

NEBENGEBIETE

Arbeitsrecht

Problem: § 626 BGB: Umfang der notwendigen Unterrichtung des Betriebsrats **Einordnung: Anhörungsrecht gem. § 102 BetrVG**

BAG, Urteil vom 07.05.2020, 2 AZR 678/19

Die Wahrung der Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB gehört nicht zu den „Gründen für die Kündigung“ iSv. § 102 I 2 BetrVG, über die der Arbeitgeber den Betriebsrat unterrichten muss.

SACHVERHALT

Die Parteien streiten vorrangig über die Wirksamkeit einer außerordentlichen fristlosen Kündigung. Der Kläger war bei der Beklagten seit 1982 als Konstruktionsingenieur beschäftigt. Sein Arbeitsvertrag nimmt Bezug auf die jeweils für den Betrieb geltenden Tarifverträge für die Angestellten der Metallindustrie.

Mit Schreiben vom 07.03.2018 kündigte die Beklagte nach Anhörung und Zustimmung des Betriebsrats das Arbeitsverhältnis der Parteien außerordentlich fristlos, hilfsweise ordentlich zum 31.10.2018.

Der Kläger erhob rechtzeitig Klage. Es bestehe kein Kündigungsgrund. Die Beklagte habe die Frist des § 626 II BGB nicht gewahrt und den Betriebsrat nicht ordnungsgemäß angehört. Eine ordentliche Kündigung sei ausgeschlossen gewesen.

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Das BAG hat das Urteil nach Revision der Beklagten aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

LÖSUNG

Die Revision der Beklagten hat Erfolg. Mit der gegebenen Begründung durfte das LAG ihre Berufung gegen das der Klage stattgebende erstinstanzliche Urteil nicht zurückweisen. Ob diese Kündigung wirksam ist, kann der Senat nicht selbst abschließend entscheiden. Dies führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Die Kündigung ist nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen nicht gemäß § 102 I 3 BetrVG unwirksam. Die Beklagte musste den Betriebsrat weder über einen Sonderkündigungsschutz unterrichten noch weitere Ausführungen zur Wahrung der Kündigungserklärungsfrist des § 626 II BGB machen.

Nach § 102 I 1 BetrVG ist der Betriebsrat vor jeder Kündigung zu hören. Der Arbeitgeber hat ihm die Gründe für die Kündigung mitzuteilen (§ 102 I 2 BetrVG). Eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung ist gemäß § 102 I 3 BetrVG unwirksam.

Die Mitteilungspflicht des Arbeitgebers im Rahmen von § 102 I 2 BetrVG reicht nicht so weit wie seine Darlegungslast im Prozess. Der notwendige Inhalt der Unterrichtung gemäß § 102 I 2 BetrVG richtet sich vielmehr nach Sinn und Zweck des Beteiligungsrechts. Dieser besteht darin, den Betriebsrat durch die Unterrichtung in die Lage zu versetzen, sachgerecht, d.h. ggf. zugunsten des Arbeitnehmers auf den Arbeitgeber einzuwirken. Der Betriebsrat soll die Stichhaltigkeit und Gewichtigkeit der Kündigungsgründe beurteilen und sich über sie eine eigene Meinung bilden können. Die Anhörung soll dem Betriebsrat nicht die selbstständige – objektive – Überprüfung der rechtlichen Wirksamkeit der beabsichtigten Kündigung ermöglichen.

Danach musste die Beklagte den Betriebsrat im Hinblick auf die vorrangig beabsichtigte außerordentliche fristlose Kündigung nicht darüber unterrichten, dass der Kläger – möglicherweise – einen besonderen Kündigungsschutz genoss. Ungeachtet der Frage, ob ein solcher überhaupt zu den „Gründen für die Kündigung“ i.S.v. § 102 I 2 BetrVG gehören kann, muss ein Arbeitgeber, der außerordentlich fristlos kündigen möchte, dem Betriebsrat jedenfalls nicht mitteilen, dass dem Arbeitnehmer ein Sonderkündigungsschutz zukommt, der (...) zwar eine ordentliche Kündigung weitgehend ausschließt, die Möglichkeit einer „fristlosen“ Kündigung aber ausdrücklich „unberührt“ lässt. Dem Betriebsrat werden insoweit keine Einwände abgeschnitten. Er kann der Absicht einer außerordentlichen fristlosen Kündigung in beiden Fällen (ordentliche Kündbarkeit und ordentliche Unkündbarkeit) gleichermaßen entgegensetzen, dem Arbeitgeber sei es zuzumuten, die ordentliche Kündigungsfrist einzuhalten. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Kündigungsfrist „real“ (ordentliche Kündbarkeit) oder „fiktiv“ (ordentliche Unkündbarkeit) ist.

Neben der Sache liegt der Einwand des Klägers, der Betriebsrat müsse von einem tariflichen Sonderkündigungsschutz wissen, um beurteilen zu können, ob ein förmlicher Widerspruch nach § 102 III BetrVG in Betracht komme. Diese Möglichkeit ist ihm in Bezug auf eine beabsichtigte außerordentliche fristlose Kündigung – nicht eine solche mit notwendiger Auslaufzeit – in jedem Fall verschlossen.

Die Anhörung des Betriebsrats war auch nicht im Hinblick auf die Kündigungserklärungsfrist des § 626 II BGB fehlerhaft. Die Wahrung der Ausschlussfrist gehört nicht zu den „Gründen für die Kündigung“ i.S.v. § 102 I 2 BetrVG. Deshalb muss der Arbeitgeber hierzu keine gesonderten Ausführungen machen. Ein solches Erfordernis überdehnte die Zwecke des Anhörungsverfahrens. Es liefe darauf hinaus, dem Gremium die – objektive – Überprüfung der Wirksamkeit der beabsichtigten Kündigung zu ermöglichen.

Das bedeutet allerdings zum einen nicht, dass der Arbeitgeber nicht angeben müsste, wann der Kündigungssachverhalt sich zugetragen hat. Nur so wird es dem Betriebsrat ermöglicht, die Stichhaltigkeit und Gewichtigkeit der Kündigungsgründe zu beurteilen und sich über sie eine eigene Meinung zu bilden. Zum anderen dürfen dem Betriebsrat mögliche – durch das Gesetz nicht inhaltlich begrenzte – Einwände gegen die beabsichtigte Kündigung nicht – gezielt – abgeschnitten werden. Das gilt auch für den möglichen Einwand, eine außerordentliche Kündigung sei aus Sicht des Gremiums verfristet. Soweit der Arbeitgeber gegenüber dem Betriebsrat (freiwillig) Angaben macht, die für die Einhaltung der Frist des § 626 II BGB von Bedeutung sind, müssen diese wahrheitsgemäß erfolgen. Diesen Anforderungen werden die Anhörungsschreiben vorliegend gerecht. Sie enthalten die erforderlichen Angaben darüber, zu welchem Zeitpunkt sich der Kündigungssachverhalt ereignet haben soll.

Arbeitsrecht

Problem: § 174 BGB: Zurückweisung einer Kündigung namens einer GbR **Einordnung: Auswirkung der §§ 709, 714 BGB auf § 174 BGB**

BAG, Urteil vom 05.12.2019, 2 AZR 147/19

§ 174 BGB findet analoge Anwendung auf einseitige Rechtsgeschäfte, die ein abweichend von der gesetzlichen Grundregel der §§ 709, 714 BGB allein vertretungsberechtigter Gesellschafter im Namen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts vornimmt.

SACHVERHALT

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer Kündigung. Die beklagte GbR betreibt die Verwaltung eines Mietobjekts. Der Gesellschafter J der Beklagten kündigte das Arbeitsverhältnis. Die Klägerin wies die namens der Beklagten erklärte Kündigung mangels Vorlage einer Vollmachtsurkunde zurück. Sie macht die Unwirksamkeit nach § 174 BGB geltend. Das ArbG wies die Klage ab. Das LAG gab ihr statt. Die Beklagte ist der Auffassung, § 174 BGB finde keine Anwendung und begehrt die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

LÖSUNG

Die Revision ist erfolglos. Die Kündigung hat das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst. Sie ist analog § 174 BGB unwirksam. Soweit eine GbR nicht entsprechend der gesetzlichen Grundregel der §§ 709, 714 BGB durch sämtliche Gesellschafter handelt, liegt bei ihrer Teilnahme am Rechtsverkehr eine Situation vor, die der des § 174 BGB entspricht.

Ein In-Kennntnis-Setzen i. S. v. § 174 S. 2 BGB von einer Kündigungsbefugnis liegt auch dann vor, wenn der Arbeitgeber einen bestimmten Mitarbeiter in eine Stelle berufen hat, die üblicherweise mit dem Kündigungsrecht verbunden ist. Allerdings handelt es sich bei einer solchen Berufung zunächst um einen rein internen Vorgang, zu dem ein äußerer Vorgang hinzutreten muss, mit dem der Vollmachtgeber den inneren Vorgang (auch) gegenüber dem Erklärungsempfänger öffentlich macht. Folglich genügt es für ein In-Kennntnis-Setzen analog § 174 S. 2 BGB nicht, dass die Gesellschafter einer GbR einem von ihnen im Gesellschaftsvertrag die alleinige Geschäftsführungsbefugnis (§ 710 S. 1 BGB) und damit auch die alleinige Vertretungsmacht (§ 714 BGB) übertragen. Der rein interne „Bestellungsakt“ muss (auch) gegenüber dem Erklärungsempfänger durch die „Vollmachtgeberin“, also durch alle Gesellschafter und nicht nur durch den „Alleinbevollmächtigten“ selbst, öffentlich gemacht werden.

Die Zurückweisung nach § 174 BGB ist gem. § 242 BGB unzulässig, wenn der Kündigungsempfänger den Vertreter in der bestehenden Geschäftsverbindung auch ohne Vorlage einer Vollmachtsurkunde wiederholt als solchen anerkannt hat, solange kein begründeter Zweifel am Bestehen der Vollmacht aufgetreten und deshalb ein Vertrauenstatbestand für den Kündigenden entstanden ist. Das setzt voraus, dass der Kündigungsempfänger aufgrund objektiver Umstände zu erkennen gegeben hat, er gehe mit hinreichender Sicherheit von einer alleinigen Kündigungsbefugnis des Handelnden aus. Dies war vorliegend nicht der Fall.

[Anm.: Der Ansicht des BAG steht die Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der GbR nicht entgegen. Diese beruht diese nicht auf einer Eintragung in ein Register. Daher können die Vertretungsverhältnisse keinem öffentlichen Register entnommen werden. Sie folgen vielmehr aus dem zwischen den Gesellschaftern – unter Umständen sogar formlos – geschlossenen Gesellschaftsvertrag. Falls die Gesellschaft nicht durch alle Gesellschafter handelt, liegt damit auch bei der Teilnahme einer GbR am Rechtsverkehr eine Situation vor, die der von § 174 BGB entspricht. Der Empfänger einer für die Gesellschaft abgegebenen Erklärung hat vielfach weder Kenntnis von der Existenz der Gesellschaft noch von deren Vertretungsverhältnissen. Ein Register steht gerade nicht zur Verfügung.]

Die GbR sollte ihrem alleine zur Vertretung berufenen Gesellschafter also ein entsprechendes Schreiben an die Hand geben, dass die getroffene Vertretungsregelung ausweist. Dieses Schriftstück sollte durch alle Gesellschafter unterzeichnet sein, um einer Zurückweisung von einseitigen Willenserklärungen vorzubeugen. Alternativ kann hierzu ein entsprechender Auszug aus dem Gesellschaftsvertrag verwendet werden.]

ÖFFENTLICHES RECH

Problem: Verbot der Verwendung von Kennzeichen verbotener Vereine („Kuttenverbot“)

Einordnung: Grundrechte

BVerfG, Beschluss vom 9.7.2020, 1 BvR 2067/17, 1 BvR 424/18, 1 BvR 423/18

Das in § 9 Abs. 3 VereinsG verankerte Verbot, Kennzeichen verbotener Vereine durch nicht verbotene Teilorganisationen zu verwenden, ist verfassungsgemäß.

SACHVERHALT

Mit Regelungen des Vereinsgesetzes will der Gesetzgeber Kennzeichen krimineller Rockergruppierungen effektiv aus der Öffentlichkeit verbannen. Er hat daher in § 9 VereinsG als Folge eines Vereinsverbots oder des Verbots einer Ersatzorganisation das an jede Person gerichtete Verbot normiert, das Kennzeichen öffentlich, auf einer Versammlung oder medial weiter zu verwenden. Die Regelung des § 9 Abs. 3 VereinsG erstreckt dieses Verbot auf Kennzeichen, die in im Wesentlichen gleicher Form von nicht verbotenen Teilorganisationen oder von selbständigen Vereinen verwendet werden. Das verbietet den beinahe gleichen äußerlichen Auftritt eines nicht verbotenen „Schwestervereins“, der nur den Ort oder die Untergliederung anders benennt. Dagegen haben lokale „Chapter“ oder „Charter“ beziehungsweise Mitglieder der Motorradclubs Gremium Germany, der Hells-Angels-Bewegung beziehungsweise des Bandidos MC Verfassungsbeschwerde erhoben. Untergliederungen dieser Clubs sind jeweils mit Vereinsverboten belegt.

LÖSUNG

Die Verfassungsbeschwerden haben keinen Erfolg.

Es kann offenbleiben, ob vereinsrechtliche Kennzeichenverbote in erster Linie an der Vereinigungsfreiheit oder der Meinungsfreiheit zu messen sind. Jedenfalls ist das angegriffene Kennzeichenverbot in den vorliegenden Fallkonstellationen mit dem Grundgesetz vereinbar. Die Wertungen des Grundrechts auf Meinungsfreiheit führen zu keinem anderen Ergebnis als die des Art. 9 Abs. 1 und 2 GG, und die angegriffenen Regelungen verletzen auch nicht die Eigentumsfreiheit.

Das Grundrecht der Vereinigungsfreiheit in Art. 9 Abs. 1 GG schützt für Mitglieder ebenso wie für eine Vereinigung selbst das Entstehen und Bestehen in der gewählten gemeinsamen Form. Dazu gehören Mitgliederwerbung und Selbstdarstellung ebenso wie das Namensrecht. Für die Identität der Motorrad-Vereinigungen ist das öffentliche Verwenden der Kennzeichen auf ihren „Kutten“ sogar von grundlegender Bedeutung. Die für die jeweilige Dachorganisation stehenden „Top-Rocker“ und „Central Patches“ sind aus ihrer Sicht Ausdruck des Zusammenhalts und der gemeinsamen Identität; sie werden seit Jahrzehnten nach strengen internen Regeln fast unverändert genutzt und haben einen hohen Wiedererkennungseffekt.

Das Kennzeichenverbot greift in diese Rechte des jeweiligen Vereins und seiner Mitglieder ein. Doch ist der Eingriff verfassungsrechtlich zu rechtfertigen.

Der Gesetzgeber verfolgt das legitime Ziel, das Vereinsverbot aus Art. 9 Abs. 2 GG durchzusetzen, das selbst dazu dient, Gefahren von hochrangigen Verfassungsgütern abzuwenden. Vereine werden daher nicht nur formal verboten, sondern ihre Aktivitäten und Aktionsmöglichkeiten auch durch das hier in Rede stehende Kennzeichenverbot in der Öffentlichkeit untersagt. Das ist zur Erreichung dieser Ziele geeignet. Der Gesetzgeber durfte es mangels weniger einschneidender, aber gleich wirksamer Mittel auch für erforderlich halten, um seine Ziele zu erreichen.

Unter Berücksichtigung aller Belange ist das Kennzeichenverbot auch zumutbar, auch wenn es sich um einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff handelt, denn gerade das öffentliche Tragen der Vereinskennzeichen auf den Kutten hat für die Betroffenen einen hohen Wert. Das sanktionsbewehrte Verbot schränkt ihre Selbstdarstellung in der Zugehörigkeit zur jeweiligen Vereinigung ganz erheblich ein. Doch mindert sich das Gewicht des Eingriffs, weil die private Verwendung und damit beispielsweise auch die Tätowierung nicht verboten ist, solange das Kennzeichen in der Öffentlichkeit und einer Versammlung abgedeckt und nicht medial verbreitet wird. Auch kann bei geringer Schuld von Bestrafung abgesehen werden. Nach § 9 Abs. 3 Satz 2 VereinsG sind zudem nur Kennzeichen mit einem ähnlichen äußeren Gesamterscheinungsbild verboten, der Gesetzgeber wollte hier klären, dass dazu auch ein Kennzeichen gehört, das nur in der Orts- oder Regionalbezeichnung von denen verbotener Vereine abweicht.

Die Gründe des Gesetzgebers für das Kennzeichenverbot wiegen demgegenüber schwer. Insbesondere ist es untrennbar mit einem Vereinsverbot verknüpft, das als Instrument präventiven Verfassungsschutzes auf den Schutz von Rechtsgütern hervorgehobener Bedeutung zielt. Grundrechtlich ist ein Verbot nur zu rechtfertigen, wenn eine Vereinigung durch den organisierten Verstoß gegen Strafgesetze, die kämpferisch-aggressive Ausrichtung gegen die verfassungsmäßige Ordnung und die Ausrichtung auf Gewalt in den internationalen Beziehungen oder vergleichbare völkerrechtswidrige Handlungen und damit gegen den Gedanken der Völkerverständigung geprägt ist und mildere Mittel nicht genügen. Nur dann greift auch das Kennzeichenverbot. Damit tragen die Rechtsgüter, zu deren Schutz eine Vereinigung nach Art. 9 Abs. 2 GG ausdrücklich verboten werden kann, auch das Verbot, ihre Kennzeichen öffentlich weiter zu verwenden.



Problem: Coronavirus-Verordnung – Beherbergungsverbot für Gäste

Einordnung: Gefahrenabwehrrecht / Grundrechte

VGH München, Beschluss vom 28.7.2020, 20 NE 20.1609

Das Beherbergungsverbot in Bayern für Gäste aus inländischen Risikogebieten wird vorläufig außer Vollzug gesetzt.

SACHVERHALT

§ 14 Abs. 2 S. 1 der 6. Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (6. BayIfSMV) normiert ein Beherbergungsverbot für Gäste, die aus einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt eines anderen Bundeslandes anreisen oder dort ihren Wohnsitz haben, in dem in den letzten sieben Tagen vor der geplanten Anreise die Zahl der Neuinfektionen mit dem Coronavirus laut Veröffentlichung des Robert-Koch-Instituts (RKI) höher als 50 pro 100.000 Einwohnern liegt. Hiergegen wehrt sich ein Hotelier mit einem Eilantrag gem. § 47 Abs. 6 VwGO.

LÖSUNG

Der Eilantrag hat Erfolg.

§ 14 Abs. 2 S. 1 der 6. BayIfSMV trägt dem sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ergebenden Publizitätsgebot nicht hinreichend Rechnung. Der Verweis auf die Veröffentlichung des RKI genügt insofern nicht. Für den Normadressaten ist nicht erkennbar, wo er die aktuellen Infektionszahlen finden kann. Außerdem ist der Rückschluss, wonach eine Neuinfektionshäufigkeit in sieben Tagen von mehr als 50 pro 100.000 Einwohner eines Landkreises / einer kreisfreien Stadt im Wege eines Automatismus zu einem Beherbergungsverbot führt, nicht verhältnismäßig.

Problem: Coronavirus-Verordnung – Maskenpflicht

Einordnung: Gefahrenabwehrrecht / Grundrechte

OVG Koblenz, Beschluss vom 6.7.2020, 6 B 10669/20.OVG

Die Pflicht zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung (sog. Maskenpflicht) in öffentlichen und gewerblichen Einrichtungen ist rechtmäßig.

SACHVERHALT

Der Antragsteller wendet sich mit einem Eilantrag gegen die in der Neunten ebenso wie in der aktuellen Zehnten Corona-Bekämpfungsverordnung Rheinland-Pfalz angeordnete Verpflichtung, in den in der Verordnung genannten öffentlichen und gewerblichen Einrichtungen, d.h. insbesondere beim Einkaufen eine Mund-Nasen-Bedeckung zur tragen.

LÖSUNG

Der Eilantrag hat keinen Erfolg.

Die Corona-Pandemie begründet eine ernstzunehmende Gefahrensituation, die staatliches Einschreiten nicht nur rechtfertigt, sondern mit Blick auf die Schutzpflicht des Staates aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG weiterhin gebietet. Auch wenn sich das Infektionsgeschehen aufgrund der ergriffenen Maßnahmen in letzter Zeit verlangsamt hat und insbesondere die Anzahl der festgestellten Neuinfektionen rückläufig ist, besteht die Gefahr der Verbreitung der Infektion und daran anknüpfend einer Überlastung des Gesundheitswesens mit gravierenden Folgen für die Gesundheitsversorgung der Bevölkerung fort.

Nach den maßgeblichen Feststellungen des Robert Koch-Instituts handelt es sich immer noch um eine sehr dynamische Situation. Die Gefährdung für die Bevölkerung wird deshalb nach wie vor als hoch eingeschätzt, für Risikogruppen sogar als sehr hoch. Dem Antragsgegner – dem Land Rheinland-Pfalz – kommt bei der Erfüllung der Schutzpflicht für Leben und Gesundheit der Bevölkerung ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsbereich zu. Dies gilt auch für die schrittweisen Lockerungen der bisherigen strengeren Ge- und Verbote unter Beachtung der weiteren Entwicklung des Infektionsgeschehens. Eine Verletzung der sich aus dem Grundrecht des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG ergebenden Schutzpflicht ist erst dann gegeben, wenn die öffentliche Gewalt Schutzvorkehrungen entweder überhaupt nicht getroffen hat oder offensichtlich die getroffenen Regelungen und Maßnahmen gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das Schutzziel zu erreichen.

Die in der jüngeren Vergangenheit schrittweise erfolgte Aufhebung von Schutzmaßnahmen bedingt einen Anstieg an persönlichen und sozialen Kontakten, der von einschränkenden Schutzmaßnahmen flankiert werden muss, welche das Ziel verfolgten, Neuinfektionen mit dem Coronavirus möglichst zu verhindern und die Verbreitung des Virus zumindest zu verlangsamen bzw. die Infektionsdynamik zu verzögern. Dabei stellen sich angesichts der weitgehenden Lockerungen (auch der Regelungen zu Kontaktbeschränkungen) inzwischen das Abstandsgebot sowie die Pflicht zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung neben allgemeinen Hygieneregeln als die zentralen Instrumente zur Bekämpfung der Corona-Pandemie dar. Eine Mund-Nasen-Bedeckung in Form einer Einwegmaske oder (selbstgenähten) Stoffmaske (sog. Alltags- oder Community-Masken), eines Schals oder Tuches ist geeignet, das angestrebte Schutzziel zu erreichen. Sie unterstützt zielführend das staatliche Bestreben, mittels eines Fremdschutzes die Verbreitung des Coronavirus durch die Verhinderung von Neuinfektionen zu verlangsamen.

STRAFRECHT

Problem: Abnötigung einer strafbaren Handlung zum Nachteil Dritter

Einordnung: Näheverhältnis bei Dreieckerpressung

BGH, Beschluss vom 08.01.2020, 4 StR 548/19

Einem abverlangten Verhalten, das sich in der Begehung strafbarer Handlungen erschöpft, kommt im Vermögen des Genötigten kein wirtschaftlicher Wert zu, sodass die erzwungene Vornahme solcher Handlungen keinen Vermögensschaden beim Nötigungsoffer begründen kann.

SACHVERHALT

Der Angeklagte A, der auf der Suche nach einer Einnahmequelle war, um sich Marihuana kaufen zu können, bedrohte zwei 13-jährige Jungen mit einem Messer und forderte sie auf, für ihn in der Innenstadt von Detmold Wertgegenstände zu stehlen. Wie von A beabsichtigt, hatten die beiden Jungen Angst vor A und waren von dem vorgehaltenen Messer so beeindruckt, dass sie sich zunächst nicht zu widersetzen wagten. Auf dem Weg in die Innenstadt gelang es ihnen aber, wegzulaufen und sich dem A zu entziehen.

Das LG hat den A wegen versuchter besonders schwerer räuberischer Erpressung gemäß §§ 22, 253 Abs. 1, 255, 250 II Nr. 1 StGB verurteilt. Seine Revision hat Erfolg.

LÖSUNG

Diese Feststellungen ergeben in subjektiver Hinsicht keinen auf die Begehung einer Erpressung gerichteten Tatplan des A.

I. Eine **Erpressung zum Nachteil der beiden Nötigungsoffer** liegt nicht vor, weil die Handlung, zu welcher die beiden Jungen nach dem Vorstellungsbild des A genötigt werden sollten, nicht mit einem Vermögensnachteil für die Genötigten verbunden war. Denn einem abverlangten Verhalten, das sich in der Begehung strafbarer Handlungen erschöpft, kommt im Vermögen des Genötigten kein wirtschaftlicher Wert zu, sodass die erzwungene Vornahme solcher Handlungen keinen Vermögensschaden beim Nötigungsoffer begründen kann.

II. Eine Dreiecks-**Erpressung zum Nachteil** der durch die angestrebten Diebstahlstaten **Geschädigten** kommt ebenfalls nicht in Betracht, weil es nach den Vorstellungen des A im Zeitpunkt der Nötigungshandlung an dem für eine Dreieckerpressung erforderlichen Näheverhältnis der Genötigten zu den geschädigten Vermögensinhabern fehlte.

h.L. (Exklusivitätstheorie): Raub und Erpressung schließen sich wie Diebstahl und Betrug wechselseitig aus. Die Erpressung verlangt (parallel zum Betrug) das ungeschriebene Merkmal der Vermögensverfügung.

Für Fälle des Dreiecksbetrugs ist (in Abgrenzung zum Diebstahl in mittelbarer Täterschaft) weithin anerkannte Voraussetzung, dass zwischen dem Verfügenden und dem Vermögensinhaber ein (rechtliches oder faktisches) Näheverhältnis bestehen muss, dieser also (bildlich gesprochen) „im Lager“ des Vermögensinhabers steht. Die Annahme einer konstruktiven Vergleichbarkeit zwischen Betrug und Erpressung führt dazu, diesen Ansatz auf § 253 StGB zu übertragen und die „**Lagertheorie**“ im Rahmen der Dreieckerpressung entsprechend anzuwenden. Die beiden Jungen hätten nicht im Lager der Opfer gestanden.

BGH (Spezialitätstheorie): Der Raub ist ein Spezialfall der räuberischen Erpressung. Die Wegnahme mit qualifizierten Nötigungsmitteln (§ 249 StGB) beinhaltet stets eine Nötigung zur Duldung dieser Handlung (i.S. der §§ 253, 255 StGB). Einer Vermögensverfügung bedarf es – anders als beim Betrug – im Rahmen von § 253 StGB nicht. Die innere Willensrichtung des Genötigten hat für die Abgrenzung zwischen § 249 StGB und den §§ 253, 255 StGB dementsprechend keine Bedeutung. Die Unterscheidung von Wegnahme und Weggabe erfolgt vielmehr anhand des äußeren Erscheinungsbildes.

Zwischen einer Dreieckerpressung und einem Diebstahl in mittelbarer Täterschaft (§§ 242, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB) differenziert der BGH wie folgt: Zwischen dem Genötigten und dem in seinem Vermögen Geschädigten muss ein Näheverhältnis dergestalt bestehen, wonach das Nötigungsoffer spätestens im Zeitpunkt der Tatbegehung auf Seite des Vermögensinhabers steht, also für das fremde Vermögen **potenziell schutzbereit** ist. Auch dies war bei den beiden Jungen nicht der Fall.

III. Zu einem **möglichen (versuchten) Diebstahl in mittelbarer Täterschaft**, zu dem der BGH nicht mehr Stellung nimmt, zwei Überlegungen:

1. Die Möglichkeit der mittelbaren Täterschaft durch „die Benutzung“ schuldunfähiger Tatmittler „als Werkzeug“ ist anerkannt (Fischer, § 25 Rn 6). Aus dem normativen Ausschluss einer strafrechtlichen Verantwortung (hier gem. § 19 StGB) folgt, dass die Verantwortung denjenigen trifft, der Kinder zu Straftaten veranlasst, d.h. „den Hintermann“. Möglicherweise war vorliegend nicht feststellbar, dass der Angeklagte das Alter der Kinder kannte und damit bewusst (unter Ausnutzung seiner Überlegenheit) ihm konstitutionell unterlegene Personen für die unmittelbare Tatbegehung ausnutzen wollte.

2. Anerkannt ist die Rechtsfigur mittelbarer Täterschaft ebenfalls in Fällen eines sog. Nötigungsnotstandes. Dies erfordert, dass in der Person des Tatmittlers die Voraussetzungen von § 35 I StGB (entschuldigender Notstand) verwirklicht sind (Fischer, § 25 Rn 8). Trotz der eher knappen Sachverhaltsdarstellung liegen die Voraussetzungen einer derartigen Nötigungsherrschaft jedenfalls nicht fern.

Für das die Versuchsstrafbarkeit im Fall mittelbarer Täterschaft begründende **unmittelbare Ansetzen** ist mit Blick auf den mittelbaren Täter nicht bereits auf den Beginn des Einwirkens auf den Tatmittler abzustellen. Vielmehr muss der mittelbare Täter (aus seiner Sicht) Einfluss auf das Verhalten des Tatmittlers gewonnen und diesen aus seinem Einwirkungsbereich in der Vorstellung entlassen haben, dass dieser die tatbestandsmäßige Handlung nunmehr vornehmen werde. Dieser Zeitpunkt war vorliegend offenbar (noch) nicht erreicht, weil sich die Kinder bereits „auf dem Weg in die Innenstadt“ dem Einfluss des A entziehen konnten.

IV. A hat sich der **versuchten Nötigung** in zwei tateinheitlichen Fällen gemäß § 240 II, II und III, 22 StGB schuldig gemacht.

Problem: Gewaltbegriff beim Raub

Einordnung: Abgrenzung von „Gewalt“ und „Gewalt gegen eine Person“

BGH, Urteil vom 18.09.2019, 1 StR 129/19

Gewalt im Sinne des Tatbestandes des Raubes setzt eine unmittelbar oder mittelbar gegen den Körper des Opfers gerichtete Einwirkung voraus. Erforderlich ist, dass der Einsatz auch nur geringer Körperkraft durch den Täter eine körperliche Zwangswirkung beim Opfer zur Folge hat. Lediglich psychisch vermittelter Zwang reicht dagegen nicht aus.

SACHVERHALT

Am 16.6.2018 forderte eine dem A bekannte, aber nicht identifizierte Person namens B diesen auf, wie in der Vergangenheit bereits geschehen, für ihn einen Pkw anzumieten. Auf diese Aufforderung hin fuhr der A mit B und zwei weiteren, ihm bekannten Personen, zu einer Autovermietung. Auf die Frage des A wofür er den anzumietenden Pkw benötige, antwortete B ihm, dass er und die zwei weiteren Personen einen Diebstahl begehen wollten. Man habe den Plan, eine Geldtasche aus dem stehenden Auto des Fleischgroßhändlers K zu entwenden. Dass dieser über hohe Bargeldeinnahmen verfügte, war dem A bekannt. Er hatte im Jahr 2017 selbst geplant, in das Privathaus des Geschädigten einzudringen, den Einbruchsplan aber damals wegen einer polizeilichen Kontrolle aufgegeben. Der A ging zunächst davon aus, dass „die Täter an einer Ampel oder im Stau die Autotür des Zeugen K. aufreißen, eine Tasche herausholen und wegrennen würden“. Er billigte diesen Plan, da keine Gewalt angewendet werden sollte, und mietete gegen 10.15 Uhr einen Pkw Opel Astra, den er B überließ.

Gegen 12.00 Uhr baten die zwei namentlich unbekannt Personen den A, ihnen zusätzlich seinen Pkw VW Polo zu überlassen. Sie würden „eventuell ein zweites Auto benötigen...“, um dieses an einer Ampel vor das Auto des Zeugen K zu stellen, aus dem die Tasche gestohlen werden solle, damit dieses nicht nach vorne wegfahren könne, bzw. um das Auto des Zeugen K an einer Ampel abbremsen zu können“. Die beiden Personen versprachen dem A einen Anteil an der Tatbeute in Höhe von 1.000 Euro. Auch dieser Bitte kam der A nach und überließ den beiden zur Durchführung des geschilderten Tatplans sein Fahrzeug.

Tatsächlich entwendeten gegen 13.25 Uhr zwei Personen dem Geschädigten K einen Koffer mit insgesamt 22.330 Euro Bargeld aus dem Kofferraum, nachdem dieser seinen Pkw vor seinem Haus geparkt hatte. Um eine etwaige Gegenwehr des Zeugen K zu unterbinden, sprühte ein Täter ihm Pfefferspray ins Gesicht, als er gerade aussteigen wollte. Der weitere Täter nahm in Ausführung des gemeinsamen Tatplans den Koffer mit dem Bargeld an sich. Anschließend flüchteten beide mit dem vom A angemieteten Pkw Opel Astra.

Davon, dass es sich bei einem der zwei vor Ort handelnden Täter um den A handelte oder dieser Kenntnis von dem geplanten Einsatz von Pfefferspray hatte, konnte sich das LG nicht überzeugen. Es geht aber davon aus, dass der A aufgrund des ihm geschilderten Tatplans billigend in Kauf nahm, dass bei der Tatausführung Gewalt gegenüber dem Geschädigten angewendet werden würde. Diese sei in dem „Versperren des Weges bzw. in dem Erzwingen des Anhaltens durch ein Abbremsen mit dem zweiten Fahrzeug zu sehen“. Der zweite Pkw hätte sich als „unüberwindliches physisches Hindernis“ für den Geschädigten dargestellt, der durch das Versperren der Fahrbahn an einer Weiterfahrt bzw. Flucht und damit an einem körperlichen Widerstand gehindert gewesen sei. Eine Gegenwehr in Form des nach vorne Wegfahrens sei so „zumindest erschwert, wenn nicht gar ausgeschlossen gewesen“.

Das LG hat den A wegen Beihilfe zum Raub zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt. Hiergegen wendet er sich mit der Revision, die er mit einer Verfahrens- sowie mit der Sachrüge begründet hat. Mit der Sachrüge hat das Rechtsmittel Erfolg.

LÖSUNG

II. Die Verurteilung des A wegen Beihilfe zum Raub hält sachlich-rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

1. Das LG ist zwar im Ergebnis zutreffend davon ausgegangen, dass die unbekannt gebliebenen Haupttäter sich gemäß §§ 223, 224 I Nr. 2 Alt. 2, 249 I, 250 II Nr. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht und der A diese dabei unterstützt hat, indem er ihnen zwei Autos zur Verfügung stellte. Indes tragen die Feststellungen des LG nicht die Annahme, der Gehilfenvorsatz des A sei auf eine Haupttat in Form eines Raubes gemäß § 249 I Alt. 1 StGB gerichtet gewesen.

[Anm.: Es geht hier also um einen Tatbestandsirrtum gem. § 16 I StGB: Der geschehene Sachverhalt war nach BGH ein Raub, der vom Gehilfen vorgestellte Sachverhalt aber nicht.]

a) Der Einsatz eines qualifizierten Nötigungsmittels im Sinne des § 249 I StGB in Form der Gewalt gegen eine Person unterliegt in Abgrenzung zur einfachen Gewalt im Sinne der §§ 240, 253 StGB erhöhten Anforderungen. Gewalt im Sinne des Tatbestandes des Raubes setzt eine unmittelbar oder mittelbar gegen den Körper des Opfers gerichtete Einwirkung voraus. Erforderlich ist, dass der Einsatz auch nur geringer Körperkraft durch den Täter eine körperliche Zwangswirkung beim Opfer zur Folge hat. **Lediglich psychisch vermittelter Zwang** reicht dagegen **nicht aus** (vgl. zuletzt BGH, 4 StR 116/19 Rn 5).

b) Nach diesen Grundsätzen lag in dem – nach der Vorstellung des A – von den Haupttätern beabsichtigten Vorgehen keine Gewalt gegen die Person des Geschädigten vor.

aa) Nach den Feststellungen des LG sollte sich der zweite eingesetzte Pkw im Bereich einer Ampel vor dessen Auto setzen und dieses entweder abbremsen oder bei Grünlicht stehen bleiben, so dass dem Geschädigten eine Weiterfahrt nach vorne nicht möglich sein würde. Auf Grundlage dieser Urteilsfeststellungen fehlt es bei der vom A vorgestellten Verkehrssituation jedenfalls an einem körperlich wirkenden Zwang bei dem Geschädigten. **Durch das langsame Abbremsen an einer Ampel oder das schlichte Stehenbleiben des Fahrzeugs bei „grün“ mangelt es jedenfalls an einer körperlichen Auswirkung bei dem Geschädigten.** Eine Vollbremsung oder ein abruptes, starkes Abbremsen des Geschädigten, das gegebenenfalls eine körperliche Reaktion hätte auslösen können, war nach den Feststellungen nicht von dem Vorstellungsbild des A umfasst. Die von dem vorliegenden Abbremsvorgang ausgehende Zwangswirkung geht mithin über einen lediglich psychisch vermittelten Zwang nicht hinaus.

bb) Darüber hinaus ist das von dem A vorgestellte Tatbild – so wie es das LG festgestellt hat – **nicht** durch körperliche Kraftentfaltung in Form der **Blockade** geprägt, **sondern** maßgeblich durch **List, Schnelligkeit oder Geschicklichkeit**, um einen etwaigen Widerstand von vorneherein zu verhindern.

2. Der Rechtsfehler führt zur Aufhebung des Schuldspruchs wegen Beihilfe zum Raub. Eine Berichtigung des Schuldspruchs kommt nicht in Betracht, weil der Senat nicht ausschließen kann, dass das neue Tatgericht Feststellungen treffen kann, die eine Bewertung des vom A vorgestellten Tatgeschehens als Raub rechtfertigen und damit dessen Verurteilung wegen Beihilfe zum Raub tragen würden.

[Anm.: Die Entscheidung des BGH wird von El-Ghazi in der NStZ 2020, 220 f. kritisiert. Hier ein Auszug:

(...) Der Senat definiert die Gewalt „im Sinne des Tatbestandes des Raubs“ als „eine unmittelbar oder mittelbar gegen den Körper des Opfers gerichtete Einwirkung“. Ergänzt wird dieser Satz durch den aus dem Bereich des einfachen Gewaltbegriffes geläufigen Passus, „erforderlich ist, dass der Einsatz auch nur geringer Körperkraft durch den Täter eine körperliche Zwangswirkung beim Opfer zur Folge hat. Lediglich psychisch vermittelter Zwang reicht dagegen nicht aus.“ (...)

Auch bei der Subsumtion bewegt sich der 1. Strafsenat in der hiesigen Entscheidung auf dem Terrain der Sitzstreikentscheidungen zum einfachen Gewaltbegriff: Letztlich war hier für den Senat entscheidend, ob auf Opferseite ein körperlicher Zwang empfunden wird. Überraschenderweise verneint der Senat auch dies. Die von dem besprochenen Abbremsvorgang ausgehende Zwangswirkung gehe „über einen lediglich psychisch vermittelten Zwang nicht hinaus“. Gestützt auf die bereits angesprochene „Zweite-Reihe-Rechtsprechung“ hätte die Bejahung einer solchen Körperlichkeit – zumindest prima facie – aber durchaus nahe gelegen (so auch Kudlich JA 2020, 150, 151); schließlich sollte vorliegend das Opfer durch eine (wirksame) physische Barriere an der Weiterfahrt gehindert werden. Ob der Unterschied des vorliegenden Falles zur „Zweite-Reihe-Rechtsprechung“ darin besteht, dass das Fahrzeug des Opfers nach den Absprachen der Beteiligten bereits vorher zum Halt gekommen und erst danach durch ein davor gesetztes Fahrzeug an der Weiterfahrt gehindert werden sollte, wird vom 1. Strafsenat leider nicht thematisiert.

Nur weil der 1. Strafsenat die geplante Fahrzeugbarriere hier nur als rein psychische Zwangswirkung bewertet und damit bereits jegliche Form der Gewalt verneint, konnte er sich weitere Ausführungen zur Verschiedenheit zwischen einfacher Gewalt und Personengewalt im Sinne des § 249 StGB ersparen.

Aus Sicht der Praxis ist dies unbefriedigend. An welcher Stelle die Rspr. die Grenze zwischen beiden Merkmalen zieht, bleibt weiterhin offen. (...)