

**ZIVILRECHT****Problem: Widerruf von Verbraucherdarlehen: Verwirkung**  
**Einordnung: Verstoß gegen Treu und Glauben, § 242 BGB**

OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 14.12.2016, 19 U 13/16

Bei vorzeitig auf Wunsch des Verbrauchers einvernehmlich gegen Zahlung einer Vorfälligkeitsentschädigung beendetem Darlehensvertrag ist das für die Annahme der Verwirkung erforderliche sog. Umstandsmoment im Sinne einer tatsächlichen Vermutung regelmäßig anzunehmen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn seit der erfolgten Auflösung des Darlehensvertrages bis zur Erklärung des Widerrufs ein nicht unerheblicher Zeitraum vergangen ist.

**SACHVERHALT**

Der Kläger schloss mit der Beklagten im August 2008 einen grundpfandrechtlich gesicherten Darlehensvertrag über nominal 331.000 €. Dem Darlehensvertrag war eine Widerrufsbelehrung beigefügt. Der Kläger zahlte auf das ihm ausbezahlte Darlehen die fälligen Zins- und Tilgungsraten.

Im Juni 2013 vereinbarten die Parteien, den Darlehensvertrag einvernehmlich vorzeitig gegen die Zahlung einer Vorfälligkeitsentschädigung i.H.v. rd. 20.000 € aufzuheben. Der Kläger behielt sich dabei vor, „die Vorfälligkeitsentschädigung sowohl ihrer Höhe als auch ihrem Rechtsgrund nach zu überprüfen“. In der Folge zahlte der Kläger die Vorfälligkeitsentschädigung an die Beklagte.

Im Februar 2015 erklärte der Kläger mit anwaltlichem Schreiben den Widerruf des Darlehensvertrages und verlangte die Rückzahlung der geleisteten Vorfälligkeitsentschädigung sowie die Herausgabe der durch die Beklagte aus dem Darlehensverhältnis gezogenen Nutzungen. Mit der Klage verlangt der Kläger die Rückzahlung der geleisteten Vorfälligkeitsentschädigung nebst Zinsen sowie Ersatz vorgerichtlicher Anwaltskosten.

**LÖSUNG**

Der Kläger hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Feststellung der Auflösung des Darlehensverhältnisses auf Grund des Widerrufs und auch keinen Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Vorfälligkeitsentschädigung. Seine Widerrufserklärung führte nicht zur Begründung eines Rückabwicklungsverhältnisses, da ihr der Einwand der Verwirkung (§ 242 BGB) entgegensteht.

Der Kläger hat zwar zu Recht geltend gemacht, dass die Widerrufsbelehrung der Beklagten wegen Verstoßes gegen das Deutlichkeitsgebot des § 355 II 1 BGB a.F. fehlerhaft ist und daher den Lauf der Widerrufsfrist nicht in Gang gesetzt hat. Das Widerrufsrecht des Klägers ist jedoch verwirkt, nachdem das Darlehensvertragsverhältnis auf Grund der Vereinbarung von Juni 2013 gegen Zahlung der von der Beklagten errechneten Vorfälligkeitsentschädigung aufgelöst wurde. Das Widerrufsrecht nach § 495 BGB a.F. kann verwirkt werden. Die Verwirkung als Unterfall der unzulässigen Rechtsausübung setzt neben einem Zeitmoment, für das die maßgebliche Frist mit dem Zustandekommen des Verbrauchervertrages zu laufen beginnt, ein Umstandsmoment voraus.

Ein Recht ist danach verwirkt, wenn sich der Schuldner wegen der Untätigkeit des Gläubigers über einen gewissen Zeitraum hin bei objektiver Beurteilung darauf einrichten darf und eingerichtet hat, dieser werde sein Recht nicht mehr geltend machen, so dass die verspätete Geltendmachung gegen Treu und Glauben verstößt. Die Voraussetzungen einer Verwirkung liegen im Streitfall vor. Das Vorliegen des erforderlichen Zeitmoments ergibt sich bereits daraus, dass der Widerruf durch den Kläger erst mehr als 9 Jahre nach Abschluss des Darlehensvertrages erfolgte. Diese Zeitspanne reicht für die Annahme des erforderlichen Zeitmoments aus. Auch das Umstandsmoment liegt vor, da der Darlehensvertrag bereits im Juni 2013 auf Wunsch des Klägers vorzeitig fällig gestellt und das Vertragsverhältnis beendet wurde, bevor der Kläger fast zwei Jahre später seine auf den Abschluss des Darlehensvertrages gerichtete Willenserklärung widerrufen hat.

Löst der Verbraucher ein Verbraucherdarlehen unter Zahlung einer Vorfälligkeitsentschädigung ab, ist das Umstandsmoment regelmäßig zu bejahen, weil sich die darlehensgebende Bank oder Sparkasse – im Sinne einer tatsächlichen Vermutung – darauf einrichten darf und wird, dass der Vorgang auf Grund der willentlichen Beendigung des Darlehensverhältnisses durch den Darlehensnehmer abgeschlossen ist.

## NEBENGEBIETE

### Arbeitsrecht

#### **Problem: Verwertung eines „Zufallsfundes“ aus Videoüberwachung** **Einordnung: Kündigung nach Vermögensdelikt mit geringem Schaden**

BAG, Urteil vom 22.09.2016, 2 AZR 848/15

Die Verwertung eines „Zufallsfundes“ aus einer gem. § 32 I 2 BDSG gerechtfertigten verdeckten Videoüberwachung kann nach § 32 I 1 BDSG zulässig sein.

#### **SACHVERHALT**

Die Beklagte ist ein Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels, bei dem die Klägerin seit November 1998, zuletzt als Filialleiterin, beschäftigt war. Die Klägerin war überwiegend als Kassiererin eingesetzt. Im Oktober 2013 stellte die Beklagte einen Inventurverlust in der Warengruppe „Tabak/Zigaretten“ in Höhe von mehr als des Zehnfachen im Verhältnis zur vorausgegangenen Inventur fest. Weitere Kontrollmaßnahmen sowie Überprüfung der Mitarbeiter durch Taschenkontrollen führten nicht zur Aufklärung. Daher beantragte die Beklagte beim Betriebsrat die Durchführung einer verdeckten Videoüberwachung des Kassensbereichs. Zur Begründung führte die Beklagte den Diebstahl von Zigaretten an, wobei sich die Videoüberwachung gegen zwei spezielle Mitarbeiterinnen richten sollte. Dem stimmte der Betriebsrat zu. Einer verdeckt aufgezeichneten Videosequenz war zu entnehmen, dass die Klägerin eine dort befindliche „Musterpfandflasche“ über den Scanner gezogen, eine Leergutregistrierung durchgeführt, die Kassenlade geöffnet und Geld aus der Kassenlade in Höhe von 3,25 Euro herausgenommen hatte. Die Klägerin – die nicht zu den beiden beobachteten Mitarbeiterinnen zählte – legte das Geld zunächst im Kassensbereich ab und steckte es zu einem späteren Zeitpunkt in ihre Jackentasche. Die Klägerin erhob Kündigungsschutzklage gegen die ihr gegenüber ausgesprochene außerordentliche Kündigung.

#### **LÖSUNG**

Die Kündigungsschutzklage ist unbegründet.

Der Verwertung der gewonnenen Erkenntnisse steht nicht entgegen, dass die Videoüberwachung in Bezug auf die Klägerin anlasslos erfolgt ist. Gab es zur Aufklärung des gegen die anderen Arbeitnehmerinnen bestehenden konkreten Verdachts, eine Straftat begangen zu haben kein milderes Mittel, so ist der mit ihr verbundene Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht auch gegen die Klägerin gerechtfertigt. Die Verwertung eines „Zufallsfundes“ aus einer nach § 32 I 2 BDSG gerechtfertigten verdeckten Videoüberwachung kann folglich nach § 32 I 1 BDSG zulässig sein und verletzt die Klägerin nicht in ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG.

Darüber hinaus kann auch ein verhältnismäßig geringer Schaden der Beklagten eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen. Denn die Manipulation eines Kassenvorganges zum Zwecke, sich auf Kosten des Arbeitgebers ungerechtfertigt zu bereichern, ist „an sich“ geeignet einen wichtigen Kündigungsgrund zu bilden. Durch derartige Handlungen verletzt ein Arbeitnehmer, der sich vorsätzlich auf Kosten seines Arbeitgebers einen Vermögensvorteil verschafft, erheblich seine Pflicht zur Rücksichtnahme aus § 241 II BGB. Dabei begründen typischerweise strafbare Eigentums- oder Vermögensdelikte, aber auch nicht strafbare, ähnlich schwerwiegende gegen das Vermögen des Arbeitgebers gerichtete Handlungen, einen Grund für eine außerordentliche Kündigung. Dies gilt unabhängig von der Höhe eines dem Arbeitgeber entstandenen Schadens. Maßgeblich ist vielmehr der durch die Pflichtverletzung entstandene Vertrauensbruch. Denn sie hat sich bewusst, heimlich und durch eine gezielte Manipulation der Kassenvorgänge auf Kosten der Beklagten bereichert. Der dadurch bewirkte Vertrauensbruch wiegt gerade in Anbetracht der Position der Klägerin als stellvertretende Filialleiterin besonders schwer. Die Beklagte muss bei einer Arbeitnehmerin in einer solchen Position von uneingeschränkter Vertrauenswürdigkeit bei der Tätigkeit, insbesondere bei der Bedienung der Kasse, ausgehen können.

Anm.: Das Urteil muss nicht als Abkehr von der „Emmely-Rechtsprechung“ verstanden werden. Zur Erinnerung: Bei der „Emmely-Entscheidung“ ging es um die Kündigung einer „normalen“ Angestellten, die einen gefundenen Pfandbon über 1,30 € für sich behalten hatte. Man kann die Unterschiede schlagwortartig wie folgt beschreiben:

Emmely: Normale Angestellte	↔	Hier: Filialleiterin
Emmely: Spontaner Entschluss	↔	Hier: geplantes taktisches Vorgehen

## ÖFFENTLICHES RECHT

### **Problem: Ausscheiden eines Gemeinderatsmitglieds aus dem Rat** Einordnung: Kommunalrecht

VG Stuttgart, Urteil vom 30.11.2016, 7 K 978/16

Stellt ein Gemeinderat das Ausscheiden eines Ratsmitglieds fest, handelt es sich um einen feststellenden Verwaltungsakt. Damit scheidet ein Kommunalverfassungsstreit aus.

Es widerspricht nicht Treu und Glauben, wenn ein Ratsmitglied einen Gemeinderatsbeschluss, mit dem sein Ausscheiden aus dem Gemeinderat festgestellt wird, angreift, obwohl er diesen Ratsbeschluss mit einem entsprechenden Antrag verursacht hat.

### **SACHVERHALT**

Der Kläger ist seit 10.07.2014 Mitglied des Gemeinderats der Stadt Widdern. Vom 10.07.2014 bis 31.12.2015 war er auch Ortsvorsteher des Ortsteils Unterkessach. Nach mehrfachen Auseinandersetzungen im Gemeinderat gab der Kläger in der Gemeinderatssitzung der Stadt Widdern vom 17.12.2015 schließlich eine Erklärung ab, in der er „aus Protest gegen das Verhalten und Agieren von Bürgermeister O.“ sein Amt als Ortsvorsteher in Unterkessach niederlegte. Zugleich erklärte er: „Ebenfalls werde ich zum 31.12. meine Tätigkeit als Mitglied dieses Gemeinderats beenden.“ In einer E-Mail vom 18.12.2015 an den Landrat des Landkreises Heilbronn sowie an den Bürgermeister der Stadt Widdern wiederholte er seine Rücktrittserklärung von seinem Amt als Gemeinderat. Der Gemeinderat der Stadt Widdern bestätigte mit Beschluss vom 21.01.2016, dass ein wichtiger Grund im Sinne des § 16 I GemO für das Ausscheiden des Klägers aus dem Gemeinderat vorliegt und stimmte seinem Ausscheiden aus dem Gemeinderat zu. Gegen diesen Gemeinderatsbeschluss legte der Kläger erfolglos Widerspruch ein und erhob am 22.02.2016 Klage.

### **LÖSUNG**

Die Klage ist zulässig und begründet.

Statthafte Klageart ist die Anfechtungsklage, da die Entscheidung des Gemeinderats ein feststellender Verwaltungsakt ist. Zwingende Folge dieser rechtlichen Einordnung der Rechtsstreitigkeit ist, dass kein Kommunalverfassungsstreit vorliegt. Das erforderliche Rechtsschutzinteresse kann dem Kläger nicht mit dem Argument abgesprochen werden, die Entscheidung des Gemeinderats sei auf seinen Antrag ergangen. Denn der Kläger bestreitet gerade, einen wirksamen Antrag auf Ausscheiden aus dem Gemeinderat gestellt zu haben.

Die Klage ist auch begründet, da der Beschluss des Gemeinderats rechtswidrig ist und den Kläger in seinen Rechten verletzt. Die Voraussetzungen der maßgeblichen § 31 I 3, 4 i.V.m. § 16 I GemO liegen nicht vor. Zwar hat der Kläger bei verständiger Würdigung aus dem objektiven Empfängerhorizont einen Antrag gem. § 16 I GemO gestellt. Er hat gegenüber dem Gemeinderat der Beklagten zum Ausdruck gebracht, nicht mehr Mitglied des Gemeinderats sein zu wollen und dies auch mehrfach bestätigt. Für eine Rücknahme seines Antrags ist auch nichts ersichtlich. Es fehlt jedoch an dem von § 16 I GemO geforderten wichtigen Grund für ein Ausscheiden. Hierbei handelt es sich um einen gerichtlich voll überprüfbaren unbestimmten Rechtsbegriff. Ein wichtiger Grund liegt insbesondere vor, wenn eine Gewissensentscheidung dem Ratsmitglied das Fortführen des Amtes unmöglich macht. Daran fehlt es hier. Die vom Kläger gerügten Missstände stellen normale politische Differenzen dar. Der Kläger kann sich auch auf die Rechtswidrigkeit des Ratsbeschlusses berufen; dies ist ihm nicht nach Treu und Glauben aufgrund seines Verhaltens verwehrt. Denn die Entscheidung gem. § 16 I GemO ergeht ausschließlich im öffentlichen Interesse.

## **Problem: Anspruch auf Entfernung einer Kunstinstallation**

### **Einordnung: Straßenrecht**

VG Dresden, Beschluss vom 15.02.2017, 12 L 190/17

Der Einzelne hat keinen Anspruch darauf, dass ein von ihm als anstößig empfundenes Kunstwerk aus dem öffentlichen Straßenraum zu entfernen ist.

### **SACHVERHALT**

Als Teil eines Kulturfestivals wurden auf dem Dresdner Neumarkt vor der Frauenkirche drei hochkant aufgestellte Busse platziert. Dieses temporäre Kunstwerk soll an drei Linienbusse erinnern, die in Aleppo zum Schutz vor Scharfschützen aufgestellt worden waren. Die Landeshauptstadt Dresden erteilte am 02.02.2017 eine dafür beantragte Sondernutzungserlaubnis. Am 08.02.2017 hat sich ein Dresdner Bürger mit dem Antrag auf Verpflichtung der Stadt zur Beseitigung der Installation an das Verwaltungsgericht Dresden gewandt und im Wesentlichen die Auffassung vertreten, dass es – insbesondere auch im Gedenken an die Opfer des 13.02.1945 – unangemessen und respektlos sei, diese „Kunst“ vor der Dresdner Frauenkirche aufzustellen. In der allgemeinen Stimmungslage sei sie eine Provokation. Das Gedenken an die Opfer des 2. Weltkriegs werde mit der aktuellen Situation in Aleppo vermischt. Die „Kunst“ werde Tag und Nacht von Polizisten bewacht, wofür Steuergelder aufgewendet werden müssten.

### **LÖSUNG**

Der Eilantrag ist unzulässig und unbegründet.

Der Antrag ist unzulässig, weil es dem Antragsteller an der Antragsbefugnis fehlt. Er kann nicht geltend machen, durch die von der Stadt erteilte (Sondernutzungs-)Erlaubnis zur Aufstellung des Kunstwerks in eigenen Rechten verletzt worden zu sein. Es ist keine Rechtsvorschrift ersichtlich, welche das Interesse „eines (auch zufälligen) Betrachters eines Kunstwerks“ schützt, „dass dieses bei ihm keinerlei anstößige Wertung erregt“. Auch gibt es keinen Rechtssatz, der die Interessen eines Bürgers an einer bestimmten Verwendung staatlicher Steuereinnahmen schützt. Der Antrag hat auch in der Sache keinen Erfolg, weil die nach den Regelungen des Straßenrechts erteilte Sondernutzungserlaubnis nicht zu beanstanden ist. Eine Bewertung des Kunstwerks, das der grundgesetzlich geschützten Kunstfreiheit (Art. 5 III GG) unterliegt, ist dabei nicht vorzunehmen.

## **Problem: Gleichbehandlung von Parteien**

### **Einordnung: Grundrechte/Staatsorganisationsrecht**

VG Saarlouis, Beschluss vom 24.02.2017, 3 L 261/17

Es ist mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung politischer Parteien vereinbar, wenn eine Landesrundfunkanstalt eine Partei aufgrund ihrer geringen politischen Bedeutung schlechter behandelt als andere Parteien.

### **SACHVERHALT**

Zu der sog. „Elefantenrunde“ hat der Saarländische Rundfunk (SR) neben den Spitzenkandidaten von CDU, SPD, Die Linke und Grünen auch die Spitzenkandidaten der nicht im Landtag vertretenen Parteien AfD und FDP eingeladen. Eine Einladung des Spitzenkandidaten der NPD unterblieb wegen der von dem SR als vergleichsweise gering eingestuften Bedeutung der NPD und deren fehlenden realistischen Chancen auf einen Einzug in den Landtag. Hiergegen wehr sich die NPD mit einem Eilantrag.

### **LÖSUNG**

Der zulässige Eilantrag ist unbegründet.

Die Einschätzung des SR ist zutreffend. Ein Anspruch der NPD auf Teilnahme an der „Elefantenrunde“ der Spitzenkandidaten besteht ebenso wenig wie eine Verpflichtung des SR zur Durchführung und Ausstrahlung eines Live-Interviews mit dem Spitzenkandidaten der NPD. Das vom SR erarbeitete journalistische Konzept, das der „Elefantenrunde“ zugrunde liegt, ist rechtlich nicht zu beanstanden; insbesondere verstößt es nicht gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung der politischen Parteien aus Art. 3 I GG, Art. 21 GG und § 5 ParteienG. Die vom SR vorgenommene Bewertung der Bedeutung der NPD entspricht dabei der Einschätzung des BVerfG im jüngst ergangenen Urteil in dem Verbotsverfahren gegen die NPD. Eine Verpflichtung öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten zu einer stärkeren Berücksichtigung der NPD, die vom BVerfG für verfassungswidrig erklärt worden ist, besteht nicht.

## **Problem: Auftritt ausländischer Politiker auf Versammlungen in Deutschland**

### **Einordnung: Grundrechte/Staatsorganisationsrecht**

BVerfG, Beschluss vom 08.03.2017, 2 BvR 483/17

Staatsoberhäupter und Mitglieder ausländischer Regierungen haben weder von Verfassungs wegen noch nach einer allgemeinen Regel des Völkerrechts einen Anspruch auf Einreise in das Bundesgebiet und können sich in ihrer amtlichen Eigenschaft auch nicht auf Grundrechte berufen.

### **SACHVERHALT**

Mit seiner Verfassungsbeschwerde wendet sich der Beschwerdeführer dagegen, dass die Bundesregierung es dem türkischen Ministerpräsidenten Yildirim ermöglicht habe, am 18. Februar 2017 in Oberhausen für eine Verfassungsänderung in der Republik Türkei zu werben, sowie gegen weitere im Zusammenhang mit dieser Verfassungsreform stehende öffentliche Auftritte von Regierungsmitgliedern der Republik Türkei in Deutschland. Damit verfolgt er das Ziel, dass Mitglieder der türkischen Regierung sich in ihrer amtlichen Eigenschaft in Deutschland nicht politisch betätigen können.

### **LÖSUNG**

Die Verfassungsbeschwerde ist unzulässig.

Zwar haben Staatsoberhäupter und Mitglieder ausländischer Regierungen weder von Verfassungs wegen noch nach einer allgemeinen Regel des Völkerrechts einen Anspruch auf Einreise in das Bundesgebiet und die Ausübung amtlicher Funktionen in Deutschland. Hierzu bedarf es der Zustimmung der Bundesregierung, in deren Zuständigkeit für auswärtige Angelegenheiten eine solche Entscheidung fällt. Soweit ausländische Staatsoberhäupter oder Mitglieder ausländischer Regierungen in amtlicher Eigenschaft und unter Inanspruchnahme ihrer Amtsautorität in Deutschland auftreten, können sie sich nicht auf Grundrechte berufen. Denn bei einer Versagung der Zustimmung würde es sich nicht um eine Entscheidung eines deutschen Hoheitsträgers gegenüber einem ausländischen Bürger handeln, sondern um eine Entscheidung im Bereich der Außenpolitik, bei der sich die deutsche und die türkische Regierung auf der Grundlage des Prinzips der souveränen Gleichheit der Staaten begegnen.

Der Beschwerdeführer hat jedoch nicht hinreichend substantiiert dargelegt, dass er durch die nicht näher bezeichneten Maßnahmen bzw. Unterlassungen der Bundesregierung selbst betroffen ist. Vor diesem Hintergrund hat er keinen subjektiven Anspruch darauf, dass die Bundesregierung ihr Ermessen in auswärtigen Angelegenheiten in einer bestimmten Richtung ausübt.

## STRAFRECHT

### **Problem: Wohnwagen kann eine „Wohnung“ sein**

#### **Einordnung: Anforderungen an den Wohnungsbegriff des § 244 I Nr. 3 StGB**

BGH, Beschluss vom 11.10.2016, 1 StR 462/16

**Soweit Wohnmobile und Wohnwagen Menschen zumindest vorübergehend zur Unterkunft dienen, sind sie als Wohnung im Sinne des § 244 I Nr. 3 StGB zu werten.**

### **SACHVERHALT**

Die Angeklagten brachen auf Autobahnparkplätzen geparkte Wohnmobile und Wohnwagen nachts auf, in denen deren Insassen schliefen. Die Angeklagten entwendeten aus den Innenräumen jeweils Wertgegenstände, um sich zu bereichern. Durch den Aufbruch der Schlösser bzw. Fenster entstand jeweils erheblicher Sachschaden. In einem Fall wachte die Geschädigte V., die mit ihrer fünfköpfigen Familie im Wohnwagen schlief, während des Tatgeschehens auf, weil sie Geräusche hörte und das Leuchten einer Taschenlampe in den Wohnwagen und ihr Gesicht sah. Seitdem träumt sie häufig von der Tat, leidet unter Schlafstörungen und wacht mitunter stündlich auf.

### **LÖSUNG**

Der Bundesgerichtshof hat bislang noch nicht entschieden, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen Wohnmobile oder Wohnwagen als „Wohnungen“ von § 244 I Nr. 3 StGB tatbestandlich erfasst werden. Nach seiner Rechtsprechung handelt es sich allerdings bei Wohnmobilen um eine „andere Räumlichkeit, die der Wohnung von Menschen dient“ i.S.v. § 306a I 1 StGB, wenn dieses seinem Nutzer jedenfalls vorübergehend als Mittelpunkt seines Lebens dient, was nicht nur in der Nutzung als Fortbewegungsmittel, sondern auch in der Nutzung zum Schlafen sowie zur Zubereitung und Einnahme von Mahlzeiten u.ä. zum Ausdruck kommt. Die Wohnungseigenschaft verliert ein Wohnmobil nicht aufgrund des Umstandes lediglich zeitweiliger Nutzung. Dementsprechend bewertet der Bundesgerichtshof ein Wohnmobil sogar dann als zur Wohnung von Menschen dienende Räumlichkeit i.S.v. § 306a I 1 StGB, wenn dieses zur Tatzeit nicht konkret zum Wohnen genutzt wird.

In der Literatur wird kontrovers beurteilt, ob es sich bei Wohnmobilen und Wohnwagen um Wohnungen i.S.v. § 244 I Nr. 3 StGB handelt (bejahend etwa: LK-Vogel, § 244 Rn 75, verneinend für alle Räumlichkeiten, die nur vorübergehend der Unterkunft von Menschen dienen: MK-Schmitz, § 244 Rn 58).

Die Entstehungsgeschichte und vor allem der Zweck von § 244 I Nr. 3 StGB sprechen dafür, Wohnmobile und Wohnwagen jedenfalls dann als „Wohnungen“ anzusehen, wenn die Tat zu einem Zeitpunkt erfolgt, zu denen eine tatsächliche Wohnnutzung stattfindet.

Der Gesetzgeber hat die Strafschärfung des Wohnungseinbruchdiebstahls mit der Erwägung begründet, es handele sich um eine Straftat, die tief in die Intimsphäre des Opfers eingreife und zu ernststen psychischen Störungen, etwa langwierigen Angstzuständen führen könne; nicht selten seien Wohnungseinbrüche zudem mit Gewalttätigkeiten gegen Menschen und Verwüstungen von Einrichtungsgegenständen verbunden. Anlass für die Höherstufung des Wohnungseinbruchdiebstahls war somit nicht etwa der besondere Schutz von in einer Wohnung – und damit besonders sicher – aufbewahrten Gegenständen, sondern die mit einem Wohnungseinbruch einhergehende Verletzung der Privatsphäre des Tatopfers. Bezweckt also der Tatbestand des § 244 I Nr. 3 StGB neben dem Schutz des Eigentums den verstärkten Schutz der häuslichen Privat- und Intimsphäre, scheidet dessen Anwendbarkeit aus, wenn der Täter in Räumlichkeiten einsteigt oder einbricht, die nicht diesem besonderen Schutzbereich zuzuordnen sind.

Ausgehend vom Schutzzweck der Norm können auch Wohnmobile und Wohnwagen Wohnung im Sinne des § 244 I Nr. 3 StGB sein. Denn bei ihnen handelt es sich um umschlossene Räumlichkeiten, die einen erhöhten Eigentums- und Gewahrsamsschutz bieten und die, wenn sie Menschen zu Unterkunft dienen, eine räumliche Privat- und Intimsphäre vermitteln.

## Problem: Anforderungen an eine Verabredung Einordnung: Bandenmitgliedschaft und Mittäterschaft sind strikt zu trennen

BGH, Beschluss vom 20.10.2016, 13 StR 321/16

Die Strafbarkeit wegen Verabredung zu einem Verbrechen nach § 30 II StGB setzt die vom ernstlichen Willen getragene Einigung mehrerer Personen voraus, ein Verbrechen entweder selbst gemeinschaftlich ausführen oder einen anderen zu seiner Ausführung anstiften zu wollen. Das Versprechen einer Beihilfe zu der geplanten Tat genügt nicht. Dies gilt auch dann, wenn es sich bei der in Aussicht genommenen Tat um ein Bandendelikt handelt.

### SACHVERHALT

Die drei Angeklagten (A1, A2 und A3), die gemeinsam Betäubungsmittelhandel betrieben und sich hierzu zu einer Bande zusammengeschlossen hatten, verabredeten sich, dem gesondert verfolgten B Marihuana im Wert von 30.000 € aus den Niederlanden zu verschaffen. Der Angeklagte A1 vergewisserte sich zunächst, ob B tatsächlich über die Geldsumme verfügte. Dann organisierte er ein Treffen, an dem die drei Angeklagten und B teilnahmen. Unmittelbar danach begab sich der Angeklagte A2 zu seinem Fahrzeug und machte dort den B mit einem K bekannt, der als Kurier fungieren sollte. Dessen Beteiligung wurde von B indes abgelehnt, da er schlechte Vorerfahrungen in der Zusammenarbeit mit K hatte. Ob das Betäubungsmittelgeschäft schließlich zustande kam, konnte nicht geklärt werden. Fest steht insoweit, dass der A2 auf einem Parkplatz in ein von der Angeklagten A3 gesteuertes Fahrzeug stieg, in dem auch der Angeklagte A1 saß und an das B herantrat, um sich mit den Personen im Fahrzeug zu unterhalten.

Das LG hat die Angeklagten – neben zahlreichen anderen Straftaten – wegen Verabredung zu einem Verbrechen zu langjährigen Haftstrafen verurteilt.

### LÖSUNG

Der BGH hält eine Verabredung der A3 zum bandenmäßigen Handelstreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge für nicht belegt.

Die Strafbarkeit wegen Verabredung zu einem Verbrechen nach § 30 II StGB setzt die vom ernstlichen Willen getragene Einigung mehrerer Personen voraus, ein in Aussicht genommenes Verbrechen entweder selbst gemeinschaftlich ausführen oder einen anderen zu seiner Ausführung anstiften zu wollen. Das Versprechen einer Beihilfe zu der geplanten Tat genügt deshalb nicht. Dies gilt auch dann, wenn es sich bei der in Aussicht genommenen Tat um ein Bandendelikt handelt. Denn der Zusammenschluss als Bande hat nicht zur Folge, dass jede von einem Bandenmitglied begangene Tat einem anderen Bandenmitglied ohne Weiteres als gemeinschaftlich begangene Tat i.S.d. § 25 II StGB zugerechnet werden kann. Die Frage, ob die Beteiligung an einem Bandenhandel mit Betäubungsmitteln als Mittäterschaft oder Beihilfe zu werten ist, beurteilt sich vielmehr nach den allgemeinen Grundsätzen. Danach ist Mittäter i.S.v. § 25 II StGB, wer einen eigenen Tatbeitrag leistet und diesen so in die Tat einfügt, dass er als Teil der Handlung eines anderen Beteiligten und umgekehrt dessen Handeln als Ergänzung des eigenen Tatanteils erscheint. Zwar kann für die Einordnung als Mittäterschaft ein die Tatbestandsverwirklichung fördernder Beitrag ausreichen, der sich auf eine Vorbereitungs- oder Unterstützungshandlung beschränkt. Stets muss sich die objektiv aus einem wesentlichen Tatbeitrag bestehende Mitwirkung aber nach der Willensrichtung des sich Beteiligenden als Teil der Tätigkeit aller darstellen.

Hieran gemessen ergeben die Feststellungen nicht, dass sich die A3 an dem verabredeten Betäubungsmittelgeschäft als Mittäterin beteiligen wollte. Das von der A3 im Vorfeld der geplanten Tat gezeigte Verhalten genügt insoweit nicht. Der Beitrag der A3 zur Vorbereitung des beabsichtigten Betäubungsmittelgeschäfts hat sich darin erschöpft, den A1 zu dem Treffen mit dem A2 und dem gesondert verfolgten B zu fahren und bei dem Gespräch auf dem Parkplatz zugegen zu sein. Das geringe Gewicht dieses Tatbeitrags kann – wäre die Tat im Folgenden ausgeführt worden – auch unter Berücksichtigung ihres Interesses am Gelingen der Tat, das aus dem gemeinsamen „Wirtschaften“ mit dem A1 folgte, eine mittäterschaftliche Beteiligung an dem Betäubungsmittelhandel nicht begründen.

*Anm.: Die Beuteteilung stellt ein starkes Indiz für eine Mittäterschaft dar. Die Beuteteilung alleine ist jedoch alleine nicht in der Lage, jeden (auch untergeordneten) Tatbeitrag als Mittäterschaft einzuordnen (so schon BGH, 3 StR 129/16 in RA 2016, 549). Interessant an der vorliegenden Konstellation ist zudem, dass die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme „originell eingebunden“ ist, nämlich in die Frage, ob eine Verabredung zu einem Verbrechen gem. § 30 II StGB vorliegt.*