerhalb eines Jahres nach der Eheschließung wieder verließ.

IV. Wirksamkeit

Die Brautgeldabrede müsste außerdem wirksam sein. Hier kommt jedoch ein Verstoß gegen die guten Sitten gem. § 138 I BGB in Betracht.

1. Objektiver Verstoß

Zunächst müsste ein objektiver Verstoß gegen die guten Sitten vorliegen. Der Begriff der „guten Sitten" umfasst das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden (RGZ 80, 219 [221]; BGHZ 10, 228 [232]; Palandt/*Ellenberger*, § 138 Rn. 2). Ein nach dieser Formel zu ermittelnder Maßstab ist insbesondere aus den Prinzipien und Wertvorstellungen des Grundgesetzes zu gewinnen. Somit müsste die Brautgeldabrede mit der Freiheit der Eheschließung i.S.d. Art. 6 GG und der Menschenwürde gem. Art. 1 I GG vereinbar sein.

a) Art. 6 GG

„Die Brautgeldabrede ist mit dem Grundsatz der Freiheit der Eheschließung nicht in Einklang zu bringen. Das Recht, frei und unabhängig von äußeren und familiären Einflüssen darüber zu entscheiden, ob und mit wem man sich die Ehe versprechen oder eine Ehe eingehen möchte, ist nach der deutschen Werteordnung von tragender Bedeutung, vgl. z. B. § 1297 BGB und Art. 6 GG (Maunz/Dürig, GG, 58. Ergänzungslieferung 2010, Art. 6, Rn. 47).

Dem Klägervortrag lassen sich zwar keine Anhaltspunkte für eine Zwangsheirat entnehmen. Das Aushandeln eines Brautgeldes steht jedoch oft im Zusammenhang mit arrangierten Ehen, bei denen insbesondere die Töchter wenig Mitspracherecht haben. Auch im vorliegenden Fall beruhte die Heirat der Zeugen B2 und O *[= M und F, Anm. d. Red.]*. nach Vortrag der Kläger primär auf einer Übereinkunft der Familien:

„Die Kläger [d. h. der Bruder und die Schwägerin des Bräutigams] kannten die Familie O. [d. h. die Familie des Beklagten] aus C2 schon aus der Zeit, als sie noch in Syrien gelebt haben. Sie glaubten, dass die Tochter der Familie, O, die geeignete Frau für den Zeugen B2 ist. Es fanden deshalb Gespräche zwischen den Familien statt. Man einigte sich darauf, dass der Zeuge B2 und die Tochter des Beklagten heiraten werden." [Bl. 2 GA].

Durch die Verpflichtung zur Entrichtung eines Brautgeldes wird die Heirat von der Zahlung eines beträchtlichen Geldbetrages abhängig gemacht. Die zu vermählende Tochter kann also nicht denjenigen heiraten, mit dem sie selber aus persönlichen Gründen die Ehe eingehen möchte, sondern nur denjenigen, der (oder dessen Familie) auch den dazugehörigen Brautpreis aufbringen kann. Zudem liegt die Gefahr nahe, dass

eine solche Praxis zu einem Wettlauf potenzieller Heiratsanwärter unter ausschließlich finanziellen Gesichtspunkten führt.
Insoweit wäre das Erfordernis eines Brautgeldes allenfalls dann unbedenklich, wenn es sich um einen rein symbolischen Betrag handeln würde - einen Betrag der lediglich gezahlt wird, um einem traditionellen Brauch nachzukommen, der jedoch in jedem Fall von dem von der Braut auserkorenen Bräutigam aufgebracht werden könnte. Eine bloß symbolische Hingabe könnte auch nicht zu dem oben beschriebenen Wettstreit unter den Heiratsanwärtern führen. Bis zu welcher Höhe es sich um einen rein symbolischen Betrag handelt, kann nicht pauschal festgelegt werden, sondern bemisst sich nach dem Einzelfall abhängig von den jeweiligen finanziellen Verhältnissen.
Um einen symbolischen Betrag handelt es sich vorliegend nicht. Nach dem Klägervortrag, waren die „Geldbeutel" der Zeugen B2 und S O. „schmal" [Bl. 66 GA]. Beide waren Bezieher von Sozialleistungen nach dem SGB II. Auch die finanziellen Verhältnisse der Kläger und des Beklagten waren bescheiden. Dies ergibt sich für die Kläger aus den im vorgeschalteten PKH-Verfahren (2 O 99/09 LG Bielefeld, 18 W 30/09 OLG Hamm) offengelegten Einkommensverhältnissen, für den Beklagten aus seiner Aussage in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht, dass er nichts für die Ehe sonst an Mitgift habe aufbringen können [Bl. 53 GA].
Bei Berücksichtigung der zugrunde liegenden Verhältnisse kann ein - einem Jahreseinkommen der einzelnen Beteiligten entsprechender - Betrag in Höhe von 8.000 € nicht mehr als bloß symbolische Zuwendung betrachtet werden."

b) Art. 1 GG

„Darüber hinaus kollidiert die vorliegende Brautgeldabrede mit der in Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG verankerten Menschenwürdegarantie, welche als Inbegriff und Grundlage allen Anstandsgefühls auch von den Gerichten bei der Auslegung des § 138 Abs. 1 BGB zu beachten ist (Staudinger/Sack, Bearbeitung 2003, § 138 BGB Rn. 454). Die Menschenwürde ist betroffen, wenn der konkrete Mensch zum Objekt, zu einem bloßen Mittel, zur vertretbaren Größe herabgewürdigt wird (BVerfGE 87, 209, 228; Maunz/Dürig/Herdegen, Grundgesetz, 58. Ergänzungslieferung 2010, Art. 1 GG Rn. 36).
Dies ist der Fall, wenn mit der Zahlung des Brautgeldes die Hand der Braut gleichsam „erkauft" werden soll, ohne dass das Brautgeld in irgendeiner Weise auch der Braut zu Gute kommt. Nach dem Klägervortrag sollte „[v]on dem Geld […] kein eigener Hausstand der Eheleute B gegründet werden" [Bl. 66 GA]. Vielmehr sei das Brautgeld ausschließlich bei dem Beklagten verblieben.
Die für den Kauf charakteristischen Elemente der Zahlung eines Geldpreises Zug-um-Zug gegen eine Gegenleistung liegen zwar nicht in Gänze vor. Eine gewisse Ähnlichkeit lässt sich jedoch nicht von der Hand weisen.
Zum einen ergibt sich dies daraus, dass die Kläger geltend machen, dass die Zahlung der Kompensation des Verlustes der Arbeitskraft dient. Dies ist ebenso als Entschädigung anzusehen, wie die Entgegennahme einer Zahlung für die Weggabe einer Sache (so auch zum im türkischen Rechtskreis vereinbarten sog. baslik, der mit dem yezidischen Brautgeld vergleichbar ist: Krüger, StAZ 1990, 323, 325).
Zum anderen wird durch die Brautgeldverhandlungen zwischen den Familien der Tochter jegliches, jedem Menschen zustehende Recht zur Selbstbestimmung aberkannt. Sie wird - gleich einem Objekt, gleich einer Ware - zum Gegenstand von Vertragsverhandlungen. Ihr „Marktwert" wird bemessen und ausgehandelt. Sie wird reduziert auf eine vertretbare Größe. Eine solche Konzeption lässt sich - solange sich das Brautgeld nicht auf einen bloß symbolischen Wert beschränkt, sondern tatsächlich Maß des Sozialprestiges sein soll [vgl. die Argumentation oben unter II. 1. b) bb)] - mit einem von allen billig und gerecht Denkenden getragenen Wertesystem nicht in Einklang bringen und stellt somit auch unter dem Aspekt der Menschenwürde objektiv einen Verstoß gegen die guten Sitten nach Maßgabe des § 138 BGB dar.
Dieses Ergebnis steht nicht im Widerspruch zur allgemeinen Akzeptanz der islamischen Morgengabe (mahr) (BGH NJW 1999, 574, BGHZ 183, 287). Diese unterscheidet sich erheblich von dem hier in Frage stehenden yezidischen Brautpreis. Bei der Morgengabe kommt der zu zahlende Geldbetrag allein der Braut zugute (Sabuni in: Die Welt des Islams, 1983, S. 152 f.). Er dient der Absicherung der Ehefrau im Falle der Scheidung oder des Todes des Ehemanns und zeichnet sich durch seine klar überwiegende unterhaltsrechtliche Komponente aus (Ülker, FamFR 2010, 7; Wurmnest, FamRz. 2005, 1884). Dadurch wird gerade auf die Bedürfnisse der Ehefrau als Mensch Rücksicht genommen, sie wird nicht auf eine vertretbare Größe herabgewürdigt."

2. Subjektiver Verstoß

Verstößt der Inhalt des Rechtsgeschäfts – wie hier – an sich gegen die guten Sitten, dürfte ein subjektiver Sittenverstoß verzichtbar sein (anders, wenn sich die Sittenwidrigkeit aus einem Verhalten des bzw. der Vertragspartner ergibt). Denn ein solches Rechtsgeschäft duldet die Rechtsordnung auch bei Gutgläubigkeit der Beteiligten nicht (Palandt/Heinrichs, 66. Auflage 2007, § 138 Rn. 7).
Unabhängig hiervon handelten die Parteien aber in Kenntnis der sittenwidrigkeitsbegründenden Tatum-

stände, so dass die subjektive Voraussetzung des § 138 I BGB erfüllt ist. Ein sicheres Bewusstsein der Sittenwidrigkeit oder eine Schädigungsabsicht verlangt § 138 BGB nicht (MünchKommBGB/Armbrüster, § 138 Rn. 129 f. m.w.N.).

3. Zwischenergebnis
Die Brautgeldabrede ist sittenwidrig und damit gem. § 138 I BGB nichtig.

[Anm.: Selbst wenn die Vereinbarung wirksam wäre, könnte K aus dieser keinen Rückzahlungsanspruch herleiten. Denn der Anspruch steht nach der übereinstimmenden Vorstellung der Parteien unter der aufschiebenden Bedingung (§ 158 I BGB), dass die Ehe vor Ablauf eines Jahres (faktisch) wieder gelöst wird. Zwar ist die Bedingung durch den Auszug der F eingetreten, so dass der Rückzahlungsanspruch entstanden ist. Hierauf kann K sich aber gem. § 162 II BGB nicht berufen, da M die Herbeiführung des Bedingungseintritts durch die Begehung von Straftaten gegen die F treuwidrig provoziert hat. Dies gilt, obwohl mit M nicht der Vertragspartner der Brautgeldabrede und damit auch nicht der Adressat der Bedingung gehandelt hat. Denn das Verhalten des M ist dem K vorliegend zuzurechnen, da M im Lager des K steht. Zwar muss der Bedingungsadressat i.R.d. § 162 II BGB das Verhalten Dritter grundsätzlich nicht gegen sich gelten lassen. Doch ist Dritter in diesem Sinne nur, wer als Außenstehender am Geschäft völlig unbeteiligt ist. Es sind insofern die zu § 123 II BGB entwickelten Grundsätze heranzuziehen (OLG Hamm, Urt. v. 13.01.2011, BeckRS 2011, 05836 unter B. III.). M ist jedoch nicht als Dritter im Rechtssinne anzusehen. Die Tatsache, dass M nicht Vertragspartner ist, beruht alleine auf seiner finanziellen Situation und der Vorstellung des yezidischen Glaubens vom Brautgeld als familiärer Verpflichtung. Hätte es seine finanzielle Situation erlaubt, wäre M selbst Vertragspartner geworden, so dass sich die Frage einer Zurechnung seines Verhaltens erübrigt hätte. Die Rollenverteilung beruht vorliegend also auf Zufälligkeiten. Diese können weder K noch M entlasten, so dass § 162 II BGB Anwendung findet.]

B. Rückzahlungsanspruch gem. §§ 812 I 1 Var. 1, 818 I BGB
K könnte jedoch ein Rückzahlungsanspruch aus §§ 812 I 1 Var. 1, 818 I BGB gegen B zustehen.

I. Etwas erlangt
B hat den Besitz und das Eigentum an den übergebenen Geldscheinen und damit einen vermögenswerten Vorteil erlangt.

II. Durch Leistung des Anspruchstellers
Dies müsste durch Leistung des K, also durch bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens zur Erfüllung einer (vermeintlichen) Verbindlichkeit geschehen sein.
K hat das Vermögen des B bewusst um den Besitz und das Eigentum an den Geldscheinen im Wert von 8.000 € gemehrt, um zweckgerichtet die vermeintlich bestehende Brautgeldabrede zu erfüllen. Hierbei handelt es sich auch um eine Leistung des K im bereicherungsrechtlichen Sinne und nicht etwa um eine Leistung des M. Denn K handelte im eigenen und nicht im Namen des M (vgl. § 164 BGB, siehe oben unter A. II.). Aus der objektivierten Empfängersicht stellt sich die Hingabe der 8.000 € damit als bereicherungsrechtliche Leistung des K dar.

III. Ohne Rechtsgrund
Für die Leistung des K bestand kein Rechtsgrund, da die zugrundeliegende Brautgeldabrede gem. § 138 I BGB nichtig war.

IV. Kein Ausschluss gem. § 814 BGB
Der Kondiktionsanspruch des K könnte jedoch gem. § 814 BGB ausgeschlossen sein, wenn K wusste, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war.
„Nach allgemeiner Ansicht liegt eine Leistung in Kenntnis der Nichtschuld nur vor, wenn der Leistende zum Zeitpunkt der Leistung positive Kenntnis hatte, dass er nicht zur Leistung verpflichtet ist (Palandt/Sprau, 69. Auflage 2010, § 814 Rn. 3). Dazu muss er nicht allein die Tatsachen kennen, aus denen sich das Fehlen einer rechtlichen Verpflichtung ergibt (HK-BGB/Schulze § 814 Rn. 2). Vielmehr muss er sich auch über die Rechtslage insoweit im Klaren sein, als er weiß, dass er nichts schuldet (HK-BGB/Schulze § 814 Rn. 2). Selbst grob fahrlässige Unkenntnis des Nichtbestehens einer Verpflichtung führt nicht zum Ausschluss des Rückforderungsanspruchs (Palandt/Sprau, 69. Auflage 2010, § 814 Rn. 3).
Vorliegend kannten die Kläger *[= K, Anm. der Red.]* zwar die Umstände, die die Sittenwidrigkeit begründen. Es kann jedoch nicht unterstellt werden, dass sie wussten, dass die Brautgeldabrede nicht mit der deutschen Sittenordnung vereinbar ist und damit keine Wirksamkeit beanspruchen kann. Vielmehr zeigt die Klageerhebung, dass sie nach ihren Rechtsvorstellungen davon ausgingen und -gehen, dass ein Rückforderungsanspruch aufgrund einer wirksamen Vereinbarung der 1-Jahres-Frist gegeben sei."
Somit ist der Kondiktionsanspruch des K nicht gem. § 814 BGB ausgeschlossen.

V. Ausschluss gem. § 817 S. 2 BGB
Jedoch könnte der Anspruch an der Kondiktionssperre des § 817 S. 2 BGB scheitern.

1. Voraussetzungen des § 817 S. 2 BGB
Gem. § 817 S. 2 BGB ist eine Rückforderung ausgeschlossen, wenn dem Leistenden wie dem Empfänger ein Verstoß gegen die guten Sitten zur Last fällt. Der Inhalt der Brautgeldabrede wird von der deutschen Rechtsordnung schlechthin nicht toleriert (s.o.), so dass bereits durch den Abschluss des Rechtsgeschäfts beide Parteien einen Sittenverstoß begehen. Dieser setzt sich im Leistungsaustausch fort. Mithin sind die Voraussetzungen des § 817 S. 2 BGB gegeben, so dass der Rückforderungsanspruch des K ausgeschlossen ist.

[Anm.: § 817 S. 2 BGB erstreckt sich entgegen seiner systematischen Stellung auf sämtliche bereicherungsrechtliche Kondiktionsansprüche (Palandt/Sprau, § 817 Rn. 11).]

2. Keine einschränkende Korrektur angezeigt
Fraglich könnte sein, ob dieses Ergebnis einer einschränkenden Korrektur bedarf.

a) Situation bei sog. „Schenkkreisen"
Die Rechtsprechung hat § 817 S. 2 BGB im Hinblick auf kollidierende Schutzzwecke gelegentlich eingeschränkt bzw. unangewendet gelassen, obwohl die Voraussetzungen der Vorschrift vorlagen (insb. bei nach dem Schneeballsystem organisierten „Schenkkreisen", vgl. BGH, NJW-RR 2009, 345; NJW 2008, 1942; NJW 2006, 45). Dies beruhte auf der Überlegung, dass anderenfalls die Initiatoren des Spiels ihre sittenwidrig erlangten Gewinne behalten dürften, da die Bereicherungsansprüche der Teilnehmer des Spiels gem. § 817 S. 2 BGB gesperrt wären. Dies liefe aber der generalpräventiven Absicht zuwider, die Attraktivität derartiger „Schenkkreise" zu minimieren.

b) Keine Übertragbarkeit
Diese Rechtsprechung ist auf den vorliegenden Fall jedoch nicht zu übertragen:
"So liegen die Dinge hier indes nicht. Der generalpräventive Zweck der Nichtigkeitssanktion des § 138 BGB wird bereits dadurch ausreichend gewährleistet, dass sich die staatlichen Gerichte gänzlich aus der Durchsetzung und Rückabwicklung heraushalten, wenn also eine Leistung aufgrund einer solchen Abrede gleichsam auf eigenes Risiko erfolgt. Weder das Brautgeld noch eine Rückforderung desselben sollen einklagbar sein. Mit der Kondiktionssperre des § 817 S. 2 BGB soll und muss für den Brautkäufer ein Risiko aufgebaut werden, so dass zukünftig kein Anreiz mehr zum Abschluss von Brautpreisabreden nach yezidischem Vorbild besteht.
Auch fehlt es bei Brautgeldabreden an einer vergleichbaren Schutzwürdigkeit der Bereicherungsgläubiger: die Abrede dient in keiner Weise dazu „leichtgläubige und unerfahrene Personen" (BGH, NJW 2006, 45, 46) zugunsten eines überlegenen Bereicherungsschuldners auszunutzen. Vielmehr begegnen sich Brautkäufer und Brautvater auf einer Ebene und bewegen sich gleichermaßen außerhalb der deutschen Rechts- und Sittenordnung.
Schließlich darf der Grundsatz des § 817 S. 2 BGB nicht dadurch ins Gegenteil verkehrt werden, dass die teleologische Reduktion bei beiderseits anstößigem Verhalten zum Regelfall wird. Die Rechtsordnung würde sich „unglaubwürdig darstellen, wenn sie - letztlich auf generalpräventive Erwägungen gestützt - Bereicherungsansprüche gegen den ausdrücklichen Gesetzeswortlaut zusprechen würde, ohne hierbei zumindest sicherzustellen, dass dies nicht zugunsten desjenigen geht, der die Rechtsordnung - im Vergleich zu seinem Gegenüber - in besonders krasser Weise missachtet hat und daher gegenüber Letzterem unter keinem denkbaren Gesichtspunkt schutzbedürftig sein kann" (Möller, NJW 2006, 268, 269). So liegt es hier: Der Sittenwidrigkeitsvorwurf, der dem Empfänger (Brautvater) zur Last fällt, überwiegt gegenüber demjenigen, dem sich die Kläger ausgesetzt sehen, nicht in einer Weise, die eine teleologische Reduktion rechtfertigen würde.
Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich, dass die Norm nach dem Willen des historischen Gesetzgebers das Ziel verfolgt, „im Volksleben den Sinn für gute Sitten und für das Interesse der öffentlichen Ordnung zu stärken" (Canaris, Festschrift für Steindorff, 1990, S. 524, FN 22). Gerade dann muss es aber - von wenigen hier nicht einschlägigen Ausnahmen abgesehen - bei dem Grundsatz bleiben, dass derjenige, der sich aufgrund seines eigenen Verhaltens außerhalb der Sitten- und Rechtsordnung bewegt, nicht zugleich auf den Schutz durch dieselbe vertrauen darf."

c) Zwischenergebnis
Es bleibt mithin bei der Anwendung des § 817 S. 2 BGB.

V. Ergebnis
Aufgrund der Kondiktionssperre des§ 817 S. 2 BGB steht K kein Rückforderungsanspruch gegen B zu.

Standort: § 240 I StGB Problem: Gewalt durch Sitzblockade

BVERFG, URTEIL VOM 07.03.2011
1 BVR 388/05 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Beschwerdeführer hatte sich zusammen mit mehreren anderen Personen auf einer Zufahrtsstraße zu einer US-amerikanischen Luftwaffenbasis niedergelassen, um dort den Verkehr zu blockieren und so gegen die militärische Intervention der USA im Irak zu protestieren. Durch diese Sitzblockade entstand ein Stau, der für ca. ein halbe Stunde jegliche Benutzung der Straße unmöglich machte.

Das AG Frankfurt a. M. verurteilte den Beschwerdeführer aufgrund dieses Verhaltens wegen Nötigung, § 240 I StGB, zu einer Geldstrafe von 15 Tagessätzen. Hierbei ging das AG - in Übereinstimmung mit der BGH-Rechtsprechung - davon aus, dass das Verhalten des Beschwerdeführers stelle insbesondere auch eine Gewaltanwendung darstelle. Dies gelte zwar nicht bzgl. der Fahrzeuge in der ersten Reihe des Staus, da gegenüber diesen kein körperlicher Zwang angewendet wurde. Eine körperliche Zwangsanwendung (und damit auch Gewalt i.S.v. § 240 I StGB) sei jedoch bzgl. der nachfolgenden Fahrzeuge gegeben. Gegen dieses Urteil legte der Beschwerdeführer beim LG Frankfurt a. M. Berufung ein. Wegen der in dem angefochtenen Urteil verhängten geringen Strafe war für die Zulässigkeit der Berufung eine entsprechende Annahme durch das Berufungsgericht erforderlich, § 313 I StPO. Das LG Frankfurt a. M. nahm die Berufung jedoch nicht an, sondern verwarf sie gem. § 313 II StPO wegen offensichtlicher Unbegründetheit als unzulässig. Hiergegen wandte sich der Beschwerdeführer mit einer Verfassungsbeschwerde, Art. 93 I Nr. 4a GG, mit der er insb. rügte, dass die Annahme von Gewalt im vorliegenden Falle gegen Art. 103 II GG verstoße und außerdem sein Grundrecht auf Versammlungsfreiheit, Art. 8 I GG, nicht hinreichend berücksichtigt worden sei. Das Bundesverfassungsgericht kommt in der vorliegenden Entscheidung zu dem Ergebnis, dass die Annahme von Gewalt durch das AG und LG bei der Sitzblockade des Beschwerdeführers keinen Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 II GG darstelle. Allerdings seien die Grundrechte des Beschwerdeführers von den Strafgerichten bei der gem. § 240 II StGB erforderlichen Verwerflichkeitsprüfung tatsächlich nicht ausreichend berücksichtigt worden.

Prüfungsrelevanz:

Die Frage, ob Demonstrationen in Form von Steh- oder Sitzblockaden, eine strafbare Nötigung gem. § 240 I StGB darstellen, ist nicht zuletzt aufgrund der zahlreichen insofern existierenden Entscheidungen des BVerfG, BGH und zahlreicher OLG ein absoluter Examensklassiker. Erfahrungsgemäß wird eigentlich jede obergerichtliche Entscheidung zu diesem Thema zur Bildung von Examensaufgaben - zumindest in Prüfungsgesprächen - herangezogen. Die vorliegende Entscheidung des BVerfG bietet sich hierfür besonders an, da sie die aktuelle BGH-Rechtsprechung (die sog. "Zweite-Reihe-Rechtsprechung") zwar bestätigt, das BVerfG aber immerhin die Lösung des BGH insofern präzisiert als es eine mittelbare Täterschaft als Grundlage für eine entsprechende Strafbarkeit heranzieht. Es kann deshalb als sicher angesehen werden, dass die vorliegende Entscheidung in beiden Examen in strafrechtlichen und vielleicht sogar in öffentlich-rechtlichen Prüfungen als Grundlage für Examensaufgaben verwertet werden wird.

Kernproblem bei der Prüfung, ob eine Sitzblockade als Nötigung strafbar ist, ist stets die Frage, ob ein entsprechendes Verhalten eine Gewaltanwendung i.S.v. § 240 I StGB darstellt.

Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts setzte eine Gewaltanwendung stets den Einsatz erheblicher körperlicher Kraft voraus (RGSt 56, 87, 88). Dieser sog. enge Gewaltbegriff führte jedoch dazu, dass Sitzblockaden nicht als Gewalt und somit auch nicht gem. § 240 I StGB strafbar waren, da das dort als Tathandlung in Betracht kommende Sich-Hinsetzen keinen erheblichen Kraftaufwand erfordert.

Da der BGH sich jedoch die Möglichkeit offen halten wollte, Sitzblockaden doch als Nötigungen bestrafen zu können, weitete er den engen zum sog. vergeistigten Gewaltbegriff aus, demzufolge Gewalt jeder (auch geringe) Kraftaufwand ist, der - physisch oder psychisch vermittelt - vom Opfer als körperlich wirkender Zwang empfunden wird (BGHSt 23, 46; 35, 270; BayObLG, NJW 1993, 212). Nach diesem Gewaltbegriff stellten Sitzblockaden nämlich doch Gewalt dar, da das Hinsetzen einen - wenn auch geringen - Kraftaufwand erfordert, der bei den blockierten Kraftfahrern, die natürlich die Sitzblockierer nicht verletzen wollen und deshalb anhalten, einen als körperlich empfundenen Zwang auslöst. Dass dieser Zwang nicht physisch vermittelt wird (denn ein sitzender Demonstrant stellt für ein Kraftfahrzeug kein echtes Hindernis dar), sondern lediglich psychisch, schließt nach dieser Definition eine Gewaltanwendung nicht aus.

Gegen diese BGH-Rechtsprechung wurde mehrfach Verfassungsbeschwerden eingelegt, mit denen insb. gerügt wurde, dass bei so geringen Anforderungen an das Tatverhalten dieses keine "Gewalt" mehr darstelle, somit nicht unter den Wortlaut des § 240 I StGB

falle und deshalb eine entsprechende Verurteilung gegen Art. 103 II GG verstoße. Nachdem das BVerfG zunächst eine entsprechende Verfassungsbeschwerde als unbegründet zurückgewiesen hatte (BVerfGE 73, 206, 239 f.), gab es einer weiteren Verfassungsbeschwerde statt (BVerfGE 92, 1, 14 ff.). Das BVerfG führte aus, Gewalt setze stets eine körperliche Zwangswirkung voraus, sodass bei einem rein psychisch vermittelten Zwang eine solche ausscheide.

Diese Ablehnung des vergeistigten Gewaltbegriffs durch das BVerfG hat jedoch nicht etwa dazu geführt, dass der BGH Sitzblockaden nicht mehr als Nötigungen bestraft hätte; er hat lediglich seine Argumentation geändert. Da der Demonstrant kein echtes Hindernis für das erst an ihn heranfahrende Fahrzeug darstelle und er somit auf den ersten Fahrer keinen körperlichen zwang ausübe, scheide hier eine Anwendung von Gewalt und somit eine Strafbarkeit gem. § 240 I StGB aus. Wenn dann jedoch noch ein zweites Fahrzeug komme, so sei diesem die Weiterfahrt deshalb verwehrt, weil vor ihm bereits das erste Fahrzeug stehe und ihm als echtes, körperlich wirkendes Hindernis, den Weg versperre. Gegenüber den Fahrzeugen ab der zweiten Reihe des durch die Sitzblockade erzeugten Staus liege also eine Gewaltanwendung der Demonstranten vor, sodass insofern auch eine Strafbarkeit wegen Nötigung in Betracht komme (sog. "Zweite-Reihe-Rechtsprechung" des BGH, vgl. BGHSt 41, 182). In der Literatur war insofern bereits darauf hingewiesen worden, dass dieses Ergebnis am Einfachsten über einen Rückgriff auf die Figur der mittelbaren Täterschaft, § 25 I 2. Fall StGB, erzielt werden könne, wenn man nämlich den Fahrer des ersten Fahrzeugs als "Werkzeug" des Demonstranten ansehen würde (Hoyer JuS 1996, 200). Diesen Rechtsgedanken wendet auch das BVerfG in der vorliegenden Entscheidung an und kommt so zu der Annahme, dass der Tatbestand der Nötigung in mittelbarer Täterschaft verwirklicht sei.

Das BVerfG betont außerdem in der vorliegenden Entscheidung, dass es sich bei § 240 I StGB um einen sog. "offenen" Tatbestand handelt, d.h. dass anders als bei den meisten anderen Delikten die Rechtswidrigkeit nicht durch die Tatbestandsverwirklichung indiziert wird, sondern positiv festgestellt werden muss (als "Verwerflichkeit", vgl. § 240 II StGB). Im Rahmen der bei § 240 II StGB vorzunehmenden Gesamtabwägung müsse aber insbesondere das Grundrecht des Demonstranten auf Versammlungsfreiheit, Art. 8 I GG, berücksichtigt werden, das auch durch eine Sitzblockade ausgeübt werden könne. Insofern sei für die Prüfung der Verwerflichkeit eine Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles (insb. Dauer und Intensität der Aktion, deren vorherige Bekanntgabe, Ausweichmöglichkeiten über andere Zufahrten, Dringlichkeit des blockierten Transports und Sachbezug zwischen den in ihrer Fortbewegungsfreiheit beeinträchtigten Personen und dem Protestgegenstand) unverzichtbar.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Gewalt i.S.v. § 240 I StGB, insb. bei Sitzblockaden: *BVerfG*E 73, 206; 92, 1; *BVerfG*, NJW 2002, 1031; *BGH*St 23, 46; 35, 270; 41, 182; *BayObLG*, NJW 1993, 212; *Dierlamm*, NStZ 1992, 576; *Hoyer*, JuS 1996, 200; *Mittelsdorf*, JuS 2002, 1062

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Verkehrsblockade"

Leitsatz (der Redaktion):

Zur Verfassungsmäßigkeit der sog. Zweite-Reihe-Rechtsprechung des BGH zu § 240 I StGB.

Sachverhalt:

Am 15. März 2004 gegen 15.25 Uhr ließ sich B spontan zusammen mit circa 40 anderen Personen aus Protest gegen die sich abzeichnende militärische Intervention der USA im Irak auf der zu der Rhein Main Military Air Base, dem Luftwaffenstützpunkt der US-amerikanischen Streitkräfte bei Frankfurt am Main, führenden Ellis Road nieder.

Als sich kurz darauf G, ein deutscher Angestellter der US-amerikanischen Streitkräfte, mit seinem Dienst-Lkw näherte, hielt er vor den Protestierenden an, um diese nicht zu gefährden. Hinter der durch das Fahrzeug des G versperrten einspurigen Straße staute sich so der Verkehr für ca. eine halbe Stunde. Betroffen von dem Stau waren nicht nur Angehörige der US-Streitkräfte, sondern auch Dritte, die die Ellis Road benutzen wollten.

Haben sich B und G wegen Nötigung strafbar gemacht?

Lösung:

A. Strafbarkeit des G gem. § 240 I StGB zum Nachteil der nachfolgenden Fahrer

Dadurch, dass er anhielt und so mit seinem Lkw den nachfolgenden Fahrzeugführern den Weg versperrte, könnte G sich wegen Nötigung gem. § 240 I StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Nötigungsmittel

G müsste ein Nötigungsmittel eingesetzt haben, also Gewalt oder Drohung mit einem empfindlichen Übel.

Eine Drohung, also das Inaussichtstellen eines zukünf-

tigen Übels (BGHSt 16, 386; Fischer, § 240 Rn. 31), ist dem Verhalten des G nicht zu entnehmen. Dieses könnte jedoch eine Gewaltanwendung darstellen. Unter welchen Voraussetzungen eine Gewaltanwendung i.S.v. § 240 I StGB anzunehmen ist, ist streitig.

a) Enger Gewaltbegriff
Nach dem ursprünglich vom Reichsgericht vertretenen sog. engen Gewaltbegriff setzt Gewalt i.S.v. § 240 I StGB die Anwendung erheblicher körperlicher Kraft auf Seiten des Täter zur Überwindung geleisteten oder erwarteten Widerstands voraus (RGSt 56, 87, 88).
Da das Anhalten des Lkw keine erhebliche Kraftentfaltung seitens des G voraussetzt, stellt dieses Verhalten nach dem engen Gewaltbegriff auch keine Gewaltanwendung dar.

b) Vergeistigter Gewaltbegriff
Die Rechtsprechung hat lange Zeit das Vorliegen von Gewalt anhand der Voraussetzungen des sog. vergeistigten Gewaltbegriffs geprüft. Nach diesem ist Gewalt jeder (also auch ein unerheblicher) Kraftaufwand, der - physisch oder psychisch vermittelt - beim Opfer einen als körperlich empfundenen Zwang auslöst (BVerfGE 73, 206, 239 f.; BGHSt 23, 46; 35, 270; BayObLG, NJW 1993, 212; Schönke/Schröder-Eser, Vorbem §§ 234 ff. Rn. 6).
G muss auf die Bremse treten, um sein Fahrzeug anzuhalten, was einen - wenn auch unerheblichen - Kraftaufwand erfordert. Da sein Lkw nun aber für die nachfolgenden Fahrzeuge ein schwer oder gar nicht zu überwindendes Hindernis darstellt, das diese auch zum Anhalten zwingt, hat G durch physische Zwangsvermittlung bei den nachfolgenden Fahrern einen als körperlich empfundenen Zwang ausgelöst und somit nach dieser Meinung Gewalt angewandt.

c) Aktueller Gewaltbegriff
Aufgrund der Unvereinbarkeit des vergeistigten Gewaltbegriffs mit Art. 103 II GG (vgl. BVerfGE 92, 1, 14 ff.; BVerfG, NJW 2002, 1031) hat der BGH diesen mittlerweile aufgegeben. In Übereinstimmung mit der herrschenden Literatur verlangt der BGH nunmehr für Gewalt i.S.v. § 240 I StGB einen unmittelbar körperlich wirkenden Zwang zur Beseitigung eines geleisteten oder erwarteten Widerstands (BGHSt 41, 182; Wessels/Hettinger, BT I, Rn. 383 ff.; LK-Träger/Altvater, § 240 Rn. 7 ff.; Otto, NStZ 1987, 212 f.).
Dadurch, dass er mit seinem Lkw die Straße versperrte, übte G einen unmittelbar körperlich wirkenden Zwang auf die nachfolgenden Fahrer aus, wobei er auch handelte, um einen denkbaren Widerstand der nachfolgenden Fahrer gegen den von ihm beabsichtigten Schutz der Demonstranten zu beseitigen. Nach dem aktuellen Gewaltbegriff stellt das Verhalten des G somit eine Gewaltanwendung dar.

d) Stellungnahme
Zwar spiegelt der enge Gewaltbegriff des RG sehr schön wieder, was umgangssprachlich unter "roher Gewalt" verstanden wird. Jedoch dürfte dieses Verständnis von Gewalt im Ergebnis zu eng sein, da etwa das Schießen mit Schusswaffen, das keinen erheblichen Kraftaufwand erfordert, nach dieser Meinung somit keine Gewalt darstellen würde. Der enge Gewaltbegriff ist deshalb abzulehnen. Nach den anderen Auffassungen hat G Gewalt und somit ein Nötigungsmittel angewandt.

2. Nötigungserfolg
G müsste einen anderen zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung genötigt haben.
G hat durch die Gewaltanwendung die nachfolgenden Fahrer dazu genötigt, anzuhalten, was einen Nötigungserfolg darstellt.

3. Vorsatz
G müsste gem. § 15 StGB auch vorsätzlich gehandelt haben.
G wusste, dass er durch das Anhalten seines Lkw ein körperliches Hindernis für die nachfolgenden Fahrzeuge erzeugen würde und so die nachfolgenden Fahrer zum Anhalten zwingen würde. Er hat also vorsätzlich gehandelt. Allerdings war es nicht das Ziel des G, einen Stau zu erzeugen, ihm ging es lediglich darum, die Demonstranten nicht zu verletzen. Fraglich ist, ob § 240 I StGB voraussetzt, dass der Täter mit Absicht hinsichtlich des Nötigungserfolges handelt.

a) Mindermeinung
Nach einer Mindermeinung setzt der Tatbestand des § 240 I StGB jedenfalls dann, wenn der Täter - wie im vorliegenden Fall - mit Gewalt nötigt, eine Absicht des Täters hinsichtlich der Herbeiführung des Nötigungserfolges voraus (Joecks, § 240 Rn. 5; MK-Gropp/Sinn, § 240 Rn. 103; Rengier, BT II, § 4 Rn. 70).
Nach dieser Auffassung wäre also der Vorsatz des G zu verneinen, da er nicht mit Absicht hinsichtlich des Nötigungserfolgs gehandelt hat.

b) Herrschende Meinung
Die herrschende Meinung lässt jedoch hinsichtlich des gesamten objektiven Tatbestandes des § 240 I StGB einen Eventualvorsatz des Täters genügen (BGHSt 5, 239, 245; Fischer, § 240 Rn. 53; Lackner/Kühl, § 240 Rn. 16).
Nach dieser Auffassung hätte G also vorsätzlich gehandelt.

c) Stellungnahme
Die Mindermeinung stützt sich zur Begründung ihrer qualifizierten Anforderungen an den subjektiven Tat-

bestand des § 240 I StGB vor allem auf den Wortlaut des § 240 II StGB ("angestrebten Zweck"). Insofern ist jedoch festzustellen, dass auch dieser Wortlaut nicht zwingend auf ein Absichtserfordernis verweist. Weiter ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber, wenn er denn tatsächlich eine Nötigungsabsicht verlangen wollte, eine entsprechende Formulierung bereits in den Tatbestand, also § 240 I StGB, aufgenommen hätte, und nicht erst in die Regelung der Verwerflichkeit, § 240 II StGB. Schließlich erscheinen auch Fälle, in denen der Täter nicht mit Nötigungsabsicht, sondern lediglich mit Nötigungsvorsatz handelt, nicht so viel weniger verwerflich, dass diese generell aus dem Tatbestand des § 240 StGB auszunehmen wären. Dies wäre aber die Folge der Mindermeinung. Der herrschenden Meinung ist somit zu folgen. G hat vorsätzlich gehandelt.

II. Rechtswidrigkeit

G müsste auch rechtswidrig gehandelt haben. Das Verhalten des G wäre dann nicht rechtswidrig, wenn G gerechtfertigt gewesen wäre. Eine Rechtfertigung des G könnte sich aus § 34 StGB ergeben.

1. Notstandslage

Zunächst müsste eine Notstandslage bestanden haben, d.h. eine gegenwärtige Gefahr für Leben, Leib oder ein anderes Rechtsgut.

Wenn G weitergefahren wäre, hätte er die vor seinem Fahrzeug sitzenden Demonstranten in allernächster Zukunft verletzt oder sogar getötet. Es bestand also eine gegenwärtige Gefahr für deren Leib und Leben.

2. Notstandshandlung

Anzuhalten und so den anderen Fahrzeugen den Weg zu versperren müsste auch eine von § 34 StGB gedeckte Notstandshandlung des G gewesen sein.

a) Eignung und Erforderlichkeit

Die Gefahr dürfte "nicht anders abwendbar" gewesen sein, d.h. die Notstandshandlung müsste zur Gefahrabwendung geeignet und das relativ mildeste Mittel gewesen sein (BGHSt 2, 242, 245; Fischer, § 34 Rn. 5; Roxin, AT I, § 16 Rn. 23).

Anzuhalten war offensichtlich dazu geeignet, Leib und Leben der Demonstranten zu schützen. Da davon auszugehen ist, dass G mit seinem Lkw auf der engen Straße auch nicht anhalten konnte, ohne den nachfolgenden Fahrzeugen den Weg zu versperren, stellte dies das einzige und somit natürlich auch das relativ mildeste Mittel zur Abwendung der Gefahr dar.

b) Interessenabwägung

Das von G geschützte Interesse müsste das beeinträchtigte wesentlich überwiegen.

Durch das Blockieren der Straße hat G Leib und Leben der Demonstranten geschützt (s.o.). Beeinträchtigt hat er hierdurch die Fortbewegungsfreiheit der nachfolgenden Fahrer, die im Stau festsaßen und nicht weiterfahren konnten.

Insofern ist jedoch festzustellen, dass Leib und Leben deutlich schwerer wiegen als die Fortbewegungsfreiheit, was insb. deutlich wird, wenn man die Strafrahmen der §§ 212; 223 StGB mit dem des § 239 StGB vergleicht. Die i.R.v. § 34 StGB erforderliche Interessenabwägung ergibt also ein wesentliches Überwiegen des geschützten Rechtsguts.

c) Angemessenheit, § 34 S. 2 StGB

Gesichtspunkte, die gegen eine Angemessenheit der Notstandshandlung des G sprechen würden, sind nicht ersichtlich.

3. Notstandswille

G hat auch gehandelt, um die Gefahr für Leib und Leben der Demonstranten abzuwenden. Somit ist auch das erforderliche subjektive Rechtfertigungselement, der Notstandswille, gegeben.

G ist aus Notstand, § 34 StGB, gerechtfertigt. Sein Verhalten ist somit nicht rechtswidrig.

III. Ergebnis

G ist straflos.

B. Strafbarkeit des B gem. § 240 I StGB zum Nachteil des G

Dadurch, dass er sich vor das Fahrzeug des G auf die Straße setzte und diesen so zum Anhalten zwang, könnte B sich wegen Nötigung gem. § 240 I StGB zum Nachteil des G strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

B müsste zunächst ein Nötigungsmittel eingesetzt haben, also Gewalt oder Drohungen mit einem empfindlichen Übel. Eine Drohung kann dem Verhalten des B nicht entnommen werden, sodass lediglich eine Gewaltanwendung in Betracht kommt.

1. Vergeistigter Gewaltbegriff

Dadurch, dass er sich auf die Straße setzte, hat B - wenn auch in unerheblichem Maße - Kraft aufgewendet. Hierdurch wurde aufgrund der Hemmung des G, die Demonstranten zu überfahren, bei diesem ein als körperlich empfundener Zwang ausgelöst. Dass B kein echtes körperliches Hindernis für die Fahrt des G darstellte und deshalb dieser Zwang rein psychisch vermittelt wurde, steht einer Gewaltanwendung nach dem vergeistigten Gewaltbegriff nicht entgegen (s.o.). Nach dieser Auffassung ist also eine Anwendung von Gewalt durch B gegenüber G gegeben.

2. Aktueller Gewaltbegriff
Da B kein echtes Hindernis für eine Weiterfahrt des G darstellte (denn G hätte mit seinem Lkw B problemlos überfahren können), hat B auf G keinen körperlich wirkenden Zwang ausgeübt. Nach dem aktuellen Gewaltbegriff stellt sein Verhalten also keine Gewaltanwendung gegenüber G dar.

3. Stellungnahme
Der Gewaltbegriff i.S.d. § 240 I muss im Zusammenhang des Normgefüges verstanden werden. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll nicht jede Zwangsausübung als Nötigung unter Strafe gestellt werden, da anderenfalls auch zahlreiche sozialadäquate Verhaltensweisen, wie sie etwa in der Arbeitswelt oder im Erziehungswesen unvermeidlich sind, der Strafandrohung des § 240 I unterfallen würden. Art. 103 II GG setzt der tatbestandsausweitenden Interpretation des Gewaltbegriffs Grenzen, da die Ausübung von Zwang auf den Willen Dritter bereits im Begriff der Nötigung enthalten ist und die Benennung bestimmter Nötigungsmittel in § 240 I StGB die Funktion hat, innerhalb der Gesamtheit denkbarer Nötigungen die strafwürdigen einzugrenzen. Zwangseinwirkungen, die nicht auf körperlichem, sondern auf geistig-seelischem Einfluss beruhen, könnten daher allenfalls die Tatbestandsalternative der Drohung, nicht jedoch die der Gewaltanwendung erfüllen. Der vergeistigte Gewaltbegriff ist deshalb abzulehnen. Sofern durch den engeren aktuellen Gewaltbegriff unbillige Strafbarkeitslücken entstehen sollten, wäre es Aufgabe des Gesetzgebers, diese Lücken durch neue Straftatbestände zu schließen. Eine Gewaltanwendung des B gegenüber G ist somit nicht gegeben.

II. Ergebnis
B ist nicht strafbar wegen Nötigung, § 240 I StGB, zum Nachteil des G.

C. Strafbarkeit des B gem. §§ 240 I, 25 I 2. Fall StGB zum Nachteil des nachfolgenden Fahrer
Dadurch, dass er sich vor das Fahrzeug des G auf die Straße setzte und diesen so dazu zwang, anzuhalten und die Straße zu blockieren, könnte B sich jedoch wegen Nötigung in mittelbarer Täterschaft, §§ 240 I, 25 I 2. Fall StGB, zum Nachteil der nachfolgenden Fahrzeugführer strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Nötigungsmittel
Zunächst müsste ein Nötigungsmittel, also Gewalt oder Drohung mit einem empfindlichen Übel, gegenüber den nachfolgenden Fahrern angewendet worden sein.

a) Durch B selbst
B selbst hat die Fahrer nicht bedroht und mangels Ausübung eines körperlichen Zwangs auf diese auch keine Gewalt angewandt.

b) Durch G, gem. § 25 I 2. Fall zurechenbar
G könnte jedoch gegen die nachfolgenden Fahrer Gewalt angewendet haben und diese Gewaltanwendung könnte B über eine mittelbare Täterschaft, § 25 I 2. Fall StGB, zuzurechnen sein.

aa) Gewaltanwendung durch G
Dadurch, dass G anhielt und mit seinem Lkw so die Straße blockierte, hat er Gewalt gegen die nachfolgenden Fahrer angewandt (s.o.).

bb) Zurechnung gem. § 25 I 2. Fall StGB
Diese Gewaltanwendung des G wäre B gem. § 25 I 2. Fall zuzurechnen, wenn B mittelbarer Täter wäre.

(1) Eigene Handlung des B
B müsste zunächst eine eigene Handlung im Sinne einer Einwirkung auf den Vordermann G vorgenommen haben.
Dadurch, dass er sich vor dessen Fahrzeug auf die Straße setzte, hat B zumindest psychisch Druck auf G ausgeübt und diesen so dazu gebracht, anzuhalten, um B und die anderen Demonstranten nicht zu überfahren. B hat also auf G eingewirkt.

(2) Werkzeugeigenschaft des G
G müsste auch ein (menschliches) Werkzeug des B dargestellt haben.
Die Werkzeugeigenschaft des Vordermanns ist insbesondere dann gegeben, wenn dieser einen Strafbarkeitsmangel aufweist, weil er z.B. nicht vorsätzlich handelt oder gerechtfertigt ist. G war aus Notstand gem. § 34 StGB gerechtfertigt (s.o.) und weist somit einen seine Werkzeugeigenschaft begründenden Strafbarkeitsmangel auf.

(3) Überlegenheit des B
B müsste dem Vordermann G an Wissen und/oder Wollen überlegen sein.
B hat G durch sein Verhalten - das Blockieren des Weges - in das Dilemma versetzt, selbst anzuhalten und so den folgenden Fahrern den Weg zu versperren oder aber die Demonstranten zu verletzen oder sogar zu töten. Dies hat B getan, weil er - im Gegensatz zu G - einen Stau erzeugen wollte. Es ist also zumindest eine Willensüberlegenheit des B im Verhältnis zu G gegeben.

B hat also durch G i.S.v. § 25 I 2. Fall StGB Gewalt angewendet. Dies stellt auch keine unbillige Umgehung der Anforderungen an die Gewaltanwendung

i.S.v. § 240 I StGB (s.o.) dar.
Zu diesem Ergebnis kommt auch das BVerfG: "[18] Der angegriffene Beschluss des Landgerichts verstößt nicht gegen das aus Art. 103 Abs. 2 GG folgende Analogieverbot.
aa) [19] Die Norm des § 240 StGB selbst ist hinsichtlich der hier allein einschlägigen Gewaltalternative mit Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar (vgl.BVerfGE 73, 206 <233 f.>; 92, 1 <12>; 104, 92 <101>).
bb) [20] Auslegung und Anwendung der einschlägigen Strafvorschriften durch das Landgericht anhand der vom Bundesgerichtshof entwickelten sogenannten Zweite-Reihe-Rechtsprechung (vgl. BGHSt 41, 182 <185 f.>; 41, 231 <241>) verstoßen nicht gegen das Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG.
(1) [21] Nach Art. 103 Abs. 2 GG darf eine Tat nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Für die Rechtsprechung folgt aus dem Erfordernis gesetzlicher Bestimmtheit ein Verbot analoger oder gewohnheitsrechtlicher Strafbegründung. Dabei ist "Analogie" nicht im engeren technischen Sinne zu verstehen. Ausgeschlossen ist jede Auslegung einer Strafbestimmung, die den Inhalt der gesetzlichen Sanktionsnorm erweitert und damit Verhaltensweisen in die Strafbarkeit einbezieht, die die Tatbestandsmerkmale der Norm nach deren möglichem Wortsinn nicht erfüllen. Der mögliche Wortsinn des Gesetzes zieht der richterlichen Auslegung eine Grenze, die unübersteigbar ist (vgl.BVerfGE 85, 69 <73>; 92, 1 <12>; 105, 135 <157>). Da Art. 103 Abs. 2 GG Erkennbarkeit und Vorhersehbarkeit der Strafandrohung für den Normadressaten verlangt, ist dieser Wortsinn aus der Sicht des Bürgers zu bestimmen (vgl.BVerfGE 47, 109 <120>; 64, 389 <393>; 73, 206 <235 f.>; 92, 1 <12>).
[22] Das Bundesverfassungsgericht hatte in der Vergangenheit mehrfach Gelegenheit, die Auslegung des in § 240 Abs. 1 StGB geregelten Gewaltbegriffs durch die Strafgerichte anhand von Art. 103 Abs. 2 GG zu überprüfen.
[23] Während das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 11. November 1986 infolge Stimmengleichheit den sogenannten "vergeistigten Gewaltbegriff" im Ergebnis noch unbeanstandet ließ (vgl.BVerfGE 73, 206 <206, 239 f.>), gelangte es nach erneuter Überprüfung in seinem Beschluss vom 10. Januar 1995 zu der Auffassung, dass eine auf jegliche physische Zwangswirkung verzichtende Auslegung des § 240 Abs. 1 StGB mit Art. 103 Abs. 2 GG unvereinbar ist (vgl.BVerfGE 92, 1 <14 ff.>). Für die Konstellation einer Sitzblockade auf einer öffentlichen Straße mit Demonstranten auf der einen und einem einzigen Fahrzeugführer auf der anderen Seite stellte es fest, dass eine das Tatbestandsmerkmal der Gewalt bejahende Auslegung die Wortlautgrenze des § 240 Abs. 1 StGB überschreitet, wenn das inkriminierte Verhalten des Demonstranten lediglich in körperlicher Anwesenheit besteht und die Zwangswirkung auf den Genötigten nur psychischer Natur ist (vgl.BVerfGE 92, 1 <17>).
[24] In der Folge entwickelte der Bundesgerichtshof anlässlich von Sitzblockaden auf öffentlichen Straßen mit Demonstranten auf der einen und einem ersten Fahrzeugführer sowie einer Mehrzahl von sukzessive hinzukommenden Fahrzeugführern auf der anderen Seite die sogenannte Zweite-Reihe-Rechtsprechung (vgl. BGHSt 41, 182 <187>; 41, 231 <241>; nachfolgend bestätigt durch: BGH, Beschlüsse vom 27. Juli 1995 - 1 StR 327/95 -, NJW 1995, S. 2862; vom 23. April 2002 - 1 StR 100/02 -, NStZ-RR 2002, S. 236). Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs benutzt ein Demonstrant bei einer Sitzblockade auf einer öffentlichen Straße den ersten aufgrund von psychischem Zwang anhaltenden Fahrzeugführer und sein Fahrzeug bewusst als Werkzeug zur Errichtung eines physischen Hindernisses für die nachfolgenden Fahrzeugführer (vgl. BGHSt 41, 182 <187>). Diese vom zuerst angehaltenen Fahrzeug ausgehende physische Sperrwirkung für die nachfolgenden Fahrzeugführer sei den Demonstranten zurechenbar (vgl. BGHSt 41, 182 <185>).
[25] In seinem Beschluss vom 24. Oktober 2001 bekräftigte das Bundesverfassungsgericht seine in dem Beschluss vom 10. Januar 1995 angenommene Rechtsauffassung zu der Wortlautgrenze des Gewaltbegriffs (vgl.BVerfGE 104, 92 <101 f.>). Dabei erkannte es eine Auslegung des Gewaltbegriffs in § 240 Abs. 1 StGB als mit Art. 103 Abs. 2 GG für vereinbar an, derzufolge das Abstellen von Fahrzeugen auf einer Bundesautobahn als Gewalt zu qualifizieren ist, weil dadurch aufgrund körperlicher Kraftentfaltung ein unüberwindliches Hindernis errichtet wird, das Zwangswirkung entfaltet. Auf die Zweite-Reihe-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kam es in jenem Verfahren nicht an (vgl.BVerfGE 104, 92 <102 f.>).
(2) [26] Gemessen an diesen zu Art. 103 Abs. 2 GG entwickelten Maßstäben, hält sich die von dem Landgericht herangezogene Zweite-Reihe-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im fachgerichtlichen Wertungsrahmen und ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.
[27] Insbesondere steht die Zweite-Reihe-Rechtsprechung nicht im Widerspruch zu den in dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 10. Januar 1995 aufgestellten Vorgaben. Dieser Beschluss und die nachfolgende Zweite-Reihe-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs basieren auf unterschiedlichen Sachverhalten, die jeweils eine differenzierende einfachrechtliche Betrachtung erlauben und dementsprechend auch eine spezifische verfassungsrechtliche Beurtei-

lung nach sich ziehen können. Während dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts ein zweiseitiges Personenverhältnis (Demonstranten - Insassen eines einzigen Kraftfahrzeugs) zugrunde lag (vgl.BVerfGE 92, 1 <2, 17>), hatte der Bundesgerichtshof ein mehrseitiges Personenverhältnis (Demonstranten - Insassen des ersten Kraftfahrzeugs - Insassen der nachfolgenden Kraftfahrzeuge) zu beurteilen (vgl. BGHSt 41, 182 <182>). Dies macht rechtlich wie auch von den tatsächlichen Folgen her einen Unterschied.

[28] Die Zweite-Reihe-Rechtsprechung begegnet unter dem Aspekt des Art. 103 Abs. 2 GG jedenfalls mit Rücksicht auf § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB keinen Bedenken. Danach ergibt sich die Tatbestandsmäßigkeit des Verhaltens der Demonstranten gemäß § 240 Abs. 1 StGB im Ergebnis nicht aus deren unmittelbarer Täterschaft durch eigenhändige Gewaltanwendung, sondern aus mittelbarer Täterschaft durch die ihnen zurechenbare Gewaltanwendung des ersten Fahrzeugführers als Tatmittler gegenüber den nachfolgenden Fahrzeugführern (vgl. BGHSt 41, 182 <185, 186, 187>; vgl. ebenfalls in diesem Sinne: Fischer, StGB, 57. Aufl. 2010, § 240 Rn. 21; Gropp/Sinn, in: Münchener Kommentar, StGB, 1. Aufl. 2003, § 240 Rn. 48; Hoyer, JuS 1996, S. 200 <202>; Hruschka, NJW 1996, S. 160 <161>; Priester, in: Festschrift für Günter Bemmann, 1997, S. 362 <383>; Rössner/Putz, in: Döllling/Duttge/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 2008, § 240 Rn. 11). Diese Auslegung der strafbarkeitsbegründenden Tatbestandsmerkmale "Gewalt durch einen anderen" sprengt nicht die Wortsinngrenze des Analogieverbots.

[29] Die vom Bundesverfassungsgericht in dem Beschluss vom 10. Januar 1995 für die Annahme von Gewalt im Sinne von § 240 Abs. 1 StGB geforderte physische Zwangswirkung liegt in dieser Konstellation vor. Dies gilt zwar nicht für das Verhältnis von den Demonstranten zu dem ersten Fahrzeugführer, wohl aber für das Verhältnis von dem ersten Fahrzeugführer zu den nachfolgenden Fahrzeugführern. Indem der erste Fahrzeugführer aus Rücksicht auf die Rechtsgüter der Demonstranten abbremst, zwingt er den nachfolgenden Fahrzeugführer zur Vermeidung eines Aufpralls und damit zur Schonung eigener Rechtsgüter anzuhalten. Das erste Fahrzeug in der Reihe bedeutet für den nachfolgenden Fahrzeugführer ein unüberwindbares physisches Hindernis im Sinne des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 10. Januar 1995 (vgl.BVerfGE 104, 92 <102>). Dass im Verhältnis von Demonstranten zu dem ersten Fahrzeugführer keine physische, sondern allein eine psychische Zwangswirkung vorliegt, ist in diesem Zusammenhang ohne Belang, da die Einflussnahme eines mittelbaren Täters auf den Tatmittler durchaus allein psychischer Natur sein darf. Für die Fahrzeugführer der zweiten und nachfolgenden Reihen begründet es keinen Unterschied, ob die das Hindernis bildende erste Reihe dort von den Fahrzeugführern selbst abgestellt wurde (so inBVerfGE 104, 92 <102 f.>) oder aufgrund von psychischer Einflussnahme Dritter entstand. Auch die der strafbarkeitsbegründenden Zurechnung zugrunde liegende Annahme, dass die Demonstranten über hinreichende Tatherrschaft beziehungsweise Willen zur Tatherrschaft verfügen, begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Die Demonstranten versetzen den ersten Fahrzeugführer mit dem Betreten der Fahrbahn, ohne dass es weiterer (Inter-)Aktion bedarf, gezielt in ein rechtliches Dilemma, das dieser aufgrund der von der Rechtsordnung auferlegten strafbewehrten Pflichten etwa nach §§ 212, 224, 226 StGB zum Schutz von Leib und Leben nicht anders als nach dem Willen der Demonstranten durch einen Eingriff in die Willensbetätigungsfreiheit der nachfolgenden Fahrzeugführer auflösen kann. Sie sind damit unmittelbar für das Strafbarkeitsdefizit des ersten Fahrzeugführers im Verhältnis zu den nachfolgenden Fahrzeugführern in Form des rechtfertigenden Notstandes nach § 34 StGB verantwortlich. Die Figur der mittelbaren Täterschaft durch einen gerechtfertigt handelnden Tatmittler ist in Rechtsprechung (vgl. BGHSt 3, 4 <5 f.>; 10, 306 <307>) und Schrifttum allgemein anerkannt (vgl. nur Cramer/Heine, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 25 Rn. 26; Fischer, StGB, 58. Aufl. 2011, § 25 Rn. 5a; Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl. 2011, § 25 Rn. 4; Randt, Mittelbare Täterschaft durch Schaffung von Rechtfertigungslagen, 1997, S. 47 ff.; Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 2000, S. 163 ff.). Dass die Auslegung, wonach derjenige, der eine Situation herbeiführt, die ein gerechtfertigtes Verhalten ermöglicht, auch für dieses Verhalten als mittelbarer Täter haftet (vgl. Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 21. Abschnitt Rn. 81; Kindhäuser, StGB, LPK, 4. Aufl. 2010, § 25 Rn. 27), die Grenze des Wortsinns überschreitet, ist nicht ersichtlich. Auch nach der Parallelwertung in der Laiensphäre ist es durchaus nachvollziehbar, dass ein Verhalten wie das der Demonstranten, welches dazu führt, dass sich Fahrzeuginsassen zwischen den Fahrzeugen von Vorder-, Hinter- und Nebenmann sowie unter Umständen Leitplanke, Seitenstreifen (vgl. § 18 Abs. 7 bis 9, § 49 Abs. 1 Nr. 18 StVO) oder anderen parkenden Fahrzeugen eingekeilt wiederfinden, wegen des durch die physische Zwangswirkung herbeigeführten Nötigungserfolgs im Sinne von § 240 Abs. 1 StGB in Verbindung mit § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB tatbestandsmäßig sein kann."

2. Nötigungserfolg

Dadurch, dass B durch G Gewalt angewendet hat, hat er die nochfolgenden Fahrer dazu gewungen, anzuhalten, was einen Nötigungserfolg i.S.v. § 240 I StGB

darstellt (s.o.).

3. Vorsatz
B handelte vorsätzlich, insbesondere auch bezüglich der Umstände, die seine mittelbare Täterschaft begründeten.

II. Rechtswidrigkeit
B müsste auch rechtswidrig gehandelt haben.

1. Keine Rechtfertigung
B ist nicht gerechtfertigt.

2. Verwerflichkeit, § 240 II StGB
Das Verhalten des B müsste jedoch auch verwerflich gewesen sein, § 240 II StGB.
Die Verwerflichkeit der Nötigung kann sich entweder bereits aus dem eingesetzten Mittel oder dem verfolgten Zweck ergeben oder daraus, dass zwischen beiden Elementen ein unerträgliches Missverhältnis besteht (BGHSt 35, 270).
Hierzu führt das BVerfG aus: " Das Bundesverfassungsgericht hat zum Schutz der Versammlungsfreiheit vor übermäßigen Sanktionen für die Anwendung und Auslegung der Verwerflichkeitsklausel nach § 240 Abs. 2 StGB besondere Anforderungen aufgestellt (vgl.BVerfGE 104, 92 <109 ff.>).
[39] Bei dieser am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierten Zweck-Mittel-Relation sind insbesondere die Art und das Maß der Auswirkungen auf betroffene Dritte und deren Grundrechte zu berücksichtigen. Wichtige Abwägungselemente sind hierbei die Dauer und die Intensität der Aktion, deren vorherige Bekanntgabe, Ausweichmöglichkeiten über andere Zufahrten, die Dringlichkeit des blockierten Transports, aber auch der Sachbezug zwischen den in ihrer Fortbewegungsfreiheit beeinträchtigten Personen und dem Protestgegenstand. Das Gewicht solcher demonstrationsspezifischer Umstände ist mit Blick auf das kommunikative Anliegen der Versammlung zu bestimmen, ohne dass dem Strafgericht eine Bewertung zusteht, ob es dieses Anliegen als nützlich und wertvoll einschätzt oder es missbilligt. Stehen die äußere Gestaltung und die durch sie ausgelösten Behinderungen in einem Zusammenhang mit dem Versammlungsthema oder betrifft das Anliegen auch die von der Demonstration nachteilig Betroffenen, kann die Beeinträchtigung ihrer Freiheitsrechte unter Berücksichtigung der jeweiligen Umstände möglicherweise eher sozial erträglich und dann in größerem Maße hinzunehmen sein, als wenn dies nicht der Fall ist. Demgemäß ist im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen, ob und wie weit die Wahl des Versammlungsortes und die konkrete Ausgestaltung der Versammlung sowie die von ihr betroffenen Personen einen auf die Feststellung der Verwerflichkeit einwirkenden Bezug zum Versammlungsthema haben (vgl.BVerfGE 104, 92 <112>). Das Bundesverfassungsgericht prüft, ob der Abwägungsvorgang der Fachgerichte Fehler enthält, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Auffassung von der Bedeutung und Tragweite des betroffenen Grundrechts beruhen und auch im konkreten Fall von einigem Gewicht sind (vgl.BVerfGE 104, 92 <113>).
[...]
[40] Diesen sich aus Art. 8 Abs. 1 GG ergebenden verfassungsrechtlichen Anforderungen wird der angegriffene Beschluss des Landgerichts nicht gerecht. Zum einen hat es nicht sämtliche zu berücksichtigenden Gesichtspunkte in die Abwägung eingestellt, zum anderen die zugunsten des Beschwerdeführers streitenden Umstände unter Überschreitung des den Fachgerichten zukommenden Abwägungsspielraums fehlerhaft gewichtet.
[41] Die Ausführungen des Landgerichts unterliegen bereits im Ausgangspunkt verfassungsrechtlichen Bedenken. Das Landgericht hat bei der Abwägung den Zweck der Sitzblockade, Aufmerksamkeit zu erregen und so einen Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung zu leisten, als einen für die Verwerflichkeit der Tat sprechenden Gesichtspunkt zulasten des Beschwerdeführers gewertet, obwohl dieses sogar den sachlichen Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG eröffnet und damit eine Abwägung zwischen der Versammlungsfreiheit und den hierdurch betroffenen Rechtsgütern Dritter überhaupt erst erforderlich macht. Des Weiteren hat das Landgericht verkannt, dass der Kommunikationszweck nicht erst bei der Strafzumessung, sondern im Rahmen der Verwerflichkeitsklausel gemäß § 240 Abs. 2 StGB, mithin bereits bei der Prüfung der Rechtswidrigkeit, zu berücksichtigen ist.
[42] Verfassungsrechtlich zu beanstanden ist des Weiteren, dass das Landgericht bei der Abwägung die Dauer der Aktion, deren vorherige Bekanntgabe, die Ausweichmöglichkeiten über andere Zufahrten, die Dringlichkeit des blockierten Transports sowie die Anzahl der von ihr betroffenen Fahrzeugführer gänzlich außer Betracht gelassen hat.
[43] Schließlich hat das Landgericht mit verfassungsrechtlich nicht tragfähiger Begründung den Sachbezug zwischen dem Protestgegenstand und den in ihrer Fortbewegungsfreiheit beeinträchtigten Personen verneint. Der Argumentation des Landgerichts, dass die unter Umständen betroffenen US-amerikanischen Staatsbürger und Soldaten die Irakpolitik der US-amerikanischen Regierung nicht beeinflussen könnten, so dass die Aktion von ihrem Kommunikationszweck her betrachtet ungeeignet gewesen sei, scheint die Annahme zugrunde zu liegen, dass ein derartiger Sachbezug nur dann besteht, wenn die Versammlung an Orten abgehalten wird, an denen sich die verantwortlichen Entscheidungsträger und Repräsentanten für die den Protest auslösenden Zustände oder

Ereignisse aktuell aufhalten oder zumindest institutionell ihren Sitz haben. Eine derartige Begrenzung auf Versammlungen im näheren Umfeld von Entscheidungsträgern und Repräsentanten würde jedoch die Inanspruchnahme des Grundrechts der Versammlungsfreiheit mit unzumutbar hohen Hürden versehen und dem Recht der Veranstalter, grundsätzlich selbst über die ihm als symbolträchtig geeignet erscheinenden Orte zu bestimmen, nicht hinreichend Rechnung tragen. Überdies besteht vorliegend umso weniger Anlass an dem Sachbezug zwischen dem Protestgegenstand der Aktion und den in ihrer Fortbewegungsfreiheit beeinträchtigten Personen zu zweifeln, als sich unter den betroffenen Fahrzeugführern nicht nur US-amerikanische Staatsbürger, sondern auch Mitglieder der US-amerikanischen Streitkräfte befanden, die, wenn nicht in die unmittelbare Durchführung, so doch jedenfalls in die Organisation der kritisierten militärischen Intervention im Irak eingebunden waren."

Zur Prüfung der Verwerflichkeit des Verhaltens des B ist also insb. zwischen dem Grundrecht des B auf Versammlungsfreiheit, Art. 8 I GG, also dem vom BVerfG erwähnten "Kommunikationszweck", und der von B beabsichtigten und bewirkten Beeinträchtigung des Straßenverkehrs abzuwägen.

Insofern ist insbesondere zu berücksichtigen, dass es sich bei der Demonstration um eine spontane Aktion handelte, die also auch nicht vorher bekannt gegeben wurde. Somit hatten weder die Verantwortlichen der blockierten Militärbasis noch andere Personen (z.B. Pendler), die die entsprechende Straße zu benutzen beabsichtigten, die Möglichkeit, sich hierauf einzustellen und ggf. Parallelrouten einzuplanen. Auch wurde die Straße für einen Zeitraum von einer halben Stunde, also nicht nur kurzfristig, komplett blockiert und war deshalb gar nicht mehr zu benutzen. Auch ist zu berücksichtigen, dass durch diese Blockade nicht nur Personen betroffen wurden, die mit dem Ereignis, das die Demonstration anprangern wollte, nämlich dem Krieg im Irak, unmittelbar oder mittelbar zu tun hatten, also die Angehörigen und Mitarbeiter der US-amerikanischen Streitkräfte. Durch die Straßensperrung wurden auch Dritte an der Fortbewegung gehindert, die - ohne in irgendeiner Weise mit den US-amerikanischen Streitkräften zusammenzuarbeiten - einfach nur die entsprechende Straße nutzen wollten. Die Tatsache, dass das von B verfolgte Fernziel - einen aus seiner Sicht nicht gerechtfertigten Kriegs zu verhindern - sicherlich nicht verwerflich und tatsächlich sogar höchst lobenswert ist, kann in der i.R.v. § 240 II StGB vorzunehmenden Abwägung keine Rolle spielen, da solche Fernziele bei der Nötigung nur i.R.d. Strafzumessung zu berücksichtigen sind (BGHSt 5, 246; 35, 270, 272; OLG Düsseldorf, MDR 1989, 840; OLG Stuttgart, NJW 1989, 1870; OLG Zweibrücken, StV 1990, 264; Fischer, § 240 Rn. 44; Arzt, JZ 1988, 776).

Das Verhalten des B war verwerflich und somit auch rechtswidrig.

III. Schuld

B hat auch schuldhaft gehandelt.

IV. Strafzumessung

Die hochwertigen Fernziele des B (s.o.) sind allerdings strafmildernd zu berücksichtigen.

V. Ergebnis

B ist strafbar gem. §§ 240 I, 25 I 2. Fall StGB.