

Heft 08/2011

Öffentliches Recht

Zu den Anforderungen an die Wiederholungsgefahr bei § 113 I 4 VwGO	443
Zur "VA-Befugnis" gegenüber Dritten (hier: Schuldbeitritt)	447
Zur Duldungsverfügung gegenüber Miteigentümern bei Abriss	451
Zur Formfreiheit der Anhörung nach § 28 I VwVfG	453
Zur Formbedürftigkeit der Heilung einer fehlenden Anhörung nach § 45 VwVfG	454

Zivilrecht

Zur Verbindlichkeit von Angeboten bei eBay (hier: nach Diebstahl der Sache)	458
Kein Abwehranspruch gegen Träger der Straßenbaulast bei Störung durch Dritte	461
Zur Wirksamkeit der Abtretung von Darlehensforderungen	464
Keine Rechtskrafterstreckung gegenüber der GbR	467

Strafrecht

Mittäterexzess und Rücktritt	471
Freiwilligkeit des Rücktritts bei erhöhtem Entdeckungsrisiko	474
Wegnahme und Finalzusammenhang beim Raub	476

Urteile in Fallstruktur

Öffentliches Recht: Verwendung von Anscheinswaffen bei Versammlung	482
Zivilrecht: Zugang einer Kündigungserklärung unter Ehegatten	488
Strafrecht: Ermöglichungsabsicht bei § 306b II Nr. 2 StGB	493

Literaturauswertung	502
---------------------------	-----



Öffentliches Recht

Standort: VwGO

Problem: Fortsetzungsfeststellungsinteresse

BVERFG, BESCHLUSS VOM 08.02.2011
1 BvR 1946/06 (NVwZ-RR 2011, 405)

Problemdarstellung:

Für die Zulässigkeit einer Fortsetzungsfeststellungsklage fordert § 113 I 4 VwGO ein "berechtigtes Interesse" des Klägers. Dieses sog. "Fortsetzungsfeststellungsinteresse" ist u.a. bei Wiederholungsgefahr gegeben. Anlässlich eines Falles aus dem Versammlungsrecht hat das BVerfG nun klargestellt, welche Anforderungen genau an die Wiederholungsgefahr zu stellen sind:

- *Erstens* muss die Möglichkeit bestehen, dass ein dem erledigten Fall vergleichbarer Sachverhalt erneut auftreten könnte. Hierbei ist immer wieder zu beobachten, dass die Fachgerichte bezüglich der Frage, was "vergleichbar" ist, recht kritisch sind. So hatten im vorliegenden Fall aus dem Versammlungsrecht das VG Hamburg und das OVG Hamburg gefordert, dass eine erneute Versammlung am selben Ort mit demselben Motto in demselben Umfang (Teilnehmerzahl, Veranstaltungsdauer usw.) konkret beabsichtigt sein muss. Das BVerfG steuert jedoch einen weitaus liberaleren Kurs: Im konkreten Fall hatte sich eine rechtsgerichtete Musikveranstaltung erledigt. Für das BVerfG genügte, dass eine weitere rechtsgerichtete Musikveranstaltung geplant war, weil es bei dieser "zu den gleichen Rechtsproblemen" kommen könne. Teilnehmerzahl, Ort und Dauer der Veranstaltung spielen für das BVerfG allenfalls eine untergeordnete Rolle.

- *Zweitens* muss die Behörde an ihrer zum erledigten Fall vertretenen Rechtsansicht festhalten. Auch diese Voraussetzung leuchtet unmittelbar ein: Wäre die Behörde einsichtig, würde sie ihr Fehlverhalten nicht wiederholen. Im vorliegenden Fall war interessant, dass eine gerichtliche Entscheidung im Eilverfahren nach § 80 V 1 VwGO vorlag, in der die Fehlerhaftigkeit der behördlichen Versammlungsaufgaben attestiert worden war und die Behörde diese Rechtsfehler auch eingeräumt hatte. Das BVerfG hielt dennoch eine Wiederholungsgefahr für gegeben, weil die Behörde ihren Fehler nur partiell zugegeben und nicht zu erkennen gegeben hatte, dass sie sich auch in Zukunft an die (nicht bindenden, da erstens nur für den erledigten Fall unmittelbar geltenden und zweitens nur aufgrund summarischer Prüfung zustande gekommenen) Wer-

tungen des Beschlusses im Eilverfahren halten wolle.

Prüfungsrelevanz:

Der Fall zeigt, dass an die Wiederholungsgefahr bei § 113 I 4 VwGO keine allzu strengen Anforderungen gestellt werden sollten. In einem sauberen Gutachten ist in jedem Fall auf die beiden Komponenten "erneutes Auftreten eines vergleichbaren Sachverhalts" und "fortbestehende Uneinsichtigkeit der Behörde" einzugehen.

Übrigens hat das BVerfG in der Verneinung des Fortsetzungsfeststellungsinteresses durch die Fachgerichte nur eine Verletzung der Garantie effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 IV GG angenommen, ohne in diesem versammlungsrechtlichen Fall auf Art. 8 I GG einzugehen. Dies ist richtig, denn wenn durch eine Gerichtsentscheidung ein Antrag als unzulässig abgelehnt wird, ergeht keine Sachentscheidung mehr. Das Hauptsachegericht hat dem Kläger m.a.W. den effektiven Rechtsschutz dadurch beschnitten, dass es infolge der (vermeintlichen) Unzulässigkeit der Klage die Rechtmäßigkeit der versammlungsrechtlichen Auflagen gar nicht mehr geprüft hat.

Bemerkenswert ist schließlich noch, dass das BVerfG wie beiläufig in einem Nebensatz anerkennt, dass effektiver Rechtsschutz bei vor Klageerhebung erledigten Verwaltungsakten mit der Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 I 4 VwGO zu gewähren ist. Es ist somit festzustellen, dass die vom BVerwG im Jahre 1999 ausgelöste Welle zu der Frage, ob in diesen Fällen nicht vielmehr § 43 VwGO anzuwenden sei, dem BVerfG nicht einmal eine Erwähnung wert ist. Auch in Klausuren kann daher mittlerweile empfohlen werden, diesen Streit zwar darzustellen (vgl. dazu die Vertiefungshinweise), dies aber nicht in epischer Breite, sondern unter kurzer Darstellung der wechselseitigen Argumente mit einer abschließenden Entscheidung zugunsten der analogen Anwendung des § 113 I 4 VwGO.

Vertiefungshinweise:

□ Zur Wiederholungsgefahr bei § 113 I 4 VwGO (analog): *VGH München*, RA 2007, 307 = BayVBl 2007, 373; *BVerwG*, RA 2007, 309 = NVwZ 2007, 224

□ Zu rechtsextremistischen Musikveranstaltungen: *VGH Mannheim*, KommJur 2011, 107; *Soine*, JuS 2004, 382; *Führung*, NVwZ 2001, 157.

□ Zur analogen Anwendung des § 113 I 4 VwGO bei Erledigung vor Klageerhebung: Zweifelnd *BVerwG*, RA 1999, 592 = DVBl 1999, 1660; vgl. im Anschluss daran die streitigen Darstellungen bei *Ehlers*, Jura 2001, 415; *Erichsen*, JK-2000, VwGO § 113 I/1

Kursprogramm:

□ *Examenskurs*: "Le coq est mort"

□ *Examenskurs*: "Parken nur für Töchter"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Das nach § 113 I 4 VwGO für die Zulässigkeit einer Fortsetzungsfeststellungsklage notwendige Fortsetzungsfeststellungsinteresse kann in einer Wiederholungsgefahr begründet liegen.

2. Diese setzt voraus, dass erstens die Möglichkeit besteht, dass ein dem erledigten Sachverhalt vergleichbarer Sachverhalt in absehbarer Zukunft erneut eintreten könnte und zweitens die Behörde zu erkennen gibt, für diesen Fall an ihrer bisherigen Rechtsauffassung festhalten zu wollen.

Sachverhalt:

Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen die Abweisung einer Fortsetzungsfeststellungsklage durch das VG Hamburg und die Ablehnung des dagegen gerichteten Antrags auf Zulassung der Berufung durch das OVG Hamburg.

Der Rechtsstreit betraf eine versammlungsrechtliche Auflage, die jegliche Musikdarbietungen durch Musikgruppen im Rahmen einer vom Bf. angemeldeten Versammlung untersagte. Nachdem ein für den 22.5.2004 vorgesehenes Konzert der Musikrichtung "Rechtsrock" in H. untersagt worden war, meldete der Bf. als Versammlungsleiter für den Fall, dass das Konzert nicht stattfinden könne, für den 22.5.2004 von 18 bis 22 Uhr bei der Behörde für Inneres der Freien und Hansestadt H. eine Demonstration zu dem Thema "Musikfreiheit ist Meinungsfreiheit" mit dreihundert bis fünfhundert Teilnehmern an. Als integraler Bestandteil der Demonstration wurde der Auftritt der Musikgruppen "G." aus Italien und "S." aus Großbritannien angekündigt. In ihrer mit Auflagen versehenen Anmeldebestätigung vom 21.5.2004 untersagte die Behörde für Inneres musikalische Darbietungen jeglicher Art durch Musikgruppen und ordnete die sofortige Vollziehung an.

Dagegen erhob der Bf. Widerspruch und beantragte beim VG die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung. Mit Beschluss vom 22.5.2004 stellte das VG die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs mit der Maßgabe wieder her, dass auf der Versammlung die

Texte [...] nicht dargeboten werden durften. Nachdem die Freie und Hansestadt H. gegen diesen Beschluss Beschwerde zum OVG eingelegt hatte, teilte der Bf. dem Führungs- und Lagedienst der Polizei H. und dem OVG mit, dass geringeres Interesse an der Veranstaltung bestehe, als zum Zeitpunkt ihrer Anmeldung erwartet. Die Absicht, die Demonstration durchzuführen, bestehe nicht mehr.

Mit Schreiben vom 23.5.2004 erhob der Bf. beim VG Fortsetzungsfeststellungsklage mit dem Antrag festzustellen, dass die Auflage, mit der ihm musikalische Darbietungen jeglicher Art durch Musikgruppen untersagt worden seien, rechtswidrig gewesen sei. Zur Begründung trug er im Wesentlichen vor, es bestehe Wiederholungsgefahr, weil das VG die aufschiebende Wirkung nur teilweise wiederhergestellt und die Freie und Hansestadt H. zudem dagegen Beschwerde eingelegt habe. Außerdem habe er ein Rehabilitationsinteresse.

Mit Urteil vom 14. 10. 2004 wies das VG die Klage mangels Feststellungsinteresses ab. Wiederholungsgefahr bestehe schon deshalb nicht, weil die Freie und Hansestadt H. zugestanden habe, dass die Auflage nicht frei von Rechtsfehlern, insbesondere nicht hinreichend bestimmt gewesen sei. Es sei deshalb nicht zu erwarten, dass in einer vergleichbaren Situation wieder eine Auflage dieses Inhalts gemacht werde. Wie eine rechtmäßige Auflage auszusehen habe, sei nicht Gegenstand des Verfahrens. Auch ein Rehabilitationsinteresse bestehe nicht. Mit Beschluss vom 28. 6. 2006 lehnte das OVG den Berufungszulassungsantrag des Bf. ab. Mit der Verfassungsbeschwerde macht der Bf. geltend, das Urteil des VG und der Beschluss des OVG verletzen ihn in seinem Grundrecht aus Art. 19 IV GG.

Aus den Gründen:

[18] Die zulässige Verfassungsbeschwerde wird zur Entscheidung angenommen, weil dies zur Durchsetzung der Rechte des Bf. aus Art. 19 IV 1 GG angezeigt ist (vgl. § 93b S. 1 i.V.m. § 93a II lit. b BVerfGG). Das BVerfG hat die maßgeblichen verfassungsrechtlichen Fragen bereits entschieden (vgl. BVerfGE 110, 77 [89 ff.]). Die Kammer kann deshalb nach § 93c I 1 BVerfGG der Verfassungsbeschwerde stattgeben, weil sie offensichtlich begründet ist.

[19] Die angegriffenen Entscheidungen des VG und des OVG verletzen den Bf. in seinem Recht auf effektiven Rechtsschutz nach Art. 19 IV 1 GG.

A. Garantie effektiven Rechtsschutzes

[20] Art. 19 IV 1 GG enthält ein Grundrecht auf effektiven und möglichst lückenlosen Rechtsschutz gegen Akte der öffentlichen Gewalt. Die in Art. 19 IV 1 GG verbürgte Effektivität des Rechtsschutzes wird in erster Linie von den Prozessordnungen gesichert, die wie

mit der vom Bf. in entsprechender Anwendung von § 113 I 4 VwGO erhobenen Fortsetzungsfeststellungsklage Vorkehrungen dafür treffen, dass der Einzelne seine Rechte auch tatsächlich wirksam durchsetzen kann und die Folgen staatlicher Eingriffe im Regelfall nicht ohne die Möglichkeit fachgerichtlicher Prüfung zu tragen hat (vgl. BVerfGE 96, 27 [39]; 110, 77 [85]). Die Zulässigkeit eines Rechtsschutzbegehrens ist dabei allerdings vom Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses bei der Verfolgung eines subjektiven Rechts abhängig. Damit der Rechtsschutz nicht unzumutbar beschränkt wird, dürfen aber an ein solches Rechtsschutzbedürfnis keine aus Sachgründen nicht zu rechtfertigenden Anforderungen gestellt werden (vgl. BVerfGE 78, 88 [99]; 110, 77 [85]).

I. Erstreckung auf vergangene Rechtsverletzungen

[21] Art. 19 IV 1 GG garantiert den Rechtsweg nicht nur bei aktuell anhaltenden, sondern auch bei in der Vergangenheit erfolgten Rechtsverletzungen, wenn ein darauf bezogenes Rechtsschutzbedürfnis besteht (vgl. BVerfGE 104, 220 [232f.]; 110, 77 [85]). Darüber hinaus gewährt Art. 19 IV 1 GG nach Maßgabe der Sachentscheidungsvoraussetzungen auch einen Anspruch auf Rechtsschutz in einem Hauptsache- und nicht nur in einem Eilverfahren (vgl. BVerfGE 110, 77 [86] = NJW 2004, 2510 = NVwZ 2004, 1484 L).

II. Anerkannte Fallgruppen: Wiederholungsgefahr, Rehabilitationsinteresse

[22] In versammlungsrechtlichen Verfahren sind die Anforderungen, die bei einer insoweit als Hauptsache-rechtsbehelf in Betracht kommenden Fortsetzungsfeststellungsklage für die Beurteilung des Rechtsschutzinteresses gelten, unter Berücksichtigung der Besonderheiten der Versammlungsfreiheit anzuwenden. Zwar begründet nicht jeder Eingriff in die Versammlungsfreiheit ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse. Ein solches Interesse besteht aber dann, wenn die Gefahr einer Wiederholung des Eingriffs besteht oder wenn aus Gründen der Rehabilitierung ein rechtlich anerkanntes Interesse an der Klärung der Rechtmäßigkeit angenommen werden kann (vgl. BVerfGE 110, 77 [89]). Stets anzunehmen ist ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse bei Vorliegen einer Wiederholungsgefahr (vgl. BVerfGE 110, 77 [90]). Das Erfordernis der Wiederholungsgefahr setzt dabei zum einen die Möglichkeit einer erneuten Durchführung einer vergleichbaren Versammlung durch den Betroffenen voraus, zum anderen, dass die Behörde voraussichtlich an ihrer Rechtsauffassung festhalten wird (vgl. BVerfGE 110, 77 [90] = NJW 2004, 2510).

III. Insbesondere: Wiederholungsgefahr im Versammlungsrecht

[23] Dabei reicht es aus, dass der Wille des Betroffe-

nen erkennbar ist, in Zukunft Versammlungen abzuhalten, die ihrer Art nach zu den gleichen Rechtsproblemen und damit der gleichen Beurteilung ihrer Rechtmäßigkeit führen können. Angesichts des verfassungsrechtlich geschützten Rechts des Veranstalters, über das Ziel sowie die Art und Weise der Durchführung einer Versammlung selbst zu bestimmen, darf für die Bejahung des Feststellungsinteresses nicht verlangt werden, dass die möglichen weiteren Versammlungen unter gleichen Umständen, mit einem identischen Motto und am selben Ort durchgeführt werden (vgl. BVerfGE 110, 77 [90f.]). Jedoch sind Anhaltspunkte dafür zu fordern, dass die Behörde das Verbot solcher weiteren Versammlungen oder die Beschränkung ihrer Durchführung voraussichtlich wieder mit den gleichen Gründen rechtfertigen wird. Ist gerichtlicher Eilrechtsschutz erlangt worden, bestehen aber Anhaltspunkte dafür, dass eine Behörde sich nicht an den im vorangegangenen Eilverfahren vorgenommenen gerichtlichen Bewertungen ausrichten wird, ist ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse zu bejahen, es sei denn die konkret betroffene Behörde hat eindeutig erkennen lassen, in Zukunft von einer Wiederholung der Beschränkung unter Verwendung der von ihr ursprünglich gegebenen Begründung absehen zu wollen (vgl. BVerfGE 110, 77 [91] = NJW 2004, 2510 = NVwZ 2004, 1484 L).

B. Subsumtion

[24] Nach diesen Maßstäben verletzen die angegriffenen Entscheidungen den Bf. in seinem Grundrecht aus Art. 19 IV 1 GG. Denn danach hätten die Gerichte das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr nicht verneinen dürfen.

I. Uneinsichtigkeit der Behörde

[25] Entgegen der vom OVG bestätigten Auffassung des VG ließ sich aus der Erklärung der Freien und Hansestadt H. in ihrer Klageerwiderung, die vom Bf. mit der Fortsetzungsfeststellungsklage angegriffene Auflage sei nicht frei von Rechtsfehlern, nicht schließen, dass in einer vergleichbaren Situation nicht erneut eine Auflage gleichen Inhalts erlassen werde.

1. Trotz Einräumung von Rechtsfehlern

[26] Zwar wurde mit dieser Erklärung eingeräumt, dass die jegliche Musikdarbietungen von Musikgruppen untersagende Auflage nicht frei von Rechtsfehlern gewesen sei. Diese Fehler wurden aber nur darin gesehen, dass die Auflage nicht hinreichend deutlich mache, dass ihr Kern die Untersagung von musikalischen Darbietungen der beiden vom Bf. angekündigten Skinheadbands gewesen sei, weil sie ihrem Wortlaut nach jegliche Musikdarbietung untersage. Nur insoweit hat die Freie und Hansestadt H. auch den Rechtsstreit für erledigt erklärt. Im Übrigen hat sie jedoch ausdrück-

klich daran festgehalten, dass Auftritte der vom Bf. engagierten Bands zu Recht vollständig untersagt worden seien. Die Freie und Hansestadt H. hat damit aber deutlich gemacht, dass nach ihrer Auffassung die mit der Fortsetzungsfeststellungsklage angegriffene Auflage, auch wenn sie ihrem Wortlaut nach zu weit gefasst ist, den Auftritt der vom Bf. angekündigten Musikgruppen in rechtmäßiger Weise untersagt hat.

[27] Dabei lässt die Klageerwiderung vom 17. 6. 2004 auch nicht erkennen, dass die Versammlungsbehörde an der Begründung für die Auflage nicht mehr festhält, die Inhalte der dem rechten Spektrum nahestehenden Musikgruppen bauten, selbst wenn sie weder strafbar noch indiziert seien, tendenziell Feindbilder auf, würden von weiten Teilen der Bevölkerung als aggressiv wahrgenommen, sollten Gewalthandlungen auslösen und gefährdeten die öffentliche Ordnung, weil sie bei weiten Teilen der Bevölkerung die Assoziation einer Verherrlichung nationalsozialistischen Gedankenguts hervorriefen. Dementsprechend hat die Versammlungsbehörde die Untersagung des Auftritts einer anderen Musikgruppe bei einer vom Bf. für den 4.9.2004 zum selben Thema angemeldeten Demonstration in der Anmeldebestätigung vom 25.8.2004 auch wiederum auf diese Argumentation gestützt.

[28] Räumt die Versammlungsbehörde zwar ein, dass die Formulierung einer Auflage nicht in jeder Hinsicht rechtsfehlerfrei sei, bleibt sie aber gleichzeitig dabei, dass die Auflage in ihrem Kern, dem Verbot des vom Bf. angekündigten Auftritts zweier Musikgruppen, rechtmäßig gewesen sei, ohne sich von der dem Verbot zu Grunde liegenden und auf andere Musikgruppen übertragbaren Begründung zu distanzieren, so liegen darin hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass sie an ihrer Rechtsauffassung festhalten und deshalb vergleichbare Versammlungen des Bf. aus den gleichen Gründen wie bisher durch eine Untersagung des Auftritts von Musikgruppen, die vergleichbare Musikinhalte vertreten, beschränken wird. Verneinen die Gerichte in einem solchen Fall die Wiederholungsgefahr und damit das für die Zulässigkeit der Fortsetzungsfeststellungsklage erforderliche Feststellungsinteresse, so verletzt dies den Bf. in seinem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz nach Art. 19 IV 1 GG.

2. Trotz Entscheidung im vorläufigen Rechtsschutz

[29] Die Wiederholungsgefahr ist auch nicht durch das vorangegangene Eilverfahren, in dem der Bf. in weitem Umfang Erfolg gehabt hat, entfallen. Dies wäre nur dann der Fall, wenn die betr. Behörde in Anschluss hieran eindeutig erkennen ließe, in Zukunft der Auffassung des VG folgen und von einer Wiederholung vergleichbarer Versammlungsbeschränkungen mit der von ihr ursprünglich gegebenen Begründung absehen zu wollen (vgl. BVerfGE 110, 77 [91]). Davon kann vorliegend jedoch nicht ausgegangen wer-

den.

[30] Mit Beschluss vom 22. 5. 2004 hat das VG die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Bf. gegen die jegliche Musikdarbietungen untersagende Auflage mit der Maßgabe wieder hergestellt, dass auf der Versammlung lediglich bestimmte Texte nicht dargeboten werden durften. Es hat dies damit begründet, dass eine generelle Untersagung musikalischer Darbietungen rechtsgerichteter Musikgruppen zur Gefahrenabwehr nicht erforderlich sei. Weder erfülle jeder aggressive, militante oder sonst überzogene Text einen Straftatbestand noch sei die öffentliche Ordnung stets betroffen. Lediglich ein Teil der Texte rufe deutlich zur Anwendung von Gewalt auf. Nur ein auf diese Texte beschränktes Verbot sei daher notwendig und verhältnismäßig.

[31] Die Versammlungsbehörde hat demgegenüber stets zu erkennen gegeben, dass sie diese Rechtsauffassung nicht teilt und sich folglich auch in Zukunft nicht an dieser ausrichten will. Sie hatte bereits gegen die Eilentscheidung des VG Beschwerde eingelegt – über die dann aus prozessualen Gründen nicht mehr entschieden werden musste – und auch in ihrer Klageerwiderung ausdrücklich betont, dass ihrer Ansicht nach die Darbietungen der vom Bf. angekündigten Musikgruppen zu Recht untersagt worden seien und der das Verbot der Musikdarbietungen beschränkende Beschluss des VG zu kurz greife, weil schon die Teilnahme der Bands als solche wegen der Gewaltorientierung einiger Liedtexte mit der öffentlichen Ordnung nicht in Einklang zu bringen sei. Die Versammlungsbehörde hat also keineswegs eindeutig erkennen lassen, in Zukunft von einer Wiederholung der angegriffenen Auflage mit der gleichen Begründung absehen zu wollen, sondern im Gegenteil ausdrücklich an ihrer abweichenden Rechtsauffassung festgehalten. [...]

II. Erneuter, vergleichbarer Sachverhalts

[34] Der Aufhebung der angegriffenen Entscheidung steht auch nicht entgegen, dass eine Annahme zur Entscheidung dann nicht angezeigt ist, wenn die Verfassungsbeschwerde auch bei einer Zurückverweisung an das Ausgangsgericht im Ergebnis keinen Erfolg haben könnte (vgl. BVerfGE 90, 22 [25f.]). Dies käme zwar dann in Betracht, wenn es an der weiteren für die Annahme einer Wiederholungsgefahr erforderlichen Voraussetzung der Möglichkeit einer erneuten Durchführung einer vergleichbaren Versammlung durch den Bf. fehlen würde (vgl. BVerfGE 110, 77 [90]). Jedoch kann davon nicht ausgegangen werden. Denn diese Möglichkeit kann hier nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Immerhin hatte der Bf. bereits für den 4.9.2004 erneut eine Demonstration in H. unter dem Motto "Musikfreiheit ist Meinungsfreiheit" angemeldet, in deren Rahmen wiederum eine Musikgruppe auftreten sollte. [...]

Standort: § 49a I 2 VwVfG**Problem: VA-Befugnis gegenüber Dritten**

BVERWG, URTEIL VOM 03.03.2011
3 C 19.10 (DVBL 2011, 892)

Problemdarstellung:

Nach § 49a I VwVfG sind aufgrund eines Verwaltungsakts erbrachte Leistungen zurückzufordern, soweit der Verwaltungsakt mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen, widerrufen worden oder infolge Eintritts einer auflösenden Bedingung unwirksam geworden ist. Die zu erstattende Leistung ist nach § 49a I 2 VwVfG durch (schriftlichen) Verwaltungsakt festzusetzen. Dem BVerwG stellte sich nun die Frage, ob die VA-Befugnis des § 49a I 2 VwVfG nur gegenüber dem Leistungsempfänger gilt, oder auch gegenüber Dritten (im Fall: einem durch vertraglichen Schuldbeitritt für die Rückerstattung der Leistung Haftenden).

Das OVG Weimar hatte als Berufungsinstanz die Auffassung vertreten, § 49a I 2 VwVfG gelte nur gegenüber dem Leistungsempfänger. Wolle die Behörde einen Dritten in Anspruch nehmen, müsse sie diesen auf Leistung verklagen (wobei man sich im Falle des Schuldbeitritts weiter darüber streiten könnte, ob dies vor einem Verwaltungsgericht zu geschehen hat, weil der Beitretende einer öffentlich-rechtlichen Pflicht beigetreten ist, oder die ordentlichen Gerichte zuständig sind, weil es sich bei einem Schuldbeitritt um eine zivilrechtliche Willenserklärung nach §§ 414 ff. BGB handelt).

Das BVerwG ist jedoch gegenteiliger Ansicht. Wer einer Schuld beitrete, trete dieser in vollem Umfang bei. Könne die Schuld gegenüber dem eigentlichen Schuldner durch Verwaltungsakt geltend gemacht werden, gelte dies auch gegenüber dem Beitretenden. Dieser werde durch diese Möglichkeit auch nicht unzumutbar belastet, da er nach § 28 VwVfG zuvor angehört werden müsse, seine Einwendungen also gegenüber der Behörde im Vorfeld des Erlasses des Verwaltungsakts in gleicher Weise äußern könne wie vor Gericht vor Erlass eines Urteils.

Anders sei es allerdings bei einem Bürgen: Dieser könne nicht durch Verwaltungsakt in Anspruch genommen werden, weil die Bürgschaft eine eigene Verbindlichkeit begründe, die von der Hauptschuld unabhängig sei. Ansprüche aus Bürgschaft müssen also von der Behörde eingeklagt werden (wobei das BVerwG offen lässt, ob dies vor den Verwaltungs- oder Zivilgerichten zu geschehen hätte, vgl. oben zur Ansicht des OVG Weimar).

Prüfungsrelevanz:

Die RA hat bereits mehrfach auf die sog. "VA-Befug-

nis" aufmerksam gemacht (vgl. Vertiefungshinweise). Diese besagt, dass allein in der Wahl der Handlungsform Verwaltungsakt eine Belastung für den Betroffenen liegt, weil sich die Klageobliegenheit verschiebt: Nicht mehr die Behörde muss ihre Ansprüche einklagen, sondern der Schuldner muss Klage gegen den Leistungsbescheid erheben. Hauptbeispiel für eine geregelte VA-Befugnis ist § 49a I 2 VwVfG. Als Gegenbeispiel dient der öffentlich-rechtliche Vertrag: Nach st.Rspr. des BVerwG kann der Staat Ansprüche aus einem öffentlich-rechtlichen Vertrag gegen den Bürger nicht durch Verwaltungsakt festsetzen, sondern muss diese ggf. einklagen (BVerwGE 50, 171; 59, 60; 89, 345).

Wird in einer Prüfungsaufgabe tatsächlich ein anderer als der Leistungsempfänger durch Verwaltungsakt auf Rückerstattung der Leistung in Anspruch genommen, so muss die Frage, ob die Behörde hierzu berechtigt ist, bereits im Prüfungspunkt "Ermächtigungsgrundlage" angesprochen werden. Nach dem zuvor Gesagten benötigt die Behörde nämlich nicht nur eine Ermächtigungsgrundlage für die Rückforderung der Leistung selbst (diese liegt in § 49a I 1 VwVfG), sondern auch für den Erlass eines Verwaltungsakts an sich. Diese liegt in § 49a I 2 VwVfG, wobei eben streitig ist, ob dieser auch gegenüber Dritten gilt.

Trotz des vorliegenden Machtworts des BVerwG sollte die Frage weiterhin streitig dargestellt werden, denn erstens besteht mit der Vorentscheidung des OVG Weimar (GewA 2011, 263 = NJOZ 2010, 1954) und zahlreichen Literaturstimmen (zB. Knack, VwVfG, § 49a Rn 10 m.w.N.) nach wie vor eine Gegenauffassung, und zweitens kann diese sich auf gewichtige Argumente stützen: Der gesamte § 49a VwVfG wendet sich erkennbar nur an den Leistungsempfänger (§§ 49a II 2, III 2 VwVfG sprechen wörtlich - wie auch das BVerwG einräumt - vom "Begünstigten"). Außerdem erfolgt der Schuldbeitritt durch - zu allem Überfluss auch noch: zivilrechtlichen - Vertrag. Wenn schon Leistungspflichten aus öffentlich-rechtlichem Vertrag nicht durch Verwaltungsakt festgesetzt werden dürfen, warum soll dies dann bei einem zivilrechtlichen Schuldbeitritt möglich sein?

Dennoch kann (und - jedenfalls im 2. Examen - sollte sogar) der hier wiedergegebenen, bejahenden Ansicht des BVerwG natürlich auch gefolgt werden, die gut vertretbar auf die allenfalls geringen Nachteile für den Dritten und die Abhängigkeit des Schuldbeitritts von der Ausgangsschuld verweist.

Vertiefungshinweise:

□ Vorinstanz: OVG Weimar, GewA 2011, 263 =

NJOZ 2010, 1954

VA-Befugnis bei der Rückforderung von Leistungen: *BVerwG*, RA 2006, 3 = *DVB1* 2005, 119; *VG Frankfurt*, RA 2003, 76 = *NVwZ-RR* 2003, 69

VA-Befugnis Privater: *VGH Kassel*, RA 2010, 597 = *NVwZ* 2010, 1254; *VGH Mannheim*, *KStZ* 2010, 36; *OVG Schleswig*, *NordÖR* 2006, 2163

Rückforderung einer Leistung nach § 49a VwVfG: *VG Frankfurt*, RA 2004, 349 = *NVwZ-RR* 2004, 306

Kursprogramm:

Examenskurs: "Machtwort aus Brüssel"

Examenskurs: "Baugeschäfte mit der Stadt"

Leitsatz:

Wer aufgrund eines Schuldbeitritts für eine Erstattungsschuld i.S.d. § 49a I 1 ThürVwVfG haftet, kann nach § 49a I 2 ThürVwVfG durch Leistungsbescheid in Anspruch genommen werden.

Sachverhalt:

Der beklagte Freistaat Thüringen nimmt den Kläger aufgrund eines Schuldbeitritts für die Rückzahlung einer Zuwendung in Anspruch, die er einem Wirtschaftsunternehmen gewährt hatte, an dem der Kläger als Mitgesellschafter beteiligt war. Das Berufungsgericht hat der Klage stattgegeben, weil die Inanspruchnahme des Klägers nicht durch Leistungsbescheide hätte erfolgen dürfen. § 49a I ThürVwVfG erlaube dies nur gegenüber dem Begünstigten (Leistungsempfänger). Dagegen richtet sich die Revision.

Aus den Gründen:

[11] Die Revision ist begründet. Sie führt zur Wiederherstellung des erstinstanzlichen - klagabweisenden - Urteils.

[12] Das Berufungsgericht hat zugunsten des Beklagten unterstellt, der Kläger sei der Erstattungsschuld der Gesellschaft beigetreten, und hat auch für diesen Fall angenommen, dass dem angefochtenen Leistungsbescheid die erforderliche gesetzliche Grundlage fehle. Das verletzt revisibles Recht (vgl. § 137 Abs. 1 Nr. 2 VwGO). Wer für eine Erstattungsschuld i.S.d. § 49a I 1 ThürVwVfG infolge Schuldbeitritts haftet, kann nach § 49a Abs. 1 Satz 2 ThürVwVfG durch Leistungsbescheid in Anspruch genommen werden.

A. VA-Befugnis aus § 49a I 2 VwVfG

[13] Der Beklagte hatte der Gesellschaft durch Verwaltungsakt eine Zuwendung als sog. verlorenen Zuschuss bewilligt. Wird ein solcher Verwaltungsakt mit Wirkung für die Vergangenheit widerrufen, so verlorener erbrachte Leistungen ihren Rechtsgrund; sie sind

zu erstatten. Der Erstattungsanspruch ist im Wege des Leistungsbescheides geltend zu machen. Dies besagt § 49a I ThürVwVfG ausdrücklich.

[14] Die Vorschrift ermächtigt die Behörde dazu, den Erstattungsanspruch gegen jeden Erstattungsschuldner mit den Mitteln hoheitlicher Verwaltung geltend zu machen. Voraussetzung ist hiernach nur, dass der Erstattungsanspruch besteht und dass er sich gegen den Adressaten des Leistungsbescheides richtet. Voraussetzung ist nicht, dass der Erstattungsschuldner auch der Zuwendungsempfänger ist. Es genügt, dass der Erstattungsanspruch seine Wurzel in der Zuwendung hat.

B. Gegenüber dem Begünstigten

Natürlich kommt der Zuwendungsempfänger in erster Linie als Erstattungsschuldner in Betracht.

C. Erstreckung auf Dritte

Sofern neben ihm oder an seiner Stelle aber Dritte die Erstattung schulden, ermächtigt § 49a I ThürVwVfG auch zu deren Inanspruchnahme (ebenso Sachs, in: *Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG*, 7. Auflage 2008, Rn. 31 f. zu § 49a; a.A. *Knack/Henneke, VwVfG*, 9. Auflage 2010, Rn. 10 zu § 49a; zweideutig *Kopp/Ramsauer, VwVfG*, 11. Auflage 2010, Rn. 10a zu § 49a VwVfG).

Hierbei ist gleichgültig, ob der Dritte - etwa als Rechtsnachfolger - an die Stelle des Zuwendungsempfängers getreten ist oder gesamtschuldnerisch neben diesem für die Erstattung haftet. Ebenso wenig kommt es auf den Rechtsgrund für die gesamtschuldnerische Mithaftung an; insofern unterscheidet sich die Rechtslage nach den Verwaltungsverfahrensgesetzen von derjenigen nach §§ 191, 192 AO.

I. Wortlaut

[15] Das Berufungsgericht möchte den Anwendungsbereich des § 49a I ThürVwVfG demgegenüber auf die Inanspruchnahme des Zuwendungsempfängers beschränken. Dazu besteht kein Anlass. Aus dem Wortlaut der Vorschrift ergibt sich diese Einschränkung nicht.

II. Historische Auslegung

Richtig ist zwar, dass der Gesetzgeber offenbar allein den Zuwendungsempfänger im Auge hatte. Das wird nicht nur durch die Gesetzesbegründung zu § 44a der Bundeshaushaltsordnung i.d.F. vom 14. Juli 1980 belegt, auf den § 49a VwVfG zurückgeht (vgl. *BTDrucks* 8/3785 S. 5 f.), sondern auch durch systematisch zugehörige weitere Vorschriften wie § 49a II 2, III 2 ThürVwVfG, die den Begünstigten ansprechen, sowie durch die ergänzende Vorschrift des § 50 III 2 SGB X, demzufolge die Festsetzung der zu erstattenden Leistung mit der Aufhebung des Verwal-

tungsakts verbunden werden soll, die regelmäßig - wenn auch, wie der Erbfall zeigt, nicht zwingend - an den Begünstigten zu richten ist.

III. Teleologische Auslegung

Diesen Gesichtspunkten stehen aber Sinn und Zweck der Vorschrift gegenüber, auf die der Vertreter des Bundesinteresses mit Recht hinweist und welche die vom Berufungsgericht befürwortete einschränkende Auslegung verbieten. Die Verwaltung soll im Interesse der wirtschaftlichen und sparsamen Verwendung öffentlicher Mittel berechtigt und grundsätzlich sogar verpflichtet sein, zu Unrecht ausgereichte Subventionen möglichst rasch und effektiv wieder einzuziehen. Das naheliegende Mittel hierzu ist der Leistungsbescheid. Das Gesetzesziel würde aber nur unvollkommen erreicht, dürfte die Verwaltung dieses Mittel nur gegenüber dem Begünstigten einsetzen, nicht hingegen gegenüber Dritten, die gleichermaßen erstattungspflichtig sind.

[16] Verfassungsrechtliche Bedenken gegen diese Auslegung des § 49a I ThürVwVfG bestehen nicht. Durch die hoheitliche Inanspruchnahme wird der seinerseits erstattungspflichtige Dritte nicht unzumutbar beschwert. Er wird nicht grundlos in Anspruch genommen; in Rede stehen nur die verfahrensrechtlichen Möglichkeiten der Durchsetzung einer ohnehin bestehenden Erstattungspflicht. Allein damit, dass dies auf hoheitliche Weise - durch Leistungsbescheid - erfolgt, ist aber kein ins Gewicht fallender Nachteil verbunden. Hierzu müssen nicht sämtliche Eingriffswirkungen der Handlungsform Verwaltungsakt in den Blick genommen werden (dazu etwa OVG Lüneburg, NVwZ 1989, 880; Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O. Rn. 25 ff. zu § 35 VwVfG; Knack/Henneke, a.a.O. Rn. 40 vor § 35 VwVfG; Druschel, Die Verwaltungsaktbefugnis, Diss. Halle-Wittenberg 1999, S. 30 ff.); es genügt der Vergleich mit der alternativen Leistungsklage.

1. Leistungsklage für Betroffenen nicht günstiger

Richtig ist, dass der Leistungsbescheid gegenüber der Leistungsklage für die Verwaltung den Vorteil mit sich bringt, sich selbst einen vollstreckbaren Titel verschaffen zu dürfen; der Gegner muss demzufolge im Streitfall die Prozessrolle des Klägers, nicht des Beklagten einnehmen. Sollte hierin überhaupt ein Nachteil zu sehen sein (zweifelnd bereits BVerwGE 89, 345 [350]), so stünden dem doch erhebliche Vorteile gegenüber. Ein Leistungsbescheid kann nur auf der Grundlage eines Verwaltungsverfahrens ergehen, in dem der Betroffene gesetzlich bestimmte Verfahrensrechte wie insbesondere das Recht auf Anhörung genießt; und er unterliegt im vom Bundesgesetzgeber vorgesehenen Regelfall gemäß § 68 VwGO der Überprüfung in einem Widerspruchsverfahren durch eine

zumeist höhere Behörde (vgl. BSGE 60, 209 [212 f.]; Martens, NVwZ 1993, 27 [28 f.]; vgl. ähnlich Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O. Rn. 28 zu § 35 VwVfG). Das führt dazu, dass Einwände des Betroffenen schon im Leistungsbescheid Berücksichtigung finden, so dass es der - zeitaufwendigen und teuren - Inanspruchnahme der Gerichte oft gar nicht mehr bedarf. Schließlich verursacht der Leistungsbescheid als solcher weit geringere Kosten als ein Leistungsurteil.

2. Durch Schuldbeitritt erfolgt (auch) Eintritt in die VA-Befugnis

[17] b) Wer einer öffentlich-rechtlichen Erstattungsverpflichtung beiträgt, wird selbst in gleicher Weise zur Erstattung verpflichtet.

[18] Der Beitretende übernimmt durch den Schuldbeitritt eine Haftung, die inhaltlich mit der Erstattungsverpflichtung des Zuwendungsempfängers identisch ist. Er wird dadurch selbst Schuldner der öffentlich-rechtlichen Erstattungsforderung und möglicher Adressat eines auf § 49a Abs. 1 ThürVwVfG gestützten Leistungsbescheides. Insofern liegt es nicht anders als in der gesetzlichen Folge einer Vermögensübernahme nach § 419 BGB a.F. Dies hat der Senat für die Pflicht zur Erstattung von Ausgleichsleistungen nach dem Lastenausgleichsgesetz bereits entschieden (Urteil vom 29. März 1984 - BVerwG 3 C 18.83 - Buchholz 427.7 § 40 RepG Nr. 2; Beschluss vom 26. Juli 2007 - BVerwG 3 B 5.07 - Buchholz 427.3 § 349 LAG). Das findet entgegen der Ansicht des Klägers seine Begründung nicht in Besonderheiten des Lastenausgleichsrechts, sondern gilt allgemein (vgl. ebenso BSG, Urteil vom 3. September 1986 - 9a RV 10/85 - BSGE 60, 209 [210]).

[19] Wie die Vermögensübernahme nach § 419 BGB a.F. kraft Gesetzes, so bewirkt der Schuldbeitritt kraft Vertrages eine Schuldmitübernahme; er schafft eine gesamtschuldnerische Haftung des Beitretenden neben dem ursprünglichen Schuldner für die gegen diesen zur Zeit des Beitritts bestehenden - ggf. künftigen oder bedingten - Ansprüche des Gläubigers. Der Beitritt schafft keinen neuen Anspruch, sondern setzt den Anspruch gegen den Haupt- oder Urschuldner voraus und begründet für diesen Anspruch lediglich die Mithaftung des Beitretenden. Der Anspruch gegen den Beitretenden ist damit inhaltlich identisch mit dem Anspruch gegen den Haupt- oder Urschuldner. Er teilt dessen Rechtsnatur; ist dieser öffentlich-rechtlich, so gehört auch die Haftschuld des Beitretenden dem öffentlichen Recht an (Urteil vom 22. April 1970 - BVerwG 5 C 11.68 - BVerwGE 35, 170 [172]; unter Bezugnahme hierauf BGH, Urteil vom 22. Juni 1978 - III ZR 109/76 - BGHZ 72, 56 [59 f.], ebenso dann Urteil vom 16. Oktober 2007 - XI ZR 132/06 - BGHZ 174, 39 [Rn. 23] und Beschluss vom 17. September 2008 - III ZB 19/08 - WM 2008, 2153). Er teilt dann

aber auch dessen verfahrensrechtliche Implikationen; der Gläubiger kann seinen Anspruch auch dem mithaftenden Dritten gegenüber in gleicher Weise geltend machen wie gegenüber dem Haupt- oder Urschuldner selbst. Wohnt dem öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch eine hoheitliche Komponente inne, so gilt dies jedem Erstattungspflichtigen gegenüber (vgl. BSG, Urteil vom 3. September 1986 - 9a RV 10/85 - BSGE 60, 209 [210]).

3. Kein Vergleich zur Bürgschaft

[20] Damit unterscheidet sich der Schuldbeitritt von der Bürgschaft. Die Bürgschaft begründet eine von der Verbindlichkeit des Hauptschuldners verschiedene, eigene Verbindlichkeit des Bürgen, für die Erfüllung durch den Hauptschuldner einzustehen. Sie ist keine bloße Haftungsübernahme. Ihr Rechtscharakter bestimmt sich nicht aus der Art der Hauptschuld. Sie trägt ihren Rechtsgrund vielmehr in dem Sinne in sich, dass sie keiner weiteren Rechtfertigung mehr bedarf (BGHZ 90, 187 [189 f.]). Typisch für die Bürgschaft ist deshalb ein auf die Person des Schuldners bezogenes Sicherungsinteresse des Dritten, während Motiv für den Schuldbeitritt typischerweise ein spezifisches Eigeninteresse des Dritten am Hauptschuldverhältnis ist (BGH, Urteil vom 25. September 1980 - VII ZR 301/79 - NJW 1981, 47).

Damit ist nicht entschieden, ob eine Bürgschaft stets privatrechtlicher Natur ist, wie der Bundesgerichtshof annimmt (so - ihm folgend - auch VGH München, Urteil vom 23. November 1989 - 22 B 88.3677 - NJW 1990, 1006 m. zust. Anm. Arndt), oder, weil und sofern sie einem öffentlichen Zweck dient, auch als öffentlich-rechtliche zu qualifizieren sein kann (so Jochum in: Festschrift für Kriele, 1997, S. 1193 [1208]). Auch mag bezweifelt werden, ob eine öffentlich-rechtliche Besicherung, die wegen Nichtbeachtung des § 57 VwVfG formnichtig ist, in eine formgültige privatrechtliche Bürgschaft umgedeutet werden kann (so BGH, Urteil vom 16. Oktober 2007 a.a.O. und Beschluss vom 17. September 2008 a.a.O.). Das Bundesverwaltungsgericht hat zu diesen Fragen bislang nicht Stellung genommen. Es hat lediglich entschieden, dass eine Bürgschaft, mit der eine ihrerseits privatrechtliche Darlehensschuld besichert wurde, pri-

vatrechtlicher Natur ist (BVerwGE 105, 302 [305]; a.A. noch BVerwGE 35, 170 [171 f.]). Für eine Besicherung eines öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs durch Bürgschaft folgt hieraus nichts. Erst recht folgt hieraus nichts zu der weiteren Frage, ob der aus einer öffentlich-rechtlichen Bürgschaft Verpflichtete im Wege des Leistungsbescheides herangezogen werden dürfte. § 49a Abs. 1 VwVfG ermächtigt hierzu jedenfalls nicht.

4. Kein anderes Ergebnis angesichts der Vertragsform

[21] Dass der Schuldbeitritt durch Vertrag erfolgt, steht dem Bisherigen nicht entgegen. Richtig ist, dass durch Vertrag begründete Pflichten grundsätzlich nicht durch den Erlass von Verwaltungsakten durchgesetzt werden dürfen, wenn nicht eine zusätzliche gesetzliche Grundlage dies erlaubt (BVerwGE 50, 171; 59, 60; 89, 345). Eine solche gesetzliche Grundlage bietet aber § 49a I ThürVwVfG. Auf sie zurückzugreifen, wird auch durch die Vertragsform nicht wiederum ausgeschlossen. Es ist gerade Gegenstand des Vertrages, dass der Dritte die Erstattungsverpflichtung des Zuwendungsempfängers einschließlich ihrer öffentlichen Rechtsnatur und ihrer hoheitlichen Implikationen übernimmt. Deshalb wurde in dem Umstand, dass die Schuldmitübernahme durch Vertrag begründet wird und werden muss, niemals ein Hindernis gesehen.

[22] Aus § 61 ThürVwVfG ergibt sich nichts anderes. Hiernach kann sich jeder Vertragsschließende der sofortigen Vollstreckung aus einem subordinationsrechtlichen öffentlich-rechtlichen Vertrag unterwerfen. Daraus lässt sich nicht schließen, dass die Zwangsvollstreckung nach den Vorschriften der Prozessordnungen die einzige zulässige Form der zwangsweisen Durchsetzung vertraglicher Ansprüche sei. Die Vorschrift besagt lediglich, dass ohne eine solche Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung die Vollstreckung unmittelbar aus dem Vertrag selbst unzulässig ist. Ihr lässt sich aber nicht entnehmen, dass über die vertraglichen Ansprüche nicht auch ein Leistungsbescheid ergehen und dieser alsdann mit den Mitteln der Verwaltungsvollstreckung durchgesetzt werden dürfte. [...]

Standort: Baurecht**Problem: Duldungsverfügung bei Abriss**

OVG LÜNEBURG BESCHLUSS VOM 06.05.2011
1 ME 14/11 (DVBL 2011, 915 L)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall hatte sich das OVG Lüneburg mit der Frage zu beschäftigen, ob gegenüber einer Ehefrau eine Duldungsverfügung erlassen werden muss, bevor gegenüber ihrem Ehemann eine Abrissverfügung im Wege des Verwaltungszwangs durchgesetzt werden kann, wenn das Grundstück, auf dem das abzureißende Haus steht, gemeinsames Eigentum der Eheleute ist.

A. Normalerweise wäre dies der Fall. Denn der Abriss des Gebäudes griffe auch in die Rechte der Ehefrau als Miteigentümerin ein (Art. 14 I 1 GG). Läge ihr gegenüber keine Duldungsverfügung vor, erfolgte der Eingriff ihr gegenüber rechtsgrundlos mit der Folge, dass er erstens rechtswidrig wäre und zweitens der Ehefrau Ansprüche auf Unterlassen (bzw. nach erfolgtem Abriss auf Folgenbeseitigung und/oder Schadensersatz) zustehen können.

B. Im vorliegenden Fall war es jedoch so, dass die zu vollstreckende Abrissverfügung zwar nur gegenüber dem Ehemann vollstreckt werden sollte (was dadurch deutlich wurde, dass nur ihm gegenüber Zwangsmittel angedroht worden waren und nur von ihm die Kosten verlangt wurden), sie aber auch gegenüber der Ehefrau galt, da sie gegenüber dem Rechtsvorgänger der Eheleute (Voreigentümer) erlassen worden war und durch den Erwerb des Miteigentums beide Eheleute in dessen Rechtsposition eingetreten waren. Liegt gegenüber dem Miteigentümer auch eine Abrissverfügung vor, ergibt sich aus dieser bereits eine eigene Duldungspflicht (und zugleich der Rechtsgrund für den Abriss, sodass keine Unterlassungs-, Folgenbeseitigungs- oder Schadensersatzansprüche bestehen). Des (erneuten) Erlasses einer Duldungsverfügung bedarf es dann nicht mehr.

C. Man kann sich also Folgendes merken: Soll ein Verwaltungsakt vollstreckt werden, und greift die Vollstreckung zugleich in Rechte Dritter ein, muss gegenüber dem Dritten zuvor eine Duldungsverfügung erlassen werden, weil die Vollstreckung ihm gegenüber ansonsten rechtswidrig - da rechtsgrundlos - wäre. Dies gilt jedoch nicht, wenn der Dritte selbst (Mit-) Adressat des zu vollstreckenden Verwaltungsakts ist.

Prüfungsrelevanz:

Nicht selten greift die Vollstreckung eines Verwaltungsakts in Rechte Dritter ein. Bei Sachen, zumal bei Grundstücken, lassen sich solche Fälle besonders leicht bilden (man denke neben dem Miteigentum nur

an Erbbaurechte, dingliche Nutzungsrechte u.v.m.). Deshalb eignet sich diese Konstellation für Prüfungsaufgaben, in denen danach gefragt ist, ob ein Dritter sich gegen solche Vollstreckungsmaßnahmen wehren kann, besonders gut.

Als Anspruchsgrundlage des Dritten auf Unterlassen von Vollstreckungsmaßnahmen kommt vor allem der öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch in Betracht, der zwar nicht kodifiziert ist, sich jedoch aus Grundrechten, dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 III GG oder § 1004 BGB analog ableiten lässt und mittlerweile gewohnheitsrechtlich anerkannt ist.

Dieser setzt tatbestandlich einen nicht zu duldenen, hoheitlichen Eingriff in subjektiv-öffentliche Rechte des Anspruchstellers voraus. Beim Eingriff in subjektiv-öffentliche Rechte ist auf die (Mit-)Berechtigung des Anspruchstellers am Grundstück abzustellen, die - obschon häufig privatrechtlicher Natur (Miteigentum, Nießbrauch, Erbbaurecht etc.) - über Art. 14 I 1 GG geschützt sein dürfte. Somit liegt eine subjektiv-öffentliche Rechtsposition vor, in die durch einen bevorstehenden Abriss unproblematisch auch hoheitlich eingegriffen wird.

Bei der sodann entscheidenden Frage des Bestehens oder Nichtbestehens einer Duldungspflicht des Dritten ist darauf einzugehen, ob es einer Duldungsverfügung ihm gegenüber überhaupt bedarf (zu bejahen) und ob eine solche ggf. vorliegt (also entweder eigens erlassen wurde oder - wie hier - in der Abrissverfügung selbst zu sehen ist, weil diese auch an den Dritten adressiert war und somit ihm gegenüber bereits ein Duldungsgebot enthielt). Sollte demgegenüber keine eigene Duldungsverfügung ergangen und der Dritte auch nicht Adressat der Abrissverfügung sein, wäre der Abriss von ihm nicht zu dulden, er könnte Unterlassen verlangen.

Vertiefungshinweise:

❑ Abrissverfügung trotz bestehender Baugenehmigung: *OVG Berlin-Brandenburg*, RA 2010, 655 = NVwZ-RR 2010, 794

❑ Sofortige Vollziehbarkeit einer Abrissverfügung: *OVG Greifswald*, RA 2008, 690 = NVwZ-RR 2008, 669; *BVerwG*, NVwZ-RR 1992, 360

❑ Konkludente Duldungsverfügung durch Verwaltungszwang: *VG Weimar*, RA 2000, 530 = NVwZ-RR 2000, 478

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Das geerbte Eigenheim"

❑ *Examenskurs*: "Das illegale Wochenendhaus"

Leitsätze:

1. Erwirbt ein Ehepaar ein Grundstück, für dessen Gebäude eine bestandskräftige Beseitigungsverfügung vorliegt, muss der Ehefrau gegenüber keine Duldungsverfügung erlassen werden, wenn die Beseitigungsverfügung dem Ehemann gegenüber durchgesetzt werden soll.

2. Zur Berechtigung, den "Totalabriss" eines Gebäudes zu fordern, für dessen Teile eine Baugenehmigung existiert.

Sachverhalt:

Der Antragsteller wendet sich gegen eine Verfügung des Antragsgegners vom 18. Oktober 2010, mit der er als Rechtsnachfolger des Adressaten einer Verfügung vom 14. September 2006 festgestellt und die Festsetzung von Zwangsmitteln zur Vollstreckung dieser Verfügung angedroht wurde.

Der Antragsteller ist zusammen mit seiner Ehefrau seit Oktober 2007 als Eigentümer für das Grundstück B. D. in A. im Grundbuch eingetragen. Auf dem Grundstück befindet sich ein Gebäude, das in seinen Ursprüngen im Jahr 1957 als Wochenendhaus mit einem flach geneigten Dach genehmigt wurde. Im Jahr 1985 wurde der Anbau einer Garage an das Gebäude durchgeführt. Im Jahr 2004 erhielt der Antragsgegner Kenntnis davon, dass das auf dem Grundstück aufstehende Gebäude mittlerweile erheblich vergrößert worden war und von den Ausmaßen des ursprünglich genehmigten Gebäudes sowohl in seiner Grundfläche als auch in der Dachgestaltung abwich.

Unter dem 14. September 2006 erließ der Antragsgegner gegen den Voreigentümer - eine Erbengemeinschaft - eine Beseitigungsverfügung für das Gebäude sowie weitere Nebenanlagen auf dem Grundstück mit der Maßgabe, dass diese Beseitigung frühestens zum 1. Januar 2011 durchgeführt werden müsse und im Übrigen ein Austauschmittel angeboten werden könne. Diese Verfügung ist inzwischen bestandskräftig geworden, der Antragsteller und seine Ehefrau sind in diese im Wege der Rechtsnachfolge mit Erwerb des Grundstücks von der Erbengemeinschaft eingetreten.

Nachdem diverse Verhandlungen des Antragstellers mit der Antragsgegnerin über eine Duldung bzw. nachträgliche Genehmigung der nicht genehmigten Bauteile erfolglos blieben, setzte die Antragsgegnerin dem Antragsteller zur Beseitigung des gesamten Bauwerks eine Frist bis spätestens 1. Januar 2011, wobei sie auf die Abrissverfügung vom 14. September 2006 verwies.

Dagegen wendet sich der Antragsteller mit seiner Beschwerde.

Aus den Gründen.

Die Beschwerde hat keinen Erfolg. Das Beschwerdevorbringen, auf dessen Überprüfung der Senat gem. §

146 IV 6 VwGO beschränkt, ist rechtfertigt nicht die Änderung des angegriffenen Beschlusses.

A. Tatbestand**I. Bestandskräftiger Grundverwaltungsakt**

Soweit sich die Einwendungen des Antragstellers inhaltlich auf die ursprüngliche Beseitigungsanordnung vom 14. September 2006 beziehen, kann er schon deshalb damit nicht durchdringen, weil Einwendungen gegen die bestandskräftige Grundverfügung, um deren Vollstreckung es geht, im Vollstreckungsverfahren ausgeschlossen sind, sofern sie sich nicht aus einer zwischenzeitlichen Änderung der Sach- oder Rechtslage ergeben. Anhaltspunkte dafür sind jedoch nicht ersichtlich.

Der Antragsteller hat nicht vorgetragen, dass der Antragsgegner seine Vorgehensweise seit dem Jahr 2006 grundsätzlich geändert habe. [wird ausgeführt]

II. Duldungsverfügung gegen die Miteigentümern

Die Androhung der Vollstreckung, mit der das eigentliche Vollstreckungsverfahren bereits begonnen wird, leidet nicht deshalb an einem Fehler, weil eine Duldungsverfügung gegenüber weiteren an dem Grundstück Berechtigten notwendig ist, aber nicht rechtzeitig erlassen worden wäre.

1. Zweck: Ausschluss von Unterlassungsansprüchen gegen die Vollstreckung

Eine Duldungsverfügung gegenüber der Ehefrau des Antragstellers als Miteigentümerin war hier nicht notwendig. Zweck einer Duldungsverfügung ist es, einen von einer auf § 89 NBauO basierenden Beseitigungsanordnung nicht Betroffenen, aber am Grundstück Berechtigten in Kenntnis zu setzen von der zu vollstreckenden Verfügung und zugleich Vollstreckungshindernisse, die sich durch dessen Weigerung, das hinzunehmen ergeben könnten, rechtzeitig zu beseitigen.

2. Nicht erforderlich bei Erstreckung des Grundverwaltungsakts auf den Miteigentümer

Hier liegt der Fall jedoch anders. Der Antragsteller und seine Ehefrau sind je zur ideellen Hälfte Rechtsnachfolger der Voreigentümer geworden. Die diesen gegenüber erlassenen Verfügung vom 14. September 2006 entfaltet unmittelbar kraft Gesetzes gem. § 89 II 3 NBauO gegenüber beiden Rechtsnachfolgern Wirkung, d.h. gegenüber dem Antragsteller und zugleich seiner Ehefrau. Dies gilt auch und gerade im Fall des Eigentumserwerbs durch Kauf (vgl. Große-Suchsdorf/Lindorf/Schmaltz/Wiechert, NBauO, 8. Aufl., § 89 Rn. 90 ff.).

Der Rechtsnachfolger tritt in die verfahrensrechtliche Position seines Rechtsvorgängers ein (Große-Suchs-

dorf a. a. O., Rn 94). Dies gilt daher sowohl für den Antragsteller als auch für seine Ehefrau, die zusammen Rechtsnachfolger der Voreigentümer - einer Erbengemeinschaft - geworden sind. Nicht erfasst ist von der Regelung des § 89 II 3 NBauO nur die Androhung von Zwangsmitteln, die deshalb dem Rechtsnachfolger "persönlich" angedroht werden müssen. Daneben muss die Behörde dem Rechtsnachfolger die Verfügung bekannt geben, um deren Verbindlichkeit ihm gegenüber für den Fall der Vollstreckung geltend zu machen (Große-Suchsdorf a. a. O., Rn 94 und 128). [...]

Jedenfalls war eine weitere (Überleitungs-)Verfügung gegenüber der Miteigentümerin, der Ehefrau des Antragstellers, nicht erforderlich, weil dieser gegenüber Zwangsmittel nicht angedroht worden sind und die "Überleitung" oder Bekanntgabe der Beseitigungsanordnung nur als Voraussetzung für die Anwendung von Zwangsmitteln im Hinblick auf deren höchstpersönlichen Charakter als notwendig angesehen wird.

B. Rechtsfolge

Ermessensfehler bei der Auswahl des Antragstellers für die Inanspruchnahme durch die Vollstreckung der auf ihn und seine Ehefrau gem. § 89 II 3 NBauO übergebenen Beseitigungsanordnung sind nicht erkennbar.

I. Störerauswahl

Der Antragsteller hatte jeweils allein unter seinem Namen Verhandlungen geführt, die Bauanträge (2007 und 2010) gestellt und sich damit als der - alleinige - Ansprechpartner im Hinblick auf die baurechtlichen Fragen dargestellt. Dementsprechend durfte der An-

tragsgegner gerade den Antragsteller als Adressaten für die Vollstreckung der auf ihn und seine Ehefrau übergebenen Verfügung auswählen. [...]

II. Mittelauswahl

Die Vollstreckung der unanfechtbaren Beseitigungsanordnung vom 14. September 2006 ist auch nicht deshalb unverhältnismäßig, weil eine Teilbeseitigung ausreichend gewesen wäre und deshalb nur diese hätte gefordert werden dürfen. Abgesehen davon, dass die Verfügung vom 14. September 2006 hier nicht - mehr - zu überprüfen ist, ist auch ein Fehler insoweit nicht zu erkennen. Der Behörde ist es wegen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sogar verwehrt, dem Eigentümer verbindlich vorzugeben, in welcher Weise er ein Bauwerk verändern soll, das in seiner Gesamtheit so nicht genehmigungsfähig ist (Große-Suchsdorf a.a.O., § 89 Rn. 46; BVerwG, DÖV 1966, 249 = BayVBl. 1966, 58). Dem Eigentümer ist die Prüfung, welche anderen Maßnahmen konkret in Betracht kommen, kraft Art. 14 GG zugewiesen, zudem leichter möglich als der Bauaufsichtsbehörde. Er hat deshalb entsprechende Vorschläge als Austauschmittel anzubieten. Darauf geht bereits die Beseitigungsanordnung vom 14. September 2006 hinreichend ein. [...] Verzichtet er auf das - von der Behörde akzeptierte - Austauschmittel, bleibt der Bauaufsichtsbehörde nur die Möglichkeit, den Gesamtabriss anzuordnen und gegebenenfalls durchzusetzen, da es nicht Sache der Behörde ist, dem Eigentümer eigene - andere - Vorschläge für einen Umbau zu oktroyieren, andererseits eine Genehmigungsfähigkeit der abzubrechenden Teile und damit des Gebäudes in den jetzt vorhandenen Maßen nicht ersichtlich ist.

Standort: Verwaltungsrecht AT

Problem: Anhörung

OVG LÜNEBURG, BESCHLUSS VOM 31.03.2010
4 LC 281/08 (NJW 2010, 2601)
BSG, URTEIL VOM 09.11.2010
B 4 AS 37/09 R (NJW 2011, 1996)

Problemdarstellung:

Die vorliegenden Entscheidungen des OVG Lüneburg und des BSG befassen sich mit der Frage, in welcher Form eine Anhörung gem. § 28 I VwVfG durchzuführen und in welcher Form sie ggf. nach § 45 I Nr. 3 VwVfG zu heilen ist. Die Entscheidungen sind zu § 24 I SGB X ergangen. Dieser entspricht aber dem prüfungsrelevanteren § 28 I VwVfG, sodass die Ausführungen der Gerichte ohne Einschränkung auf diesen übertragen werden können.

A. In seinem Beschluss vom 31.03.2010 (4 LC 281/08) stellt das OVG Lüneburg klar, dass die Anhö-

rung selbst an keinerlei Form gebunden ist. Sie kann deshalb auch mündlich (im Fall sogar: telefonisch) erfolgen. Es bedürfe auch keiner Fristsetzung zur Äußerung.

B. Etwas anderes gilt nach dem Urteil des BSG vom 09.11.2010 (B 4 AS 37/09 R) allerdings für die Heilung einer fehlenden Anhörung im Gerichtsverfahren. Nach kurzer Feststellung, dass eine Heilung im Revisionsverfahren ohnehin nicht mehr möglich sei (vgl. § 45 II VwVfG) vertritt das Gericht die Ansicht, dass es auch im Ausgangs- oder Berufungsverfahren keinesfalls ausreiche, wenn der Behördenvertreter etwa im Termin zur mündlichen Verhandlung aufstehe und den ihm gegenüber sitzenden Kläger auffordere, nunmehr (mündlich) zu erklären, was er denn zu dem gegen ihn erlassenen Verwaltungsakt zu sagen habe. Vielmehr müsse ein förmliches Anhörungsverfahren durchgeführt werden, das i.d.R. darin zu bestehen habe, dass

dem Betroffenen ein Anhörungsbogen übersandt werde.

C. Mit dieser Ansicht erteilt das BSG der Gegenansicht eine Absage, die - ähnlich wie für die Anhörung selbst - auch für die Heilung derselben keine besondere Form fordert. Erst Recht kann nach der Ansicht des BSG (unausgesprochen) in der Klageerhebung selbst keine Heilung gesehen werden (auch dies sehen manche Gerichte - allerdings zu Unrecht - anders, vgl. dazu die Vertiefungshinweise).

Prüfungsrelevanz:

Eine Anhörung nach § 28 VwVfG wird in folgenden Schritten geprüft:

A. Sie muss zunächst erforderlich sein. Dies setzt nach § 28 I VwVfG voraus, dass ein belastender Verwaltungsakt erlassen werden soll und es sich beim Anzuhörenden um einen "Beteiligten" i.S.d. § 13 VwVfG handelt.

B. Ist eine Anhörung erforderlich, ist weiter zu fragen, ob sie durchgeführt worden ist. Hier erlangt die Entscheidung des OVG Lüneburg Bedeutung, wonach selbst ein Telefonanruf genügen kann. Wichtig: Die Anhörung ist jedoch nicht mit bloßen Sachstandsfragen zu verwechseln. Der Beteiligte muss mindestens mit der Absicht der Behörde konfrontiert werden, einen bestimmten Verwaltungsakt gegen ihn zu erlassen, und ihm müssen die entscheidungserheblichen Tatsachen mitgeteilt werden, denn wie sonst könnte er sich zu diesen äußern? Formfreiheit darf also nicht mit Inhaltsfreiheit verwechselt werden.

C. Ist die Anhörung nicht oder nicht ordnungsgemäß im o.g. Sinne durchgeführt, sind die Entbehrlichkeitsgründe des § 28 II, III VwVfG ins Auge zu fassen.

D. Liegen auch solche nicht vor, kommt allenfalls noch eine Heilung nach § 45 I Nr. 3 VwVfG in Betracht.

I. Diese liegt nach st.Rspr. des BVerwG (E 61, 50) jedenfalls in der Durchführung eines Widerspruchsverfahrens, denn in seinem Widerspruch hat der Beteiligte regelmäßig Gelegenheit, sich zu allen relevanten Tatsachen zu äußern.

II. Diese Heilungsmöglichkeit versagt aber, wenn es - wie in manchen Bundesländern - kein Widerspruchsverfahren mehr gibt (vgl. nur § 8a NdsAGVwGO, § 110 JustG NRW) oder wenn - wie im Fall des BSG - die entscheidungserheblichen Tatsachen nicht im Verwaltungsakt, sondern erst im Widerspruchsbescheid mitgeteilt wurden (der Verwaltungsakt also keine oder jedenfalls keine vollständige Begründung enthielt).

III. Dann bleibt nur noch eine Heilung im Klageverfahren. Zeitlich ist dies wegen § 45 II VwVfG jedenfalls in der Tatsacheninstanz kein Problem. Fraglich ist aber, welche Anforderungen an eine solche Hei-

lung zu stellen sind. Diesbezüglich macht das BSG überzeugende Ausführungen dazu, dass eine gewisse Förmlichkeit einzuhalten ist. Im Verwaltungsverfahren - vor Erlass des Verwaltungsakts - mag eine Formfreiheit der Anhörung noch angehen, nicht aber im Gerichtsverfahren, also *nachträglich*, wenn der Anhörungszweck nicht völlig leerlaufen soll.

IV. Keinesfalls sollte man der Ansicht des OVG Münster (RA 2009, 158 = NVwZ-RR 2009, 159) folgen, wonach sogar allein die Klageerhebung (dort gar: ein Antrag im vorläufigen Rechtsschutz nach § 80 V 1 VwGO) für sich genommen zur Heilung ausreichen soll, also weder eine förmliche noch überhaupt eine Anhörung durch die Behörde nötig sei. Dann liefe § 28 I VwVfG völlig leer (vgl. hierzu die vertiefenden Anmerkungen in RA 2009, 158).

Vertiefungshinweise:

Fehlende Anhörung und vorläufiger Rechtsschutz: *OVG Münster*, RA 2009, 158 = NVwZ-RR 2009, 159; *OVG Hamburg*, RA 2007, 360 = NVwZ-RR 2007, 364

Keine Heilung fehlender Anhörung durch Klage und Replikmöglichkeit: *BVerwG*, NJW 1981, 1683, 1684; *VG Berlin*, RA 2001, 483 = NJW 2002, 1063

Kursprogramm:

Examenskurs: "Stipendium"

1. Teil: Entscheidung des OVG Lüneburg vom 31.03.2010 (4 LC 281/08):

Leitsatz:

Eine Anhörung kann selbst dann, wenn der zu erlassene Verwaltungsakt schriftlich erteilt werden muss, mündlich und damit auch telefonisch erfolgen. Ein ausdrücklicher Hinweis, dass der Beteiligte sich äußern kann, ist ebenso wenig erforderlich wie die Setzung einer Äußerungsfrist.

Sachverhalt:

Die Beteiligten streiten über die Rückforderung von Leistungen zur Ausbildungsförderung. Die 1987 geborene Kl. begann im Wintersemester 2006/2007 das Studium der Biologie. Unter dem 29. 11. 2006 stellte sie bei dem Studentenwerk einen Antrag auf Ausbildungsförderung. Mit Bescheid vom 28.2.2007 gewährte das Studentenwerk im Auftrag des Amtes für Ausbildungsförderung bei der Bekl. der Kl. eine Ausbildungsförderung für den Zeitraum von Dezember 2006 bis September 2007 in Höhe von monatlich 503 Euro. Im Abschnitt G dieses Bescheids ("Einkommen der Eltern") waren in der Spalte, die mit der Überschrift "Vater" versehen war, Einkünfte von 1.869,27 Euro angegeben. Die mit "Mutter" überschriebene

Spalte enthielt dagegen keine Eintragung.

Am 1. 8. 2007 stellte die Kl. erneut einen Antrag auf Ausbildungsförderung. Daraufhin teilte ihr der zuständige Sachbearbeiter ausweislich eines Aktenvermerks am 7.8.2007 telefonisch mit, dass bei der Bearbeitung des Wiederholungsantrags festgestellt worden sei, dass das Einkommen der Mutter der Kl. bei der Gewährung der Ausbildungsförderung für den Zeitraum von Dezember 2006 bis September 2007 versehentlich nicht berücksichtigt worden sei. Man habe das Einkommen der Mutter der Kl. irrtümlich "beim Vater signiert". Da die Kl. den Antrag mit den Unterlagen über die Einkommen beider Elternteile übersandt habe, hätte sie nach Erhalt des Bescheids feststellen können, dass nur ein Einkommen bei der Berechnung der Ausbildungsförderung zu Grunde gelegt worden sei.

Mit Bescheid vom 31. 8. 2007 nahm das Studentenwerk namens und im Auftrag des Amtes für Ausbildungsförderung bei der Bekl. den Bewilligungsbescheid zurück und forderte die Kl. zur Rückzahlung von 4.527 Euro auf. Gegen diesen Bescheid hat die Kl. Klage erhoben. Das VG hat den Rückforderungsbescheid des bekl. Studentenwerks aufgehoben. Die Berufung der Bekl. hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Der angefochtene Bescheid ist entgegen der Annahme der Kl. weder in formeller noch in materiell-rechtlicher Hinsicht zu beanstanden.

A. Formelle Rechtmäßigkeit

Die Kl. kann dem angefochtenen Bescheid nicht mit Erfolg entgegenhalten, dass sie vor Erlass des Bescheids nicht angehört worden sei.

I. Mündliche Anhörung zulässig

Nach § 24 I SGB X ist einem Beteiligten vor Erlass eines Verwaltungsakts, der in seine Rechte eingreift, Gelegenheit zu geben, sich zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu äußern. Die Anhörung kann selbst dann, wenn der zu erlassene Verwaltungsakt schriftlich erteilt werden muss, mündlich und damit auch telefonisch erfolgen (Schroeder-Printzen u.a., SGB X, 3. Aufl., § 24 Rdnr. 7; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Aufl., § 28 Rdnr. 39). Ein ausdrücklicher Hinweis, dass der Beteiligte sich äußern kann, ist nicht erforderlich. Es genügt vielmehr, dass der Beteiligte erkennen kann, dass er Gelegenheit zur Äußerung zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen hat. Das Gesetz sieht auch nicht vor, dass dem Beteiligten für seine Äußerung eine Frist zu setzen ist.

II. Subsumtion

Diesen Maßgaben hat das namens und im Auftrag der Bekl. handelnde Studentenwerk schon durch das Telefonat des zuständigen Sachbearbeiters mit der Kl. am

7.8.2007 hinreichend Rechnung getragen. Der Sachbearbeiter hat die Kl. ausweislich seines Vermerks vom 7.8.2007 darauf hingewiesen, dass im Zusammenhang mit der Bearbeitung des Wiederholungsantrags festgestellt worden sei, dass das Einkommen des Vaters der Kl. beim Erlass des Bewilligungsbescheids vom 28.2.2007 nicht berücksichtigt worden sei, was die Kl. nach Erhalt des Bescheids hätte feststellen können. Der Sachbearbeiter hat der Kl. ferner mitgeteilt, dass das Studentenwerk nun einen entsprechenden neuen Bescheid erlassen werde, dass der Kl. keine Ausbildungsförderung zustehe und dass die bereits gezahlte Ausbildungsförderung zurückgefordert werde. Damit ist die Kl. sowohl über die beabsichtigte Entscheidung als auch die für die Entscheidung erheblichen Tatsachen informiert worden.

Zugleich hat die Kl. Gelegenheit erhalten, sich zu den für die Entscheidung über die Rücknahme des Bewilligungsbescheids und die Rückforderung der gezahlten Ausbildungsförderung maßgeblichen Tatsachen zu äußern.

B. Materielle Rechtmäßigkeit

Der angefochtene Bescheid ist ferner in materiell-rechtlicher Hinsicht rechtmäßig. [Wird ausgeführt.]

2. Teil: Entscheidung des BSG vom 09.11.2010 (B 4 AS 37/09 R)

Leitsatz:

Die Nachholung der fehlenden Anhörung während des Gerichtsverfahrens setzt voraus, dass die beklagte Behörde dem Kläger in angemessener Weise Gelegenheit zur Äußerung einräumt und danach zu erkennen gibt, ob sie nach Prüfung dieser Tatsachen am bisher erlassenen Verwaltungsakt festhält (Bestätigung von BSG, SozR 3-1300 § 24 Nr. 22).

Sachverhalt:

Die Bet. streiten darüber, ob die Bekl. berechtigt war, die Bewilligung von Arbeitslosengeld II für die Zeit vom 1.3. bis zum 31.7.2005 aufzuheben und die Erstattung von 2.525 Euro zu verlangen.

Der Kl. beantragte am 14.2.2005 Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende und gab dabei an, er beziehe bis zum 28.2.2005 Arbeitslosengeld. Am 2.3.2005 teilte der Kl. mit, dass er seit dem 25.2.2005 Krankengeld beziehe. Gleichwohl gewährte die Bekl. dem Kl. mit Bescheid vom 18.4.2005 für den Zeitraum vom 1.3. bis zum 31.7.2005 Alg II in Höhe von 505 Euro monatlich.

Die Bekl. hob den Bewilligungsbescheid mit Bescheid vom 14. 7. 2005 unter Hinweis auf § 48 SGB X wegen des Bezugs von Krankengeld auf. Hiergegen legte der

Kl. Widerspruch mit der Begründung ein, er habe den Bezug von Krankengeld mitgeteilt. Den Widerspruch wies die Bekl. mit der Begründung zurück, der Bewilligungsbescheid sei gem. § 45 SGB X zurückzunehmen. Der Kl. könne sich nicht auf Vertrauensschutz berufen. Er habe die Rechtswidrigkeit des Bescheids infolge grober Fahrlässigkeit nicht erkannt, denn er habe der dem Bescheid beigefügten Berechnung entnehmen können, dass keinerlei Einkommen angerechnet worden sei.

Das SG Schleswig hat die angefochtenen Bescheide aufgehoben. Das LSG Schleswig-Holstein hat auf die Berufung der Bekl. das Urteil des SG aufgehoben und die Klage abgewiesen. Die vom LSG zugelassene Revision, mit der der Kl. die Verletzung der §§ 24, 41 SGB X rügte, hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

[11] Der Rücknahmebescheid ist wegen Verstoßes gegen die Anhörungspflicht nach § 24 SGB X rechtswidrig.

A. Anhörungspflicht

Nach § 24 I SGB X ist, bevor ein Verwaltungsakt erlassen wird, der in Rechte eines Beteiligten eingreift, diesem Gelegenheit zu geben, sich zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu äußern. Nach Absatz 2 der Vorschrift kann davon unter bestimmten – hier jedoch nicht einschlägigen – Ausnahmen abgesehen werden.

B. Insbesondere bei erstmaliger Tatsachenmitteilung im Widerspruchsbescheid

[12] Die Bekl. hat dem Kl. im Ausgangsbescheid nicht alle entscheidungserheblichen Haupttatsachen mitgeteilt, auf die sich die Rücknahme auf der Grundlage ihrer Rechtsansicht stützen wollte.

Entscheidungserheblich i.S. von § 24 I SGB X sind alle Tatsachen, die zum Ergebnis der Verwaltungsentscheidung beigetragen haben, d.h., auf die sich die Verwaltung auch gestützt hat (BSGE 69, 247). Die Bekl. hatte die Aufhebung der Bewilligungsentscheidung im Ausgangsbescheid zunächst auf § 48 SGB X gestützt. Erstmals im – insoweit maßgebenden – Widerspruchsbescheid vom 31. 8. 2005 ging die Bekl. davon aus, dass für die Rücknahme der Leistungsbeurteilung § 45 SGB X einschlägig sei. Sie sah auch die Voraussetzungen einer Rücknahme für die Vergangenheit als erfüllt an, weil der Kl. die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes infolge grober Fahrlässigkeit nicht gekannt habe (§ 45 IV 1 i.V. mit § 45 II 3 Nr. 3 SGB X).

C. Keine Anhörung durchgeführt

[13] Die Bekl. hat dem Kl. im Verwaltungsverfahren zu der erstmals im Widerspruchsbescheid angeführten

inneren Tatsache, er habe die Rechtswidrigkeit des Bewilligungsbescheids vom 18. 4. 2005 zumindest infolge grober Fahrlässigkeit nicht erkannt, keine Gelegenheit zu einer vorherigen Stellungnahme eingeräumt. Hierdurch hat sie § 24 SGB X verletzt.

D. Keine Heilung im Gerichtsverfahren

[14] Die fehlende Anhörung ist auch nicht nach § 41 II i.V.m. I Nr. 3 SGB X nachgeholt worden.

I. Revisionsverfahren

Eine Heilung im Revisionsverfahren ist nicht mehr möglich.

II. Ausgangs- und Berufungsverfahren

Der Senat folgt der bisherigen Rechtsprechung des BSG, wonach eine Nachholung der Anhörung im Gerichtsverfahren jedenfalls ein entsprechendes "mehr oder minder" förmliches Verwaltungsverfahren - gegebenenfalls unter Aussetzung des Gerichtsverfahrens - voraussetzt (BSG, SozR 3-1300 § 24 Nr. 22, S. 74; SozR 4-5868 § 3 Nr. 3 Rdnr. 17). Der Auffassung, die Nachholung der Anhörung gem. § 41 I Nr. 3 SGB X müsse sich während des gerichtlichen Verfahrens in einem besonderen Verwaltungsverfahren vollziehen, folgt auch die herrschende Meinung in der Literatur (Schütze, in: v. Wulffen, SGB X, 7. Aufl. [2010], § 41 Rdnr. 16; Waschull, in: LPK-SGB X, 2. Aufl. [2007], § 41 Rdnr. 15; Gregarek, in: Jahn, SGB, Stand: 2010, § 41 SGB X Rdnr. 22).

1. Förmlichkeit des Heilungsverfahrens

[15] Die Nachholung der fehlenden Anhörung setzt außerhalb des Verwaltungsverfahrens voraus, dass die Handlungen, die an sich nach § 24 I SGB X bereits vor Erlass des belastenden Verwaltungsakts hätten vorgenommen werden müssen, von der Verwaltung bis zum Abschluss der gerichtlichen Tatsacheninstanz vollzogen werden. Ein während des Gerichtsverfahrens zu diesem Zweck durchzuführendes förmliches Verwaltungsverfahren liegt vor, wenn die bekl. Behörde dem Kl. in angemessener Weise Gelegenheit zur Äußerung zu den entscheidungserheblichen Tatsachen gegeben hat und sie danach zu erkennen gibt, ob sie nach erneuter Prüfung dieser Tatsachen am bisher erlassenen Verwaltungsakt festhält. Dies setzt regelmäßig voraus, dass - gegebenenfalls nach freigestellter Aussetzung des Verfahrens gem. § 114 II 2 SGG - die Behörde den Kl. in einem gesonderten "Anhörungsschreiben" alle Haupttatsachen mitteilt, auf die sie die belastende Entscheidung stützen will und sie ihm eine angemessene Frist zur Äußerung setzt. Ferner ist erforderlich, dass die Behörde das Vorbringen des Betroffenen zur Kenntnis nimmt und sich abschließend zum Ergebnis der Überprüfung äußert.

2. Ablehnung der Gegenansicht

[16] Der Senat stimmt der Einschätzung des BerGer., es handele sich insoweit nur um eine inhaltsleere Formalität, nicht zu. Denn die in § 24 SGB X normierte Anhörungspflicht verlöre jeglichen Gehalt, wenn der Verstoß im gerichtlichen Verfahren ohne jegliches formalisiertes Verfahren geheilt werden könnte. Vielmehr können nur die genannten verfahrensrechtlichen Anforderungen gewährleisten, dass die mit dem Anhörungsverfahren verfolgten Zwecke jedenfalls teilweise zur Geltung kommen. Mit der Regelung über die Anhörung beabsichtigt der Gesetzgeber, allgemein das Vertrauensverhältnis zwischen dem Bürger und der Sozialverwaltung zu stärken und die Stellung des Bürgers insbesondere durch den Schutz vor Überraschungsentscheidungen zu stärken (BT-Dr 7/868, S. 28 u. 45). Insbesondere soll der Betroffene Gelegenheit erhalten, durch sein Vorbringen zum entscheidungserheblichen Sachverhalt die bevorstehende Verwaltungsentscheidung zu beeinflussen (BSGE 75, 159 = NVwZ 1996, 824; BSGE 69, 247 [252]; BSG, NZS 2003, 500 = SozR 3-1300 § 24 Nr. 21).

[17] Die genannten Zwecke können zwar ohnehin in

vollem Umfang nur erfüllt werden, wenn die Anhörung vor Erlass des belastenden Verwaltungsaktes durchgeführt wird. Darüber hinaus kann eine Heilung des Verfahrensmangels nach den mit der Anhörung verfolgten Funktionen noch während des Widerspruchsverfahrens erfolgen, wenn dem Betroffenen während des Vorverfahrens - z.B. durch Einlegung des Widerspruchs - hinreichende Gelegenheit gegeben worden ist, sich zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu äußern (BSGE 89, 111 [114] = NJW 2002, 2810; BSG, NZS 2004, 555 = SozR 4-1300 § 24 Nr. 1). Befindet sich die Verwaltungsentscheidung hingegen nicht mehr im Verantwortungsbereich der Bekl., so kann eine jedenfalls teilweise Verwirklichung der mit den Anhörungshandlungen verfolgten Zwecke nur noch erreicht werden, wenn durch die genannten verfahrensrechtlichen Vorkehrungen sichergestellt wird, dass die Nachholung der Verfahrenshandlung sich in einer dem Anhörungsverfahren möglichst vergleichbaren Situation vollzieht. Dies ist hier nach den für den Senat bindenden Feststellungen des LSG nicht gegeben.

IMPRESSUM

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

*Zivilrecht***Standort: BGB AT****Problem: Angebot**

BGH, URTEIL VOM 08.06.2011
VIII ZR 305/10 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Bekl. beendete eine eBay-Auktion vorzeitig, da ihm der angebotene Gegenstand (eine gebrauchte Digitalkamera) gestohlen worden war. Zum Zeitpunkt der vorzeitigen Beendigung war der Kl. Höchstbietender. Die AGB von eBay sehen vor, dass eine Auktion vorzeitig beendet werden kann, wenn der Anbieter gesetzlich berechtigt war, das Angebot zurückzunehmen. Als Grund hierfür nennt eBay auf seiner Website in der Rubrik „Hinweise“ u.a. den Verlust des angebotenen Artikels. Der Kl. verlangt Schadensersatz.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung widmet sich der Frage, unter welchen Voraussetzungen der Abbruch einer eBay-Auktion erfolgen kann. Im Zusammenhang mit der eBay-Entscheidung des Senats vom 11.05.2011 (ZIP 2011, 1108) kann die Problematik leicht in eine Klausur einfließen.

Das Schadensersatzbegehren des Kl. könnte gem. §§ 280 I, III, 283 oder gem. § 311 a II BGB gerechtfertigt sein. Die Wahl der Anspruchsgrundlage richtet sich danach, zu welchem Zeitpunkt ein über eBay zu schließender Vertrag zustande kommt. Das Berufungsgericht war der Ansicht, dass der Vertrag erst mit dem regulären Ablauf der Auktion zustande komme, so dass ein vorheriger Untergang der Sache zur anfänglichen Unmöglichkeit führe. Mithin sei ein Schadensersatzbegehren auf § 311 a II BGB zu stützen. Der Senat lässt die Frage offen, da jedenfalls beide Anspruchsgrundlagen das Vorliegen eines Schuldverhältnisses verlangen. Ein solches war hier jedoch gar nicht entstanden.

Der Bekl. hatte durch das Einstellen des Artikels ein Angebot i.S.d. §§ 145 ff. BGB abgegeben. Diese Willenserklärung ist nach ständiger Rechtsprechung aber im Lichte der eBay-AGB zu sehen (BGH, NJW 2005, 53; BGHZ 149, 129 [133 ff.]). Diese wirken zwar nicht unmittelbar zwischen den Nutzern, da sie nur im Verhältnis zwischen eBay und dem einzelnen Nutzer vereinbart werden. Doch haben sie bei der Auslegung des jeweiligen Erklärungsinhalts des Nutzers indizielle Wirkung. Damit gab der Bekl. kein uneinge-

schränktes Angebot, sondern ein solches ab, das unter dem Vorbehalt einer berechtigten Angebotsrücknahme stand. Die Berechtigung zur Rücknahme war zwar nicht unmittelbar in den eBay-AGB geregelt. Doch dürfen nach Ansicht des Senats auch die „Hinweise“ auf der Website zur weiteren Konkretisierung des Erklärungsinhalts herangezogen werden. Aus diesen wird ersichtlich, dass ein Verlust und damit auch ein Diebstahl des angebotenen Artikels zur Angebotsrücknahme berechtigt.

Damit hat der Bekl. zulässigerweise von seinem Vorbehalt der Angebotsrücknahme gebrauch gemacht, so dass ein Vertrag nicht zustande gekommen ist. Folglich scheiterte der Kl. mit seinem Schadensersatzverlangen.

Vertiefungshinweise:

- Zur Wirkung der eBay-AGB im Verhältnis zwischen den Nutzern: *BGH*, NJW 2005, 53; NJW 2002, 363; *Wiebe*, MMR 2001, 105; *Ernst*, CR 2001, 117; *Rüfner*, JZ 2001, 764
- Zur Haftung bei fremder Nutzung des eBay-Accounts: *BGH*, RA 2011, 433 = ZIP 2011, 1108

Kursprogramm:

- Examenskurs*: “Die Internetauktion”
- Examenskurs*: “Anonym im Web”

Leitsatz (der Redaktion):

Unter Berücksichtigung von § 10 I 5 der eBay-AGB wird ein vom Anbietenden abgegebenes Angebot nur unter dem Vorbehalt einer berechtigten Angebotsrücknahme erklärt. Entsprechend der auf der eBay-Website veröffentlichten „Hinweise“ zur berechtigten Angebotsrücknahme fällt hierunter ein Verlust des angebotenen Gegenstandes, mithin auch ein Diebstahl. Macht der Anbietende von diesem Vorbehalt gebrauch, kommt ein Vertrag nicht zustande.

Sachverhalt:

Der Beklagte stellte am 23. August 2009 eine gebrauchte Digitalkamera nebst Zubehör bei eBay für sieben Tage zur Internetauktion mit einem Startpreis von 1 € ein. Am folgenden Tag um 18.06 Uhr beendete der Beklagte die Auktion vorzeitig. Zu diesem

Zeitpunkt war der Kläger, der ein Maximalgebot von 357 € abgegeben hatte, mit dem aktuellen Gebotsbetrag von 70 € Höchstbietender.

Die für die vorliegende Auktion maßgeblichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen von eBay (im Folgenden: eBay-AGB) enthalten in § 10 Abs. 1 folgende Regelungen:

"Stellt ein Anbieter auf der eBay-Website einen Artikel im Angebotsformat Auktion ein, gibt er ein verbindliches Angebot zum Abschluss eines Vertrages über diesen Artikel ab. Dabei bestimmt der Anbieter einen Startpreis und eine Frist (Angebotsdauer), binnen derer das Angebot per Gebot angenommen werden kann. Der Bieter nimmt das Angebot durch Abgabe eines Gebots über die Bieten-Funktion an. Das Gebot erlischt, wenn ein anderer Bieter während der Angebotsdauer ein höheres Gebot abgibt. Bei Ablauf der Auktion oder bei vorzeitiger Beendigung des Angebots durch den Anbieter kommt zwischen Anbieter und Höchstbietendem ein Vertrag über den Erwerb des Artikels zustande, es sei denn der Anbieter war gesetzlich dazu berechtigt, das Angebot zurückzunehmen und die vorliegenden Gebote zu streichen...."

In den auf der Website von eBay zugänglichen Hinweisen zum Auktionsablauf wird als Grund für eine vorzeitige Angebotsbeendigung unter anderem der Verlust des angebotenen Artikels genannt.

Der Kläger forderte den Beklagten vergeblich zur Lieferung der Kamera auf. Er begehrt mit seiner Klage Schadensersatz in Höhe des behaupteten Wertes der Kamera (1.125,32 €) und des Zubehörs (87,64 €) abzüglich des Gebotsbetrages (70 €), insgesamt 1.142,96 € nebst Zinsen,

Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe von 155,30 €. Der Beklagte beruft sich darauf, dass er zum vorzeitigen Abbruch der Auktion berechtigt gewesen sei, weil ihm die Kamera am Nachmittag des 24. August 2009 gestohlen worden sei.

Die Klage hat in den Vorinstanzen keinen Erfolg gehabt. Dagegen wendet sich der Kläger mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, mit der er sein Klagebegehren weiterverfolgt.

Aus den Gründen:

[6] Die Revision hat keinen Erfolg.

A. Ausführungen des Berufungsgerichts

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

[8] Dem Kläger stehe der mit der Klage geltend gemachte Anspruch auf Schadensersatz nicht zu, weil zwischen den Parteien kein Kaufvertrag zustande gekommen sei. Der Beklagte habe nachgewiesen, dass ihm die Digitalkamera am 24. August 2009 gestohlen worden sei. Aus diesem Grund sei er gemäß § 10 Abs. 1 eBay-AGB berechtigt gewesen, das Angebot zurück-

zunehmen. Unter einer "gesetzlichen" Berechtigung zur Angebotsrücknahme im Sinne dieser Bestimmung sei nicht nur ein Anfechtungsrecht nach §§ 119 ff. BGB zu verstehen. Vielmehr sei die unscharf formulierte und daher auslegungsbedürftige Bestimmung dahin auszulegen, dass sie auch den Fall erfasse, in dem wegen Untergangs des Kaufgegenstandes gemäß § 275 Abs. 1 BGB eine Befreiung von der Primärleistungspflicht eintrete. Für diesen Fall regle § 10 Abs. 1 eBay-AGB - abweichend vom allgemeinen Leistungsstörungsrecht - dass eine Berechtigung zur Angebotsbeendigung bestehe und ein Kaufvertrag nicht zustande komme. Für diese Auslegung sprächen die Hinweise, die eBay den Kunden gebe. In ihnen werde als triftiger Grund dafür, ein Angebot vorzeitig zu beenden, unter anderem genannt, dass der Artikel verloren gegangen, beschädigt oder anderweitig nicht mehr zum Verkauf verfügbar sei. Damit gehe eBay selbst davon aus, dass auch der Verlust des Kaufgegenstandes zur Angebotsbeendigung berechtige.

[9] Weiterhin sei zu berücksichtigen, dass bei Internetauktionen die Abgabe des verbindlichen Höchstgebotes erst dann zum Vertragsschluss führe, wenn der Bietende auch noch zum regulären Ablauf der Auktion das Höchstgebot halte. Zwar müsse der Bieter davor geschützt werden, dass die Anbieter ihre Angebote aus wirtschaftlichen Erwägungen und damit sachfremden Erwägungen beendeten. Allerdings dürfe dieses Schutzbedürfnis des Bieters nicht dazu führen, dass dem Anbieter faktisch keine Möglichkeit mehr verbleibe, ein Angebot dann zu beenden, wenn er ansonsten "sehenden Auges" in eine anfängliche Unmöglichkeit laufen würde.

[10] Dem Beklagten könne nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass er unmittelbar nach Feststellen des Diebstahls das Angebot gestrichen habe. Wäre es ihm darum gegangen, seinen Schaden zu minimieren, so hätte er weiter abwarten können, bis höhere Angebote auf die Kamera abgegeben worden wären. Dies hätte dann dazu geführt, dass der von ihm zu ersetzende Schaden entsprechend geringer geworden wäre. Der Kläger sei somit im Zeitpunkt, als es zur Beendigung der Auktion durch den Beklagten gekommen sei, nur zufällig Höchstbietender gewesen. Er habe damit noch keine gesicherte Rechtsposition dahingehend erlangt, die es ihm nun erlaube, Schadensersatz in der begehrten Größenordnung geltend zu machen, obwohl sein eigenes Maximalgebot nicht bei 70 €, sondern bei 357 € gelegen habe.

B. Entscheidung des BGH

[11] Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung stand. Die Revision ist daher zurückzuweisen.

[12] Dem Kläger steht der geltend gemachte Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung nicht zu. Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, dass ein

Kaufvertrag über die dem Kläger während der laufenden Internetauktion gestohlene Kamera nicht zustande gekommen ist, weil der Kläger dazu berechtigt war, die Auktion wegen des Diebstahls vorzeitig zu beenden.

I. Anspruch aus § 283 oder § 311 a II BGB erfordert Schuldverhältnis

[14] Ein Anspruch des Beklagten auf Schadensersatz statt der Leistung - sei es wegen anfänglicher oder wegen nachträglicher Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1 und 4 in Verbindung mit §§ 280, 283 oder § 311a BGB) - setzt voraus, dass zwischen den Parteien ein Kaufvertrag über die vom Kläger angebotene Kamera zustande gekommen ist. Daran fehlt es.

1. Berücksichtigung der AGB

[15] Nach der Rechtsprechung des Senats kommt ein Kaufvertrag im Rahmen einer bei eBay durchgeführten Internetauktion durch Willenserklärungen der Parteien - Angebot und Annahme - gemäß §§ 145 ff. BGB zustande. Dabei richtet sich der Erklärungsinhalt der Willenserklärungen (§§ 133, 157 BGB) auch nach den Bestimmungen über den Vertragsschluss in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen von eBay, denen die Parteien vor der Teilnahme an der Internetauktion zugestimmt haben (Senatsurteil vom 3. November 2004 - VIII ZR 375/03, NJW 2005, 53 unter II 2 a aa; vgl. auch Senatsurteil vom 7. November 2001 - VIII ZR 13/01, BGHZ 149, 129, 133 ff.). In die Auslegung der Willenserklärung des Beklagten ist deshalb, wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat, die Bestimmung von § 10 Abs. 1 eBay-AGB über das Zustandekommen eines Vertrages bei vorzeitiger Beendigung der Auktion einzubeziehen. Davon geht auch die Revision aus.

2. Angebot unter Vorbehalt

[16] Indem der Beklagte auf der Website von eBay die Kamera nebst Zubehör mit einem Startpreis von 1 € zur Versteigerung anbot und die Auktion startete, gab er ein verbindliches Verkaufsangebot ab, das sich an den richtete, der innerhalb der auf sieben Tage angesetzten Laufzeit der Auktion das höchste Gebot abgibt (vgl. Senatsurteil vom 3. November 2004 - VIII ZR 375/03, aaO). Dieser Erklärungsinhalt der Willenserklärung des Beklagten steht im Einklang mit § 10 Abs. 1 Satz 1 und 2 eBay-AGB.

[17] Damit ist der Erklärungsinhalt des Angebots des Beklagten jedoch nicht vollständig erfasst. § 10 Abs. 1 Satz 5 eBay-AGB räumt dem Anbietenden unter der dort genannten Voraussetzung das Recht ein, sein Angebot vor Ablauf der festgesetzten Auktionszeit zurückzunehmen, und regelt, dass bei einer berechtigten Rücknahme des Angebots kein Vertrag zustande kommt. Aufgrund dieser Bestimmung ist das Ver-

kaufsangebot des Beklagten aus der Sicht der an der Auktion teilnehmenden Bieter (§§ 133, 157 BGB) dahin zu verstehen, dass es unter dem Vorbehalt einer berechtigten Angebotsrücknahme steht. Ein solcher Vorbehalt, der die Bindungswirkung des Verkaufsangebots einschränkt, verstößt auch nicht gegen die von der Revision herangezogenen Grundsätze über die Bindungswirkung eines Angebots (§§ 145, 148 BGB), sondern ist zulässig. Gemäß § 145 BGB kann der Antragende die Bindungswirkung seines Angebots ausschließen. Ebenso kann er sie einschränken, indem er sich den Widerruf vorbehält. Das ist hier der Fall.

3. Berechtigung zur Rücknahme des Angebots

a) Vorliegen der Berechtigung

[18] Entgegen der Auffassung der Revision war der Beklagte wegen des Diebstahls der angebotenen Kamera gemäß § 10 Abs. 1 Satz 5 eBay-AGB dazu berechtigt, sein Verkaufsangebot vor Ablauf der Auktionszeit zurückzunehmen mit der Folge, dass aufgrund der berechtigten Angebotsrücknahme ein Kaufvertrag mit dem Kläger als dem im Zeitpunkt der Auktionsbeendigung Höchstbietenden nicht zustande gekommen ist.

[19] Das Berufungsgericht hat mit Recht die Formulierung "es sei denn, der Anbieter war gesetzlich dazu berechtigt, das Angebot zurückzunehmen und die vorliegenden Gebote zu streichen" als auslegungsbedürftig angesehen und unter Berücksichtigung der auf der Website von eBay gegebenen Hinweise zum Ablauf der Internetauktion dahin ausgelegt, dass der Diebstahl der Kamera für den Beklagten ein Recht zur Angebotsrücknahme begründete.

b) Berücksichtigung der Hinweise

[21] Ohne Erfolg beanstandet die Revision, dass das Berufungsgericht die auf der Website von eBay gegebenen Hinweise zum Ablauf der Internetauktion in die Auslegung von § 10 Abs. 1 Satz 5 eBay-AGB einbezogen hat.

[22] Das Berufungsgericht ist bei der Auslegung von § 10 Abs. 1 Satz 5 eBay-AGB vom Wortlaut ausgegangen, dabei aber nicht stehen geblieben. Es hat mit Recht angenommen, dass für das Verständnis dieser Bestimmung durch die Auktionsteilnehmer auch und gerade die erläuternden Hinweise von eBay zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Recht zur vorzeitigen Angebotsbeendigung besteht, von Bedeutung sind. Diese Erläuterungen über die "Spielregeln" der Auktion, die jedem Auktionsteilnehmer zugänglich sind, beeinflussen das wechselseitige Verständnis der Willenserklärungen der Auktionsteilnehmer und sind deshalb auch maßgebend für den Erklärungsinhalt des Vorbehalts einer berechtigten Angebotsrücknahme, unter dem jedes Verkaufsangebot gemäß § 10

Abs. 1 Satz 5 eBay-AGB steht.

[23] Unter Berücksichtigung dieser Hinweise hat das Berufungsgericht mit Recht angenommen, dass die Bezugnahme in § 10 Abs. 1 Satz 5 eBay-AGB auf eine "gesetzliche" Berechtigung zur Angebotsbeendigung nicht im engen Sinn einer Verweisung nur auf die gesetzlichen Bestimmungen über die Anfechtung von Willenserklärungen (§§ 119 ff. BGB) zu verstehen ist. Nach den rechts- fehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts wird in den Hinweisen von eBay zur Angebotsbeendigung auch der Verlust des Verkaufsgegenstandes, worunter auch ein Diebstahl fällt, als rechtfertigender Grund für eine vorzeitige Angebotsbeendigung aufgeführt. Das Berufungsgericht hat deshalb mit Recht angenommen, dass § 10 Abs. 1 Satz 5 eBay-AGB hinsichtlich der Bezugnahme auf eine "gesetzliche" Berechtigung zur Angebotsbeendigung unscharf formuliert ist und auch den Fall des Diebstahls der angebotenen Sache erfasst. Aus den Hinweisen zur Auktion ist damit für alle Auktionsteilnehmer ersichtlich, dass der Anbieter berechtigt ist, das Verkaufsangebot wegen Diebstahls der Sache zurückzuziehen, und sein Angebot unter diesem Vorbehalt steht. Auch für den Kläger war das Verkaufsangebot des Beklag-

ten so zu verstehen. Ob der Kläger von den Hinweisen zur Auktion tatsächlich Kenntnis genommen hat, ist für die Bestimmung des objektiven Erklärungswerts des Angebots des Beklagten (§§ 133, 157 BGB) unerheblich.

II. Kein Verstoß gegen Regeln des Leistungsstörungenrechts

[26] Die aus den Hinweisen abzuleitende Auslegung von § 10 Abs. 1 Satz 5 eBay-AGB dahingehend, dass auch der Verlust des Verkaufsgegenstandes zur Angebotsrücknahme berechtigt, verstößt auch nicht, wie die Revision meint, gegen die allgemeinen Regeln des Leistungsstörungenrechts (§§ 275 ff. BGB). Eine Anwendung der §§ 275 ff. BGB setzt einen zustande gekommenen Vertrag voraus. Daran fehlt es hier, weil das Angebot des Verkäufers, wie ausgeführt, nach § 10 Abs. 1 Satz 5 eBay-AGB unter dem Vorbehalt einer berechtigten Angebotsrücknahme steht und deshalb kein Vertrag zustande kommt, wenn - wie im vorliegenden Fall - wegen Diebstahls des Verkaufsgegenstandes ein zur Rücknahme des Angebots berechtigender Grund vorliegt.

Standort: Deliktsrecht

Problem: Störer i.S.d. § 1004 BGB

OLG KARLSRUHE, URTEIL VOM 07.04.2011
12 U 24/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Kl. ist Eigentümerin eines Grundstücks, auf dem sie einen Geschäftsbetrieb betreibt. Über das Grundstück spannen sich eine Eisenbahn- und eine Fuß- bzw. Radfahrerbrücke. Der Schienenstrang, der in einem Schotterbett verlegt ist, kann vom Fuß- und Radweg erreicht werden.

Die Kl. beklagt Eigentumsverletzungen, die dadurch entstehen, dass unbekannte Passanten Schottersteine von der Brücke auf das Grundstück werfen und dabei z.B. die zum Geschäftsbetrieb gehörenden Pkw beschädigen. Sie verlangt von der Trägerin der Straßenbaulast hinsichtlich der Gleisanlage, geeignete Abwehrvorrichtungen zu installieren.

Prüfungsrelevanz:

Der Kl. könnte gegen die Bekl. ein Beseitigungs- und ein Unterlassungsanspruch aus § 1004 I 1 und 2 BGB zustehen.

Das setzt eine gegenwärtige (Beseitigungsanspruch) und/oder künftige (Unterlassungsanspruch) Beeinträchtigung des Eigentums in rechtswidriger Weise voraus, sofern der Anspruchsschuldner als Störer auftritt. Die Ansprüche aus § 1004 BGB verlangen kein

Verschulden und sind darauf gerichtet, die Störung für die Zukunft abzustellen (Palandt/Bassenge, BGB, § 1004 Rn. 28, 31).

Problematisch war hier, ob die Bekl. als Störerin aufgetreten ist. Ähnlich wie im öffentlichen Gefahrenabwehrrecht wird zwischen einem Handlungs- und einem Zustandsstörer unterschieden, wobei sich die Handlungsstörereigenschaft unmittelbar aus dem Verhalten des Anspruchsschuldners oder mittelbar aus der Handlung Dritter ergeben kann. Mittelbarer Handlungsstörer ist, wer die Beeinträchtigung durch die Handlung eines Dritten adäquat verursacht hat (BGH, NJW 2000, 2901).

Zwar hatte die Bekl. vorliegend eine Ursache für die Beeinträchtigung gesetzt, indem sie das Schotterbett angelegt und so die Möglichkeit geschaffen hatte, die Steine als Wurfgeschosse zu verwenden. Dies genügt für die Inanspruchnahme als mittelbarer Handlungsstörer nicht. Vielmehr ist zu verlangen, dass der Anspruchsschuldner auch die Rechtsmacht hat, künftige Einwirkungen auf den Anspruchsteller etwa aufgrund vertraglicher Verbindung zum unmittelbaren Störer (den Passanten) zu verhindern (BGH, NJW 1989, 902). Das war nicht der Fall.

Die Inanspruchnahme der Bekl. als Zustandsstörerin kam ebenso wenig in Betracht. Denn die Beeinträchtigung muss wenigstens mittelbar auf den Willen des Anspruchsschuldners zurückzuführen sein, was regel-

mäßig nur dann gegeben ist, wenn dieser eine Verkehrssicherungspflicht verletzt (BGH, NJW 1958, 1580). Eine derartige Pflichtverletzung konnte der Bekl. auch nicht vorgeworfen werden, da es ihr nach Ansicht des Senats nicht zugemutet werden könne, sämtliche Eisenbahnbrücken, die für Fußgänger erreichbar sind, in entsprechender Weise zu sichern.

Die Entscheidung bringt keine neuen Erkenntnisse, ist aber geeignet, um das Verständnis für die Ansprüche aus § 1004 BGB zu schärfen. Es sei darauf hingewiesen, dass Abwehransprüche nicht nur aus dem Eigentum resultieren. Vielmehr erstreckt sich der Schutz analog §§ 1004, 823 BGB auf sämtliche deliktisch geschützten Rechtsgüter, wie z.B. den Besitz oder das Allgemeine Persönlichkeitsrecht.

Vertiefungshinweise:

Zum Beseitigungs-/Unterlassungsanspruch aus § 1004, § 862 BGB: *BGH*, NJW 2011, 1068 (zur Verjährung des Anspruchs); RA 2009, 801 = NJW 2010, 534, *OLG Frankfurt a.M.*, NJW-RR 2009, 1461 = RA 2009, 708; *BGH*, NJW 1995, 123; NJW 1984, 2207; NJW-RR 1997, 1308 (Auswirkungen von Mitverschulden); NJW 1964, 2420 (zum Übergang des Anspruchs auf Grundstückserwerber)

Kursprogramm:

Examenskurs: "Die Partyprinzessin"

Leitsätze (der Redaktion):

Anspruchsschuldner des Beseitigungs- bzw. Unterlassungsanspruchs aus § 1004 BGB ist der Handlungs- oder Zustandsstörer. Als mittelbarer Handlungsstörer kann in Anspruch genommen werden, wer die Beeinträchtigung durch einen Dritten adäquat verursacht hat. Das setzt voraus, dass der Schuldner über die Rechtsmacht verfügt, die Störung durch den unmittelbar Handelnden etwa aufgrund vertraglicher Verbindung zu verhindern (so schon *BGH*, NJW 1989, 902).

Sachverhalt:

Die Parteien streiten darum, ob die beklagte Straßenbahnunternehmerin verpflichtet ist, Sicherungsmaßnahmen zu ergreifen, um zu verhindern, dass unbekannte Dritte Steine aus dem Schotterbett der auf einer Brücke verlegten Gleise aufnehmen und diese auf das darunter liegende, von der Klägerin genutzte Grundstück werfen.

Die Klägerin ist Inhaberin eines auf dem Grundstück ...-straße 10 in K. unterhaltenen Geschäftsbetriebs. Über das von ihr gemietete Gelände spannt sich eine Brücke, auf der Straßenbahngleise in Schotter verlegt sind. Die Gleise sind von dem daneben liegenden,

ebenfalls über die Brücke führenden Rad- und Gehweg durch ein Geländer mit zwei Querstreben abgetrennt. Die Beklagte ist die Trägerin der Straßenbaulast hinsichtlich der Gleisanlage auf der Brücke.

Die Klägerin hat - von der Beklagten mit Nichtwissen bestritten - behauptet, es komme, verstärkt seit Anfang 2009, immer wieder zu Beschädigung an den Gebäuden ihres Betriebs und den abgestellten Kraftfahrzeugen. Diese Schäden würden durch Würfe mit Schottersteinen verursacht, die aus der Gleisanlage der Beklagten stammten. Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, die Beklagte sei zu Schutzmaßnahmen - etwa das Verlegen der Gleise in Asphalt oder das Anbringen eines Zauns - verpflichtet, die die Steinwürfe verhinderten. Sie verlangt von der Bekl., durch geeignete Maßnahmen zu verhindern, dass von der Brücke Schottersteine geworfen werden.

Aus den Gründen:

A. Ausführungen des Landgerichts

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Dabei könne offenbleiben, ob eine wirksame Abtretung erfolgt oder die Klägerin von den Grundstückseigentümern zur Prozessführung ermächtigt worden sei. Der in Betracht kommende Anspruch aus § 1004 Absatz 1 Satz 2 BGB bestehe jedenfalls deshalb nicht, weil die Beklagte weder Handlungs- noch Zustandsstörerin sei. Dass Dritte nach dem klägerischen Vortrag Schottersteine aus dem Gleisbett der Beklagten als Wurfgeschoss eingesetzt hätten, mache die Beklagte nicht zur Handlungsstörerin, weil es an dem erforderlichen adäquaten Zusammenhang fehle. Bei dem Verhalten der Steinwerfer handele es sich um nicht zurechenbare Exzesstaten. Steine, die im Gleisbett verlegt seien, stellten für sich genommen keine konkrete Gefahrenquelle dar, aufgrund derer ein Einschreiten geboten sei.

B. Entscheidung des OLG

Die Berufung ist nicht begründet. Die Klage ist zwar zulässig, hat aber in der Sache keinen Erfolg.

I. Zulässigkeit

Die Klage ist - entgegen der von der Beklagten weiterverfolgten Ansicht (As. II 55) - nicht wegen eines unbestimmten Klageantrags (§ 253 Absatz 2 Nr. 2 ZPO) unzulässig.

1. Klägerisches Ziel hinreichend erkennbar

Der Klageantrag verlangt von der Beklagten Maßnahmen, die eine missbräuchliche Nutzung der von ihr verlegten und derzeit offen zugänglichen Schottersteine als Wurfgeschoss auf das unter der Straßenbahnbrücke liegende Grundstück verhindern. Das von der Klägerin verfolgte Ziel ist damit hinreichend erkenn-

bar. Welche konkreten Maßnahmen zur Beseitigung der Störung geeignet sind, musste die Klägerin nicht angeben; es wäre vielmehr im Falle einer Verurteilung Sache der Beklagten, eine geeignete Maßnahme zu wählen.

2. Umfang des Begehrens ersichtlich

Entgegen der Auffassung der Beklagten fehlt es im Klageantrag auch nicht an Angaben dazu, in „welchem Umfang“ ein Unterlassen verlangt werde. Dem Klageantrag ist zu entnehmen, dass die Klägerin Vorkehrungen begehrt, die Steinwürfe aus dem Schottermaterial von der Brücke ausschließen. Ob überhaupt Maßnahmen verlangt werden können und ob diese zur vollständigen Beseitigung der Gefahr oder nur zu deren Verringerung geeignet sein müssen, ist keine Frage der Zulässigkeit, sondern der Begründetheit der Klage.

II. Begründetheit

In der Sache hat die Klage keinen Erfolg.

1. Kein Anspruch aus § 1004 I BGB

Aus § 1004 Absatz 1 BGB kann die Klägerin Schutzmaßnahmen nicht verlangen, weil die Beklagte weder als Handlungs- noch als Zustandsstörerin angesehen werden kann.

a) *Bekl. ist nicht Handlungsstörerin*

aa) *unmittelbare Störerin*

Eine Inanspruchnahme der Beklagten als unmittelbare Handlungsstörerin kommt nicht in Betracht. Dass die Steinwürfe von den Organen der Beklagten oder ihren Gehilfen ausgehen, behauptet die Klägerin nicht.

bb) *mittelbare Störerin*

Die Beklagte ist auch nicht als mittelbare Handlungsstörerin anzusehen. Zwar hat sie für unbekannte Dritte die Möglichkeit geschaffen, auf die von ihr verlegten Schottersteine zuzugreifen und diese zu Straftaten gegen Dritte zu verwenden. Sie hat in diesen Sinne eine Ursache für die behaupteten Störungen des Eigentums der Klägerin gesetzt. Das genügt für die Inanspruchnahme als mittelbarer Handlungsstörer jedoch allein nicht, weil diese voraussetzt, dass der Schuldner über die Rechtsmacht verfügt, künftige Einwirkungen auf den Anspruchsteller, etwa aufgrund vertraglicher Verbindung zu dem Störer, zu verhindern (vgl. BGH, Urteil vom 20. Dezember 1988 - VI ZR 182/88, NJW 1989, 902 zu einem Werbetreibenden). Eine solche Rechtsmacht hat die Beklagte hier nicht, da zwischen ihr und den - beiden Parteien unbekannten - Störern keine Sonderverbindung besteht, die es erlauben würde, auf die unmittelbarer Störer einzuwirken, um weitere Steinwürfe zu verhindern. Die Situation liegt in-

sofern anders als in dem vom Bundesgerichtshof bereits entschiedenen Fall, in dem Fahrgäste eines Omnibusunternehmens das in der Nähe einer Bushaltestelle liegende Grundstück beeinträchtigt hatten (BGH, Urteil vom 21. September 1960 - V ZR 89/59, NJW 1960, 2335).

b) *Bekl. ist auch nicht Zustandsstörerin*

Auch als Zustandsstörerin kann die Beklagte nicht in Anspruch genommen werden. Zwar setzt die Inanspruchnahme als Zustandsstörer ein Verschulden des Schuldners nicht voraus. Andererseits macht aber der Umstand allein, dass von einem Grundstück oder Bauwerk eine Beeinträchtigung für das Nachbargrundstück ausgeht, den Eigentümer des beeinträchtigenden Anwesens noch nicht zum Störer; die Beeinträchtigung muss vielmehr wenigstens mittelbar auf seinen Willen zurückzuführen sein (BGH, Urteil vom 9. Juli 1958 - V ZR 202/57, NJW 1958, 1580). Diese Voraussetzung ist nur erfüllt, wenn der Schuldner das Grundstück wissentlich unter Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht in einem gefährdenden Zustand belässt (vgl. Fritzsche in: BeckOK/BGB, Edition 18, § 1004 BGB, Rn. 20). Eine solche Verletzung von Verkehrssicherungspflichten ist hier nicht ersichtlich. Eine solche kann sich zwar auch auf solche Gefahren erstrecken, die erst durch den unerlaubten und vorsätzlichen Eingriff eines Dritten entstehen. Indes muss nicht jeder abstrakten Gefahr durch vorbeugende Maßnahmen begegnet werden, da eine Verkehrssicherung, die jeden Unfall ausschließt, nicht erreichbar ist. Es bedarf auch nur solcher Sicherungsmaßnahmen, die ein verständiger und umsichtiger, in vernünftigen Grenzen vorsichtiger Mensch für ausreichend halten darf, um andere Personen vor Schäden zu bewahren und die ihm den Umständen nach zumutbar sind (vgl. etwa BGH, Urteil vom 16. September 1975 - VI ZR 156/74, VersR 1976, 149).

Nach diesem Maßstab können der Beklagten hier zusätzliche Sicherungsmaßnahmen nicht angesonnen werden. Es entspricht allgemeinem Standard, dass Eisenbahn- und teilweise auch Straßenbahngleise in einem Schotterbett verlegt werden, das seitlich nicht durch Zäune oder andere Schutzeinrichtungen abgegrenzt ist. Es würde eine Überforderung der ein Eisenbahn- oder Straßenbahnnetz unterhaltenden Unternehmer darstellen, würde man von ihnen verlangen, sämtliche Gleise in einem festen Belag auszuführen oder nach außen durch Zaunanlagen zu sichern. Eine solche Sicherung kann auch dann nicht verlangt werden, wenn - wie hier - die Gleise über eine Brücke geführt werden, die nicht nur für den Eisenbahn-, sondern auch für den Fußgängerverkehr eröffnet ist. Zwar mag die Vermutung der Klägerin zutreffen, dass von auf einer Brücke offen bereit liegenden Steinen ein höherer Anreiz zum Missbrauch als Wurfgeschoss aus-

geht als von solchen Steinen, die sich auf einem Gleisbett zu ebener Erde befinden. Es würde die Beklagten gleichwohl überfordern, mit erheblichem Aufwand Schutzmaßnahmen zu betreiben, denen zudem nur eine eingeschränkte Wirksamkeit zukommen würde, da auch nach einer Sicherung der Gleise auf der Brücke nicht ausgeschlossen werden könnte, dass Fußgänger vor den Brückenauffahrten Steine aufnehmen und so dann von der Brücke herab werfen.

2. Kein Anspruch aus § 823 BGB

Aus den zur Zustandsstörerhaftung ausgeführten Gründen verletzt die Beklagte durch die Aufrechterhaltung des Gleisbetts in einem Schotterbett keine Verkehrssicherungspflichten, so dass auch eine Inanspruchnahme unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des § 823 Absatz 1 BGB nicht in Betracht kommt.

Standort: Sachenrecht

Problem: Abtretung / § 32 KWG

BGH, URTEIL VOM 19.04.2011
XIZR 256/10 (WM 2011, 1168)

Problemdarstellung:

Die Kl., eine GbR, hatte mit der T-AG einen Darlehensvertrag über 1,1 Mio DM geschlossen. Die Tilgung sollte ausgeschlossen sein, soweit und solange die Ansprüche aus zwei von den Gesellschaftern der Kl. bei der T-AG abgeschlossenen Lebensversicherungen an diese verpfändet sind und die Kl. ihre Beiträge ordnungsgemäß entrichtet. Neben diesen Lebensversicherungen dient eine Grundschuld über 1,1 Mio DM, die zugunsten der T-AG auf dem Grundeigentum der Kl. eingetragen wurde, als Sicherheit.

Im Dezember 2006 übertrug die T-AG ihren Rückzahlungsanspruch aus dem Darlehensvertrag samt Sicherheiten auf die Bekl. Seit Januar 2007 buchte die Bekl. die Zinsen i.H. von 4.491,67 € vom Konto der Kl. ab.

Die Kl. meint, die Abtretung der Forderung und der Grundschuld sei unwirksam. Zum einen sei die Bekl. nicht in die Sicherungsvereinbarung eingetreten, zum anderen verfüge sie nicht über die gem. § 32 I 1 i.V.m. § 1 I 2 Nr. 1 KWG erforderliche Erlaubnis zum Betreiben von Bankgeschäften. Die Kl. verlangt die seit Januar 2007 gezahlten Darlehenszinsen wegen un gerechtfertigter Bereicherung zurück.

Prüfungsrelevanz:

Ein Anspruch der Kl. auf Rückzahlung könnte sich aus § 812 I 1 Var. 1 BGB ergeben. Dann müsste die Bekl. rechtsgrundlos einen Vermögensvorteil durch Leistung der Kl. erlangt haben. Ist die Abtretung, wie von der Kl. behauptet, unwirksam, dann ist die Bekl. nicht Inhaberin der abgetretenen Forderung geworden, so dass die Leistung rechtsgrundlos erfolgt wäre.

Damit stellt sich dem Senat insbesondere die Frage nach der Wirksamkeit der Abtretung.

A. Fehlender Eintritt der Bekl. in die Sicherungsvereinbarung

Vorliegend sind sowohl Darlehensforderung (§ 398 BGB) als auch Grundschuld (§§ 398, 401, 1154, 1192

BGB) abgetreten worden. Obwohl beide mangels Akzessorietät im Bestand voneinander unabhängig sind, findet eine Verknüpfung im Falle einer Sicherungsgrundschuld mittels der Sicherungsvereinbarung (Sicherungsabrede) statt. Dies legt die Anwendbarkeit des § 139 BGB nahe, so dass die Unwirksamkeit des einen ggf. auch die Unwirksamkeit des anderen Rechtsgeschäfts bedingt. So argumentierte die Kl., dass die Abtretung der Grundschuld deswegen unwirksam sei, weil die Bekl. nicht in die Sicherungsabrede eingetreten war, was gem. § 139 BGB wiederum die Unwirksamkeit der Abtretung der Darlehensforderung bedinge. Dem tritt der Senat entgegen: Zur Wirksamkeit einer Grundschuldabtretung bedarf es nicht des Eintritts des Zessionars in den Sicherungsvertrag.

B. Fehlende Erlaubnis der Bekl. nach §§ 1, 32 KWG

Auch aus dem Erfordernis einer Erlaubnis für Bankgeschäfte gem. § 32 I 1 i.V.m. § 1 I 2 Nr. 1 KWG lässt sich die Unwirksamkeit der Abtretung nicht herleiten (§ 32 I 1 HS 1 KWG: "Wer im Inland gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, Bankgeschäfte betreiben oder Finanzdienstleistungen erbringen will, bedarf der schriftlichen Erlaubnis der Bundesanstalt; [...]")

Zunächst ist umstritten, ob die bloße Abtretung von Darlehensforderungen überhaupt ein Bankgeschäft i.S.d. KWG darstellt. Dieser Streit bedarf jedoch keiner Entscheidung, da jedenfalls ein Verstoß gegen das Verbotsgesetz § 32 I 1 KWG nicht die zivilrechtliche Unwirksamkeit des Geschäfts gem. § 134 BGB bewirkt. Das lässt sich damit begründen, dass sich die Vorschrift nicht gegen beide Parteien des Rechtsgeschäfts, sondern nur gegen diejenige richtet, die die erforderliche Erlaubnis nicht besitzt (= Nichtbank). Dementsprechend bestimmt auch § 54 I Nr. 2 KWG bloß die Strafbarkeit der Nichtbank (vgl. insgesamt BGH, WM 1972, 853 m.w.N.). Handelt aber nur eine Partei verbotswidrig, genügt das regelmäßig nicht zur Annahme der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts. Bei einem einseitigen Verstoß ist die Nichtigkeit nur ganz

ausnahmsweise anzunehmen, wenn der Zweck des Verbotsgesetzes anders nicht erreicht und die rechtsgeschäftliche Regelung nicht hingenommen werden kann (BGH, NJW 1996, 1812). Das war hier aber nicht der Fall.

Da die Abtretung insgesamt wirksam war, lag ein Rechtsgrund für die Vermögensverschiebung vor. Der Kl. stand kein Kondiktionsanspruch zu.

Vertiefungshinweise:

Zur zivilrechtlichen Wirksamkeit bei Verstoß gegen § 32 KWG: *BGH*, NJW 1990, 1356; NJW 1980, 1394; NJW 1972, 1463

Zur Sicherungsabtretung im Allgemeinen: *Varel/Meyer*, JuS 2004, 192; *Armbrüster*, JuS 2002, 658 ff., 768 ff. und 965 ff. (Grundfälle zum Zessionsrecht)

Zur (Sicherungs-)Grundschuld im Allgemeinen: *Cziupka/Unberath*, JuS 2010, 619; *Weller*, JuS 2009, 969; *Deubner*, JuS 2008, 586; *Posselt/Saar*, JuS 2002, 118 (Bei älteren Beiträgen bitte die Einfügung des § 1192 Ia BGB ab August 2008 beachten!)

Kursprogramm:

Examenskurs: "Gefahren auf dem Bauernhof"

Examenskurs: "Schwarzarbeit"

Leitsatz:

Die Abtretung von Darlehensforderungen an eine Nichtbank ist nicht wegen Verstoßes gegen § 32 I 1 KWG gemäß § 134 BGB nichtig (Fortführung von BGHZ 171, 180).

Sachverhalt:

Die Parteien streiten über Ansprüche im Zusammenhang mit der Übertragung zweier Darlehensverträge bzw. der Abtretung zweier Darlehensforderungen und der Abtretung einer zur Absicherung der Darlehensrückzahlungsansprüche eingetragenen Grundschuld.

Die Klägerin, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, schloss mit der T. AG (im Folgenden: T. AG) am 20. Oktober 2003 zwei Darlehensverträge über insgesamt 1,1 Mio. DM. Die Darlehensverträge sehen eine Zinsbindung bis zum 31. Oktober 2013 vor. Entsprechend einer vertraglichen Vereinbarung ist die Tilgung ausgesetzt, soweit und solange die Ansprüche aus zwei von den beiden Gesellschaftern der Klägerin zugleich bei der T. AG abgeschlossenen Lebensversicherungen an diese verpfändet sind und die Klägerin ihre Beiträge ordnungsgemäß entrichtet. Als Sicherheit dient neben den Lebensversicherungen eine Grundschuld über 1,1 Mio. DM, die zugunsten der T. AG auf Grundeigentum der Klägerin in M. eingetragen wurde. Mit Schreiben vom 6. Dezember 2006 teilte die T. AG der Klägerin mit, dass sie mit einem Teil ihres Darlehen-

sportfolios auch die beiden Darlehen der Klägerin einschließlich der bestellten Sicherheiten auf die G. GmbH (im Folgenden: G. GmbH) ausgegliedert habe und diese damit Vertragspartnerin der Klägerin geworden sei; die Betreuung und Verwaltung der Darlehen werde für die G. GmbH durch die L. GmbH (im Folgenden: L. GmbH) durchgeführt. Die G. GmbH verkaufte mit Forderungskaufvertrag vom 6. Dezember 2006 die beiden Darlehensforderungen gegen die Klägerin an die in London ansässige Y. Limited (im Folgenden: Y. Ltd.) und trat die Forderungen nebst Sicherheiten an diese ab. In demselben Vertrag trat die Y. Ltd. die beiden Forderungen nebst Grundschuld an die Beklagte ab. Auch dies teilte die T. AG der Klägerin in dem Schreiben vom 6. Dezember 2006 mit. Seit dem 1. Januar 2007 bucht die Beklagte durch die L. GmbH die monatlichen Darlehenszinsen in Höhe von 4.491,67 € von einem Konto der Klägerin ab.

Mit der Klage hat die Klägerin zunächst die Rückzahlung der im Jahr 2007 auf die Darlehen geleisteten Zinsen in Höhe von insgesamt 53.900,04 € nebst Zinsen begehrt. In der Berufungsinstanz hat sie die Klage erweitert und verlangt nunmehr von der Beklagten die Rückzahlung der in den Jahren 2007 und 2008 auf die Darlehen geleisteten Zinsen in Höhe von insgesamt 107.800,08 € nebst Zinsen, die Erteilung von Löschungsbewilligungen für die im Grundbuch von M. zu deren Gunsten eingetragene Grundschuld und die Feststellung, dass die Beklagte nicht Inhaberin der Forderungen gegen die Klägerin aus den ursprünglich mit der T. AG geschlossenen Darlehensverträgen sei. Sie ist der Auffassung, die Abtretung der Darlehensforderungen und der Grundschuld sei unwirksam, und zwar zum einen, weil weder die Y. Ltd. noch die Beklagte in die Sicherungsvereinbarung eingetreten seien, und zum anderen wegen Verstoßes gegen § 32 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG, weil die Zessionarinnen über keine Erlaubnis zum Betreiben von Bankgeschäften verfügten.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Begehren weiter.

Aus den Gründen:

[8] Die Revision ist unbegründet.

A. Ausführungen des Berufungsgerichts

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

[10] Der Klägerin stehe kein Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB auf Rückzahlung der Zinsen zu, weil die Beklagte berechnete Inhaberin der Darlehensforderung sei. Die Beklagte habe den Forderungsübergang von der T. AG über die G. GmbH und die Y. Ltd. auf sie - wie sich aus dem notariellen Ausgliederungsplan vom 23. November 2006 und dem Forde-

rungskaufvertrag vom 6. Dezember 2006 erbe - lückenlos belegt. Die Abtretung sei mangels Inhaltsänderung nicht gemäß § 399 Fall 1 BGB unwirksam; die Darlehens- und die Lebensversicherungsverträge bildeten keine untrennbare Einheit in dem Sinne, dass eine isolierte Übertragung der Darlehensverträge zu deren inhaltlicher Änderung führe. Die Wirksamkeit der Abtretung scheitere auch nicht an der fehlenden Erlaubnis der G. GmbH und der Beklagten zum Betreiben von Bankgeschäften und einem deshalb möglichen Verstoß gegen § 32 KWG. Es sei bereits fraglich, ob es sich bei der Verlängerung eines abgeschlossenen Darlehensvertrages überhaupt um ein erlaubnispflichtiges Kreditgeschäft handele. Dies könne aber offen bleiben. Denn auch unerlaubte Bankgeschäfte seien zivilrechtlich grundsätzlich wirksam. Schließlich verstoße auch das Gesamtgeschäft nicht gegen die Grundsätze von Treu und Glauben; die Klägerin sei auch bei Verbleib ihrer Darlehen bei der T. AG nicht davor geschützt gewesen, dass diese ihr Geschäft neu ausrichte oder es aus anderen Gründen nicht zu einer Vertragsverlängerung komme.

[11] Da die Beklagte rechtmäßige Inhaberin der Darlehensforderungen sei, habe die Klägerin auch weder einen Anspruch auf Erteilung der Löschungsbewilligungen hinsichtlich der Grundschuld noch einen Anspruch auf die Feststellung, dass die Beklagte nicht Inhaberin der Forderungen aus den Darlehensverträgen geworden sei.

B. Entscheidung des BGH

[13] Das Berufungsgericht hat die Wirksamkeit der Abtretung der Darlehensforderungen und der Grundschuld zu Recht bejaht.

I. Keine Unwirksamkeit wegen fehlenden Eintritts der Bekl. in Sicherungsabrede

[15] Entgegen der Auffassung der Revision ist die Abtretung der Grundschuld und damit bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 139 BGB auch die Abtretung der Darlehensforderungen nicht deshalb unwirksam, weil - was mangels tatrichterlicher Feststellungen für die Revisionsinstanz zu unterstellen ist - weder die Beklagte noch die Y. Ltd. in den Sicherungsvertrag eingetreten sind.

[16] Die Abtretung einer Grundschuld wie insbesondere auch einer Sicherungsgrundschuld erfolgt gemäß §§ 1154, 1192 Abs. 1 BGB in den dort vorgesehenen Übertragungsformen. Über die sich daraus ergebenden Voraussetzungen hinaus bedarf es zur Wirksamkeit einer Grundschuldabtretung eines Eintritts des Zessionars in den Sicherungsvertrag nicht. (...)

II. Keine Unwirksamkeit gem. § 134 BGB i.V.m. §§ 1, 32 KWG

[17] Anders als die Revision meint, sind die Abtre-

tungsverträge auch nicht nach § 134 BGB nichtig, weil es sich bei dem Abschluss solcher Verträge um ein Kreditgeschäft i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KWG handele und die Neugläubiger, d.h. die G. GmbH, die Y. Ltd. und die Beklagte, daher der Erlaubnis der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht nach § 32 KWG bedurft hätten.

1. Erlaubnispflicht des § 1 KWG bei Abtretung einer Darlehensforderung bereits str.

[18] Die Frage, ob die Ausgliederung eines Kreditportfolios nach dem Umwandlungsgesetz auf eine eigens dafür errichtete Gesellschaft, wie hier im Verhältnis zwischen der T. AG und der G. GmbH, oder der Verkauf und die Abtretung von Darlehensforderungen, wie hier im Verhältnis zwischen der G. GmbH und der Y. Ltd. bzw. zwischen der Y. Ltd. und der Beklagten, ein Kreditgeschäft i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KWG darstellt (so etwa Hofmann/Walter, WM 2004, 1566, 1569; Nobbe, ZIP 2008, 97, 99; Theewen, WM 2004, 105, 112) oder dies erst bei Ausreichung neuer Kreditmittel oder der Prolongation der bestehenden Darlehensvereinbarung oder einer Umschuldung der Fall ist (so etwa Schäfer in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, 3. Aufl., § 1 Rn. 46; Brogl in Reischauer/Kleinhaus, KWG, Stand: März 2011, § 1 Rn. 61; Schwennicke in Schwennicke/Auerbach, KWG, § 1 Rn. 36; Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, Merkblatt vom 8. Januar 2009 - Hinweise zum Tatbestand des Kreditgeschäfts, unter 1 a bb (4)), bedarf keiner Entscheidung. Denn ein Verstoß gegen § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG würde die Wirksamkeit der Abtretungsverträge nicht berühren.

2. Jedenfalls keine zivilrechtliche Unwirksamkeit

[19] Nach § 134 BGB ist ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Dieser Ausnahmefall wäre hier gegeben, weil nicht die Forderungsübertragungsgeschäfte ihrem Inhalt nach, sondern nur der ohne die Erlaubnis zum Betrieb von derartigen Geschäften seitens der Zessionare erfolgte Abschluss der Übertragungsverträge gegen das Gesetz verstoßen würden.

[20] Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs führt das Erfordernis der Erlaubnis für das Betreiben von Kreditgeschäften nicht zur Nichtigkeit der ohne Erlaubnis abgeschlossenen Darlehensverträge (vgl. BGH, Urteile vom 14. Juli 1966 - III ZR 240/64, WM 1966, 1101, 1102, vom 21. April 1972 - V ZR 52/70, WM 1972, 853 und vom 23. Januar 1980 - VIII ZR 91/79, BGHZ 76, 119, 126 f.; ferner BGH, Urteile vom 13. Juli 1978 - III ZR 178/76, WM 1978, 1268, 1269 und vom 23. Januar 1997 - IX ZR 297/95, WM 1997, 656, 658 für Garantiegeschäfte i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 KWG; BGH, Urteil vom 5. Okto-

ber 1989 - III ZR 34/88, WM 1990, 54, 55 für eine Darlehensvereinbarung, die gegen ein nach § 46 Abs. 1 KWG angeordnetes Kreditgewährungsverbot verstößt). Dies folgt bereits daraus, dass sich das Verbot - anders als nach § 134 BGB grundsätzlich erforderlich - nicht gegen beide Vertragsparteien, sondern nur gegen eine Partei, nämlich gegen die Nichtbank, richtet und dementsprechend die Strafbarkeit, die sich aus § 54 Abs. 1 Nr. 2 KWG ergibt, nur auf Seiten einer Partei bestimmt ist. Zudem handelt es sich bei der Erlaubnispflicht um eine gewerbepolizeiliche Vorschrift, bei der sich das in der Erlaubnispflicht liegende Verbot von Bankgeschäften ohne Erlaubnis nicht gegen die rechtliche Wirkung dieser Geschäfte richtet, sondern die öffentliche Ordnung stützen soll (vgl. BGH, WM 1972, 853 mwN). Die Wirksamkeit des Darlehensvertrages widerstreitet auch nicht den Interessen des Vertragspartners, weil dieser nur dann die Darlehensvaluta behalten darf.

[21] Für die Ausgliederung von Darlehensverträgen oder die Abtretung von Darlehensforderungen kann nichts anderes gelten. Wenn das Fehlen der nach § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG erforderlichen Erlaubnis die zivilrechtliche Wirksamkeit von Darlehensverträgen unberührt lässt, kann dies in Bezug auf Ausgliederungen oder Abtretungsverträge nicht anders sein. Denn hierdurch werden die Vertragsbedingungen nicht geändert und bleiben dem Schuldner gemäß §§ 404 ff. BGB alle Einwendungen erhalten. Das Interesse des Schuldners an dem Erhalt seines ursprünglichen Vertragspartners bzw. Forderungsinhabers wird in diesen Fällen vom Gesetz nicht geschützt, weil weder die Ausgliederung nach den Vorschriften des Umwandlungsgesetzes noch die Abtretung nach §§ 398 ff. BGB zu ihrer Wirksamkeit - anders als etwa die Vertragsübernahme nach §§ 414 ff. BGB - der Zustimmung des Schuldners bedürfen.

III. Keine Unwirksamkeit aus anderen Gründen

[23] Eine Unwirksamkeit der Abtretung der Darlehensforderungen und der Grundschuld ergibt sich auch nicht aus anderen Gründen.

[24] Wie der Senat bereits mit Urteil vom 27. Februar 2007 (XI ZR 195/05, BGHZ 171, 180 Rn. 12 ff.) entschieden und im Einzelnen begründet hat, steht der Wirksamkeit der Abtretung weder das Bankgeheimnis noch das Bundesdatenschutzgesetz entgegen. Ebenso ist eine Nichtigkeit der Abtretung gemäß § 134 BGB i.V. mit § 203 StGB zu verneinen, weil das Strafgesetzbuch für die Verletzung des Bankgeheimnisses durch Vorstandsmitglieder, Geschäftsführer oder Angestellte einer Aktiengesellschaft, einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder einer englischen Limited keine Sanktion vorsieht (vgl. Senat aaO, Rn. 22).

[25] Schließlich ist die Abtretung der Darlehensforderungen auch nicht wegen einer Veränderung ihres Inhalts nach § 399 Fall 1 BGB unwirksam. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts, die von der Revision nicht angegriffen werden und im Übrigen auch keinen Rechtsfehler erkennen lassen, war mit den Abtretungen keine Inhaltsänderung der Darlehensforderungen verbunden.

IV. Ergebnis: Kein Rückzahlungsanspruch

[26] Da somit die Beklagte rechtmäßige Inhaberin der Darlehensforderungen und der Grundschuld ist, hat die Klägerin weder einen Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Darlehenszinsen noch einen Anspruch auf Erteilung von Löschungsbewilligungen hinsichtlich der Grundschuld noch einen Anspruch auf die Feststellung, dass die Beklagte nicht Inhaberin der Forderungen aus den Darlehensverträgen geworden ist.

Standort: Gesellschaftsrecht / Erkenntnisverfahren

Problem: Rechtskraft und GbR

BGH, URTEIL VOM 22.03.2011
II ZR 249/09 (NJW 2011, 2048)

Problemdarstellung:

Die Kl. verfolgt einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung. Dieser beruhe darauf, dass die Bekl. – eine GbR – und ihre vier Gesellschafter einer Verpflichtung aus einem Grundstückskaufvertrag nicht nachgekommen seien. Zunächst ging die Kl. gegen die Gesellschafter vor. Die Klage wurde rechtskräftig abgewiesen. Nun erhebt sie Klage gegen die GbR.

Prüfungsrelevanz:

Im Mittelpunkt der Entscheidung steht die Frage der Zulässigkeit der Klage gegen die GbR. Die Tatsache,

dass die Außen-GbR nach der neueren Rechtsprechung teilrechtsfähig ist und somit als solche verklagt werden kann, spricht der Senat nicht an (vgl. Grundsatzentscheidung BGH, NJW 2001, 1056 u. NJW 2002, 1207).

Jedoch könnte der Zulässigkeit entgegenstehen, dass über die Klage bereits mit Rechtskraft entschieden wurde (§ 322 ZPO). Dies hätte zur Folge, dass über denselben Streitgegenstand nicht erneut entschieden werden dürfte (MüKo-ZPO/Gottwald, § 322 Rn. 1).

Das abweisende Urteil erging allerdings nicht gegen die GbR, sondern gegen deren Gesellschafter. Es kann die Unzulässigkeit der vorliegenden Klage nur dann bewirken, wenn sich die Rechtskraftwirkung auch auf die GbR als eigenständiges Rechtssubjekt erstreckt.

§ 325 I ZPO stellt jedoch klar, dass die Rechtskraft zwischen den Parteien des Rechtsstreits wirkt, für und gegen die das Urteil ergangen ist. Die GbR war aber nicht an dem vorhergehenden Rechtsstreit beteiligt (und ein Fall der Rechtskrafterstreckung des § 325 ZPO lag auch nicht vor).

Nach Ansicht der Revision ergibt sich die Rechtskrafterstreckung ausnahmsweise aus den Rechtsgedanken des § 129 HGB und des § 736 ZPO. Dem folgt der Senat nicht.

§ 129 HGB – der analog auf die GbR anzuwenden ist (BGH, NJW-RR 2006, 1268) – befasst sich nämlich mit der Frage, ob ein gegen die Gesellschaft ergangenes Urteil für und gegen deren Gesellschafter wirkt. Hier steht jedoch die umgekehrte Fall zur Rede, nämlich ob ein Urteil gegen (sämtliche) Gesellschafter auch gegenüber der Gesellschaft wirkt.

Auch § 736 ZPO ist kein taugliches Argument. Die Vorschrift erleichtert die Vollstreckung in das GbR-Vermögen, wenn ein Titel gegen sämtliche Gesellschafter vorliegt. Sie betrifft damit nicht die materielle Rechtskraft.

Damit scheiterte die Klage nicht an der entgegenstehenden Rechtskraft. In materieller Hinsicht konnte der Senat keine eigene Entscheidung treffen, da die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts hierfür nicht ausreichten.

Die Entscheidung setzt die Linie der Rechtsprechung zur Teilrechtsfähigkeit der GbR konsequent fort, indem sie auch im Hinblick auf die Rechtskraft zwischen den Gesellschaftern einerseits und der GbR andererseits unterscheidet. Zur Abfrage in einer Klausur drängt sich die Problematik förmlich auf.

Vertiefungshinweise:

Zur Rechtskrafterstreckung: *Schack*, NJW 1988, 865 (Drittwirkung); *von Olshausen*, JZ 1988, 584

Zur Rechtsfähigkeit der Außen-GbR: *BGH*, NJW 2001, 1056; 2002, 1207; *Kessler*, NJW 2011, 1909; *Scherer*, NJW 2009, 3063 (Aktuelle Probleme im Zusammenhang mit der Grundbuchfähigkeit der GbR); *Jacobs*, NZM 2008, 111 (Wohngemeinschaft als GbR)

Kursprogramm:

Examenskurs: “Ärger mit dem Drucker”

Examenskurs: “Der neue Geschäftswagen der Anwaltssozietät”

Leitsatz:

Nimmt ein Dritter in einem Rechtsstreit die Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts aus ihrer persönlichen Haftung für eine Gesellschaftsschuld in Anspruch, entfaltet die Rechtskraft eines

in diesem Prozess ergangenen Urteils keine Wirkung in einem weiteren Prozess, in dem er nunmehr den Anspruch gegen die Gesellschaft verfolgt. Dies gilt auch dann, wenn alle Gesellschafter am Vorprozess beteiligt waren.

Sachverhalt:

Die Beklagte, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, und ihre vier Gesellschafter unterbreiteten der Klägerin mit notarieller Urkunde vom 21. Oktober 2003 ein Angebot zum Kauf einer noch zu vermessenden Grundstücksteilfläche von 3.350 qm zum Preis von 335.000 €. Das Angebot war befristet bis 31. Dezember 2006 und wurde von der Klägerin im Oktober 2005 angenommen. Schon im März 2005 hatte die Beklagte das Kaufobjekt an die Stadtentwicklungsgesellschaft W. mbH veräußert, die als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen wurde. Die Klägerin hat geltend gemacht, dass ihr durch die Nichterfüllung des Grundstückskaufvertrags ein Gewinn in Höhe von 221.753,62 € entgangen sei, den sie durch den Weiterverkauf des Grundstücks hätte erzielen können. In einem ersten Rechtsstreit hat sie die vier Gesellschafter der Beklagten als Gesamtschuldner auf Zahlung von Schadensersatz in entsprechender Höhe in Anspruch genommen. Ihre in erster Instanz erfolgreiche Klage ist in der Berufungsinstanz rechtskräftig abgewiesen worden. Nunmehr verfolgt die Klägerin den Schadensersatzanspruch gegen die Gesellschaft. Das Landgericht hat die Klage als unbegründet, das Berufungsgericht hat sie als unzulässig abgewiesen. Hiergegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Klägerin.

Aus den Gründen:

[3] Die Revision hat Erfolg und führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

A. Ausführungen des Berufungsgerichts

[4] Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Klage sei unzulässig. Über denselben Streitgegenstand sei bereits im Vorprozess zu Lasten der Klägerin entschieden worden. Zwar richte sich die nunmehr gegen die Gesellschaft bürgerlichen Rechts erhobene Klage gegen ein anderes Rechtssubjekt als im ersten Prozess, an dem als Beklagte ihre Gesellschafter beteiligt gewesen seien. Die Rechtskraft des im Prozess gegen sämtliche Gesellschafter ergangenen Urteils erstrecke sich aber auf die Gesellschaft. Die einheitliche Abweisung der Klage gegen alle Gesellschafter könne nur darauf beruhen, dass ein Anspruch gegen die Gesellschaft verneint werde.

B. Entscheidung des BGH

[5] Diese Beurteilung hält revisionsrechtlicher Nach-

prüfung nicht stand.

[6] Die Klage ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts zulässig. Nimmt ein Dritter in einem Rechtsstreit die Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts aus ihrer persönlichen Haftung für eine Gesellschaftsschuld in Anspruch, entfaltet die Rechtskraft eines in diesem Prozess ergangenen Urteils keine Wirkung in einem weiteren Prozess, in dem er nunmehr den Anspruch gegen die Gesellschaft verfolgt. Dies gilt auch dann, wenn alle Gesellschafter am Vorprozess beteiligt waren.

I. Keine Rechtskrafterstreckung auf GbR (§ 325 ZPO)

[7] Die Rechtskraft eines im Prozess gegen die Gesellschafter ergangenen Urteils erstreckt sich nach § 325 ZPO nicht auf die Gesellschaft. Nach dieser Vorschrift wirkt die Rechtskraft eines Urteils grundsätzlich nur für und gegen die Parteien des Rechtsstreits, in dem das Urteil ergangen ist. Die beklagte Gesellschaft bürgerlichen Rechts war am Vorprozess nicht beteiligt. Parteien des Vorprozesses waren vielmehr ihre vier Gesellschafter. Bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und ihren Gesellschaftern handelt es sich nach der neueren Rechtsprechung des Senats (BGH, Urteil vom 29. Januar 2001 - II ZR 331/00, BGHZ 146, 341) - wie das Berufungsgericht im Ansatz richtig sieht - um verschiedene Rechtssubjekte. Richtet sich eine Klage ausschließlich gegen die Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, sind nur diese und nicht auch die Gesellschaft am Verfahren beteiligt.

II. Keine Ausnahme vom Grundsatz des § 325 ZPO

[8] Allerdings kann sich die Rechtskraft eines Urteils ausnahmsweise auch auf einen nicht am Verfahren beteiligten Dritten erstrecken. Dies ist allerdings nicht schon dann der Fall, wenn es einem Dritten zumutbar ist, die rechtskräftige Entscheidung über ein vorgreifliches Rechtsverhältnis gegen sich gelten zu lassen (BGH, Urteil vom 20. Oktober 1995 - V ZR 263/94, WM 1996, 184, 186; Urteil vom 8. November 2004 - II ZR 362/02, ZIP 2005, 121). Eine Durchbrechung des Grundsatzes, dass ein Dritter an ein ohne seine Mitwirkung zustande gekommenes gerichtliches Erkenntnis grundsätzlich nicht gebunden sein soll, kommt nur in Betracht, wenn dies im Einzelfall vom Gesetz ausdrücklich angeordnet oder zumindest nach dem Sinn einer Gesetzesvorschrift geboten ist (BGH, Urteil vom 20. Oktober 1995 - V ZR 263/94, WM 1996, 184, 186). Diese Voraussetzung ist hier nicht erfüllt. Weder § 129 Abs. 1 HGB noch § 736 ZPO kann entnommen werden, dass ein in einem Rechtsstreit mit einem Dritten gegen sämtliche Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts ergangenes Urteil über deren persönliche Haftung für eine Gesellschaftsschuld für und gegen die nicht am Prozess be-

teiligte Gesellschaft Wirkung entfaltet, wenn der Anspruch nunmehr gegen die Gesellschaft verfolgt wird.

1. § 129 I HGB kein Argument für Rechtskrafterstreckung

[9] § 129 Abs. 1 HGB gilt sinngemäß für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (BGH, Urteil vom 29. Januar 2001 - II ZR 331/00, BGHZ 146, 341, 358; Urteil vom 3. April 2006 - II ZR 40/05, ZIP 2006, 994 Rn. 15). Die Vorschrift befasst sich jedoch nicht mit der hier zu entscheidenden Frage, ob ein rechtskräftiges Urteil gegen alle Gesellschafter Wirkung für und gegen die Gesellschaft entfaltet. Vielmehr regelt sie umgekehrt Inhalt und Umfang der Bindungswirkung eines gegen die Gesellschaft ergangenen rechtskräftigen Urteils für und gegen die Gesellschafter. Ein solches Urteil wirkt nach § 129 Abs. 1 HGB auch gegen die Gesellschafter, indem es ihnen die Einwendungen nimmt, die schon der Gesellschaft abgesprochen wurden (BGH, Urteil vom 3. April 2006 - II ZR 40/05, ZIP 2006, 994 Rn. 15). Ob man § 129 Abs. 1 HGB als Rechtskrafterstreckung (so z.B. Zöller/Vollkommer, ZPO, 28. Aufl., § 325 Rn. 35; Baumbach/Hopt, HGB, 34. Aufl., § 129 Rn. 7; § 128 Rn. 43) oder als Einwendungsausschluss ähnlich wie § 767 Abs. 2 ZPO versteht (Staub/Habersack, HGB, 5. Aufl., § 129 Rn. 11; offen gelassen von BGH, Urteil vom 3. April 2006 - II ZR 40/05, ZIP 2006, 994 Rn. 15), ist ohne Bedeutung. Jedenfalls kann aus dieser Vorschrift nicht die Bindungswirkung eines im Prozess gegen alle Gesellschafter ergangenen rechtskräftigen Urteils für und gegen die Gesellschaft hergeleitet werden. § 129 Abs. 1 HGB ist Ausdruck und Folge der in § 128 Abs. 1 HGB geregelten akzessorischen Haftung der Gesellschafter für die Schuld der Gesellschaft. Die Gesellschaft haftet aber für die Schuld der Gesellschafter nicht akzessorisch. Aus diesem Grund bedarf es einer § 129 Abs. 1 HGB entsprechenden, die Bindungswirkung eines gegen alle Gesellschafter ergangenen Urteils gegenüber der Gesellschaft regelnden Bestimmung nicht.

2. § 736 ZPO ebenfalls kein Argument für Rechtskrafterstreckung

[10] Entgegen der Auffassung der Revisionserweiterung lässt sich die Rechtskraftwirkung eines Urteils gegen alle Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts für und gegen die Gesellschaft nicht auf § 736 ZPO stützen.

[11] § 736 ZPO ordnet keine Rechtskrafterstreckung an, sondern bestimmt, dass zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ein gegen alle Gesellschafter ergangenes Urteil erforderlich ist. Zwar kann eine über § 325 ZPO hinausgehende Erstreckung der Rechtskraft auf Dritte auch dann anzunehmen sein, wenn sie nicht ausdrücklich angeordnet ist; vielmehr

genügt es, wenn sie nach dem Sinn einer Vorschrift geboten ist (BGH, Urteil vom 20. Oktober 1995 - V ZR 263/94, WM 1996, 184, 186). Auch dies trifft für § 736 ZPO jedoch nicht zu. Die Vorschrift ist mit der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Außengesellschaft bürgerlichen Rechts nicht überflüssig geworden; sie ist so zu verstehen, dass - anders als bei der OHG (§ 124 Abs. 2 HGB) - zur Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen nicht zwingend ein Titel gegen die Gesellschaft erforderlich ist, sondern auch mit einem Titel gegen alle einzelnen Gesellschafter, der im Hinblick auf ihre persönliche Mithaftung ergangen ist, in das Gesellschaftsvermögen vollstreckt werden kann (BGH, Urteil vom 29. Januar 2001 - II ZR 331/00, BGHZ 146, 341, 356; BGH, Urteil vom 25. Januar 2008 - V ZR 63/07, ZIP 2008, 501 Rn. 10; Beschluss vom 16. Juli 2004 - IXa ZB 288/03, ZIP 2004, 1775, 1777).

[12] Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderng folgt hieraus aber nicht, dass die Rechtskraft eines gegen alle Gesellschafter ergangenen Urteils zugleich für und gegen die Gesellschaft wirkt. Lässt man unter Berufung auf § 736 ZPO aus dem gegen die einzelnen Gesellschafter ergangenen Titel die Vollstreckung in das Vermögen der Gesellschaft zu, wird damit nach der Anerkennung der Parteifähigkeit der Außengesellschaft bürgerlichen Rechts zwar der Grundsatz durchbrochen, dass die Vollstreckung in das Vermögen eines eigenständigen Rechtssubjekts grundsätzlich einen Titel voraussetzt, dessen Gegenstand eine nach materiellem Recht bestehende Verpflichtung dieses Schuldners ist und ein Titel nur die Vollstreckung in das Vermögen des im Titel bezeichneten Schuldners eröffnen kann. Dies ist aber hinnehmbar, wenn Gegenstand der titulierten Verpflichtung eine Verbindlichkeit der Gesellschaft ist, für die die in Anspruch genommenen Gesellschafter haften, und alle Gesellschafter dem Vollstreckungszugriff unterworfen sind (BGH, Urteil vom 25. Januar 2008 - V ZR 63/07, ZIP 2008, 501 Rn. 10).

[13] Anders als die Revisionserwiderng meint, besteht für eine Erstreckung der Rechtskraft auf die Gesellschaft nicht deshalb ein unabweisbares Bedürfnis, weil ein Gläubiger wegen des gestörten Gleichlaufs zwischen materieller Rechtskraft und Vollstreckbar-

keit zum einen aus dem gegen alle Gesellschafter ergangenen stattgebenden Urteil in das Gesellschaftsvermögen vollstrecken kann und ein zweites Mal aus einem ihm günstigen Urteil gegen die Gesellschaft. Die Interessen der Gesellschaft werden nicht unzumutbar beeinträchtigt, wenn wegen derselben Gesellschaftsschuld unterschiedliche Titel ergehen können. Der Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme des Gesellschaftsvermögens kann ohne weiteres dadurch begegnet werden, dass die Gesellschaft den Erfüllungseinwand in dem gegen sie geführten Prozess erhebt oder mit der Vollstreckungsabwehrklage geltend macht.

[14] Gegen das von der Revisionserwiderng befürwortete Verständnis des § 736 ZPO als Norm, die die Rechtskrafterstreckung eines gegen alle Gesellschafter ergangenen Urteils auf die parteifähige Außengesellschaft bürgerlichen Rechts gebietet, spricht zudem, dass die Vollstreckung in das Vermögen der Gesellschaft entgegen dem Wortlaut des § 736 ZPO keinen in einem einheitlichen Verfahren gegen alle Gesellschafter erstrittenen Titel voraussetzt (BGH, Urteil vom 29. Januar 2001 - II ZR 331/00, BGHZ 146, 341, 356; Zöller/Stöber, ZPO, 28. Aufl., § 736 Rn. 3; MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer, 5. Aufl., § 718 Rn. 55 m.w.N.). Genügen nach § 736 ZPO mehrere in getrennten Verfahren erwirkte Titel gegen alle Gesellschafter für eine Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen, lässt sich eine Erstreckung der Rechtskraft auf die nicht am Prozess beteiligte Gesellschaft nicht mit der Begründung rechtfertigen, im Gesellschafterprozess sei eine das Verfahren (Art. 103 GG) und die Rechtskraft legitimierende Repräsentation der Gesellschaft durch ihre Gesellschafter gewährleistet. Selbst wenn die Klage - wie hier - gegen alle Gesellschafter gerichtet ist, werden die Interessen der Gesellschaft nicht in jedem Fall notwendigerweise durch ihre Gesellschafter wahrgenommen, weil die Interessen der Gesellschafter oder einzelner von ihnen durchaus auch gegenläufig sein können.

III. Zurückverweisung an das Berufungsgericht

[17] Der Senat kann nicht selbst in der Sache entscheiden, weil sie noch nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO) [...].

*Strafrecht***Standort: § 25 II StGB****Problem: Mittäterexzess und Rücktritt**

BGH, BESCHLUSS VOM 03.03.2011
4 STR 52/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Angeklagten S und C wollten Passanten "unter Einsatz eines Springmessers", das sie beide jeweils bei sich führten, berauben. Als ein Passant vorbeikam, sprang S diesen direkt an, was zu einem Handgemenge führte, in dessen Verlauf S dem Opfer mehrfach in die Brust stach. C stand daneben und forderte S wiederholt auf, zu ihm zu kommen. Die Angeklagten verließen dann den Tatort, ohne den Raub zu vollenden.

Das Landgericht Rostock hatte die Angeklagten insb. wegen versuchten Totschlags (in Mittäterschaft), §§ 212 I, 25 II, 22, 23 I StGB, verurteilt. Der hiergegen gerichteten Revision der Angeklagten gab der BGH statt. Der Angeklagte S habe zwar mit Tötungsvorsatz gehandelt und so durch die Stiche den Tatbestand des versuchten Totschlags verwirklicht. Jedoch sei bei ihm ein strafbefreiender Rücktritt zu Unrecht vom LG nicht erörtert worden. Vom Vorsatz des Angeklagten C hingegen seien die mit Tötungsvorsatz ausgeführten Messerstiche des S nicht umfasst gewesen. Diese stellten somit einen Mittäterexzess des S dar, für den C nicht haften könne.

Prüfungsrelevanz:

Sowohl die Prüfung der Voraussetzungen eines strafbefreienden Rücktritts als auch die Konstellation des Mittäterexzesses gehören zu den Problemen, die in beiden Examen in allen Arten von Prüfungsaufgaben (Klausuren, Vorträgen und Prüfungsgesprächen) immer wieder zu lösen sind. Insofern werden hier detaillierte Kenntnisse vorausgesetzt. Der vorliegende Fall mag inhaltlich wenig Neues bringen, er enthält jedoch eine fast schon lehrbuchmäßige Konstellation, deren Verwendung durch einen Prüfer wenig eigene Kreativität voraussetzt und die sich deshalb als Fallvorlage anbietet.

Die Anforderungen an einen strafbefreienden Rücktritt gem. § 24 I StGB hängen davon ab, ob es sich um einen unbeeendeten oder beendeten Versuch handelt. Beim unbeeendeten Versuch genügt es, wenn der Täter freiwillig die weitere Ausführung der Tat aufgibt, § 24 I 1 1. Fall StGB. Beim beendeten Versuch hingegen muss er freiwillig deren Vollendung verhin-

dern, § 24 I 1 2. Fall StGB, oder - wenn die Tat ohne sein Zutun nicht vollendet wird - sich zumindest freiwillig und ernsthaft um die Vollendungsverhinderung bemüht haben, § 24 I 2 StGB. Maßgeblich für die Abgrenzung zwischen unbeeendeten und beendetem Versuch ist die Tätervorstellung: Glaubt der Täter nach der letzten Ausführungshandlung, bereits alles zur Herbeiführung des Erfolges Notwendige getan zu haben, so ist der Versuch beendet, anderenfalls unbeeendet (BGHSt 31, 170, 171; Joecks, § 24 Rn. 11; Schönke/Schröder-Eser, § 24 Rn. 14). Der BGH betont in der vorliegenden Entscheidung in Übereinstimmung mit seiner früheren Rechtsprechung (BGHSt 31, 170, 175; 40, 304, 306; BGH, NSStZ 2005, 264), dass ein beendeter Versuch auch dann anzunehmen ist, wenn sich der Täter nach der letzten Ausführungshandlung keine Vorstellungen über die Folgen seines Tuns macht. Da das LG aber gar keine Feststellungen zu den Vorstellungen des S nach dem Angriff auf das Opfer getroffen hatte, sei nicht ausgeschlossen, dass es sich noch um einen unbeeendeten Versuch gehandelt hatte, von dem S durch das bloße Aufhören und Weggehen zurückgetreten sein könnte.

Interessant an den Ausführungen des BGH ist, dass die Unterscheidung zwischen beendetem und unbeeendetem Versuch nur für den Rücktritt des Alleintäters relevant ist, da sich bei mehreren Beteiligten (z.B. Mittätern) die Rücktrittsbedingungen nicht nach § 24 I StGB richten, sondern nach § 24 II StGB und diese Vorschrift nicht zwischen verschiedenen Versuchsarten unterscheidet. Da das LG die beiden Angeklagten als Mittäter angesehen hatte, hatte es somit folgerichtig keinen Rücktritt vom unbeeendeten Versuch durch Aufgeben der weiteren Tatausführung diskutiert, da es einen solchen i.R.v. § 24 II StGB gar nicht gibt. Da der BGH allerdings den Totschlagsversuch des S für einen Mittäterexzess hält, für den C deshalb nicht verantwortlich gemacht werden kann, ist S somit Alleintäter des Versuchs. Dementsprechend ist sein Rücktritt nach dem Maßstab des § 24 I StGB zu prüfen, was eine Unterscheidung zwischen beendetem und unbeeendetem Versuch erforderlich macht.

Die Mittäterschaft wird beherrscht vom Prinzip der wechselseitigen Zurechnung. Über § 25 II StGB können einem Mittäter die Beiträge der anderen Mittäter zugerechnet werden. Die Grenze dieser wechselseitigen Zurechnung wird jedoch bestimmt durch den für

eine Mittäterschaft stets erforderlichen gemeinsamen Tatentschluss der Mittäter: Hält sich ein Mittäter nicht an die getroffene Absprache und nimmt Handlungen vor, die über den gemeinsamen Tatentschluss hinausgehen, so liegt ein Mittäterexzess vor, der den anderen Mittätern nicht zugerechnet werden kann (BGH, NSTZ-RR 2006, 38; Schönke/Schröder-Heine, § 25 Rn. 95; vgl. hierzu auch die Darstellung im JI-Skript StraFR AT II, Rn. 32, 60 ff.). Dabei ist ein solcher Mittäterexzess jedoch nicht schon allein deshalb gegeben, weil einer der Mittäter eine Handlung vornimmt, die nicht ausdrücklich vereinbart wurde. Auch Handlungen, die zwar nicht ausdrücklich vereinbart waren, die sich aber im Rahmen des Vorhersehbaren halten und mit denen deshalb gerechnet werden muss, sind vom gemeinsamen Tatentschluss gedeckt und stellen deshalb keinen Exzess dar (sog. "offener Tatplan", vgl. BGH, NSTZ 2002, 597, 598; 2005, 261, 262; Schönke/Schröder-Heine, § 25 Rn. 95). Im vorliegenden Fall geht der BGH davon aus, dass die Stiche des S einen Exzess darstellen, obwohl die Angeklagten vereinbart hatten, den geplanten Raub "unter Einsatz eines Springmessers" zu begehen. Offensichtlich sollte sich dieser Einsatz nach Meinung des BGH ausschließlich auf die Drohung mit dem Messer beschränken. Mit dessen Einsatz als Verletzungswerkzeug musste hingegen auch nicht gerechnet werden. Das ist allerdings eine sehr täterfreundliche Auslegung des von den Angeklagten gefassten Tatentschlusses.

Vertiefungshinweise:

- Zur Abgrenzung von unbeendetem und beendetem Versuch, insb. bei fehlenden Vorstellungen des Täters bzgl. der Folgen seines Tuns: *BGHSt* 31, 170; 33, 295; 35, 90; 40, 304; *BGH*, NSTZ 2005, 264; *StraFo* 2005, 166; *Murmann*, JuS 1996, 590; *Scheinfeld*, JuS 2002, 250
- Zum Mittäterexzess: *BGH*, NSTZ 2002, 597; 2005, 261, NSTZ-RR 2006, 38; *Seher*, JuS 2009, 304

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Nacht der offenen Tür"
- Examenskurs*: "Kein Blut für Draci"

Leitsätze (der Redaktion).

1. Für die Abgrenzung des unbeendeten vom beendetem Versuch kommt es darauf an, ob der Täter nach der letzten von ihm konkret vorgenommenen Ausführungshandlung den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs für möglich hält. Ein beendeter Versuch ist ferner auch dann anzunehmen, wenn ein Täter sich nach der letzten Ausführungshandlung keine Vorstellungen über die Folgen seines Tuns macht.

2. Jeder Mittäter haftet für das Handeln der anderen nur im Rahmen seines - zumindest bedingten - Vorsatzes; er ist also für den Taterfolg nur insoweit verantwortlich, als sein Wille reicht, so dass ihm ein Exzess der anderen nicht zur Last fällt; Handlungen eines anderen Tatbeteiligten, mit denen nach den Umständen des Einzelfalles gerechnet werden muss, werden jedoch vom Willen des Mittäters umfasst, auch wenn er diese sich nicht besonders vorgestellt hat.

Sachverhalt:

Die Angeklagten wollten unter Einsatz eines Messers einen zufällig vorbeikommenden Passanten berauben. In Ausführung dieses Plans fiel der Angeklagte S den Zeugen R mit einer Art Karatesprung an. Es entwickelte sich zwischen beiden ein Handgemenge, in dessen Verlauf der Angeklagte S dem Zeugen mit bedingtem Tötungsvorsatz je zwei kräftig geführte Messerstiche in die Brust und in den Beckenraum versetzte. Der Angeklagte C, der den Überfall beobachtet und mit seinem Butterflymesser spielend abgesichert hatte, forderte den Mitangeklagten mehrfach auf, zu ihm zu kommen. Beide verließen sodann den Tatort, ohne den Zeugen zu berauben. Der Zeuge setzte zunächst seinen Weg fort, da er die Stiche nur als Schläge wahrgenommen hatte, musste sich dann aber mit Hilfe des Rettungsdienstes wegen der abstrakt lebensgefährlichen Verletzungen in ein Krankenhaus begeben.

Aus den Gründen:

[1] Das Landgericht hat die Angeklagten wegen versuchten Totschlags in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung und wegen (besonders) schweren Raubes (qualifiziert nach § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB) in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung zu Jugendstrafen von sechs Jahren und zehn Monaten (S) bzw. drei Jahren und sechs Monaten (C) verurteilt; hinsichtlich des Angeklagten S hat es außerdem eine Adhäsionsentscheidung zu Gunsten des durch die letztgenannte Tat Geschädigten getroffen. Gegen dieses Urteil wenden sich die Angeklagten mit ihren auf die Verletzung materiellen Rechts gestützten Revisionen; wobei sich der Revisionsangriff des Angeklagten C, wie sich aus dem Revisionsantrag und der Begründung ergibt, auf die Verurteilung wegen versuchten Totschlags beschränkt.

[2] Die Rechtsmittel haben den aus der Beschlussformel ersichtlichen Erfolg; die weiter gehende Revision des Angeklagten S ist unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

A. Zur Strafbarkeit der Angeklagten wegen versuchten Totschlags, §§ 212 I, 22, 23 I StGB

[3, 4] Die Verurteilungen der Angeklagten wegen versuchten Totschlags halten rechtlicher Prüfung nicht

stand. [...]

B. Zum Vorliegen eines strafbefreienden Rücktritts des Angeklagten S

[5] Die Verurteilung des Angeklagten S wegen versuchten Totschlags hat keinen Bestand.

[6] Entgegen der Auffassung der Revision hat das Landgericht zwar rechtsfehlerfrei festgestellt, dass der Angeklagte mit bedingtem Tötungsvorsatz handelte, als er dem Zeugen die wuchtigen Messerstiche versetzte. Es hat aber zur Frage eines strafbefreienden Rücktritts vom Totschlagsversuch lediglich ausgeführt, dass ein solcher ausscheide, "da der Versuch beendet war und der bloße Abbruch der Tathandlung deshalb für einen strafbefreienden Rücktritt nicht genügt".

[7] Diese Begründung begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Für die Abgrenzung des unbedeutenden vom beendeten Versuch und damit für die Voraussetzungen strafbefreienden Rücktritts kommt es darauf an, ob der Täter nach der letzten von ihm konkret vorgenommenen Ausführungshandlung den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs für möglich hält (sog. Rücktrittshorizont; st. Rspr., vgl. nur BGH, Urteil vom 22. August 1985 - 4 StR 326/85, BGHSt 33, 295, 298; Beschluss vom 19. Mai 1993 - GSSSt 1/93, BGHSt 39, 221, 227 m.w.N.). Ein beendeter Versuch ist ferner auch dann anzunehmen, wenn ein Täter sich nach der letzten Ausführungshandlung keine Vorstellungen über die Folgen seines Tuns macht (vgl. BGH, Urteil vom 2. November 1994 - 2 StR 449/94, BGHSt 40, 304, 306).

[8] Mit der Frage des Rücktrittshorizonts hat sich das Landgericht gar nicht befasst. Dabei hätte es entsprechender Darlegungen hier umso mehr bedurft, als das Opfer trotz der Stichverletzungen nicht zu Boden gegangen war und zunächst seinen Weg fortsetzen konnte. Auch dafür, dass sich der Angeklagte nach dem Zusteichen keine Vorstellungen über die Folgen seines Tuns gemacht hat, geben die bisherigen Feststellungen keinen hinreichenden Anhalt.

[9] Der aufgezeigte Mangel zwingt auch zur Aufhebung der für sich gesehen rechtlich nicht zu beanstandenden Verurteilung des Angeklagten wegen der tateinheitlich begangenen gefährlichen Körperverletzung zum Nachteil des Zeugen R (vgl. BGH, Urteil vom 20. Februar 1997 - 4 StR 642/96, BGHR StPO § 353 Auf-

hebung 1; vgl. auch KK-Kuckein, StPO, 6. Aufl., § 353 Rn. 12).

C. Zum Fehlen einer Versuchsstrafbarkeit des Angeklagten C wegen Mittäterexzesses des Angeklagten S

[10] Hinsichtlich des Angeklagten C belegen, wie auch der Generalbundesanwalt in seiner Antragschrift zutreffend ausgeführt hat, die Feststellungen lediglich, dass er sich der gemeinschaftlichen gefährlichen Körperverletzung nach § 224 Abs. 1 Nrn. 2, 4 und 5, § 25 Abs. 2 StGB, nicht jedoch auch eines versuchten Totschlags schuldig gemacht hat.

[11] Jeder Mittäter haftet für das Handeln der anderen nur im Rahmen seines - zumindest bedingten - Vorsatzes; er ist also für den Taterfolg nur insoweit verantwortlich, als sein Wille reicht, so dass ihm ein Exzess der anderen nicht zur Last fällt; Handlungen eines anderen Tatbeteiligten, mit denen nach den Umständen des Einzelfalles gerechnet werden muss, werden jedoch vom Willen des Mittäters umfasst, auch wenn er diese sich nicht besonders vorgestellt hat (st. Rspr., vgl. nur BGH, Urteil vom 15. September 2004 - 2 StR 242/04, BGHR StGB § 25 Abs. 2 Mittäter 32; Urteil vom 28. Oktober 2009 - 1 StR 205/09).

[12] Nach den Feststellungen wusste der Angeklagte C zwar, dass bei dem Raubüberfall auf einen Passanten ein Messer zum Einsatz kommen sollte. Dass er auch eine Tötung des Opfers billigend in Kauf genommen hat, ist aber nicht belegt. Dagegen spricht im Übrigen schon, dass er, als er sah, mit welcher Wucht der Mitangeklagte zustach, diesen mehrfach aufforderte, zu ihm zu kommen, sich also von dem Geschädigten zu entfernen. Das Vorgehen des Mitangeklagten überstieg in seiner Schwere und Gefährlichkeit den gemeinsamen Tatplan so erheblich, dass er als wesentliche Abweichung anzusehen ist, mit der der Angeklagte nicht rechnen musste.

[13] Da nicht zu erwarten ist, dass in einer neuen Hauptverhandlung Feststellungen getroffen werden können, die einen bedingten Tötungsvorsatz belegen, stellt der Senat den Schuldspruch insoweit um.

D. Zur Aufhebung der Strafaussprüche

[14] Die Teilaufhebung bzw. Abänderung der Strafaussprüche zieht die Aufhebung der Strafaussprüche nach sich.

Standort: § 24 StGB**Problem: Freiwilligkeit des Rücktritts**

BGH, BESCHLUSS VOM 16.03.2011

2 STR 22/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte, der - irrig - davon ausging, dass das Kind, das seine schwangere Ehefrau erwartete, nicht von ihm sondern von einem anderen sei, entschloss sich, diese zu töten. Er überfiel die ahnungslose Frau auf einem Kinderspielplatz und stach mit einem Messer auf sie ein. Während des Angriffs klingelte jedoch das Handy der Ehefrau. Dieser gelang es, das Telefon zu ziehen und dem Angeklagten entgegenzuhalten, dem sie erklärte, es sei eine Freundin, die wisse, dass auch der Angeklagte da sei. Daraufhin ließ der Angeklagte von seinem Opfer ab.

Das Landgericht Aachen hatte den Angeklagten insb. wegen versuchten Mordes, §§ 211, 22, 23 I StGB, verurteilt. Einen Rücktritt hatte es abgelehnt, da das Verhalten des Angeklagten für einen Rücktritt von dem - im vorliegenden Fall gegebenen - beendeten Versuch nicht genüge und dieser auch nicht freiwillig gehandelt habe. Auf die Revision des Angeklagten hin hob der BGH dieses Urteil jedoch auf. Die Feststellungen des LG seien nicht ausreichend, um von einem beendeten Versuch auszugehen und für einen Rücktritt von einem unbeendeten Versuch könne das bloße Abnehmen des Angeklagten von der weiteren Tatausführung ausreichend sein. Auch sei nicht ausgeschlossen, dass der Angeklagte doch freiwillig gehandelt habe.

Prüfungsrelevanz:

Die Prüfung der Voraussetzungen eines strafbefreienden Rücktritts vom Versuch ist in beiden Examen bei allen Arten von Examensaufgaben und Delikten immer wieder Gegenstand von Prüfungsaufgaben. Hierbei ist nicht nur die Abgrenzung von beendetem und unbeendetem Versuch, die für die Bestimmung der Anforderungen an das Rücktrittsverhalten zumindest beim Einzeltäter maßgeblich ist und mit der der BGH sich auch in der vorliegenden Entscheidung befasst (vgl. hierzu die Ausführungen zum Beschluss des BGH vom 03.03.2011, Az.: 4 StR 52/11, in diesem Heft), immer wieder problematisch. Auch die Feststellung der für alle Rücktrittsvarianten stets erforderlichen Freiwilligkeit kann als Aufhänger für Diskussionen genutzt werden.

Sämtliche Varianten des Rücktritts gem. § 24 I und II StGB setzen stets voraus, dass der Täter das entsprechende Rücktrittsverhalten freiwillig vornimmt. Freiwillig ist ein Rücktrittsverhalten dann, wenn es Ausdruck freier Selbstbestimmung des Täters ist, dieser also noch "Herr seiner Entschlüsse" ist (BGHSt 35,

184, 186; BGH, NStZ 2007, 399, 400; vgl. auch die Darstellung im JI-Skript StrafR AT I, Rn. 557 ff.). Während eine Mindermeinung diese Freiwilligkeit nach normativen Kriterien ermittelt und deshalb hierfür eine "Rückkehr des Täters zur Legalität" verlangt (sog. normative Betrachtung; vgl. Roxin, AT II, § 30 Rn. 383 f.), lässt die herrschende Meinung es insofern ausreichen, dass der Täter aus autonomen Motiven, also aufgrund einer selbst gefassten Entscheidung, zurücktritt (sog. psychologisierende Betrachtung; BGHSt 35, 184, 187; Fischer, § 24 Rn. 19; Schönke/Schröder-Eser, § 24 Rn. 43; Kühl, AT, § 16 Rn. 54; Lackner, NStZ 1988, 405, 406).

Trotz des Erfordernisses autonomer Motive des Täters für den Rücktritt ist eine Freiwilligkeit nicht ausgeschlossen, wenn der Anstoß für das Umdenken des Täters von außen kommt (BGHSt 7, 299; BGH, NStZ-RR 2010, 366; Fischer, § 24 Rn. 19a). Selbst nach Entdeckung der Tat durch das Opfer oder Dritte ist somit ein freiwilliger Rücktritt noch möglich, wenn es dem Täter nicht gerade auf die Heimlichkeit ankam (BGH, NStZ 2003, 199; 2007, 399; Fischer, § 24 Rn. 19a; Schönke/Schröder-Eser, § 24 Rn. 50). Unfreiwillig ist die Tataufgabe jedoch bei einem vom Täter erkannten erhöhten Entdeckungsrisiko, wenn er das Tatrisiko aufgrund neuer Umstände nicht mehr für vertretbar hält (BGH, NStZ 1993, 76; 1996, 352; NStZ-RR 2006, 168; Fischer, § 24 Rn. 19a, 23). Im vorliegenden Fall drängte sich zwar die Annahme auf, dass der Angeklagte wegen des Anrufs der Freundin des Opfers von einem erhöhten Entdeckungsrisiko ausging. Allerdings hatte das LG nicht festgestellt, dass er deshalb das Risiko der Tatausführung nicht mehr für vertretbar hielt und deshalb die Freiwilligkeit nach Auffassung des BGH vorschnell abgelehnt.

Vertiefungshinweise:

□ Zur Freiwilligkeit des Rücktritts: BGHSt 35, 184; BGH, NStZ 1993, 76; 1996, 352; 2003, 199; 2007, 399; NStZ-RR 2010, 366; Küper, JZ 1997, 229; Jäger, NStZ 1998, 161; Lackner, NStZ 1988, 405

Kursprogramm:

□ Examenskurs: "Argentina"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Die für einen Rücktritt stets erforderliche Freiwilligkeit liegt vor, wenn der Täter noch "Herr seiner Entschlüsse" geblieben ist, also weder durch eine äußere Zwangslage daran gehindert noch durch einen seelischen Druck unfähig geworden ist, die Tat zu vollbringen. Dabei ist maßgebliche

Beurteilungsgrundlage nicht die objektive Sachlage, sondern die Vorstellung des Täters hiervon; die äußeren Gegebenheiten sind allerdings insofern von Belang, als sie Rückschlüsse auf die innere Einstellung des Täters zulassen.

2. Die Tataufgabe kann bei einem vom Angeklagten erkannten erhöhten Entdeckungsrisiko unfreiwillig sein. Dies setzt jedoch voraus, dass der Täter das Tatrisiko aufgrund neuer Umstände nicht mehr für vertretbar hält. Dass er es für besser hält, die Tat nicht mehr zu verwirklichen, reicht hierfür nicht aus und vermag einen freiwilligen Rücktritt nicht auszuschließen.

Sachverhalt:

Der Angeklagte ging zu Unrecht davon aus, dass nicht er, sondern ein früherer Klassenkamerad Vater des ungeborenen Kindes seiner etwa in der 8. Woche schwangeren Ehefrau war. Bei einem abendlichen Treffen auf einem in einem Wohngebiet gelegenen Spielplatz zog er ein in seiner hinteren Hosentasche steckendes, etwa 30 cm langes Messer mit einer Klingengänge von 20 cm hervor und stach mit Tötungsabsicht auf seine nichts ahnende Ehefrau ein. Dabei erkannte er, dass sie nicht mit einem Angriff rechnete, und nutzte dies aus. Außerdem war ihm bewusst, dass beim Tod seiner Frau auch das ungeborene Kind nicht überleben konnte. Er wollte so die ständigen Konflikte mit seiner Ehefrau beenden und diese für den vermeintlichen Fehltritt bestrafen. Insgesamt wurde die Geschädigte von mindestens 15, maximal 18 Messerstichen getroffen. Bei den Stichen verbog sich die Klinge des qualitativ sehr einfachen, billigen Messers. Die überwiegend nicht sehr tiefen Stichverletzungen waren daher nicht konkret lebensgefährlich, trafen aber an der Stirn, am Hals und am Rücken Körperbereiche mit lebenswichtigen Organen und Gefäßen.

Während der letzten Stiche klingelte das Handy der Geschädigten. Es gelang ihr, es aus der Jackentasche zu holen, dem Angeklagten entgegenzuhalten und zu sagen, das sei "K" - eine Freundin der Geschädigten -, die wisse, dass der Angeklagte da sei. Der Angeklagte, der aufgrund der Vielzahl und der Art und Weise der Stiche davon ausging, dass die Geschädigte und damit auch das ungeborene Kind an den Verletzungen sterben würden, ließ von ihr ab und verließ den Tatort. Die stark blutende Geschädigte, die die Schwere ihrer Verletzungen zunächst noch nicht registriert hatte, schleppte sich auf den Weg zwischen Spielplatz und Wohnhaus, wo sie von Passanten gefunden und versorgt wurde. Der Angeklagte stellte sich kurz nach der Tat der Polizei. Die Geschädigte entschloss sich zur Abtreibung, da ihr von den behandelnden Ärzten gesagt wurde, das ungeborene Kind könne durch das Tatgeschehen irreparable Schäden erlitten haben.

Aus den Gründen:

1. Entscheidung des Landgerichts; Revision

[1 - 3] Das Landgericht hat den Angeklagten wegen versuchten Mordes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung und versuchtem Schwangerschaftsabbruch zu einer Freiheitsstrafe von 10 Jahren verurteilt. Seine Revision führt mit der Sachrüge zur Aufhebung des angefochtenen Urteils. [...]

2. Zur Verneinung eines Rücktritts des Angeklagten

[4] Die Begründung, mit der das Landgericht einen strafbefreienden Rücktritt des Angeklagten vom Versuch des Mordes abgelehnt hat, ist nicht frei von Rechtsfehlern.

a) Zur Annahme eines beendeten Versuchs durch das LG

[5] Die Ausführungen des angefochtenen Urteils zum Vorliegen eines beendeten Versuchs sind lückenhaft. Nach ständiger Rechtsprechung kommt es für die Abgrenzung eines unbeendeten vom beendeten Versuch und damit für die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein strafbefreiender Rücktritt gegeben ist, darauf an, ob der Täter nach der letzten von ihm konkret vorgenommenen Ausführungshandlung den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges für möglich hält (sog. Rücktrittshorizont; vgl. BGHSt 39, 221, 227 f. mwN) oder er sich - namentlich nach besonders gefährlichen Gewalthandlungen, die zu schweren Verletzungen geführt haben - keine Vorstellungen über die Folgen seines Handelns macht (vgl. BGHSt 40, 304, 306; Fischer StGB 58. Aufl. § 24 Rn. 15 mwN).

[6] Das Landgericht ist davon ausgegangen, dass der Versuch nicht beendet gewesen sei, "da der Angeklagte aufgrund der Zahl, Art und Weise der Stiche und Verletzungen davon ausgehen musste und ausgegangen" sei, alles für die angestrebte Tötung seiner Ehefrau getan zu haben, als er von ihr abließ. Da er keine aktiven Rettungsbemühungen entfaltet habe, sei ein strafbefreiender Rücktritt nicht gegeben.

[7] Dies lässt die Auseinandersetzung mit wesentlichen festgestellten Umständen vermissen, die dafür sprechen konnten, dass der Angeklagte nach dem letzten Stich nicht mehr mit der tödlichen Folge seines Handelns rechnete. Aus Sicht des Angeklagten stand der Annahme einer Todesgefahr für die Geschädigte entgegen, dass sie in der Lage war, das klingelnde Handy aus ihrer Jackentasche zu holen, es dem Angeklagten entgegenzuhalten und ihn darauf anzusprechen, dass ihre Freundin wisse, dass er anwesend sei. Insoweit ist auch zu berücksichtigen, dass die Nebenklägerin die Schwere ihrer Verletzungen selbst zunächst nicht registrierte und sich - wenngleich nachdem der Angeklagte den Tatort bereits verlassen hatte - vom Spielplatz in Richtung ihres Wohnhauses be-

geben konnte. Schließlich stellte sich der Angeklagte noch am Tatabend der Polizei mit den Worten, er habe "eben seine Freundin angestochen". Auch diese Formulierung konnte Rückschlüsse auf den Rücktrittshorizont des Angeklagten zulassen und war deshalb in die gebotene Gesamtwürdigung der für und gegen die Annahme eines beendeten Versuchs sprechenden Indizien einzustellen.

b) Zur Freiwilligkeit

[8] Der Rechtsfehler bei der Abgrenzung von unbeeendetem und beendeten Versuch würde den Bestand des Urteils allerdings nicht gefährden, wenn die vom Landgericht gegebene weitere Erwägung tragen würde, der Angeklagte habe bei Annahme eines unbeeendeten Versuchs die Tatausführung jedenfalls nicht freiwillig aufgegeben. Die hierfür gegebene Begründung ist jedoch ebenfalls nicht frei von Rechtsfehlern. Freiwilligkeit liegt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vor, wenn der Täter noch "Herr seiner Entschlüsse" geblieben ist und die Ausführung seines Verbrechensplans noch für möglich gehalten hat, also weder durch eine äußere Zwangslage daran gehindert, noch durch einen seelischen Druck unfähig geworden ist, die Tat zu vollbringen (vgl. BGHSt 35, 184). Dabei ist maßgebliche Beurteilungsgrundlage nicht die objektive Sachlage, sondern die Vorstellung des Täters hiervon; die äußeren Gegebenheiten sind allerdings insofern von Belang, als sie Rückschlüsse auf die innere Einstellung des Täters zulassen.

[9] Dass es der Angeklagte in diesem Sinne unter dem Eindruck eines äußeren Zwangs oder aus sonstigen innerlich als zwingend empfundenen Gründen unterlassen hat, weiter auf die Geschädigte einzustechen,

ist bisher nicht ausreichend dargetan. Die Formulierung, der Angeklagte habe es für "besser" gehalten, "den Tatort zu verlassen" lässt besorgen, dass das Landgericht von einem unzutreffenden rechtlichen Maßstab ausgegangen ist. Die Tataufgabe kann zwar bei einem vom Angeklagten erkannten erhöhten Entdeckungsrisiko unfreiwillig sein. Dies setzt jedoch voraus, dass der Täter das Tatrisiko aufgrund neuer Umstände nicht mehr für vertretbar hält (BGH NStZ 1993, 76; 279; NStZ-RR 2006, 168; Fischer StGB 58. Aufl. § 24 Rn. 19a, 23 mwN). Dass er es für besser hält, die Tat nicht mehr zu verwirklichen, reicht hierfür nicht aus und vermag einen freiwilligen Rücktritt nicht auszuschließen.

[10] Darüber hinaus bedarf es in derartigen Fällen genauer Darlegung der Umstände, aus denen sich die für den Täter nicht mehr hinnehmbare Steigerung des Risikos, alsbald gestellt zu werden, gefolgert wird (BGH NStZ 1992, 536). Auch daran mangelt es bislang. Feststellungen zum insoweit maßgeblichen Vorstellungsbild des Angeklagten, der sich bereits kurz nach der Tat der Polizei stellte, fehlen. Diese waren mit Rücksicht auf die objektive Sachlage, die u.a. durch eine Tatbegehung im öffentlichen Raum gekennzeichnet ist, auch nicht entbehrlich. Alleine aus der Bemerkung der Nebenklägerin, ihre Freundin wisse, dass er da sei, ergab sich für den Angeklagten nicht ohne Weiteres, dass das Tatrisiko nunmehr unvertretbar hoch war. Insofern hätte das Landgericht im Einzelnen feststellen und darlegen müssen, ob und gegebenenfalls wie sich hierdurch aus seiner Sicht die Chancen, nach vollständiger Tatausführung zu entkommen, gegenüber der ursprünglichen Tatbegehung verschlechtert hatten.

Standort: § 249 StGB

Problem: Wegnahme und Finalzusammenhang

BGH, BESCHLUSS VOM 15.03.2011
4 STR 40/11 (NJW 2011, 1979)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte wollte sich zusammen mit einem Freund an dem Opfer dafür rächen, dass dieses angeblich eine Freundin der beiden sexuell missbraucht hatte. Deshalb legten die beiden "Feldjägeruniformen" aus dem Besitz des Angeklagten und Armbinden mit der Aufschrift "MP" an und gingen zum Opfer. Außerdem trugen sie Gaspistolen bei sich, wobei aber die des Angeklagten nicht geladen war. Vorher hatte der Angeklagte einen "Durchsuchungsbeschluss" mit aus dem Internet heruntergeladenen Hoheitszeichen hergestellt. Diesen zeigten sie an der Wohnung des Opfers vor und verschafften sich so Zutritt. Als sie feststellten, dass das Opfer nicht alleine war, gaben sie den Plan auf, dieses zu verprügeln und "konfiszierten"

stattdessen insb. eine Tüte mit Marihuana.

Das Landgericht Essen hatte den Angeklagten insbesondere wegen "schweren Raubes" gem. §§ 249 I, 250 II StGB sowie wegen Amtsannaßung, § 132 StGB, und Missbrauchs von Amtsabzeichen, § 132a I StGB, verurteilt. Der hiergegen gerichteten Revision des Angeklagten gab der BGH weit gehend statt: Zum einen habe das Landgericht keine hinreichenden Ausführungen zum Vorliegen des für einen Raub erforderlichen Finalzusammenhangs gemacht. Zum anderen habe das LG auch nicht genau dargelegt, welche Variante der Qualifikation gem. § 250 II StGB gegeben sein sollte. Schließlich seien die Voraussetzungen des § 132a I StGB nicht hinreichend belegt, da dieser Tatbestand nur solche Uniformen und Amtsabzeichen erfasse, die durch öffentlich-rechtliche Vorschriften eingeführt wurden und das LG nicht dargelegt hätte, dass dies bei der vom Angeklagten getragenen Feldjägeruniform

und der "MP"-Armbinde tatsächlich der Fall sei.

Prüfungsrelevanz:

Raub, § 249 I StGB, sowie räuberische Erpressung, §§ 253 I, 255 StGB und räuberischer Diebstahl, § 252 StGB, sind die Delikte, die in den letzten Monaten und Jahren das "Standardthema" für Examensklausuren insbesondere im ersten Examen dargestellt haben. Insofern ist eine intensive Vorbereitung auch auf die Detailprobleme dieser Tatbestände unerlässlich. Gerade weil der BGH in der vorliegenden Entscheidung mit dem Finalzusammenhang und den Voraussetzungen für eine Qualifikation gem. § 250 II StGB Punkte anspricht, die immer wieder in Examensaufgaben zu diskutieren sind, lohnt sich auch eine Beschäftigung mit diesem Sachverhalt. Die Tatbestände der §§ 132, 132a StGB gehören hingegen in vielen Bundesländern gar nicht zum Prüfungsstoff.

Interessant an den Ausführungen des BGH in der vorliegenden Entscheidung ist zunächst die Prüfung der Wegnahme, die als Tathandlung von § 249 I StGB ebenso vorausgesetzt wird wie von § 242 I StGB. Die Definition dieses Tatbestandsmerkmals ist bei beiden Delikten identisch: Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendig tätereigenen, Gewahrsams (Fischer, § 242 Rn. 10, § 249 Rn. 2; Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn. 22, § 249 Rn. 2). Problematisch sind diese Voraussetzungen insbesondere in Fällen, in denen zu den Selbstschädigungsdelikten, also § 263 I StGB und §§ 253 I, 255 StGB, abgegrenzt werden muss. Bei der Abgrenzung von Diebstahl und Betrug wird insofern auf die innere Willensrichtung des Opfers abgestellt und eine Wegnahme insbesondere dann angenommen, wenn das Opfer unfreiwillig und unter Zwang handelt, etwa weil es glaubt, dass eine wirksame Beschlagnahme durch den Täter stattfindet (BGHSt 18, 221, 223; Fischer, § 242 Rn. 17; Rengier, BT I, § 13 Rn. 32 ff.). Beim Raub hingegen kann nach der Rechtsprechung die Freiwilligkeit des Opferverhaltens kein Kriterium für das Vorliegen einer Wegnahme sein, da das Opfer bei diesem Tatbestand stets unter dem Eindruck der Anwendung des qualifizierten Nötigungsmittels (Gewalt gegen eine Person oder Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben) steht und deshalb sowieso nie wirklich freiwillig handelt. Deshalb stellt der BGH i.R.v. § 249 I StGB bei der Prüfung der Wegnahme auf das äußere Erscheinungsbild ab (BGHSt 41, 123, 125; BGH, NStZ 1999, 350; ebenso Fischer, § 253 Rn. 11). Anders die herrschende Literatur, die auch bei der Abgrenzung von Raub und räuberischer Erpressung - ebenso wie bei derjenigen von Diebstahl und Betrug - auf die innere Willensrichtung des Opfers abstellt (Joecks, § 249 Rn. 9; Schönke/Schröder-Eser, § 253 Rn. 31; Krey/Hellmann, BT II, Rn. 300). In der vorliegen-

den Entscheidung prüft der BGH das Vorliegen einer Wegnahme i.R.v. § 249 I StGB doch anhand der inneren Willensrichtung des Opfers, was aber wohl keine Änderung der bisherigen Rechtsprechung bewirken soll (denn dann hätte der 4. BGH-Senat zunächst bei den anderen Senaten anfragen müssen, § 132 II GVG). Vielmehr ist dieses - für den BGH - neue Abgrenzungskriterium beim Raub wohl darauf zurückzuführen, dass der BGH sich auf eine frühere Entscheidung beruft (BGHStv 18, 221), die gerade nicht die Abgrenzung von § 249 I StGB und §§ 253 I, 255 StGB betrifft, sondern diejenige von § 242 I StGB und § 263 I StGB.

Der BGH befasst sich weiter mit den Anforderungen an den für einen Raub erforderlichen Finalzusammenhang. Der Tatbestand des § 249 I StGB setzt nach ganz herrschender Meinung zwar nicht voraus, dass das vom Täter angewendete qualifizierte Nötigungsmittel kausal ist für die Wegnahme aber doch, dass er es subjektiv einsetzt, um die Wegnahme zu ermöglichen oder zu erleichtern (sog. Finalzusammenhang, vgl. BGH, NStZ 2004, 153, 154; Schönke/Schröder-Eser, § 249 Rn. 7; Krey/Hellman, BT II, Rn. 192; a.A. (Kausalität erforderlich): Joecks, § 249 Rn. 22). Problematisch ist dieser Kausalzusammenhang naturgemäß dann, wenn der Täter seinen Entschluss zur Wegnahme erst nach Anwendung des qualifizierten Nötigungsmittels fasst. Im vorliegenden Fall war es so, dass die Täter das von ihnen erbeutete Marihuana ursprünglich gar nicht wegnehmen wollten und sich erst nachträglich dazu entschlossen. Der BGH stellt jedoch klar, dass eine Drohung des Angeklagten gegenüber dem Opfer mit dem Einsatz der von ihm mitgeführten Schusswaffe auch während der Tatausführung und somit nach Entstehen seines Wegnahmenvorsatzes noch gegeben war, sodass wohl auch von einer Finalität ausgegangen werden könne.

Gut verständlich ist die Darstellung der verschiedenen Tathandlungen der Amtsanmaßung, § 132 StGB, durch den BGH in der vorliegenden Entscheidung. Dieser führt - in Übereinstimmung mit der herrschenden Literatur - aus, dass die Tatbestandsvariante des Befassens mit der Ausübung eines öffentlichen Amtes, § 132 1.Fall StGB, voraussetzt, dass der Täter als Inhaber eines öffentlichen Amtes auftritt und eine Handlung vornimmt, die den Anschein hoheitlichen Handelns erweckt (BGHSt 40, 8, 11; Fischer, § 132 Rn. 8). Diese Tatbestandsvariante hatte der BGH in der vorliegenden Entscheidung jedoch abgelehnt, da der Angeklagte als Soldat der Bundeswehr aufgetreten war und Soldaten keine Inhaber eines öffentlichen Amtes sind (SSW-Satzger, § 11 Rn. 18; Fischer, § 11 Rn. 16).

Gem. § 132 I 2.Fall StGB macht sich aber auch strafbar, wer - ohne sich persönlich als Amtsträger auszu-

geben (Fischer, § 132 Rn. 10; Joecks, § 132 Rn. 5; Wessels/Hettinger, BT 1, Rn. 611) - eine Handlung vornimmt, welche nur kraft eines öffentlichen Amtes vorgenommen werden darf. Da der Angeklagte zwar - wie gezeigt - nicht als Amtsträger aufgetreten war, aber eine Durchsuchung durchgeführt hatte, also eine Handlung, die Inhabern öffentlicher Ämter (etwa den Strafverfolgungsorganen) vorbehalten ist, war diese Tatbestandsvariante der Amtsanmaßung nach Auffassung des BGH gegeben.

Vertiefungshinweise:

- Zur Wegnahme beim Raub: *BGHSt* 41, 123, 125; *BGH*, *NStZ* 1999, 350; *Ebel*, *JURA* 2007, 897
- Zum Finalzusammenhang bei § 249 I StGB: *BGH*, *NStZ* 2003, 431; 2004, 153; *NStZ-RR* 2002, 304; *Biletzki*, *JA* 1997, 385

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Der Besuch"

Leitsatz:

Zur Strafbarkeit wegen Amtsanmaßung und wegen unbefugten Tragens von inländischen Uniformen und Amtsabzeichen, wenn der nicht der Bundeswehr angehörende Täter unter Vortäuschung seiner Zugehörigkeit zu den Feldjägern der Bundeswehr hoheitliche Befugnisse gegenüber Zivilpersonen in Anspruch nimmt.

Sachverhalt:

Nachdem die Zeugin S in Gegenwart des Angeklagten Ende Mai/Anfang Juni 2009 davon berichtet hatte, der Geschädigte habe sie während einer mit ihr geführten kurzen Beziehung sexuell missbraucht, fasste der Angeklagte, der ebenso wie seine anwesenden Freunde dieser Schilderung Glauben schenkte, den Plan, den Geschädigten gemeinsam mit einer zweiten Person zum Zwecke der Bestrafung aufzusuchen und ihn zu verprügeln. Zur Vorbereitung der Tat entwarf der Angeklagte am Computer einen "Durchsuchungsbeschluss", in dem - sinngemäß und in quasiamtlicher Diktion - die Durchsuchung der Wohnung des Geschädigten wegen des Verdachts verschiedener Straftaten, u.a. wegen "sexueller Belästigung", "angeordnet" wird. Das Schriftstück war mit einem aus dem Internet herunter geladenen Bundeswehrkreuz versehen und mit dem vom Angeklagten herrührenden handschriftlichen Namenszug "Hauptmann M" versehen. Es enthielt am Ende ein wiederum aus dem Internet herunter geladenes Bundeswehr-Kreuz, den Schriftzug "Bundeswehr", einen Bundesadler sowie einen schwarz-rot-goldenen Farbstreifen mit den Worten "Bundesministerium der Verteidigung". Der Ange-

klagte fertigte zusätzlich ein weiteres Schriftstück, in dem die "Vollstreckung des Vollzugsbefehls" erteilt und gegebenenfalls die "sofortige Festnahme" des Geschädigten "gestattet" wird. Dieses Schreiben endet mit dem handschriftlichen Namenszug "Oberst Sch" und enthält ähnliche militärische und nationale Hoheitszeichen wie der "Durchsuchungsbeschluss".

Am Abend des 13. Juni 2009 begaben sich der Angeklagte und sein Mittäter, der frühere Mitangeklagte P, in Begleitung mehrerer Freunde mit dem Pkw der Zeugin B, der Lebensgefährtin des Angeklagten, und einem weiteren Fahrzeug in die Nähe der Wohnung des Geschädigten. Entsprechend dem im Wesentlichen vom Angeklagten ausgearbeiteten Plan legten er und P, obwohl beide der Bundeswehr nicht angehörten, "Feldjägeruniformen" aus dem Besitz des Angeklagten an. Der Angeklagte streifte zusätzlich eine Armbinde mit den Buchstaben "MP" (Militärpolizei) über einen Oberarm. Mit dem Pkw der Zeugin B, den sie zuvor mit von einem Schrottfahrzeug abmontierten Kennzeichen versehen hatten, rollten beide das letzte Wegstück im Leerlauf zum Wohnhaus des Geschädigten; ihre Begleiter blieben zurück. Ausgerüstet waren P und der Angeklagte mit zwei vom Angeklagten beschafften Gaspistolen, die sie in Halftern mit sich führten. Die Pistole des Angeklagten war nicht geladen. Nachdem sich der Angeklagte und P Zutritt zur Wohnung verschafft und festgestellt hatten, dass sich entgegen ihrer Erwartung nicht nur der Geschädigte, sondern drei weitere Personen in der Wohnung aufhielten, gaben sie ihren Plan auf, den Geschädigten zu verprügeln. Der Angeklagte überreichte dem Geschädigten die beiden von ihm angefertigten Schriftstücke, P nahm die Waffe aus seinem Halfter und richtete sie auf den Geschädigten sowie zwei der Anwesenden. P lud die Pistole durch, wobei eine Patrone heraus fiel, die er vom Boden aufhob und einsteckte, woraufhin er sich in die Küche begab, die Tür hinter sich schloss und den Raum lautstark durchsuchte. Der inzwischen verängstigte Geschädigte las die ihm überreichten Schreiben. Er hielt den Angeklagten und P tatsächlich für Feldjäger der Bundeswehr und vermutete einen Zusammenhang zwischen deren Erscheinen und den auch ihm bekannten Vorwürfen der Zeugin S. Der Angeklagte ließ den Geschädigten das zweite Schreiben unterzeichnen, notierte die Personalien der weiteren Anwesenden und fragte den Geschädigten, ob dieser Waffen oder Betäubungsmittel in Besitz habe. Daraufhin nahm er aus einer vom Geschädigten geöffneten Schublade ein Messer im Wert von etwa 10 Euro mit dem Bemerkten an sich, er müsse dieses "konfiszieren". Außerdem steckte er eine Tüte mit Marihuana ein, die einem der Wohnungsinsassen gehörte. Nach etwa 30 Minuten verließen er und P die Wohnung. Beide bestiegen den Pkw der Zeugin B, den der Angeklagte, der nicht im Besitz einer Fahrerlaubnis war,

die Straße hinauffuhr, wo die Zeugin B zustieg und das Steuer übernahm. Auf Bitten der Zeugin B gab der Angeklagte das Marihuana an diese weiter; das "konfiszierte" Messer, das P nicht haben wollte, warf der Angeklagte etwa drei bis vier Wochen nach der Tat weg.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts

[1] Das Landgericht hat den Angeklagten wegen schweren Raubes in Tateinheit mit Amtsanmaßung, Urkundenfälschung, Missbrauch von Amtsabzeichen und einem "Verstoß gegen das Waffengesetz" sowie wegen Fahrens ohne Fahrerlaubnis in Tateinheit mit Urkundenfälschung unter Einbeziehung der Einzelstrafen aus einem Strafbefehl des Amtsgerichts Essen nach Auflösung der dortigen Gesamtgeldstrafe zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten verurteilt.

[2 - 5] Mit seiner Revision rügt der Angeklagte die Verletzung formellen und materiellen Rechts. Sein Rechtsmittel hat den aus der Beschlussformel ersichtlichen teilweisen Erfolg; im Übrigen ist es unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO. [...]

II. Entscheidung des BGH

1. Zur Verurteilung wegen schweren (eigentlich: besonders schweren) Raubes gem. §§ 249 I, 250 II StGB

[6] Soweit das Tatgeschehen bis zum Verlassen der Wohnung des Geschädigten betroffen ist, begegnet zunächst der Schuldpruch wegen "schweren Raubes" durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

a) Zum Vorliegen einer Wegnahme

[7] Zwar wird das Tatbestandsmerkmal der Wegnahme nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Täter - wie im vorliegenden Fall der Angeklagte - durch die falsche Behauptung einer amtlichen Beschlagnahme die Herausgabe einer fremden beweglichen Sache fordert und sie erreicht, selbst wenn das Opfer die Wegnahme nicht nur duldet, sondern die Sache dem Täter auf dessen Verlangen aushändigt. In einem solchen Fall ist für einen eigenen, freien Willensentschluss des Opfers, das sich dem Zwang fügt, kein Raum (vgl. dazu BGHSt 18, 221, 223 m.w.N.).

b) Zum Finalzusammenhang

[8] Im Ergebnis zu Recht rügt die Revision jedoch die unzureichende Darlegung der für den Tatbestand des Raubes im Sinne des § 249 StGB auch erforderlichen finalen Verknüpfung zwischen dem eingesetzten Nötigungsmittel und der Wegnahme (vgl. dazu Senatsurteil vom 16. Januar 2003 - 4 StR 422/02, NStZ 2003, 431

m.w.N.). Die Anwendung von Gewalt oder Drohung darf nicht nur gelegentlich der Entwendung einer fremden Sache erfolgen, sondern sie muss darauf gerichtet sein, den Gewahrsamsbruch durch Ausschaltung eines erwarteten oder geleisteten Widerstandes zu ermöglichen oder wenigstens zu erleichtern (BGH, Beschluss vom 17. Juli 2002 - 2 StR 225/02, NStZ-RR 2002, 304; MünchKommStGB/Sander § 249 Rn. 24). [9] Zwar trug der Angeklagte die von ihm mitgeführte Waffe nicht nur offen in einem Holster am Oberschenkel, sondern hatte während der weiteren Tatausführung "fast ständig" seine Hand auf die Waffe gelegt, woraus sich eine zumindest konkludente Drohung ergeben könnte, die Waffe nötigenfalls auch einzusetzen. Zu dem insoweit allein maßgeblichen Willen und der Vorstellung des Angeklagten zum Zeitpunkt der Tatausführung (vgl. dazu Senatsurteil vom 19. April 1963 - 4 StR 92/63, BGHSt 18, 329, 331; Sander aaO) verhalten sich die Urteilsgründe jedoch nicht.

c) Zur Qualifikation gem. § 250 II StGB

[10] Die Strafkammer hat ferner die Voraussetzungen des § 250 Abs. 2 StGB, dessen Strafraumen sie ihrer Entscheidung - ohne nähere Bezeichnung der Tatvariante, die sich auch aus der rechtlichen Würdigung und der Liste der angewendeten Vorschriften nicht erschließt - zu Grunde gelegt hat, nicht ausreichend dargetan.

[11] Waffen im Sinne des hier in Betracht kommenden § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB sind (einsatzbereite) Gas- und Schreckschusswaffen nur dann, wenn nach deren Bauart der Explosionsdruck beim Abfeuern der Munition nach vorne durch den Lauf austritt (vgl. BGHSt 48, 197, 201; Beschluss vom 15. Februar 2011 - 3 StR 8/11). Hierzu hat der Tatrichter regelmäßig genaue Feststellungen zu treffen, denn der Austritt des Explosionsdrucks nach vorne mag zwar üblich sein, kann aber nicht als selbstverständlich vorausgesetzt werden (BGH, Beschluss vom 9. Februar 2010 - 3 StR 17/10, NStZ 2010, 390; Beschluss vom 15. Februar 2011 - 3 StR 8/11). Die dazu im angefochtenen Urteil getroffenen Feststellungen erweisen sich als nicht ausreichend. Zwar steht der Umstand, dass der Angeklagte selbst nur eine ungeladene Gaspistole verwendete, einer mittäterschaftlichen Zurechnung (§ 25 Abs. 2 StGB) hinsichtlich der von P eingesetzten, "geladenen" Gaspistole nicht entgegen, zumal der Angeklagte beide beschafft und den Tatplan im Wesentlichen selbst ausgearbeitet hatte. Zum konkreten Ladezustand und zur Funktionsfähigkeit der Pistole des P ist aber nichts weiter festgestellt.

2. Zur Verurteilung wegen Missbrauchs von Amtsabzeichen gem. § 132a StGB

[12] Die - in Tateinheit mit schwerem Raub erfolgte - Verurteilung wegen Missbrauchs von Amtsabzeichen

ist ebenfalls nicht frei von Rechtsfehlern.

a) Zum Fehlen der Angabe der verwirklichten Tatbestandsalternative

[13] Zum einen wird die revisionsgerichtliche Überprüfung durch eine nicht eindeutige rechtliche Zuordnung des vom Landgericht festgestellten Lebenssachverhalts zu dem als erfüllt angesehenen Straftatbestand erschwert. Der Angeklagte trug während der Tat unbefugt eine "Feldjägeruniform", weshalb der Straftatbestand des Missbrauchs von (inländischen) Uniformen im Sinne des § 132a Abs. 1 Nr. 4 1. Variante StGB erfüllt sein kann. In Betracht kommt ferner die - ebenfalls unbefugte - Verwendung der Armbinde mit der Aufschrift "MP" als Missbrauch von Amtsabzeichen im Sinne des § 132a Abs. 1 Nr. 4 4. Variante StGB.

b) Zum Vorliegen einer Uniform bzw. eines Amtsabzeichens i.S.v. § 132a StGB

[14] Zum anderen ist der Tatbestand des § 132a StGB in beiden Tatvarianten nur erfüllt, wenn es sich bei der jeweiligen Uniform bzw. dem Amtsabzeichen um solche handelt, die auf Grund öffentlich-rechtlicher Bestimmungen eingeführt sind (vgl. dazu eingehend LK-StGB/Krauβ, 12. Aufl. § 132a Rn. 50 ff. m.w.N.). Amtsabzeichen werden zudem nur dann von der Strafvorschrift erfasst, wenn sie, ohne Bestandteil der Amtskleidung zu sein, an vorschriftsmäßigen Uniformen angebracht sind und den Träger als Inhaber eines bestimmten Amtes kennzeichnen (BGH, Beschluss vom 23. April 1992 - 1 StR 58/92, NStZ 1992, 490; Krauβ aaO Rn. 52; MünchKommStGB/Hohmann § 132a Rn. 16, jeweils m.w.N.). Dazu, ob die vom Angeklagten und seinem Mittäter getragenen Uniformen und die vom Angeklagten zusätzlich verwendete Armbinde mit der Aufschrift "MP" tatsächlich zu den durch öffentlich-rechtliche Vorschriften eingeführten Uniformen bzw. Abzeichen gehören oder solchen zum Verwechseln ähnlich sind (§ 132a Abs. 2 StGB), enthalten die Urteilsgründe keine näheren Feststellungen (vgl. dazu Art. 2 der gemäß § 4 Abs. 3 SG erlassene Anordnung des Bundespräsidenten über die Dienstgradbezeichnungen und die Uniform der Soldaten (BPräsUnifAnO) vom 14. Juli 1978 (BGBl. I S. 1067; i.d.F. vom 31. Mai 1996, VMBI. 1996 S. 260).

3. Zur Verurteilung wegen Urkundenfälschung gem. § 267 StGB

[15] Da das Landgericht insoweit zu Recht von Tateinheit ausgegangen ist, kann auch die für sich genommen rechtsfehlerfreie Verurteilung wegen Urkundenfälschung durch Anfertigung der beiden Schreiben durch den Angeklagten nicht aufrecht erhalten bleiben (vgl. Meyer-Goßner StPO 53. Aufl. § 353 Rn. 7a).

4. Zur Verurteilung wegen Amtsanmaßung gem. § 132 StGB

[16] Aus demselben Grund erstreckt sich die Aufhebung auch auf die tateinheitliche Verurteilung wegen eines Vergehens gemäß § 132 StGB. Zudem hält der Schuldspruch wegen Amtsanmaßung lediglich im Ergebnis rechtlicher Nachprüfung stand.

a) Zum Fehlen eines Auftretens als Inhaber eines öffentlichen Amtes, § 132 1. Fall StGB

[17] Die Tatmodalitäten des § 132 StGB setzen voraus, dass der Täter entweder als Inhaber eines öffentlichen Amtes auftritt und eine Handlung vornimmt, die den Anschein hoheitlichen Handelns erweckt (§ 132 1. Alternative StGB) oder dass er eine Handlung vornimmt, welche nur kraft eines öffentlichen Amtes vorgenommen werden darf (§ 132 2. Alternative StGB; vgl. Senatsurteil vom 9. Dezember 1993 - 4 StR 416/93, BGHSt 40, 8, 11 f.). Dabei ist das Tatbestandsmerkmal "öffentliches Amt" nach den Kriterien des Staats- und Verwaltungsrechts zu bestimmen und sowohl im statusrechtlichen als auch im funktionellen Sinne zu verstehen (zur Amtsträgereigenschaft Senatsurteil vom 10. März 1983 - 4 StR 375/82, BGHSt 31, 264, 267 f.; MünchKommStGB/Radtke § 11 Rn. 16 f.; Hohmann aaO, § 132 Rn. 7). Die Ausübung militärischer Hoheitsbefugnisse und die Wahrnehmung militärischer Aufgaben sind deshalb regelmäßig nicht dem Begriff des öffentlichen Amtes im Sinne des § 132 StGB zuzuordnen; Soldaten sind keine Amtsträger im strafrechtlichen Sinne (vgl. SSW-StGB/Satzger § 11 Rn. 18; Fischer StGB 58. Aufl. § 11 Rn. 16). Dies ergibt sich - im Umkehrschluss - auch aus § 48 WStG, durch den Soldaten der Bundeswehr lediglich für einen abschließenden Katalog von (Amts-)delikten den Amtsträgern im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB gleich gestellt werden. Bei der Anmaßung militärischer Befugnisse handelt es sich daher, soweit die Bundeswehr betroffen ist (anders im Fall der Anmaßung solcher Befugnisse von in Deutschland stationierten NATO-Truppen; vgl. dazu Hohmann aaO Rn. 9), grundsätzlich auch nicht um die Anmaßung eines öffentlichen Amtes im Sinne dieser Strafvorschrift (LK-StGB/Krauβ, 12. Aufl. § 132 Rn. 12; Fischer aaO § 132 Rn. 5). Während für Soldaten und für die bei der Bundeswehr beschäftigten Zivilpersonen im Sinne von § 1 Abs. 2 WStG in solchen Fällen ausschließlich eine Strafbarkeit nach § 38 WStG in Betracht kommt, ist die Anmaßung militärischer Befugnisse durch sonstige Zivilpersonen regelmäßig weder von § 132 StGB noch von § 38 WStG erfasst (Krauβ, Hohmann und Fischer, jeweils aaO; ebenso SSW-StGB/Jeßberger § 132 Rn. 5). Danach hätte sich der Angeklagte im vorliegenden Fall nach keiner der beiden Vorschriften strafbar gemacht.

b) Zur Strafbarkeit gem. § 132 2. Fall StGB

[18] Handelt der Täter aber nicht nur unter Vortäuschung seiner Zugehörigkeit zu den Soldaten oder dem zivilen Personal der Bundeswehr, sondern beansprucht er zusätzlich "Amtsbefugnisse" als Feldjäger, kommt hingegen eine Strafbarkeit gemäß § 132 2. Alternative StGB in Betracht.

[19] Gemäß § 1 Abs. 1 des Gesetzes über die Anwendung unmittelbaren Zwanges und die Ausübung besonderer Befugnisse durch Soldaten der Bundeswehr und verbündeter Streitkräfte sowie zivile Wachpersonen (UZwGBw) vom 12. August 1965 (BGBl. I 1965 S. 796, zuletzt geändert durch Art. 12 des Gesetzes vom 21. Dezember 2007, BGBl. I 3198) sind Soldaten der Bundeswehr, denen militärische Wach- oder Sicherheitsaufgaben übertragen sind, befugt, in Erfüllung dieser Aufgaben Personen anzuhalten, zu überprüfen, vorläufig festzunehmen und zu durchsuchen sowie Sachen sicherzustellen und zu beschlagnahmen und unmittelbaren Zwang gegen Personen und Sachen anzuwenden. Den Soldaten mit Sicherheitsaufgaben im Sinne dieses Gesetzes, zu denen nach Kapitel 1 Nr. I. 2 (1. Spiegelstrich) der Zentralen Dienstvorschrift 14/9 (ZDv 14/9) des Bundesministeriums der Verteidigung auch die im Feldjägerdienst stehenden Soldaten der Bundeswehr gehören, werden damit allgemeine polizeiliche Befugnisse auch gegenüber Privatpersonen verliehen (vgl. BVerwG, Urteil vom 12. Januar 1990 - 7 C 88/88, BVerwGE 84, 247, Tz. 14 ff. zur Einrichtung eines militärischen Sicherheitsbereichs im Sinne von § 2 Abs. 2 Satz 2 UZwGBw durch Sperrung eines nichtmilitärischen Ortes; i.E. ebenso Fischer aaO; vgl. dazu auch Heinen, Rechtsgrundlagen Feldjägerdienst, 9. Aufl. 2010, S. 14 ff.).

[20] Nach den vom Landgericht getroffenen Feststellungen liegen auch die übrigen Voraussetzungen von § 132 2. Alternative StGB vor.

[21] Wie in § 132 1. Alternative StGB wird dafür zunächst vorausgesetzt, dass sich das Handeln des Täters nach außen als Wahrnehmung öffentlicher Funktionen darstellt und objektiv mit einer hoheitlichen Maßnahme verwechselt werden könnte (Senatsurteil vom 9. Dezember 1993 aaO; Jeßberger aaO Rn. 9). Im Unterschied zu der ersten Tatmodalität wird der Anschein hoheitlichen Handelns in der zweiten Alternative aber durch die Handlung selbst begründet, nicht durch das Auftreten des Täters als Amtsträger. In Betracht kommen hier insbesondere Eingriffe in die Rechte Einzelner, etwa eine Verhaftung, Durchsuchung oder Beschlagnahme (RG, Urteil vom 25. Juni 1925 - II 166/25, RGSt 59, 291, 298; Hohmann aaO Rn. 18). Im Hinblick auf den Zweck der Strafvorschrift, die das Vertrauen der Allgemeinheit in die Autorität staatli-

chen Handelns schützen soll, erfüllt eine solche oder eine ähnliche Handlung nur dann nicht den Tatbestand des § 132 2. Alternative StGB, wenn sich das Verhalten des Täters so weit von den rechtlichen Vorgaben einer Amtshandlung entfernt, dass eine Verwechslung ausgeschlossen ist (vgl. dazu OLG Stuttgart, Beschluss vom 25. April 2006 - 4 Ws 98/06, NStZ 2007, 527; Jeßberger aaO Rn. 10): Dabei ist auf die Sicht eines unbefangenen Beobachters abzustellen (vgl. Senatsurteil vom 9. Dezember 1993 aaO, S. 13; Krauß aaO Rn. 30).

[22] Danach ist die Verurteilung wegen Amtsanmaßung hier im Ergebnis zu Recht erfolgt. Der Angeklagte hat mit seinem Mittäter Handlungen vorgenommen, die nur in Ausübung hoheitlicher Funktionen vorgenommen werden durften. Er hat unter Vorlage zweier gefälschter Schriftstücke mit quasiamtlichem Inhalt bei dem Geschädigten, der das Geschehen für authentisch hielt und beiden Tätern die Feldjäger-Eigenschaft glaubte, eine "Durchsuchung" sowie eine "Beschlagnahme" durchgeführt und ist dabei in vorgetäuschter amtlicher Funktion als Feldjäger aufgetreten, also als vermeintlicher Angehöriger der Polizei der Bundeswehr. Ungeachtet formaler Mängel der von ihm gefertigten Schriftstücke entfernte sich sein Vorgehen unter Berücksichtigung seiner Uniformierung und seines einen amtlichen Anschein erweckenden Gesamtverhaltens nicht so weit von den rechtlichen Vorgaben einer Amtshandlung, dass eine Verwechslung vom Standpunkt eines unbefangenen Betrachters ausgeschlossen war. [...]

IV. Hinweise für die neue Verhandlung

[24] Für die neue Verhandlung und Entscheidung weist der Senat ergänzend auf Folgendes hin:

[25] Sollte die neue Hauptverhandlung zu Feststellungen führen, die die Annahme einer finalen Verknüpfung zwischen dem eingesetzten Nötigungsmittel und der Wegnahme rechtfertigen, wird das Vorliegen von Zueignungsabsicht eingehend geprüft werden müssen. Für den Fall, dass die Voraussetzungen des § 250 Abs. 2 StGB erfüllt sein sollten, wäre der Angeklagte insoweit wegen "besonders schweren Raubes" zu verurteilen (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Beschluss vom 3. September 2009 - 3 StR 297/09, NStZ 2010, 101; BGH, Beschluss vom 2. Februar 2011 - 2 StR 622/10). Bei erneuter Verurteilung des Angeklagten wegen eines Verstoßes gegen das WaffG werden die Anforderungen an die rechtliche Bezeichnung der Tat (§ 260 Abs. 4 Satz 1 StPO) in solchen Fällen zu berücksichtigen sein. Die Formulierung "wegen Verstoßes gegen das Waffengesetz" genügt regelmäßig nicht (vgl. BGH, NStZ 2007, 352).

*Urteile in Fallstruktur***Standort: Öffentliches Recht****Problem: Scheinwaffen bei Versammlung**

VGH KASSEL, URTEIL VOM 17.03.2011
8 A 1188/10 (DVBL 2011, 707)

Problemdarstellung:

Mehrere Personen veranstalteten vor der Zentrale der Commerzbank in Frankfurt a.M. eine "Kundgebung mit Kunstbeitrag". Dazu gehörte u.a., dass sich zwei Personen in Bundeswehrkampfanzügen mit Gefechts- helmen und Sturmgewehrattrappen als "Wachposten" vor den Eingang der Bank stellten. Die Polizei unter- sagte diesen Personen daraufhin, die Anscheinswaffen öffentlich zu führen. Hiergegen erhoben die Betroffe- nen Klage.

Das Urteil des VGH ist im Aufbau ziemlich chaotisch, inhaltlich aber äußerst interessant. Als Ermächtigungs- grundlage für die Anordnung der Polizei zieht der VGH § 18 III VersG in Betracht, sieht dessen Voraus- setzungen jedoch nicht als erfüllt an. Ein Ausschluss aus einer Versammlung müsse stets ausdrücklich erfol- gen, sei also konkludent nicht möglich, damit dem Betroffenen eindeutig klar werde, dass er sich nicht mehr auf die Versammlungsfreiheit berufen könne.

Als weitere mögliche Ermächtigungsgrundlage prüft der VGH sodann § 15 III VersG. Die Norm gestattet zwar ausdrücklich nur die Auflösung einer Versamm- lung. Nach h.M. sollen dann aber auch Maßnahmen mit geringerer Eingriffsintensität möglich sein (sog. Minus-Maßnahmen). Jedoch war die Untersagungs- verfügung selbst dann materiell rechtswidrig, wenn man diesen Schritt mitgeht, weil keine Gefahr für die öffentliche Sicherheit vorlag. Das Mitführen von sog. Anscheinswaffen stellt zwar grds. einen Verstoß ge- gen § 42a I Nr. 1 WaffG (und damit eine Gefahr für das geschriebene Recht als Schutzgut der öffentlichen Sicherheit) dar. Jedoch dienten die Waffen hier einer künstlerischen Darstellung, unterfielen also dem Schutz des Art. 5 III 1 1. Fall GG. Das gebietet nach Ansicht des VGH eine verfassungskonforme Ausle- gung der Ausnahmevorschrift des § 42a II 1 Nr. 1 WaffG im Lichte der Kunstfreiheit, wonach die Akti- on der Kläger als nicht störende "Theateraufführung" i.S. dieser Vorschrift einzustufen war.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung betrifft mit dem Versammlungs- recht eines der gegenwärtig am kontroversesten disku-

tierten Rechtsgebiete. Allein deshalb besitzt sie be- sondere Examensrelevanz. Die RA hat über ähnliche Fälle in der jüngeren Vergangenheit wiederholt be- richtet (vgl. nur VGH München, RA 2011, 295 sowie die weiteren Vertiefungshinweise). Die hier vorkom- menden Probleme haben auch die Rechtsprechung anderer Gerichte bereits mehrfach beschäftigt; die Entscheidung des VGH führt sie in einem Fall zusam- men:

- Mit seiner Ansicht, wonach ein Ausschluss aus der Versammlung nach § 18 III VersG explizit ausgespro- chen werden müsse, also nicht etwa konkludent in ei- ner anderen Maßnahme enthalten sein könne, folgt der VGH Kassel dem BVerfG (RA 2007, 679, 684 f.).

- Dass Minusmaßnahmen nach § 15 III VersG an Stel- le einer Auflösung bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen "erst recht" ausgesprochen werden dürfen, weil sie ein milderes Mittel darstellen, ent- spricht ebenfalls der h.M. (vgl. nur BVerfG, RA 2005, 75, 78). Deshalb wird das Ergreifen von Minusmaß- nahmen von Manchen im Rahmen des § 15 III VersG nicht nur für zulässig, sondern im Hinblick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sogar für geboten gehalten (vgl. Dietel/Gintzel/Kniesel, VersG, § 15 Rn 145). Für die Klausur bedeutet dies Folgendes: Würde eine Versammlung nach § 15 III VersG aufgelöst, wä- re im Auswahlermessen zu prüfen, ob diese Maßnah- me nicht unverhältnismäßig sein könnte, weil eine Mi- nusmaßnahme als milderes Mittel in Betracht käme.

Vertiefungshinweise:

☐ Zulässigkeit des Mitführens von Waffenattrappen bei Versammlungen: *BVerfGE* 69, 315 = NJW 1985, 2395

☐ Zur hinreichenden Bestimmtheit einer Auflösungs- bzw. Ausschlussverfügung: *BVerfG*, RA 2007, 679, 684 f. = NVwZ 2007, 1180; *OVG Berlin*, NVwZ-RR 2003, 896; *OVG Schleswig*, NordÖR 2006, 166

☐ Minusmaßnahmen nach § 15 III VersG: *BVerfG*, RA 2005, 75, 78 = NVwZ 2005, 80; *BVerwG*, NJW 1982, 1008; *Enders*, Jura 2003, 34, 40

☐ Polizeifestigkeit von Versammlungen: *VGH Mün- chen*, RA 2011, 295 = BayVBl 2011, 109; *VGH Mannheim*, RA 2010, 753 = VBIBW 2010, 468; *BVerfG*, RA 2005, 75 = NVwZ 2005, 80; *BVerwGE* 82, 34 [38]; *VGH Mannheim*, DVBl 1998, 837 [839];

RA 2007, 705; *OLG Celle*, RA 2006, 270 = NVwZ-RR 2006, 25; *Meßmann*, JuS 2007, 524

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

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

Kursprogramm:

□ *Examenskurs*: "XY ungelöst"

□ *Examenskurs*: "Waffen-SS"

Leitsätze:

1. Ein Versammlungsausschluss muss bestimmt und unmissverständlich ausgesprochen werden. Er kann nicht konkludent erfolgen und nicht mit nach außen wirkenden Ordnungsverstößen von Versammlungsteilnehmern begründet werden, die inhaltlich mit dem Zweck der Versammlung übereinstimmen.

2. Das in Art. 5 III 1 GG vorbehaltlos garantierte Grundrecht der Kunstfreiheit steht nicht im Gegensatz zur Versammlungsfreiheit gemäß Art. 8 GG, sondern stellt eine ergänzende Verstärkung in Bezug auf die inhaltliche Gestaltung einer Veranstaltung dar.

3. Der Schutzbereich der Kunstfreiheit ist nicht objektiv, sondern unter Zugrundelegung eines Weiten Kunstbegriffs aus der Sicht der "Kunstszene" einschließlich des Künstlers selbst zu bestimmen und erfasst auch politisches Straßentheater.

4. Der Begriff "Theateraufführung" in der Ausnahmevorschrift des § 42a II 1 Nr. 1 WaffG lässt im Wege verfassungskonformer Auslegung das öffentliche Führen sog. Anscheinswaffen zu, wenn sie nach den Gesamtumständen ersichtlich zweckentfremdet als Hilfsmittel einer szenischen Darstellung verwendet werden.

Sachverhalt:

Die Kläger (Kl.) meldeten beim Ordnungsamt der Stadt F. in Hessen eine "Kundgebung mit Kunstbeitrag" zum Thema "Frieden und Sicherheit" an, die am 1. Oktober 2009 vor dem Haupteingang der C-Bank mit einer erwarteten Zahl von fünf bis zehn Teilnehmern stattfinden sollte. Dabei gaben sie an, dass u.a. "Kostüme und Attrappen" Verwendung finden sollten. Am 1. Oktober 2009, einem Donnerstag, befand sich der zuständige Einsatzleiter E der Polizei vor Ort. Er traf gegen 10 Uhr zwei in Bundeswehr-Kampfanzügen mit Gefechtshelmen und täuschend echt aussehenden Sturmgewehrattrappen als "Wachposten" vor dem

Haupteingang der C-Bank stehende Personen an, während weitere fünf Personen in bürgerlicher Kleidung Flugblätter zum Thema "Bankenschutz" verteilten.

Nach etwa 15 Minuten wurden die Kl. von E angesprochen. Unter Hinweis auf einen Verstoß gegen das Waffengesetz erließ E eine formell rechtmäßige Verfügung des Inhalts, dass es den Kl. "untersagt werde, die Anscheinswaffen öffentlich zu führen." Nachdem die Kl. dagegen protestiert hatten, weil dadurch ihre Kunstaktion in ihrem Wesentlichen Teil (bildhaft dargestellter militärischer Schutz der C-Bank) unmöglich gemacht würde, verpackten sie die Waffenattrappen und entfernten sich schließlich.

War die Polizeiverfügung rechtmäßig?

[Anm.: Auf § 42a des Waffengesetzes wird hingewiesen. Dieser lautet auszugsweise:

§ 42a: Verbot des Führens von Anscheinswaffen

(1) Es ist verboten, [...] Anscheinswaffen [...] zu führen.

(2) Absatz 1 gilt nicht [...] für die Verwendung bei Foto-, Film- oder Fernsehaufnahmen oder Theateraufführungen [...].]

Lösung:

Die Polizeiverfügung war rechtmäßig, sofern sie auf einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage beruht und diese in formeller und materieller Weise ordnungsgemäß angewendet worden ist.

A. Ermächtigungsgrundlage

Zunächst müsste nach dem Vorbehalt des Gesetzes aus Art. 20 III GG eine wirksame gesetzliche Grundlage für die Polizeiverfügung existieren. Diese ist vornehmlich im Versammlungsgesetz zu suchen, das für (öffentliche) Versammlungen *lex specialis* zum allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht der Länder darstellt. Dass es sich hier um eine (öffentliche) Versammlung handelt, wird vom VGH in kurzen Worten festgestellt:

"Die Aktion der Kläger stellte als vorübergehende Zusammenkunft von etwa sieben Teilnehmern zur Verfolgung des gemeinsamen Zwecks der kollektiven Meinungsbildung und -äußerung in öffentlichen Angelegenheiten eine dem Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG unterfallende öffentliche Versammlung unter freiem Himmel dar, auf die die grundsätzlich abschließenden Sonderregelungen des Versammlungsrechts anwendbar sind."

[Anm.: Ist das Vorliegen einer Versammlung derart offensichtlich, weil die streitigen Anforderungen an eine Versammlung auch nach dem engsten Versammlungsbegriff unzweifelhaft erfüllt sind, erübrigt sich

ein weiteres Eingehen auf die genauen Voraussetzungen. Dass es sich um eine "öffentliche" Versammlung handelte, weil jedermann potenziell Zutritt hatte, und diese "unter freiem Himmel" stattfand, weil sich die Teilnehmer auf einem Platz vor dem Haupteingang der C-Bank befanden, sich also barrierefrei zerstreuen konnten, hätte etwas ausführlicher dargestellt werden können als hier geschehen, keinesfalls aber breit problematisiert werden müssen.]

I. § 18 III VersG

In Betracht kommt zunächst § 18 III VersG. Danach kann die Polizei Teilnehmer, welche die Ordnung gröblich stören, von der Versammlung ausschließen. Danach sind sie nicht mehr Teil der Versammlung mit der Folge, dass die Sperrwirkung des VersG sich nicht mehr auf sie erstreckt und die Anwendung des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts der Länder (Standardmaßnahmen und Generalklausel) zulässig werden. Ausdrücklich ist hier niemand aus der Versammlung ausgeschlossen worden. Man könnte allenfalls in der Untersagung, die Anscheinswaffen öffentlich zu führen, einen konkludenten Ausschluss der Anscheinswaffenträger aus der Versammlung sehen. Der VGH erteilt dieser - von der Beklagten vertretenen - Idee aber eine klare Absage:

“Der Ausschluss einzelner Versammlungsteilnehmer ist ein belastender Verwaltungsakt, durch den dem Betroffenen verboten wird, weiter an der Versammlung teilzunehmen, und ihm der versammlungsrechtliche Schutz seiner Teilnahme (sog. Polizeifestigkeit des Versammlungsrechts) entzogen wird. Eine Ausschlussverfügung muss deshalb ebenso bestimmt sein wie eine Versammlungsauflösung, weil es sich bei beiden um rechtsgestaltende Verwaltungsakte handelt. Einem Versammlungsteilnehmer muss hinreichend und unmissverständlich bedeutet werden, dass gerade er von der Versammlung ausgeschlossen wird, so dass ihm dadurch klar sein muss, dass er sich nicht mehr auf die Versammlungsfreiheit berufen kann und sich aus der Versammlung zu entfernen hat (vgl. BVerfG, vom 26. Oktober 2004 - 1 BvR 1726/01, RA 2005, 75, 78 = NVwZ 2005, 80; vom 30. April 2007 - 1 BvR 1090/06, RA 2007, 679, 684 f. = NVwZ 2007, 1180). Daraus zieht der Senat den Schluss, dass eine solche Ausschlussverfügung nur ausdrücklich und eindeutig, nicht aber nur konkludent erfolgen kann.

Einen solchen Inhalt enthielten die insoweit unstrittigen Erklärungen des E nicht, er kann ihnen auch nicht konkludent entnommen und auch nicht nachträglich beigelegt werden, um über eine solche rechtliche Konstruktion die Anwendung allgemeiner polizeirechtlicher Grundlagen zu rechtfertigen.

II. § 15 III VersG

Gegen öffentliche Versammlungen unter freiem Him-

mel kann, wenn sie bereits stattfinden, nach § 15 III VersG eingeschritten werden. Dieser erlaubt allerdings wörtlich nur die "Auflösung" der Versammlung, während es hier lediglich darum ging, die Anscheinswaffen nicht mehr öffentlich zu führen. Im Gegensatz zu § 15 I VersG erwähnt § 15 III VersG "Auflagen" als milderes Mittel nicht. Dennoch stellen sie ein "Weniger" im Verhältnis zur Auflösung dar. Ob solche "Minusmaßnahmen" deshalb auch auf § 15 III VersG gestützt werden können, ist streitig. Der VGH geht hierauf ausführlich ein:

1. Minusmaßnahmen zulässig

“In der Rechtsprechung werden sog. Minusmaßnahmen nach Beginn der Versammlung im Anschluss an eine Leitentscheidung des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. BVerwGE 64, 55 ff.) gemäß § 15 III, I VersG zugelassen. Dass § 15 III VersG keine anderen Maßnahmen als die Auflösung der Versammlung nenne, bedeute nicht, dass die zuständige Behörde den durch eine Versammlung verursachten Gefahren ausschließlich durch deren Auflösung begegnen könne oder dürfe. Ebenso wie das vorgängige Verbot nach § 15 I VersG, auf dessen Voraussetzungen § 15 III VersG verweise, stelle auch die nachträgliche Auflösung nur das letzte, äußerste Mittel zur Gefahrenabwehr dar. Wenn die Auflösung dafür nicht erforderlich oder unverhältnismäßig und deswegen übermäßig belastend sei, müsse die zuständige Behörde im Rahmen der ihr zum Zwecke der Gefahrenabwehr zustehenden Befugnisse ein milderes und angesichts der konkreten Sachlage angemessenes Mittel einsetzen. Die Vorschrift des § 15 I VersG verweise insofern mit der Wendung, dass die zuständige Behörde die Versammlung von "bestimmten Auflagen" abhängig machen könne, auf den Katalog der dieser Behörde zur Abwehr unmittelbarer Gefahren zustehenden - auch landesrechtlichen - Befugnisse und lasse deren Anwendung als Mittel zur Abwehr unmittelbarer Gefahren im Sinne von § 15 VersG zu. Die Bezugnahme in § 15 III VersG auf die Verbotsvoraussetzungen nach Abs. 1 bezögen diese Verweisung mit der Folge ein, dass die zuständige Behörde sich zur Gefahrenabwehr aller ihr nach geltendem Recht dafür zustehenden polizeilichen Befugnisse bedienen könne und im konkreten Fall das Mittel einzusetzen habe, das sich angesichts der konkreten Gefahrenlage als zur Beseitigung der Gefahr geeignet, erforderlich und verhältnismäßig erweise.”

Bei dem Gebot, die Anscheinswaffen unsichtbar zu verstauen, handelt es sich um ein "Weniger" im Verhältnis zur Auflösung. Nach dieser Ansicht fände § 15 III VersG also hier Anwendung.

2. Minusmaßnahmen nur als Obligation

“Demgegenüber wird in der Literatur teilweise vertreten, dass nach Beginn der Versammlung das Versammlungsgesetz nicht nur deren Auflösung bzw. den Ausschluss einzelner Teilnehmer, sondern bei richtigem Verständnis des § 15 I VersG auch nachträgliche Auflagen bzw. beschränkende Verfügungen zulasse, die nicht selbst zwangsweise durchgesetzt werden könnten, sondern zunächst von der Versammlung in eigener Autonomie und Verantwortung zu erfüllen und bei Verstößen mit der Sanktion der Auflösung gemäß § 15 III VersG bedroht seien (vgl. Kniesel/Po-scher, in: Lisken/Denninger/Rachor, Handbuch des Polizeirechts, 4. Aufl. 2007, J Rdnr. 24 und Fn. 55; Pieroth/Schlink/Kniesel, POR, 5. Auflage 2008, S. 375; Kötter/Nolte, DÖV 2009, 399 [404]).”

Nach dieser Ansicht hätte E den Kl. lediglich eine Auflösung der Versammlung für den Fall in Aussicht stellen dürfen, dass sie die Anscheinswaffen weiterhin führen. Er hätte deren Entfernung also nicht selbst regelnd anordnen, sondern den Teilnehmern Gelegenheit geben müssen, sich selbst zu überlegen, ob sie die Versammlung unter dem Eindruck einer möglichen Auflösung so fortsetzen oder “freiwillig” der Obliegenheit nachkommen wollen. Zur Rechtfertigung einer verbindlich regelnden Untersagungsverfügung käme § 15 III VersG hingegen nicht in Betracht.

3. Minusmaßnahmen generell unzulässig

“Selbst das wird teilweise mit der Begründung abgelehnt, dass das Versammlungsgesetz ein in sich geschlossenes und abschließendes Regelwerk bilde, das nach Beginn der Versammlung nur die Auflösung der ganzen Versammlung oder den Ausschluss einzelner Teilnehmer, nicht aber minder intensive Eingriffe zulasse (Schoch, JuS 1994 S. 479 [482]), so dass die vorliegenden Maßnahmen schon deshalb rechtswidrig wären.”

3. Stellungnahme

Liegen die strengen Voraussetzungen des § 15 III VersG vor, ist nach dem Willen des Gesetzgebers sogar eine Versammlungsauflösung zulässig. Dann müssen aber erst Recht mildere Maßnahmen zulässig sein. Dadurch werden die Rechte der Versammlungsteilnehmer aus Art. 8 I GG auch nicht zusätzlich beschränkt, sondern im Gegenteil geschont, weil sie sonst mit einer Auflösung zu rechnen hätten, die ihre Versammlung insgesamt beendete, während sie nach richtiger Ansicht ihre Versammlung unter Auflagen fortsetzen können. Bestärkt wird dies durch den Verweis in § 15 III VersG auf § 15 I VersG. Im Übrigen wäre mit der Literaturmeinung für die Versammlung wenig gewonnen: Von einer “freiwilligen” Befolgung einer unverbindlichen Aufforderung kann wohl kaum die Rede sein, wenn als Alternative die Auflösung

droht.

Somit kommt § 15 III VersG hier als taugliche Ermächtigungsgrundlage in Betracht.

[Anm.: Manche zitieren für Minusmaßnahmen “§ 15 III i.V.m. § 15 I VersG” als Ermächtigungsgrundlage, manche “§ 15 III VersG i.V.m. Landesrecht”, wobei Landesrecht für die jeweilige Vorschrift des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts der Länder steht, aus der die Rechtsfolge entnommen wurde (also die Generalklausel oder, wenn es sich bei der Minusmaßnahme um eine Standardmaßnahme handelt, eben diese), teilweise wird aber auch nur “§ 15 III VersG” zitiert (so z.B. von Dietel/Gintzel/Kniesel, VersG, § 15 Rn 139). Letzteres erscheint vorzugswürdig, verstellen doch die anderen Zitate den Blick dafür, dass es tatbestandlich (nur) auf die Voraussetzungen des § 15 III VersG ankommt.]

III. Wirksamkeit

Aus §§ 15 III VersG kann aber nur eine Rechtfertigung des polizeilichen Handelns folgen, wenn dieser selbst wirksam ist. Der VGH hielt es hier für erforderlich, kurz zur formellen Verfassungsmäßigkeit der Norm Stellung zu nehmen, da der Bund seit der Föderalismusreform 2006 keine Gesetzgebungskompetenz mehr für das Versammlungsrecht innehat. Über Art. 125a GG kommt man jedoch leicht zur Fortgeltung des VersG, solange es - wie in Hessen - nicht durch ein Landes-VersG abgelöst worden ist:

“Obwohl die Gesetzgebungskompetenz durch Streichung des Versammlungsrechts als Gegenstand der konkurrierenden Bundesgesetzgebungskompetenz in Art. 74 Abs. 1 Nr. 3 GG im Zuge der sog. Föderalismusreform im Jahre 2006 auf die Länder übergegangen ist, ist das bundesrechtliche Versammlungsgesetz nach der Übergangsregelung des Art. 125 a Abs. 1 Satz 1 GG in Hessen - anders als in einigen anderen Bundesländern, wie etwa in Bayern - noch heranzuziehen, weil es bisher durch Landesrecht nicht ersetzt worden ist.”

B. Formelle Rechtmäßigkeit

In formeller Hinsicht muss die zuständige Behörde nach ordnungsgemäßem Verfahren in der richtigen Form gehandelt haben. Dies ist laut Sachverhalt zu unterstellen.

[Anm.: Im konkreten Fall war die Polizei nicht zuständig. In Hessen liegt die Regelzuständigkeit für Maßnahmen nach § 15 III VersG in größeren Städten - wie hier Frankfurt - bei der örtlichen Ordnungsbehörde, also der Stadt F. selbst, die durch ihren Oberbürgermeister handelt. Die Polizei dürfte nur über § 2 S. 1 HSOG im Eilfall handeln. Einen solchen sah der VGH hier aber nicht:]

“Sowohl zum Erlass sog. Minusmaßnahmen wie auch derartiger nachträglich beschränkender Verfügungen war aber gemäß § 15 I VersG nicht die Polizei, sondern nur die “zuständige Behörde”, also hier die Oberbürgermeisterin der Stadt F. als Versammlungsbehörde befugt.

Dem einschreitenden Einsatzleiter der Polizei stand auch nicht die sog. Eilzuständigkeit gemäß § 2 S. 1 HSOG im Wege des Erstzugriffs zu. Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich [...], warum er etwa wegen unmittelbar drohender erheblicher Rechtsgutverletzungen zu einem sofortigen Einschreiten gezwungen gewesen wäre und warum an diesem Donnerstag gegen Mittag mitten in F. eine Benachrichtigung und ein anschließendes Tätig werden des zuständigen Ordnungsamtes der Oberbürgermeisterin der Stadt F. “nicht oder nicht rechtzeitig möglich” gewesen sein sollte. Eine solche Dringlichkeit ergibt sich jedenfalls aus der in dem Polizeibericht für das Einschreiten gegebenen Begründung nicht, wonach die Kläger dem äußeren Anschein nach bewaffneten Bundeswehrosoldaten täuschend ähnlich gewesen seien, so dass eine Vielzahl der Passanten sich gefragt habe, “was denn die Bundeswehr hier mache”, und wonach das Auftreten mit Waffen zu einer Verunsicherung sowohl von Passanten als auch von Mitarbeitern der C-Bank geführt habe. Dies lässt keine unmittelbar drohende erhebliche Gefahr erkennen, die eine ausnahmsweise Außerachtlassung der gesetzlichen Kompetenzverteilung erfordert hätte.”

Ebenso wie in Hessen liegt es aber nur in Mecklenburg-Vorpommern, Rheinland Pfalz und Schleswig Holstein sowie in einigen Gebieten Sachsen-Anhalts. In den übrigen Bundesländern ist nach Versammlungsbeginn hingegen ausschließlich die Polizei zuständig, sodass sich kein Zuständigkeitsproblem ergeben hätte (vgl. die Nachweise bei Dietel/Gintzel/Kniesel, VersG, § 15 Rn 219). Deshalb wurde es aus der vorstehenden Falllösung herausgehalten.]

C. Materielle Rechtmäßigkeit

In materieller Hinsicht muss der Tatbestand der Ermächtigungsgrundlage erfüllt und die richtige Rechtsfolge gesetzt worden sein. Tatbestandlich regelt § 15 III VersG vier Auflösungsgründe, deren Vorliegen nach dem oben zur Ermächtigungsgrundlage Gesagten einerseits auch zum Erlass von Minusmaßnahmen berechtigt, andererseits für solche aber auch Voraussetzung ist. Von den genannten Fällen kommt hier nur in Betracht, dass die Voraussetzung für ein Verbot nach § 15 I VersG vorgelegen haben könnten. Dann müsste von der Versammlung eine unmittelbare Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ausgegangen sein.

I. Öffentliche Sicherheit betroffen

Zu den Schutzgütern der öffentlichen Sicherheit gehören die Individualrechte und -rechtsgüter, die staatlichen Einrichtungen und Veranstaltungen sowie das gesamte geschriebene Recht. Bestandteil des letzteren ist auch das Waffengesetz, dessen § 42a I das Führen von Anscheinswaffen verbietet. Die Kl. waren hier mir täuschend echten Sturmgewehrattrappen bewaffnet, führten also entgegen § 42a WaffG eine Anscheinswaffe. Somit könnte ein Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit in Form der Verletzung geschriebenen Rechts vorliegen.

Allerdings nimmt § 42a II WaffG u.a. “Theateraufführungen” von diesem Verbot aus. Fraglich ist, ob es sich bei der Versammlung der Kl. um eine solche handelte.

1. Wortsinn

Bei wörtlicher Auslegung der Norm wäre dies zu verneinen. Unter einer Theateraufführung ist die visuelle Inszenierung einer dramatischen Vorlage durch Schauspieler auf einer Bühne oder zumindest einem vom alltäglichen Leben erkennbar abgegrenzten Ort zu verstehen. Jedenfalls an der Bühne bzw. dem abgegrenzten Ort fehlt es auf offener Straße. Ob die in Bundeswehruniformen erschienenen Kl. als “Schauspieler” im o.g. Sinne anzusehen wären, und ob sie eine dramatische Vorlage umsetzten, kann danach offen bleiben.

2. Verfassungskonforme Auslegung

Jedoch könnte es sich bei der Darstellung der Kl. um Kunst i.S.d. Art. 5 III 1 GG gehandelt haben. Die Kunstfreiheit ist schrankenlos gewährleistet, unterliegt m.a.W. keinem Gesetzesvorbehalt. Unter diesem Gesichtspunkt könnte es also geboten sein, § 42a II WaffG verfassungskonform weit dahingehend auszuliegen, dass “Theateraufführung” in diesem Sinne jede Form von darstellender Kunst umfasst.

a. Kunst i.S.d. Art. 5 III 1 GG

Der VGH Kassel definiert zunächst “Kunst” i.S.d. Grundgesetzes, wobei es mit der h.M. die sog. “Anerkennungslehre” ablehnt, wonach “Kunst” der Anerkennung durch Fachleute bedürfe, und dem offenen Kunstbegriff des BVerfG folgt, wonach Kunst nicht abschließend definiert werden kann, jedoch durch Vorliegen eines Werk- und Wirkungsbereichs indiziert wird:

“Entgegen der Ansicht des VGH München (NJW 1981, 2428) ist für diese rechtliche Einordnung nicht eine objektive Beurteilung durch in Kunstdingen kompetente Personen, sondern die Auffassung der Kunstszene einschließlich des Künstlers selbst und die durch ihn geschaffene Beziehung zu den Adressaten des Kunstwerks maßgeblich.”

[Anm.: In der Entscheidung NJW 1981, 2428 (“Anachronistischer Zug”) hatte sich der VGH München sogar zu der These aufgeschwungen, “Kunst” könne a priori nicht vorliegen, wenn es sich um eine “Versammlung” handle. Art. 8 I GG und Art. 5 III 1 GG schlössen sich gegenseitig aus. Diese Ansicht dürfte kaum vertretbar sein (vgl. nur die ablehnenden Urteilsanmerkungen von Ott, NJW 1981, 2397 und Berkemann, NVwZ 1982, 85), ist eine Einzelmeinung geblieben und sollte daher dreißig Jahre später in einem Gutachten auch nicht mehr erwähnt werden. Jedenfalls distanziert sich auch der VGH Kassel ausdrücklich vom VGH München:

“Eine Veranstaltung kann inhaltlich und rechtlich sowohl Versammlung als auch Kunstausübung sein. Kunst konnte immer schon auch politische Inhalte haben. Demgemäß besteht zwischen Art. 8 GG und Art. 5 III 1 GG keine Grundrechtskollision, diese beiden Grundrechte stehen vielmehr in einer Art grundrechtlicher „Idealkonkurrenz“ zweier sich teilweise überschneidender Regelungsbereiche.”]

“Dabei ist sowohl der “Werkbereich” des künstlerischen Schaffens wie auch der “Wirkbereich” der Darbietung und Verbreitung eines Kunstwerks in gleicher Weise zu betrachten und führt angesichts der zu respektierenden Eigenheit des Lebensbereichs “Kunst”, starren Formen und strengen Konventionen zu misstrauen, nur ein weiter Kunstbegriff zu angemessenen Lösungen (vgl. BVerfGE 67, 213 ff.).

So unterfällt gerade auch politisches Straßentheater dem Kunstbegriff, denn der öffentliche Platz war jahrhundertlang der legitime Ort schauspielerischer Darstellung und deshalb gebührt fest installierten Bühnen kein Vorrang gegenüber Wanderbühnen. Maßgeblich ist vielmehr, ob eine schöpferische Gestaltung zum Zwecke einer kommunikativen Sinnvermittlung in einer künstlerischen Formensprache dargeboten wird, etwa durch Schauspieler mit Masken, Requisiten, Mimik, Text oder Musik aufgrund einer konkreten Regie oder Dramaturgie.”

b. Subsumtion

Sodann subsumiert das Gericht den vorliegenden Fall unter den “offenen” Kunstbegriff, wobei es zu dem Ergebnis gelangt, dass “Kunst” im grundgesetzlichen Sinne vorlag:

“Dies war unter Berücksichtigung der gebotenen weiten Betrachtungsweise hier der Fall. Die beiden als Bundeswehrsoldaten verkleideten und mit den strittigen Gewehrtrappen als Requisiten versehenen Kläger haben durch ihre Postierung als Wachsoldaten vor der C-Bank den von ihnen kritisierten Einsatz der Bundeswehr zum Schutz wirtschaftlicher Interessen symbolhaft-bildlich dargestellt. Durch diese absurde Situation, die durch die anderen fünf als “Banker”

agierenden Personen noch verstärkt wurde, haben sie die Passanten gezielt verunsichert und irritiert, um bei ihnen emotionale und/oder rationale Prozesse in Gang zu setzen, die - schon ohne die ergänzend verteilten Flugblätter - zu einer kritischen Beschäftigung mit der dargestellten, mindestens befremdlich erscheinenden Situation führen sollten. Diese rein mimisch-surreale Darstellung bedurfte keiner gesprochenen Texte, wohl aber einer genauen Dramaturgie, die nicht nur den Ablauf, sondern insbesondere auch die für die bildhafte Aussage entscheidende Ausstattung der Darsteller umfasste.”

3. Zwischenergebnis

“Danach ist in verfassungskonformer Auslegung und Anwendung der Ausnahmevorschrift des § 42a II 1 Nr. 1 WaffG die ein politisches Straßentheater darstellende Aktion als “Theaterraufführung” im Sinne dieser Vorschrift mit der Folge anzusehen, dass das öffentliche Führen der Anscheinswaffen in Form der Gewehrtrappen, die für die Aussage der Darstellung notwendigerweise authentisch aussehen mussten, nicht verboten war und deshalb nicht untersagt werden durfte.”

Für eine Gefährdung anderer Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit - namentlich sonstiger Rechtsnormen, Individualrechtsgütern oder staatlichen Einrichtungen oder Veranstaltungen - ist hier auch nichts ersichtlich. Die öffentliche Sicherheit ist mithin nicht betroffen.

II. Öffentliche Ordnung betroffen

Es bliebe an eine unmittelbare Gefährdung der “öffentlichen Ordnung” zu denken. Diese ist betroffen, wenn gegen eine ungeschriebene Verhaltensregel verstoßen wird, die von der jeweils herrschenden Anschauung als unerlässlich für ein gedeihliches Zusammenleben angesehen wird. Die herrschende Anschauung in der Bundesrepublik Deutschland steht auf dem Boden der freiheitlich-demokratischen Grundordnung, die das Grundgesetz manifestiert. Bei der Ausfüllung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs sind daher die Wertmaßstäbe des Grundgesetzes zu berücksichtigen. Dieses schützt - wie oben beschrieben - die Versammlung der Kl. nicht nur über Art. 8 I GG, sondern auch über Art. 5 III GG. Die Ausübung von Grundrechten kann schlechterdings nicht gegen die jeweils herrschende Anschauung verstoßen, mögen sich hier auch einzelne Passanten irritiert gefühlt haben.

Somit ist auch keine Gefährdung der öffentlichen Ordnung gegeben.

III. Ergebnis

Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 15 III VersG lagen nicht vor. Das polizeiliche Handeln war aus diesem Grunde materiell rechtswidrig.

Standort: Zivilrecht**Problem: Allgemeiner Teil/Zugang**

BAG, URTEIL VOM 09.06.2011

6 AZR 687/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Im Kern geht es um die Frage, ob und zu welchem Zeitpunkt eine Kündigung zugegangen ist.

Die im Kündigungszeitpunkt 27-jährige Kl. war seit dem 03.02.2003 bei der Bekl. beschäftigt. Am 31.01.2008 entschloss sich die Bekl., das Arbeitsverhältnis ordentlich zum 29.02.2008 zu kündigen. Das Kündigungsschreiben wurde dem Ehemann der Kl., der mit dieser in einer gemeinsamen Wohnung lebt, noch am 31.01.2008 an dessen Arbeitsplatz übergeben. Der Ehemann leitete das Schreiben jedoch erst am 01.02.2008 an die Kl. weiter.

Die Kl. ist der Ansicht, das Arbeitsverhältnis bestehe über den 29.02.2008 hinaus bis zum 31.03.2008 fort. Die Kündigung sei ihr im Februar zugegangen, so dass die Monatsfrist des § 622 II 1 Nr. 1 BGB erst mit dem Monat März 2008 ablaufe.

Prüfungsrelevanz:

Die Examensrelevanz der Entscheidung ergibt sich daraus, dass der Senat die Anforderungen an den Zugang einer Willenserklärung konkretisiert. In einer Examensklausur kann die Problematik ohne weiteres mit arbeits- und insb. kündigungsrechtlichen Problemen verknüpft werden. Sie bietet sich außerdem an, um die Entscheidung des EuGH vom 19.01.2010 zur EU-Rechtswidrigkeit des § 622 II 2 BGB abzufragen (RA 2010, 79 = NZA 2010, 85).

Die Ansicht der Kl. trifft zu, wenn ihr das Kündigungsschreiben nicht schon am 31.01.2008, sondern erst am 01.02.2008 zugegangen ist. Denn gem. § 622 II 1 BGB kann mit der gesetzlichen Kündigungsfrist jeweils nur zum Ende des Kalendermonats gekündigt werden. In der Sache verlangt das Gesetz damit vom Arbeitgeber, die Kündigung schon im Monat vor dem Beginn der Kündigungsfrist zu erklären.

Eine Willenserklärung unter Abwesenden geht gem. § 130 BGB zu, wenn sie in verkehrsblicher Weise in die tatsächliche Verfügungsgewalt des Empfängers oder eines empfangsberechtigten Dritten gelangt und für den Empfänger unter gewöhnlichen Verhältnissen die Möglichkeit besteht, von dem Inhalt des Schreibens Kenntnis zu nehmen (BAG, NJW 1993, 1093). Da das Kündigungsschreiben dem Ehemann, also einem Dritten übergeben worden war, stellte sich die Frage nach dessen Empfangsberechtigung. Diese kann sich aus dessen Stellung als Empfangsvertreter (§ 164 III BGB) oder als Empfangsbote ergeben. Da eine

Empfangsvertretung fern lag, konnte der Ehemann nur Empfangsbote sein. Zwar hatte die Kl. ihren Mann nicht ausdrücklich und auch nicht konkludent zur Entgegennahme von Erklärungen ermächtigt. Doch kann sich die Empfangsbotenstellung nach h.A. auch aus der Verkehrsanschauung ergeben. Dies erkennt der Senat auch im Verhältnis von Eheleuten an.

Konnte die Erklärung also auch durch Übergabe an den Ehemann zugehen, stellte sich die Frage nach dem konkreten Zugangszeitpunkt. Nach Ansicht der Rechtsprechung geht die Erklärung – anders als beim Empfangsvertreter – dem Adressaten nicht in dem Moment zu, in dem sie dem Boten zugeht. Vielmehr ist darauf abzustellen, wann unter normalen Umständen mit der Weiterleitung an den Adressaten zu rechnen ist. Das ist bei Eheleuten regelmäßig noch am selben Tag der Fall. Somit galt das Schreiben als am 31.01.2008 zugegangen; die Kündigung wirkte zum 29.02.2008.

Vertiefungshinweise:

☐ Zur EU-Rechtswidrigkeit des § 622 II 2 BGB: *EuGH*, RA 2010, 79 = NZA 2010, 85

☐ Zum Verbot der Altersdiskriminierung im Arbeitsrecht: *EuGH*, NJW 2005, 3695 „Mangold“; *BAG*, NZA 2008, 405; *Hanau*, NZA 2010, 1; *von Medem*, NZA 2009, 1072; *Adomeit/Mohr*, NJW 2009, 2255; *Bauer/Bouchouaf*, NVwZ 2006, 538

☐ Zur Kündigungsschutzklage: *Stenslik*, JuS 2011, 15; *Lüken/Jaroschek*, JuS 2001, 64

Kursprogramm:

☐ *Examenskurs*: „Die überflüssige Frieda“

☐ *Examenskurs*: „Internet ist gar nicht nett“

Leitsatz:

Leben Ehegatten in einer gemeinsamen Wohnung und sind sie deshalb nach der Verkehrsanschauung füreinander als Empfangsboten anzusehen, gelangt eine an einen der Ehegatten gerichtete Willenserklärung grundsätzlich auch dann in dessen Macht- und Zugriffsbereich, wenn sie dem anderen Ehegatten außerhalb der Wohnung übermittelt wird.

Sachverhalt:

Die am 20.01.1981 geborene A war seit dem 03.02.2003 bei der B-Palettenhandel-GmbH (B) als Assistentin der Geschäftsleitung beschäftigt.

Am 31.01.2008 entbrannte zwischen A und dem Geschäftsführer F ein Streit über die Arbeitsweise der A. Da sie sich ungerecht behandelt fühlte, verließ A gegen Mittag ohne weiteren Kommentar ihren Arbeitsplatz und verbrachte den Nachmittag beim Shopping.

Aufgrund dieses Verhaltens sah F sich gezwungen, das Arbeitsverhältnis mit der A zu beenden. Sofort setzte er ein Schreiben auf, in dem er das Arbeitsverhältnis unter Berücksichtigung der gesetzlichen Kündigungsfrist zum 29.02.2008 kündigte. Dieses Schreiben übergab er dem Mitarbeiter M mit der Aufforderung, es dem Ehemann der A zu bringen. Dieser arbeitete in einem nahegelegenen Baumarkt, wo er sicherlich angetroffen werden könne. F versprach sich davon, die Übergabe des Schreibens notfalls durch den Mitarbeiter beweisen zu können. M begab sich zum beschriebenen Baumarkt und traf dort tatsächlich auf den Ehemann der A. Er übergab ihm das Schreiben mit der Bitte, dieses alsbald an A weiterzuleiten. Dieser bemerkte, dass man derartige Angelegenheiten doch besser intern regeln sollte, nahm das Schreiben aber schließlich entgegen. Am Abend vergaß der Ehemann das Schreiben in seinem Spind. Erst am nächsten Tag, dem 01.02.2008 nahm er das Schreiben mit nach Hause und übergab es seiner Frau.

A meint, das Arbeitsverhältnis könne daher frühestens zu Ende März 2008 gekündigt sein. Ein Zugang noch am 31.01.2008 komme nicht in Frage: Ihr Mann sei nicht automatisch ihr „externer Briefkasten“ – eine solche Einordnung verstoße doch sicherlich gegen Art. 6 GG. Außerdem könne dieser doch nicht an seinem Arbeitsplatz mit ihren Angelegenheiten belastet werden. Schließlich sei ein Zugang frühestens dann möglich, wenn sie das Schriftstück tatsächlich in den Händen halte.

Da B diese Rechtsauffassung nicht teilt, sieht A sich gezwungen, Klage zum Arbeitsgericht zu erheben. Hiermit will sie festgestellt wissen, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 31.01.2008 nicht zum 29.02., sondern zum 31.03.2008 beendet worden ist.

Wie sind die Erfolgsaussichten der Klage?

Lösung:

Die Klage der A wird Erfolg haben, soweit sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

Die Klage müsste zulässig sein.

I. Rechtsweg

A erhebt Klage zum Arbeitsgericht, so dass der Rechtsweg zur Arbeitsgerichtsbarkeit eröffnet sein müsste. Das ist gem. § 2 I Nr. 3 b) ArbGG der Fall, wenn es sich vorliegend um eine Rechtsstreitigkeit zwischen einem Arbeitnehmer und einem Arbeitgeber über das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses handelt. A und B vertreten hinsichtlich des Beendigungszeitpunktes des Arbeitsverhältnisses unterschiedliche Ansichten, streiten also über das Bestehen des Arbeits-

verhältnisses im Monat März 2008. A ist auch Arbeitnehmerin der B, da sie aufgrund privatrechtlichen Vertrages im Dienste der B in persönlicher Abhängigkeit zur Arbeit verpflichtet ist.

Der Rechtsweg zur Arbeitsgerichtsbarkeit ist eröffnet.

II. Zuständigkeit

Für das Begehren der A ist das Arbeitsgericht sachlich zuständig (§ 8 I ArbGG). In örtlicher Hinsicht muss sich A an das Gericht wenden, in dessen Bezirk die B-GmbH ihren Firmensitz (§ 46 II ArbGG i.V.m. § 17 ZPO) oder ihre Niederlassung hat (§ 46 II ArbGG i.V.m. § 21 ZPO; vgl. auch § 46 II ArbGG i.V.m. § 29 ZPO).

III. Prozessvoraussetzungen

A und die B-GmbH sind gem. §§ 46 II ArbGG i.V.m. §§ 50 ff. ZPO partei- und prozessfähig. A kann als natürliche Person vor Gericht auftreten; B muss durch den Geschäftsführer F vertreten werden (§ 35 GmbHG).

Vor dem Arbeitsgericht gilt gem. § 11 S. 1 ArbGG kein Anwaltszwang, so dass A und die B-GmbH auch postulationsfähig sind.

IV. Klageart und Feststellungsinteresse

Schließlich müsste A auch eine zulässige Klageart gewählt haben.

1. Kündigungsschutzklage gem. § 4 S. 1 KSchG

A hat die Feststellung beantragt, dass ihr Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung vom 31.01.2008 zum 29.02., sondern zum 31.03.2008 beendet worden ist. Damit hat sie einen Feststellungsantrag gestellt, den Streitgegenstand jedoch gleichzeitig auf eine bestimmte Kündigung konkretisiert. Dieser punktuelle Antrag könnte als sog. Kündigungsschutzklage gem. § 4 S. 1 KSchG statthaft sein.

Dann müsste A jedoch die Feststellung begehren, dass die Kündigung sozial ungerechtfertigt i.S.d. KSchG oder aus anderen Gründen rechtsunwirksam ist. Hier begehrt A jedoch allein die Feststellung, dass der Kündigungstermin fehlerhaft sei. Die Wirksamkeit der Kündigung an sich greift A dagegen nicht an. Sie wendet sich folglich nicht gegen das „ob“, sondern nur gegen das „wann“ der Kündigung. Die Kündigungsschutzklage ist damit nicht statthaft (vgl. Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, § 4 KSchG Rn. 10b). Das lässt sich auch damit begründen, dass die fehlerhafte Berechnung der Kündigungsfrist nicht die Unwirksamkeit der Kündigung im Ganzen bewirkt; vielmehr ist die Erklärung regelmäßig in eine Kündigung zum nächstmöglichen Termin umzudeuten (ErfK/Kiel, § 4 KSchG Rn. 5). Somit ist die Kündigungsschutzklage nicht die richtige Klageart.

[Anm.: Folglich musste A auch nicht die Drei-Wochen-Frist des § 4 S. 1 KSchG einhalten. Dies ist zwar eine Frage der Begründetheit (vgl. § 7 KSchG), muss aber mittelbar auch in der Zulässigkeit berücksichtigt werden, da hiermit das Feststellungsinteresse des Klägers begründet werden kann.]

2. Allgemeine Feststellungsklage

Der Antrag der A ist jedoch als allgemeiner Feststellungsantrag statthaft, sofern sie ein besonderes Interesse an der Feststellung darlegen kann (§ 256 ZPO). Das Erfordernis des Feststellungsinteresses beruht auf der Tatsache, dass die Feststellungsklage im Verhältnis zur rechtsschutzintensiveren Leistungsklage subsidiär ist. Eine Leistungsklage kommt vorliegend aber nicht in Betracht, da die Einhaltung der richtigen Frist keine Leistung ist, die ein Arbeitnehmer von seinem Arbeitgeber verlangen kann.

Das Feststellungsinteresse der A ergibt sich aus der Tatsache, dass sie ihr Begehren zeitnah geltend machen muss. Zwar greift – wie gezeigt – die Klagefrist des § 4 S. 1 KSchG nicht ein. Jedoch kann der betroffene Arbeitnehmer auch im Falle der fehlerhaften Berechnung der Kündigungsfrist nicht darauf verwiesen werden, den Ablauf der Frist abzuwarten um im Anschluss auf Leistung (etwa das nicht gezahlten Lohns) zu klagen. Denn auch die allgemeine Feststellungsklage unterliegt der Verwirkung i.S.d. § 242 BGB (ErfK/Kiel, § 4 KSchG Rn. 5), so dass auch hier dem Arbeitnehmer Präklusion droht.

A hat folglich ein besonderes Interesse an der Feststellung der Fehlerhaftigkeit des Kündigungstermins. Die Klage ist zulässig.

B. Begründetheit

Die Klage müsste außerdem begründet sein. Das ist der Fall, wenn die Kündigung vom 31.01.2008 das Arbeitsverhältnis nicht zum 29.02.2008, sondern zum 31.03.2008 beendet hat.

I. Richtige Kündigungsfrist

Zunächst müsste der Arbeitgeber die richtige Kündigungsfrist gem. § 622 II 1 BGB gewählt haben. Die Frist ist von der Dauer des Arbeitsverhältnisses abhängig, wobei das Alter des Arbeitnehmers gem. § 622 II 2 BGB zu beachten ist. Fristrelevant sind demnach nur solche Beschäftigungszeiten, die der Arbeitnehmer nach der Vollendung des 25. Lebensjahres im Betrieb des Arbeitgebers absolviert hat.

A wurde 20.01.1981 geboren, war also im Kündigungszeitpunkt 27 Jahre alt. Da sie bereits seit 2003, also vor ihrem 25. Geburtstag bei B beschäftigt war, kommen ihr insgesamt zwei kündigungsfristrelevante Beschäftigungsjahre zugute. Folglich findet § 622 II 1 Nr. 1 BGB Anwendung, so dass das Arbeitsverhältnis mit einer Frist von einem Monat zum Monatsende ge-

kündigt werden kann. Von dieser Frist gehen die Parteien übereinstimmend aus.

[Anm.: Der EuGH hat in seiner Entscheidung vom 19.01.2010 eine dem § 622 II 2 BGB entsprechende Vorschrift für unvereinbar mit Verbot der Altersdiskriminierung (vgl. Art. 1 I; Art. 2 I, II; Art. 3 I lit. c der Richtlinie 2000/78/EG und Art. 21 I der EU-Grundrechtecharta) gehalten (RA 2010, 79 = NZA 2010, 85). § 622 II 2 BGB ist damit EU-rechtswidrig. Wäre auf den vorliegenden Fall das aktuelle Recht unter Einbeziehung der vorgenannten EuGH-Rechtsprechung anwendbar, wären damit sämtliche Beschäftigungsjahre der A unabhängig vom Lebensalter zu berücksichtigen. A war seit dem 03.02.2003 bei B beschäftigt. Im Zeitpunkt des tatsächlichen Zugangs der Kündigung am 01.02.2008 war sie mithin knapp fünf Jahre beschäftigt. Dies hilft ihr jedoch auch nicht, da § 622 II 1 Nr. 2 BGB verlangt, dass die Fünf-Jahres-Schwelle überschritten wird, was hier nicht der Fall ist. Somit bliebe die Kündigungsfrist auch nach der neueren EuGH-Rechtsprechung unverändert. Sollte die vorliegende Entscheidung als Examensklausur umgesetzt werden, kann aber davon ausgegangen werden, dass die Daten entsprechend abgewandelt werden, so dass es auf die An- bzw. Unanwendbarkeit des § 622 II 2 BGB ankommt.]

II. Präklusionsfrist gem. §§ 4 S. 1, 7 KSchG bzw. Verwirkung

Wie gezeigt unterfällt der Antrag der A nicht dem. § 4 S. 1 KSchG, so dass sich auch die Frage erübrigt, ob die materielle Präklusion gem. § 7 KSchG eingetreten ist.

Auch die angesprochene Verwirkung gem. § 242 BGB ist hier nicht eingetreten, da A zeitnah nach der Kündigung Klage erhoben hat.

III. Wirksame Kündigungserklärung

Die Kündigungserklärung müsste wirksam sein, d.h. sie müsste insbesondere schriftlich erfolgt sein (§ 623 BGB) und der Adressatin A gem. § 130 BGB zugegangen sein.

Die Erklärung erfolgte schriftlich. Sie ist der A auch tatsächlich am 01.02.2008 zugegangen. Jedoch kommt es aufgrund der Fristberechnung des § 622 II 1 BGB entscheidend auf den Zeitpunkt des Zugangs an, da die Monatsfrist zu Ende Februar 2008 nur eingehalten wurde, wenn die Erklärung der A noch im Januar 2008 zugegangen ist (vgl. „zum Ende eines Kalendermonats“). Jedoch könnte der Zugang bereits am 31.01.2008 bewirkt worden sein, indem das Schreiben dem Ehemann der A an dessen Arbeitsplatz übergeben wurde.

1. Zugang bei Abwesenheit des Empfängers

Eine schriftliche Kündigung ist nach § 130 BGB einem Abwesenden zugegangen, wenn sie derart in den Machtbereich des Gekündigten gelangt, dass unter gewöhnlichen Verhältnissen damit zu rechnen ist, er könne von der Kündigung Kenntnis nehmen (vgl. BAG, NZA 1993, 259; MünchKommBGB/Einsele, § 130 Rn. 16 ff. m.w.N.). Unerheblich ist, ob der Empfänger von dem Schreiben tatsächlich Kenntnis nimmt (LAG Düsseldorf, MDR 2001, 145).

Unstreitig ist vorliegend die Kündigungserklärung am 31.01.2008 nicht in den tatsächlichen Machtbereich der A gelangt. Allerdings hat die Erklärung den Machtbereich des Ehemannes erreicht. Auch die Übergabe an einen Dritten kann Zugang bewirken, wenn dieser Dritte empfangsberechtigt ist.

Damit stellt sich die Frage der Empfangsberechtigung des Ehemannes der A.

2. Empfangsberechtigung des Ehemannes

a) Empfangsvertreter gem. § 164 III BGB

Der Ehemann könnte Empfangsvertreter der A gem. § 164 III BGB sein. Die Empfangsvertretung ist ein Fall der sog. passiven Stellvertretung. Der Unterschied zur aktiven Stellvertretung (Abgabe einer Willenserklärung) liegt darin, dass eine „eigene Willenserklärung“ nicht verlangt wird (MünchKommBGB/Schramm, § 164 Rn. 133). Jedoch bleibt es u.a. beim Erfordernis der Vertretungsmacht. Für eine rechtsgeschäftlich erteilte Vertretungsmacht bestehen keine Anhaltspunkte. Auch ergibt sich keine gesetzliche Vertretungsmacht alleine aus der Tatsache, dass der tatsächliche Empfänger und die Adressatin verheiratet sind. Schließlich sind auch keine Umstände erkennbar, die auf das Vorliegen von Rechtsscheingrundsätzen schließen lassen. Der Ehemann war daher nicht Empfangsvertreter der A i.S.d. § 164 III BGB.

b) Empfangsbote

Er könnte jedoch Empfangsbote sein.

A beruft sich darauf, dass ihr Ehemann nicht automatisch ihr „externer Briefkasten“ sein könne, da dies mit der Wertung des Art. 6 GG nicht vereinbar sei. Tatsächlich hat A ihren Mann in Ermangelung entsprechender Hinweise weder ausdrücklich, noch konkludent dazu ermächtigt, Erklärungen für sie entgegenzunehmen. A hat ihren Mann also nicht zum Empfangsboten berufen. Mithin könnte dieser allenfalls Empfangsbote kraft Verkehrsanschauung sein.

aa) Empfangsbote kraft Verkehrsanschauung

„[12] Allerdings trifft es zu, dass die Klägerin ihren Ehemann weder ausdrücklich noch konkludent zum Empfang von Willenserklärungen ermächtigt und auch bezüglich einer solchen Ermächtigung keinen Rechtschein gesetzt hat. Auch lässt sich der Begriff des

Empfangsboten dem Gesetz nicht entnehmen. Dennoch erkennt die Rechtsprechung (vgl. BGH 17. März 1994 - X ZR 80/92 - NJW 1994, 2613; BSG 7. Oktober 2004 - B 3 KR 14/04 R - NJW 2005, 1303; BAG 16. Januar 1976 - 2 AZR 619/74 - AP BGB § 130 Nr. 7 = EzA BGB § 130 Nr. 5; 13. Oktober 1976 - 5 AZR 510/75 - AP BGB § 130 Nr. 8 = EzA BGB § 130 Nr. 7; 11. November 1992 - 2 AZR 328/92 - AP BGB § 130 Nr. 18 = EzA BGB § 130 Nr. 24; 9. April 2008 - 4 AZR 104/07 - AP TVG § 1 Nr. 43 = EzA ZPO 2002 § 259 Nr. 1; OLG Köln 18. Januar 2006 - 22 U 164/05 - MDR 2006, 866) und die im Schrifttum ganz herrschende Meinung (vgl. KR/Friedrich 9. Aufl. § 4 KSchG Rn. 106; APS/Ascheid/Hesse 3. Aufl. § 4 KSchG Rn. 64a und Rn. 72; Kittner/Däubler/Zwanziger/Däubler 8. Aufl. §§ 130 - 132 BGB Rn. 14 und Rn. 18; Thüsing/Laux/Lembke/Wiehe KSchG 2. Aufl. § 4 Rn. 164; HaKo/Fiebig 3. Aufl. Einleitung Rn. 48; Stahlhacke/Preis 10. Aufl. 2010 Rn. 130; Schwarze in Schwarze/Eylert/Schrader KSchG Einleitung Rn. 42; ErfK/Müller-Glöße 11. Aufl. § 620 BGB Rn. 55; DFL/Löwisch 3. Aufl. § 130 BGB Rn. 4; MünchKommBGB/Einsele 5. Aufl. § 130 Rn. 25; Palandt/Ellenberger 70. Aufl. § 130 Rn. 9; Larenz/Wolf Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts 9. Aufl. § 26 Rn. 41; Medicus Allgemeiner Teil des BGB 10. Aufl. § 22 Rn. 285 f.; Sandmann AcP 199 [1999] S. 455 ff.; Schwarz NJW 1994, 891; Jousen Jura 2003, 577; Herbert NZA 1994, 391; aA Staudinger/Singer/Benedict [2004] § 130 Rn. 58) neben Empfangsvertretern (§ 164 Abs. 3 BGB) nicht nur rechtsgeschäftlich bestellte Empfangsboten an, sondern im Wege der Rechtsfortbildung grundsätzlich auch Empfangsboten kraft Verkehrsanschauung. In Bezug auf rechtsgeschäftlich bestellte Empfangsboten lässt sich die Empfangsbotenstellung auf ein *argumentum a maiore ad minus* zu den §§ 164 ff. BGB stützen (Jousen Jura 2003, 577, 578; Sandmann AcP 199 [1999] S. 455, 456). Soweit Rechtsprechung und Schrifttum dem Adressaten auf der Grundlage der Verkehrsanschauung Empfangsboten zuordnen, wird die Empfangsbotenstellung aus der gesetzlichen Wertung in § 130 BGB abgeleitet, aus der sich die Grundsätze für die Risikoverteilung beim Zugang von Willenserklärungen ergeben (BAG 13. Oktober 1976 - 5 AZR 510/75 - AP BGB § 130 Nr. 8 = EzA BGB § 130 Nr. 7; Sandmann AcP 199 [1999] S. 455, 457; Schwarz NJW 1994, 891, 893).“

bb) Ehemann als Empfangsbote

Anerkannt ist, dass Eheleute füreinander grundsätzlich als Empfangsboten angesehen werden, wenn sie in einer gemeinsamen Wohnung leben:

“[15] Wenn auch über die Kriterien und Details, die nach der Verkehrsanschauung die Empfangsbotenstel-

lung begründen oder ausschließen, keine völlige Einigkeit besteht, decken sich doch Rechtsprechung und der ganz überwiegende Teil des Schrifttums in einem gewissen Kernbereich. Danach werden in einer gemeinsamen Wohnung lebende Ehegatten füreinander grundsätzlich als Empfangsboten angesehen (BGH 17. März 1994 - X ZR 80/92 - NJW 1994, 2613; Jous- sen Jura 2003, 577, 578; Sandmann AcP 199 [1999] S. 455, 457; MünchKommBGB/Einsele 5. Aufl. § 130 Rn. 25; Herbert NZA 1994, 391, 392). Diese Verkehrsanschauung beruht auf der Lebenserfahrung, dass in aller Regel ohne weiteres davon auszugehen ist, dass die für einen Ehepartner bestimmte Erklärung durch Aushändigung an den anderen so in dessen Macht- und Zugriffsbereich gelangt, dass er von der Erklärung Kenntnis nehmen kann (BGH 17. März 1994 - X ZR 80/92 - aaO)."

Damit ist grundsätzlich auch der Ehemann der A als deren Empfangsbote anzuerkennen, da beide in einer gemeinsamen Wohnung leben.

cc) Vereinbarkeit mit Art. 6 GG

Fraglich könnte allerdings sein, ob dies – entsprechend dem Vorbringen der A – mit der grundgesetzlichen Wertung des Art. 6 GG vereinbar ist. Immerhin bedeutet die automatische, wechselseitige Empfangsbotenstellung von Eheleuten einen Nachteil gegenüber nicht verheirateten Menschen, die ihre Empfangsboten frei wählen können:

„[16] Entgegen der Auffassung der Klägerin verstößt die Annahme, dass in einer gemeinsamen Wohnung lebende Ehegatten grundsätzlich Empfangsboten sind, nicht gegen Art. 6 Abs. 1 GG. Ehegatten werden dadurch gegenüber Lebenspartnern oder unverheiratet zusammen lebenden Partnern nicht benachteiligt. Das Argument der Klägerin trägt schon deshalb nicht, weil nach der Verkehrsanschauung auch die in der Wohnung des Empfängers lebenden erwachsenen Haushaltsmitglieder (MünchKommBGB/Einsele 5. Aufl. § 130 Rn. 25; Herbert NZA 1994, 391, 392), insbesondere Lebenspartner und Partner in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, als Empfangsboten gelten (Jousen Jura 2003, 577, 578).“

Damit ist die Anerkennung der Empfangsbotenstellung mit Art. 6 GG vereinbar.

dd) Machtbereich des Empfangsboten, der sich außerhalb der Ehemannswohnung befindet

Erkennt man den Empfangsboten kraft Verkehrsanschauung an, stellt sich allerdings die Frage, ob die Kündigungserklärung tatsächlich dessen Machtbereich erreichte. A lässt sich dahingehend ein, dass der Machtbereich sich jedenfalls nicht auf den Arbeitsplatz ihres Ehemannes erstreckt:

„[17] Ohne Erfolg macht die Klägerin geltend, das Kündigungsschreiben der Beklagten vom 31. Januar

2008 sei ihrem Ehemann an seinem Arbeitsplatz in einem Bau- und Heimwerkermarkt und damit außerhalb der gemeinsamen Wohnung übergeben worden, so dass ihr die Kündigungserklärung erst am 1. Februar 2008 zugegangen sei, als sie das Kündigungsschreiben von ihrem Ehemann erhalten habe. Eine Willenserklärung ist grundsätzlich auch dann in den Machtbereich des Adressaten gelangt, wenn sie einem Empfangsboten außerhalb der Wohnung übermittelt wird. Für die auf der Lebenserfahrung beruhende Verkehrsanschauung, wonach in aller Regel davon ausgegangen werden kann, dass ein Ehegatte eine für den anderen Ehegatten bestimmte mündliche Erklärung diesem alsbald übermittelt oder ein für den anderen Ehegatten angenommenes Schriftstück diesem alsbald aushändigt, ist nicht erforderlich, dass sich der Empfangsbote bei der Entgegennahme der Willenserklärung in der Wohnung der Ehegatten aufhält (vgl. für nicht in derselben Wohnung lebende Empfangsboten BAG 11. November 1992 - 2 AZR 328/92 - AP BGB § 130 Nr. 18 = EzA BGB § 130 Nr. 24; OLG Köln 18. Januar 2006 - 22 U 164/05 - MDR 2006, 866). An welchem Ort eine Willenserklärung gegenüber einem Empfangsboten abgegeben wird, kann allerdings für den Zeitpunkt des Zugangs der Willenserklärung beim Adressaten von Bedeutung sein.“

ee) Zwischenergebnis

Der Ehemann der A handelte als deren Empfangsbote. Die Kündigungserklärung erreichte dessen Machtbereich am Nachmittag des 31.01.2008 durch Übergabe seitens des Mitarbeiters M.

3. Zeitpunkt des Zugangs

Entscheidend ist nun, wann die Erklärung als der A zugegangen gilt. Beim Einsatz eines Empfangsboten ist umstritten, ob der Zugang beim Adressaten bereits mit der Übergabe an den Boten oder erst dann anzunehmen ist, wenn mit der Weitergabe der Erklärung an den Adressaten zu rechnen ist (überwiegende Ansicht, vgl. BeckOK/Valenthin, § 164 BGB Rn. 46 m.w.N.). Eine Stellungnahme ist entbehrlich, wenn auch nach der zweiten Ansicht der Zugang am 31.01.2008 bejaht werden könnte. Insofern ist zu fragen, ob unter normalen Umständen mit einer Aushändigung des Kündigungsschreibens an die A noch am 31.01.2008 gerechnet werden konnte. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass A und ihr Ehemann in einer gemeinsamen Wohnung leben. Damit besteht ohne weiteres die Möglichkeit, eine entgegengenommene Erklärung an den richtigen Empfänger zu übergeben. Unter normalen Umständen ist auch zu erwarten, dass eine solche Erklärung noch am selben Tag an den bestimmungsgemäßen Adressaten weitergeleitet wird. Hierfür spricht, dass jedem tatsächlichen Erklärungsempfänger bewusst ist, dass die entgegengenommene Erklärung

möglicherweise von derartiger Bedeutung für den Adressaten ist, dass sich ein Zuwarten mit der Weiterleitung verbietet. Dies zeigt sich insbesondere auch am vorliegenden Fall: Hätte A die Wirksamkeit der Kündigung rügen wollen, hätte sie im Zeitfenster des § 4 S. 1 KSchG, also innerhalb von drei Wochen, gerichtliche Schritte einleiten müssen. Zwar mag unter normalen Lebensverhältnissen das Einleiten gerichtlicher Schritte eher selten erforderlich sein. Jedoch kann das Erfordernis einer zeitnahen Reaktion potentiell in jeder Erklärung liegen, so dass eine zeitnahe Weitergabe wünschenswert und im Ergebnis auch zu erwarten ist. Damit war davon auszugehen, dass die Kündigungserklärung noch am 31.01.2008 an die A weitergeleitet wurde, so dass diese die Möglichkeit der Kenntnisnahme hatte. Die Tatsache, dass sie tatsächlich erst am 01.02.2008 von der Erklärung Kenntnis nahm, ist insofern unbeachtlich. Die Erklärung gilt als am 31.01.2008 zugegangen.

[Anm.: Für die Ansicht, die hinsichtlich des Zeitpunktes des Zugangs auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme unter normalen Umständen abstellt, spricht, dass der Empfangsbote lediglich die Funktion einer perso-

nifizierten Empfangseinrichtung des Adressaten übernimmt (BGH, NJW 1994, 2613). Als dessen Übermittlungswerkzeug soll er die Willenserklärung entgegennehmen und an ihn weiterleiten, also noch eine Tätigkeit entfalten, um dem Adressaten die Möglichkeit der Kenntnisnahme zu verschaffen. Vom Adressaten, auf den es für den Zugang allein ankommt, kann daher erst nach Ablauf der Zeit, die der Empfangsbote für die Übermittlungstätigkeit unter den obwaltenden Umständen normalerweise benötigt, erwartet werden, dass er von der Erklärung Kenntnis nehmen kann. Nur diese Auffassung wird der gängigen Zugangsdefinition gerecht, der zufolge vom Zugang auszugehen ist, wenn die Willenserklärung so in den Bereich des Erklärungsempfängers gelangt ist, dass er Kenntnis nehmen kann oder unter normalen Umständen mit einer Kenntnisnahme zu rechnen ist (BAG, BeckRS 2011, 73926; Herbert, NZA 1994, 391, [392]; Schwarz, NJW 1994, 891).]

IV. Ergebnis

Die Kündigung wirkt gem. § 622 II 1 Nr. 1 BGB zum 29.02.2008. Die Klage der A hat keinen Erfolg.

Standort: §§ 28 II, 306b II Nr. 2 StGB

Problem: Ermöglichungsabsicht

BGH, BESCHLUSS VOM 10.05.2011
4 STR 659/10 (NJW 2011, 2148)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte unbekannte Dritte dazu angestiftet, in dem von ihm betriebenen Sonnenstudio ein Feuer zu legen, um die Feuerversicherung in Anspruch nehmen zu können. Die unbekannte Haupttäter hatten auch tatsächlich in dem Sonnenstudio Feuer gelegt, das einen Großteil der Einrichtung beschädigt und dazu geführt hatte, dass die entsprechenden Räume renoviert werden mussten. Auf das Gebäude selbst, in dessen Obergeschoss sich auch Wohnungen befanden, hatte das Feuer jedoch nicht übergegriffen.

Das Landgericht Dortmund hatte den Angeklagten wegen Anstiftung zur besonders schweren Brandstiftung, §§ 306a I Nr. 1, 306b II Nr. 2, 26 StGB, verurteilt. Hiergegen wandte sich der Angeklagte mit der Revision, der der BGH aber nur teilweise stattgab. Vollendet worden sei nämlich nur die Haupttat der Brandstiftung gem. § 306 I Nr. 1 StGB. Das Gebäude sei zwar nicht in Brand gesetzt worden. Dadurch, dass die Räume, in denen sich das Sonnenstudio befand, aber für eine erhebliche Zeit nicht genutzt werden konnten, sei das Gebäude durch die Brandlegung der Haupttäter teilweise zerstört worden. Dies gelte jedoch nicht für die schwere Brandstiftung gem. § 306a I Nr. 1 StGB. Denn der Teil des Gebäudes, der dem

Wohnen diene - das Obergeschoss - sei weder in Brand gesetzt noch zerstört worden, sodass die entsprechende Haupttat (und ihre Qualifikation gem. § 306b II Nr. 2 StGB) nur im Versuch vorlägen und der Angeklagte diesbezüglich somit auch nur wegen Anstiftung zum Versuch verurteilt werden könne.

Prüfungsrelevanz:

Brandstiftungsdelikte sind als Gegenstand von Prüfungsaufgaben in beiden Examen vor allem deshalb beliebt, weil sie sich - wie der vorliegende Fall sehr schön demonstriert - sowohl mit Problemen des Allgemeinen Teils als auch mit Vermögensdelikten (insb. §§ 263; 265 StGB) kombinieren lassen. Aber natürlich gibt es bei den §§ 306 ff. StGB auch tatbestandsspezifische Probleme, insbesondere hinsichtlich der Anforderungen an die Tathandlungen. In der vorliegenden Entscheidung führt der BGH seine bisherige, nach Art der Tathandlung differenzierende, Rechtsprechung zum Vollendungszeitpunkt des § 306a I Nr. 1 StGB fort. Interessant wird sie - aus Prüfersicht - jedoch dadurch, dass zum einen die Voraussetzungen an die qualifizierende Absicht i.S.v. § 306b II Nr. 2 StGB zu diskutieren sind und zum anderen eine Tatbestandsverschiebung gem. § 28 II StGB vorzunehmen ist.

Bis zum 6. StrRG (1998) kannten die Brandstiftungsdelikte lediglich die Tathandlung des Inbrandsetzens. Ein solches ist dann gegeben, wenn das Tatobjekt

(oder zumindest ein funktionswesentlicher Teil davon) so vom Feuer erfasst ist, dass es 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). Da heutige Bauwerke allerdings oft gar nicht mehr aus brennbaren Materialien bestehen, ist es dann ausgeschlossen, dass funktionswesentliche Teile dieser Gebäuden 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 Zerstören" in die Brandstiftungsdelikte aufgenommen. Hierfür reicht es nämlich aus, dass das Tatobjekt oder funktionswesentliche Teile davon zumindest für eine nicht nur unbedeutende Zeit unbrauchbar werden oder eine wesentliche Zweckbestimmung hiervon aufgehoben wird (BGHSt 48, 20; Schönke/Schröder-Heine, § 306 Rn. 16; Wolff, JR 2003, 391).

Im vorliegenden Fall stellt der BGH fest, dass die Tatsache, dass das Ladenlokal, in dem sich das Sonnensstudio des Angeklagten befand, ausgebrannt war, für ein "durch eine Brandlegung teilweises Zerstören" des Gebäudes ausreicht, da funktionswesentliche Teile des Gebäudes für eine erhebliche Zeit unbrauchbar waren. Deshalb hat der BGH auch eine Vollendung der Brandstiftung gem. § 306 I Nr. 1 StGB durch die Haupttäter angenommen.

Der objektive Tatbestand des § 306a I Nr. 1 StGB setzt allerdings 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 zwar 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). Allerdings ist 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 bereits dann vollendet, wenn 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 2011, 229, 230 = NJW 2011, 1090; RA 2010, 238, 242 = NStZ 2010, 452). Diese Rechtsprechung führt der BGH in der vorliegenden Entscheidung fort.

Interessant sind auch die Ausführungen des BGH zur Ermöglichungsabsicht i.S.v. § 306b II Nr. 2 StGB. Der BGH sieht in dieser Absicht - in Übereinstimmung mit der herrschenden Literatur (vgl. Fischer, § 306b Rn. 10a; Lacken/Kühl, § 306b Rn. 4) - ein persönliches strafschärfendes Merkmal, sodass dieses gem. § 28 II StGB nur für denjenigen Beteiligten gilt, bei dem es vorliegt. Deshalb ist es für eine Anstiftung zur Qualifikation gem. § 306b II Nr. 2 StGB auch nicht maßgeblich, ob der Haupttäter diese qualifizierende Absicht aufweist, sondern ausschließlich, ob diese beim Anstifter vorliegt.

Vertiefungshinweise:

☐ Zu § 306a I Nr.1 StGB bei gemischt genutzten Gebäuden: *BGH*, RA 2011, 228 = NJW 2011, 1090; RA 2010, 238 = NStZ 2010, 452; NStZ 2000, 197; *Depert*, JURA 1998, 602; *Frage*, JuS 2003, 988

☐ Zur Anwendung von § 28 StGB bei § 306b II Nr. 2: *BGH*, NStZ 2000, 197

Kursprogramm:

☐ *Examenskurs*: "Feuerfalle"

Leitsätze (der Redaktion):

1. § 306a I Nr. 1 StGB ist in der Tatbestandsalternative des teilweisen Zerstören bei einer Brandlegung in einem einheitlichen, teils gewerblich, teils als Wohnung genutzten Gebäude erst dann verwirklicht ist, wenn zumindest ein zum selbstständigen Gebrauch bestimmter Teil des Wohngebäudes, d.h. eine zum Wohnen bestimmte abgeschlossene Untereinheit, durch die Brandlegung für Wohnzwecke unbrauchbar geworden ist. Dass das Feuer auf zu Wohnzwecken genutzte Teile des Gebäudes hätte übergreifen können, reicht für die Annahme einer vollendeten schweren Brandstiftung gemäß § 306a Abs. 1 StGB nicht aus.

2. Bei der nach § 306b II Nr. 2 StGB erforderlichen Absicht handelt es sich um ein strafschärfendes persönliches Merkmal im Sinne des § 28 II StGB.

Sachverhalt:

A betrieb ein Sonnenstudio in angemieteten Räumlichkeiten im Erdgeschoss eines Gebäudes, in welchem sich im Erdgeschoss verschiedene Geschäftslokale und im Obergeschoss fünf genutzte Wohnungen befanden und das im Eigentum des E stand. Da die Einkünfte des A nicht ausreichten, um seine Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen, fasste er den Entschluss, das Inventar des Sonnenstudios durch Dritte in Brand setzen zu lassen, um gegenüber der Inventarversicherung vermeintliche Versicherungsansprüche betrügerisch geltend zu machen. Mit der Brandlegung beauftragte A den P, den er über sämtliche Hintergründe informierte. A und P hielten es für möglich und nahmen billigend in Kauf, dass sich das Feuer auch auf das bewohnte Obergeschoss ausweiten konnte. Sie vertrauten aber darauf, dass Menschen dadurch weder verletzt noch getötet würden.

Am 24. Januar 2009 zwischen 2.30 und 4.20 Uhr gelangte der von A beauftragte P mit einem von A überlassenen Schlüssel in das Sonnenstudio. Er entzündete im Eingangsbereich in der Nähe der dortigen Empfangstheke befindliche Gegenstände, wofür er etwas Benzin aus einem mitgebrachten 5-Liter-Kanister verwendete, den er mit geöffnetem Verschluss im Sonnenstudio zurückließ. Das Feuer, das Gebäudeteile nicht erfasste, führte dazu, dass die Einrichtungen des Sonnenstudios, vor allem die Trennwände im Bereich der Empfangstheke und in ihrer Nähe in größerem Umfang verrußt bzw. verkohlt und - ebenso wie die Akustikdecke - durch die Hitze einwirkung zerstört wurden. Beim Eintreffen der Feuerwehr war das Feuer bis auf einige letzte Glutnester erloschen. In Folge des Brandes, durch den niemand verletzt wurde, war das von A angemietete Geschäftslokal bis zu dessen Instandsetzung mehrere Monate nicht mehr nutzbar. Hätte sich aus der Brandlegung ein mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu erwartender Vollbrand des Sonnenstudios entwickelt, wäre mit einem Übergreifen des Feuers auf das Obergeschoss und einer Gefährdung der Bewohner zu rechnen gewesen.

Strafbarkeit des A?

[Anm.: §§ 265, 303, 305 StGB sind nicht zu prüfen.]

Lösung:

A. Strafbarkeit gem. §§ 306 I Nr. 1, 25 II StGB

Dadurch, dass A den P beauftragte, in dem Sonnenstudio ein Feuer zu legen, könnte er sich wegen mittäterschaftlicher Brandstiftung gem. §§ 306 I Nr. 1, 25 II StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand**1. Fremdes Gebäude**

Zunächst müsste ein taugliches Tatobjekt gegeben sein, z.B. ein fremdes Gebäude.

Das Sonnenstudio befand sich in einem Gebäude i.S.v. § 306 I Nr. 1 1. Fall StGB. Dies müsste für A jedoch auch fremd sein.

Fremd i.S.v. § 306 I StGB ist ein Gebäude dann, wenn es im Eigentum eines anderen steht (Fischer, § 306 Rn. 12, § 242 Rn. 5; Schönke/Schröder-Heine, § 306 Rn. 11). Das Gebäude stand im Eigentum des E und war somit für A fremd.

2. Tatahandlung

A müsste eine der genannten Tathandlungen vorgenommen haben, also das Gebäude in Brand gesetzt oder durch eine Brandlegung ganz oder teilweise zerstört haben.

a. Durch A selbst

A selbst hat das Gebäude weder in Brand gesetzt noch durch eine Brandlegung zerstört, da A das Feuer nicht selbst gelegt hatte.

b. Durch P, gem. § 25 II StGB zurechenbar

Allerdings könnte P eine der genannten Tathandlungen vorgenommen haben und diese könnte A gem. § 25 II StGB zuzurechnen sein.

aa. Vornahme der Tathandlung durch P

Dann müsste P das Gebäude in Brand gesetzt oder durch eine Brandlegung ganz oder teilweise zerstört haben.

Ein Inbrandsetzen ist dann gegeben, wenn das ganze Tatobjekt oder zumindest für den bestimmungsgemäßen Gebrauch wesentliche Teile davon so vom Feuer erfasst sind, dass sie auch nach Wegnahme des Zündstoffs selbstständig weiterbrennen (BGHSt 48, 14; BGH, StV 2002, 145; Lackner/Kühl, § 306 Rn. 3; Schönke/Schröder-Heine, § 306 Rn. 13). Im vorliegenden Fall verrußten und verkohlten zwar Einrichtungsgegenstände im Sonnenstudio. Bei diesen handelt es sich jedoch nicht um Sachen, die für den bestimmungsgemäßen Gebrauch des Gebäudes wesentlich sind. Da solche Gebäudeteile nicht selbstständig brannten, hat A das Gebäude auch nicht in Brand gesetzt.

So sieht es auch der BGH: "[6] Da das Landgericht ein Übergreifen des Feuers auf Gebäudeteile in der Weise, dass deren Fortbrennen aus eigener Kraft möglich war (vgl. BGH, Urteil vom 20. Juni 1986 - 1 StR 270/86, BGHSt 34, 115, 117), nicht hat feststellen können, fehlt es an einem vollendeten Inbrandsetzen." P könnte das Gebäude jedoch durch eine Brandlegung ganz oder teilweise zerstört haben.

Das Tatobjekt ist ganz zerstört, wenn es vernichtet wird oder seine bestimmungsgemäße Brauchbarkeit völlig verliert (Fischer, § 306 Rn. 17, § 303 Rn. 14;

Joecks, § 306 Rn. 23). Teilweise zerstört ist ein Tatobjekt, wenn - zumindest für eine beträchtliche Zeit - Teile, die für den bestimmungsgemäßen Gebrauch wesentlich sind, unbrauchbar geworden sind oder eine von mehreren Zweckbestimmungen des Tatobjekts aufgehoben ist (BGHSt 48, 20; BGH, NStZ 2008, 519; Schönke/Schröder-Heine, § 306 Rn. 16).

Im vorliegenden Fall konnten die Räumlichkeiten, in denen sich das Sonnenstudio befand, für mehrere Monate nicht genutzt werden, bis sie vollständig renoviert waren. Somit war eine der vermieteten Räumlichkeiten in dem Gebäude - also ein für dessen bestimmungsgemäßen Gebrauch wesentlicher Teil - für eine beträchtliche Zeit unbrauchbar und das Gebäude somit teilweise zerstört. Da dies auch eine Folge der Brandlegung des P war, hat dieser eine tatbestandsmäßige Handlung des § 306 I StGB vorgenommen.

bb. Zurechnung gem. § 25 II StGB

Die Handlung des P müsste A auch gem. § 25 II StGB zuzurechnen sein, d.h. A müsste Mittäter des P sein.

Eine Mittäterschaft setzt ein arbeitsteiliges Zusammenwirken aufgrund eines gemeinsamen Tatenschlusses voraus (Joecks, § 25 Rn. 61; Wessels/Beulke, AT, Rn. 524). Insofern ist allerdings festzustellen, dass A bei der eigentlichen Ausführung der Brandstiftung durch P gar nicht zugegen war. Insofern stellt sich die Frage, ob A und P diese Tat wirklich als Mittäter i.S.v. § 25 II StGB begangen haben oder ob A nicht vielleicht nur als Teilnehmer (z.B. als Anstifter) an der Tat des P beteiligt ist. Wie diese Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme vorzunehmen ist, ist streitig.

(1) Tatherrschaftslehre

Nach der herrschenden Meinung in der Literatur ist derjenige Täter, der Tatherrschaft hat, also als Zentralfigur des Geschehens den tatbestandsmäßigen Geschehensablauf steuernd in den Händen hält und diesen nach seinem Gutdünken hemmen oder ablaufen lassen kann (Joecks, § 25 Rn. 5 f.; Kühl, AT, § 20 Rn. 15 ff.; Rönnau, JuS 2007, 514; Zöllner, JURA 2007, 305, 311).

Ob eine solche Tatherrschaft auch bei einer Person gegeben sein kann, die - wie A - nur im Vorbereitungsstadium des Delikts mitwirkt und bei der eigentlichen Ausführungshandlung nicht mehr zugegen ist, wird auch innerhalb dieser Meinung uneinheitlich beurteilt.

(a) Strenge Tatherrschaftslehre

Nach der sog. strengen Tatherrschaftslehre ist eine Mitwirkung im Ausführungsstadium eine unverzichtbare Voraussetzung für die Annahme einer Tatherrschaft. Zwar verlangt auch diese Meinung für eine Tatherrschaft nicht zwingend eine körperliche Anwe-

senheit am Tatort; fehlt diese jedoch, so muss der tatfernere Beteiligte mit den am Tatort agierenden Beteiligten zumindest Kontakt halten (z.B. per Handy), um noch die Tatherrschaft zu besitzen (Roxin, AT II, § 25 Rn. 198 ff.; Rudolphi, NStZ 1994, 432, 436; Zieschang, ZStW 1995, 361, 381).

Da der Sachverhalt nicht erkennen lässt, ob P und A im Zeitpunkt der Brandlegung noch - insb. per Handy - in Kontakt zueinander standen, ist nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" davon auszugehen, dass dies nicht der Fall war. Nach dieser Meinung wäre somit eine Tatherrschaft und deshalb auch eine (Mit-) Täterschaft des A nicht gegeben.

(b) Lehre von der funktionalen Tatherrschaft

Nach der überwiegenden Literatur, der sog. Lehre von der funktionalen Tatherrschaft (oder weiten Tatherrschaftslehre) kann auch ein Beteiligter, der im Ausführungsstadium selbst nicht mitwirkt, noch die Tatherrschaft (als "funktionale Tatherrschaft") innehaben, wenn er dieses "Minus" bei der Tatausführung durch ein "Plus" bei der Vorbereitung kompensiert (Heinrich, AT II, Rn. 1228; Kühl, AT, § 20 Rn. 110 ff.; Wessels/Beulke, AT, Rn. 528; Eisele/Freudenberg, JURA 2005, 204, 206).

Im vorliegenden Fall besteht der von A im Vorbereitungsstadium geleistete Beitrag jedoch lediglich darin, P den Auftrag zur Brandlegung zu erteilen. Dies ist allerdings eine Handlung, die eher für eine Anstiftung typisch ist als für eine Mittäterschaft. Dass A weitere Förderungsbeiträge geleistet hätte, etwa durch eine genauere Vorgabe der Tatausführung oder das Besorgen des Benzins, ist nicht ersichtlich. Somit dürfte auch keine funktionale Tatherrschaft des A gegeben sein, sodass auch nach dieser Auffassung eine (Mit-) Täterschaft des A nicht vorliegt.

(2) Modifizierte Animus-Theorie

Die Rechtsprechung vertritt hinsichtlich der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme die sog. modifizierte Animus-Theorie. Nach dieser setzte eine Täterschaft objektiv nur die Leistung irgendeines Förderungsbeitrags voraus. Maßgeblich ist, dass dieser Beitrag mit Täterwillen (animus auctoris) geleistet wird. Dies ist der Fall, wenn der Täter die Tat "als eigene" sieht, was anhand verschiedener Indizien zu ermitteln ist, insb. Tatherrschaft, Tatherrschaftswille, Art und Umfang der eigenen Tatbeiträge und eigenes Interesse am Taterfolg (BGHSt 28, 346, 348 f.; 36, 363, 367; 45, 270, 296).

Zwar hat A durch die Beauftragung des P einen Förderungsbeitrag für die Brandstiftung geleistet. Allerdings hatte er weder Tatherrschaft (s.o.) noch einen entsprechenden Willen hierzu. Auch Art und Umfang seiner Beiträge entsprechen klassischerweise eher denen eines Anstifters als eines Mittäters (s.o.). Zwar hat

A ein erhebliches eigenes Interesse an der Brandstiftung, da diese Ausgangspunkt für die von A beabsichtigte Inanspruchnahme der Versicherung und die sich daraus ergebende Bereicherung des A sein sollte. Allerdings ist dieses bloße Gewinnstreben nicht schwer wiegend genug, um von einem Täterwillen des A auszugehen zu können. Auch nach der Rechtsprechung wäre A also kein (Mit-) Täter.

(3) Zwischenergebnis

Nach allen Auffassungen ist A kein Mittäter des P, sodass A auch die Tathandlung des P nicht gem. § 25 II zugerechnet werden kann.

II. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. §§ 306 I Nr. 1, 25 II StGB.

B. Strafbarkeit gem. §§ 306 I Nr. 1, 26 StGB

A könnte sich aber wegen Anstiftung zur Brandstiftung gem. §§ 306 I Nr. 1, 26 StGB dadurch strafbar gemacht haben, dass er P den entsprechenden Auftrag erteilte.

I. Tatbestand

1. Teilnahmefähige Haupttat

Eine Strafbarkeit wegen Anstiftung setzt gem. § 26 StGB das Vorliegen einer vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat voraus. Der Haupttäter P müsste also den Tatbestand des § 306 I Nr. 1 StGB vorsätzlich und rechtswidrig verwirklicht haben.

a. Tatbestand

P müsste zunächst den Tatbestand des § 306 I Nr. 1 StGB verwirklicht haben.

aa. Fremdes Gebäude

Das Gebäude, in dem sich das Sonnenstudio des A befand, stand im Eigentum des E (s.o.), war somit für P fremd und stellt deshalb ein taugliches Tatobjekt für eine Brandstiftung des P dar.

bb. Tathandlung

P hat das Gebäude durch eine Brandlegung teilweise zerstört (s.o.) und somit eine tatbestandsmäßige Handlung i.S.v. § 306 I StGB vorgenommen.

cc. Vorsatz

P handelte vorsätzlich hinsichtlich der Verwirklichung der objektiven Tatumstände.

b. Rechtswidrigkeit

P handelte auch rechtswidrig.

Eine teilnahmefähige Haupttat ist somit gegeben.

2. Bestimmen

A müsste P zur Begehung dieser Tat bestimmt haben. Bestimmen i.S.v. § 26 StGB ist das Hervorrufen des Tatentschlusses des Haupttäters (BGH, NSTZ 2001, 41, 42; StV 2001, 406; Fischer, § 26 Rn. 3; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 26 Rn. 4).

Durch die Erteilung des entsprechenden Auftrags hat A bei P den Tatentschluss zur Begehung der Brandstiftung hervorgerufen und diesen so zur Haupttatbegehung bestimmt.

3. Vorsatz

A müsste auch vorsätzlich gehandelt haben.

Die Anstiftung setzt einen sog. "doppelten Anstiftersvorsatz" voraus, d.h. der Vorsatz des Anstifters muss sich sowohl auf die Begehung der Haupttat durch den Haupttäter als auch auf seinen eigenen Beitrag - das Bestimmen - beziehen (Joecks, § 26 Rn. 16; Lackner/Kühl, § 26 Rn. 4; Schönke/Schröder-Heine, § 26 Rn. 3).

A hatte Vorsatz hinsichtlich der Begehung der Brandstiftung durch P. Da er diesen auch hierzu bestimmen wollte, ist der erforderlichlich "doppelte Anstiftersvorsatz" des A gegeben.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis

A ist strafbar gem. §§ 306 I Nr. 1, 26 StGB.

C. Strafbarkeit gem. §§ 306a I Nr. 1, 26 StGB

A könnte sich durch die Erteilung des Auftrages auch wegen Anstiftung zur schweren Brandstiftung gem. §§ 306a I Nr. 1, 26 StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Teilnahmefähige Haupttat

P müsste den Tatbestand der schweren Brandstiftung gem. § 306a I Nr. 1 StGB vorsätzlich und rechtswidrig verwirklicht haben.

a. Wohngebäude

Bei dem Gebäude, in dem sich das Sonnenstudio des A befand, müsste es sich um eine Gebäude handeln, das der Wohnung von Menschen dient.

Im Obergeschoss des fraglichen Gebäudes befanden sich - auch tatsächliche bewohnte - Wohnungen, sodass das Gebäude neben gewerblichen zumindest auch Wohnzwecken diente (sog. gemischt genutztes Gebäude). Da § 306a I Nr. 1 StGB neben reinen Wohngebäuden auch gemischt genutzte Gebäude erfasst (BGH, NSTZ-RR 2010, 279; Fischer, § 306a Rn. 5a), stellt das fragliche Gebäude ein Wohngebäude dar.

b. Tathandlung

P müsste das Gebäude in Brand gesetzt oder durch eine Brandlegung ganz oder teilweise zerstört haben. Ein Inbrandsetzen des Gebäudes ist nicht erfolgt (s.o.). Durch eine Brandlegung teilweise zerstört hat P zumindest den gewerblich genutzten Teil des Gebäudes, nämlich das Sonnenstudio des A (s.o.). Fraglich ist jedoch, ob bei einem gemischt genutzten Gebäude das (teilweise) Zerstören nur desjenigen Gebäudeteiles, der gerade nicht dem Wohnen dient, für die Vollerfüllung von § 306a I Nr. 1 StGB genügt.

Hierzu führt der BGH aus: "Entgegen der Ansicht des Landgerichts liegen die Voraussetzungen der Tatbestandsalternative des teilweisen Zerstörens eines der Wohnung von Menschen dienenden Gebäudes nach § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht vor. [...]"

[7] Schutzobjekt des durch das Sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts (6. StrRG) vom 26. Januar 1998 (BGBl I 164) neu gefassten § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB ist jede Räumlichkeit, die der Wohnung von Menschen dient. Geschützt ist die Wohnstätte des Menschen als der örtliche Mittelpunkt menschlichen Lebens (vgl. BGH, Urteil vom 24. April 1975 - 4 StR 120/75, BGHSt 26, 121, 123). Aus dem auf das Wohnen bezogenen Schutzzweck des § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB folgt, dass die Tatbestandsalternative des teilweisen Zerstörens eines Wohngebäudes bei einer Brandlegung in einem einheitlichen, teils gewerblich, teils als Wohnung genutzten Gebäude erst dann verwirklicht ist, wenn (zumindest) ein zum selbständigen Gebrauch bestimmter Teil des Wohngebäudes, d.h. eine zum Wohnen bestimmte abgeschlossene Unter-einheit, durch die Brandlegung für Wohnzwecke unbrauchbar geworden ist (vgl. BGH, Urteil vom 12. September 2002 - 4 StR 165/02, BGHSt 48, 14, 18, 20; Beschlüsse vom 24. Oktober 2006 - 3 StR 339/06, NStZ-RR 2007, 78; vom 10. Januar 2007 - 5 StR 401/06, NStZ 2007, 270, 271; vom 6. Mai 2008 - 4 StR 20/08, NStZ 2008, 519; vom 14. Juli 2009 - 3 StR 276/09, NStZ 2010, 151, 152; vom 26. Januar 2010 - 3 StR 442/09, NStZ 2010, 452; vgl. auch Urteil vom 17. November 2010 - 2 StR 399/10, NJW 2011, 1091; Fischer, StGB, 58. Aufl., § 306a Rn. 8a; anders noch BGH, Beschluss vom 29. September 1999 - 3 StR 359/99, NStZ 2000, 197). Dass das Feuer auf zu Wohnzwecken genutzte Teile des Gebäudes hätte übergreifen können, ändert nichts am fehlenden Eintritt des in § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB tatbestandlich vorausgesetzten Erfolgs und vermag daher die Annahme einer vollendeten schweren Brandstiftung gemäß § 306a Abs. 1 StGB nicht zu begründen (vgl. BGH, Beschluss vom 26. Januar 2010 - 3 StR 442/09 aaO). Da die Inbrandsetzung des Inventars des Sonnenstudios lediglich zu einer Zerstörung des dem Betrieb des Sonnenstudios dienenden Geschäftslokals führte, ist die von den unbekannt gebliebenen Tätern verübte

schwere Brandstiftung nach § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB im Versuchsstadium stecken geblieben."

Ein vollendete Tathandlung i.S.v. § 306a I Nr. 1 StGB ist durch P nicht vorgenommen worden und somit auch keine vollendete schwere Brandstiftung als teilnahmefähige Haupttat gegeben.

II. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. §§ 306a I Nr. 1, 26 StGB

D. Strafbarkeit gem. §§ 306a I Nr. 1, 22, 23 I, 26 StGB

Durch die Erteilung des Auftrages an P könnte A sich jedoch wegen Anstiftung zur versuchten schweren Brandstiftung gem. §§ 306a I Nr. 1, 22, 23 I, 26 StGB strafbar gemacht haben.

*I. Tatbestand**1. Teilnahmefähige Haupttat*

Da auch ein strafbarer Versuch eine teilnahmefähige Haupttat darstellt (Lackner/Kühl, § 26 Rn. 7; Deiters, JuS 2006, 302, 303), könnte eine versuchte schwere Brandstiftung gem. §§ 306a I Nr. 1, 22, 23 I StGB durch P als teilnahmefähige Haupttat vorliegen.

a. Vorprüfung

Eine Strafbarkeit des P wegen vollendeter schwerer Brandstiftung ist nicht gegeben (s.o.). Da es sich bei der schweren Brandstiftung gem. §§ 306a I, 12 I StGB um ein Verbrechen handelt, ist der entsprechende Versuch strafbar, § 23 I StGB

b. Tatentschluss

P müsste Tatentschluss zur Begehung einer schweren Brandstiftung gehabt haben.

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

aa. Bzgl. Wohngebäude

P müsste sich zunächst vorgestellt haben, dass es sich bei dem Gebäude, in dem sich das Sonnenstudio des A befand, um ein Wohngebäude handelte.

P war von A über sämtliche Hintergründe informiert worden, wusste also, dass sich in dem Gebäude auch Wohnungen befanden und es sich somit um ein (gemischt genutztes) Wohngebäude handelte.

bb. Bzgl. Tathandlung

P müsste auch Tatentschluss dazu gehabt haben, das Wohngebäude in Brand zu setzen oder durch eine Brandlegung ganz oder teilweise zu zerstören.

P hatte sich vorgestellt, dass das Feuer auch auf den

bewohnten oberen Teil des Gebäudes übergreifen und dazu führen würde, dass dieser selbstständig brennen würde. Bei einem gemischt genutzten Wohngebäude ist ein Inbrandsetzen i.S.v. § 306a I Nr. 1 StGB jedenfalls dann gegeben, wenn der Gebäudeteil in Brand gesetzt wurde, der dem Wohnen dient (s.o.). P hatte also Tatentschluss, ein Wohngebäude in Brand zu setzen.

c. Unmittelbares Ansetzen, § 22 StGB

P müsste auch unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestandes der Haupttat angesetzt haben.

Nach der herrschenden gemischt subjektiv-objektiven Theorie ist ein unmittelbares Ansetzen gegeben, wenn der Täter die Schwelle zum "jetzt geht es los" überschreitet, was der Fall ist, wenn er eine Handlung vornimmt, die nach seinem Tatplan so eng mit der tatbestandlichen Ausführungshandlung verknüpft ist, dass sie bei ungestörtem Fortgang ohne wesentliche Zwischenschritte unmittelbar in die Tatbestandsverwirklichung einmünden soll mit der Folge, dass aus Tätersicht das Angriffsobjekt bereits konkret gefährdet erscheint (BGHSt 31, 178; ; BGH, wistra 2002, 263; Wessels/Beulke, AT, Rn. 601; Roxin, JuS 1979, 1, 3). P hatte bereits das Feuer in dem Sonnenstudio gelegt und ging davon aus, dass dieses ohne weiteres Zutun seinerseits auch auf den bewohnten oberen Teil des Gebäudes übergreifen und diesen in Brand setzen würde. Er hatte also bereits Handlungen vorgenommen, die nach seiner Vorstellung ohne wesentliche Zwischenschritte in die Verwirklichung des Tatbestandes der schweren Brandstiftung einmünden würden, sodass auch bereits eine Gefahr für die Bewohner gegeben wäre und P auch die Schwelle zum "jetzt geht es los" überschritten hätte.

P hat also unmittelbar angesetzt.

d. Rechtswidrigkeit

P hat auch rechtswidrig gehandelt.

Eine versuchte schwere Brandstiftung des P i.S.v. §§ 306a I Nr. 1, 22, 23 I StGB als teilnahmefähige Haupttat liegt somit vor.

2. Bestimmen

A hat bei P auch durch die Erteilung des entsprechenden Auftrags dessen Tatentschluss zu dieser Tatbegehung hervorgerufen und P so i.S.v. § 26 StGB bestimmt.

3. Vorsatz

A müsste auch vorsätzlich gehandelt haben, und zwar sowohl bzgl. der teilnahmefähigen Haupttat als auch bzgl. des Bestimmens (sog. "Doppelvorsatz").

A hatte es - ebenso wie P - in seine Vorstellung aufgenommen, dass auch der dem Wohnen dienende Teil

des Gebäudes durch P in Brand gesetzt würde und so der Tatbestand der schweren Brandstiftung gem. § 306a I Nr. 1 StGB durch P verwirklicht würde. Zwar bezog sich der Vorsatz des A eigentlich auf eine vollendete schwere Brandstiftung als Haupttat und nicht nur auf einen entsprechenden Versuch. Da jedoch der Versuch ein notwendiges Durchgangsstadium für die Vollendung darstellt, umfasst der Vorsatz des Teilnehmers bzgl. einer vollendeten Haupttat auch als "Minus" den Vorsatz bzgl. eines entsprechenden Versuchs. Da A den P auch zu dieser Tat bestimmen wollte, hatte er somit den erforderlichen Doppelvorsatz.

4. Tatbestandsverschiebung gem. § 28 II StGB

Gem. § 306b II Nr. 2 StGB wirkt es bei einer (versuchten) schweren Brandstiftung qualifizierend, wenn diese in der Absicht begangen wird, eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken. Bei dieser Absicht handelt es sich um ein persönliches strafscharfendes Merkmal i.S.v. § 28 II StGB, sodass es für die strafscharfende Wirkung beim Teilnehmer nur darauf ankommt, dass dieser - und nicht unbedingt der Haupttäter - das Merkmal verwirklicht (BGH, NStZ 2000, 197, 198; Fischer, § 306b Rn. 10a; Lackner/Kühl, § 306b Rn. 4).

a. Vorliegen einer Ermöglichungsabsicht bei A

A könnte die Absicht gehabt haben, durch die schwere Brandstiftung des P einen eigenen späteren Betrug, § 263 I StGB, gegenüber und zum Nachteil der Versicherung zu ermöglichen.

aa. Bzgl. Tatbestandsverwirklichung

A müsste sich zunächst vorgestellt haben, den Tatbestand des § 263 I StGB zu verwirklichen.

(1) Bzgl. Täuschung über Tatsachen

A müsste sich zunächst vorgestellt haben, die Versicherung über Tatsachen zu täuschen.

Täuschung i.S.v. § 263 I StGB ist jede intellektuelle Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen, die geeignet ist, eine Fehlvorstellung über Tatsachen hervorzurufen (Fischer, § 263 Rn. 14; Joecks, § 263 Rn. 22; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn. 6).

A hatte vor, bei der Versicherung eine Schadensmeldung einzureichen und die Auszahlung der Schadenssumme zu verlangen. Das Fordern einer Leistung enthält jedoch stets die - zumindest konkludente - Erklärung, dass diese Leistung auch tatsächlich geschuldet sei (BGH, NStZ 1994, 188, 189; NJW 2009, 2901; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn. 16c). Da A jedoch der entsprechende Versicherungsnehmer ist und er den P vorsätzlich zur Durchführung der Brandstiftung und damit zur Herbeiführung des Versicherungsfalles angestiftet hatte, hätte der Versicherungs-

nehmer selbst den Versicherungsfall vorsätzlich herbeigeführt und deshalb gem. § 81 I VVG keinen Anspruch auf die Versicherungsleistung. A würde also bei Einreichen der Schadensmeldung die Versicherung über das Bestehen eines Regulierungsanspruches - also eine Tatsache - täuschen.

(2) Bzgl. täuschungsbedingten Irrtums

A hatte auch vor, bei der Versicherung durch die Täuschung eine Fehlvorstellung, also einen Irrtum, über das Bestehen des Regulierungsanspruches hervorzurufen.

(3) Bzgl. irrumsbedingter Vermögensverfügung

A müsste sich auch vorgestellt haben, dass die Versicherung aufgrund des Irrtums eine Vermögensverfügung vornehmen würde.

Vermögensverfügung i.S.v. § 263 I StGB ist jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt (BGHSt 14, 170; Fischer, § 263 Rn. 70; Lackner/Kühl, § 263 Rn. 22; Krey/Hellmann, BT II, Rn. 385).

A ging davon aus, dass die Versicherung aufgrund des Irrtums die Schadenssumme an ihn auszahlen und dadurch ihr eigenes Vermögen unmittelbar mindern würde und hat sich somit auch eine irrumsbedingte Vermögensverfügung vorgestellt.

(4) Bzgl. verfügungsbedingten Vermögensschadens

A müsste sich auch das Entstehen eines verfügungsbedingten Vermögensschadens bei der Versicherung vorgestellt haben.

Ein Vermögensschaden liegt vor, wenn der Gesamtwert des Vermögens des Opfers durch die Vermögensverfügung verringert wurde (BGH, NStZ 2004, 205, 206; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn. 99; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn. 538).

A hatte sich vorgestellt, dass die Versicherung ihr Vermögen durch die Auszahlung der Schadenssumme mindern würde (s.o.). Da A auch gem. § 81 I VVG keinen Anspruch auf die entsprechende Auszahlung hätte (s.o.), würde die Versicherung für diese Vermögensminderung auch nicht das Erlöschen eines Zahlungsanspruches des A als Äquivalent erlangen. Da auch nicht ersichtlich ist, dass A sich eine anderweitige Kompensation der Versicherung für die Schadensregulierung vorstellte, hatte er den Willen, bei der Versicherung einen Vermögensschaden herbeizuführen.

(5) Bzgl. Vorsatz und Absicht stoffgleicher und rechtswidriger Bereicherung

A wollte die Schadensmeldung vorsätzlich und in der Absicht einreichen, sich selbst - bzgl. der Versicherungssumme - zu bereichern. A wusste auch, dass die entsprechende Bereicherung die Kehrseite des Scha-

dens bei der Versicherung und somit stoffgleich wäre. Auch wusste A, dass er - wegen § 81 VVG (s.o.) - keinen Anspruch auf die entsprechende Bereicherung haben würde und diese somit rechtswidrig wäre.

bb. Bzgl. Rechtswidrigkeit und Schuld

A stellte sich auch vor, dass er beim Betrug gegenüber und zum Nachteil der Versicherung rechtswidrig und schuldhaft handeln würde.

Somit hatte A die Absicht, durch die schwere Brandstiftung des Haupttäters P eine andere Straftat - nämlich ein Betrug gegenüber und zum Nachteil der Versicherung - zu ermöglichen.

b. Betrug als zu ermöglichende Tat i.S.v. § 306b II Nr. 2 StGB

Fraglich ist jedoch, ob ein Betrug gegenüber einer Brandversicherung überhaupt als zu ermöglichende andere Straftat i.S.v. § 306b II Nr. 2 StGB in Betracht kommt.

aa. Mindermeinung

Nach einer Mindermeinung kommt ein Betrug gem. § 263 I StGB nicht als zu ermöglichende andere Straftat i.R.v. § 306b II Nr. 2 StGB in Betracht (Fischer, § 306b Rn. 9b; Joecks, § 306b Rn. 7; Lackner/Kühl, § 306b Rn. 4; Schlothauer, StV 2000, 138). Da es sich bei § 306a I StGB um eine gemeingefährliche Straftat handele, sei das qualifizierte Unrecht des § 306b II Nr. 2 StGB auch nur dann verwirklicht, wenn der Täter die Absicht habe, die brandbedingte Gemeingefahr zur Begehung weiterer Straftaten auszunutzen. Dies scheidet jedoch bei einem Betrug als zu ermöglichender Tat aus, da dieser erst nach Löschung des Brandes begangen und somit nicht durch die brandbedingte Gemeingefahr ermöglicht würde.

Nach dieser Meinung wäre also eine qualifizierende Absicht des A i.S.v. § 306b II Nr. 2 StGB im Ergebnis nicht gegeben.

bb. Herrschende Meinung

Nach der herrschenden Meinung, insb. der Rechtsprechung, reicht es für § 306b II Nr. 2 StGB aus, dass der Täter die Absicht hat, zu einem späteren Zeitpunkt einen Betrug zum Nachteil der Brandversicherung zu begehen (BGHSt 45, 211; 51, 236, 238; BGH, NStZ-RR 2004, 366; JuS 2005, 473; NK-Herzog, § 306b Rn. 7; Radtke, JR 2000, 428; Rönnau, JuS 2001, 328).

Nach dieser Meinung würde A also die qualifizierende Absicht des § 306b II Nr. 2 StGB aufweisen.

cc. Stellungnahme

Die M.M. steht auf dem Standpunkt, dass die weite Auslegung des § 306b II Nr. 2 StGB durch die h.M. dazu führe, dass eine bloße Erhöhung des Gesinnungs-

unrechts des Täters qualifizierend wirke, was insb. angesichts der starken Erhöhung der Mindeststrafe des § 306a I StGB bei der Qualifikation gem. § 306b II Nr. 2 StGB (von einem Jahr auf fünf Jahre) nicht gerechtfertigt sei. Für die h.M. spricht jedoch, dass auch andere Tatbestände - insb. §§ 211 II; 315b III Nr. 1b StGB - identische Formulierungen verwenden wie § 306b II Nr. 2 StGB. Da aber bei diesen Delikten das Tatbestandsmerkmal der Ermöglichungsabsicht stets weit ausgelegt wird, gibt es keinen Grund dafür, dies - i.R.v. § 306b II Nr. 2 StGB anders zu tun. Hierbei ist zu beachten, dass die Ermöglichungsabsicht bei den Tötungsdelikten sogar noch zu einer sehr viel stärkeren Erhöhung der Mindeststrafe führt, nämlich von 5 Jahren bei § 212 I StGB zur zwingenden lebenslangen Freiheitsstrafe bei § 211 StGB. Der h.M. ist somit zu folgen. A hat i.S.v. § 306b II Nr. 2 StGB in der Absicht gehandelt, eine andere Straftat zu ermöglichen.

c. Wirkung der Ermöglichungsabsicht

Da das persönliche strafscharfende Merkmal der Ermöglichungsabsicht gem. § 306b II Nr. 2 StGB bei A selbst vorliegt, gilt dieses auch für ihn, § 28 II StGB. Der Tatbestand der Haupttat wird deshalb vom (versuchten) Grunddelikt, §§ 306a I Nr. 1, 22, 23 I StGB, zur (versuchten) Qualifikation, §§ 306a I Nr. 1, 306b II Nr. 2, 22, 23 I StGB, verschoben.

So sieht es auch der BGH: “[12] Da es sich bei der nach § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB erforderlichen Absicht um ein strafscharfendes persönliches Merkmal im Sinne des § 28 Abs. 2 StGB handelt (vgl. BGH, Beschluss vom 29. September 1999 - 3 StR 359/99, NStZ 2000, 197, 198), hat sich der Angeklagte auf der Grundlage der rechtsfehlerfrei getroffenen Sachverhaltsfeststellungen nach § 28 Abs. 2 StGB der Anstiftung zur - tateinheitlich begangenen - versuchten besonders schweren Brandstiftung und Brandstiftung schuldig gemacht.”

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

III. Kein Rücktritt

Anhaltspunkte für einen strafbefreienden Rücktritt des A gem. § 24 StGB sind nicht ersichtlich.

IV. Ergebnis

A ist strafbar gem. §§ 306a I Nr. 1, 306b II Nr. 2, 22, 23 I, 26 StGB.

E. Konkurrenzen

Zu den Konkurrenzen führt der BGH aus: “[9] Die von den unbekannt gebliebenen Tätern begangene versuchte schwere Brandstiftung nach § 306a Abs. 1 Nr. 1, § 22 StGB steht zu der ebenfalls verwirklichten

vollendeten Brandstiftung gemäß § 306 Abs. 1 Nr. 1 StGB im Verhältnis der Tateinheit.

a) [10] In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist anerkannt, dass bei einer dasselbe Gebäude betreffenden Brandlegung der Tatbestand der Brandstiftung nach § 306 Abs. 1 Nr. 1 StGB durch denjenigen der schweren Brandstiftung gemäß § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB verdrängt wird (vgl. BGH, Beschlüsse vom 8. Juli 2003 - 4 StR 246/03; vom 3. April 2002 - 3 StR 32/02; vom 6. Dezember 2000 - 1 StR 498/00, StV 2001, 232; vom 21. November 2000 - 1 StR 438/00, NStZ 2001, 196). Gleiches gilt für das Verhältnis von einfacher zur besonders schweren Brandstiftung gemäß § 306b Abs. 2 StGB (BGH, Beschluss vom 6. Dezember 2000 - 1 StR 498/00, aaO). Handelt es sich bei dem Tatobjekt um ein fremdes Gebäude, wird der Unrechtsgehalt des § 306 Abs. 1 Nr. 1 StGB durch einen Schuldspruch wegen schwerer oder besonders schwerer Brandstiftung nach § 306a Abs. 1 Nr. 1, § 306b Abs. 2 StGB vollständig erfasst.

b) [11] Anders ist das Konkurrenzverhältnis aber zu beurteilen, wenn eine versuchte schwere oder versuchte besonders schwere Brandstiftung nach §§ 22, 306a Abs. 1 Nr. 1, § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB mit einer vollendeten einfachen Brandstiftung gemäß § 306 Abs. 1 Nr. 1 StGB zusammentrifft. Diese Konstellation kann sich in Folge der Erweiterung der Brandstiftungsdelikte um die Tatbestandsalternative des teilweisen Zerstörens ergeben, wenn - wie hier - bei einer Zerstörung eines gewerblichen Zwecken dienenden Teils eines teils gewerblich, teils zu Wohnzwecken genutzten Gebäudes zwar der Tatbestand des § 306 Abs. 1 Nr. 1 StGB, nicht aber derjenige des § 306a Abs. 1 Nr. 1, § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB vollendet ist. In diesen Fällen wird durch eine Verurteilung nur wegen versuchter schwerer oder versuchter besonders schwerer Brandstiftung nicht ausreichend zum Ausdruck gebracht, dass bezogen auf den Tatbestand der einfachen Brandstiftung nach § 306 Abs. 1 Nr. 1 StGB ein Brandstiftungserfolg eingetreten ist. Die Klarstellungsfunktion der Idealkonkurrenz (BGH, Urteil vom 24. September 1998 - 4 StR 272/98, BGHSt 44, 196, 198) gebietet es daher, Tateinheit zwischen § 306 Abs. 1 Nr. 1 und §§ 22, 306a Abs. 1 Nr. 1, § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB anzunehmen (vgl. BGH, Urteil vom 12. Juni 2008 - 4 StR 78/08, NStZ-RR 2008, 309 zu §§ 22, 306b Abs. 2 Nr. 1 StGB und § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB; Beschlüsse vom 31. August 2004 - 1 StR 347/04, NStZ-RR 2004, 367 zu §§ 22, 306c StGB und § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB; vom 21. November 2000 - 1 StR 438/00, aaO zu §§ 22, 306b Abs. 1 StGB und § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB).”

A ist also strafbar gem. §§ 306 I Nr. 1, 26; 306a I Nr. 1, 306b II Nr. 2, 22, 23 I, 26; 52 StGB.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

Autor/Titel:	Kim, Bongcheol: "Die individuellen Mitwirkungsrechte der Gemeinderatsmitglieder"
Fundstelle:	DVB1 2011, 734 (Heft 12)
Inhalt:	Der Rechte der Ratsmitglieder im Gemeinderat sind in den Gemeindeordnungen der Länder vielfach nur fragmentarisch geregelt und bedürfen im Detail der Herleitung aus dem freien Mandat. Der Autor geht in seinem Beitrag auf diese Rechte ein, wobei er vorbildlich nach den einzelnen Bundesländern differenziert. Ausführlich widmet er sich dem besonders examensrelevanten Problem der Rechte fraktionsloser Ratsmitglieder.

Zivilrecht

Autor/Titel:	Hucke, Anja / Holfter, Marc: "Streitigkeiten unter Geschäftsleuten"
Fundstelle:	Jus 2011, 534 (Heft 6)
Inhalt:	Bei diesem Beitrag handelt es sich um eine original Examensklausur für das erste juristische Staatsexamen, die ihren Schwerpunkt im vielfach ungeliebten "Nebengebiet" Handels- und Gesellschaftsrecht hat. Neben der Vermittlung von Rechtswissen (vor allem zur Vor-Gesellschaft und zum Handelskauf) zeigt die Klausur anschaulich, auf welchem Niveau Kenntnisse in diesem Bereich im Examen erwartet werden.

Strafrecht

Autor/Titel:	Kraft, Anna: "Die Blutentnahme nach § 81a StPO"
Fundstelle:	JuS 2011, 591 (Heft 7)
Inhalt:	Die Frage nach den Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen den Richtervorbehalt bei Entnahme einer Blutprobe, § 81a II StPO, sind in der jüngeren Vergangenheit wiederholt Gegenstand höchstrichterlicher Entscheidungen gewesen (vgl. BVerfG, RA 2010, 551 = NJW 2010, 2864; OLG Hamm, RA 2009, 597 = NSTZ-RR 2009, 243) und wird deshalb mit hoher Wahrscheinlichkeit in Klausuren im zweiten Examen thematisiert werden. In diesem Aufsatz liefert die Verfasserin einen Überblick über die Voraussetzungen für die Anordnung einer Blutentnahme und diskutiert insbesondere die Rechtsfolgen der Verstöße gegen den Arzt- und Richtervorbehalt.

Autor/Titel:	Satzger, Helmut: "Der irrende Garant"
Fundstelle:	JURA 2011, 432 (Heft 6)

Autor/Titel:	Satzger, Helmut: "Der irrende Garant"
Inhalt:	Im Bereich der Irrtümer sind gerade die Unterschiede zwischen Tatsachen- und Wertungsirrtum immer wieder prüfungsrelevant. Bei unechten Unterlassungsdelikten macht sich gem. § 13 I StGB bekanntlich nur derjenige strafbar, der "rechtlich dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintritt". Erforderlich ist also das Vorliegen einer Garantenstellung und -pflicht. Der Autor befasst sich mit der Frage, wie sich ein Irrtum des Täters bzgl. seiner Erfolgsabwendungspflicht auswirkt. Hierbei folgt er der herrschenden Unterscheidung zwischen dem Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen der Garantenstellung und dem Irrtum über das Bestehen einer Garantenpflicht. Auch der umgekehrte Irrtum, also die irriige Annahme dieser Merkmale, wird besprochen.