RA RechtsprechungsAuswertung

Heft 10/2011

Öffentliches Recht

Zur Antragsberechtigung des Parlaments im Bund-Länder-Streit 563
Zur Befangenheit eines Ratsmitglieds 567
Festlegung der Mindeststärke einer Fraktion in der Geschäftsordnung 571
Kommunalverfassungsbeschwerde wegen Verletzung der Organisationshoheit 574

Zivilrecht

Auslegungsbefugnis des Notars als Klauselorgan i.R.v. § 726 ZPO 577
Zum Mangelbegriff bei § 536 BGB 582
Zum Umfang der materiellen Rechtskraft gem. § 322 ZPO 585

Strafrecht

Zur Qualifikation bei § 250 I Nr. 1b StGB bei Scheinwaffen 589
Zum Vermögensschaden bzw. -nachteil bei §§ 263, 266 StGB 592
Anforderungen an die konkrete Gefahr i.S.d. § 315b I StGB 597

Urteile in Fallstruktur

Öffentliches Recht: “Gehsteigberatung” 600
Zivilrecht: Schadensbegriff im Kaufrecht 606
Strafrecht: Zur Bereicherungsabsicht 610

JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

Öffentliches Recht

Standort: Bund-Länder-Streit Problem: Antragsberechtigung

BVERFG, BESCHLUSS VOM 19.8.2011
2 BVG 1/10 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Das BVerfG nimmt zur der Frage Stellung, wer im Rahmen eines Bund-Länder-Streits gem. Art. 93 I Nr. 3 GG i.V.m. §§ 13 Nr. 7, 68 ff. BVerfGG antragsberechtigt ist. Es vertritt die Auffassung, bei § 68 BVerfGG handele es sich um eine abschließende Regelung, so dass nur die Bundesregierung und die Landesregierungen für Bund und Länder antragsberechtigt sind, nicht hingegen auch der Bundestag oder die Landesparlamente.

Zur Begründung verweist das BVerfG zum einen darauf, dass der Bundesgesetzgeber in Art. 94 II 1 GG zur abschließenden Bestimmung der Antragsberechtigung in § 68 BVerfGG ermächtigt wird. Zum anderen ist historisch zu beachten, dass im Zuge vergangener GG-Änderungen in Art. 93 GG für andere Verfahren eine Antragsberechtigung der Landesparlamente normiert wurde (Art. 93 I Nr. 2a, II GG), nicht hingegen für den Bund-Länder-Streit, obwohl dem Gesetzgeber bekannt gewesen sein muss, dass die Antragsberechtigung der Parlamente in diesem Verfahren umstritten ist.

Darüber hinaus bleibt unter systematischen Gesichtspunkten festzuhalten, dass das GG auch an anderen Stellen eine Vertretung der Bundesländer durch die Landesregierungen und nicht durch die Landesparlamente vorsieht, z.B. in Art. 51 GG. Schließlich spricht auch die teleologische Auslegung gegen ein Antragsrecht der Parlamente. Einerseits besteht dann die Gefahr widerstreitender Anträge der Regierungen und der Parlamente. Weiterhin kann das Parlament die Regierung zur Einleitung eines Bund-Länder-Streits zwingen, so dass es auch bei strikter Anwendung des § 68 BVerfGG keine Rechtsschutzlücke gibt.

Schließlich scheidet auch die Annahme einer Prozessstandschaft aus. Zwar verweist § 69 BVerfGG u.a. auf § 64 I BVerfGG, der eine Prozessstandschaft vorsieht. Diese ist jedoch auf die besondere Situation des Organstreitverfahrens zugeschnitten, in der auch Organteile die Rechte des Organs einklagen können, dem sie angehören (insbesondere Fraktionen die Rechte des Bundestages gegenüber der Bundesregierung). Eine vergleichbare Konstellation gibt es beim Bund-Länder-Streit nicht.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung könnte leicht in eine Examensaufgabe übernommen werden. So könnte zunächst die Bundes- oder Landesregierung als Antragsteller auftreten und in einer Abwandlung oder Zusatzfrage gefragt werden, ob dieser Antrag auch vom Parlament gestellt werden kann. Oder Regierung und Parlament stellen parallel den Antrag; dann wäre der Antrag des Parlaments als unzulässig auszuscheiden und nur mit dem Antrag der Regierung weiter zu prüfen.

Eine Ausweitung der Antragsberechtigung auf die Parlamente wird in der Literatur nur von einer Einzelstimme befürwortet (Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl. 1991, S. 136 f.). Sie ist zwar auch vertretbar, weil Art. 93 I Nr. 3 GG selbst die Antragsberechtigung nicht regelt und das BVerfG auch in anderen Verfahren, namentlich im Organstreit, die Regelung im einfachen Recht (§ 63 BVerfGG) nicht für abschließend hält (so billigt es im Organstreit neben den in § 63 BVerfGG Genannten vor allem auch politischen Parteien die Antragsberechtigung zu, vgl. dazu die Vertiefungshinweise). Jedoch sollte man sich in der Prüfung gut überlegen, ob man dieser Einzelstimme gegen die überzeugenden Argumente des BVerfG wirklich folgen will.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Antragsberechtigung im Bund-Länder-Streit: *Benda/Klein*, Verfassungsprozessrecht, 2. Aufl. 2001, Rn. 1060; *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein, BVerfGG, § 68 Rn. 8; *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2011, Rn. 424

❑ Antragsberechtigung von Parteien im Organstreitverfahren: *BVerfGE* 24, 260, 263; *Ehlers*, Jura 2003, 315, 317

❑ Bund-Länder-Streit über Atomkonsens: *BVerfGE* 104, 249 = RA 2002, 133

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Derrick contra Columbo"

❑ *Examenskurs:* "Martina"

Leitsatz:

Im Verfahren des Bund-Länder-Streits kann Antragsteller oder Antragsgegner für den Bund nur die Bundesregierung, für ein Land nur die Landesregierung sein.

Sachverhalt:

[1] Der Bund-Länder-Streit betrifft die Verankerung der sogenannten "Schuldenbremse" im Grundgesetz. Der Schleswig-Holsteinische Landtag und dessen Präsident sehen das Land durch die Neufassung von Art. 109 Abs. 3 Satz 1 und Satz 5 GG in seiner Verfassungsautonomie verletzt. [...]

[7] Am 27. Januar 2010 stellte das Land Schleswig-Holstein, vertreten durch den Präsidenten des Schleswig-Holsteinischen Landtages und durch den Schleswig-Holsteinischen Landtag, dieser wiederum vertreten durch seinen Präsidenten, für das Land Schleswig-Holstein den vorliegenden Antrag im Verfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG (Bund-Länder-Streit).

[8] Der Antragsteller ist der Auffassung, dass der Antrag zulässig sei, obwohl nach dem Wortlaut von § 68 BVerfGG nur die Landesregierung Antragstellerin in einem Bund-Länder-Streit (Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG) sein könne.

[9] Aus der Entstehungsgeschichte sowohl des Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG als auch des § 68 BVerfGG ergebe sich, dass die Konstellation einer Streitigkeit zwischen Parlamenten von Bund und Ländern über ihre Gesetzgebungskompetenzen übersehen worden sei. Im Verfassungskonvent von Herrenchiemsee habe man ein Antragsrecht der Landtage befürwortet; im Parlamentarischen Rat sei es dagegen nur im Zusammenhang mit den Regelungen über die abstrakte Normenkontrolle diskutiert und letztlich mit dem Argument abgelehnt worden, ein Landtag müsse seine Landesregierung zur Antragstellung bewegen. Nachdem die Vorschrift über den Bund-Länder-Streit durch den Allgemeinen Redaktionsausschuss in seinem „Grundgesetzentwurf, Teil B: Redigierte Fassung der Art. 86 bis 149 vom 16. Dezember 1948" bereits die heutige Endfassung erhalten hatte, ohne dass die Landtage erwähnt worden wären, sei über deren Antragsberechtigung im Kontext des Bund-Länder-Streits nicht mehr diskutiert worden. Das Problem eines eigenen Antragsrechts der Landtage sei aber auch bei der Schaffung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes im Zeitraum zwischen 1949 und 1951 nicht gesehen und diskutiert worden. [...]

[11] Da ein „Legislativstreit" zwischen einem Landtag und den gesetzgebenden Körperschaften des Bundes nach dem Wortlaut des Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG nicht ausgeschlossen, bei der Regelung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes jedoch übersehen worden sei, liege eine Lücke vor. Diese müsse durch verfassungsgerichtliche Rechtsfortbildung geschlossen werden.

[15] Selbst wenn man eine Vertretungsbefugnis von Landtag und/oder Landtagspräsident wegen § 68 BVerfGG ablehne, sei eine Prozessstandschaft des Landtags nach § 69 in Verbindung mit § 64 BVerfGG möglich. Das Gebot effektiven Rechtsschutzes wie auch die Interessenlage verlangten eine Zulassung des Landtags als Antragssteller in Fortbildung oder neben § 68 BVerfGG. § 69 BVerfGG verweise auf die Regelungen zum Organstreit, für den das Bundesverfassungsgericht eine Erweiterung des Kreises der Antragsteller auf Fraktionen vorgenommen habe. Auch eine verfassungsunmittelbare Konstruktion aus Art. 93 Abs. 3 GG sei denkbar. [...]

[18] Die Antragsgegnerin hält den Antrag für unzulässig, jedenfalls für unbegründet.

Aus den Gründen:

[30] Der Antrag ist unzulässig.

[31] Die Zulässigkeitsvoraussetzungen des Bund-Länder-Streits ergeben sich aus Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG in Verbindung mit § 13 Nr. 7, §§ 68, 69 in Verbindung mit §§ 64 bis 67 BVerfGG. Der Antrag ist bereits deshalb unzulässig, weil eine Antragsberechtigung des Landtags und des Landtagspräsidenten für das Land Schleswig-Holstein nicht besteht (§ 68 BVerfGG).

A. Abschließende Regelung der Antragsberechtigten in § 68 BVerfGG

[33] Wer Bund oder Länder im Verfahren des Bund-Länder-Streits vertritt, wird in Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG nicht ausdrücklich geregelt. Auch den Materialien zum Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee und zu den Diskussionen im Parlamentarischen Rat lässt sich dazu nichts entnehmen (Schuckart, in: Schneider [Hrsg.], Das Grundgesetz. Dokumentation seiner Entstehung, Bd. 23, Teilbd. I, 1999, S. 352 f., 487, 513 ff.).

[34] Gemäß § 68 BVerfGG kann Antragsteller oder Antragsgegner für den Bund nur die Bundesregierung, für ein Land nur die Landesregierung sein. Die Vorschrift regelt die Vertretungsberechtigung konstitutiv. Sie schließt eine Antragsberechtigung anderer Organe aus (Benda/Klein, Verfassungsprozeßrecht, 2. Aufl. 2001, Rn. 1060; Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 68 Rn. 8 [April 1997]; Hopfauf, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, 12. Aufl. 2011, Art. 93 Rn. 130; Lechner/Zuck, BVerfGG, 6. Aufl. 2011, § 68 Rn. 2; Meyer, in: v.Münch/Kunig, GG, 5. Aufl. 2003, Art. 93 Rn. 45; Schorkopf, in: Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG, 2. Aufl. 2005, §§ 68, 69 Rn. 2; Stern, in: Bonner Kommentar, Bd. 12, Art. 93 Rn. 331 ff. [März 1982]; Wieland, in: Dreier, GG, Bd. 3, 2. Aufl. 2008, Art. 93 Rn. 68). Zur wirksamen Antragstellung bedarf es eines

Beschlusses des jeweiligen Kabinetts (BVerfGE 6, 309 [323 f.]).

B. Verfassungsmäßigkeit des § 68 BVerfGG

[35] Die Beschränkung der Antragsberechtigung auf die jeweiligen Regierungen begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.

I. Formell (Gesetzgebungskompetenz)

Die Regelung des § 68 BVerfGG beruht auf Art. 94 Abs. 2 Satz 1 GG, der den Gesetzgeber ausdrücklich dazu ermächtigt, das Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht zu regeln. Dazu gehören namentlich die wesentlichen Prozessvoraussetzungen, unter ihnen die Partei- und Prozessfähigkeit sowie die Antrags- und Vertretungsbefugnis.

II. Materiell

Mit § 68 BVerfGG wird das Institut des Bund-Länder-Streits nicht unterlaufen (a). Die Bestimmung verstößt zudem weder gegen die Garantie effektiven Rechtsschutzes (b) noch gegen das Rechtsstaatsprinzip (c) oder den Grundsatz der Bundesstaatlichkeit (d).

1. Kein Verstoß gegen Art. 93 I Nr. 3 GG

[36] Der in Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG vorgesehene Bund-Länder-Streit wird durch § 68 BVerfGG nicht unmöglich gemacht. Die Beschränkung der Antragsberechtigung auf jeweils ein Verfassungsorgan der beteiligten Verbände ist durch sachliche Erwägungen begründet. Sie dient der Vermeidung eines ebenenübergreifenden Organstreits und widersprüchlicher Prozesshandlungen. Dass der Gesetzgeber die Antragsberechtigung für den Verbandsstreit den Regierungen zugewiesen hat, entspricht deren Rolle als typischerweise nach außen auftretendes Verfassungsorgan (Geiger, Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951, Vor § 68 Anm. 1). Auch im Bundesrat sind gemäß Art. 51 GG die Länder nicht durch ihre Landesparlamente, sondern durch ihre Regierungen vertreten.

a. Kein praktisches Bedürfnis

[37] Die Begrenzung der Antragsberechtigung im Bund-Länder-Streit auf die Regierungen hat nicht zu erkennbaren Defiziten geführt (vgl. zu vor dem Bundesverfassungsgericht ausgefochtenen Bund-Länder-Streitigkeiten Schorkopf, in: Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG, 2. Aufl. 2005, Vor §§ 68 ff. Rn. 18). Dabei zeigt die Staatspraxis, dass auch Auseinandersetzungen um Gesetzgebungskompetenzen im Rahmen eines Bund-Länder-Streits ausgetragen werden (vgl. etwa BVerfGE 92, 203 ff.; 12, 205 ff.; BVerfGE 4, 115 ff.; ferner Dagtoglou, Streitigkeiten zwischen Bund und Ländern im Bereich der Gesetzgebung, DÖV 1971, S. 35 [37]; Schorkopf, in: Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG, 2. Aufl. 2005, Vor §§ 68 ff. Rn. 18 ff.).

b. Parlamente können die Regierung zur Antragstellung bewegen

[38] Die Landesparlamente haben, sofern sie die Landesregierung nicht kraft ihrer Regierungsbildungs- und Kontrollfunktion zur Führung eines Bund-Länder-Streits anhalten können, die Möglichkeit, mit Hilfe einer Organklage (hier Art. 44 Abs. 2 Nr. 1 Verf.SH, § 3 Nr. 1, § 35 LVerfGG SH; subsidiär Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 GG) deren Verpflichtung zur Antragstellung zu erstreiten. Ein derartiges Organstreitverfahren kann und wird mit Blick auf die Antragsfrist gemäß § 69 in Verbindung mit § 64 Abs. 3 BVerfGG geführt werden, so dass ein Leerlaufen des Bund-Länder-Streits aufgrund der Bestimmung des § 68 BVerfGG auch insoweit nicht zu erwarten ist. Zudem kann im Falle eines Legislativstreits das strittige Bundesgesetz in einem anderen Verfahren, etwa in einem Verfahren der abstrakten Normenkontrolle angegriffen werden, das keinen zeitlichen Beschränkungen unterliegt. Auch insoweit bestünde - neben den politischen Einflussmöglichkeiten - ein weiterer Weg jedenfalls des Schleswig-Holsteinischen Landtags, sich gegen eine vermeintliche Rechtsverletzung zur Wehr zu setzen (vgl. auch BremStGH, Urteil vom 5. März 2010 - St 1/09 -, juris).

2. Kein Verstoß gegen Art. 19 IV GG

[39] Auf Art. 19 Abs. 4 GG können sich die Antragsteller nicht berufen. Die Rechtsschutzgarantie dient der Durchsetzung von Rechten natürlicher und juristischer Personen des Privatrechts und findet auf Gebietskörperschaften und deren Organe grundsätzlich keine Anwendung (BVerfGE 21, 362 [369 f.]; 45, 63 [78]; 61, 82 [105]; Remmert, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 3 Rn. 33 ff. [Mai 2009]). Als „formelles Hauptgrundrecht“ ist die Rechtsschutzgarantie mit den materiellen Grundrechten eng verzahnt und kann daher nicht zur Auslegung der in Art. 93 GG vorgesehenen Verfahren aus dem Staatsorganisationsrecht herangezogen werden.

3. Kein Verstoß gegen Art. 20 III GG

[40] Auch aus dem Rechtsstaatsprinzip ergibt sich nichts anderes. Das Rechtsstaatsprinzip verhält sich, selbst wenn man es als Optimierungsgebot begriffe (dazu Sobota, Das Prinzip Rechtsstaat, 1997, S. 414 m.w.N.), nicht zum Rechtsschutz im staatsorganisationsrechtlichen Bereich.

4. Kein Verstoß gegen Art. 20 I GG

[41] Der Rückgriff auf den Grundsatz der Bundesstaatlichkeit (Art. 20 Abs. 1 GG) ist ebenfalls nicht geeignet, verfassungsrechtliche Bedenken gegen die

einschränkende Regelung der Vertretungsbefugnis in § 68 BVerfGG zu begründen.
[42] Die bundesstaatliche Ordnung des Grundgesetzes gilt grundsätzlich so, wie sie der Verfassungsgeber ausgestaltet und der verfassungsändernde Gesetzgeber fortentwickelt hat. Ein darüber hinausgehendes Leitbild für die Zuordnung von Bund und Ländern lässt sich Art. 20 Abs. 1 GG nicht entnehmen, so dass eine „Optimierung" der bundesstaatlichen Ordnung in Ermangelung eines Maßstabs als Maxime der Verfassungsauslegung von vornherein auszuscheiden hat (vgl. auch P. Kirchhof, Das Parlament als Mitte der Demokratie, in: Festschrift für Badura. Der Staat des Grundgesetzes - Kontinuität und Wandel, 2004, S. 237 [253]). [...]

C. Keine erweiternde Auslegung des § 68 BVerfGG

I. Abschließender Wortlaut
[44] Der Wortlaut von § 68 BVerfGG gibt für eine Erweiterung des Kreises der Antragsberechtigten nichts her. Im Gegenteil, er schließt andere Organe ausdrücklich aus. Selbst deren Beitritt zum Bund-Länder-Streit ist nach ständiger Rechtsprechung nicht zulässig (vgl. BVerfGE 6, 309 [325 f.]; 12, 308 ff.; anders noch BVerfGE 1, 14 [31]).

II. Kein Redaktionsversehen
[45] Die Regelung des § 68 BVerfGG beruht nicht auf einem Redaktionsversehen. Der Gesetzgeber hat insbesondere nicht übersehen, dass es nicht nur sogenannte Exekutivstreitigkeiten gibt, sondern auch Streitigkeiten über den Umfang der Gesetzgebungskompetenzen (a.A. Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl. 1991, S. 136 f.). Zwar führte die Gesetzesbegründung zur ursprünglichen Fassung des § 62 (heute § 68) BVerfGG aus, dass nur die Regierungen für die Streitigkeiten „auf dem Gebiet der Exekutive" (BRDrucks 125/50, S. 18) antragsbefugt seien. Daraus folgt jedoch nicht, dass der Gesetzgeber an die Möglichkeit einer Streitigkeit um Gesetzgebungskompetenzen tatsächlich nicht gedacht hat.
[46] Dagegen spricht schon, dass der Verfassungsgeber die Frage ausweislich der Formulierung („insbesondere" in Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG) ausdrücklich offen gelassen hat. [...]

III. Mehrfache Bestätigung durch den Gesetzgeber
Seitdem hat der (verfassungsändernde) Gesetzgeber die in § 68 BVerfGG enthaltene Engführung der Antragsberechtigung mehrfach bestätigt. Eigenständige verfassungsrechtliche Befugnisse der Landtage auf Bundesebene, wie sie in der Folgezeit vereinzelt eingeführt worden sind, stellen eng begrenzte Ausnahmefälle dar (vgl. Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/ Bethge, BVerfGG, § 68 Rn. 9 [April 1997]; Selmer, Bund-Länder-Streit, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 1, 2001, S. 563 [581]). [...]
[54] Bei der Schaffung von Art. 93 Abs. 1 Nr. 2a und Abs. 2 Satz 1 GG ging es darum, den Volksvertretungen der Länder einen größeren Gestaltungsspielraum im Bereich der Gesetzgebung zu eröffnen und ihnen die dazu notwendigen Instrumente an die Hand zu geben (BTDrucks 12/6000, S. 33). Dazu hätte auch eine Antragsberechtigung im Bund-Länder-Streit gehören können. Sie ist jedoch nicht eingeräumt worden.

D. Keine Prozessstandschaft der Parlamente
[57] Die Annahme einer Prozessstandschaft des Landtags kommt nicht in Betracht, und zwar weder mit Blick auf die Landesregierung noch mit Blick auf das Land.

I. Für die Landesregierung
[58] Wesen einer Prozessstandschaft ist es, dass fremde Rechte in eigenem Namen verfolgt werden. Eine Prozessstandschaft für die Landesregierung ist danach im Bund-Länder-Streit ausgeschlossen, weil es hier, anders als im Organstreit, nicht um eine Verletzung von Zuständigkeiten der Landesregierung geht, sondern um behauptete Übergriffe des Bundes in Rechte des Landes oder umgekehrt.

II. Für das Land
[59] Eine Prozessstandschaft des Landtags für das Land liefe auf eine Umgehung von § 68 BVerfGG hinaus.
[60] Daran ändert auch die in § 69 BVerfGG enthaltene Verweisung auf Vorschriften des Organstreitverfahrens, insbesondere auf § 65 BVerfGG, nichts. Im Organstreitverfahren wird die Prozessstandschaft von Organteilen als Instrument des Minderheitenschutzes allgemein bejaht (BVerfGE 45, 1 [29 f.]; 60, 319 [325]; 68, 1 [77]). Das findet im Bundesverfassungsgerichtsgesetz seine Grundlage, weil § 63 BVerfGG „Teilen" der dort aufgeführten Organe die Antragsberechtigung ausdrücklich zuweist und § 64 Abs. 1 BVerfGG ihnen die Prozessstandschaft explizit eröffnet. Deshalb können im Verfahren des Organstreits Ausschüsse, Fraktionen und einzelne Abgeordnete die Rechte des Parlaments im Wege der Prozessstandschaft geltend machen (st.Rspr. seit BVerfGE 1, 351 [359]).
[61] Für den Bund-Länder-Streit fehlt eine vergleichbare Regelung jedoch. § 69 BVerfGG verweist gerade nicht auf § 63 BVerfGG, sondern nur auf die §§ 64 bis 67 BVerfGG. Zwar wird die Prozessstandschaft der Organteile in § 64 BVerfGG geregelt, doch knüpft diese Regelung an ihre in § 63 BVerfGG verliehene Antragsberechtigung an. Eine isolierte Prozessstandschaft ohne eigene Antragsberechtigung fügte sich in

diese Konzeption nicht ein. Das Bundesverfassungsgericht hält deshalb auch den Beitritt eines nicht antragsberechtigten Bundes- oder Landesorgans nicht für zulässig (vgl. BVerfGE 12, 308 [309]; anders noch BVerfGE 1, 14 [30 f.]; 8, 122 [128]). Die Verweisung auf § 64 BVerfGG geht insoweit ins Leere (vgl. Wenckstern, in: Umbach/Clemens, BVerfGG, 1. Aufl. 1992, § 69 Rn. 6). [...]

E. Ergebnis

Die möglichen Antragsteller im Bund-Länder-Streit werden durch § 68 BVerfGG abschließend bestimmt. Etwaigen Regelungen auf Landesebene, die eine anderweitige Vertretung des Landes vorsehen, käme für das Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht mangels Gesetzgebungsbefugnis der Länder keine Bedeutung zu.

Standort: Kommunalrecht Problem: Befangenheit / Kommunalverfassungsstreit

VG NEUSTADT A .D. WEINSTRASSE , URTEIL VOM 28.02.2011

3 K 958/10.NW (NVwZ-RR 2011, 704 L)

Problemdarstellung:

Im Gemeinderat, dessen Mitglied der Kläger war, stand die Abstimmung über die Zustimmung der Gemeinde zur Ausweisung einer "Tempo-30-Zone" an. Der Kläger war Eigentümer eines Grundstücks an einer betroffenen Straße und wurde daraufhin von seinen Ratskollegen als befangen von der Beratung und Abstimmung ausgeschlossen. Hiergegen wendete er sich mit seiner Klage.

A. Prozessual handelte es sich um eine Feststellungsklage, § 43 I VwGO, auf Feststellung, dass der Kläger an der Ratssitzung hätte teilnehmen dürfen. Nach heute nahezu allg.M. kann ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis i.S.d. § 43 I VwGO auch innerhalb von Gemeindeorganen (hier: zwischen Rat und Ratsmitglied) bestehen, da auch deren konkrete Rechte und Pflichten durch öffentlich-rechtliche Vorschriften geregelt werden (hier: § 22 I 1 Nr. 1 RhPf GO).

Streiten Gemeindeorgane oder deren Teile untereinander über ihre Rechte und Pflichten, spricht man von einem "Kommunalverfassungsstreit". In dieser Konstellation bleiben zwar die normalen Klagearten der VwGO anwendbar (also Feststellungs- und allgemeine Leistungsklage, nicht hingegen Anfechtungs-, Verpflichtungs- oder Fortsetzungsfeststellungsklage, da diese allesamt einen Verwaltungsakt zum Streitgegenstand haben, und ein solcher mangels Außenwirkung i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG unter Gemeindeorganen nicht vorliegen kann), für deren Zulässigkeit gelten aber eine Reihe von Besonderheiten, die es in einem Gutachten zu beachten gilt:

I. Die Klagebefugnis analog § 42 II vwGO kann nur aus einer "wehrfähigen Innenrechtsposition" folgen, also einem subjektiv-öffentlichen Recht, das gerade den klagenden Organ(-teil) zusteht. Die Selbstverwaltungsautonomie der Gemeinde aus Art. 28 II GG kommt als solche nicht in Betracht, da sie nicht einem Organ(-teil), sondern der Gemeinde insgesamt zusteht. Erst Recht kann nicht auf Grundrechte abgestellt werden, da Gemeindeorgane nicht Träger derselben sind. Im vorliegenden Fall wäre vielmehr auf das Teilnahme-, Rede- und Stimmrecht des Ratsmitglieds abzustellen gewesen, das ihm durch den Ausschluss genommen wurde.

II. Der richtige Klagegegner ist - da es sonst zu einem Insichprozess kommen würde - auch nicht der gemeinsame Rechtsträger der streitenden Organe (also die Gemeinde), sondern das jeweils andere Organ(-teil) selbst (hier also der Rat).

III. Die Beteiligtenfähigkeit der Parteien richtet sich im Kommunalverfassungsstreit immer nach § 61 Nr. 2 VwGO, und zwar in direkter Anwendung, soweit es sich um Vereinigungen handelt (hier der beklagte Rat), und in analoger Anwendung, sofern es sich um einen Einzelnen handelt (hier das klagende Ratsmitglied). Fehlerhaft wäre hingegen eine Anwendung von Nr. 1 oder Nr. 3, da hier weder natürliche Personen als solche noch Behörden streiten.

B. Die Begründetheit zeigt, dass die "Unmittelbarkeit" des zur Befangenheit führenden Vor- oder Nachteils das Schlüsselmerkmal bei der Befangenheitsprüfung darstellt (die Gemeindeordnungen der anderen Bundesländer enthalten allesamt dem § 22 RhPf GO vergleichbare Vorschriften). Man darf den Begriff nicht zu eng auslegen. Insbesondere schadet es nicht automatisch, dass - was häufig der Fall sein dürfte - der fragliche Ratsbeschluss erst noch durch weitere Maßnahmen umgesetzt werden muss; dies jedenfalls dann nicht, wenn sie zwingende Folge des Ratsbeschlusses sind (so wie hier: ohne Einvernehmen der Gemeinde keine "Tempo-30-Zone). Wie das VG so schön formuliert: schon der "böse Schein" der Befangenheit kann schaden.

Am Rande zur Kenntnis genommen werden sollte, dass nach Ansicht des VG Straßenanlieger keine homogene Gruppe sind (Hintergrund: ist man nur als Mitglied einer Gruppe betroffen, lassen die Gemeindeordnungen die Befangenheit in der Regel entfallen), weil sie unterschiedliche Interessen verfolgen können.

Prüfungsrelevanz:

Kommunalverfassungsstreitigkeiten besitzen gerade

wegen ihrer prozessualen Besonderheiten große Prüfungsrelevanz. Im vorliegenden Fall kommt hinzu, dass es sich mit der Frage der Befangenheit auch noch um ein interessantes materielles Problem handelte.

Ein häufiger Fehler in Prüfungsklausuren zu diesem Thema ist übrigens bei der statthaften Klageart anzutreffen: Es handelt sich tatsächlich um eine Feststellungs-, und nicht etwa - wie gelegentlich in Klausuren zu lesen - um eine allgemeine Leistungsklage. Denn das Teilnahme-, Abstimmungs- und Rederecht im Rat stehen dem Ratsmitglied bereits durch seinen Status als Ratsmitglied zu. Sie sind m.a.W. nicht von einer "Leistung" der übrigen Ratsmitglieder abhängig (diese müssen ihn also nicht "zulassen" o.ä.), sodass eine solche auch nicht eingeklagt werden kann und muss.

Vertiefungshinweise:

❑ Befangenheit bei Abstimmung über Bebauungsplan: *OVG Münster*, RA 2003, 585 = NVwZ-RR 2003, 667; *OVG Koblenz* , NVwZ-RR 2000, 103; *VG Frankfurt/Main*, NVwZ-RR 2002, 868

❑ Zum Kommunalverfassungsstreit zwischen Rat und Ratsmitglied: *VG Arnsberg*, RA 2008, 133 = NWVBl 2008, 113 (Anspruch auf Störungsbeseitigung als Innenrecht); vgl. zur Abgrenzung aber *OVG Münster*, RA 2010, 423 = NWVBl 2010, 237 (Verhängung eines Ordnungsgeldes als Verwaltungsakt)

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Mitbefangen, mitgehangen"

Leitsatz:

1. Zur Rechtmäßigkeit des Ausschlusses eines Gemeinderatsmitglieds von der Beratung und Beschlussfassung über die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens betreffend die Anordnung einer Tempo 30-Zone in der Straße, in der das Gemeinderatsmitglied selbst wohnt.

2. Der Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens gemäß § 45 Abs. 1c Satz 1 StVO bei der Anordnung einer Tempo 30-Zone kommt eine selbstständige Bedeutung zu, weil die Erteilung des Einvernehmens die darauf nachfolgende straßenverkehrsrechtliche Anordnung einer Tempo 30-Zone festlegt.

3. Die Anlieger einer Straße verfolgen kein gemeinsames Interesse, sondern individuelle Interessen.

Sachverhalt:

Die Beteiligten streiten über die Rechtmäßigkeit des Ausschlusses des Klägers von der Beratung und Beschlussfassung des Ortsgemeinderates E. über die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens zur Aufhebung einer verkehrspolizeilichen Anordnung eines verkehrsberuhigten Bereichs und Anordnung einer Tempo 30-Zone in der Gemeindestraße X, in welcher der Kläger wohnt.

Der Kläger beantragte festzustellen, dass der beklagte Rat ihn in der Sitzung vom 1. September 2010 zu Unrecht von der Beratung und Beschlussfassung zum Tagesordnungspunkt Nr. 2 "[...]Umwandlung in Tempo-30-Zone" gemäß § 22 Abs. 5 Satz 1 GemO ausgeschlossen hat und der Beschluss damit wegen Rechtswidrigkeit aufzuheben und unter seiner Mitwirkung zu wiederholen ist.

Der Beklagte beantragte, die Klage abzuweisen. Zur Begründung führt er aus, die Befangenheit des Klägers sei zu befürchten gewesen. Die mit dem Beschluss bedingte Umwandlung des verkehrsberuhigten Bereichs in eine Tempo 30-Zone verändere seine Wohn- und Parksituation erheblich. Hätte die Ortsgemeinde E. ihr Einvernehmen zu der beabsichtigten verkehrsrechtlichen Anordnung der Straßenverkehrsbehörde verneint, wäre eine Umwandlung in eine Tempo 30-Zone nicht möglich gewesen und aufgrund der Ausweisung als verkehrsberuhigter Bereich hätten Parkflächen eingezeichnet werden müssen. Hiervon und dem dadurch bedingten Wegfall der bisher rechtswidrig zum Parken genutzten Flächen wäre der Kläger als Anlieger direkt betroffen. Auch verliere die Straße in dem betroffenen Bereich durch die Aufhebung des verkehrsberuhigten Bereichs ihre Aufenthaltsfunktion.

Aus den Gründen:

Die Klage hat keinen Erfolg. Der Beklagte hat den Kläger zu Recht in der Sitzung vom 1. September 2010 von der Beratung und Beschlussfassung zum Tagesordnungspunkt Nr. 2 [...]Umwandlung in Tempo 30-Zone" ausgeschlossen, da bei ihm der Ausschließungsgrund des § 22 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Gemeindeordnung - GemO - gegeben war.

A. Formelle Rechtmäßigkeit

Der Ausschluss war formell rechtmäßig. Dem Kläger wurde zunächst in der Sitzung des Beklagten vom 8. Juni 2010 auf eine mögliche Befangenheit hingewiesen. In der Sitzung des Beklagten vom 1. September 2010 wurde er nochmals zur Frage seiner Befangenheit als Anwohner des betroffenen Straßenabschnitts [...] angehört (§ 22 Abs. 5 Satz 2 GemO) und hat dem Beklagten seine gegenteilige Rechtsauffassung zur Kenntnis gebracht. Sodann hat der Beklagte nach Herstellung der Nichtöffentlichkeit gemäß § 22 Abs. 5 Satz 2 GemO bei Nichtbeteiligung der drei betroffenen Ratsmitglieder, so der Kläger, Frau A. und Frau B., einstimmig eine Befangenheit angenommen.

B. Materielle Rechtmäßigkeit

Der Ausschluss des Klägers von der Beratung und

Beschlussfassung über den Tagesordnungspunkt Nr. 2 war auch materiell rechtmäßig. Denn in der Person des Klägers liegt der Ausschließungsgrund des § 22 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GemO vor.

I. Befangenheitsvoraussetzungen

Danach dürfen Bürger und Einwohner, die ein Ehrenamt oder eine ehrenamtliche Tätigkeit ausüben - darunter fällt auch die eines Ratsmitglieds - nicht beratend oder entscheidend mitwirken, wenn die Entscheidung u. a. ihnen selbst einen unmittelbaren Vor- oder Nachteil bringen kann. Wie es der ständigen Rechtsprechung des OVG Rheinland-Pfalz entspricht (vgl. Urteile vom 17. Januar 1978 - 10 C 7/77.OVG - [AS RP-SL 15, 77 ff.], 7. Dezember 1983 - 10 C 9/83.OVG - [NVwZ 1984, 670], 13. Juni 1995 - 7 A 10875/94.OVG - [AS RP-SL 25, S. 161 ff.], 23. April 1998 - 1 C 10789/97.OVG - [NVwZ-RR 2000, 103 ff.] und 24. Juni 2009 - 2 A 10098/09.OVG - [AS RP-SL 37, 361], verfolgt das gesetzliche Mitwirkungsverbot das Ziel, kommunale Ratsmitglieder anzuhalten, ihre Tätigkeit ausschließlich nach dem Gesetz und ihrer freien, nur durch Rücksicht auf das öffentliche Wohl bestimmten Überzeugung auszurichten, ihnen persönliche Konfliktsituationen zu ersparen sowie das Vertrauen der Bürger in eine saubere Kommunalverwaltung zu erhalten und zu stärken. Dementsprechend kommt es nicht darauf an, ob das betroffene Ratsmitglied durch die Wahrnehmung seiner Mitwirkungsrechte mögliche Vor- oder Nachteile tatsächlich erfährt, vielmehr genügt ein dahingehender Anschein. Es soll mithin bereits der "böse Schein" vermieden werden, kommunale Entscheidungsträger ließen sich von eigennützigen und/oder sachfremden Motiven leiten (vgl. OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 7. Dezember 1983 - 10 C 19/83.OVG - [a. a. O.]); vgl. auch VGH Baden-Württemberg zur gleichlautenden dortigen Vorschrift § 18 Abs. 1 GemO BW: Urteil vom 9. Februar 2010 - 3 S 3064/07 -, juris). Ob eine Interessenkollision tatsächlich besteht, ist unerheblich (VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 30. April 2004 - 8 S 1374/03 -, juris).

II. Subsumtion

1. Unmittelbare Auswirkungen der Entscheidung über das gemeindliche Einvernehmen auf die Endentscheidung

Vorliegend wurde zwar durch die Entscheidung des Beklagten über den Tagesordnungspunkt Nr. 2, nämlich die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens zur Aufhebung des verkehrsberuhigten Bereichs und Anordnung einer Tempo 30-Zone, die Tempo 30-Zone in dem betroffenen Straßenabschnitt der Straße ... noch nicht unmittelbar begründet, weil die verkehrspolizeiliche Anordnung durch die Verbandsgemeinde F. als zuständiger Straßenverkehrsbehörde (vgl. § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Landesverordnung über Zuständigkeiten auf dem Gebiet des Straßenverkehrsrechts - ZuVO im Straßenverkehrsrecht -) vorzunehmen ist. Jedoch kommt der Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens bei Anordnung einer Tempo 30-Zone eine selbstständige Bedeutung zu, weil gemäß § 45 Abs. 1c Satz 1 Straßenverkehrs-Ordnung - StVO - die Straßenverkehrsbehörde die Tempo 30-Zone im Einvernehmen mit der Gemeinde anordnet. Damit besteht eine enge Bindung zwischen der Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens und der Anordnung der Tempo 30-Zone durch die Straßenverkehrsbehörde derart, dass für diese verkehrspolizeiliche Anordnung das Einvernehmen der Gemeinde erforderlich ist (vgl. auch VV zu § 45 StVO, abgedruckt bei Hentschel/König/Dauer, Straßenverkehrsrecht, Kommentar, 40. Auflage, § 45 StVO, Rdnrn. 6 ff.). Die verkehrspolizeiliche Anordnung erfolgt erst aufgrund des erteilten gemeindlichen Einvernehmens, weil erst dann ein rechtliches Hindernis (vgl. § 45 Abs. 1c Satz 1 StVO: Einvernehmenserfordernis) für die Anordnung aus dem Weg geräumt wurde. Mithin bedingt die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens erst die nachfolgende Anordnung einer Tempo 30-Zone durch die Straßenverkehrsbehörde.

2. Unmittelbarkeit des Vor- oder Nachteils

Damit kann bereits die Entscheidung über das gemeindliche Einvernehmen zu der Anordnung einer Tempo 30-Zone für das Ratsmitglied, das zugleich Anlieger in dem betroffenen Bereich ist, einen unmittelbaren Vor- oder Nachteil bringen, weil je nach dem Ausgang der Entscheidung über das gemeindliche Einvernehmen die verkehrspolizeiliche Anordnung „Tempo 30-Zone" dann erfolgt oder nicht erfolgt. Das Merkmal der Unmittelbarkeit eines möglichen Vor- oder Nachteils liegt nämlich nicht erst dann vor, wenn zwischen der zu treffenden Entscheidung des Gemeinderates und den möglichen vor- oder nachteiligen Folgen ohne Hinzutreten eines weiteren Umstandes eine direkte Kausalität besteht (sog. formale Theorie; vgl. OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 24. Juni 2009 - 2 A 10098/09.OVG -, AS RP-SL 37, 361 ff.) oder wenn die zur Verwirklichung des Vor- oder Nachteils noch erforderliche Umsetzung des Ratsbeschlusses zwangsläufig zu erwarten ist (sog. modifizierte formale Theorie; vgl. OVG Rheinland-Pfalz, a. a. O. m. w. N.). So hat das OVG Rheinland-Pfalz hat in seinem Urteil vom 13. Juni 1995 - 7 A 10875/94.OVG - (AS RP-SL 25, 161 ff.) bezüglich der Frage des Ausschlusses eines Gemeinderatsmitgliedes wegen Sonderinteressen zur Unmittelbarkeit eines Vor- oder Nachteils i. S. d. § 22 Abs. 1 Nr. 1 GemO ausgeführt:

„In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass das in vielen Kommunalgesetzen zur Abgrenzung weitgehend

übereinstimmend gebrauchte Kriterium der „Unmittelbarkeit“ des in Frage stehenden Vorteils oder Nachteils nicht im formalen Sinne dahin zu verstehen ist, dass nur bei einer direkten Kausalität die Befangenheit vorliegt (vgl. auch OVG Münster, NVwZ 1984, 667, 668; VGH BW, VwBl. BW 1985, S. 21). Es kann mithin nicht allein darauf abgestellt werden, dass der Beschluss des Gemeinderats den Vorteil oder Nachteil für den Einzelnen ohne weiteren Vollzugsakt herbeizuführen in der Lage ist. Entscheidend ist vielmehr, ob und inwieweit die vorhergehende Entscheidung die nachfolgende festlegt oder steuert. Diese Betrachtung ist namentlich in den Fällen anzustellen, in denen die Gemeinde am Verfahren beteiligt ist, aber eine andere Behörde entscheidet. Kommt in diesen Fällen dem Beteiligungsakt der Gemeinde selbstständige Bedeutung zu - etwa bei der Versagung des Einvernehmens nach § 36 Abs. 1 BauGB - so liegt ein unmittelbarer Vorteil, den die Entscheidung des Gemeinderates mit sich bringen kann, schon darin begründet, dass ein rechtliches Hindernis für ein Vorhaben des in Sonderinteressen befangenen Ratsmitglieds aus dem Wege geräumt wird. In diesen Fällen ist das betroffene Ratsmitglied gleichsam auch selbst Adressat der Entscheidung.”

Auch im Falle der verkehrspolizeilichen Anordnung einer Tempo 30-Zone legt die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens die darauf nachfolgende straßenverkehrsrechtliche Anordnung einer Tempo 30-Zone fest.

3. Kläger nicht lediglich als Angehöriger einer Gruppe betroffen

Das Unmittelbarkeitskriterium umschreibt auch die Beziehung zwischen dem Ratsmitglied und dem Beratungs- und Entscheidungsgegenstand. Insoweit dient es der Abgrenzung individueller Belange von Gruppeninteressen. Folglich ist ein Ratsmitglied nach der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung des § 22 Abs. 3 GemO nicht nach Absatz 1 ausgeschlossen, wenn es als Angehöriger einer Berufsgruppe oder eines Bevölkerungsteils, deren gemeinsame Belange berührt werden, betroffen ist. Demnach fordert § 22 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GemO für den Ausschluss eines Ratsmitgliedes von der Beratung und Beschlussfassung eine Individualisierung seines Interesses am Beratungs- und Entscheidungsgegenstand. Erforderlich ist ein auf seine Person bezogener besonderer, über den allgemeinen Nutzen oder die allgemeine Belastung hinausgehender möglicher Vor- oder Nachteil (s. OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 24. Juni 2009, a. a. O.). [...]

Die Anlieger einer Straße verfolgen keine gemeinsamen Interessen. So vermag es ein Anlieger für gut zu befinden, dass aufgrund der Anordnung einer Tempo 30-Zone anstelle eines verkehrsberuhigten Bereichs sich für ihn erweiterte Parkmöglichkeiten ergeben können, ein anderer Anlieger hingegen empfindet genau dies als Nachteil, z. B. weil er sich aufgrund der größeren Parkmöglichkeiten bei der Zu- und Abfahrt von seinem Grundstück durch nun parkende Fahrzeuge behindert sieht. Auch das durch die Anordnung einer Tempo 30-Zone gegenüber einem verkehrsberuhigten Bereich nicht mehr zulässige Benutzen der Straße in ihrer ganzen Breite für Fußgänger oder das dadurch bedingte Zulassen einer Höchstgeschwindigkeit von 30 km/h vermag ein Anlieger je nach seiner persönlichen Situation als Vorteil, ein anderer Anlieger hingegen (z. B. wenn er kleine Kinder hat, die bislang in dem verkehrsberuhigten Bereich auf der Straße spielten) als Nachteil anzusehen.

III. Ergebnis

Nach alledem liegt es nahe, dass der Kläger als Anlieger des betroffenen Straßenabschnitts bei der Abstimmung über die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens zur Aufhebung des verkehrsberuhigten Bereichs und Anordnung einer Tempo 30-Zone möglicherweise nicht völlig frei von eigenen Interessen abgestimmt hätte. Gerade durch diese Interessenverquickung würde aber der so genannte „böse Schein“ erzeugt, welcher in der Kommunalverwaltung durch § 22 GemO gerade verhindert werden soll. Das mögliche individuelle Sonderinteresse des Klägers als Anlieger des betroffenen Straßenbereichs vermochte hier bei ihm einen Interessenkonflikt zu begründen. [...]

Nach alledem war die Klage abzuweisen.

Standort: Kommunalrecht Problem: Mindeststärke einer Fraktion

OVG BAUTZEN: URTEIL VOM 19.04.2011
4 C 32/08 (NVWZ-RR 2011, 701)
BBGVERFG, URTEIL VOM 15.04.2011
VFGBBG 45/09 (LKV 2011, 411)

Problemdarstellung:

In den nachfolgend dargestellten Entscheidungen ging es um die Frage, ob die Festlegung der Mindeststärke einer Fraktion auf kommunaler Ebene zulässig ist.

A. Das OVG Bautzen hatte eine Normenkontrolle nach § 47 I Nr. 2 VwGO auf dem Tisch, mit der sich NPD-Kreisräte gegen die Geschäftsordnung des Kreistags wandten, die eine Fraktionsmindestgröße von fünf Personen festsetzte. Sie argwöhnten Willkür, weil die NPD genau vier Kreisräte stellte. Das OVG wies die Klage jedoch ab. Insbesondere sei die Festlegung auf fünf Personen nicht willkürlich. Das Gericht sei nicht zur Motivsuche verpflichtet, sondern habe sich auf objektive Vorgänge zu beschränken, und objektiv sei eine Mindeststärke gerechtfertigt, um eine Zersplitterung zu verhindern und somit eine effektive Arbeit des Kreistags zu garantieren. Gravierende Nachteile entstünden für die Antragsteller zudem nicht, da sie als Individuen in ihren Rechten als Kreisräte (Rederecht, Teilnahmerecht usw.) nicht beschnitten würden.

B. Demgegenüber hatte sich das Brandenburgische Verfassungsgericht mit einer Kommunalverfassungsbeschwerde einer Gemeinde zu beschäftigen, die sich durch die Festschreibung einer Fraktionsstärke von mindestens vier Mitgliedern in der Brandenburgischen Kommunalverfassung in ihrer Selbstverwaltungsautonomie verletzt sah. Diese Ansicht teilte das Gericht. Zum Schutzbereich der Selbstverwaltungsautonomie gehöre u.a. die Organisationshoheit (für Art. 97 I der Brandenburgischen Landesverfassung gelte insoweit nichts anderes als für Art. 28 II 1 GG). In diese werde eingegriffen, wenn der Gemeinde eine Mindestfraktionsstärke im Rat vorgeschrieben werde. Eine sachliche Rechtfertigung dafür sei nicht ersichtlich. Insbesondere wollte dem Gericht nicht einleuchten, warum es den Gemeinden nicht selbst überlassen bleibt, die Fraktionsmindeststärke in den Geschäftsordnungen ihrer Räte zu regeln. Andere Gerichte haben hingegen mit den Mindeststärken in ihren Gemeindeordnungen keine Probleme (vgl. z.B. OVG Münster, RA 20007, 6 = NWVBl 2007, 25, das die Mindeststärke von zwei bis drei Personen in § 56 GO NRW für unbedenklich hält).

Prüfungsrelevanz:

Auf den ersten Blick widersprechen sich die Entscheidungen: Das OVG Bautzen hat gegen eine Mindeststärke von fünf Fraktionsmitgliedern nichts einzuwenden, das VfGBbg hält bereits vier für unzulässig. Auf den zweiten Blick haben sie jedoch wenig miteinander zu tun. Im ersten Fall ging es um die Frage, ob Rechte der Abgeordneten aus der Kreis- oder Gemeindeordnung verletzt sein können, wenn die Fraktionsmindeststärke in der Geschäftsordnung geregelt wird, im zweiten Fall darum, ob die Gemeinde in ihrer Selbstverwaltungsautonomie verletzt wird, wenn die Fraktionsmindeststärke in einem Landesgesetz geregelt wird.

Übrigens enthält das Urteil des OVG Bautzen drei mit äußerster Vorsicht zu genießende Ausführungen:

I. Das Gericht ist der Auffassung, auch bei einer Normenkontrollklage von Kreisräten gegen eine nur verwaltungsintern wirkende Norm des Kreises (hier: Geschäftsordnung des Kreistags) sei der Kreis der richtige Antragsgegner. So steht es zwar in der Tat in § 47 II 2 VwGO (Rechtsträgerprinzip); verklagen jedoch Kreisräte den Kreis, so verklagen sie sich zwangsläufig selbst mit, denn sie sind Teil des Kreisorgans Kreistag - es kommt also zu einem Insichprozess. Deshalb entspricht es im Parallelfall des sog. "Kommunalverfassungsstreits", wo Gemeindeorgane untereinander um ihre Rechte und Pflichten aus der Gemeindeordnung streiten, der allg.M., dass ausnahmsweise nicht das (allgemeine) Rechtsträgerprinzip Anwendung findet, wonach die Gemeinde zu verklagen wäre, sondern die Klage gegen den sachlichen Streitgegner (d.h. das andere streitende Gemeindeorgan) zu richten ist. Die knappe Erläuterung des OVG, warum dies - entgegen der Ansicht anderer Oberverwaltungsgerichte (VGH Kassel, LKRZ 2007, 280; OVG Lüneburg, DVBl. 1999, 1737) nicht auch bei einer Normenkontrolle nach § 47 I VwGO so sein soll, bleibt unverständlich. In einer Examensklausur müsste dieser Punkt streitig dargestellt werden.

II. Das Gericht prüft ausführlich, ob die Festlegung der Fraktionsmindeststärke von fünf Mitgliedern gegen das Willkürverbot aus Art. 3 I GG verstößt. Tatsächlich findet Art. 3 I GG in diesem Fall aber gar keine Anwendung, denn Art. 3 I GG ist ein Grundrecht, und Grundrechte sind Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat, Art. 1 III GG. Bürger sind aber nicht betroffen, wenn es um Kreistagsmitglieder und deren Recht, sich zu Fraktionen zusammenzuschließen geht, denn als solche sind sie staatliche Organteile des Kreistags und damit grundrechtsgebunden, nicht grundrechtsberechtigt. Maßstab hätte allein das Übermaßverbot aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 III GG sein dürfen, das ja auch ein Willkürverbot einschließt. (Besser macht es übrigens das BVerfG in seinem Beschluss vom 19.8.2011 [2 BvG 1/10, in die-

sem Heft Seite 563 ff.], das eine Befugnis des Parlaments, sich auf Art. 19 IV GG zu berufen, in zwei kurzen Sätzen verneint.) In einer Examensklausur sollte Art. 3 I GG daher angesprochen, jedoch als unanwendbar abgelehnt und die Willkürprüfung sodann in Art. 20 III GG verankert werden.

III. Dass die Geschäftsordnung im konkreten Fall fünf Mitglieder für eine Fraktion forderte, also eine besonders hohe Anzahl, und dies erstmals für diesen Kreistag galt, in den die NPD mit genau vier Abgeordneten eingezogen war, hätte dem Gericht zudem Anlass zum Nachdenken geben müssen, ob hier nicht doch Willkür im Spiel war. Sich einfach auf den Standpunkt zu stellen, man habe keine Motivforschung zu betreiben, dürfte mit dem Amtsermittlungsgrundsatz aus § 86 I VwGO jedenfalls dann unvereinbar sein, wenn sich wie hier ein mögliches willkürliches Motiv, nämlich die NPD an der Fraktionsbildung zu hindern, geradezu aufdrängt. Sachliche Gründe für die Anzahl von fünf Personen vermag das Gericht dann auch nicht zu nennen. Es verliert sich vielmehr in allgemeinen Ausführungen zur angeblichen Funktionsunfähigkeit des Parlaments bei kleineren Fraktionen, die wenig überzeugen, wenn man bedenkt, dass in anderen Bundesländern die Räte und Kreistage auch mit Fraktionen von zwei oder drei Mitgliedern ohne Probleme arbeiten. In einer Examensklausur hätte dieser Punkt also durchaus anders entschieden werden können, zumindest aber breiter diskutiert werden müssen.

Vertiefungshinweise:

❑ Zum richtigen Antragsgegner im Normenkontrollverfahren gegen innergemeindliche Rechtssätze (Geschäftsordnung): *VGH München*, BayVBl. 2006, 192; *VGH Mannheim*, DÖV 2002, 912 (beide: Rechtsträger); *VGH Kassel*, LKRZ 2007, 280; *OVG Lüneburg*, DVBl. 1999, 1737 (beide: sachlicher Streitgegner)

❑ Mindeststärke von Ratsfraktionen: *BVerwG*, NJW 1980, 304; *OVG Münster*, RA 20007, 6 = NWVBl 2007, 25

❑ Zum Kommunalverfassungsstreit von Fraktionen: *VG Düsseldorf*, RA 2006, 208 = NWVBl 2006, 152

❑ Minderheitenrechte im Rat: *OVG Münster*, RA 1999, 663 = NVwZ 1999, 1252

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Frauenpower"

1. Teil: Urteil des OVG Bautzen vom 19.04.2011 (4 C 32/08)

Leitsätze:

1. Die Festlegung der Fraktionsmindeststärke auf fünf Kreisräte in der Geschäftsordnung des nach der Kreisgebietsreform neu gebildeten Kreistages mit 80 Kreisräten widerspricht ebenso wie die Festlegung der Mitgliederzahl der beschließenden und beratenden Ausschüsse auf 15+1 bzw. 14 nach der gebotenen Einzelfallprüfung weder dem Gleichheitssatz, dem Übermaßverbot, dem Demokratieprinzip noch dem Minderheitenschutz.

2. Der Kompetenzbereich eines beschließenden Ausschusses eines Kreistages kann auch negativ im Sinne einer Auffangzuständigkeit abgegrenzt werden, solange aus dem Normengefüge die Zuständigkeit klar bestimmbar bleibt.

3. Die Übertragung der Zuständigkeit auf den Kreisausschuss für Vergabeangelegenheiten in den Wertgrenzen von einer bis fünf Millionen Euro verstößt nicht gegen höherrangiges Recht.

4. Zur Prozessrechtslage bei Versterben von Antragstellern, deren geltend gemachte Rechtsposition nicht rechtsnachfolgefähig ist.

Sachverhalt:

Die Antragsteller sind Mitglieder der NPD und Kreisräte des 80 Abgeordnete umfassenden Kreistags des Antragsgegners. Sie wenden sich mit ihrer Normenkontrollklage nach § 47 I Nr. 2 VwGO u.a. gegen § 2 I 2 der Geschäftsordnung des Kreistages (GO), wonach eine Fraktion aus mindestens fünf Kreisräten bestehen muss.

Zur Begründung führen sie aus, die Festlegung der Fraktionsmindeststärke sei ermessensfehlerhaft. Vorrangiges Anliegen der Festsetzung des Fraktionsquorums sei gewesen, die NPD aus sämtlichen Ausschüssen heraus und die Partei von finanziellen Quellen fern zu halten. Es sei nach dem System "NPD + 1" verfahren worden, da nach der Wahl vier Kreisräte auf die NPD entfielen.

Aus den Gründen:

A. Zulässigkeit

Die gemäß § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO statthaften Normenkontrollanträge wahren die Antragsfrist. Die Antragsteller sind, entgegen der Ansicht des Antragsgegners, antragsbefugt.

I. Statthaftigkeit des Antrags

[...] Die Geschäftsordnung des Kreistages des Antragsgegners unterliegt mit der hier streitigen Bestimmung der Fraktionsmindeststärke als „andere im Rang unter dem Landesgesetz stehende Rechtsvorschrift" im Sinne des § 47 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 24 Abs. 1 SächsJG der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle.

In der Rechtsprechung ist geklärt, dass Bestimmungen der Geschäftsordnung eines kommunalen Vertretungsorgans auf Antrag eines Mitglieds des Vertretungs-

organs jedenfalls dann zu den normenkontrollfähigen Rechtsvorschriften zählen, wenn sie - trotz ihres Charakters als bloße Innenrechtssätze - in abstrakt-genereller Weise gemeindeinterne Rechtsbeziehungen regeln (BVerwG, DVBl. 1988, 790). Für die hier in Frage stehende Regelung der Fraktionsmindeststärke trifft dies zu.

II. Antragsbefugnis

Die Antragsteller sind antragsbefugt im Sinne des § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO. [...] Soweit die Feststellung der Nichtigkeit der Festlegung der Fraktionsmindeststärke in der Geschäftsordnung begehrt wird, ergibt sich die antragsfähige Rechtsposition daraus, dass den Antragstellern durch die angegriffene Regelung versagt wird, eine Fraktion zu bilden und eine Verletzung ihrer organschaftlichen Rechte als Kreisräte angesichts der Regelung des § 31a I 1 SächsLKrO nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann.

III. Antragsgegner

Nach § 47 II 2 VwGO ist ein Normenkontrollantrag gegen die Körperschaft zu richten, welche die Rechtsvorschrift erlassen hat. Erlassen hat sowohl die Geschäftsordnung als auch die Hauptsatzung der Kreistag des Antragsgegners als dessen Organ (§ 1 III SächsLKrO); Antragsgegner ist daher der Landkreis (§ 1 II SächsLKrO).

Dies gilt auch dann, wenn Gegenstand des Normenkontrollverfahrens - wie hier - innerorganschaftliche Rechtssätze sind (so auch BayVGH, BayVBl. 2006, 192; VGH BW, DÖV 2002, 912; a.A. HessVGH, LKRZ 2007, 280; NdsOVG, DVBl. 1999, 1737). Die Geltung des in § 47 II 2 VwGO angesprochenen Rechtsträgerprinzips auf solche Verfahren kann nicht mit dem Hinweis auf sonstige zwischen Organen bzw. Organteilen geführten Kommunalverfassungsstreitverfahren verneint werden. Kommunalverfassungsstreitverfahren sind regelmäßig allgemeine Leistungs- und Feststellungsklagen, da Regelungen der inneren Organisation und Willensbildung nicht auf unmittelbare Rechtswirkungen nach außen gerichtet und daher keine Verwaltungsakte sind. Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen, für die die Regelung des § 78 VwGO gilt, sind daher in Kommunalverfassungsstreitverfahren nicht einschlägig; Beklagter ist daher das Organ oder ein Organteil. Dass § 78 VwGO in diesen Fällen nicht zur Anwendung kommt, ändert nichts an der Geltung des § 47 II 2 VwGO für Normenkontrollorganstreitverfahren.

B. Begründetheit

[...] Schließlich ist auch die Festlegung der Fraktionsmindeststärke in § 2 I 2 GO, gegen deren formelle Rechtmäßigkeit keine Bedenken bestehen, mit höherrangigem Recht vereinbar.

I. Kein Verstoß gegen das Gesetz

[63] Gesetzliche Regelungen für die Festlegung der Fraktionsmindeststärke bestehen nicht. § 31a SächsLKrO sieht zwar vor, dass sich Kreisräte zu Fraktionen zusammenschließen können; die Vorschrift enthält jedoch keine Bestimmung zu ihrer Mindestgröße. Deren Definition unterliegt vielmehr der autonomen Entscheidung des Kreistages des Antragsgegners. Für die ihm vom Gesetzgeber gemäß § 31a I 3 SächsLKrO übertragene Befugnis, das Nähere über die Bildung, die Stärke der Fraktionen, ihre Rechte und Pflichten innerhalb des Kreistages in der Geschäftsordnung zu regeln, steht dem Kreistag als kommunalem Vertretungsorgan aufgrund seiner Geschäftsordnungsautonomie ein weiter Ermessensspielraum zu (BVerwG, DÖV 1979, 790; HessVGH, LKRZ 2007, 262; BayVGH, NVwZ-RR 2000, 811).

II. Ermessensfehlerfreie Entscheidung

[64] Das dem Kreistag zustehende Ermessen unterliegt allerdings verfassungsrechtlichen Schranken (BVerfG, Beschl. v. 8. Dezember 1988 - 2 BvR 154/88 -, juris; BayVerfGH, BayVBl. 1976, 431; OVG Bremen, Urt. v. 20. April 2010 - 1 A 192/08 -, juris; OVG Rh.-Pf., DÖV 1992, 228), die sich aus dem Gleichheitssatz (Art. 3 I GG, Art. 18 I SächsVerf) und dem darin verbürgten Willkürverbot, aus dem im Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG, Art. 3 III SächsVerf) enthaltenen Übermaßverbot, der Oppositionsfreiheit und dem Minderheitenschutz und den aus dem freien Mandat folgenden elementaren Rechten der Kreisräte ergeben. Die Festlegung der Fraktionsmindeststärke in § 2 I 2 GO auf fünf Kreisräte wahrt die verfassungsrechtlichen Schranken.

1. Gleichbehandlung, Art. 3 I GG

Ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 I GG, Art. 18 Abs. 1 SächsVerf liegt nicht vor.

Der Prüfungsumfang des Senats ist [...] hier auf objektive Kriterien und auf das Ergebnis des Rechtsetzungsaktes begrenzt und schließt nicht den inneren Willensbildungsprozess der Kreisräte ein. Unter Berücksichtigung dieses Kontrollmaßstabes verstößt die Festlegung der Fraktionsmindeststärke auf vier [sic!] Kreisräte nicht gegen den Gleichheitssatz. Hierfür bestehen rechtfertigende sachliche Gründe.

a. Verhinderung von Zersplitterung als sachlicher Grund

Der Zweck einer jeden Fraktionsbildung liegt darin, zur Effektivierung der Kreistags- und Stärkung der Gremienarbeit den politischen Willen zu bündeln und zu lenken (BVerwG, Beschl. v. 31.5.1979, a. a. O). Diese Aufgabe wird nach zutreffender Einschätzung des Antragsgegners umso schwieriger je größer der Kreistag ist. Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn

der Kreistag bei einer Mitgliederzahl von 80 Kreisräten durch ausreichend große Fraktionen - hier mit einer Mindestmitgliederzahl von fünf - sicherstellen will, dass die politischen Entscheidungsabläufe gesteuert und gestrafft werden. Andernfalls stünde zu befürchten, dass sich die im Kreistag des Antragsgegners ohnehin bereits vorliegende Zersplitterung (die Kreistagssitze entfallen auf acht Parteien bzw. Wählergruppen) verfestigen könnte und damit der Zweck der Fraktionsbildung gefährdet und die Arbeit im Kreistag erschwert werden könnte (so auch BVerwG, Beschl. v. 31. Mai 1979, a. a. O.).

b. Prognoseentscheidung zulässig

Dass der Kreistag die Festlegung der Mindestmitgliederzahl einer Fraktion auf eine Prognoseentscheidung gestützt hat, ist ebenso nicht zu beanstanden. Mit der Kreisgebietsreform im Freistaat S sind die Landkreise und folglich auch ihre Kreistage neu gebildet worden. Dabei wurden erstmals Kreistage geschaffen, die hinsichtlich ihrer Mitgliederzahl deutlich über der der vorherigen Kreistage liegen. Es ist deshalb nicht sachwidrig, wenn die neuen Kreistage die vormals bestehenden Fraktionsmindeststärken nicht übernommen, sondern vielmehr im Wege einer Prognoseentscheidung neue Grenzen festgelegt haben.

Diese Erwägungen rechtfertigen die Festlegung der Fraktionsmindeststärke auf fünf Kreisräte, zumal den Fraktionen keine wesentlichen Befugnisse eingeräumt sind, die den Antragstellern durch die Versagung des Fraktionsstatus vorenthalten werden könnten. Die einem Kreisrat aus seinem freien Mandat zustehenden elementaren Rechte, wie das Recht auf freie und gleiche Abstimmung, ein Mindestbestand an Redemöglichkeiten und ein gewisses Maß an Antragsbefugnis werden durch die Fraktionsbildung nicht beeinflusst. [wird ausgeführt.]

Ob der Kreistag mit der Festlegung der Fraktionsmindeststärke auf fünf Kreisräte die zweckmäßigste oder gerechteste Lösung gewählt hat, unterliegt auch hier nicht der Prüfungskontrolle durch den Senat. Jedenfalls ist auch hier nicht festzustellen, dass die angesprochene Fraktionsmindeststärke - von der wiederum weitere Parteien bzw. Wählergruppen erfasst werden - ein gleichheitswidriger Ausschluss der der NPD angehörenden Antragsteller ist.

2. Freies Mandat

Die vorstehenden Ausführungen belegen zugleich, dass bei der Bestimmung der Fraktionsmindeststärke die elementaren Rechte der Kreisräte, die ihnen kraft des freien Mandats zustehen, ebenso wie ihre Oppositionsrechte nicht verletzt wurden, da ihnen die maßgeblichen Befugnisse auch ohne Fraktionsstatus geblieben sind.

3. Übermaßverbot

Schließlich ist auch das im Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG, Art. 3 III SächsVerf) enthaltene Übermaßverbot gewahrt. Danach müssen allgemeine Regeln über die Fraktionsmindeststärke so bemessen sein, dass ansehnlich große Gruppen von Mandatsträgern nicht von einer angemessenen Entfaltungsmöglichkeit im Kreistag - hier von der Fraktionsbildung - ausgeschlossen werden.

Wann eine Gruppe eine ansehnliche Größe erreicht hat, ist der Verallgemeinerung nicht zugänglich, da dies von den Gegebenheiten des jeweiligen Einzelfalls, insbesondere der Größe des Kreistages, der Anzahl der in ihm vertretenen politischen Parteien und Gruppierungen und der Mandatszahl derjenigen, die die Fraktion bilden wollen, abhängig ist. In der solche Einzelfälle betrachtenden Rechtsprechung (VGH BW, DÖV 1989, 596; OVG Rh.-Pf., DVBl. 1988, 798) sind Fraktionsmindeststärken von bis zu 10% der Mitgliederzahl des Organs regelmäßig nicht beanstandet worden. Die Festlegung einer Fraktionsmindeststärke von fünf Kreisräten bei einem aus 80 Mitgliedern bestehenden Kreistag wahrt das Rechtsstaatsprinzip. Die Antragsteller sind unzweifelhaft weder nach ihrer Anzahl noch ihrer politischen Stärke eine ansehnlich große Gruppe.

2. Teil: Urteil des BbgVerfG vom 15.04.2011 (VfGBbg 45/09)

Leitsätze:

1. Die Organisationshoheit ist ein wesentlicher Bestandteil der kommunalen Selbstverwaltung.

2. Die äußeren Grundstrukturen der BbgKVerf unterfallen weitgehend der Regelungskompetenz des Landes. Hinsichtlich des inneren Verwaltungsaufbaus müssen die Gemeinden ihre Organisation grds. eigenständig regeln dürfen.

3. Fehlt ihnen ein ausreichender Spielraum zur eigenständigen Organisation, muss die hierzu getroffene gesetzliche Regelung von hinreichend gewichtigen Gründen getragen sein.

4. Die gesetzliche Festlegung einer Mindestfraktionsgröße von vier Stadtverordneten in den Stadtverordnetenversammlungen kreisfreier Städte und vier Kreistagsabgeordneten in den Kreistagen sowie drei Mitgliedern in Gemeindevertretungen mit 32 oder mehr Gemeindevertretern belässt den Kommunen keinen ausreichenden Spielraum zur Regelung dieser inneren Organisation, weil ihnen die Möglichkeit genommen wird, kleineren politischen Gruppierungen die ausschließlich Fraktionen zustehenden Rechte am politischen Willensbildungsprozess einzuräumen.

5. Für die Erhöhung der Mindestfraktionsstärke durch den Landesgesetzgeber liegt keine ausrei-

chende Rechtfertigung vor.

Sachverhalt:
Die Bf., eine kreisfreie Stadt, wandte sich gegen § 32 I 1 bis 3 BbgKVerf, durch die die Mindeststärke einer Fraktion in kreisfreien Städten und Landkreisen gegenüber der Altregelung in § 40 I 2 BbgGO von zwei auf vier Mitglieder heraufgesetzt worden ist. Sie machte eine Verletzung ihres Rechts auf kommunale Selbstverwaltung gem. Art. 97 I BbgVerf, Art. 28 I 2, II 1 GG geltend. Die kommunale Verfassungsbeschwerde hatte überwiegend Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Zulässigkeit

I. Statthaftigkeit
Die kommunale Verfassungsbeschwerde ist nach Art. 100 BbgVerf, § 12 Nr. 5, § 51 BbgVerfGG statthaft, aber insofern unzulässig, als die Bf. eine Verletzung eigener Rechte aus Art. 28 I 2, II 1 GG rügt. Nach Art. 100 BbgVerf können Gemeinden und Gemeindeverbände Verfassungsbeschwerde (nur) mit der Behauptung erheben, dass ein Gesetz des Landes ihr Recht auf Selbstverwaltung „nach dieser Verfassung" - also der BbgVerf - verletze.

II. Antragsbefugnis
Die Verfassungsbeschwerde ist weiterhin unzulässig, soweit die Bf. ihre Verfassungsbeschwerde auf eine Verletzung des Gleichheitssatzes (Art. 12 BbgVerf) stützt. Insoweit ist sie nicht beschwerdebefugt. Art. 12 BbgVerf begründet ein Recht des Einzelnen gegen den Staat, berührt aber das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden nicht (vgl. zum Bundesrecht BVerfGE 91, 228, 245).

B. Begründetheit
Die kommunale Verfassungsbeschwerde hat – soweit zulässig – bereits mit dem Hauptantrag Erfolg. Die angegriffene Vorschrift greift in die kommunale Selbstverwaltung ein, ohne dass dieser Eingriff der verfassungsrechtlichen Überprüfung standhält.

I. Schutzbereich der Selbstverwaltungsautonomie betroffen
Art. 97 I 1 und 2 BbgVerf gewähr leistet den Gemeinden einen grds. alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft umfassenden Aufgabenbereich. Dies bezieht sich zwar vorrangig auf die sachlichen Aufgaben der Kommune (vgl. zu Art. 28 GG Gern, Kommunalrecht, 3. Aufl. [2003], 3. Kapitel Rn. 63), erstreckt sich aber auch auf die innere Verwaltungsorganisation (BbgVerfGE 2, 183, 188). [...]
Die Organisationshoheit ist ein wesentlicher Bestandteil des in Art. 97 I BbgVerf geschützten Rechts auf kommunale Selbstverwaltung (Lieber/Iwers/Ernst, BbgVerf, Art. 97 Rn. 1.1). Die Formulierung des Art. 97 BbgVerf lehnt sich an diejenige des Art. 28 II 1 GG an, der an die historisch gewachsene Idee der Allzuständigkeit der Kommunen anknüpft und diesen einen breit gefächerten Aufgabenbereich garantiert. [...]

II. Eingriff
§ 32 I BbgKVerf ist eine Norm, die dem Bereich der inneren Organisation zuzuordnen ist. Dazu zählen u. a. die Organkreation sowie die Ausgestaltung der inneren Organstrukturen. Der Text der Kommunalverfassung ordnet § 32 I BbgKVerf bereits in das die innere Gemeindeverfassung betreffende 2. Kapitel ein. Die Regelung setzt Fraktionen ein, die nach § 32 II BbgKVerf bei der Willensbildung und Entscheidungsfindung in der Gemeindevertretung mitwirken sollen. Mit der gesetzlichen Festlegung einer Mindestgröße der Fraktionen trifft der Gesetzgeber zugleich eine abschließende Regelung, die jede andere Festlegung einer Fraktionsmindestgröße durch die Gemeinde selbst ausschließt (so zu § 30 a I RhPfGO zutreffend OVG Koblenz, NVwZ-RR 1997, 310). Damit wird eine Berücksichtigung der besonderen örtlichen Gegebenheiten wie auch der möglicherweise bestehenden lokalen Partikularinteressen ausgeschlossen. [...]

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

1. Sachlicher Grund erforderlich
Besteht nach der angegriffenen Regelung kein Spielraum für die Kommunen, auf die konkreten Anforderungen vor Ort selbst zu reagieren, ist die von dem Landesgesetzgeber getroffene Regelung verfassungsrechtlich nur zulässig, wenn sie von hinreichend gewichtigen Gründen getragen wird.

2. Subsumtion
Das ist nicht der Fall. Unabhängig von der Frage, ob die Effektivität der Willensbildung innerhalb der Stadtverordnetenversammlung eine Fraktionsmindeststärke überhaupt zu rechtfertigen vermag und ggf. in welchem Maße, bedarf es für den Gesetzgeber der Rechtfertigung dafür, dass er die entsprechende Vorgabe eigenständig selbst und abschließend trifft, statt diese den Kommunen in eigener Verantwortung zu überlassen.
Dabei ist zu berücksichtigen, dass die angegriffene Regelung eine Vorgängernorm in der Gemeindeordnung ablöst, die bereits eine Bestimmung zur Fraktionsgröße enthielt. Nach § 40 I 2 BbgGO i. d. F. der Bkm. vom 10. 10. 2001 (GBl I, 154), gültig bis zum 27. 9. 2008, mussten Fraktionen aus mindestens zwei Personen bestehen. Dass in der Situation der größeren Kommunen Brandenburgs Gründe dafür bestanden,

die Mindestfraktionsstärke durch Landesgesetz zu erhöhen, ist nicht erkennbar. Weder der Wortlaut der Norm noch die Systematik des Gesetzes zeigen ein Bedürfnis für eine landeseinheitliche Regelung auf. [...] Auch die Gesetzesbegründung und die sonstigen Materialien enthalten keinen ausreichenden Hinweis auf rechtfertigende Gründe. [...]

Dass es in der Vergangenheit auf kommunaler Ebene zu willkürlichen Festsetzungen von Fraktionsmindeststärken oder zu einer Heraufsetzung der Fraktionsstärke aus sachfremden Erwägungen gekommen ist, etwa, um bestimmte politische Gruppierungen bewusst von der Mitarbeit in den Ausschüssen auszuschließen, ist nicht erkennbar und hat auch die mündliche Verhandlung nicht ergeben. Jede Heraufsetzung der Fraktionsstärke hätte einer Mehrheitsentscheidung in der Stadtverordnetenversammlung bzw. im Kreistag bedurft und wäre daher demokratisch legitimiert gewesen. Dass demokratische Mehrheitsentscheidungen von politischen Gegebenheiten abhängen, ist systemimmanent und legitimiert für sich gesehen den Landesgesetzgeber nicht, in die kommunale Organisationshoheit abschließend einzugreifen.

3. Ergebnis

Da hinreichend gewichtige Gründe dafür nicht bestehen, den kreisfreien Städten und Landkreisen keinen Spielraum für die Berücksichtigung von Partikularinteressen bei der Festsetzung der Fraktionsmindeststärke zu belassen, wird durch die angegriffene Norm der Schutzbereich des Art. 97 II BbgVerf verletzt. § 32 I 3 BbgKVerf ist daher nichtig. Von dieser Nichtigkeit wird auch § 32 I 2, 2. Halbs. BbgKVerf erfasst. Für die dort festgelegte Mindestgröße der Fraktionen in Gemeindevertretungen mit 32 oder mehr Gemeindevertretern auf mindestens drei Mitglieder liegt ebenfalls kein eine landesgesetzliche Regelung rechtfertigender Grund vor. Deshalb kann auch diese Norm keinen Bestand haben.

IMPRESSUM

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

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

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

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

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

VERSAND: Ohne Zusicherung eines festen Veröffentlichungstermins monatlich per Post.

NACHBESTELLUNG: Einzelne Hefte *früherer* Jahrgänge können zum Preis von 6 Euro/Heft nachbestellt werden, solange Vorrat reicht. Jahrgangsregister ab 1999: 5 Euro/Jahrgang. Einbanddecken (dunkelblau, jahresneutral): 9 Euro/Stück. Nachbestellung von Sonderbeilagen auf Anfrage. Alle Preise zzgl. 3,50 Euro Versandkosten. Bitte Verrechnungsscheck oder Einzugsermächtigung beifügen.
Der Bezug von Einzelheften des *laufenden* Jahrgangs ist nur i.V.m. einem Abonnement möglich.

Zivilrecht

Standort: ZPO Problem: § 726 ZPO

BGH, Beschluss vom 29.06.2011
VII ZB 89/10 (NJW 2011, 2803)

Problemdarstellung:

Die Zedentin – eine Bank – hatte der Antragstellerin eine Briefgrundschuld übertragen, die zur Sicherung einer Darlehensforderung bestellt worden war. Die Grundschuldbestellung war seinerzeit durch notarielle Urkunde erfolgt, in der sich u.a. die Grundstückseigentümer wegen aller Ansprüche aus der Grundschuld der sofortigen Zwangsvollstreckung in das dingliche Vermögen unterworfen hatten. Die Zedentin beantragte die Erteilung der Vollstreckungsklausel. Dies lehnte der Notar mit der Begründung ab, dass die Zedentin den Eintritt in den Sicherungsvertrag und damit eine Bedingung für den Vollstreckungsbeginn gem. § 726 I ZPO nicht nachgewiesen habe.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung ist ausschließlich für Referendare interessant. Sie ist zur Aufnahme in die amtliche Sammlung vorgesehen und dürfte daher einige Examensrelevanz haben.

Das Klauselverfahren gem. §§ 724 ff. ZPO ist ein der Zwangsvollstreckung vorgeschaltetes, eigenständiges Verfahren, das der Erlangung der allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzung „Klausel“ dient. Es soll die Prüfung der Vollstreckbarkeit nach der prozessualen Sachlage ermöglichen. Das hat zur Folge, dass das Klauselorgan (der Urkundsbeamte, Rechtspfleger, Richter oder Notar) den jeweiligen Titel in erster Linie auf seine formelle Vollstreckbarkeit überprüft. Hiervon bestehen jedoch gewisse Ausnahmen, wenn es um die Erteilung qualifizierter Klauseln nach §§ 726, 727 ZPO geht. So ist bei einer titelergänzenden Klausel nach § 726 I ZPO z.B. die materiell-rechtliche Frage zu prüfen, ob der Eintritt einer Bedingung durch öffentliche/öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen ist. Ob eine Bedingung für den Vollstreckungsbeginn vereinbart wurde, muss dem Titel zu entnehmen sein, wobei in Zweifelsfällen eine Auslegung durch das Klauselorgan möglich ist (vgl. Rn. 23 d. Beschl.).

Im vorliegenden Fall hatte der Notar die Erteilung aufgrund des fehlenden Nachweises des Eintritts der Zedentin in den Sicherungsvertrag abgelehnt. Damit sei eine Bedingung für den Vollstreckungsbeginn nach § 726 I ZPO nicht gegeben. Jedoch ergab sich die Notwendigkeit des Eintritts in den Sicherungsvertrag nicht aus dem Titel. Vielmehr war der Notar im Wege einer eigenständigen Auslegung zu dieser Erkenntnis gelangt. Hierbei konnte er sich allerdings auf die Entscheidung des XI. Zivilsenats aus dem Jahr 2010 berufen, wonach eine Klausel gem. § 305 c II BGB dahingehend auszulegen sei, dass sich die Vollstreckungsunterwerfung nur auf Ansprüche aus einer treuhänderisch gebundenen Sicherungsgrundschuld erstrecke (NJW 2010, 2041). Damit hatte der XI. Zivilsenat quasi den Eintritt des Zessionars in den Sicherungsvertrag gefordert, da sich gerade aus diesem der treuhänderische Charakter der abstrakten Sicherungsgrundschuld ergibt.

Dem schließt sich der VII. Zivilsenat nicht an: Das Klauselverfahren dient demnach nicht dazu, das Ergebnis des Erkenntnisverfahrens zu revidieren. Legt das Klauselorgan einen Titel aus, um festzustellen, ob die Voraussetzungen der §§ 726, 727 ZPO nachzuweisen sind, ist dieser Auslegung Grenzen gesetzt. Die Auslegung muss sich auf den Titel selbst oder auf Unterlagen beziehen, die Bestandteil des Titels sind. Jedoch darf nicht auf außerhalb des Titels liegende Umstände abgestellt werden. Wenn für das Auslegungsergebnis keine Anhaltspunkte im Wortlaut des Titels zu finden sind, ist die Grenze überschritten.

Da der Notar hier alleine eine interessengeleitete Auslegung mit Blick auf den treuhänderischen Charakter einer Sicherungsgrundschuld vorgenommen hatte, die vom Wortlaut des Titels jedoch nicht getragen wurde, war die Auslegung fehlerhaft. Die Klausel hätte erteilt werden müssen.

Prozessual kann die Problematik z.B. in einen Rechtsbehelf der Zedentin (als Gläubigerin der Zwangsvollstreckung) eingekleidet werden: Gegen eine Versagung der Klauselerteilung durch den Notar ist gem. § 54 BeurkuG i.V.m. § 70 FamFG Beschwerde möglich. Die – normalerweise examensrelevantere – Klauselerteilungsklage nach § 731 ZPO kommt dagegen nicht in Betracht, da es nicht um eine Nichterbringbarkeit der Voraussetzungen der §§ 726, 727 ZPO in der dort vorgesehenen Form geht.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Entscheidung des XI. Zivilsenats vom 30.03.2010: *BGH*, NJW 2010, 2041 (= Entscheidung

des XI. Zivilsenats); *Herrler*, BB 2010, 1931; *Volmer*, MittBayNot 2010, 383; *Wolfsteiner*, ZNotP 2010, 322; *Skauradszun*, MDR 2010, 845 und Jura 2011, 128; *Kesseler,* WM 2011, 486; *Sommer*, RNotZ 2010, 378 (Kritik an der vorgenannten Entscheidung)

❑ Zum Prüfungsumfang des Notars als Klauselorgan: *BGH*, NJW-RR 2004, 1718 (nur formelles Prüfungsrecht)

❑ Allgemeines: *BGH*, NJW-RR 2005, 295 (Zustellung während des Klauselerteilungsverfahrens)

Kursprogramm:

❑ *Assessorkurs*: „Probleme einer Witwe"

Leitsätze:

1. Bei der Auslegung einer notariellen Unterwerfungserklärung muss der Notar im Klauselerteilungsverfahren grundsätzlich von dem Wortlaut der Urkunde ausgehen. Ist eine Vollstreckungsbedingung im Sinne des § 726 Abs. 1 ZPO im Wortlaut der notariellen Urkunde nicht angelegt, verbietet sich für den Notar die Annahme einer solchen Bedingung. Er kann sie nicht allein aus einer Interessenabwägung herleiten (Rn.19) (Rn.24).Dem Notar ist deshalb eine Auslegung verwehrt, die in einer notariellen Urkunde enthaltene Unterwerfungserklärung wegen Ansprüchen aus einer Grundschuld erstrecke sich nur auf Ansprüche aus einer treuhänderisch gebundenen Sicherungsgrundschuld, wenn sie im Wortlaut der notariellen Urkunde nicht angelegt ist.

2. Der Notar muss daher dem Zessionar einer Sicherungsgrundschuld die Klausel als Rechtsnachfolger ungeachtet der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 30. März 2010 (XI ZR 200/09, BGHZ 185, 133) erteilen, wenn die Rechtsnachfolge in die Ansprüche durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen ist.

3. Die Einwendung, die Unterwerfungserklärung erstrecke sich nur auf Ansprüche aus einer treuhänderisch gebundenen Sicherungsgrundschuld und der Zessionar sei nicht in die treuhänderische Bindung eingetreten, kann der Schuldner nur mit der Klage nach § 768 ZPO geltend machen (abweichend von BGH, Versäumnisurteil vom 30. März 2010, XI ZR 200/09, BGHZ 185, 133).

Sachverhalt:

Die Antragstellerin begehrt als Rechtsnachfolgerin die Erteilung einer Vollstreckungsklausel für eine notarielle Urkunde, in der sich die Schuldner wegen der Ansprüche aus einer Grundschuld und persönlichen Haftungserklärung der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen haben.

Die Schuldner erwarben am 14. Februar 2000 das Grundstück F.-Straße 6 in O. Am 17. Februar 2000 schlossen sie ausweislich des von ihr vorgelegten Vertrages mit der Antragstellerin einen Kreditvertrag über ein Darlehen in Höhe von 220.000 DM. Zur Darlehenssicherung wurde in dieser Vertragsurkunde die Verschaffung einer erstrangigen sofort vollstreckbaren Grundschuld an dem Grundstück F.-Straße 6 in O. in Höhe des Kreditbetrages nebst Zinsen sowie die Abgabe eines vollstreckbaren abstrakten Schuldversprechens in derselben Höhe vereinbart.

Mit notarieller Urkunde vom 13. April 2000 bestellten die vormaligen Eigentümer an dem Grundstück F.-Straße 6 in O. eine Briefgrundschuld in Höhe von 454.000 DM nebst Zinsen und einer einmaligen Nebenleistung zu Gunsten der R.-Bank in M. (im Folgenden: Zedentin). Sie und die Schuldner als künftige Eigentümer unterwarfen sich in Ziffer 2. der Urkunde "wegen aller Ansprüche an Kapital, Zinsen und Nebenleistung, welche der Gläubigerin aus der Grundschuld zustehen, der sofortigen Zwangsvollstreckung in das mit der Grundschuld belastete Eigentum" ("dingliche Zwangsvollstreckungsunterwerfung"). Die Schuldner erklärten in Ziffer 4. weiter, dass sie als Gesamtschuldner "die persönliche Haftung für die Zahlung eines Geldbetrags, dessen Höhe der vereinbarten Grundschuld (Kapital, Zinsen, Nebenleistungen) entspricht", übernehmen; sie unterwarfen sich gleichzeitig deswegen "der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde in ihr gesamtes Vermögen" ("persönliche Haftung mit Zwangsvollstreckungsunterwerfung"). Außerdem enthielt die Urkunde noch eine "Sicherungsabrede".

Am 29. August 2000 trat die Zedentin einen erstrangigen Teilbetrag der Briefgrundschuld in Höhe von 220.000 DM mit der Nebenleistung und Zinsen sowie ihr zustehende Ansprüche aus der Übernahme der persönlichen Haftung der Schuldner in dieser Höhe an die Antragstellerin ab. Diese wurde am 18. März 2010 als Grundschuldgläubigerin in das Grundbuch eingetragen.

Die Antragstellerin hat bei dem zuständigen Notar beantragt, eine Teilausfertigung der notariellen Urkunde vom 13. April 2000 hinsichtlich eines erstrangigen Teilbetrages von 112.484,12 € zu ihren Gunsten zu fertigen, die Vollstreckungsklausel auf sie als Rechtsnachfolgerin der Zedentin umzuschreiben und ihr zum Zwecke der Zwangsvollstreckung in dinglicher und persönlicher Hinsicht gegen die Schuldner zu erteilen. Hierzu hat sie neben dem Grundbuchauszug die vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde, eine öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung und eine einfache Kopie des Kreditvertrages vom 17. Februar 2000 vorgelegt. Der Notar hat den Antrag abgelehnt. Der dagegen gerichteten Beschwerde hat er nicht abgeholfen. Das Landgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde

begehrt die Antragstellerin die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und die Klauselumschreibung.

Aus den Gründen:

[6] Die gemäß § 54 Abs. 2 Satz 1 BeurkG, § 70 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 FamFG statthafte Rechtsbeschwerde ist zulässig und begründet.

A. Ausführungen des Beschwerdegerichts

[8] Das Beschwerdegericht hat sich der Auffassung des Notars angeschlossen, nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 30. März 2010 (XI ZR 200/09, BGHZ 185, 133) sei eine formularmäßige Vollstreckungsunterwerfung dahin auszulegen, dass sie sich nur auf Ansprüche aus einer treuhänderisch gebundenen Sicherungsgrundschuld erstrecke. (...)

B. Entscheidung des BGH

[10] Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

[11] Der Antragstellerin ist die begehrte Vollstreckungsklausel sowohl in dinglicher als auch in persönlicher Hinsicht gegen die Schuldner zu erteilen.

I. Entscheidung des XI. Zivilsenats

[12] Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat in seiner Entscheidung vom 30. März 2010 (XI ZR 200/09, BGHZ 185, 133, Rn. 24, 34 ff.) die Auffassung vertreten, eine anlässlich der Bestellung einer Sicherungsgrundschuld formularmäßig durch den Schuldner erklärte Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung wegen aller Ansprüche aus der Grundschuld sei gemäß § 5 AGBG (jetzt: § 305c Abs. 2 BGB) dahin auszulegen, dass nur Grundschuldansprüche aus einer treuhänderisch gebundenen Sicherungsgrundschuld tituliert seien (dem folgend BGH, Urteil vom 3. Dezember 2010 - V ZR 200/09, veröffentlicht in juris, Rn. 22). Dies ergebe sich aus der zum Zeitpunkt der Unterwerfungserklärung maßgeblichen objektivierten Interessenlage von Gläubiger und Schuldner. Deshalb könne der Zessionar einer Sicherungsgrundschuld aus einer Unterwerfungserklärung nur vorgehen, wenn er in den Sicherungsvertrag eintrete. Die Prüfung, ob dies der Fall sei, sei dem Klauselerteilungsverfahren vorbehalten. Wer den Verpflichtungen aus dem Sicherungsvertrag nicht beitrete, werde nicht Rechtsnachfolger hinsichtlich des titulierten Anspruchs im Sinne des § 727 Abs. 1 ZPO.

II. Stellungnahme des erkennenden Senats

[14] Der VII. Zivilsenat kann sich der Auffassung des XI. Zivilsenats, der von diesem für erforderlich gehaltene Eintritt in die Sicherungsvereinbarung sei gemäß § 727 ZPO im Klauselerteilungsverfahren zu prüfen, nicht anschließen.

[18] Ist (...) davon auszugehen, dass der Eintritt in die Sicherungsvereinbarung nach der vom XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in seiner Entscheidung vom 30. März 2010 (XI ZR 200/09, aaO, Rn. 39) vorgenommenen einschränkenden Auslegung der Unterwerfungserklärung eine Vollstreckungsbedingung darstellt, so stellt sich die Frage, ob sie gemäß § 726 Abs. 1 ZPO im Klauselerteilungsverfahren zu beachten ist. Diese Frage wird vom erkennenden Senat verneint.

[19] Bei der Auslegung einer notariellen Unterwerfungserklärung muss der Notar im Klauselerteilungsverfahren grundsätzlich von dem Wortlaut der Urkunde ausgehen. Ist eine Vollstreckungsbedingung im Sinne des § 726 Abs. 1 ZPO im Wortlaut der notariellen Urkunde nicht angelegt, verbietet sich für den Notar die Annahme einer solchen Bedingung. Er kann sie nicht allein aus einer Interessenabwägung herleiten. Eine allein aus einer Interessenabwägung hergeleitete Auslegung durch den Notar wäre nicht damit vereinbar, dass der Prüfungsumfang im Klauselerteilungsverfahren wegen dessen Formalisierung eingeschränkt ist. Der Notar wäre anderenfalls gezwungen, nicht formalisierte materiell-rechtliche Bewertungen des Titels vorzunehmen. Für derartige Bewertungen ist das Klauselerteilungsverfahren nicht ausgelegt (ebenso Herrler, BB 2010, 1931, 1934; Volmer, MittBayNot 2010, 383; Wolfsteiner, ZNotP 2010, 322; Skauradszun, Jura 2011, 128, 130; Kesseler, WM 2011, 486, 487).

1. Zielsetzung des Klauselerteilungsverfahrens

[20] Im Unterschied zum Erkenntnisverfahren, in dem eine Prüfung nach der materiell-rechtlichen Lage stattfindet, dient das Klauselerteilungsverfahren nach dem Willen des Gesetzgebers der "Prüfung der Vollstreckbarkeit nach der prozessualen Lage der Sache" (vgl. Motive S. 403 f. = Hahn/Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, 2. Aufl., Bd. 2, Abteilung 1, S. 433 f.). Dies führt zu einer "prozessualen Eigenständigkeit" des Klauselerteilungsverfahrens mit der Folge, dass der Titel nur auf seine formelle Vollstreckungsfähigkeit, die sich grundsätzlich nicht an materiell-rechtlichen Kriterien orientiert, überprüft wird (vgl. Münch, Vollstreckbare Urkunden und prozessualer Anspruch, S. 227 ff.; Binder/Piekenbrock, WM 2008, 1816, 1817 f. m.w.N.). Das Klauselerteilungsverfahren dient nicht dazu, das Ergebnis des Erkenntnisverfahrens zu revidieren (Schuschke/Walker/Schuschke, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 4. Aufl., § 726 Rn. 4 Fn. 14; Musielak/Lackmann, ZPO, 8. Aufl., § 726 Rn. 1) oder materiell-rechtlichen Veränderungen vor Vollstreckungsbeginn Rechnung zu tragen. Eine unbegrenzte Prüfung des Titels wird vom Klauselerteilungsorgan nicht gefordert und kann in Anbetracht der Begrenztheit der Nachweismittel im Klauselerteilungsverfahren auch nicht erwartet werden (Münch,

aaO, S. 229 f.; Böckmann, Schuldnerschutz bei vollstreckbaren notariellen Urkunden, S. 179). Für den Urkundsbeamten der Geschäftsstelle (§ 724 Abs. 2 ZPO) folgt das bereits aus seiner im Vergleich zum Richter beschränkten Sachkompetenz.

2. Besonderheiten der Urkunde als Titel

[21] Auch wenn der notariellen Urkunde im Unterschied zum Urteil kein Erkenntnisverfahren vorangegangen ist, gilt für den prozessualen Pflichtenkreis des Notars als Klauselerteilungsorgan nichts anderes. Weder der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle noch der Notar dürfen sich über den Inhalt des Titels hinwegsetzen. Beide müssen diesen in formeller (§ 724 Abs. 1 ZPO), sachlicher (§ 726 Abs. 1 ZPO) und persönlicher (§ 727 Abs. 1 ZPO) Hinsicht umsetzen (Münch, aaO, S. 229 f.). Eine weitergehende Prüfungsbefugnis - insbesondere eine materiell-rechtliche Beurteilung - steht dem Notar grundsätzlich nicht zu (vgl. BGH, Beschlüsse vom 16. April 2009 - VII ZB 62/08, NJW 2009, 1887, 1888; vom 5. Juli 2005 - VII ZB 27/05, MDR 2005, 1432 f.; vom 16. Juli 2004 IXa ZB 326/03, NJW-RR 2004, 1718, 1719). Dementsprechend hat der Senat bereits entschieden, dass der Notar im Klauselerteilungsverfahren grundsätzlich nicht die auf materiell-rechtliche Erwägungen gestützte Rüge der Nichtigkeit des zugrunde liegenden Titels berücksichtigen darf (vgl. BGH, Beschlüsse vom 16. April 2009 - VII ZB 62/08, aaO; vom 5. Juli 2005 VII ZB 27/05, aaO). Ob von diesem Grundsatz eine Ausnahme zu machen ist, wenn die eine Nichtigkeit begründenden Voraussetzungen dem Titel ohne weiteres entnommen werden können ("Evidenzkontrolle"), hat der Bundesgerichtshof bislang offen gelassen (vgl. BGH, Beschlüsse vom 16. April 2009 VII ZB 62/08, aaO; vom 5. Juli 2005 - VII ZB 27/05, aaO; vom 16. Juli 2004 IXa ZB 326/03, aaO).

3. Ausnahmsweise materiell-rechtliche Prüfungskompetenz des Klauselorgans bei Erteilung einer qualifizierten Klausel gem. § 726 ZPO

[22] Eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass eine materiell-rechtliche Prüfung im Klauselerteilungsverfahren nicht stattfindet, ergibt sich aus § 726 Abs. 1 ZPO. Hängt die Vollstreckung nach dem Inhalt des Titels vom Eintritt einer vom Gläubiger zu beweisenden materiell-rechtlichen Tatsache ab, darf die Vollstreckungsklausel nur erteilt werden, wenn dieser Nachweis nach Maßgabe von § 726 Abs. 1 ZPO geführt wird (sog. "titelergänzende Klauselfunktion"). Die Feststellung, ob der Titel eine solche Vollstreckungsbedingung enthält, macht eine inhaltliche Prüfung durch das Klauselerteilungsorgan notwendig. Dieses ist verpflichtet, durch Auslegung des Titels zu ermitteln, ob dessen Vollstreckbarkeit seinem Inhalt nach vom Eintritt durch den Gläubiger zu beweisender Tatsachen gemäß § 726 Abs. 1 ZPO abhängt (vgl. BGH, Beschluss vom 19. August 2010 - VII ZB 2/09, NJW-RR 2011, 424, 426; Zöller/Stöber, ZPO, 28. Aufl., § 726 Rn. 5).

4. Grenzen der Auslegung

a) Wortlaut des Titels

[23] Dieser Auslegung durch das Klauselerteilungsorgan sind jedoch durch die Formalisierung des Klauselerteilungsverfahrens Grenzen gesetzt. Die zur Auslegung einer privaten Willenserklärung nach §§ 133, 157 BGB entwickelten Grundsätze können nicht ohne weiteres angewandt werden. Da der Vollstreckungstitel Inhalt und Umfang der Zwangsvollstreckung festlegt und der Schuldner staatlichen Zwang nur nach dieser Maßgabe zu dulden hat, muss eine im Klauselerteilungsverfahren zu berücksichtigende Abhängigkeit der Vollstreckbarkeit nach § 726 Abs. 1 ZPO durch den Titel selbst festgestellt sein und sich klar aus diesem ergeben (so schon RGZ 81, 299, 302, und RGZ 72, 22, 23 f.). Insofern muss der Titel aus sich heraus für eine Auslegung genügend bestimmt sein oder jedenfalls sämtliche Kriterien für seine Bestimmbarkeit eindeutig festlegen (vgl. BGH, Urteil vom 7. Dezember 2005 - XII ZR 94/03, BGHZ 165, 223, 228; BGH, Urteil vom 6. November 1985 - IVb ZR 73/84, NJW 1986, 1440; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl., § 726 Rn. 3; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl., § 10 Rn. 43, 50). Maßgeblich ist in erster Linie der Wortlaut des Titels. Neben dem Wortlaut sind auch solche Zwecke und Interessen der Parteien berücksichtigungsfähig, die sich aus dem Titel ergeben (vgl. BGH, Beschluss vom 19. August 2010 - VII ZB 2/09, aaO; BGH, Beschluss vom 29. Mai 2008 V ZB 6/08, NJW 2008, 3363, 3364 m.w.N.; Musielak/Lackmann, ZPO, 8. Aufl., § 726 Rn. 2). Bei dieser Auslegung kann grundsätzlich nur auf den Titel selbst oder auf Unterlagen abgestellt werden, die dessen Bestandteil sind, nicht jedoch auf außerhalb des Titels liegende Umstände (vgl. BGH, Urteil vom 6. November 1985 - IVb ZR 73/84, aaO; OLG Stuttgart, NJW-RR 1999, 791 f.; OLG Frankfurt, NJW-RR 1994, 9; OLG Köln, OLGR 1992, 339, 340 m.w.N.). Ausnahmsweise können außerhalb des Titels liegende Umstände zu beachten sein, wenn das Vollstreckungsorgan den Titel selbst erlassen hat (vgl. BGH, Beschluss vom 26. November 2009 - VII ZB 42/08, NJW 2010, 2137 f.; BGH, Beschluss vom 23. Oktober 2003 - I ZB 45/02, NJW 2004, 506 ff.). Darüber hinausgehende "Korrekturen" dürfen nicht vorgenommen werden.

[24] Unter Beachtung der dargestellten Funktion des Klauselerteilungsverfahrens ist die Grenze der vom Klauselerteilungsorgan vorzunehmenden Auslegung dort überschritten, wo sie zu nicht mehr hinnehmbaren

Unwägbarkeiten im Zwangsvollstreckungsverfahren führt, so dass es nicht mehr gerechtfertigt erscheint, ohne eine richterliche Entscheidung in einem kontradiktorischen, keinen Beweismittelbeschränkungen unterliegenden Verfahren auf der Grundlage solcher Unwägbarkeiten staatlichen Zwang auszuüben oder zu verweigern. Das ist in der Regel der Fall, wenn die Bedingung für die Vollstreckbarkeit einer notariellen Urkunde, die eine Unterwerfungserklärung beinhaltet, im Wortlaut der Urkunde in keiner Weise angelegt ist und sich allein aus einer interessengeleiteten Auslegung ergibt. Der Formalisierung des Klauselerteilungsverfahrens würde es nicht gerecht, wenn der Notar genötigt wäre, den gesamten Inhalt einer notariellen Urkunde über die Unterwerfungserklärung hinaus ohne jeden Anhaltspunkt im Wortlaut unter Berücksichtigung aller sonstigen Erklärungen interessengerecht auszulegen (in diesem Sinne Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Aufl., Rn. 11.37). Etwas anderes kann allenfalls dann gelten, wenn sich dem Notar die Vollstreckungsbedingung, auch ohne dass sie im Wortlaut der notariellen Urkunde angelegt wäre, aufdrängen muss.

b) Argument: Klauselrechtsbehelfe; im Zweifel entspr. Anwendung von § 768 ZPO

[25] Gegen die Annahme einer in dieser Weise begrenzten Prüfung durch das klauselerteilende Organ kann nicht eingewandt werden, dass damit die Vollstreckung mit staatlichen Zwangsmitteln auch in Fällen ermöglicht werde, in denen nach der materiellen Rechtslage tatsächlich eine Bedingung der Vollstreckung bestehe und diese nicht eingetreten sei. Das ist nicht der Fall.

[26] Als Ausgleich für die bereits dargestellte Formalisierung des Klauselerteilungsverfahrens gibt es sowohl für den Gläubiger als auch für den Schuldner Rechtsbehelfe, die kontradiktorische Verfahren ohne Beweismittelbeschränkungen eröffnen (vgl. Binder/Piekenbrock, WM 2008, 1816, 1817 f.). Kann der Gläubiger den in § 726 Abs. 1 ZPO oder § 727 Abs. 1 ZPO geforderten Nachweis in der dort vorgesehenen Form nicht erbringen, kann er Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel nach § 731 ZPO erheben. Ist eine Vollstreckungsklausel nach § 726 Abs. 1 ZPO erteilt worden und bestreitet der Schuldner den vom Klauselerteilungsorgan als bewiesen angenommenen Eintritt der materiell-rechtlichen Vollstreckungsbedingung, kann der Schuldner Klage gegen die Vollstreckungsklausel nach § 768 ZPO erheben. Gleiches gilt in den Fällen der §§ 727 bis 729, 738, 742, 744, des § 745 Abs. 2 und des § 749 ZPO. Dem liegt das gesetzgeberische Regelungsziel zugrunde, dass dem Schuldner die Möglichkeit eröffnet sein muss, eine vollständige Prüfung seiner gesetzlich zulässigen Einwendungen gegen die Vollstreckbarkeit des Titels ohne Beweismittelbeschränkungen zu erreichen. Er soll nicht zur Duldung einer insoweit materiell-rechtlich ungerechtfertigten Zwangsvollstreckung verpflichtet sein (in diesem Sinne Münch, aaO, S. 237; Binder/Piekenbrock, WM 2008, 1816, 1817 f.).

[27] Dieser Grundsatz muss auch dann gelten, wenn der Schuldner materiell-rechtliche Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Vollstreckung daraus ableitet, dass der Titel eine Vollstreckungsbedingung enthält, die nicht in ihrem Wortlaut angelegt ist und deshalb vom Klauselerteilungsorgan nicht berücksichtigt werden darf. In diesen Fällen ist § 768 ZPO jedenfalls entsprechend anzuwenden. Dieses Verfahren ist geeignet, die Auslegung des Titels umfassend zu klären, wobei alle Beweismittel zugelassen sind.

III. Ergebnis

[28] Nach diesen Grundsätzen ist die Vollsteckungsbedingung des Eintritts in den Sicherungsvertrag durch einen Zessionar einer Grundschuld im Klauselerteilungsverfahren nicht nachzuweisen, wenn diese Bedingung im Wortlaut der notariellen Urkunde nicht angelegt ist. Das ist regelmäßig - wie auch hier - der Fall. Die vom XI. Zivilsenat anhand einer "objektivierten Interessenlage" erkannte Abhängigkeit der Unterwerfungserklärung unter die sofortige Zwangsvollstreckung davon, dass sich diese nur auf Ansprüche aus einer treuhänderisch gebundenen Sicherungsgrundschuld erstrecke und der neue Gläubiger im Klauselerteilungsverfahren seinen "Eintritt in den Sicherungsvertrag" nachweisen müsse, kann regelmäßig weder dem Wortlaut der Unterwerfungserklärung noch den ihr beigefügten Unterlagen entnommen werden. Unterwerfungserklärungen unter die sofortige Zwangsvollstreckung anlässlich der Bestellung einer Sicherungsgrundschuld wurden jedenfalls vor der Entscheidung des XI. Zivilsenats in der Praxis regelmäßig unbedingt erklärt und enthalten auch sonst keine Hinweise im Wortlaut auf eine Vollstreckungsbedingung in Form des Fortbestehens einer treuhänderischen Bindung nach einer Zession (vgl. Wolfsteiner, ZNotP 2010, 322). Die vom XI. Zivilsenat vorgenommene einschränkende Auslegung der Unterwerfungserklärung unter die sofortige Zwangsvollstreckung beruht damit allein auf einer Interessenabwägung, die dem Notar im Klauselerteilungsverfahren verwehrt ist.

[29] Regelmäßig kann auch nicht angenommen werden, dass sich dem Notar als titelerrichtendem Organ in den hier interessierenden Fällen eine einschränkende Auslegung der Unterwerfungserklärung aufdrängen muss. Dies belegt nicht zuletzt die Tatsache, dass eine solche Auslegung vor der Entscheidung des XI. Zivilsenats weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur in Betracht gezogen worden ist (vgl. Wolfsteiner, ZNotP 2010, 322).

Standort: Mietrecht Problem: Mangel gem. § 536 I BGB

BGH, URTEIL VOM 13.07.2011
XII ZR 189/09 (NJW 2011, 3151)

Problemdarstellung:

Die Kl. hat von der Bekl. eine Gaststätte gepachtet. Nachdem das Nichtraucherschutzgesetz des Landes Rheinland-Pfalz (NRauchSchG RP) in Kraft getreten war, durfte in der Gaststätte nicht mehr geraucht werden. Die Bekl. hat es abgelehnt, die Gaststätte so umzubauen, dass ein Raucherbereich entstehen kann. Die Kl. verlangt Schadensersatz von der Bekl. wegen Umsatzeinbußen.

Prüfungsrelevanz:

Die Examensrelevanz des Mietrechts – das hier über § 581 II BGB auch auf den Pachtvertrag Anwendung findet – muss weiterhin hervorgehoben werden. Die Entscheidung zeigt, dass auch ungewöhnliche Umstände, wie der Erlass öffentlich-rechtlicher Vorschriften, im Miet- bzw. Pachtrecht eine Rolle spielen können.

Der Kl. könnte ein Ersatzanspruch wegen ihrer Umsatzeinbußen aus § 581 II i.V.m. 536 a I BGB zustehen, wenn das Rauchverbot in der Gaststätte einen Mietmangel i.S.d. § 536 I BGB darstellt. Wie auch im Kaufrecht liegt ein Mangel in der Abweichung des tatsächlichen vom vertraglich geschuldeten Zustandes der betroffenen Sache. Hierunter fallen tatsächliche und auch rechtliche Umstände, so dass prinzipiell auch der Erlass öffentlich-rechtlicher Vorschriften wie das NRauchSchG RP und das daraus resultierende Rauchverbot einen Mangel nach § 536 I BGB begründen können. Das ist jedoch nur unter der weiteren Voraussetzung anzunehmen, dass die konkrete Beschaffenheit der Miet- bzw. Pachtsache betroffen ist und nicht nur die persönlichen oder betrieblichen Umstände des Pächters. Die faktische Gebrauchseinschränkung durch das Gesetz liegt aber primär in ihrer Betriebsbezogenheit. Das Gesetz knüpft nicht etwa an den Zustand oder die Lage der Gaststätte an, sondern an ihre Nutzungsart. Außerdem richtet sich das Gesetz gem. § 1 II NRauchSchG RP zunächst an die (potentiellen) Raucher. Der Pächter wird dagegen nur mittelbar adressiert, nämlich soweit ihm die Umsetzung und Einhaltung des Rauchverbots obliegt. Damit wird in das betriebliche Verhältnis zwischen Pächter und Gaststättenbesucher eingegriffen. Ein Mietmangel nach § 536 I BGB ist damit zu verneinen.

Dieses Ergebnis wird außerdem von der Überlegung getragen, dass das Verwendungsrisiko – also die Möglichkeit der Gewinnschöpfung – bei der Gewerberaummiete grds. dem Mieter obliegt. Diese Risikoverteilung soll nicht dadurch ausgehebelt werden, dass der Vermieter mit Ersatzansprüchen überzogen wird.

Vertiefungshinweise:

❑ Zum Mietrecht allgemein: *BGH*, RA 2009, 655 = NJW 2009, 3099 (Urkundenprozess über Miete trotz Mängeleinwands); NJW 2005, 2152 (fristlose Kündigung wegen Flächenabweichung); *Derleder*, NZM 2002, 676

❑ Zum Mangel gem. § 536 I BGB: *BGH*, NZM 2011, 198; *Frankfurt a.M.*, NJW 2000, 2115 (Zurückbehaltungsrecht wegen Mängeln versus Mieterhöhung); *Lögering*, NZM 2010, 113

❑ Zu den Rechtsfolgen der Nichtraucherschutzgesetze für gewerbliche Mietverhältnisse: *Leo/Ghassemi-Tabar*, NZM 2008, 271

Kursprogramm:

❑ *Assessorkurs*: „Das Geschäftslokal“

Leitsätze:

1. Das Rauchverbot in § 7 Abs. 1 Nichtraucherschutzgesetz Rheinland-Pfalz stellt keinen Mangel einer verpachteten Gaststätte dar.

2. Der Verpächter ist nicht verpflichtet, auf Verlangen des Pächters durch bauliche Maßnahmen die Voraussetzungen zu schaffen, dass dieser einen gesetzlich vorgesehen Raucherbereich einrichten kann.

Sachverhalt:

Die Klägerin war Pächterin einer Gaststätte. Sie nimmt die Beklagte als Verpächterin wegen einer nach Vertragsschluss durch das Inkrafttreten des Nichtraucherschutzgesetzes Rheinland-Pfalz eingetretenen Nutzungsbeschränkung der Gaststätte auf Schadensersatz in Anspruch.

Die Gaststätte bestand aus zwei nicht voneinander getrennten Räumen. Nachdem am 15. Februar 2008 in Rheinland-Pfalz ein Nichtraucherschutzgesetz in Kraft getreten war, durfte in der verpachteten Gaststätte nicht mehr geraucht werden. Von der Klägerin geforderte Umbaumaßnahmen zur Schaffung eines den Anforderungen des Nichtraucherschutzgesetzes entsprechenden Raucherbereichs wurden von der Beklagten abgelehnt.

Die Klägerin verlangt von der Beklagten Schadensersatz wegen eines behaupteten Umsatzrückgangs als Folge des gesetzlichen Rauchverbots.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin blieb erfolglos. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klä-

gerin ihr erstinstanzliches Klagebegehren weiter.

Aus den Gründen:

[5] Die zulässige Revision hat keinen Erfolg.

A. Ausführungen des Berufungsgerichts

[6] Das Berufungsgericht hat in der u.a. in NJW-RR 2010, 203 veröffentlichten Entscheidung zur Begründung ausgeführt, der Klägerin stehe kein Anspruch auf Schadenersatz aus § 581 Abs. 2 BGB iVm § 536 a Abs. 1 BGB wegen entgangenen Gewinns zu. Ein Mangel des Pachtgegenstands liege nicht vor, da durch das Inkrafttreten des Nichtraucherschutzgesetzes Rheinland Pfalz der vertraglich vorgesehene Gebrauch der gepachteten Räumlichkeiten nicht beeinträchtigt sei. Aus der Auslegung des Pachtvertrages nach §§ 133, 157, 242 BGB ergebe sich zwar, dass zum vertragsgemäßen Gebrauch zunächst auch die Möglichkeit gehört habe, in der Gaststätte rauchen zu dürfen. Die Parteien seien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses jedoch von einer Nutzungsmöglichkeit nicht nur im Rahmen des Branchenüblichen, sondern auch im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Vorschriften ausgegangen, die sich ändern könnten. Die durch den Erlass des Nichtraucherschutzgesetzes eingetretene Änderung der Nutzungsmöglichkeit falle allein in die Risikosphäre der Klägerin. Der Verpächter trage die Verantwortung für die Konzessionsfähigkeit der verpachteten Gaststätte, nicht jedoch das Risiko für solche Umstände, die ihre Ursache in den persönlichen oder betrieblichen Verhältnissen des Pächters hätten. Die Regelungen des Nichtraucherschutzgesetzes beeinflussten lediglich die betrieblichen Verhältnisse des Gaststättenbetriebes, für die die Klägerin als Pächterin die Verantwortung zu tragen habe. Da die ursprünglich vorgesehene Nutzungsmöglichkeit nach dem Parteiwillen unter dem Vorbehalt der Vereinbarkeit mit den öffentlich-rechtlichen Normen gestanden habe, führe die gesetzliche Beschränkung durch § 7 des Nichtraucherschutzgesetzes Rheinland-Pfalz zum Wegfall der vertraglichen Verpflichtung der Beklagten, die Gaststätte für den Besuch von Rauchern und Nichtrauchern zur Verfügung zu stellen.

B. Entscheidung des BGH

[7] Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision stand. (...)

I. Mangelbegriff gem. §§ 581 II, 536 I BGB

[8] Unter einem Mangel im Sinne von §§ 581 Abs. 2, 536 Abs. 1 Satz 1 BGB ist die für den Pächter nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustandes der Pachtsache von dem vertraglich geschuldeten zu verstehen, wobei sowohl tatsächliche Umstände als auch rechtliche Verhältnisse in Bezug auf die Pachtsache als Mangel in Betracht kommen können (Senatsurteile vom 21. September 2005 - XII ZR 66/03 NJW 2006, 899, 900 und vom 16. Februar 2000 - XII ZR 279/97 - NJW 2000, 1714, 1715). Öffentlich-rechtliche Gebrauchshindernisse und Gebrauchsbeschränkungen, die dem vertragsgemäßen Gebrauch eines Pachtobjekts entgegenstehen, begründen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs allerdings nur dann einen Sachmangel im Sinne der §§ 536 ff. BGB, wenn sie auf der konkreten Beschaffenheit der Pachtsache beruhen und nicht in persönlichen oder betrieblichen Umständen des Pächters ihre Ursache haben (vgl. Senatsurteile vom 15. Oktober 2008 - XII ZR 1/07 - NJW 2009, 124 Rn. 34; vom 24. Oktober 2007 - XII ZR 24/06 - ZMR 2008, 274).

II. Beeinträchtigung muss an konkrete Beschaffenheit der Sache anknüpfen

[9] Ergeben sich aufgrund von gesetzgeberischen Maßnahmen während eines laufenden Pachtverhältnisses Beeinträchtigungen des vertragsmäßigen Gebrauchs eines gewerblichen Pachtobjekts, kann dies nachträglich einen Mangel iSv §§ 581 Abs. 2, 536 Abs. 1 Satz 1 BGB begründen (vgl. Eisenschmid in Schmidt-Futterer Mietrecht 10. Aufl. § 536 Rn. 63). Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass die durch die gesetzgeberische Maßnahme bewirkte Gebrauchsbeschränkung unmittelbar mit der konkreten Beschaffenheit, dem Zustand oder der Lage des Pachtobjekts in Zusammenhang steht. Andere gesetzgeberische Maßnahmen, die den geschäftlichen Erfolg beeinträchtigen, fallen dagegen in den Risikobereich des Pächters (Wolf/Eckert/Ball Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts 10. Aufl. Rn. 200). Denn der Verpächter von Gewerberäumen ist gemäß §§ 581 Abs. 2, 535 Abs. 1 Satz 2 BGB lediglich verpflichtet, den Pachtgegenstand während der Vertragslaufzeit in einem Zustand zu erhalten, der dem Pächter die vertraglich vorgesehene Nutzung ermöglicht. Das Verwendungsrisiko bezüglich der Pachtsache trägt bei der Gewerberaummiete dagegen grundsätzlich der Mieter (vgl. Senatsurteile vom 21. September 2005 - XII ZR 66/03 - NJW 2006, 899, 901; vom 26. Mai 2004 - XII ZR 149/02 - NJW-RR 2004, 1236). Dazu gehört vor allem das Risiko, mit dem Pachtobjekt Gewinne erzielen zu können. Erfüllt sich die Gewinnerwartung des Pächters aufgrund eines nachträglich eintretenden Umstandes nicht, so verwirklicht sich damit ein typisches Risiko des gewerblichen Pächters. Das gilt auch in Fällen, in denen es durch nachträgliche gesetzgeberische oder behördliche Maßnahmen zu einer Beeinträchtigung des Gewerbebetriebs des Pächters kommt.

III. Rauchverbot des NRauchSchG RP kein Mangel gem. § 536 I BGB

[10] Unter diesen Voraussetzungen führt das durch das Nichtraucherschutzgesetz Rheinland-Pfalz einge-

führte Rauchverbot in öffentlichen Gaststätten nicht zu einem Mangel des Pachtgegenstandes iSv §§ 581 Abs. 2, 536 Abs. 1 Satz 1 BGB.

1. Betriebliche Verhältnisse des Pächters betroffen

[11] Die mit dem gesetzlichen Rauchverbot zusammenhängende Gebrauchsbeschränkung beruht nicht auf der konkreten Beschaffenheit der Pachtsache, sondern knüpft an die betrieblichen Verhältnisse des Pächters an.

[12] Das Nichtraucherschutzgesetz Rheinland-Pfalz unterstellt bestimmte Gebäude und Gebäudeteile einem Rauchverbot und stellt dabei nicht auf die konkreten baulichen Gegebenheiten, sondern auf die Nutzungsart der betroffenen Baulichkeiten ab. (...) Die baulichen Gegebenheiten der betroffenen Gebäude oder Gebäudeteile sind für die Geltung des gesetzlichen Rauchverbots unerheblich. Maßgeblich sind allein die Art der Nutzung der Gebäude und der Umstand, dass in den Einrichtungen Publikumsverkehr stattfindet.

[13] Das gesetzliche Rauchverbot bezieht sich folglich auf die Art und Weise der Betriebsführung des Mieters oder Pächters, betrifft also nur dessen betriebliche Verhältnisse (vgl. Sternel Mietrecht aktuell 4. Aufl. Rn. 264 a; Gerber/Eckert Gewerbliches Miet- und Pachtrecht 7. Aufl. Rn. 259; Paschke NZM 2008, 265). Für die Betriebsbezogenheit der Gebrauchseinschränkung spricht zudem, dass sich das Verbot primär an die Personen richtet, die sich in den betroffenen Einrichtungen aufhalten (vgl. § 1 Abs. 2 NRauchSchG RP) und der Betreiber der Einrichtung nur als mittelbarer Adressat des Verbots für dessen Umsetzung und Einhaltung verantwortlich ist, vgl. § 10 Abs. 1 Satz 1 NRauchSchG RP (so auch OLG München NJW 2010, 1297).

2. Alleinige Risikosphäre des Mieters/Pächters betroffen

[14] Bei dem Erlass des Nichtraucherschutzgesetzes Rheinland-Pfalz handelt es sich daher um eine Gesetzesänderung, die, vergleichbar einer nachträglichen Änderung der Sperrzeit (vgl. Eisenschmid in Schmidt-Futterer Mietrecht 10. Aufl. § 536 BGB Rn. 60), allein in das wirtschaftliche Risiko des Pächters fällt (vgl. Wolf/Eckert/Ball Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts 10. Aufl. Rn. 200; Eisenschmid in Schmidt-Futterer Mietrecht 10. Aufl. § 535 BGB Rn. 463; Lehr in Hannamann/Wiegner Münchner Anwaltshandbuch Mietrecht 3. Aufl. § 54 Rn. 73).

IV. Auch kein anderweitiger Schadensersatzanspruch gem. § 536 a I BGB gegeben

[15] Entgegen der Auffassung der Revision ergibt sich ein Schadensersatzanspruch auch nicht daraus, dass die Beklagte der Aufforderung der Klägerin nicht nachgekommen ist, die baulichen Voraussetzungen zu schaffen, um in der Gaststätte einen Raucherbereich einzurichten. Nach § 536 a Abs. 1 Alt. 3 BGB kann der Mieter Schadensersatz verlangen, wenn der Vermieter mit der Beseitigung eines Mangels in Verzug kommt. Diese Voraussetzung ist vorliegend nicht erfüllt.

[17] Nach §§ 581 Abs. 2, 535 Abs. 1 Satz 2 BGB hat der Verpächter die Pachtsache während der Pachtzeit in einem vertragsgemäßen Zustand zu erhalten. Im Rahmen dieser Verpflichtung muss der Verpächter sämtliche Maßnahmen vornehmen, die erforderlich sind, um dem Pächter den vertragsgemäßen Gebrauch zu ermöglichen (Palandt/Weidenkaff BGB 70. Aufl. § 535 Rn. 36). Diese Instandhaltungs- und Instandsetzungspflicht kann dazu führen, dass ein Verpächter bei einer Änderung öffentlich-rechtlicher Vorschriften durch die Vornahme geeigneter baulicher Veränderungen des Pachtgegenstands einen Zustand schaffen muss, der dem Pächter den weiteren vertragsgemäßen Gebrauch der Pachtsache ermöglicht (vgl. etwa Senatsurteil vom 11. Dezember 1991 - XII ZR 63/90 - NJW-RR 1992, 267; BGH Urteil vom 4. April 1979 - VIII ZR 118/78 - NJW 1979, 2351). Allerdings ist auch im Rahmen der §§ 581 Abs. 2, 535 Abs. 1 Satz 2 BGB die gesetzliche Risikoverteilung zwischen Verpächter und Pächter zu berücksichtigen. Deshalb darf auf diesem Weg das Verwendungsrisiko des Pächters nicht auf den Verpächter abgewälzt werden. Handelt es sich bei der Gebrauchsbeschränkung um die Folge einer Gesetzesänderung, die - wie im vorliegenden Fall - an die betrieblichen Verhältnisse des Pächters anknüpft, ist der Verpächter für die aufgetretene Störung schon deshalb nicht verantwortlich, weil diese ihre Ursache dann nicht in dem Zustand oder der Beschaffenheit der Pachtsache hat (vgl. Senatsurteil vom 11. Dezember 1991 - XII ZR 63/90 - NJW-RR 1992, 267).

[18] Da die Beklagte daher im Rahmen der ihr obliegenden Instandhaltungs- und Instandsetzungspflicht nicht verpflichtet war, bauliche Veränderungen an den gepachteten Räumlichkeiten vorzunehmen, um die durch das Inkrafttreten des Nichtraucherschutzgesetzes Rheinland-Pfalz eingetretene Nutzungsbeschränkung der Gaststätte der Klägerin auszugleichen, steht der Klägerin auch unter diesem Gesichtspunkt ein Schadensersatzanspruch nicht zu.

Standort: ZPO I Problem: Rechtskraft

BGH, URTEIL VOM 28.07.2011
VII ZR 180/10 (NJW-SPEZIAL 2011, 590)

Problemdarstellung:

Die Kl. produziert und montiert Fenster. Im Jahr 2002 schloss sie mit dem Bekl. einen Werkvertrag über die Lieferung und den Einbau von Fenstern in ein Bauvorhaben, das die Bekl. als Generalunternehmerin für den Bauherrn wahrnahm. Nachdem die Kl. ihre Werkleistung erbracht hatte, verlangte sie die Zahlung des Werklohns von der Bekl. Als diese ausblieb, erhob sie im Dezember 2002 Klage. Die Klage wurde vom Amtsgericht als unbegründet abgewiesen, da die Werkleistung nicht abgenommen und damit nicht fällig war. Einer Abnahmefiktion nach § 640 I 3 BGB stand die Mangelhaftigkeit der Werkleistung, mithin die fehlende Abnahmefähigkeit entgegen. Tatsächlich hatte die Bekl. vom Bauherrn für die Leistung der Kl. aber bereits eine Zahlung erhalten. Da die Kl. hiervon nichts wusste, trug sie diesen Umstand im Prozess auch nicht vor. Gegen das abweisende Urteil legte die Kl. Berufung ein. Das Berufungsgericht beabsichtigte, ohne mündliche Verhandlung zu entscheiden und setzte eine Frist zur Stellungnahme bis zum 13.04.2006. Mit Beschluss vom 25.04.2006 wies es die Berufung gem. § 522 II ZPO zurück.

Im Folgenden erfuhr die Kl. von der Zahlung des Bauherrn an die Bekl. Nunmehr geht sie erneut im Klagewege gegen die Bekl. vor und verlangt Zahlung des Werklohns, den sie nun als „werkvertraglichen Schadensersatz“ bezeichnet. Dabei beruft sich u.a. darauf, dass Mängelansprüche im Verhältnis zwischen der Bekl. und dem Bauherrn mittlerweile verjährt seien. Damit sei nun auch die Fälligkeit ihres Anspruchs gegeben; denn auf fehlende Abnahmefähigkeit könne sich mangels Verjährung der Gewährleistungsrechte niemand berufen.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung richtet sich insbesondere an Referendare. Im Mittelpunkt steht die Frage, welche Auswirkungen die Rechtskraft der Entscheidung des Vorprozesses (hier: das Verfahren vor dem Amts- und Landgericht in den Jahren 2002 – 2006) auf den Folgeprozess hat.

Im Rahmen der Zulässigkeit des Folgeprozesses war zunächst zu fragen, ob im Vorprozess nicht bereits über denselben Streitgegenstand entschieden wurde. Wäre das der Fall, wäre die Klage bereits unzulässig; die materielle Rechtskraft hat damit die Funktion einer negativen Prozessvoraussetzung (BeckOK/Gruber, § 322 ZPO Rn. 12). Hier beruft sich die Kl. jedoch u.a. auf den Umstand, dass etwaige Mängelansprüche zwischen der Bekl. und dem Bauherrn zwischenzeitlich verjährt seien. Dabei handelt es sich um eine neue Tatsache, so dass nicht ein identischer Streitgegenstand betroffen ist. Folglich steht der Zulässigkeit der neuen Klage nicht die Rechtskraft des Vorprozesses entgegen.

Einer Sachentscheidung könnte jedoch entgegenstehen, dass im Vorprozess bereits über gewisse Streitpunkte mit materieller Rechtskraft gem. § 322 ZPO entschieden wurde.

Der Senat stellt zunächst klar, dass im Falle der Abweisung eines Zahlungsanspruchs als (noch) nicht fällig, die Tatsache in Rechtskraft erwächst, dass der Kläger bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung gegen den Bekl. keinen zur Zahlung fälligen Anspruch hatte. Das wirkt insoweit auf den Folgeprozess ein, als die Fälligkeit des Anspruchs nur noch aufgrund von nach dem Erstprozess entstandenen, neuen Tatsachen geltend gemacht werden kann. Eine Tatsache ist „neu“ in diesem Sinne, wenn sie entweder nach dem Schluss der letzten mündlichen Verhandlung oder – sofern im schriftlichen Verfahren entschieden wurde – nach dem vom Gericht gem. § 128 II 2 ZPO bestimmten Zeitpunkt entstanden ist (vgl. Thomas/Putzo, § 322 ZPO Rn. 35). Hier bestand nun eine Besonderheit darin, dass das Berufungsgericht die Berufung durch Beschluss – also ohne mündliche Verhandlung (vgl. § 128 IV ZPO) – zurückweisen wollte. Der Senat entscheidet, dass in solchen Fällen die Fristbestimmung des Berufungsgerichts zur Stellungnahme gem. § 522 II 2 ZPO den maßgeblichen Zeitpunkt darstellt. Insofern kam es darauf an, ob die von der Kl. im Folgeprozess vorgetragenen Tatsachen nach diesem Zeitpunkt (= 13.04.2006) entstanden waren. Das war jedoch nicht der Fall: Die Tatsache, dass die Bekl. vom Bauherrn für die Leistungen der Kl. bereits eine Geldzahlung erhalten hatte, war bereits vor dem 13.04.2006 entstanden. Die Unkenntnis der Kl. hiervon ändert am Entstehen der Tatsache nichts. Damit handelt es sich nicht um eine neue Tatsache. Die Kl. ist mit ihrem Vorbringen präkludiert.

Dem steht auch nicht entgegen, dass nunmehr die Rechtswirkungen des § 641 II BGB a.F. eingetreten sind (wonach die Vergütung des Werkunternehmers spätestens dann fällig wird, wenn der Besteller von einem Dritten für die Leistungen des Unternehmers bezahlt wird, sog. Durchgriffsfälligkeit). Denn über die mangelnde Fälligkeit des Anspruchs war im Vorprozess bereits mit Rechtskraftwirkung entschieden worden.

Damit konnte die Kl. mit ihrem Begehren nicht durchdringen.

Erwähnt sei, dass sich die vorliegende Problematik neuerdings nicht mehr in den § 641 II BGB n.F. einfügen ließe. Die Tatsache, dass sich die Kl. im Ausgangsprozess nicht auf die Durchgriffsfälligkeit des § 641 II BGB a.F. berufen hatte, lag daran, dass sie von der Zahlung des Bauherrn an die Bekl. keine Kenntnis hatte. Sie hätte auch keine Möglichkeit gehabt, Kenntnis zu erlangen. Nunmehr vermittelt § 641 II Nr. 3 BGB dem Unternehmer einen Auskunftsanspruch hinsichtlich der Zahlung des Dritten/Bauherrn an den Werkbesteller. Wird die Auskunft nicht erteilt, tritt Fälligkeit des Anspruchs ein.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Wirkung des § 322 ZPO: *BGH*, BeckRS 2011, 22313 (entgegenstehendes Teil-Urteil); BAG, NZA 2011, 804 (Rechtskraftwirkung im Kündigungsschutzprozess); *Roth*, ZZP Bd. 124, 3 (Materielle Rechtskraft und rechtliche Qualifikation); *Deubner*, JuS 2010, 1064; *Huber*, JuS 2008, 1050

Kursprogramm:

❑ *Assessorkurs*: „Ein englisches Teeservice“

❑ *Assessorkurs*: „Wer nicht zahlt, der fliegt ...“

❑ *Assessorkurs*: „Der Ehelohn“

Leitsätze:

1. Im Falle der Abweisung eines Zahlungsanspruchs als (noch) nicht fällig erwächst in materielle Rechtskraft, dass der Kläger bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung gegen den Beklagten keinen zur Zahlung fälligen Anspruch hatte (Bestätigung von BGH, Urteil vom 6. Oktober 1989, V ZR 263/86, WM 1989, 1897).

2. In den Fällen der Berufungszurückweisung nach § 522 Abs. 2 ZPO tritt an die Stelle des Zeitpunkts der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung der Zeitpunkt, bis zu dem das Berufungsgericht Vortrag der Parteien bei seinem Beschluss berücksichtigen musste.

Sachverhalt:

Die Klägerin macht Ansprüche wegen eines von der Beklagten nicht gezahlten Werklohns geltend.

Die Beklagte betreibt die Planung und Ausführung von Bauvorhaben. Die Klägerin produziert und montiert Fenster. Die Parteien schlossen im Jahr 2002 einen Vertrag über die Lieferung und Montage von Fenstern nebst Demontage und Entsorgung der Altfenster. Die Klägerin stellte ihre Arbeiten am 25. November 2002 mit einem Betrag in Höhe von 3.894,22 € in Rechnung. Nachdem keine Zahlung erfolgte, klagte sie diese Vergütungsforderung nebst Zinsen seit dem 25. Dezember 2002 ein. Das Amtsgericht wies die Klage durch Urteil vom 31. Mai 2005 als derzeit nicht fällig ab, weil die von der Klägerin erbrachte Leistung nicht abgenommen und nicht abnahmefähig sei. Die fehlende Abnahmefähigkeit resultiere aus einem bestehenden Größenunterschied der eingebauten Fensterelemente. Hiergegen legte die Klägerin Berufung ein. Das Landgericht wies die Klägerin durch Beschluss vom 9. März 2006 darauf hin, dass es beabsichtige, die Berufung gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen. Es gab den Parteien Gelegenheit, bis zum 13. April 2006 Stellung zu nehmen, was die Klägerin mit Schriftsatz vom 11. April 2006 tat. Durch Beschluss vom 25. April 2006 wies das Landgericht ihre Berufung zurück.

Die Klägerin verlangt nunmehr ihre Vergütung in Höhe von 3.894,22 € als "werkvertraglichen Schadensersatz". Daneben begehrt sie "Ersatz des Zinsvorteils", der der Beklagten in der Zeit zwischen dem eigentlichen Zahlungstermin am 2. Dezember 2002 bis zum 21. Januar 2008 zugewachsen sei, in Höhe von 1.150,23 €, weitere Zinsen seit dem 22. Januar 2008 sowie die Freistellung von vorgerichtlichen Anwaltskosten.

Die Klägerin ist der Auffassung, die Beklagte müsse nach dem Rechtsgedanken der Vorteilsausgleichung den Vorteil, von ihrer eigenen Bestellerin die Bezahlung auch der klägerischen Leistung schon im Jahr 2002 erhalten zu haben, an die Klägerin als Nachunternehmer weitergeben. Die Beklagte sei gegenüber ihrer Bestellerin gegebenenfalls zur Erhebung der Verjährungseinrede gehalten, falls diese wider Erwarten noch eine Mängelbeseitigung verlange. Auf den von der Beklagten behaupteten Vorbehalt ihrer Bestellerin, die geleistete Zahlung wegen der vorhandenen Mängel jederzeit zurückverlangen zu können, komme es nicht an, weil auch ein solcher Rückforderungsanspruch zum 31. Dezember 2005 verjährt sei. Damit sei das zum Zeitpunkt des amtsgerichtlichen Urteils am 31. Mai 2005 im Vorprozess der Fälligkeit entgegenstehende Hindernis beseitigt.

Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen, weil die im Erstprozess festgestellten Mängel nach wie vor nicht beseitigt worden seien. Auf die Berufung der Klägerin ist die Beklagte antragsgemäß verurteilt worden. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision begehrt die Beklagte die Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Urteils.

Aus den Gründen:

[6] Die Revision der Beklagten hat Erfolg.

A. Ausführungen des Berufungsgerichts

[7] Das Berufungsgericht meint, die Klägerin habe gegen die Beklagte einen Anspruch auf Schadensersatz aus § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. § 242 BGB, der darauf gerichtet sei, den der Beklagten zugeflossenen, an

die Klägerin nicht weitergegebenen Werklohn in Höhe von 3.894,22 € sowie den kapitalisierten Zinsschaden in Höhe von 1.150,23 € zu zahlen. Es seien die Rechtsgrundsätze entsprechend anwendbar, die der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 28. Juni 2007 - VII ZR 81/06 - aufgestellt habe. Die Beklagte habe einen Vorteil erlangt, da sie von ihrer Bestellerin den vollen Werklohn erhalten habe. Es sei angemessen, dass sie der Klägerin den ihr zustehenden Werklohn zahle. Etwaige Gewährleistungsansprüche der Bestellerin gegen die Beklagte seien verjährt. Selbst wenn die Beklagte, wie von ihr behauptet, wirksam auf die Erhebung der Verjährungseinrede verzichtet haben sollte, sei der Vorteilsausgleich vorzunehmen.

B. Entscheidung des BGH

[8] Das hält der rechtlichen Überprüfung nicht stand.

I. Zulässigkeit der Klage

[9] Zutreffend haben die Vorinstanzen die Klage stillschweigend insgesamt als zulässig angesehen. Der Zahlungsklage in Höhe von 3.894,22 € steht nicht der Einwand entgegen, über denselben Streitgegenstand sei im Vorprozess bereits umfassend entschieden worden (ne bis in idem, vgl. BGH, Urteil vom 18. Januar 1985 - V ZR 233/83, BGHZ 93, 287; Zöller/Vollkommer, ZPO, 28. Aufl., vor § 322 Rn. 19 m.w.N.). Denn die Klägerin stützt ihre Klage auch auf den neuen Umstand, dass inzwischen etwaige Mängelansprüche der Bestellerin der Beklagten verjährt seien. Jedenfalls in Fällen wie hier, in denen die Klage im Erstprozess nur als zur Zeit unbegründet abgewiesen worden ist, führt die Geltendmachung des Eintritts einer neuen Tatsache zur Zulässigkeit der erneuten Klage unabhängig davon, ob es sich dabei um einen neuen Streitgegenstand handelt (vgl. Zöller/Vollkommer, ZPO, 28. Aufl., vor § 322 Rn. 55, 57 f.).

II. Begründetheit der Klage

[10] Die Klage ist jedoch unbegründet.

1. Über Zahlungsanspruch ist rechtskräftig entschieden

[11] Soweit die Klägerin von der Beklagten Zahlung von 3.894,22 € mit der Begründung verlangt, diese habe den Betrag bereits endgültig von ihrer Bestellerin erhalten, ist sie hieran durch die Rechtskraft der Entscheidung im Vorprozess gehindert.

a) Umfang der Rechtskraft des Vorprozesses

[12] Im Falle der Abweisung eines Zahlungsanspruchs als (noch) nicht fällig erwächst in materielle Rechtskraft, § 322 Abs. 1 ZPO, dass der Kläger bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung im Vorprozess gegen den Beklagten keinen zur Zahlung fälligen Anspruch hatte (BGH, Urteil vom 6. Oktober 1989 V ZR 263/86, WM 1989, 1897 Rn. 17 bei juris). Das hat präjudizielle Wirkungen in dem Sinne, dass die im Vorprozess entschiedene Rechtsfolge im nachfolgenden Prozess einer erneuten rechtlichen Würdigung nicht zugänglich ist (BGH, Urteil vom 6. Oktober 1989 - V ZR 263/86, aaO m.w.N.). Soweit ein Klageanspruch rechtskräftig abgewiesen ist, ist es den Parteien versagt, sich in einem zweiten Prozess zu dieser Feststellung in Widerspruch zu setzen (BGH, Urteil vom 19. Dezember 1991 - IX ZR 96/91, BGHZ 117, 1, 4). Die Fälligkeit des Anspruchs kann daher im Folgeprozess nur aufgrund von nach dem Erstprozess entstandenen neuen Tatsachen angenommen werden (vgl. OLG Brandenburg, OLGR Brandenburg 2001, 274 Rn. 53 bei juris).

b) Relevanter Zeitpunkt für „neue Tatsachen" im Berufungsverfahren

[13] Maßgebender Stichtag für diese Zäsur ist dabei der Zeitpunkt vor der Entscheidung des Gerichts des Erstprozesses, bis zu dem die Parteien Angriffs- und Verteidigungsmittel vorbringen können (vgl. MünchKomm-ZPO/Gottwald, 3. Aufl., § 322 Rn. 139; Musielak/Musielak, ZPO, 8. Aufl., § 322 Rn. 28). Das ist im Zivilprozess grundsätzlich der Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung. Im schriftlichen Verfahren, § 128 ZPO, tritt an dessen Stelle der vom Gericht bestimmte Zeitpunkt, bis zu dem Schriftsätze eingereicht werden können (vgl. MünchKommZPO/Gottwald, 3. Aufl., aaO; Musielak/Musielak, ZPO, 8. Aufl., aaO). Entsprechendes gilt im Verfahren nach § 522 Abs. 2 ZPO. Auch hier handelt es sich um ein schriftliches Verfahren ohne mündliche Verhandlung (vgl. Zöller/Heßler, ZPO, 28. Aufl., § 522 Rn. 33). In ihm ist jedenfalls der Tatsachenvortrag der Parteien bis zum Ablauf der nach § 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO gesetzten Frist zu berücksichtigen. Mindestens alle bis zu diesem Zeitpunkt entstandenen Tatsachen sind damit nicht mehr geeignet, in einem neuen Prozess zur Begründung der Fälligkeit herangezogen werden zu können. Der Senat muss an dieser Stelle nicht entscheiden, ob das darüber hinaus auch noch für Umstände bis zum Erlass des die Berufung zurückweisenden Beschlusses gilt, weil auch diese möglicherweise noch vom Berufungsgericht zu berücksichtigen wären.

c) Subsumtion

[14] Die Klägerin beruft sich mit ihrem Vortrag, die Beklagte habe den Betrag von 3.894,22 € bereits endgültig von ihrer Bestellerin erhalten, ausschließlich auf Umstände, die bereits vor dem 13. April 2006 (Fristablauf nach § 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO im Vorprozess) entstanden waren. Sie stellt selbst darauf ab, dass ein etwaiger Rückforderungsanspruch hinsicht-

lich des von der Bestellerin im Jahr 2002, möglicherweise unter Vorbehalt, an die Beklagte gezahlten Werklohns Ende 2005 verjährt sei, und meint nur zu Unrecht, damit sei das der Fälligkeit ihres Anspruchs im Vorprozess bestehende Hindernis nachträglich beseitigt.

[15] Richtig ist hieran lediglich, dass grundsätzlich durch die Zahlung der Bestellerin der Beklagten und, falls die Zahlung unter einem Rückforderungsvorbehalt stand, durch eine Verjährung des Rückforderungsanspruchs gemäß § 812 Abs. 1 BGB die Fälligkeit des Werklohnanspruchs der Klägerin gegen die Beklagte gemäß § 641 Abs. 2 BGB in der bis zum 31. Dezember 2008 geltenden Fassung eingetreten sein kann. Hieran hat sich aber jedenfalls seit dem 1. Januar 2006 nichts geändert. Aufgrund der Entscheidung im Vorprozess, mit der eine solche Fälligkeit mit materieller Rechtskraftwirkung verneint worden ist, ist jedoch im vorliegenden Prozess davon auszugehen, dass diese Fälligkeit gemäß § 641 Abs. 2 BGB nicht eingetreten ist.

[16] Unerheblich ist hierfür, dass die Klägerin den Anspruch nunmehr gemäß § 280 BGB und nicht gemäß § 631 Abs. 1 BGB geltend gemacht und das Berufungsgericht ihn entsprechend für begründet erachtet hat. Denn diese offensichtlich fehlerhafte rechtliche Würdigung ändert nichts daran, dass die Klägerin nach wie vor ihren Vergütungsanspruch geltend gemacht hat. So ist ihr Klagebegehren zu ihren Gunsten zu verstehen, da ihre Klage nur als Werklohnanspruch überhaupt Erfolg haben könnte. Die Nichtzahlung eines begründeten Werklohnanspruchs führt zu keinem Schadensersatzanspruch in derselben Höhe, sondern es verbleibt bei dem fortbestehenden Anspruch gemäß § 631 Abs. 1 BGB.

2. Vortrag etwaiger Verjährung ändert nichts

[17] Die Behauptung der Klägerin, Mängelansprüche der Bestellerin gegen die Beklagte seien inzwischen nach Abschluss des Vorprozesses verjährt, kann der Klage ebenfalls nicht zum Erfolg verhelfen.

[18] Zwar handelt es sich hierbei um Umstände, die nach Abschluss des Vorprozesses entstanden wären und deren Berücksichtigung deshalb nicht die materielle Rechtskraft der dortigen Entscheidung entgegenstände. Es erscheint auch nicht fernliegend, bei der Prüfung des Werklohnanspruchs nach § 631 Abs. 1 BGB eines Nachunternehmers gegen den Hauptunternehmer gemäß § 242 BGB zu berücksichtigen, dass der Hauptunternehmer trotz Vorliegens von Mängeln keinen Mängelansprüchen seines Bestellers mehr ausgesetzt sein kann. Denkbar ist in diesem Zusammenhang etwa, dass ein solcher Umstand der Geltendmachung eines Leistungsverweigerungsrechts des Hauptunternehmers gegenüber seinem Nachunternehmer gemäß § 641 Abs. 3 BGB entgegenstehen könnte.

[19] Ob und unter welchen Voraussetzungen im Einzelnen der Grundsatz von Treu und Glauben eine weitergehende als in § 641 BGB ausdrücklich geregelte Durchsetzbarkeit des Vergütungsanspruchs des Nachunternehmers herbeizuführen vermag, kann jedoch offen bleiben. Denn in jedem Fall käme das, jedenfalls in einem Altfall wie dem vorliegenden, nur in Betracht, wenn der Hauptunternehmer seinerseits außerdem seinen Werklohn endgültig von seinem Besteller erhalten hätte und damit auch die Voraussetzungen des § 641 Abs. 2 BGB in der bis zum 31. Dezember 2008 geltenden Fassung erfüllt wären. Gerade das Gegenteil muss jedoch aufgrund der materiellen Rechtskraftwirkung der Entscheidung des Vorprozesses hier zugrunde gelegt werden (vgl. oben unter a).

3. Kein Anspruch auf „Zinsvorteil“

[20] Die Klägerin hat auch keinen Anspruch auf "Ersatz eines Zinsvorteils", der der Beklagten zugewachsen ist. Hierfür ist schon keine Anspruchsgrundlage ersichtlich. (...)

Strafrecht

Standort: § 250 I Nr. 1b StGB Problem: Scheinwaffen

BGH, BESCHLUSS VOM 11.05.2011
2 STR 618/10 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte eine Sparkasse überfallen, indem er eine - offensichtlich als solche zu erkennende - Wasserpistole in seine Jackentasche stecke und so den Eindruck erweckte, er führe eine echte Schusswaffe bei sich.

Das Landgericht Kassel hatte ihn wegen schwerer räuberischer Erpressung, §§ 253 I, 255, 250 I Nr. 1b StGB, verurteilt. Auf die Revision des Angeklagten hin hob der BGH das Urteil auf. Die Voraussetzungen für die Qualifikation gem. § 250 I Nr. 1b StGB seien nicht gegeben, da ein "sonstiges Werkzeug oder Mittel" im Sinne dieser Vorschrift nicht vorliege, wenn der fragliche Gegenstand - wie im vorliegenden Fall - offensichtlich ungefährlich sei und sich seine Gefährlichkeit nur aus einer entsprechenden Täuschung des Täters ergebe.

Prüfungsrelevanz:

Die Tatbestände des 20. Abschnitts des StGB (§§ 249 ff. StGB) sind - vor allem in letzter Zeit - besonders häufig Gegenstand von Examensaufgaben gewesen. Vom Prüfling werden deshalb hier nicht nur Grundkenntnisse und die Beherrschung der relevanten Prüfungsschemata und Definitionen verlangt, sondern auch detaillierte Kenntnisse der einzelnen Spezialprobleme. Bei der im vorliegenden Fall relevanten Frage der Anwendbarkeit von § 250 I Nr. 1b StGB auf "Scheinwaffen" handelt es sich insofern um ein klassisches Problem.

Der Qualifikationstatbestand des schweren Raubes, § 250 StGB, ist nicht nur bei enem Raub, § 249 I StGB, als Grunddelikt anwendbar, sondern - wegen der Rechtsfolge der §§ 252 I; 255 StGB ("gleich einem Räuber zu bestrafen") - auch bei einem räuberischen Diebstahl oder einer räuberischen Erpressung. Durch das 6. StrRG 1998 hat dieser Tatbestand wesentliche Änderungen erfahren: § 250 I Nr. 2 StGB a.F. setzte voraus, dass der Täter eine Waffe oder sonst ein Werkzeug oder Mittel bei sich führte, um den Widerstand eines anderen durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden. Hierbei war heftig umstritten, ob auch Scheinwaffen von dieser Vorschrift erfasst würden, was der BGH gegen die herrschende Literaturauffassung annahm (BGH, NStZ 1985, 408; Otto, JURA 1989, 203). Allerdings machte der BGH die Einschränkung, dass sich die - scheinbare - Gefährlichkeit der Scheinwaffe nicht allein aus einer Täuschung des Täters ergeben dürfe, sondern der Gegenstand auch für einen objektiven Betrachter nach seinem äußeren Erscheinungsbild "gefährlich" aussehen müsse (BGHSt 38, 166; BGH, NStZ 1997, 184).

Durch die Änderungen des 6. StrRG hat der Gesetzgeber klargestellt, dass sowohl echte als auch Scheinwaffen von dem Qualifikationstatbestand des § 250 I Nr. 1 StGB erfasst werden. Echte Waffen und andere gefährliche Werkzeuge unterfallen § 250 I Nr. 1a StGB - wobei hier allerdings streitig ist, wie der Begriff des "anderen gefährlichen Werkzeugs" zu verstehen ist (vgl. zu dem insofern identischen Tatbestand des § 244 I Nr. 1a StGB die Darstellung bei BGH, RA 2008, 508 = NStZ 2008, 512 sowie die Ausführungen im Skript StrafR BT 1, Rn. 126). "Sonstige" Werkzeuge und Mittel, also solche, die gerade nicht gefährlich sind und deshalb - wie Scheinwaffen - nicht in den Anwendungsbereich des § 250 I Nr. 1a StGB fallen, werden hingegen von § 250 I Nr. 1b StGB erfasst.

Der BGH überträgt jedoch in ständiger Rechtsprechung (RA 2007, 332 = NStZ 2007, 332; RA 2008, 680 = NStZ-RR 2008, 311) die Einschränkung des Tatbestandes des § 250 I Nr. 2 StGB a.F., dass der Gegenstand für einen objektiven Beobachter "gefährlich" aussehen müsse, auf § 250 I Nr. 1b StGB. Deswegen hatte er eine entsprechende Qualifikation etwa in einem Fall abgelehnt, in dem der Täter dem Opfer ein kurzes Metallrohr in den Nacken drückte und so den Eindruck erweckte, er sei im Besitz einer Schusswaffe. Ein solcher Gegenstand wäre nämlich bei näherer Betrachtung offensichtlich ungefährlich. Nur aufgrund der gleichzeitig mitverwirklichten Täuschung des Täters über die Natur des Objekts habe das Opfer den Eindruck, dass es sich um eine gefährliche Sache (nämlich eine Schusswaffe) handele.

Diese Rechtsprechung setzt der BGH auch in der vorliegenden Entscheidung fort. Eine täuschend echt aussehende Spielzeugpistole, die von einem unvoreingenommenen Betrachter für eine echte Schusswaffe gehalten werden könnte, würde also von § 250 I Nr. 1b StGB erfasst. Eine offensichtlich als solche erkenn-

bare Wasserpistole wie im vorliegenden Fall, die der Täter nur deshalb als echte Schasswaffe ausgeben konnte, weil er sie in seiner Jackentasche vor den Blicken des Opfers verborgen hatte, fällt jedoch nicht unter § 250 I Nr. 1b StGB.

Vertiefungshinweise:

❑ Zu § 250 I Nr. 1b StGB bei Verwendung offensichtlich ungefährlicher Sachen: *BGH*St 44, 103; *BGH*, RA 2010, 679 = NStZ 2011, 278; RA 2008, 680 = NStZ-RR 2008, 311; RA 2007, 221 = NStZ 2007, 332; *Geppert*, JURA 1999, 604; *Klescewski*, GA 2000, 357; *Krüger*, JURA 2002, 766; *Mitsch*, JuS 1999, 644

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Der Bankräuber"

Leitsatz (der Redaktion):

Als qualifizierende Drohungsmittel i.S.v. § 250 I Nr. 1b StGB scheiden solche Gegenstände aus, bei denen die Drohungswirkung nicht auf dem objektiven Erscheinungsbild des Gegenstands selbst, sondern auf täuschenden Erklärungen des Täters beruht. Einem zur Drohung eingesetzten vorgeblich gefährlichen Gegenstand haftet keine objektive Scheinwirkung an, wenn seine objektive Ungefährlichkeit schon nach dem äußeren Erscheinungsbild offenkundig auf der Hand liegt. Für diese Beurteilung kommt es allein auf die Sicht eines objektiven Betrachters und nicht darauf an, ob im konkreten Einzelfall das Tatopfer eine solche Beobachtung tatsächlich machen konnte oder ob der Täter dies durch sein täuschendes Vorgehen gerade vereitelte.

Sachverhalt:

Der Angeklagte überfiel am 12. April 2010 eine Sparkasse, nachdem er für die Tatausführung unmittelbar zuvor aus der Auslage eines Drogeriemarktes eine Wasserpistole entnommen hatte. Die grellbunte Spielzeugpistole, die auch in ihrer Form einer echten Waffe nicht ähnelte, verbarg er in seiner Jackentasche. Nach Betreten der Sparkasse begab sich der Angeklagte zu dem Filialleiter und erklärte ihm, dass es sich um einen Banküberfall handele und er so schnell wie möglich so viel Geld wie möglich haben wolle. Zugleich deutete er an, mit einer Schusswaffe bewaffnet zu sein, indem er seine Hand in die Jackentasche steckte und mit der darin befindlichen Wasserpistole eine zielende Bewegung machte. Der Filialleiter, der den in der Jackentasche verborgenen Gegenstand nicht sehen konnte, aber befürchtete, dass es sich um eine echte Waffe handelte, ging mit ihm zum Kassenraum. Dort befanden sich zwei weitere Bankangestellte, die in dem Angeklagten den Täter wiedererkannten, der sie bei einem früheren Überfall im Vorjahr bereits mit einer echt aussehenden Pistole bedroht hatte. Sie sahen, dass der Angeklagte mit einem in seiner Jackentasche verborgenen Gegenstand drohte, und gingen davon aus, dass er eine echte Schusswaffe mit sich führe. Daraufhin erhielt der Angeklagte Bargeld in Höhe von 2.490 € ausgehändigt.

Aus den Gründen:

[1] Das Landgericht hat den Angeklagten wegen schwerer räuberischer Erpressung in zwei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und sechs Monaten verurteilt und seine Unterbringung in der Sicherungsverwahrung angeordnet. Dagegen richtet sich die auf die Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten, die in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg hat; im Übrigen ist sie unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

1. Zum Fehlen der Voraussetzungen für eine Strafbarkeit gem. § 250 I Nr. 1b StGB

[2, 3] Der Schuldspruch hält rechtlicher Prüfung insoweit nicht stand, als das Landgericht den Angeklagten im Fall II. 2. der Urteilsgründe der schweren räuberischen Erpressung nach § 255 i.V.m. § 250 Abs. 1 Nr. 1b StGB für schuldig befunden hat. [...]

[4] Diese rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen tragen lediglich einen Schuldspruch wegen - einfacher - räuberischer Erpressung (§ 255 i.V.m. § 249 Abs. 1 StGB). Ihnen ist zu entnehmen, dass der Angeklagte den Bankangestellten konkludent drohte, von einer Schusswaffe Gebrauch zu machen, falls sie sich seiner Forderung nach Herausgabe von Geld widersetzen sollten. Damit hat der Angeklagte die Voraussetzungen der räuberischen Erpressung erfüllt. Für die Tatbestandserfüllung ist unerheblich, ob der Täter die Ausführung seiner Drohung beabsichtigt oder ob sie für ihn überhaupt realisierbar ist, solange er nur will, dass die Bedrohten - wie hier - die Ausführung der Drohung für möglich halten (BGHSt 23, 294, 295 f.; BGH, NStZ 1997, 184).

[5] Entgegen der Auffassung des Landgerichts handelt es sich bei der von dem Angeklagten verwendeten Wasserpistole indes um kein "Werkzeug oder Mittel" im Sinne der Vorschrift des § 250 Abs. 1 Nr. 1b StGB, um den Widerstand einer anderen Person durch Drohung mit Gewalt zu verhindern. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs scheiden als tatbestandsqualifizierende Drohungsmittel solche Gegenstände aus, bei denen die Drohungswirkung nicht auf dem objektiven Erscheinungsbild des Gegenstands selbst, sondern auf täuschenden Erklärungen des Täters beruht (vgl. BGHSt 38, 116, 118 f.; BGH, NStZ 1997, 184; NStZ 2007, 332, 333; Senat, NStZ 2011, 278; weitere Nachw. bei Fischer, StGB 58. Aufl., §

250 Rn. 10a). Danach haftet einem zur Drohung eingesetzten vorgeblich gefährlichen Gegenstand keine objektive Scheinwirkung an, wenn seine objektive Ungefährlichkeit schon nach dem äußeren Erscheinungsbild offenkundig auf der Hand liegt. Für diese Beurteilung kommt es allein auf die Sicht eines objektiven Betrachters und nicht darauf an, ob im konkreten Einzelfall das Tatopfer eine solche Beobachtung tatsächlich machen konnte oder ob der Täter dies durch sein täuschendes Vorgehen gerade vereitelte (vgl. BGH, aaO).

[6] Ein solcher Fall lag hier vor. Wie auch das Landgericht im Ausgangspunkt noch zutreffend erkannt hat, war die Wasserpistole nach ihrem äußeren Erscheinungsbild "nicht geeignet, den Anschein einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeugs zu erwecken, da sie nach Form und Farbe deutlich als Spielzeug zu klassifizieren gewesen wäre". Keine Bedeutung kommt demgegenüber für die objektive Betrachtung des vom Angeklagten eingesetzten Gegenstands den vom Landgericht insoweit für maßgeblich erachteten weiteren Umständen des Tatgeschehens zu, dass die Wasserpistole von den Geschädigten in ihrem Erscheinungsbild nicht wahrgenommen werden konnte und nur aufgrund ihrer verdeckten Verwendung den vom Angeklagten erstrebten Bedrohungseffekt entfaltete und dass die beiden Bankangestellten aufgrund des Wiedererkennens des Angeklagten aus ihrer Wahrnehmung der vermeintlich echten Waffe bei dem zuvor von ihm begangenen Überfall schlussfolgerten, dass der Angeklagte erneut mit einer echten Pistole drohen würde.

[7] Der Senat hat den Schuldspruch in entsprechender Anwendung von § 354 Abs. 1 StPO abgeändert. Dies hat den Wegfall der insoweit verhängten Einzelstrafe zur Folge. Der Senat vermag nicht auszuschließen, dass die Strafrahmenwahl und die Strafzumessung durch die fehlerhafte rechtliche Würdigung beeinflusst worden sind. So erscheint es möglich, dass die Strafkammer von einem - hier unter dem Gesichtspunkt der verminderten Schuldfähigkeit (§ 21 StGB) bejahten - minder schweren Fall auch bei zutreffender Annahme einer (einfachen) räuberischen Erpressung ausgegangen wäre. Wegen der Aufhebung der Einzelstrafe im Fall II. 2. der Urteilsgründe hat auch die Gesamtstrafe keinen Bestand.

2. Zum Fehlen der Voraussetzungen für eine Sicherungsverwahrung

[8] Auch der Ausspruch über die Maßregel hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand, da - anders als zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Entscheidung - die formellen Voraussetzungen für deren Anordnung aufgrund der Änderung der Vorschrift des § 66 StGB durch das am 1. Januar 2011 in Kraft getretene Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen vom 22. Dezember 2010 (BGBI I. S. 2300) nicht mehr vorliegen. Der Senat hat insoweit gemäß der in Art. 316e Abs. 2 EGStGB vorgesehenen Übergangsvorschrift das gegenüber dem bisherigen Recht mildere neue Gesetz zu Gunsten des Angeklagten anzuwenden (§ 354a StPO).

[9] Nach der für den Angeklagten günstigeren, weil strengeren formellen Voraussetzung der Vorschrift des § 66 Abs. 1 Nr. 2 StGB nF muss der Täter wegen Straftaten der in Nr. 1 genannten Art, die er vor der neuen Tat begangen hat, schon zwei Mal jeweils zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verurteilt worden sein. Dies ist vorliegend nicht der Fall. Zwar erfüllt die Verurteilung durch das Landgericht Kassel vom 8. November 1999 zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zehn Jahren die genannte Voraussetzung, da der dort u.a. abgeurteilte sexuelle Missbrauch von Kindern in neun Fällen nach § 66 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB nF taugliche Anlasstat sein kann. Es fehlt jedoch an der zweiten erforderlichen Vorverurteilung. Alle weiteren den Urteilsfeststellungen zu entnehmenden Vorstrafen - insbesondere die vom Landgericht im angefochtenen Urteil noch herangezogene Verurteilung durch das Landgericht Arnsberg vom 8. August 1990 u.a. wegen Diebstahls in vier Fällen - erfolgten wegen Delikten, die nach der Neufassung des Gesetzes keine tauglichen Anknüpfungstaten für die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nach § 66 Abs. 1 Nr. 1 und 2 StGB mehr sein können.

[10] Der Senat kann nicht gemäß § 354a i.V.m. § 354 Abs. 1 analog StPO in der Sache selbst entscheiden. Zwar kommt nach den Feststellungen in Betracht, dass die formellen Voraussetzungen für eine Anordnung der Sicherungsverwahrung gemäß § 66 Abs. 3 StGB nF vorliegen können, da insoweit die frühere Verurteilung durch das Landgericht Kassel vom 8. November 1999 genügte. Eine Anordnung der Sicherungsverwahrung nach dieser Vorschrift steht jedoch im pflichtgemäßen Ermessen des Tatrichters. An einer solchen Ermessensentscheidung fehlt es hier, da das Landgericht die Unterbringung des Angeklagten ausdrücklich auf die vorrangige Vorschrift des § 66 Abs. 1 StGB aF gestützt hat, nach der die Anordnung der Maßregel zwingend war. Das Revisionsgericht kann die fehlende Ermessensentscheidung nicht ersetzen; sie ist dem neuen Tatrichter vorbehalten (vgl. BGH, NStZ-RR 2004, 12).

Standort: §§ 263, 266 StGB Problem: Vermögensschaden bzw. -nachteil

BGH, BESCHLUSS VOM 05.07.2011
3 STR 444/10 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte war Geschäftsführer einer GmbH, die für eine Tochtergesellschaft der Bahn, die PBDE, Bauleistungen erbracht hatte. Aus diesem Vertragsverhältnis standen dem Unternehmen des Angeklagten noch Forderungen gegen die PBDE zu, die diese sich jedoch weigerte zu begleichen. Deswegen fingierte der Angeklagte mit Unterstützung zweier Mitarbeiter der PBDE das Bestehen eines weiteren - tatsächlich nicht existierenden - Vertrags, wobei verabredet war, dass Zahlungen, die seitens der PBDE auf den fingierten Vertrag geleistet würden, vom Angeklagten auf die tatsächlich bestehenden Forderungen angerechnet würden. Die PBDE leistete dann wegen der vermeintlichen Forderung Zahlungen an die Gesellschaft des Angeklagten.

Das Landgericht Hildesheim hatte den Angeklagten wegen mittäterschaftlichen Betrugs, §§ 263 I, 25 II StGB, sowie wegen Beihilfe zur Untreue, §§ 266 I, 27 StGB, zum Nachteil der PBDE verurteilt. Den für § 263 I StGB erforderlichen Vermögensschaden bzw. für § 266 I StGB erforderlichen Vermögensnachteil hatte das LG damit begründet, dass der PBDE für die geleisteten Zahlungen kein diesen Verlust ausgleichender Vermögenszuwachs zugeflossen sei. Ein Erlöschen der vermeintlichen Verbindlichkeiten, auf die die PBDE gezahlt hatte, komme als Ausgleich nicht Betracht, da diese Forderungen tatsächlich gar nicht bestanden hatten und deshalb auch nicht erlöschen konnten. Aber auch das Erlöschen von Forderungen aus dem zwischen der GmbH und der PBDE tatsächlich bestehenden Vertragsverhältnis könne keinen Vermögenszuwachs darstellen, da die GmbH für die erbrachten Leistungen noch keine Rechnung erstellt hätte und diese somit zumindest noch nicht fällig seien. Auf die Revision des Angeklagten hin hob der BGH dieses Urteil auf. Auch eine noch nicht fällige Forderung könne einen wirtschaftlichen Wert haben, sodass auch deren Erlöschen einen Vermögenszuwachs für den Schuldner darstellen könne, der eine eingetretene Vermögensminderung ausgleichen könne. Dies spreche dann allerdings gegen das Vorliegen eines Vermögensschadens oder -nachteils.

Prüfungsrelevanz:

Insbesondere der Tatbestand des Betrugs, § 263 I StGB, aber auch derjenige der Untreue, § 266 I StGB, gehören zu den Delikten, die in beiden Examen immer wieder Gegenstand von Aufgabenstellungen sowohl in Klausuren als auch in Kurz- bzw. Aktenvorträgen und Prüfungsgesprächen sind. Ein Tatbestandsmerkmal, das in solchen Fällen immer wieder im Zentrum der Prüfung steht, ist dasjenige des Vermögensschadens (bei § 263 I StGB) bzw. des Vermögensnachteils (bei § 266 I StGB), zu dem auch der vorliegende Beschluss detaillierte Ausführungen enthält.

Ein Vermögenssachaden i.S.v. § 263 I StGB ist unter denselben Voraussetzungen gegeben wie ein Vermögensnachteil i.S.v. § 266 I StGB, nämlich dann, wenn das Opfer nach der Tat weniger Vermögen besitzt als davor, was über eine Gesamtsaldierung, also eine Addition sämtlicher Vermögenspositionen des Opfers vor und nach der Tat, zu ermitteln ist (BGHSt 43, 293, 297; BGH, NStZ 2004, 205, 206; Lackner /Kühl, § 263 Rn. 36, § 266 Rn. 17; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn. 99, § 266 Rn. 39; Rengier, BT I, § 13 Rn. 67; § 18 Rn. 21; vgl. auch die Darstellung im Skript StrafR BT 1, Rn. 211 ff., 442). Hat das Opfer also eine Vermögensminderung erlitten - was sich im Rahmen des Betruges immer bereits aus dem Vorliegen einer Vermögensverfügung ergibt -, so ist ein Vermögensschaden grds. nur dann nicht gegeben, wenn das Opfer für die erlittene Vermögensminderung einen Ausgleich (ein Äquivalent) erlangt (BGH, NStZ 2004, 206; NStZ-RR 2006, 378; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn. 99, § 266 Rn. 41). Nach herrschender Meinung, insb. der Rechtsprechung, kann dieses Äquivalent auch darin bestehen, dass das Opfer von einer Verbindlichkeit befreit wird (BGHSt 20, 136, 137; 49, 333; BGH, wistra, 2004, 25; NStZ-RR 2006, 175; Joecks, § 263 Rn. 118; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn. 117; § 266 Rn. 41; Rengier, BT 1, § 13 Rn. 112; a.A.: Krey/Hellmann, BT 2, Rn. 499). Denn da das Vermögen des Schuldners durch das Bestehen der Leistungspflicht belastet wird, stellt der Wegfall dieser Pflicht einen Vermögenszuwachs dar, der als positiver Rechnungsposten in der erforderlichen Gesamtsaldierung zu berücksichtigen ist.

Im vorliegenden Fall bestand zwar keine Verbindlichkeit der PBDE zur Zahlung aus dem nur fingierten Vertragsverhältnis. Da allerdings die PBDE ihre Schulden aus der früheren vertraglichen Beziehung mit der GmbH des Angeklagten noch nicht beglichen hatte und die irrtumsbedingt geleisteten Zahlungen auf diese Schulden angerechnet werden sollten, wäre die PBDE durch die Leistung von diesen (Alt-) Verbindlichkeiten befreit worden. Deswegen wäre ein Vermnögensschaden bzw. -nachteil der PBDE zumindest in der Höhe nicht gegeben, in der tatsächlich noch Forderungen der GmbH gegen die PBDE bestanden.

Das LG hatte das Erlöschen von Schulden der PBDE

bei der Gesamtsaldierung nicht berücksichtigt, da nach seiner Auffassung eine eventuell bestehende Forderung der GmbH jedenfalls noch nicht fällig sei. Eine nicht fällige Forderung stelle allerdings noch keine im Rahmen einer Gesamtsaldierung zu berücksichtigende Vermögensposition dar, da sie noch nicht bestehe und deshalb das Vermögen des entsprechenden Schuldners auch noch nicht belasten könne. Der BGH führt jedoch - in Fortführung seiner früheren Rechtsprechung (vgl. BGH, StV 2006, 311) - aus, dass auch eine noch nicht fällige Forderung bereits einen Vermögenswert haben könne, zumindest dann, wenn für die Fälligkeit keine großen Hindernisse mehr überwunden werden müssen. Im vorliegenden Fall wäre allenfalls noch die Erstellung einer Rechnung durch die GmbH für die Fälligkeit der Forderung erforderlich gewesen, sodass diese auch bereits einen Vermögenswert besessen habe.

Selbst wenn tatsächlich keine Forderung der GmbH gegen die PBDE bestanden haben sollte, so hätte die Tatsache, dass der Angeklagte doch zumindest an die Existenz einer solche glaubte, seine Strafbarkeit wegen Beteiligung an einem Betrug oder einer Untreue ausgeschlossen, da er dann zumindest keinen Vorsatz bzgl. eines Vermögensschadens bzw. -nachteils gehabt hätte. Im Rahmen von § 263 I StGB hätte außerdem die erforderliche Absicht gefehlt, einen Dritten (nämlich die GmbH) rerchtswidrig zu bereichern.

Vertiefungshinweise:

❑ Zum Fehlen eines Vermögensschadens bzw. -nachteils bei Befreiung von einer Verbindlichkeit: *BGH*St 49, 333; BGH, NStZ-RR 2006, 175; StV 2006, 311; wistra 2004, 25; *Bittmann/Richter*, wistra 2005, 51

Kursprogramm:

❑ Examenskurs: "Listigs Lotterieglück"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Vermögensschaden i.S.v. § 263 I StGB bzw. Vermögensnachteil i.S.v. § 266 I StGB ist jede durch die Tathandlung verursachte Vermögenseinbuße; die Vermögensminderung ist nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung auf Grund eines Vergleichs des Vermögensstandes vor und nach der Tat festzustellen.

2. Ein Vermögensschaden bzw. -nachteil liegt nicht vor, wenn zugleich ein den Verlust aufwiegender Vermögenszuwachs begründet wird. Ein solcher Vermögenszuwachs tritt beispielsweise ein, soweit das Vermögen von einer Verbindlichkeit in Höhe des Verlusts befreit wird. Dies gilt selbst dann, wenn die Verbindlichkeit schwer zu beweisen wäre.

Sachverhalt:

Der Angeklagte war Geschäftsführer der Nebenbeteiligten, der P-Baugesellschaft mbH, die mit einem weiteren Unternehmen als 'Arbeitsgemeinschaft T' (im Folgenden: Arge) an dem verfahrensgegenständlichen Geschehen beteiligt war. Im Dezember 1996 vergab die Planungsgesellschaft Bahnbau Deutsche Einheit (PBDE) der Deutschen Bahn AG im Rahmen des Projekts 'Bahnstrecke Hannover/Berlin' für eine Teilstrecke einen Bauauftrag mit Schwerpunkt Erdarbeiten an die Arge. Bereits Anfang 1997 kam es zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer zu einer Auseinandersetzung darüber, in welchem Umfang der Hauptvertrag die Erstellung von Baustraßen außerhalb der Bahntrasse abdeckte, die der Auftraggeber forderte. Der Mitangeklagte R erstellte insoweit für die Arge vor Durchführung der Arbeiten ein Nachtragsangebot (Z 19) vom 17. März 1997 mit Leistungsverzeichnis vom 14. Juli 1997, ergänzt durch einen 'Nachtrag' vom 27. März 1997. Der Auftraggeber lehnte eine Vergütung für die bis Juli 1997 auf seine Anordnung fertig gestellten Baustraßen mehrfach eindeutig ab, da diese Leistung von der Vergütung gemäß Hauptvertrag abgedeckt sei, zuletzt mit Schreiben vom 3. Februar 1998.

Das Landgericht ist zu Gunsten der Angeklagten davon ausgegangen, dass die Rechtsauffassung des Auftraggebers unzutreffend sei und ein Anspruch der Arge 'dem Grunde nach' bestand. Dies ist zwar rechtsfehlerhaft, denn das Gericht hat auf eine Auslegung des Vertrags verzichtet und stattdessen eine Unterstellung vorgenommen, der Sache nach also den Zweifelsgrundsatz angewendet, obwohl Auslegung und Anwendung des Rechts einschließlich vertraglicher Verhältnisse zu seinen Kernaufgaben zählt, denen es sich bei Entscheidungsrelevanz nicht entziehen darf und hinsichtlich der die Anwendung des Zweifelssatzes nicht zulässig ist (vgl. Schoreit in KK-StPO 6. Aufl. § 261 Rdnr. 61 m.w.N.). Da der Fehler sich aber nur zu Gunsten der Angeklagten auswirkt, ist er im Revisionsverfahren auf die Angeklagtenrevision hinzunehmen.

Nach den Feststellungen 'überzeugte' der Angeklagte die für die PBDE tätigen Mitangeklagten Dr. S und O im Februar oder März 1998 von der Berechtigung der Ansprüche der Arge. Der Mitangeklagte Dr. S war als 'Realisierungsmanager' für die PBDE tätig, der Mitangeklagte O war Leiter der Bauüberwachungszentrale (BÜZ) der PBDE. Diese beiden Mitangeklagten waren an der im Ergebnis ablehnenden Prüfung der Nachtragsforderungen der Arge beteiligt gewesen. Dennoch legt die Strafkammer nicht dar, welche Gründe der 'Überzeugungsbildung' zu Grunde lagen und warum die Angeklagten die übergeordneten und entscheidungsberechtigten Personen der PBDE für nicht gleichermaßen einsichtsfähig hielten, so dass sie

auf den Plan verfielen, der aus ihrer Sicht berechtigten Forderung durch Fingierung eines Alternativsachverhalts (Grundsanierung der Baustraßen im Spätherbst 1997, die nicht stattgefunden hatte) zur Durchsetzung zu verhelfen. Da dies den Angeklagten nicht beschwert, ist es im Revisionsverfahren ebenso hinzunehmen wie der Umstand, dass die Kammer jegliche Erörterung der Bedeutung der Zahlung der P-Baugesellschaft mbH in Höhe von 395.063,29 DM an den Mitangeklagten Dr. S für 'Ingenieurleistungen' im Dezember 1998 unterlässt.

Die Angeklagten gingen davon aus, dass im Falle eines erfolgreichen Austauschs der 'wahren' durch die fiktive Anspruchsgrundlage der Punkt 'Vergütung der Leistungen im Zusammenhang mit den Baustraßen' erledigt sei. Die Arge sollte nach dem Plan einen Betrag in der Größenordnung von 4,2 Millionen DM (netto) erhalten. Bei dieser 'vergleichsweise' bestimmten Summe spielte eine Rolle, dass eine Prüfung der Massen- und Einheitspreise nicht durchgeführt werden sollte, da sonst der fiktive Charakter des Sachverhalts 'Grundsanierung' aufgefallen wäre. Eine 'Überzahlung' der Arge nahmen die Angeklagten nach Auffassung der Strafkammer in Kauf.

Entsprechend der Vorgaben des Mitangeklagten O wurde daraufhin von der BÜZ eine befürwortende Stellungnahme erarbeitet. Diese stellte den neuen Sachverhalt 'Grundsanierung' allerdings nicht isoliert, sondern in unauflösbarem Zusammenhang mit dem Nachtragsangebot Z 19 vom 17. März 1997 als 'Mehraufwand Baustraßenbau' dar und benutzte dessen Leistungsverzeichnis - unter Vornahme von Abschlägen - als Grundlage der Berechnung. Auf der Grundlage dieser Stellungnahme wurde während der Nachtragsverhandlung vom 22. Juni 1998 die Vertragsänderung (VÄ) 14 unter teilweiser Heraufsetzung einzelner Positionen empfohlen. In der Folge wurde auch durch die mit der externen juristischen Plausibilitätsprüfung beauftragte Kanzlei Prof. Dr. H mit ihrer Stellungnahme vom 9. Juli 1998 darauf abgestellt, die Nachtragsforderung der Arge sei berechtigt, weil entgegen dem Hauptvertrag die Baustraßen außerhalb der Trassen zu erbauen gewesen waren. Die Vergabekommission der PBDE genehmigte die Vertragsänderung (VÄ) 14 'entsprechend dem Nachtragsangebot der Arge vom 14. März 1997'. Der 'Auftrag' wurde von der Arge am 18. August 1998 bestätigt, am 2. September wurde auf eine Abschlagsrechnung der Arge gezahlt, im Januar 2000 auf die Schlussrechnung der Arge die endgültige Abrechnung vorgenommen.

Aus den Gründen:

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen "gemeinschaftlichen Betruges in Tateinheit mit Beihilfe zur Untreue" (§ 263 Abs. 1, § 266 Abs. 1 2. Fall, § 25 Abs. 2, §§ 27, 52 StGB) zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr verurteilt, deren Vollstreckung es zur Bewährung ausgesetzt hat. Zugleich hat es als Entschädigung für die überlange Dauer des Verfahrens ausgesprochen, dass drei Monate dieser Strafe als verbüßt gelten.

[2] Das hiergegen gerichtete Rechtsmittel des Angeklagten hat mit der Sachrüge Erfolg.

[3] Der Generalbundesanwalt hat in seiner Antragsschrift dazu ausgeführt:

" … Die Strafkammer hat zwar einen konkreten Nachteil in Höhe von 4.907.533,97 DM brutto konkret benannt. Das genügt den rechtlichen Anforderungen hier jedoch nicht. Es handelt sich dabei nämlich um den Vermögensabfluss wegen der Zahlung auf eine tatsächlich nicht erbrachte Leistung (Grundsanierung von Baustraßen im Spätherbst 1997), dem nach Auffassung der Kammer eine 'dem Grunde nach' berechtigte Forderung des Vertragspartners wegen einer erbrachten Leistung (Herstellung der Baustraßen im Frühjahr/Sommer 1997) gegenüber stand. Nach den Feststellungen ist nicht auszuschließen, dass die Geschädigte durch die Tat von der Gegenforderung befreit wurde, dass mithin eine Schadenskompensation eingetreten ist. Soweit sich dem Urteil eine Begründung für die Auffassung der Kammer, eine Schadenskompensation sei nicht erfolgt, entnehmen lässt, ist sie rechtlich nicht tragfähig. Den wirtschaftlichen Wert der Gegenforderung hat die Kammer nicht festgestellt, entsprechende Beweisanträge auf Einholung von Sachverständigengutachten hat sie abgelehnt. Nach den lückenhaft in den Urteilsgründen enthaltenen Anhaltspunkten lässt sich nicht ausschließen, dass der Wert der Gegenforderung die Höhe des Vermögensabflusses überstiegen hat. [...]

I. Aufhebung auf die Sachrüge

1. Zu den Anforderungen an einen Vermögensschaden i.S.v. § 263 I StGB bzw. Vermögensnachteil i.S.v. § 266 I StGB

Den Urteilsgründen, die unter der Überschrift 'Tatgeschehen' eine Vielzahl von nicht auf den abstrakten Tatbestand bezogenen Tatsachen enthalten (vgl. dazu Meyer-Goßner StPO 53. Aufl. § 267 Rn. 5 m.w.N.) und die rechtliche Würdigung nur fragmentarisch an einzelnen Stellen der Beweiswürdigung und der Strafzumessung aufscheinen lassen (vgl. Meyer-Goßner aaO § 267 Rn. 17 m.w.N.), sind im Kern folgende strafrechtlich relevante Umstände zu entnehmen [...]

Nach ständiger Rechtsprechung ist unter Nachteil bzw. Vermögensschaden jede durch die Tathandlung verursachte Vermögenseinbuße zu verstehen, die Vermögensminderung ist nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung auf Grund eines Vergleichs des Vermögensstandes vor und nach der Tat unter lebensnaher wirtschaftlicher Betrachtungsweise festzustellen

(Fischer aaO [Fischer, StGB, 58. Aufl. § 266 Rdnr. 115] sowie § 263 Rdnrn. 110ff. m.w.N.). Ein Nachteil liegt deshalb nicht vor, wenn zugleich ein den Verlust aufwiegender Vermögenszuwachs begründet wird (vgl. BGHSt 15, 342, 343 f.; BGH NJW 1975, 1234, 1235; BGHR StGB § 266 Abs. 1 Nachteil 14, 55; BGH StraFo 2010, 301). Ein solcher Vermögenszuwachs tritt beispielsweise ein, soweit das Vermögen von einer Verbindlichkeit in Höhe des Verlusts befreit wird. Dies gilt selbst dann, wenn die Verbindlichkeit schwer zu beweisen wäre (BGHR StGB § 266 Abs. 1 Nach-teil 46). Es ist daher grundsätzlich möglich, dass ein Gläubiger sich im Rahmen eines Rechtsgeschäfts, auf Grund dessen ihm kein Anspruch zusteht, einen Vermögensvorteil verschafft, um sich damit für einen aus einem anderen Rechtsgeschäft bestehenden Anspruch zu befriedigen (vgl. BGH wistra 1982, 68 f.; BGHR StGB § 266 Abs. 1 Nachteil 46). Es muss aber durch die Tat unmittelbar eine Befreiung von dem bestehenden Anspruch eintreten. Hierfür ist es erforderlich, dass der Handelnde das durch rechtswidrige Mittel, etwa Täuschung, Erlangte zu seinem bestehenden Anspruch in Beziehung gebracht hat, um auszuschließen, dass der Schuldner sowohl auf den bestehenden als auch auf den fingierten Anspruch leistet (vgl. BGH wistra 1982, 68 f.; BGH NStZ-RR 1997, 298). [...]

3. Zum Fehlen eines Vermögensschadens bzw. Vermögensnachteils im vorliegenden Fall

a) Zur Annahme eines Vermögensschadens bzw. -nachteils durch das LG

Vorliegend hat die Strafkammer keine Schadenskompensation im Hinblick auf die von ihr als 'dem Grunde nach' berechtigt angesehene Forderung der Arge wegen der Herstellung der Baustraßen angenommen. Sie hat dies damit begründet, ein entsprechender Vergütungsanspruch sei mangels Vorlage einer prüffähigen Rechnung noch nicht entstanden und habe auch nicht mehr entstehen können, da die Angeklagten eine Prüfung zwecks Verdeckung ihrer Täuschung verhinderten. Diese Erwägung ist in zweifacher Hinsicht rechtsfehlerhaft. Zum einen war der Anspruch entstanden. Gemäß § 1 Nr. 3 der hier anwendbaren VOB/B war die Arge auf Verlangen des Auftraggebers verpflichtet, auch Mehrleistungen gegenüber dem Hauptvertrag auszuführen, wofür ihr nach § 2 Nr. 5 VOB/B eine Vergütung zustand. Die PBDE hatte die Ausführung der Baustraßen außerhalb der Trasse ausdrücklich verlangt (UA S. 34, 40, 71). Mit der Ausführung der angeordneten Leistung (UA S. 45) war der Vergütungsanspruch der Arge entstanden, die Vorlage einer prüffähigen Rechnung gemäß § 14 Nr. 1 VOB/B war nur Voraussetzung der Fälligkeit des Anspruchs, nicht aber seiner Entstehung (vgl. Kapellmann/Messerschmidt VOB 3. Aufl. § 2 VOB/B § 2 Rdnr. 177, § 14 Rdnr. 2; Kuß VOB 2. Aufl. § 14 VOB/B Rdnr. 7). Entsprechendes gilt, wenn die Straßenerstellung als zusätzliche Leistung im Sinne von §§ 1 Abs. 4, 2 Abs. 6 VOB/B anzusehen wäre. Die Feststellungen tragen die Annahme einer Vereinbarung der VOB/B im Hauptvertrag vom 3. Dezember 1996, wovon die Revision - nach zivilrechtlicher Beratung - in ihrer ergänzenden Revisionsbegründung vom 30. April 2010, anders als in der vom 29. März 2010, ebenfalls ausgeht.

Dass zum anderen nach dem Tatplan eine prüffähige Rechnung für den 'wahren' Anspruch nicht mehr gestellt, dieser Anspruch somit nicht mehr fällig und geltend gemacht werden sollte, schließt die Kompensationsfähigkeit nicht aus, sondern schafft hierfür gerade die Voraussetzung, nämlich das Sich-Begeben der Forderung seitens des von der Tat Begünstigten. Hätte die Arge auf die Geltendmachung des Anspruchs nicht verzichtet, hätte sie zur Tatzeit eine prüffähige Rechnung noch erstellen können. Durch ihre rechtsfehlerhaften Erwägungen hat die Strafkammer sich den Weg zur Erörterung der rechtlich maßgeblichen Kriterien für das Vorliegen einer Schadenskompensation versperrt.

b) Zum Fehlen einer Gefahr von Doppelbelastungen der PBDE

Ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen Vermögensab- und -zufluss sowie ein 'In-Beziehung-Bringen' der fingierten und der - nach Auffassung des Landgerichts - 'dem Grunde nach' berechtigten Forderung, die eine Doppelbelastung des Auftraggebers ausschließt, wird durch die Feststellungen nahegelegt. Zum einen wäre eine Erörterung angebracht gewesen, ob bereits mit der Tatvereinbarung, wonach der Angeklagte D bei Erlangung eines Bestellscheins für den fingierten Sachverhalt keine weiteren Schritte im Hinblick auf den 'wahren Anspruchsgrund' unternehmen würde, ein Verzicht der Arge durch den für sie handelnden Angeklagten gelegen hat. Zum anderen hätte die Kammer sich vor allem damit auseinandersetzen müssen, ob nicht im Abschluss der Vertragsänderung (VÄ) 14 durch die Arge ein vertraglich vereinbarter Verzicht auf weitere Forderungen aus dem Komplex 'Baustraßen' lag. Indem mit der VÄ 14 ausdrücklich auf das Nachtragsangebot Z 19 vom 17. März 1997 Bezug genommen und die Gesamtentwicklung des Sachverhalts 'Baustraßenbau' zur Begründung der Nachtragszahlung herangezogen wurde, lag es nicht fern, hierin eine abschließende vertragliche Gesamtregelung dieses Sachverhalts zu sehen. Dass im Nachhinein eine erneute Geltendmachung der mit dem Änderungsangebot Z 19 erhobenen Forderung zusätzlich zu der gerade auch hierauf gestützten Forderung aus der Vertragsänderung (VÄ) 14 in Betracht hätte kommen können, erscheint fernliegend. Auch Formu-

lierungen der Kammer wie 'wahrer Anspruchsgrund' deuten dahin, dass es bei der Tat nicht um die Begründung einer neuen Forderung, sondern allein um die Durchsetzung der berechtigten Forderung unter Vortäuschung eines fiktiven Sachverhalts ging.

c) Zur vermögensrechtlichen Relevanz noch nicht fälliger Forderungen

Der grundsätzlichen Kompensationsgeeignetheit des Vergütungsanspruchs für die Herstellung der Baustraßen steht auch dessen mangelnde Fälligkeit nicht entgegen. Zwar scheint sich im Hinblick auf den Schuldspruch aus einer Entscheidung des 5. Strafsenats vom 27. August 2003 [gemeint: Beschluss vom 13. Juni 2001 - 5 StR 78/01] (BGHR StGB § 266 Abs. 1 Nachteil 51) anderes zu ergeben. In jenem Fall, in dem der Angeklagte in Höhe seiner noch nicht fälligen Honoraransprüche als Liquidator unter Missbrauch seiner Vertretungsbefugnis Entnahmen getätigt und das Landgericht zwar nicht das Honorar, aber den Nutzungsausfall in voller Höhe als Schaden gewertet hatte, hat der BGH nur den Strafausspruch aufgehoben. Den Schuldspruch hat er nicht beanstandet, da die Entnahme mangels Fälligkeit der Honorarforderungen nicht der materiellen Rechtsordnung entsprochen habe. In der Entscheidung des Bundesgerichtshofs wurde allerdings ausdrücklich offen gelassen, ob anderes zu gelten hat, wenn die Forderung des Täters die Höhe der abgeflossenen liquiden Geldmittel beträchtlich übersteigt, was im vorliegenden Fall (wie noch zu erörtern) nicht auszuschließen ist. Darüber hinaus ist fraglich, ob an der seinerzeitigen Gewichtung der Fälligkeit nach der - mit Gesetzeskraft versehenen - Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts [Beschluss vom 23. Juni 2010 - 2 BvR 2559/08, BVerfGE 126, 170] noch festzuhalten ist. Die bereits früher in der Literatur vertretene Auffassung, dass die fehlende Fälligkeit einer vorzeitig erfüllten Verbindlichkeit nicht schon für sich allein zu einem Vermögensnachteil führe (vgl. Fischer StGB 56. Aufl. § 266 Rdnr. 59), bekommt vor dem Hintergrund der vom Bundesverfassungsgericht geforderten Nachteilsermittlung anhand wirtschaftlicher Kriterien (BVerfG aaO Rdnrn. 113 f.) zusätzliches Gewicht. Angesichts der in den letzten Jahrzehnten festzustellenden Gegebenheiten des Wirtschaftslebens (Handel mit Optionen, 'Futures' etc.) erscheint die Auffassung, noch nicht fällige Forderungen hätten keinen wirtschaftlichen Wert, als nicht (mehr) vertretbar. Eine geminderte Werthaltigkeit gegenüber dem Nominalbetrag kann nicht pauschal angenommen werden, sondern muss entsprechend den Umständen des Einzelfalls festgestellt werden. Bedarf es nur noch 'eines Federstriches' um die Fälligkeit herbeizuführen, dürfte der Nominalwert kaum unterschritten sein; anders ist es, wenn hierfür noch besonderer Aufwand zu betreiben ist. Vorliegend wäre zu berücksichtigen, dass das Nachtragsangebot vom 17./27. März 1997 sich lediglich als vorläufige Schätzung vor Durchführung der Baumaßnahme darstellte. In welchem Umfang der Arge prüffähige Unterlagen zur Fertigung einer Schlussrechnung zur Verfügung gestanden haben, hat die Kammer nicht festgestellt. Immerhin waren die Baustraßen zur Zeit der Tatvollendung (Vertragsschluss im August 1998; Zahlung im September 1998) noch nicht zurückgebaut (Rückbautermin: Oktober 1998). Allerdings führt der Umstand, dass die Forderung bestritten war, gemeinsame Feststellungen (§ 14 Nr. 2 VOB/B) nicht erstellt waren und die Arge die Beweislast für den Nachweis der Höhe ihrer Forderung zu tragen hatte (vgl. Kapellmann aaO § 2 VOB/B Rdnr. 228 m.w.N.) zu einer gewissen Minderung des wirtschaftlichen Werts ihrer Forderung, den näher zu bestimmen auf Grund der lückenhaften Urteilsgründe nicht möglich ist.

d) Zur mangelnden Aufklärung hinsichtlich der Höhe der bestehenden Forderung

Auch die Frage, von welchem Nominalbetrag der Forderung der Arge auszugehen ist, lässt das Urteil mangels Aufklärung durch die Strafkammer offen. Nach den Zahlen aus dem Nachtragsangebot der Arge ist nicht aus zuschließen, dass dieser - selbst bei erheblicher Reduktion nach Prüfung - die Höhe des von der Kammer festgestellten Vermögensverlustes nicht unerheblich überschritt. Die Arge hat nämlich - soweit hier relevant - einen Forderungsbetrag in Höhe von 6.788.382,48 DM netto (= 7.874.523,66 DM brutto) angemeldet, während die Zahlung der DB AG - soweit hier relevant - nur die Höhe von 4.230.649,79 DM netto (= 4.907.553,97 DM brutto) betrug..

Feststellungen dazu, in welcher Höhe Abschläge von diesen Zahlen vorzunehmen wären, enthält das Urteil nicht. Anhaltspunkte hierzu ergeben sich auch nicht daraus, dass nach den Feststellungen in einer internen Aufstellung der Arge über offene Forderungen vom 28. April 1997 die Position Baustraßen nur mit 3.448.489 DM netto beziffert ist. Zum einen befinden sich an dieser Stelle die handschriftlichen Bemerkungen 'auch in Bauumstellung' und 'Betrachtung Hr. D 6 Mio.', zum anderen zieht die Kammer hieraus keinerlei Schlussfolgerungen, so dass revisionsrechtlich eine Bewertung nicht möglich ist. [...]"

Dem schließt sich der Senat an.

Standort: § 315b I StGB Problem: Konkrete Gefahr

BGH, BESCHLUSS VOM 26.07.2011
4 STR 340/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Angeklagte überredete einen oder mehrere Bekannte dazu, die Bremsschläuche am Auto ihres Vaters durchzuschneiden, damit dieser einen Unfall erleiden und sich dabei Verletzungen zuziehen würde. Dieser bemerkte jedoch bereits nach mehreren Metern Fahrt in einer 30 km/h-Zone, dass seine Bremsen nicht richtig funktionierten, und brachte seinen Pkw mit der Handbremse problemlos zum Stehen.

Das Landgericht Essen hatte die Angeklagte insb. wegen Anstiftung zum Gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr, §§ 315b I Nr. 1, 26 StGB, verurteilt. Auf die Revision der Angeklagten hin hob der BGH diese Verurteilung auf. Die Feststellungen des Landgerichts belegten nach Auffassung des BGH nämlich nicht den Eintritt einer konkreten Gefahr, der für die Vollendung des § 315b I StGB aber erforderlich ist. Da somit keine Haupttat i.S.v. § 315b I StGB gegeben sei, könne die Angeklagte auch nicht wegen Anstiftung hierzu strafbar sein.

Prüfungsrelevanz:

Der Tatbestand des § 315b I StGB ist immer wieder Gegenstand von Prüfungsaufgaben. Er bietet sich insbesondere dazu an, um zwischen abstrakter und konkreter Gefahr abzugrenzen. Diese Abgrenzung ist allerdings auch bei zahlreichen anderen Tatbeständen erforderlich, insb. bei § 315c I StGB, wo die Abgrenzung von der ganz herrschenden Meinung nach denselben Kriterien vorgenommen wird wie bei § 315b StGB. Insofern könnte das vom BGH in der vorliegenden Entscheidung angesprochene Problem in einer Klausur auch in die Prüfung von § 315c StGB eingebaut werden.

Der objektive Tatbestand des § 315b I StGB setzt voraus, dass der Täter durch seine Tathandlung "Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert gefährdet". Erforderlich ist insofern eine konkrete Gefahr, eine nur abstrakte Gefährdung der genannten Rechtsgüter genügt für die Vollendung des § 315b I StGB nicht (Fischer, § 315b Rn 16; Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben/Hecker, § 315b Rn 14). Eine solche konkrete Gefahr setzt bei § 315b I StGB - ebenso wie bei § 315c I StGB - den Eintritt einer kritischen Situation voraus, in der die Sicherheit des genannten Rechtsgutes so stark beeinträchtigt ist, dass es - was aufgrund einer objektiv-nachträglichen Prognose zu ermitteln ist - letztlich vom Zufall abhängt, ob ein Schaden eintritt oder nicht (sog. "Beinahe-Unfall", vgl. BGH, RA 2010, 31, 33 = JuS 2010, 364; NStZ-RR 1997, 200; Joecks, § 315b Rn 15, § 315c Rn 14 f.; Lackner/Kühl, § 315b Rn. 5, § 315c Rn. 22).

Im vorliegenden Fall hatte das LG als Tathandlung des Haupttäters wegen des Durchschneidens der Bremsleitung das Beschädigen eines Fahrzeugs i.S.v. § 315b I Nr. 1 StGB angenommen. Der BGH war in seiner ersten Entscheidung zu einem vergleichbaren Sachverhalt noch davon ausgegangen, dass bei einer Beschädigung der Bremsanlage eines Kraftfahrzeuges eine konkrete Gefahr für die Insassen bereits im Zeitpunkt des Fahrtantritts gegeben sei, da es aufgrund der mangelnden Beherrschbarkeit des Fahrzeugs hier stets nur vom Zufall abhänge, ob ein Unfall eintrete (BGH, NStZ 1985, 263, 264). In einer späteren Entscheidung (BGH, NJW 1996, 329, 330) hatte der BGH jedoch einen strengeren Maßstab angelegt und ausgeführt, dass bei einer Fahrt mit einem Pkw, dessen Bremsanlage erheblich beschädigt wurde, zwar stets ein erhöhtes Unfallrisiko bestehe. Dieses gesteigerte Risiko allein reiche jedoch nicht aus, um die abstrakte Gefährlichkeit der Teilnahme am Straßenverkehr (die ja auch bei der Fahrt mit einem unbeschädigten Fahrzeug gegeben ist) zu einer konkreten Gefahr zu verdichten. Auch hier müsse es zu einem "Beinahe-Unfall" kommen, also eine kritischen Situation, in der es letztlich nur vom Zufall abhängt, ob ein Schaden eintritt oder nicht. Dies sei jedoch nicht automatisch beim Antritt der Fahrt mit dem beschädigten Fahrzeug der Fall. Diese Rechtsprechung führt der BGH in der vorliegenden Entscheidung fort.

Vertiefungshinweise:

❑ Zu den Anforderungen an eine konkrete Gefahr i.S.v. § 315b I StGB, insb. bei Sabotage der Bremsen: BGH, RA 2010, 31 = JuS 2010, 364; NJW 1996, 329; NZV 1989, 119; NStZ 1985, 263; Janiszewski, NStZ 1994, 272

Kursprogramm:

❑ Examenskurs: "Skatabend"
❑ Examenskurs: "Der Holzklotz"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Ein vollendeter gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr gemäß § 315b I StGB liegt erst dann vor, wenn durch eine der genannten Tathandlungen eine Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs herbeigeführt worden ist und sich diese abstrakte Gefahrenlage zu einer konkreten Gefährdung von Leib oder Leben eines ande-

ren Menschen oder fremder Sachen von besonderem Wert verdichtet hat.
2. Die Sicherheit einer bestimmten Person oder Sache ist erst dann konkret gefährdet, wenn durch die Tathandlung ein so hohes Verletzungs- oder Schädigungsrisiko begründet worden ist, dass es nur noch vom Zufall abhängt, ob es zu einer Rechtsgutsverletzung kommt. Kritische Verkehrssituationen erfüllen diese Voraussetzungen im Allgemeinen nur, wenn sie sich aus der Perspektive eines objektiven Beobachters als ein "Beinahe-Unfall" darstellen.
3. Die bloße Inbetriebnahme eines Fahrzeuges, dessen Bremsanlage beschädigt worden ist, reicht für die Annahme einer konkreten Gefahr nicht aus.

Sachverhalt:
Die Angeklagte veranlasste am 21. September 2008 entweder den rechtskräftig freigesprochenen Mitangeklagten K, den Zeugen D oder beide gemeinsam dazu, an dem Pkw ihres Vaters einen Bremsschlauch anzuschneiden. Dadurch wurde die Wirkung des Bremssystems bei scharfen Bremsungen um bis zu 50 % vermindert. Außerdem kam es zu einer Verlängerung des Bremspedalweges. Die Angeklagte und der auf ihre Aufforderung hin handelnde Haupttäter wollten auf diese Weise erreichen, dass der Vater der Angeklagten bei seiner nächsten Autofahrt einen Verkehrsunfall erleidet und sich dabei Verletzungen zuzieht. Dass die Angeklagte eine Tötung ihres Vaters anstrebte oder zumindest billigend in Kauf nahm, vermochte das Landgericht nicht festzustellen.
Am 22. September 2008 verließ der Vater der Angeklagten mit dem Fahrzeug den Innenhof seines Wohnanwesens und fuhr in eine öffentliche Straße ein, auf der die zulässige Höchstgeschwindigkeit auf 30 km/h beschränkt war. Als er hinter parkenden Fahrzeugen anhalten wollte, um Gegenverkehr passieren zu lassen, bemerkte er bei der Betätigung des Bremspedals zunächst keine Bremswirkung. Er bremste deshalb stärker und zog die Handbremse an. Sein Fahrzeug kam daraufhin zum Stillstand, ohne dass andere Fahrzeuge berührt wurden. Anschließend fuhr er vorsichtig zurück zu seinem Wohnanwesen und veranlasste eine fachkundige Überprüfung, bei der die Beschädigung des Bremsschlauches entdeckt wurde. Weitere Feststellungen hat das Landgericht nicht zu treffen vermocht.

Aus den Gründen:
[1] Das Landgericht hat die Angeklagte wegen Anstiftung zu einem gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr und zu einer tateinheitlich begangenen versuchten Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und neun Monaten verurteilt und deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt. Die hiergegen eingelegte Revision der Angeklagten hat mit der Sachrüge in dem tenorierten Umfang Erfolg.

1. Zur Sachrüge

a) Keine ausreichenden Feststellungen für eine Strafbarkeit gem. § 315b StGB
[2 - 4] Die getroffenen Feststellungen ergeben nicht, dass die Angeklagte der Anstiftung zu einem vollendeten gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr gem. § 315b Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3, § 26 StGB schuldig ist. [...]

b) Zu den Anforderungen an eine konkrete Gefahr i.S.v. § 315b I StGB
[5] Ein vollendeter gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr gemäß § 315b Abs. 1 StGB liegt erst dann vor, wenn durch eine der in den Nrn. 1 bis 3 genannten Tathandlungen eine Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs herbeigeführt worden ist und sich diese abstrakte Gefahrenlage zu einer konkreten Gefährdung von Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremder Sachen von besonderem Wert verdichtet hat (Senatsurteil vom 4. Dezember 2002 - 4 StR 103/02, BGHSt 48, 119, 122; Senatsbeschluss vom 13. Juni 2006 - 4StR 123/06, NStZ 2007, 34, 35; SSW-StGB/Ernemann § 315b Rn. 5). Die Feststellungen des Landgerichts belegen nicht, dass es durch die in dem Anschneiden des Bremsschlauches liegende Fahrzeugbeschädigung (§ 315b Abs. 1 Nr. 1 StGB) zu einer - über eine abstrakte Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs hinausreichenden - konkreten Gefährdung eines der in § 315b Abs. 1 StGB bezeichneten Individualrechtsgüter gekommen ist.
[6] Die Sicherheit einer bestimmten Person oder Sache ist erst dann konkret gefährdet, wenn durch die Tathandlung ein so hohes Verletzungs- oder Schädigungsrisiko begründet worden ist, dass es nur noch vom Zufall abhängt, ob es zu einer Rechtsgutsverletzung kommt. Kritische Verkehrssituationen erfüllen diese Voraussetzungen im Allgemeinen nur, wenn sie sich aus der Perspektive eines objektiven Beobachters als ein "Beinahe-Unfall" darstellen (Senatsurteil vom 30. März 1995 - 4 StR 725/94, NJW 1995, 3131; SSW-StGB/Ernemann, 315b Rn. 16). Aus den landgerichtlichen Feststellungen ergibt sich dazu nur, dass der Vater der Angeklagten bei der Betätigung des Bremspedals zwar anfänglich keine Bremswirkung verspürte, dann aber sein Fahrzeug doch noch mit der eigenen Bremsanlage rechtzeitig zum Stehen brachte. Dass es dabei zu einer hochriskanten, praktisch nicht mehr beherrschbaren Verkehrssituation gekommen wäre, die dem Bild eines "Beinahe-Unfalls" entspricht, kann weder den weiteren Feststellungen, noch dem Gesamtzusammenhang des Urteils entnommen werden.

[7] Die bloße Inbetriebnahme eines Fahrzeuges, dessen Bremsanlage beschädigt worden ist, reicht für die Annahme einer konkreten Gefahr nicht aus. Das dadurch begründete besondere Unfallrisiko stellt sich nur als eine - wenn auch möglicherweise erhebliche - Steigerung des allgemeinen Unfallrisikos dar, ohne die darin liegende abstrakte Gefahr bereits im Sinne von § 315b StGB zu konkretisieren (Senatsurteil vom 30. März 1995 - 4 StR 725/94, NJW 1995, 3131).

c) Zur Schuldspruchänderung

[8] Da nicht erwartet werden kann, dass noch zusätzliche Feststellungen getroffen werden können, hat der Senat den Schuldspruch wie aus dem Tenor ersichtlich geändert. Die Voraussetzungen für einen versuchten gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr gemäß § 315b Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, Abs. 3, § 23 Abs. 1, § 22 StGB liegen vor. Sowohl die Angeklagte als auch der von ihr angestiftete Haupttäter haben mit dem für eine Versuchsstrafbarkeit erforderlichen Gefährdungsvorsatz gehandelt (vgl. SSW-StGB/Ernemann, § 315b Rn. 20).

2. Zur Aufhebung des Strafausspruchs

[9] Der Strafausspruch ist trotz der maßvollen Strafbemessung aufzuheben, weil nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Landgericht einen anderen Strafrahmen gewählt und eine mildere Strafe verhängt hätte.

3. Zur weiter gehenden Revision

[10] Die weiter gehende Revision ist offensichtlich unbegründet (§ 349 Abs. 2 StPO).

4. Zurückverweisung

[11] Der Senat verweist die Sache entsprechend § 354 Abs. 3 StPO an eine allgemeine Strafkammer des Landgerichts zurück, weil der Schuldspruch in Rechtskraft erwachsen und der die Zuständigkeit des Schwurgerichts begründende Tatvorwurf der Anstiftung zum versuchten Mord weggefallen ist (BGH, Beschluss vom 15. März 2011 - 5 StR 44/11, BeckRS 2011, 06760; vgl. Urteil vom 7. September 1994 - 2 StR 264/94, NJW 1994, 3304, 3305, insoweit in BGHSt 40, 251 nicht abgedruckt).

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht Problem: Polizeirechtswidrige "Gehsteigberatung"

VGH MANNHEIM, BESCHLUSS VOM 10.06.2011
1 S 915/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der VGH Mannheim hatte sich mit der Zulässigkeit einer sog. "Gehsteigberatung" zu beschäftigen. Vor einer Schwangerschaftsberatungsstelle hatten sich Mitglieder eines "Vereins zum Schutz des ungeborenen Lebens" postiert, die werdende Mütter ansprachen, ihnen Bilder von abgetriebenen Föten und ähnliche schockierende Motive zeigten und sie im Gespräch gegen eine Abtreibung einzunehmen versuchten. Dadurch fühlten sich viele Frauen gestört und aus ihrer Anonymität gerissen. Auf entsprechende Beschwerden hin verbot die zuständige Polizeibehörde unter Anordnung der sofortigen Vollziehung diese Form der "Gehsteigberatung", wogegen der Verein gerichtlich vorging.

Der VGH Mannheim hielt - ebenso wie die Vorinstanz - das Verbot für rechtmäßig. Es könne auf die Generalklausel des Polizei- und Ordnungsrechts (in Baden-Württemberg: §§ 1, 3 PolG BW) gestützt werden. Die vor Ort anwesenden Vereinsmitglieder verstießen mit ihrem Verhalten gegen die "öffentliche Sicherheit", weil sie das allgemeine Persönlichkeitsrecht der von ihnen angesprochenen Frauen beeinträchtigten. Dieses sei als Individualrechtsgut Bestandteil der "öffentlichen Sicherheit".

In der Rechtsfolge nimmt die Abwägung zwischen der Meinungsfreiheit des Vereins einerseits und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht der betroffenen Frauen andererseits breiten Raum ein. Der VGH führt geradezu lehrbuchhaft aus, dass die widerstreitenden Interessen im Wege "praktischer Konkordanz" auszugleichen seien, wobei ein solcher Ausgleich insofern gegeben sei, als dem Verein nicht die Meinungsäußerung insgesamt, sondern nur in unmittelbarer Nähe der Schwangerschaftsberatungsstelle und auch nur in der vorliegenden, schockierend-belästigenden Form untersagt worden sei.

Prüfungsrelevanz:

Nicht nur bietet der Fall eine neue Variante zur Polizeiverfügung mit interessanten Problemen im formellen und materiellen Bereich, sondern er ist auch noch in den besonders examensrelevanten Rechtsbehelf des § 80 V 1 2. Halbsatz VwGO eingekleidet, weil der Verein sich im Wege des Aussetzungsverfahrens gegen die sofortige Vollziehungsanordnung zur Wehr setzte. Im Grunde könnte er unverändert in eine Examensklausur übernommen werden. Er ist nachstehend wie im Original nach Landesrecht Baden-Württembergs gelöst, ließe sich aber ohne Weiteres auf jedes andere Bundesland übertragen, da überall Generalklauseln zum Schutz der "öffentlichen Sicherheit" existieren.

Allerdings könnte der Fall auch in einer verfassungsrechtlichen Variante zu Prüfungsaufgaben verarbeitet werden, etwa in einer Verfassungsbeschwerde des Vereins gegen das Verbot der "Gehsteigberatung" nach erfolgloser Erschöpfung des Rechtswegs. Dann wäre ein noch größerer Schwerpunkt auf die Grundrechtsprüfung zu legen, insbesondere auf die Frage, ob juristische Personen Träger der Meinungsfreiheit sein können (über Art. 19 III GG wohl zu bejahen), wie diese von der Pressefreiheit abzugrenzen ist (es wurden Flugblätter verteilt) und wie das Spannungsverhältnis zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Passanten aufzulösen ist (nämlich im Wege praktischer Konkordanz, s.o.).

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Verfassungsmäßigkeit des Verbots der sog. "Schockwerbung": *BVerfG*, NJW 2001, 591; *Wassermeyer*, GRUR 2002, 126; *Manssen*, JuS 2001, 1169; *Jestaedt*, Jura 2002, 552

❑ Protestaktionen vor Praxis für Schwangerschaftsabbrüche: *LG München I*, NJW 2006, 3791

❑ Allgemeines Persönlichkeitsrecht contra öffentliche Videoüberwachung: *BVerfG*, RA 2007, 392 = NVwZ 2007, 688; *VGH Mannheim*, NVwZ 2004, 498; *VG Karlsruhe*, RA 2002, 115 = NVwZ 2002, 117

❑ Zur objektiven Schutzpflicht des Staates aus Grundrechten: *BVerfG*, RA 2010, 378 = NVwZ 2010, 702; NJW 1993, 1751 (dort speziell zur Fristenlösung des § 218 StGB); *VG Berlin*, NVwZ 2009, 1120

Kursprogramm:

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

Leitsätze:

1. Das an einen privaten Verein gerichtete Verbot, unmittelbar vor einer anerkannten Schwangerschaftskonfliktberatungsstelle Personen auf eine Schwangerschaftskonfliktsituation anzusprechen und ihnen unaufgefordert Broschüren, Bilder oder

Gegenstände zu diesem Thema zu zeigen oder zu überreichen (sog. Gehsteigberatung), kann auch unter Berücksichtigung der Meinungs- und der Glaubensfreiheit zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der schwangeren Frauen und des dem Schutz des ungeborenen Lebens dienenden Beratungskonzepts des Schwangerschaftskonfliktberatungsgesetzes gerechtfertigt sein.
2. Die Subsidiaritätsklausel des § 2 Abs. 2 PolG steht einem polizeilichen Einschreiten nicht entgegen, weil durch die Gehsteigberatung das allgemeine Persönlichkeitsrecht einer unbestimmten Vielzahl von Grundrechtsträgerinnen bedroht wird, denen eine individuelle Rechtsverfolgung vor den ordentlichen Gerichten nicht zumutbar ist.

Sachverhalt:
Der Antragsteller (ASt.), ein eingetragener, gemeinnütziger Verein, wendet sich im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gegen die - formell ordnungsgemäß - für sofort vollziehbar erklärte Verfügung der Antragsgegnerin (Stadt X in Baden-Württemberg) vom 16.02.2011, mit der ihm nach Anhörung untersagt wurde, "im Bereich der gesamten S-Straße in X. Personen auf eine Schwangerschaftskonfliktsituation anzusprechen oder ihnen unaufgefordert Broschüren, Bilder oder Gegenstände zu diesem Thema zu zeigen oder zu überreichen, d.h. sogenannte Gehsteigberatungen durchzuführen".
In der S-Straße ist eine staatlich anerkannte Schwangerschaftskonfliktberatungsstelle von "pro familia" ansässig. Die Ag. meint, das Verbot der "Gehsteigberatung" sei zum Schutze des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der dort Rat suchenden Frauen erforderlich. Nicht wenige fühlten sich durch die Aktionen des ASt. gestört und belästigt. Der ASt. verweist hingegen darauf, dass er nur von seiner Meinungsfreiheit Gebrauch mache. Zudem gehe es hier ausschließlich um den Schutz privater Rechte, und zu deren Schutz sei die Ag. nicht zuständig. Zudem sei die Verfügung zu unbestimmt. Im Übrigen müsse niemand mit ihm bzw. den für ihn handelnden Personen vor Ort ins Gespräch eintreten oder ein Flugblatt annehmen.

Hat der Eilantrag des ASt. Erfolg?

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

A. Zulässigkeit

I. Verwaltungsrechtsweg
Mangels aufdrängender könnte gem. § 40 I 1 VwGO der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet sein. Dann müsste eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegen.
Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt vor, sofern die streitentscheidenden Normen solche des öffentlichen Rechts sind. Der ASt. und die Ag. streiten über die Rechtmäßigkeit eines Verbots der "Gehsteigberatung" vor einer Schwangerschaftskonfliktberatungsstelle. Diese Frage beurteilt sich nach baden-württembergischen Polizeirecht, namentlich nach §§ 1, 3 PolG, deren Zuordnungssubjekt mit der Polizei notwendigerweise ein Träger hoheitlicher Gewalt ist. Somit ist die Streitigkeit öffentlich-rechtlich.
Der Ast. ist weder ein unmittelbar am Verfassungsleben beteiligter Rechtsträger noch Teil eines Verfassungsorgans, sodass allein deshalb mangels doppelter Verfassungsunmittelbarkeit eine nichtverfassungsrechtliche Streitigkeit vorliegt.
Abdrängende Sonderzuweisungen sind auch nicht ersichtlich. Somit ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

II. Statthafte Antragsart
Die statthafte Antragsart richtet sich gem. §§ 122 I, 88 VwGO nach dem Begehren des ASt. In Betracht kommen ein Antrag im sog. "Aussetzungsverfahren" nach §§ 80 V 1, 80a VwGO und ein Antrag im "Anordnungsverfahren" nach § 123 I VwGO, wobei letzteres gem. § 123 V vwGO nur subsidiär zur Anwendung kommt. Vorrangig ist daher zu fragen, ob das Begehren des ASt. durch einen Antrag nach §§ 80 V 1, 80a VwGO gedeckt werden kann. Ein solcher ist statthaft, wenn es um die Vollziehung eines belastenden Verwaltungsakts geht, mithin eine Anfechtungssituation vorliegt.
Vorliegend wendet sich der ASt. gegen das Verbot der "Gehsteigberatung". Dieses ist ein ihn belastender Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwGO. Somit handelt es sich in der Hauptsache um eine Anfechtungssituation. Im vorläufigen Rechtsschutz entspricht dieser im Zwei-Personen-Verhältnis ein Antrag nach § 80 V 1 VwGO, hier in Gestalt der 2. Alternative, gerichtet auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seiner Klage, nachdem die Polizei die sofortige Vollziehung der Verfügung nach § 80 II Nr. 4 VwGO angeordnet hat.

[Anm.: Es handelte sich hingegen nicht um einen Fall des § 80 II Nr. 2 VwGO. Zwar hat die Polizei gehandelt; es ist jedoch nichts dafür ersichtlich, dass die Anordnung "unaufschiebbar" i.S.d. § 80 II Nr. 2 VwGO war.]

III. Antragsbefugnis
Im Verfahren nach § 80 V 1 VwGO folgt das Erfordernis der Antragsbefugnis aus § 42 II VwGO entsprechend. Diese setzt zumindest die Möglichkeit einer Verletzung eigener Rechte des Antragstellers voraus. Als subjektives Recht in diesem Sinne kommt hier die Meinungsfreiheit aus Art. 5 I 1 1. Fall GG i.V.m. Art. 19 III GG in Betracht. Der ASt. ist ein eingetragener Verein, also eine inländische juristische Person i.S.d.

Art. 19 III GG. Auf diese ist ein Grundrecht "dem Wesen nach" i.S.d. Art. 19 III GG anwendbar, wenn ein Eingriff in das Grundrecht auf die hinter der juristischen Person stehenden natürlichen Personen durchschlagen würde, sog. "personales Substrat". Das Verbot der Gehsteigberatung trifft hier die für den ASt. vor Ort handelnden natürlichen Personen, schlägt also auf diese durch. Somit ist Art. Art. 5 I 1 1. Fall GG auf den ASt. anwendbar. Es besteht auch zumindest die Möglichkeit, dass die Meinungsfreiheit durch das Verbot der "Gehsteigberatung" verletzt sein könnte. Somit ist der ASt. antragsbefugt.

IV. Antragsgegner
Richtige Antragsgegnerin ist nach § 78 I Nr. 1 VwGO analog die Stadt S als Rechtsträgerin des für sie handelnden Bürgermeisters.

V. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis
Ein Rechtsschutzbedürfnis für einen Antrag nach § 80 V 1VwGO ist nur gegeben, wenn der Antragsteller Widerspruch oder Klage erhoben hat, diese keine aufschiebende Wirkung nach § 80 I 1 VwGO haben und nicht offensichtlich unzulässig sind.

1. Widerspruch oder Klage erhoben
Es besteht Streit darüber, ob die Zulässigkeit des Antrags nach § 80 V 1 VwGO voraussetzt, dass spätestens gleichzeitig mit dem Antrag nach § 80 V 1 VwGO auch Widerspruch oder Klage in der Hauptsache erhoben werden. Dieser Streit ist allerdings hier unerheblich, da der ASt. gleichzeitig mit seinem Antrag nach § 80 V 1 VwGO Klage erhoben hat.

2. Keine aufschiebende Wirkung
Der erhobenen Klage dürfte nicht die gesetzlich grundsätzlich vorgesehene aufschiebende Wirkung des § 80 I 1 VwGO zukommen. Da die Behörde die sofortige Vollziehung gem. § 80 II 1 Nr. 4 VwGO angeordnet hat, ist die aufschiebende Wirkung der vom ASt. erhobenen Klage entfallen.

3. Nicht offensichtlich unzulässig
Anhaltspunkte dafür, dass der Hauptsacherechtsbehelf offensichtlich unzulässig sein könnte, sind nicht ersichtlich.

VI. Zwischenergebnis
Somit ist der Antrag zulässig.

B. Begründetheit
Der Antrag ist begründet, wenn die Anordnung der sofortigen Vollziehung formell rechtswidrig ist oder bei summarischer Abwägung aller Umstände davon auszugehen ist, dass das Interesse des Betroffenen an dem einstweiligen Nichtvollzug gegenüber dem öffentlichen Interesse an der sofortigen Vollziehung vorrangig ist.

I. Formelle Rechtswidrigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung
Laut Sachverhalt ist die Anordnung der sofortigen Vollziehung hier formell ordnungsgemäß erfolgt, sodass der Antrag nicht schon wegen eines formellen Fehlers erfolgreich ist.

II. Interessenabwägung
Das private Aussetzungsinteresse könnte jedoch das öffentliche Vollzugsinteresse überwiegen.

1. Erfolgsaussichten in der Hauptsache
Ob dies der Fall ist, richtet sich zunächst und vor allem nach den Erfolgsaussichten in der Hauptsache. Im vorläufigen Rechtsschutz soll gewinnen, wer auch am Ende obsiegt. In der Hauptsache war hier eine Anfechtungsklage zu erheben, die in ihren Erfolgsaussichten gem. § 113 I 1 VwGO zunächst entscheidend davon abhängt, ob der angefochtene VA rechtswidrig ist oder nicht.
Hier geht es um das Verbot der "Gehsteigberatung". Fraglich ist, ob dieser Bescheid rechtmäßig ist. Das ist der Fall, soweit er auf einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage beruht und deren formelle und materielle Voraussetzungen vorliegen

a. Ermächtigungsgrundlage
Als Ermächtigungsgrundlage kommt nur die Generalklausel des baden-württembergischen Polizeirechts in Betracht, also §§ 1, 3 PolG BW.

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

aa. Zuständigkeit
Für die Wahrnehmung der polizeilichen Aufgaben nach §§ 1, 3 PolG BW sind nach § 60 I PolG BW die Polizeibehörden zuständig. Allgemeine Polizeibehörden sind nach § 61 Nr. 4 PolG BW u.a. die Ortspolizeibehörden. Ortspolizeibehörden wiederum sind nach § 62 IV PolG BW die Gemeinden, somit hier auch die Ag. Dass diese darüber hinaus zum Schutze der in der Schwangerschaftskonfliktberatungsstelle Rat suchenden Frauen und damit aus präventiven Motiven i.S.d. § 1 I PolG BW gehandelt hat, unterliegt keinem Zweifel.
Allerdings könnte sie gegen die Subsidiaritätsklausel des § 2 II PolG BW verstoßen haben. Nach dieser obliegt ihr der Schutz privater Rechte nur auf Antrag des Berechtigten und nur dann, wenn gerichtlicher Schutz nicht rechtzeitig zu erlangen ist und wenn ohne polizeiliche Hilfe die Gefahr besteht, dass die Verwirklichung des Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert wird. Dazu der VGH:
"Diese Subsidiaritätsklausel hindert jedoch ein polizeiliches Tätigwerden nur dann, wenn es ausschließ-

lich um den Schutz privater Rechte geht (vgl. Belz/Mußmann, Polizeigesetz für Baden-Württemberg, 7. Aufl., § 2 Rn. 12; Ruder/Schmitt, Polizeirecht Baden-Württemberg, 7. Aufl., Rn. 119). Dies ist hier [...] nicht der Fall. [Es] spricht vieles dafür, das öffentliche Interesse am polizeilichen Einschreiten auch deshalb zu bejahen, weil [...] die Staatsorgane im Hinblick darauf, dass die Grundrechte zugleich Ausdruck einer objektiven Wertordnung sind, eine objektivrechtliche Pflicht zum Schutz der grundrechtlich gesicherten Individualgüter - hier des allgemeinen Persönlichkeitsrechts - trifft (in diesem Sinne Denninger, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 4. Aufl., E 30). Dies gilt jedenfalls dann, wenn - wie hier - die Individualgüter einer unbestimmten Vielzahl von Grundrechtsträgerinnen bedroht werden (vgl. Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Aufl., Rn. 56)."

bb. Verfahren

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist vor allem nach § 28 I LVwVfG BW vor Erlass eines belastenden Verwaltungsakts anzuhören, was hier geschehen ist.

cc. Form

Der ASt. rügt eine Verletzung des Bestimmtheitsgrundsatzes aus § 37 I LVwVfG BW. Einen solchen sieht der VGH jedoch nicht:

"Die Untersagungsverfügung ist schließlich inhaltlich hinreichend bestimmt (vgl. § 37 Abs. 1 LVwVfG). Insoweit genügt es, dass aus dem gesamten Inhalt des Verwaltungsakts und aus dem Zusammenhang, vor allem aus der von der Behörde gegebenen Begründung und aus den Beteiligten bekannten näheren Umständen des Erlasses im Wege einer an den Grundsätzen von Treu und Glauben orientierten Auslegung hinreichende Klarheit gewonnen werden kann (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 37 Rn. 12 m.w.N.; BVerwG, NJW 1989, 1624). Daran gemessen bereitet es hier keine Schwierigkeiten festzustellen, dass die Untersagungsverfügung - was bereits im Verfügungstenor hinreichend zum Ausdruck kommt und auch der Zielrichtung der Verfügung entspricht - neben der persönlichen Ansprache auf eine Schwangerschaftskonfliktsituation nur das unaufgeforderte und gezielt-individuelle Vorzeigen (Hinhalten) und Überreichen von Broschüren, Bildern und Gegenständen erfasst. Ein etwaiger Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot könnte im Übrigen im Widerspruchsverfahren und gegebenenfalls selbst in einem sich anschließenden gerichtlichen Hauptsacheverfahren (vgl. BVerwG, Beschluss vom 21.06.2006 - 4 B 32.06 - NVwZ-RR 2006, 589) durch nachträgliche Klarstellung noch geheilt werden."

c. Materielle Rechtmäßigkeit

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

aa. Tatbestand

In tatbestandlicher Hinsicht müsste der ASt. ein Schutzgut der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung gefährdet haben, und ein Einschreiten der Ag. müsste im öffentlichen Interesse geboten sein §§ 1, 3 PolG BW.

(1). Öffentliche Sicherheit gefährdet

"Das Schutzgut der öffentlichen Sicherheit nach § 1 I 1 PolG BW umfasst die Rechte und Rechtsgüter der Einzelnen; dazu gehört neben Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre und Vermögen (vgl. nur BVerfGE 69, 315 [352]) auch das durch Art. 1 I i.V.m. Art. 2 I GG geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht (vgl. Senatsurteile VGH Mannheim, VBlBW 1995, 282 [283]; VBlBW 2008, 375 [376] = NVwZ-RR 2008, 700 [701]). Die vom Antragsteller praktizierte Gehsteigberatung führt voraussichtlich mit dem erforderlichen Grad an Wahrscheinlichkeit zu einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der betroffenen Frauen."

[Anm.: Obschon der VGH die Herleitung aus Art. 1 I i.V.m. 1 I GG zitiert, wird das "allgemeine Persönlichkeitsrecht" hier nicht als Bestandteil der objektiven Rechtsordnung geprüft, die ja als solche auch zu den Schutzgütern der öffentlichen Sicherheit gehört, sondern explizit als Individualrechtsgut. Dies ist zutreffend, da Grundrechte gem. Art. 1 III GG Abwehrrechte gegen den Staat sind, nicht aber gegen private Dritte. Der ASt. kann somit grds. gar nicht gegen Grundrechte verstoßen, weil diese ihn als Privatrechtssubjekt nicht (bzw. jedenfalls nicht unmittelbar) binden.]

(a). Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts

"Das in Art. 1 I GG i.V.m. Art. 2 I GG verankerte allgemeine Persönlichkeitsrecht dient dem Schutz der engeren persönlichen Lebenssphäre und der Erhaltung ihrer Grundbedingungen, die sich durch die traditionellen konkreten Freiheitsgarantien nicht abschließend erfassen lassen (vgl. BVerfGE 99, 185 [193]; 114, 339 [346]; 120, 274 [303]). Im Sinne eines Schutzes vor Indiskretion hat hiernach jedermann grundsätzlich das Recht ungestört zu bleiben. Dem Einzelnen wird ein Innenbereich freier Persönlichkeitsentfaltung garantiert, in dem er 'sich selbst besitzt' und in den er sich frei von jeder staatlichen Kontrolle und sonstiger Beeinträchtigung zurückziehen kann (BVerfGE 27, 1 [6] m.w.N.)."

(b). Gefährdung durch das Verhalten der ASt.

"Die Ansprache durch unbekannte Dritte auf der Straße auf eine bestehende Schwangerschaft oder gar auf eine Schwangerschaftskonfliktsituation einen stellt gravierenden Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der betroffenen Frauen dar. Die Schwanger-

schaft dürfte nach den Maßstäben der sog. Sphärentheorie der durch Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG geschützten Privatsphäre der schwangeren Frau zuzuordnen sein. Der Schutz der Privatsphäre ist umso intensiver, je näher der Sachbereich der Intimsphäre steht. Gerade das erste Drittel der Schwangerschaft, in dem sich die überwiegende Mehrzahl der Rat suchenden Frauen befinden dürfte, weist eine große Nähe zur Intimsphäre auf, so dass für die Frage der Eingriffsrechtfertigung auch dann ein sehr hohes Schutzniveau für das allgemeine Persönlichkeitsrecht zugrunde zu legen ist, wenn man die Schwangerschaft nicht pauschal der Intimsphäre der Frau zuordnet (so noch BVerfGE 39, 1 [42]). In der Frühphase der Schwangerschaft befinden sich die meisten Frauen in einer besonderen seelischen Lage, in der es in Einzelfällen zu schweren Konfliktsituationen kommt. Diesen Schwangerschaftskonflikt erlebt die Frau als höchstpersönlichen Konflikt. Die Umstände erheblichen Gewichts, die einer Frau das Austragen eines Kindes bis zur Unzumutbarkeit erschweren können, bestimmen sich nicht nur nach objektiven Komponenten, sondern auch nach ihren physischen und psychischen Befindlichkeiten und Eigenschaften (BVerfG, Urteil vom 28.05.1993 - 2 BvF 2/90 u. a. [Schwangerschaftsabbruch II] - BVerfGE 88, 203 [265]). Gerade in dieser Konfliktsituation hat die schwangere Frau ein Recht darauf, von fremden Personen, die sie auf der Straße darauf ansprechen, in Ruhe gelassen zu werden. [...]

Aus dem Vorstehenden folgt zugleich, dass die Auffassung des Antragstellers, seine Tätigkeit greife lediglich in die weniger schützenswerte Sozialsphäre der angesprochenen Frauen ein, weil die Frage des Hilfsangebots in einer Schwangerschaftssituation eher die Sozial- als die Privatsphäre der Schwangeren betreffe, an der Realität der von ihm praktizierten Form der Gehsteigberatung vorbeigeht. Mit der Sozialsphäre ist das Ansehen des Einzelnen in der Öffentlichkeit gemeint. Sie beschreibt einen Bereich, der von der Umwelt nicht abgeschirmt werden kann (vgl. Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, 60. Erg.-Lfg. 2001, Art. 2 Abs. 1 Rn. 160). Wie bereits dargelegt, geht es im vorliegenden Fall nicht um das Ansehen der betroffenen Frauen in der Öffentlichkeit, sondern um einen sensiblen Bereich der engeren Lebensführung und den Bereich der Gedanken- und Gefühlswelt eines Menschen als psychischem Innenbereich."

(2). Öffentliches Interesse

Der VGH bejaht auch ein "öffentliches Interesse" am Einschreiten gegen die ASt., weil es sich um eine Vielzahl von Vorgängen handelte und die einzelnen Frauen nur schwerlich Rechtsschutz gegen das Vorgehen der ASt. suchen können bzw. ihnen dies nicht zumutbar ist:

"Das Einschreiten der Antragsgegnerin ist auch im öffentlichen Interesse geboten (vgl. § 1 I 1 letzter Halbs. PolG). Die Funktion dieser Beschränkung besteht darin, aus dem Aufgabenbereich der Polizei den Schutz bestimmter Rechtsgüter und Rechte des Einzelnen auszuscheiden, vor allem wenn er nur sich selbst gefährdet oder wenn es um den Schutz (nur) privater Rechte geht, der gegebenenfalls auf gerichtlichem Weg möglich ist (vgl. Wolf/Stephan/Deger, Polizeigesetz für Baden-Württemberg, Kommentar, 6. Aufl., § 1 Rn. 79). Die hier mit der streitgegenständlichen Gehsteigberatung einhergehenden Beeinträchtigungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts einer unbestimmten Vielzahl schwangerer Frauen sind voraussichtlich selbst öffentlich-rechtlich relevant. [...]

Zwar steht im Ausgangspunkt die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der im Einzelfall im Rahmen der Gehsteigberatung angesprochenen Frau in Rede, so dass in erster Linie die ordentlichen Gerichte zur Gewährung von Rechtsschutz berufen sind. In Betracht kommt ein im Wege eines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zu verfolgender Unterlassungsanspruch gemäß §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB. Dieser Rechtsschutz ist grundsätzlich genauso effektiv i. S. d. Art. 19 Abs. 4 GG wie der Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten (vgl. Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG). Bei den hier in Rede stehenden Beeinträchtigungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts dürfte jedoch typischerweise wirkungsvoller Rechtsschutz vor den ordentlichen Gerichten für viele der betroffenen Frauen schon deshalb nicht zu erlangen sein, weil sie die Schwangerschaftskonfliktberatungsstelle nur einmal aufsuchen und es wegen der Einmaligkeit der Rechtsgutbeeinträchtigung am Rechtsschutzinteresse fehlen dürfte. Bei dieser Sachlage dürfte es der im Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG wurzelnde allgemeine Justizgewährleistungsanspruch, der wirkungsvollen Rechtsschutz garantiert (vgl. BVerfGE 117, 71 [121 f.] m.w.N.), gebieten, das gemäß § 1 I 1 letzter Halbs. PolG erforderliche öffentliche Interesse am polizeilichen Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu bejahen.

Hinzu kommt, dass einzelne Unterlassungsklagen der betroffenen Frauen vor den ordentlichen Gerichten nicht genauso effektiv sind wie die Gefahrenabwehr durch eine polizeiliche Untersagungsverfügung, die die Gefahr der Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auch gegenüber künftig die Beratungsstelle aufsuchenden Frauen abwehrt.

Des Weiteren ist der jeweils betroffenen Frau jedenfalls dann, wenn sie sich tatsächlich in einer Schwangerschaftskonfliktsituation befindet, die Rechtsverfolgung vor den ordentlichen Gerichten nicht zumutbar, weil ihr dies einen Verzicht auf die durch § 6 Abs. 2 SchKG gesetzlich gewährleistete Anonymität abverlangen würde."

(3). Richtiger Adressat

Der ASt. müsste richtiger Adressat der Verfügung sein. Wird die öffentliche Sicherheit durch das Verhalten von Personen gestört, so hat die Polizei gem. §

6 I PolG BW ihre Maßnahmen gegenüber der Person zu treffen, welche die Störung verursacht hat. Störer in diesem Sinne kann auch eine juristische Person sein, wenn sie durch ihre Organe oder - wie hier die ASt. als Verein - durch ihre Mitglieder handelt, die in ihrem Namen auftreten, durch sie instruiert worden sind und denen von ihr Material wie Flugblätter usw. zur Verfügung gestellt worden sind.

(4). Zwischenergebnis
Die tatbestandlichen Voraussetzungen für ein Einschreiten gegen die ASt. lagen somit vor.

bb. Rechtsfolge
Fraglich ist, ob die Ag. ihr Ermessen ordnungsgemäß ausgeübt hat. Im Rahmen der §§ 1, 3 PolG kommen ihr Entschließungs- und Auswahlermessen zu. Hier könnte das von ihr ausgewählte Mittel eines Verbots unverhältnismäßig sein. Wäre dies der Fall, hätte die Ag. das falsche Mittel gewählt und somit ihr Auswahlermessen überschritten.
Verhältnismäßig im Sinne des Art. 20 III GG i.V.m. § 5 PolG BW ist eine Maßnahme nur dann, wenn sie zur Erreichung eines legitimen Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen ist.

(1). Legitimer Zweck
Legitimer Zweck ist hier der oben beschriebene Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der in der Schwangerschaftskonfliktberatungsstelle Rat suchenden Frauen.

(2). *Geeignetheit*
Durch das Verbot wird jegliche weitere Ansprache und damit jegliche mögliche weitere Belästigung verhindert.

(3). *Erforderlichkeit*
Mildere, gleich effektive Mittel zur Zweckerreichung sind nicht ersichtlich.

(4). *Angemessenheit*
Fraglich ist jedoch die Angemessenheit der Maßnahme. Die ASt. macht geltend, sie werde in unverhältnismäßiger Weise in ihrer Meinungsfreiheit beschnitten.

(a). Meinungsfreiheit betroffen
Zum Schutzbereich der Meinungsfreiheit aus Art. 5 I 1 1. Fall GG gehört es, dass jedermann seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei äußern darf. Meinungen in diesem Sinne sind alle wertenden Stellungnahmen, also solche Äußerungen, die durch subjektive Elemente des wertenden Dafürhaltens geprägt werden. Dazu gehört zweifelsohne die Einstellung zum Thema Abtreibung und Schwangerschaft in Konfliktsituationen. Dass auch juristische Personen wie die ASt. sich nach Art. 19 III GG auf dieses Grundrecht berufen können, wurde bereits oben zur Antragsbefugnis ausgeführt.

[Anm.: Demgegenüber ist die Pressefreiheit hier nicht betroffen. Zwar wurden auch Flugblätter verteilt, die als zur Informationsverbreitung bestimmte Druckerzeugnisse grds. in den Schutzbereich des Art. 5 I 2 1. Fall GG fallen. Geht es jedoch nicht um das Verbreitungsmedium, sondern den Inhalt desselben, ist ausschließlich die Meinungsfreiheit des Art. 5 I 1 1. Fall GG betroffen, vgl. BVerfG, NJW 2003, 1110; BVerfGE 86, 122, 128.]

(b). Praktische Konkordanz
Die Meinungsfreiheit der Antragstellerin steht hier im Spannungsverhältnis zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht der angesprochenen Frauen, die sich gestört fühlen. Eine derartige Grundrechtskollision ist im Wege "praktischer Konkordanz" zu lösen; d.h. es ist nicht nach dem Vorrang des einen oder anderen Rechts zu fragen, sondern ein Ausgleich zu suchen, nach dem beide Rechte in möglichst maximaler Weise zur Entfaltung kommen können, der Konfliktbereich m.a.W. minimiert wird. Der VGH hält die Verbotsverfügung für mit diesem Grundsatz vereinbar:
"Bei dieser Abwägung muss zugunsten der Meinungsfreiheit berücksichtigt werden, dass der Antragsteller mit dem Thema der Schwangerschaftsabbrüche einen Gegenstand von besonderem öffentlichen Interesse angesprochen hat, was das Gewicht seines in die Abwägung einzustellenden Äußerungsinteresses vergrößert. Allerdings schützt Art. 5 Abs. 1 GG auch bei Themen von besonderem öffentlichen Interesse keine Tätigkeiten, mit denen Anderen eine bestimmte Meinung aufgedrängt werden soll. [...] Es wird vom Antragsteller nicht bestritten, dass den Frauen, von denen angenommen wird, sie seien schwanger und befänden sich in einem Schwangerschaftskonflikt, Flyer zu diesem Thema übergeben werden. In diesen vom Antragsteller selbst vorgelegten Flyern befinden sich im Inneren Bilder von Föten, Teilen von Föten, von Ungeborenen oder Teilen von Ungeborenen. Auf der Außenseite der Flyer wird der Eindruck erweckt, es handele sich ausschließlich um ein beratendes Hilfsangebot. Schlägt man das Faltblatt jedoch auf, wird man ohne Vorwarnung mit Bildern der beschriebenen Art konfrontiert, die darauf angelegt sind, den schwangeren Frauen eine bestimmte Meinung aufzuzwingen. Dieser Effekt wird durch den Umstand, dass sich viele der angesprochenen Frauen gerade in einer Schwangerschaftskonfliktsituation befinden, noch verstärkt.
Das Verwaltungsgericht hat die Bedeutung der Meinungsfreiheit als Grundrecht von schlechthin grundlegender Bedeutung im Verfassungsstaat und einem der vornehmsten Menschenrechte (BVerfGE 7, 198 [208]) nicht verkannt. Vielmehr hat es im Wege praktischer Konkordanz dem Grundrecht des Antragstellers auf Meinungsfreiheit und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht der schwangeren Frauen zu jeweils bestmöglicher Wirkung und Geltung verholfen. Hierbei ist von entscheidendem Gewicht, dass die Gehsteigbera-

tung des Antragstellers ausschließlich im Bereich der lediglich ca. 70m langen S-Straße untersagt wurde. Diese Straße müssen die schwangeren Frauen notwendigerweise passieren, um die Beratungsstelle zu erreichen. Sie haben daher keine Möglichkeit der Gehsteigberatung auszuweichen. Dem Antragsteller und seinen Mitgliedern bleibt es jedoch möglich, die Gehsteigberatung im restlichen Stadtgebiet durchzuführen und ihre Meinung in X. an anderen Stellen kund zu tun.
Hinzu kommt, dass dem Antragsteller auch in der S-Straße nicht jegliche Form der Meinungsäußerung verboten wurde, sondern nur das Ansprechen von Personen auf eine Schwangerschaftskonfliktsituation und das unaufgeforderte Überreichen von Broschüren, Bildern oder Gegenständen zu diesem Thema. Eine allgemeine Kritik an der Möglichkeit der Abtreibung und das Äußern dieser Meinung ohne eine gezielte Ansprache der schwangeren Frauen bleibt dem Antragsteller daher möglich. Somit schränkt die Untersagungsverfügung die Meinungsfreiheit des Antragstellers nicht unverhältnismäßig ein."

[Anm.: Der VGH führt weiter aus, dass diese Ausführungen auch im Hinblick auf Art. 4 I, II GG entsprechend gelten würden, sollte man im Kampf des ASt. für das ungeborene Leben eine Ausübung seiner Glaubens- und Bekenntnisfreiheit sehen.]

Nach alledem hat die Ag. auch ihr Ermessen fehlerfrei ausgeübt.

2. Besonderes Vollzugsinteresse
Die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts ist zwar notwendige, jedoch nicht hinreichende Bedingung für ein überwiegendes Vollzugsinteresse. Dies stellt schon § 80 II Nr. 4 VwGO klar, der ein "besonderes" Vollzugsinteresse fordert. Dies erkennt auch der VGH, der insoweit nochmals auf die Interessen der betroffenen Frauen abstellt, deren weitere Beeinträchtigung bis zum Ausgang des Hauptsacheverfahrens nicht hingenommen werden könne:
"Das besondere Vollziehungsinteresse ergibt sich daraus, dass die angefochtene Untersagungsverfügung sich im Hauptsacheverfahren mit hoher Wahrscheinlichkeit als rechtmäßig erweisen wird und es bei dieser Sachlage nicht vertretbar erscheint, den Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts einer Vielzahl betroffener Frauen bis zum Eintritt der Bestands- oder Rechtskraft der Verfügung zurücktreten zu lassen."

C. Ergebnis
Der Antrag ist zulässig aber unbegründet.

Standort: Zivilrecht — Problem: Kaufrecht/Schaden

OLG OLDENBURG, URTEIL VOM 23.08.2011
13 U 59/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:
Die Kl. ließ für 1.899,- € eine LPG-Autogasanlage in ihren Pkw einbauen. In der Folgezeit traten verschiedene Mängel auf, die von der Bekl. im Ergebnis nicht behoben werden konnten, so dass die Kl. ihren Pkw ausschließlich im Benzinbetrieb nutzte. Daraufhin trat sie vom Vertrag zurück und begehrt nun die Rückzahlung des Werklohnes. Daneben verlangt sie Schadensersatz in Höhe von 1.200,- € für die Tatsache, dass sie anstatt des günstigeren Autogases das teurere Benzin tanken musste.

Prüfungsrelevanz:
Der Senat legt eine interessante Entscheidung vor, die nicht nur wegen ihrer Aktualität gut in Examensklausuren „verbaut" werden kann.

Der Vertrag über den Einbau der Gasanlage ist ein Werkvertrag gem. § 631 BGB, so dass sich die Rechte der Kl. aus § 634 BGB ergaben. Es handelt sich nicht etwa um einen Kaufvertrag mit Montageverpflichtung, da der Einbau einen grundlegenden Eingriff in die Technik des Fahrzeugs erforderlich macht. Das Gesamtbild des Vertrages wird daher wesentlich durch die geschuldete Montageleistung geprägt (so auch OLG Hamm, NJW-RR 2010, 1213). Da die Leistung schon im Zeitpunkt der Abnahme mangelhaft gem. § 633 BGB war und Nacherfüllungsversuche der Bekl. fehlgeschlagen waren, konnte die Kl. nach §§ 634 Nr. 3, 323, 636 BGB ohne Fristsetzung vom Vertrag zurücktreten. Ihr stand damit unproblematisch aus § 346 I BGB ein Anspruch auf Rückzahlung des Werklohnes zu.

Daneben konnte sie grds. Schadensersatz geltend machen (§ 325 BGB). Der Differenzbetrag von 1.200,- € zwischen den tatsächlich angefallenen Benzinkosten und den Kosten für das Autogas kann sie jedoch nicht gem. §§ 643 Nr. 4, 280 I, III, 281 BGB ersetzt verlangen kann. Denn die Kl. muss sich die gem. § 346 I BGB zu erstattende Gegenleistung von 1.899,- € auf ihren Schadensersatzanspruch anrechnen lassen: Zur Berechnung des Schadens ist nach der herrschenden Differenzmethode die aktuelle Vermögenslage unter Berücksichtigung des schädigenden Ereignisses mit der gedachten Vermögenslage unter Ausschaltung des schädigenden Ereignisses zu vergleichen (Palandt/Heinrichs, Vorb v § 249 Rn. 8). In die Betrachtung der aktuellen Vermögenslage ist die Tatsache miteinzubeziehen, dass die Kl. aufgrund des schädigenden Ereignisses einen Rückgewähranspruch nach § 346 I BGB in Höhe von 1.899,- € hat (MünchKommBGB/Ernst, § 325 Rn. 6). Bei der Betrachtung der gedachten Vermögenslage ist zu berücksichtigen,

dass die Kl. nach ihrem Vortrag im fraglichen Zeitraum Einsparungen von 1.200,- € erzielt hätte. Damit steht ihr kein Schadensersatzanspruch zu, da ihre aktuelle nicht hinter der gedachten Vermögenslage zurückbleibt (vgl. Palandt/Heinrichs, Vorb v § 249 Rn. 8).

Mit der Berücksichtigung des Wertes des Rückgewähranspruchs vollzieht sich sozusagen ein Amortisationsgedanke: Die Einbaukosten von 1.899,- € hätten sich bei Ersparnissen von 1.200,- € noch nicht rentiert; ein Ersatzanspruch ist daher nicht denkbar.

Vertiefungshinweise:

❑ *BGH*, NJW 2011, 3085; *OLG Karlsruhe*, BeckRS 2011, 23341; *Körner*, JuS 2010, 435 (Original-Assessorexamensklausur); *Schiemann*, NJW 2007, 3037; *Wenzel*, NJW 2007, 1905; *Popescu/Majer*, NZBau 2008, 424 (zur sog. Ohne-Rechnung-Abrede)

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: „Die sturm- und wetterfeste Aluminiumfassade“

❑ *Examenskurs*: „Die neue Kanzlei“

❑ *Examenskurs*: „Der nostalgische Ofen“

Leitsatz (der Redaktion):

Bei der Berechnung des Schadens nach der Differenzhypothese ist in die Betrachtung der jetzigen Vermögenslage des Geschädigten einzustellen, ob dem Geschädigten ein Anspruch auf Rückzahlung seiner Gegenleistung (aus § 346 I BGB) zusteht. Ist das der Fall, muss sich der Geschädigte diesen Anspruch schadensmindernd anrechnen lassen.

Sachverhalt:

K aus Münster ließ im April 2008 von B in Oldenburg zum Preis von 1.899 € eine LPG-Autogasanlage in seinen Pkw Peugeot 206 einbauen. Die Autogasanlage wird serienmäßig hergestellt. Der Einbau in einen Pkw, der normalerweise mit Benzin betrieben wird, erfordert umfangreiche Anpassungsmaßnahmen.

Nach dem Einbau stellte K verschiedene Probleme mit der Anlage fest, so dass er immer wieder in den Benzinbetrieb wechseln musste. Er gab den Pkw bei B in Reparatur. B nahm Einstellarbeiten vor und tauschte die Einspritzdüsen aus. Da die von K beanstandeten Probleme weiterhin auftraten, stellte er den Wagen erneut dem B vor. Nachdem B ein neues Steuergerät eingebaut hatte waren die Probleme immer noch nicht behoben.

Da der K schon einen Rechtsstreit befürchtete, ließ er die Mängel von einem Sachverständigen im Februar 2010 durch ein Privatgutachten feststellen. Der Sachverständige kam zu dem Ergebnis, dass die Mängel bereits von Anfang an vorgelegen haben müssen. Mit Anwaltsschreiben vom 10.03.2010 erklärte K den Rücktritt vom Vertrag und fordert den B zur Rücknahme der Gasanlage auf. Dies lehnt B ab.

K erhebt anwaltlich vertreten Klage. Er begehrt die Rückzahlung der 1.899,- € Zug um Zug gegen Herausgabe der Gasanlage. Außerdem trägt er vor, im Zeitraum zwischen April 2008 und März 2010 ausschließlich Benzin und kein Gas getankt zu haben. Hätte die Gasanlage funktioniert, hätte er Einsparungen von 1.200,- € gehabt. Auch diese Geldsumme will er von B ersetzt haben. Schließlich seien ihm vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten von 446,13 € entstanden.

K will daneben festgestellt wissen, dass B sich mit der Rücknahme der Gasanlage in Verzug befindet.

Hat die Klage des K Erfolg?

Lösung:

Die Klage des K hat Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

Die Klage müsste zunächst zulässig sein.

[Anm.: In der Zulässigkeit sind diejenigen Prüfungspunkte anzusprechen, die ausweislich des Sachverhalts problematisch sind. Daneben bietet es sich an, die Zuständigkeit des Gerichts zu klären, sofern hierfür Anhaltpunkte gegeben sind.]

I. Sachliche Zuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit ergibt sich aus §§ 23, 71 GVG. Demnach ist gem. § 23 Nr. 1 GVG bis zu einem Streitwert von 5.000,- € das Amtsgericht zuständig, sofern nicht ausnahmsweise eine streitwertunabhängige Zuweisung zum Amtsgericht (vgl. § 23 Nr. 2 GVG) gegeben ist.

K verlangt drei Geldpositionen von K, die gem. § 5 ZPO zur Bestimmung des Zuständigkeitsstreitwertes zusammenzurechnen sind. Vorliegend ist daher von ein Betrag von 3.545,13 € auszugehen. Daneben stellt K einen Feststellungsantrag, der ebenfalls Auswirkungen auf den Zuständigkeitsstreitwert hat. Der Streitwert eines Feststellungsantrages ist gem. § 3 ZPO nach freiem Ermessen des Gerichts festzusetzen. Soweit der Vergleich mit einem dem Feststellungsinteresse entsprechenden Leistungsantrag in Betracht kommt, nimmt man den Wert des Leistungsantrages zum Ausgangspunkt (Anders/Gehle, Das Assessorexamen im Zivilrecht, Rn. O-36). Da aber das Feststellungsurteil in seinen Wirkungen hinter einem Leistungsurteil zurückbleibt, kann nicht der volle Wert des Leistungsantrages angesetzt werden, sondern muss angemessen reduziert werden (ca. 20 – 50 %, vgl. BGH, NJW-RR 2006, 791). Der Feststellungsantrag des K bezieht sich auf einen etwaigen Verzug des B mit der Rücknahme der Gasanlage. Die Rücknahme wiederum steht mit dem Rückgewähranspruch des K aus § 346 I BGB, also einem Leistungsantrag, im Zu-

sammenhang. Dieser hat einen isolierten Wert von 1.899,- €. Setzt man diesen angemessen herab (z.B. um 50 %) und rechnet ihn dem bisherigen Streitwert von 3.545,13 € hinzu, ergibt sich weiterhin die Zuständigkeit des Amtsgerichts, da die Grenze von 5.000,- € nicht überschritten wird (bei Reduzierung um 50 % = 1.899/2 + 3.545,13 = 4.494,63 €).
Das Amtsgericht ist sachlich zuständig.

II. Örtliche Zuständigkeit
Die örtliche Zuständigkeit richtet sich gem. § 12 ZPO nach dem Beklagten („für alle gegen sie zu erhebenden Klagen"). Damit ist regelmäßig das Gericht am Wohnsitz des Beklagten gem. § 13 ZPO zuständig, sofern kein ausschließlicher Gerichtsstand gegeben ist. Zwischen einem besonderen Gerichtsstand (z.B. demjenigen der unerlaubten Handlung gem. § 32 ZPO) und dem allgemeinen Gerichtsstand nach §§ 12, 13 ZPO besteht gem. § 35 ZPO ein Wahlrecht des Klägers.
Ein ausschließlicher Gerichtsstand ist hier nicht ersichtlich. Gem. §§ 12, 13 ZPO ließe sich die Zuständigkeit des Amtsgerichts Oldenburg als Wohnsitzgericht des Beklagten begründen. Daneben könnte sich die Zuständigkeit auch aus § 29 I ZPO ergeben. Dafür ist zu ermitteln, wo der Erfüllungsort der begehrten Leistung liegt. K klagt auf Geldzahlung. Der Erfüllungsort für Geldschulden richtet sich gem. §§ 270 IV, 269 I BGB nach dem Wohnsitz des Schuldners, hier also dem Wohnsitz des B. Somit ist die Zuständigkeit des Amtsgerichts Oldenburg auch gem. § 29 I ZPO begründet.

[Anm.: § 270 I BGB regelt nicht die Frage nach dem Erfüllungs- bzw. Leistungsort für Geldschulden, sondern trifft nur eine Gefahrtragungsregelung für Geldschulden. § 270 IV BGB stellt klar, dass es zur Ermittlung des Erfüllungs-/Leistungsortes auf die Regelung des § 269 BGB ankommt.]

III. Voraussetzungen des § 256 ZPO
K kombiniert vorliegend mehrere Leistungsanträge, die unproblematisch statthaft sind, mit einem Feststellungsantrag. Aus § 256 I ZPO ergibt sich aber, dass eine Feststellung nur beantragt werden kann, wenn hierfür ein schützenswertes Interesse besteht.
Richtet sich der Antrag auf die Feststellung, dass der Beklagte mit seiner Rückgewährpflicht aus § 346 I BGB in Verzug ist, ergibt sich das Feststellungsinteresse aus zwei Erwägungen: Zum einen verlangen die vollstreckungsrechtlichen Vorschriften §§ 756, 765 ZPO, dass der Nachweis des Annahmeverzugs als besondere Vollstreckungsvoraussetzung vorliegt. Wird der Verzug des Beklagten schon im Erkenntnisverfahren festgestellt, liegt mit dem Urteil automatisch eine öffentliche Urkunde gem. § 415 ZPO vor, so dass der Gerichtsvollzieher mit der Vollstreckung beginnen darf. Zum anderen werden mit der Feststellung des Verzugs gleichzeitig die Voraussetzungen für eine Haftungsbegrenzung nach § 300 I BGB dargelegt.
Damit liegt ein Feststellungsinteresse vor.

B. Objektive Klagehäufung gem. § 260 ZPO
Da K mehrere Begehren verfolgt, müssten die Voraussetzungen für die objektive Klagehäufung gem. § 260 ZPO gegeben sein. Das ist hier der Fall, da sich sämtliche Ansprüche gegen denselben Beklagten (B) richten, für die das Amtsgericht Oldenburg zuständig ist. Außerdem können alle Ansprüche in derselben Prozessart verfolgt werden.

C. Begründetheit
Die Klage müsste auch begründet sein.

I. Anspruch auf Rückzahlung der 1.899,- €

K könnte gegen B einen Anspruch auf Rückzahlung der 1.899,- € gem. §§ 634 Nr. 3, 323, 346 I BGB haben.

1. Vorliegen eines Werkvertrages
Die Anwendbarkeit des werkvertraglichen Gewährleistungsrechtes nach §§ 634 ff. BGB setzt voraus, dass der zwischen K und B geschlossene Vertrag ein Werkvertrag i.S.d. § 631 BGB ist. Ein Werkvertrag liegt vor, wenn der Werkunternehmer als Erfolg seines Tätigwerdens die Herstellung eines Werkes, der Werkbesteller die Entrichtung der Vergütung schuldet. Ist der Vertrag auf die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen gerichtet, findet gem. § 651 BGB nicht Werk-, sondern Kaufvertragsrecht Anwendung.
Hier ist der Vertrag auf den Einbau der von B hergestellten Autogasanlage gerichtet. Somit kommt ein Werkvertrag in Betracht, wenn entscheidend auf den Einbau der Anlage abgestellt wird. Dagegen ist vor dem Hintergrund des § 651 BGB auch ein Kaufvertrag mit Montageverpflichtung denkbar, da dem K insbesondere auch das Eigentum und der Besitz an der Anlage verschafft werden soll. Für einen Kaufvertrag spricht außerdem, dass die Gasanlage in Serie gefertigt wird, letztlich also Massenware ist. Bei derartigen Verträgen findet häufig Kaufrecht Anwendung (MünchKommBGB/Busche, § 631 BGB Rn. 7). Weist ein Vertrag Elemente mehrerer Vertragstypen auf, ist auf den Schwerpunkt abzustellen. Der Einbau der Autogasanlage erfordert erhebliche Anpassungsmaßnahmen und stellt sich damit als ein sensibler Eingriff in die Technik des Fahrzeugs, gleichsam einer „Operation am offenen Herzen" dar. Damit ist das Gesamtbild des Vertrages wesentlich durch die geschuldete Montageleistung geprägt (so auch OLG Hamm, NJW-RR 2010, 1213). Folglich liegt ein Werkvertrag vor.

2. Sachmangel gem. § 633 BGB
Es müsste ein Sachmangel i.S.d. § 633 BGB vorlie-

gen. Da für eine bestimmte Beschaffenheitsvereinbarung oder eine vertraglich vorausgesetzte Verwendung keine Anhaltspunkte ersichtlich sind, kommt nur ein Mangel nach § 633 II 2 Nr. 2 BGB in Betracht. Das Werk ist mangelhaft, wenn es sich nicht für die gewöhnliche Verwendung eignet oder eine Beschaffenheit nicht aufweist, die bei Werken gleicher Art üblich ist und daher vom Besteller erwartet werden kann. Durch den Einbau einer Autogasanlage ist es für gewöhnlich möglich, den Pkw im Gasbetrieb zu nutzen. Das war hier jedoch nicht der Fall. Somit liegt ein Mangel nach § 633 II 2 Nr. 2 BGB vor.

3. Abnahme gem. § 640 BGB

Die Werkleistung müsste gem. § 640 I BGB abgenommen worden sein. Hierunter versteht man die körperliche Entgegennahme des Werkes verbunden mit der Erklärung des Bestellers, dass er das Werk als im wesentlichen vertragsgemäß anerkenne (vgl. BeckOK/Voith, § 640 BGB Rn. 5 ff.). Die Abnahme durch den K liegt in der widerspruchslosen Entgegennahme des Pkw nach dem Einbau der Autogasanlage im April 2008. Hiermit hat K zumindest konkludent die Billigung des Werkes als vertragsgemäß zu verstehen gegeben.

4. Fristsetzung zur Nacherfüllung und erfolgloser Fristablauf (§ 323 I 1 BGB)

Der Besteller ist zunächst verpflichtet, dem Unternehmer eine angemessene Nachfrist zu setzen. Eine Nachfristsetzung ist hier nicht erfolgt. Diese könnte jedoch gem. § 636 BGB entbehrlich sein, wenn die vom Unternehmer gewählte Art der Nacherfüllung fehlgeschlagen ist. Liegt die gewählte Form der Nacherfüllung wie hier in der Nachbesserung, ist ein Fehlschlag entsprechend § 440 S. 2 BGB nach dem zweiten erfolglosen Nacherfüllungsversuch anzunehmen. Vorliegend hat K das Auto zweimal bei B vorgestellt, ohne dass B in der Lage war, die Mängel zu beheben. Die Nacherfüllung ist somit fehlgeschlagen, so dass es einer Fristsetzung i.S.d. § 323 BGB nicht mehr bedurfte.

Der Rücktritt ist gem. § 349 BGB durch das Anwaltsschreiben vom 10.03.2010 erklärt worden.

5. Kein Ausschluss

Dem Rücktritt begegnen hier keine Ausschlussgründe. Auch kann sich B nicht auf die Unwirksamkeit des Rücktritts gem. §§ 634 a IV, 218 BGB berufen, da der Leistungsanspruch des K aus §§ 634 Nr. 1, 635 BGB noch nicht verjährt ist. Denn die mit der Abnahme gem. § 634 a II BGB beginnenden Zweijahresfrist des § 634 a I Nr. 1 BGB ist im März 2010 noch nicht abgelaufen.

6. Rechtsfolge

Gem. §§ 346 I, 348 BGB kann K die von ihm gezahlte Vergütung in Höhe von 1.899,- € Zug um Zug gegen Rückgabe der Autogasanlage zurückverlangen.

II. Anspruch auf Schadensersatz für die Benzinmehrkosten in Höhe von 1.200 €

K könnte gegen B einen Schadensersatzanspruch in Höhe von 1.200,- € wegen der Mehrkosten für Benzin gem. §§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 281 BGB haben.

1. Anwendbarkeit der werkvertraglichen Gewährleistungsrechte

Wie gezeigt (siehe oben unter I.) sind die werkvertraglichen Gewährleistungsrechte aus § 634 BGB anwendbar.

Aus § 325 BGB ergibt sich außerdem, dass Schadensersatzansprüche durch einen Rücktritt gem. § 323 BGB nicht ausgeschlossen werden.

2. Weitere Voraussetzungen der §§ 280 I, III, 281 BGB

Es müssten auch die weiteren Voraussetzungen der §§ 280 I, III, 281 BGB vorliegen.

a) Anspruchsbegründende Voraussetzungen

Die Parteien haben einen Werkvertrag nach § 631 BGB, also ein Schuldverhältnis gem. § 241 I BGB geschlossen. B hat auch eine fällige und noch mögliche Pflicht aus diesem Schuldverhältnis verletzt, indem er trotz zweier Nacherfüllungsversuche die Herstellung des geschuldeten, mangelfreien Zustandes nicht erreichen konnte. Die gem. § 281 BGB grds. erforderliche Nachfrist ist – wie schon im Rahmen des § 323 BGB – gem. § 636 BGB wegen des Fehlschlagens der Nacherfüllung entbehrlich.

B müsste die Pflichtverletzung auch zu vertreten haben. Gem. § 280 I 2 BGB wird das Vertretenmüssen vermutet, wenn sich der Schuldner nicht exkulpiert. Eine Exkulpation ist hier nicht ersichtlich und dürfte dem B auch nicht gelingen.

b) Schaden

Es müsste zudem ein Schaden vorliegen.

Zur Berechnung des Schadens ist nach der herrschenden Differenzmethode die aktuelle Vermögenslage unter Berücksichtigung des schädigenden Ereignisses mit der gedachten Vermögenslage unter Ausschaltung des schädigenden Ereignisses zu vergleichen (Palandt/Heinrichs, Vorb v § 249 Rn. 8). Ein Schaden ist gegeben, wenn der jetzige tatsächliche Wert des Vermögens des Geschädigten geringer ist als der Wert, den das Vermögen ohne das die Ersatzpflicht begründende Ereignis haben würde (Palandt/Heinrichs, Vorb v § 249 Rn. 8). In die Betrachtung der aktuellen Vermögenslage ist die Tatsache miteinzubeziehen, dass K aufgrund des schädigenden Ereignisses einen Rückgewähranspruch nach § 346 I BGB in Höhe von 1.899,- € hat (MünchKommBGB/Ernst, § 325 Rn. 6). Bei der Betrachtung der gedachten Vermögenslage ist zu berücksichtigen, dass K nach seinem Vortrag im fragli-

chen Zeitraum Einsparungen von 1.200,- € erzielt hätte. Damit steht ihm kein Schadensersatzanspruch zu, da seine aktuelle nicht hinter der gedachten Vermögenslage zurückbleibt (vgl. Palandt/Heinrichs, Vorb v § 249 Rn. 8).
Ein Schadensersatzanspruch aus §§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 281 BGB scheidet aus.

III. Anspruch auf Schadensersatz wegen vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe von 446,13 €

K könnte gegen B ein Anspruch auf Ersatz der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 446,13 € gem. §§ 634 Nr. 4, 280 I BGB zustehen.

Die Anwendbarkeit der werkvertraglichen Gewährleistungsrechte aus § 634 BGB ist gegeben (s.o.). Auch die weiteren anspruchsbegründenden Voraussetzungen des § 280 I BGB sind gegeben, da schon die insoweit engeren Voraussetzungen des § 281 BGB vorliegen (s.o.). Insbesondere liegt eine Pflichtverletzung i.S.d. § 241 II BGB vor, da durch die Beauftragung des Rechtsanwaltes Vermögensinteressen des K beeinträchtigt wurden.
Die vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten müssten einen ersatzfähigen Schaden i.S.d. §§ 249 ff. BGB darstellen. Die Kosten der Rechtsverfolgung und insbesondere die Rechtsanwaltskosten sind erstattungsfähig, wenn sie erforderlich und zweckmäßig waren (Palandt/Heinrichs, § 249 Rn. 38 f.). Hier waren die Kosten erforderlich und zweckmäßig, da K bereits im Vorfeld der Beauftragung des Rechtsanwaltes sämtliche ihm mögliche Maßnahmen zur Durchsetzung seiner Mängelrechte ergriffen hatte. Da die Kosten der Höhe nach nicht zu beanstanden sind, kann K auch 446,13 € gem. §§ 634 Nr. 4, 280 I BGB von B verlangen.

IV. Feststellungsantrag
Schließlich müsste der Feststellungsantrag des K begründet sein. Das ist der Fall, wenn sich B mit der Rückabwicklung, d.h. mit der Rücknahme der Gasanlage in Verzug gem. §§ 293 ff. BGB befindet.

1. Angebot
Der Verzug setzt ein Angebot voraus. Laut Sachverhalt hat K durch anwaltliches Schreiben den Rücktritt erklärt. Hierin hat er außerdem den B aufgefordert, die Gasanlage zurückzunehmen. Damit hat er ihm den Ausbau und den Rücktransport i.S.v. § 346 I BGB angetragen. Hierin liegt ein tatsächliches Angebot gem. § 294 BGB.

2. Leistungsfähigkeit und –willigkeit
Hinsichtlich der Leistungsfähigkeit und der Leistungswilligkeit des K (vgl. § 297 BGB) bestehen keine Bedenken.

3. Kein Ausschluss
Zudem ist kein Ausschluss gem. § 299 BGB ersichtlich.
Somit befand sich K mit der Rücknahme der Gasanlage in Verzug.

D. Gesamtergebnis
Die Klage ist teilweise begründet und wird daher teilweise Erfolg haben. B wird verurteilt werden, an den K 2.345,13 € (sofern beantragt: nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem Verzug, vgl. §§ 280 I, II, 286 BGB) zu zahlen. Außerdem wird das Gericht feststellen, dass sich B mit der Rücknahme der Gasanlage in Verzug befindet. Im Übrigen, nämlich hinsichtlich der begehrten 1.200,- €, wird die Klage abgewiesen werden.

Standort: §§ 253 I, 255 StGB — Problem: Bereicherungsabsicht

BGH, BESCHLUSS VOM 24.05.2011
4 STR 175/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:
Der Angeklagte wollte sich a der Stadt N. rächen, die er für seinen wirtschaftlichen Misserfolg verantwortlich machte. Dazu entführte er die Leiterin einer mit der Stadt verbundenen GmbH, um diese dazu zu zwingen, sämtliche liquiden Mittel der Gesellschaft auf ein Spendenkonto zugunsten der Erdbebenopfer in Haiti zu überweisen. So wollte er die Zahlungsunfähigkeit der Stadt herbeiführen. Bevor es jedoch zu der Überweisung kam, wurde der Angeklagte in seinem Versteck von der Polizei aufgespürt und festgenommen.
Das Landgericht Koblenz verurteilte den Angeklagten wegen erpresserischen Menschenraubs, § 239a I 1.Fall StGB, und räuberischen Angriffs auf Kraftfahren, § 316a I StGB. Auf die Revision des Angeklagten hin hob der BGH dieses Urteil auf. § 239a I 1.Fall StGB setze nämlich die Absicht des Täters voraus, eine Erpressung, § 253 I StGB, zu begehen; für den Tatbestand des § 316a I StGB sei es erforderlich, dass der Täter einen Raub, § 249 I StGB, einen räuberischen Diebstahl, § 252 StGB, oder eine räuberische Erpressung, §§ 253 I, 255 StGB, zu begehen beabsichtige. Im vorliegenden Fall habe der Angeklagte jedoch nicht die für eine (räuberische) Erpressung erforderliche Bereicherungsabsicht, da er nicht sich oder einen Dritten zu bereichern beabsichtige, sondern lediglich die Stadt schädigen wolle. Da er es auch nicht auf fremde bewegliche Sachen abgesehen habe, wolle er auch keinen Raub oder räuberischen Diebstahl begehen. Damit scheide jedoch eine Strafbarkeit gem. §§ 239a I; 316a I StGB aus.

Prüfungsrelevanz:

Auch wenn der BGH in der vorliegenden Entscheidung eine Strafbarkeit gem. § 239a I 1.Fall StGB und § 316a I StGB prüft, so geht es letztlich doch um die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Bereicherungsabsicht des Täters anzunehmen ist. Dieses Tatbestandsmerkmal spielt in zahlreichen hochgradig examensrelevanten Tatbeständen eine Rolle, neben demjenigen der (räuberischen) Erpressung, §§ 253 I, 255 StGB, insbesondere auch in §§ 259 I, 263 I, 263a I StGB. Deshalb können vergleichbare Probleme auch in Fälle zu diesen Tatbeständen eingebaut werden.

Eine Strafbarkeit wegen Erpressung, § 253 I StGB, setzt die Absicht des Täters voraus, sich oder einen Dritten zu bereichern. Dieses besondere subjektive Tatbestandsmerkmal der Erpressung ist nur gegeben, wenn der Täter bzgl. der Bereicherung mit dolus directus 1. Grades handelt, d.h. die Erlangung der Bereicherung muss das Ziel des Täters sein (OLG Jena, RA 2006, 472, 474 = NStZ 2006, 450, 451; Fischer, § 253 Rn. 18). Die Bereicherung muss zwar nicht das einzige oder das Endziel des Täter sein (BGH, NStZ 1996, 39; Fischer, § 253 Rn. 18; Schönke/Schröder-Eser/Bosch/Cramer/Perron, § 253 Rn. 21, § 263 Rn. 176). An der Bereicherungsabsicht fehlt es jedoch, wenn die Bereicherung nur eine notwendige Nebenfolge eines vom Täter verfolgten anderen Zwecks ist (BGH, RA 2011, 308, 315 = StV 2011, 412; OLG Jena, RA 2006, 472, 474 = NStZ 2006, 450, 451; Fischer, § 253 Rn. 18; Schönke/Schröder-Eser/Bosch/Cramer/Perron, § 253 Rn. 21, § 263 Rn. 176). Im vorliegenden Fall wusste der Angeklagte zwar, dass die Hilfsorganisation für Erdbebenopfer, an die die Entführte Geld aus dem Vermögen der GmbH überweisen sollte, hinsichtlich des überwiesenen Betrags bereichert würde. Allerdings war diese Bereicherung nicht das Ziel des Angeklagten. Diesem ging es lediglich darum, die Stadt durch den Entzug des entsprechenden Geldes zu schädigen. Wem dies zufließen würde, war ihm eigentlich egal. Aufgrund der somit fehlenden Bereicherungsabsicht hätte der Angeklagte sich auch bei Durchführung seines Planes nicht wegen (räuberischer) Erpressung strafbar gemacht, sodass auch eine Strafbarkeit gem. § 239a I StGB oder § 316a I StGB ausschied.

Um Inzidentprüfungen zu vermeiden empfiehlt es sich, vor der Prüfung der Strafbarkeit wegen §§ 239a I, 316a I StGB die Strafbarkeit wegen (versuchter räuberischer) Erpressung zu prüfen. Bei einem solchen Aufbau sind dann im Rahmen der Prüfung der Erpressung auch die klassischen Klausurprobleme der Anforderungen an die Opferreaktion bei § 253 I StGB und an das erforderliche Näheverhältnis bei einer Dreieckserpressung anzusprechen (vgl. hierzu auch die Ausführungen im Skript StrafR BT I, Rn. 259, 261 ff.).

Vertiefungshinweise:

❑ Zur erforderlichen Opferreaktion bei §§ 253, 255 StGB: *BGH*St 7, 252; 42, 196; *BGH*, NJW 1995, 2799; *Biletzki*, JURA 1995, 635; *Hecker*, JA 1998, 301; *Noak/Sengbusch*, JURA 2005, 494

❑ Zum Näheverhältnis bei einer Dreieckserpressung: *BGH*St 41, 368; *BGH*, NJW 1995, 2799; *Ebel*, JURA 2008, 256; *Krack*, NStZ 1999, 134

❑ Zur Bereicherungsabsicht bei §§ 253 I, 255 StGB: *BGH*St 34, 329; *BGH*, RA 2011, 308 = StV 2011, 412; NStZ 2002, 481; *OLG Jena*, RA 2006, 472 = NStZ 2006, 450; *Baier*, JA 2002, 457

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Listigs Lotterieglück"

Leitsatz (der Redaktion):

Die i.R.v. §§ 253 I, 255 StGB vorausgesetzte Absicht, sich oder einen Dritten zu Unrecht zu bereichern, setzt voraus, dass eine günstigere Gestaltung der Vermögenslage im Sinne einer Erhöhung des wirtschaftlichen Wertes des Vermögens erstrebt wird. Diese Voraussetzung ist nicht gegeben, wenn der Täter den mit seiner Tat verbundenen Vermögensvorteil nur als notwendige oder mögliche Folge seines ausschließlich auf einen anderen Zweck gerichteten Verhaltens voraussieht, etwa dann, wenn er dem Opfer nur einen Denkzettel verpassen oder "ein Zeichen setzen" will.

Sachverhalt:

Der geschäftlich mehrfach gescheiterte A plante die finanzielle Schädigung der Stadt N., da er die Vertreter dieser Stadt für seinen beruflichen Misserfolg verantwortlich machte. Nachdem er herausgefunden hatte, dass die mit der Stadt verbundene gemeindliche Siedlungs-GmbH (GSG) über große liquide Geldmittel verfügte, wollte er der GSG diese Mittel durch eine Überweisung entziehen und damit mittelbar die Zahlungsunfähigkeit der Stadt N. herbeiführen. Um dieses Ziel zu erreichen, wollte er L, die Geschäftsführerin der GSG, in seine Gewalt bringen und dazu zwingen, eine Überweisung vom Konto der GSG auf ein Spendenkonto zu Gunsten der Opfer der Erdbebenkatastrophe in Haiti im Januar 2010 vorzunehmen, wobei er sich vorstellte, dass die betreffende Geldsumme durch die Überweisung für die GSG und die Stadt N. endgültig verloren sein würde. Als sich L am frühen Morgen des 9. April 2010 in ihrem Fahrzeug auf dem Weg zur Arbeit befand und an einer Baustelle verkehrsbedingt halten musste, stieg A, der sie an diesem Tag wie auch an anderen mit seinem Pkw verfolgt hatte, überraschend auf der Beifahrerseite ihres Pkw ein und zwang sie unter Vorhalt einer von ihr als echt eingeschätzten Spielzeugpistole, auf einen nahe gelegenen Parkplatz zu fahren. Von dort aus transportierte A die L, die er inzwischen an Händen und Füßen gefesselt

hatte, in deren Pkw auf der Rücksitzbank liegend zu seinem Wohnhaus. In dieser Liegeposition musste L mehr als eine Stunde verharren, bis sie von A zu einer von ihm früher betriebenen Gaststätte verbracht wurde. Dort befragte A die L zu den bei der GSG vorhandenen Geldmitteln; L bestätigte, dass diese in Höhe von mehreren Millionen vorhanden seien. Als von dem Ehemann der Geschädigten alarmierte Polizeibeamte vor der Gaststätte erschienen, leugnete A zunächst den Aufenthalt der Geschädigten in den Räumlichkeiten, gab jedoch dann weiteren Widerstand auf, da sich die Beamten nur noch wenige Schritte von der gefesselt auf einem Stuhl sitzenden L befanden, die daraufhin befreit werden konnte.

Strafbarkeit des A?

[Vergehen und § 239b StGB sind nicht zu prüfen.]

Lösung:

A. Strafbarkeit gem. §§ 249 I, 250 I Nr. 1b, 22, 23 I StGB

Dadurch, dass er L mit einer Spielzeugpistole einschüchterte und sie in die Gaststätte brachte, könnte A sich wegen versuchten schweren Raubes gem. §§ 249 I, 250 I Nr. 1b, 22, 23 I StGB strafbar gemacht haben.

I. Vorprüfung

Da A keine Sachen weggenommen hat, ist die Tat nicht vollendet. Die Strafbarkeit des versuchten schweren Raubes ergibt sich aus dessen Verbrechenscharakter, §§ 250 I, 12 I StGB, i.V.m. § 23 I StGB.

II. Tatentschluss

A müsste Tatentschluss zu Begehung eines schweren Raubes gehabt haben.

Der Tatentschluss entspricht dem subjektiven Tatbestand des vollendeten Delikts (Joecks, § 22 Rn. 3; Roxin, AT, § 29 Rn. 71), umfasst also den Vorsatz zur Verwirklichung der objektiven Tatumstände und das Vorliegen der besonderen subjektiven Tatbestandsmerkmale.

A müsste sich also zunächst einmal vorgestellt haben, die objektiven Tatumstände des § 249 I StGB zu verwirklichen, d.h. Gewalt gegen eine Person oder Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben einzusetzen und einem anderen eine fremde bewegliche Sache wegzunehmen.

A wollte L zwar dazu zwingen, eine Überweisung vom Konto der GSG zu Gunsten einer Hilfsorganisation für Erdbebenopfer vorzunehmen. Er hatte jedoch nicht vor, ihr irgendwelche Sachen, also bewegliche Gegenstände, wegzunehmen.

A hatte also keinen Tatentschluss zur Begehung eines Raubes. A ist nicht strafbar gem. §§ 249 I, 250 I Nr. 1b, 22, 23 I StGB.

B. Strafbarkeit gem. §§ 253 I, 255, 250 I Nr. 1b, 22, 23 I StGB gegenüber L und zum Nachteil der GSG

Dadurch, dass er L mit einer Spielzeugpistole einschüchterte, sie fesselte und sie so dazu bringen wollte, eine Überweisung vom Konto der GSG zu Gunsten einer Hilfsorganisation für Erdbebenopfer vorzunehmen, könnte A sich jedoch wegen versuchter schwerer räuberischer Erpressung gem. §§ 253 I, 255, 250 I Nr. 1b, 22, 23 I StGB gegenüber L und zum Nachteil der GSG strafbar gemacht haben.

I. Vorprüfung

Da es nicht zu einem Vermögensnachteil bei der GSG gekommen ist, ist die räuberische Erpressung nicht vollendet. Die Strafbarkeit des entsprechenden Versuches ergibt sich aus dem Verbrechenscharakter der schweren räuberischen Erpressung, §§ 250 I, 12 I StGB, i.V.m. § 23 I StGB.

II. Tatentschluss

A müsste Tatentschluss zur Begehung einer schweren räuberischen Erpressung gehabt haben. Dazu müsste er zunächst den subjektiven Tatbestand des Grunddelikts gem. §§ 253 I, 255 StGB verwirklicht haben.

1. Anwendung eines qualifizierten Nötigungsmittels

A müsste sich zunächst vorgestellt haben, ein qualifiziertes Nötigungsmittel, also Gewalt gegen eine Person oder Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben, anzuwenden.

Gewalt gegen eine Person ist der unmittelbar oder mittelbar auf den Körper des Opfers bezogene, körperlich wirkende Zwang zur Überwindung geleisteten oder erwarteten Widerstands (Schönke/Schröder-Eser/Bosch, § 255 Rn. 2, § 249 Rn. 4; Rengier, BT I, § 11 Rn. 7, § 7 Rn. 3).

A hatte vor, L zu fesseln. Er wollte also einen unmittelbar auf den Körper der L bezogenen, körperlich wirkenden Zwang anwenden, um den erwarteten Widerstand der L zu überwinden. Er hatte somit Tatentschluss bzgl. der Anwendung von Gewalt gegen eine Person. Außerdem wollte A bei L durch das Vorhalten der Spielzeugpistole vortäuschen, dass er sie jederzeit erschießen könne und hierzu auch bereit sei. Er wollte also auch mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben der L drohen. A hatte Tatentschluss zur Anwendung der qualifizierten Nötigungsmittel.

2. Opferreaktion

A müsste auch Tatentschluss bzgl. einer tatbestandlichen Opferreaktion der L gehabt haben.

a. Anforderungen an die Opferreaktion

A stellte sich vor, dass L vom Konto der GSG eine Überweisung auf das Konto einer Hilfsorganisation für Erdbebenopfer vornehmen würde. Fraglich ist jedoch, ob dieses Verhalten den tatbestandlichen Anforderungen der §§ 253 I, 255 StGB genügen würde. Welche Anforderungen das Verhalten des Opfers er-

füllen muss, damit der Tatbestand der (räuberischen) Erpressung verwirklicht ist, ist streitig.

aa. Rechtsprechung und ein Teil der Lehre
Nach der Rechtsprechung und einem Teil der Lehre kommt als Opferreaktion bei einer (räuberischen) Erpressung - entsprechend dem Wortlaut des § 253 I StGB - jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen in Betracht (BGHSt 42, 196, 199).
A stellte sich vor, dass L eine Überweisung vornehmen, also handeln, würde. Nach dieser Auffassung ist also ein Tatentschluss des A bzgl. einer tatbestandlichen Opferreaktion gegeben.

bb. Herrschende Literatur
Nach der überwiegenden Auffassung in der Literatur ist als Opferreaktion bei der (räuberischen) Erpressung - ebenso wie beim Betrug - eine Vermögensverfügung erforderlich, also ein unmittelbar vermögensminderndes Verhalten.
A wollte L dazu bewegen, eine Überweisung vorzunehmen. Durch diese Handlung würde der entsprechende Betrag unmittelbar von dem entsprenden Konto abgebucht, das Vermögen des Kontoinhabers also unmittelbar gemindert werden. Da das Verhalten, zu dem A die L veranlassen wollte, also eine Vermögensverfügung darstellen würde, hatte er auch nach dieser Auffassung Tatentschluss bzgl. einer tatbestandlichen Opferreaktion.

cc. Zwischenergebnis
Nach beiden Auffassungen stellte A sich eine tatbestandliche Opferreaktion der L vor.

b. Besonderheiten bei der Dreieckserpressung
A stellte sich zwar eine tatbestandliche Opferreaktion der L vor, da er sich insb. ein Verhalten der F vorstellte, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirken würde. A wollte von L jedoch nicht verlangen, dass diese die Überweisung von ihrem eigenen Konto vornehmen würde, sondern von dem Konto der GSG. Deshalb würde die entsprechende Vermögensminderung auch nicht im Vermögen der genötigten L eintreten, sondern in dem Vermögen eines Dritten, nämlich der GSG.
In solchen Fällen, in denen bei einer (räuberischen) Erpressung der Genötigte und der Geschädigte auseinander fallen (sog. Dreieckserpressung), ist für die Strafbarkeit - vergleichbar zum Dreiecksbetrug - ein Näheverhältnis zwischen dem Genötigten und dem Geschädigten erforderlich (BGH, NJW 1995, 2799, 2800; Fischer, § 253 Rn. 11a). A müsste sich also Umstände vorstellen, nach denen ein solches Näheverhältnis zwischen der genötigten L und der möglicherweise geschädigten GSG bestünde.

aa. Befugnistheorie
Ein Teil der Literatur nimmt ein Näheverhältnis beim Dreiecksbetrug nur dann an, wenn der Genötigte zur Verfügung über das fremde Vermögen befugt ist (sog. Befugnistheorie; Krey/Hellmann, BT 2, Rn. 306a).
Die genötigte L war Geschäftsführerin der Vermögensinhaberin GSG, einer GmbH. Die Befugnis der L zur Verfügung über das Vermögen der GSG ergibt sich somit aus § 35 I GmbHG. Da A auch wusste, dass L Geschäftsführerin der GSG war, hat er sich somit Umstände vorgestellt, nach denen nach dieser Auffassung ein Näheverhältnis bestünde.

bb. Lagertheorie
Eine anderer Literaturauffassung lässt es für das Näheverhältnis ausreichen, dass der Genötigte im Lager des Geschädigten steht, was dann der Fall sein soll, wenn der Genötigte bereits vor der Tat die Möglichkeit hatte, über das fremde Vermögen zu verfügen und er deshalb in einer engeren Beziehung zu dem Vermögen des Geschädigten steht als ein beliebiger Dritter (sog. Lagertheorie; Schönke/Schröder-Eser/Bosch, § 253 Rn. 8).
A wusste, dass es sich bei der Genötigten L um die Geschäftsführerin der möglicherweise geschädigten GSG handelte. Er kannte also die Umstände, aus denen sich ergab, dass A bereits vor der Tat die Möglichkeit (und gem. § 35 I GmbHG sogar die Befugnis) hatte, über das Vermögen der GSG zu verfügen. Auch nach dieser Meinung hatte A also Tatentschluss bzgl. eines Näheverhältnisses zwischen L und der GSG.

cc. Rechtsprechung
Nach der Rechtsprechung ist das für eine Dreieckserpressung erforderliche Näheverhältnis dann gegeben, wenn der Genötigte spätestens im Zeitpunkt der Vornahme der Opferreaktion in der Weise auf Seiten des Geschädigten steht, dass er grundsätzlich dazu bereit wäre, das Vermögen des Geschädigten zu schützen (BGH, NJW 1995, 2799).
A wusste, dass es sich bei der Genötigten L um die Geschäftsführerin der GmbH handelte, über deren Vermögen diese verfügen sollte. Der Geschäftsführer einer GmbH steht allerdings auf Seiten der von ihm betreuten Gesellschaft und ist sicherlich grundsätzlich dazu bereit, deren Vermögen zu schützen. A stellte sich also auch nach dieser Auffassung Umstände vor, die ein Näheverhältnis zwischen L und der GSG begründen würden.
Nach allen Auffassungen ist ein Tatentschluss des A bzgl. des erforderlichen Näheverhältnisses gegeben.

3. Bzgl. Vermögensnachteil
A müsste sich auch vorgestellt haben, dass der GSG ein Vermögensnachteil entsteht.
Ein Vermögensnachteil i.S.v. §§ 253 I, 255 StGB liegt vor, wenn der Gesamtwert des Vermögens des Opfers durch die Tat verringert wurde, d.h. wenn eine Gesamtsaldierung sämtlicher Vermögenspositionen des Opfers ergibt, dass dieses nach der Tat weniger Ver-

mögen hat als davor (Lackner/Kühl, § 253 Rn. 4).
A stellte sich vor, dass von dem Konto der GSG eine hohe Summe an ein Hilfswerk für Erdbebenopfer überwiesen würde, was zu einer Vermögensminderung der GSG führen würde. Da A sich nicht vorstellte, dass der GSG für diese Vermögensminderung ein Äquivalent zufließen würde, hatte er Tatentschluss bzgl. eines Vermögensnachteils.

4. Bzgl. Kausalität
A stellte sich auch vor, dass die Anwendung des qualifizierten Nötigungsmittels kausal sei für die Opferreaktion der L und diese wiederum für den Vermögennachteil.

5. Bereicherungsabsicht
A müsste die Absicht gehabt haben, sich oder einen Dritten zu bereichern.
A wusste, dass die Hilfsorganisation für Erdbebenopfer durch die geplante Überweisung bereichert würde. Fraglich ist jedoch, ob er hinsichtlich dieser Drittbereicherung mit der für §§ 253 I, 255 StGB erforderlichen Bereicherungsabsicht gehandelt hat.
Die Bereicherungsabsicht i.R.v. §§ 253 I, 255 StGB setzt nämlich voraus, dass der Täter bzgl. der entsprechenden Bereicherung mit dolus directus 1. Grades handelt, d.h. die Erlangung der Bereicherung muss das Ziel des Täters sein (OLG Jena, RA 2006, 472, 474 = NStZ 2006, 450, 451; Fischer, § 253 Rn. 18). Die Bereicherung muss zwar nicht das einzige oder Endziel des Täter sein (BGH, NStZ 1996, 39). An der erforderlichen Bereicherungsabsicht fehlt es jedoch, wenn die Bereicherung nur eine notwendige Nebenfolge eines vom Täter verfolgten anderen Zwecks ist, etwa einer Schädigung des Opfers (BGH, RA 2011, 308, 315 = StV 2011, 412).
Der BGH führt hierzu in der vorliegenden Entscheidung aus: "a) [4] Die [von §§ 253 I, 255 StGB vorausgesetzte] Absicht, sich oder einen Dritten zu Unrecht zu bereichern, deckt sich inhaltlich voll mit der beim Betrug vorausgesetzten Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen (BGH, Urteil vom 3. Mai 1988 - 1 StR 148/88, BGHR StGB § 253 Abs. 1 Bereicherungsabsicht 3). Es muss eine Bereicherung als Vermögensvorteil, d.h. eine günstigere Gestaltung der Vermögenslage im Sinne einer Erhöhung des wirtschaftlichen Wertes des Vermögens erstrebt werden (SSW-StGB/Kudlich, § 253 Rn. 27 mwN). Diese Voraussetzung ist nicht gegeben, wenn der Täter den mit seiner Tat verbundenen Vermögensvorteil nur als notwendige oder mögliche Folge seines ausschließlich auf einen anderen Zweck gerichteten Verhaltens voraussieht, etwa dann, wenn er dem Opfer nur einen Denkzettel verpassen (OLG Jena, NStZ 2006, 450) oder 'ein Zeichen setzen' will (vgl. Senat, StV 2011, 412).
b) [5] Gemessen daran ergeben die im angefochtenen Urteil getroffenen Feststellungen nicht, dass der - umfassend geständige - Angeklagte einen Vermögensvorteil für sich oder einen Dritten erstrebte. Sein Tatplan war nach den Urteilsfeststellungen vielmehr darauf gerichtet, der GSG die Geldmittel durch eine - erzwungene - Überweisung zu entziehen, die Stadt N. auf diesem Wege erheblich zu schädigen und ihren Verantwortlichen dadurch zu demonstrieren, 'wie es ist, kein Geld mehr zu haben'."
Eine Bereicherungsabsicht des A ist somit nicht gegeben. A ist nicht strafbar gem. §§ 253 I, 255, 250 I Nr. 1b, 22, 23 I StGB.

C. Strafbarkeit gem. §§ 316a I StGB
Dadurch, dass A in das Auto der L einstieg und diese mit einer Spielzeugpistole bedrohte, könnte er sich wegen räuberischen Angriffs auf Kraftfahrer gem. § 316a I StGB strafbar gemacht haben.
Zwar hat A durch das Bedrohen der L, die mit ihrem Pkw lediglich verkehrsbedingt angehalten hatte, einen Angriff auf die Entschlussfreiheit des Führers eines Kraftfahrzeugs verübt und dabei die besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs ausgenutzt. Er müsste jedoch zur Begehung eines Raubes, einer räuberischen Erpressung oder eines räuberischen Diebstahls gehandelt haben. A hatte weder den Willen, einen Raub oder eine räuberische Erpressung zu begehen (s.o.), noch stellte er sich die Begehung eines räuberischen Diebstahls vor, sodass eine Strafbarkeit gem. § 316a I StGB nicht gegeben ist.

D. Strafbarkeit gem. § 239a I 1.Fall StGB
Durch den Überfall auf L könnte A sich jedoch wegen erpresserischen Menschenraubs gem. § 239a I 1.Fall StGB strafbar gemacht haben.
Eine Strafbarkeit gem. § 239a I 1.Fall StGB setzt die Absicht des Täters voraus, die Sorge des Opfers um sein Wohl oder die Sorge eines Dritten um das Wohl des Opfers zu einer Erpressung ausnutzen. A hat jedoch nicht mit der für eine (räuberische) Erpressung erforderlichen Bereicherungsabsicht gehandelt (s.o.), sodass er nicht die Absicht hatte, die von ihm geschaffene Lage zu einer Erpressung auszunutzen.
A hat sich somit nicht gem. § 239a I 1.Fall StGB strafbar gemacht.

E. Ergebnis
A ist nicht strafbar.