

## Öffentliches Recht

**Standort: Staatsorganisationsrecht**

**Problem: Untersuchungsausschuss**

VERFGH RH.-PFALZ, URTEIL VOM 27.10.2010  
AZ.: VGH O 24/10 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

### **Problemdarstellung:**

Das Urteil betrifft die Frage, ob ein Untersuchungsausschuss (UA) - ein klassisches Mittel der Opposition zur Regierungskontrolle - auch *gegen* eine Oppositionsfraktion eingesetzt werden darf. Konkret hatte der Landtag beschlossen, per UA die Finanzen der CDU-Fraktion zu untersuchen. Dagegen wehrte sich diese mit einem Organstreitverfahren vor dem VerFGH.

I. Grundsätzlich bejaht der VerFGH die Zulässigkeit eines solchen Unterfangens, weil sich aus der Landesverfassung nichts Gegenteiliges ergebe. So lasse bereits der Wortlaut des maßgeblichen Art. 91 I 1 LV Rh-Pf einen solchen UA zu. Der Sinn und Zweck eines UA besteht nach Ansicht des VerFGH ferner nicht nur in der Kontrolle der Regierung, sondern auch in der Selbstkontrolle des Landtags sowie in der Wahrung seines Ansehens und seiner Funktionsfähigkeit, insbesondere wenn es um die ordnungsgemäße Verwendung von Fraktionsgeldern gehe, die aus Steuermitteln stammen. Das Ansehen des Landtags könne auch durch ein Fehlverhalten der Opposition gefährdet werden.

II. Einschränkend müsse jedoch auf die berechtigten Interessen der Opposition Rücksicht genommen werden. Der VerFGH nennt konkrete Voraussetzungen, die unter diesem Gesichtspunkt die Einsetzung eines UA beschränken:

1. Es muss ein durch Tatsachen gestützter, hinreichend konkreter Verdacht für das Bestehen von Missständen oder Rechtsverletzungen bestehen,
2. diese müssen so gewichtig sein, dass das öffentliche Aufklärungsinteresse den Schutz der Opposition überwiege,
3. der Sachverhalt dürfe nicht bereits umfassend aufgeklärt sein,
4. die innere Willensbildung der Opposition, insbesondere ihre Überlegungen zu politischen Strategien, dürfe nicht ausgeforscht werden (wobei die betroffene Fraktion substantiiert darlegen müsse, dass ein derartiger untersuchungsfester Kernbereich betroffen sei), und
5. die Arbeitsfähigkeit der Oppositionsfraktion dürfe

nicht in Frage gestellt werden.

III. Keine Probleme hat der VerFGH hingegen damit, dass neben dem UA auch der Rechnungshof die Finanzen der Fraktionen kontrolliert. Interne und externe Kontrolle unterschieden sich grundlegend in Verfahren, Zielsetzung und Rechtsfolgen, ein Kompetenzübergriff sei also ausgeschlossen.

IV. Ferner dürfe die Einsetzung des UA durchaus politisch motiviert sein. Missbräuche seien schon durch die o.g. Kriterien - insbesondere die Notwendigkeit konkreter Verdachtsmomente - hinreichend ausgeschlossen.

### **Prüfungsrelevanz:**

Zwar spielt der Fall in Rheinland-Pfalz, er hat jedoch auch bundesweit Bedeutung, da auch der Deutsche Bundestag nach Art. 44 GG Untersuchungsausschüsse einsetzen kann, und sich eine Bundestagsfraktion hiergegen auch mit einem Organstreitverfahren nach Art. 93 I Nr. 1 GG, §§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG wehren könnte. Zwar stimmt Art. 44 GG nicht wörtlich mit dem hier einschlägigen Art. 91 LV Rh-Pf überein (z.B. besteht die Pflicht zur Einsetzung eines UA nach Art. 44 I GG erst bei einem Antrag von einem Viertel der Mitglieder des Bundestages, während nach Art. 91 I LV Rh-Pf bereits der Antrag eines Fünftels der Landtagsmitglieder genügt), die hier interessierenden Fragen dürften jedoch vergleichbar sein.

Tatsächlich hat es ähnliche Fälle im Bund schon gegeben: So überprüften der 1950 eingesetzte Untersuchungsausschuss zur Hauptstadtfrage und der sogenannte Steiner/Wienand-Ausschuss 1973, ob das Abstimmungsverhalten bestimmter Abgeordneter durch Bestechung beeinflusst worden war. Auch der sog. Parteispenden-Untersuchungsausschuss sollte im Jahr 1999 unter anderem feststellen, ob die seinerzeit die Bundesregierung tragenden Fraktionen Zuwendungen erhalten und hierfür politische Entscheidungsprozesse beeinflusst hatten. Die Befugnis des Bundestages hierzu wurde nie in Frage gestellt. Vielmehr wies das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 8. April 2002 sogar ausdrücklich auf die Möglichkeit hin, das Untersuchungsrecht könne auch gegen die parlamentarische Opposition gewendet werden, sofern deren Interessen durch entsprechende Mitwirkungsbefugnisse geschützt seien (BVerfGE 105, 197 [225]).

Der VerfGH Rh-Pf liegt mit seinem Urteil also ganz auf dieser Linie. Deshalb seien die Kernaussagen des Urteils noch einmal wiederholt: Das Parlament darf neben der Regierung auch sich selbst (bzw. einzelne Abgeordnete oder eine Fraktion als Organteile) mittels eines UA kontrollieren; dieses Recht unterliegt wegen des Spannungsverhältnisses zu den Rechten der Betroffenen aber verfassungsimmanenten Grenzen. Im Wege "praktischer Konkordanz" ist ein Ausgleich der widerstreitenden Interessen zu suchen, was i.E. dazu führt, dass ein UA gegen eine Parlamentsfraktion (nur, aber immerhin) unter den oben genannten fünf Kriterien zulässig ist.

#### *Vertiefungshinweise:*

- Minderheitenrechte im UA: *BVerfGE* 105, 197; *VerfGH NRW*, RA 2001, 6 = *NWVB1* 2001, 12; *Bay-VerfGH*, RA 2006, 580
- Auskunftsverweigerungsrechte eines Zeugen vor dem UA: *OVG NRW*, *NJW* 1999, 80
- Abwehrrecht gegen die Benennung eines UA nach einer Person: *SaarlVerfGH*, RA 2003, 412 = *NVwZ-RR* 2003, 393
- Ermittlung eines UA gegen Privatpersonen: *Bay-VerfGH*, *NVwZ* 1996, 1201; *Kerbein*, *ZRP* 2001, 302

#### *Kursprogramm:*

- Examenskurs* : "Neue Heimat analog"

#### *Leitsätze:*

- 1. Der Landtag hat aufgrund der ihm durch Art. 91 Abs. 1 LV eingeräumten weiten Befassungs- und Prüfungsbefugnis das Recht, auch parlamentsinterne Vorgänge zum Gegenstand eines Untersuchungsausschusses zu machen. Ein Untersuchungsausschuss kann sich daher grundsätzlich auch mit dem Verhalten einer (Oppositions-)Fraktion einschließlich ihrer Abgeordneten und Mitarbeiter befassen. Diesem Recht des Landtags stehen allerdings die mit Art. 79 Abs. 2, Art. 85a und 85b LV einer (Oppositions-)Fraktion und ihren Abgeordneten gewährleisteten Rechte und Wirkungsmöglichkeiten gegenüber.**
- 2. Bei der Auflösung des sich daraus ergebenden Spannungsverhältnisses können weder das Untersuchungsrecht des Landtags noch der Schutz der (Oppositions-)Fraktion und deren Mitglieder absoluten Vorrang beanspruchen. Die widerstreitenden Verfassungsgarantien sind vielmehr sowohl bei der Entscheidung über die Einsetzung eines Untersuchungsausschusses als auch bei dessen konkreter Ausgestaltung einander so zuzuordnen, dass beide soweit wie möglich Wirkung entfalten.**
- 3. Danach ist der mit der Einsetzung eines Untersu-**

**chungsausschusses über eine (Oppositions-)Fraktion verbundene Eingriff in deren Verfassungsrechte gerechtfertigt, wenn der Verdacht von Missständen oder Rechtsverletzungen hinreichend konkret und diese so gewichtig sind, dass das öffentliche Interesse an einer Aufklärung den Schutz der Fraktions- und Oppositionsrechte überwiegt.**

**4. Dies kann insbesondere der Fall sein, wenn Verfehlungen die ordnungsgemäße Verwendung von Fraktionsmitteln betreffen, weil solche Verfehlungen geeignet sind, Ansehen und Funktionsfähigkeit des Parlaments insgesamt zu beeinträchtigen.**

**5. Die parlamentarische Befassung mit einem solchen Gegenstand wird durch die Kontrollbefugnis des Rechnungshofs nach Art. 85a Abs. 3 Satz 2 LV nicht ausgeschlossen.**

**6. Zur Verfassungsmäßigkeit des Einsetzungsbeschlusses vom 25. Juni 2010 im Einzelnen.**

#### *Sachverhalt:*

Das Organstreitverfahren betrifft die Frage, ob der Landtag einen parlamentarischen Untersuchungsausschuss zur Überprüfung der Verwendung von Fraktionsgeldern durch eine (Oppositions-)Fraktion einsetzen durfte.

In seinem Bericht über die Prüfung von Geld- und Sachleistungen an die Fraktionen des Landtags für die Haushaltsjahre 2003 bis 2006 (bis zum Ende der 14. Wahlperiode) vom 26. März 2010 stellte der Rechnungshof fest, die damalige X1.-Fraktion habe Geldleistungen in Höhe von insgesamt 478.301,66 € nicht bestimmungsgemäß verwendet. Der Antragsgegner beschloss daraufhin die Einsetzung eines Untersuchungsausschusses "im Zusammenhang mit den Vorgängen um die Verwendung und den Umgang der X1.-Fraktion mit Fraktionsgeldern, den vom Landesrechnungshof festgestellten Unstimmigkeiten und der politischen Verantwortung hierfür".

Mit dem gegen den Landtag eingeleiteten Organstreitverfahren begehrt die Antragstellerin die Feststellung, dass die Einsetzung des vorgenannten Untersuchungsausschusses verfassungswidrig sei. Der Untersuchungsausschuss sei seinem Ursprung nach gegen die Regierung gerichtet und deshalb ein inter-, nicht jedoch ein intraorganschaftliches Kontrollinstrument. Der angefochtene Einsetzungsbeschluss verkehre diesen Sinn rechtsmissbräuchlich in sein Gegenteil. Ein gegen eine (Oppositions-)Fraktion gerichteter Untersuchungsausschuss sei auch deshalb verfassungswidrig, weil hierdurch ihre Funktionsfähigkeit und Aufgabenwahrnehmung verletzt würden. Neben der Strukturierung der Parlamentsarbeit und der Mitwirkung an der politischen Willensbildung obliege es einer Oppositionsfraktion, politische Alternativen zur Regierung und der sie tragenden Landtagsmehrheit aufzuzeigen. Dieser Aufgabe könne sie nicht mehr gerecht werden,

wenn sie wesentliche Energien und Mittel für ihre Verteidigung im Ausschuss aufwenden müsse. Eine weitere erhebliche Beeinträchtigung liege in dem Zwang zur Bekanntgabe von Fraktionsinterna gegenüber der gegnerischen Fraktion und der Regierung. Dessen ungeachtet sei jedenfalls ein mit der Untersuchung der Verwendung von Sach- und Geldleistungen befasster Ausschuss verfassungswidrig, weil für die diesbezügliche Überprüfung ausschließlich der Rechnungshof zuständig sei.

Der Antragsgegner hält den Antrag für unbegründet und beantragt dessen Abweisung. Er trägt vor, Fraktionen würden aufgrund ihrer Eingliederung in die organisierte Staatlichkeit und ihrer Finanzierung aus öffentlichen Mitteln jedenfalls hinsichtlich deren Verwendung vom parlamentarischen Untersuchungsrecht erfasst. Dessen Begrenzung auf den Bereich der Regierungs- und Verwaltungskontrolle lasse sich aus der Verfassung nicht ableiten. Die Rechte der (Oppositions-)Fraktion würden dadurch hinreichend gewahrt, dass die Einsetzung eines Untersuchungsausschusses tatsächliche Anhaltspunkte für Gesetzesverstöße und zudem ein erhebliches öffentliches Interesse an der Untersuchung erfordere.

#### **Aus den Gründen:**

Der Antrag ist nur zum Teil begründet. Der Landtag hat das Recht, parlamentsinterne Vorgänge zum Gegenstand eines Untersuchungsausschusses zu machen. Diese Befugnis erfasst auch, Verstöße einer (Oppositions-)Fraktion gegen das Fraktionsrecht aufzuklären und zu bewerten, wenn und soweit hierfür im konkreten Fall tatsächengestützte Anhaltspunkte sowie ein hinreichend gewichtiges öffentliches Interesse bestehen. Dies ist vorliegend ungeachtet der Prüfung der Fraktionsfinanzen durch den Rechnungshof in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang der Fall.

#### *I. Befugnis des Parlaments, einen UA zur Kontrolle von Oppositionsfraktionen einzusetzen*

Die Verfassungsmäßigkeit einer über eine (Oppositions-)Fraktion geführten Enquete bestimmt sich einerseits anhand der grundsätzlich weiten Befassungs- und Prüfungsbefugnis des Parlaments gemäß Art. 91 LV sowie andererseits nach den in Art. 79 Abs. 2, Art. 85a und 85b LV garantierten Rechten seiner Fraktionen und Mitglieder. Bei zusammenführender Betrachtung dieser nicht deckungsgleichen Verfassungsgarantien kann sich ein Untersuchungsausschuss zwar auch mit einer (Oppositions-)Fraktion einschließlich ihrer Abgeordneten und Mitarbeiter befassen; die konkrete Ausgestaltung des Verfahrens muss jedoch ihren verfassungsrechtlich geschützten Belangen Rechnung tragen. Dies wird durch Systematik, Funktion und Entstehungsgeschichte der ausschussrechtlichen Vorschriften bestätigt.

#### *1. Ermächtigungsgrundlage*

Nach Art. 91 Abs. 1 Satz 1 LV hat der Landtag das Recht und auf Antrag von einem Fünftel seiner Mitglieder die Pflicht, Untersuchungsausschüsse einzusetzen. Das Enqueterecht ist Ausdruck der Parlamentsautonomie, die ihrerseits im Prinzip der Volkssouveränität gründet (vgl. BVerfGE 99, 19 [34 f.]; Glauben, in: Grimm/Caesar, Verfassung für Rheinland-Pfalz, Art. 83 Rn. 15). Damit erhalten das Parlament insgesamt, seine Mehrheit, aber auch seine (qualifizierte) Minderheit die Möglichkeit, sich unabhängig von Dritten mit hoheitlichen Mitteln selbstständig über Angelegenheiten zu informieren, deren Kenntnis sie zur Erfüllung ihrer parlamentarischen Aufgaben für erforderlich halten. [...] Im Lichte der in Art. 79 Abs. 1 Satz 2 LV verankerten Zuständigkeit für die Behandlung grundsätzlich aller öffentlichen Angelegenheiten räumt die Landesverfassung dem Antragsgegner damit im Rahmen seiner allgemeinen Zuständigkeit eine weite Befugnis zur Auseinandersetzung mit Missständen unabhängig davon ein, aus welchem Bereich sie herrühren.

#### *2. Fraktionsrechte als Schranken*

##### *a. Interessenkollision*

Mit der Einsetzung eines Untersuchungsausschusses über eine (Oppositions-)Fraktion werden deren Handlungsmöglichkeiten dadurch berührt, dass sie in eine Abwehrposition gedrängt wird und einen Teil der Kräfte auf ihre Verteidigung verwenden muss. Auch kann sie unter Umständen gezwungen sein, Fraktionsinterna offen zu legen. Eine hieraus möglicherweise resultierende Einschränkung der Wahrnehmung ihrer Fraktions- und Oppositionsaufgaben, insbesondere hinsichtlich der Koordinierung der politischen Arbeit im Landtag, kann sich gleichzeitig zu Lasten ihrer Mitglieder auswirken. Ihnen kann zudem in der Öffentlichkeit unabhängig von der Frage individueller Verantwortlichkeit schon aufgrund ihrer Fraktionszugehörigkeit der Makel des Verdachts untersuchungsbedürftigen Handelns anhaften.

##### *b. Lösung des Konflikts im Wege praktischer Konkordanz*

Bei der Auflösung dieses in der Landesverfassung mit Art. 91 LV einerseits und Art. 79 Abs. 2, Art. 85a und 85b LV andererseits angelegten Spannungsverhältnisses können weder das Untersuchungsrecht des Landtags noch der Schutz der (Oppositions-)Fraktion oder ihrer Mitglieder absoluten Vorrang beanspruchen. Vielmehr müssen die widerstreitenden Verfassungsgüter einander so zugeordnet werden, dass beide so weit wie möglich Wirkung entfalten (vgl. BVerfGE 67, 100 [143 f.]; 77, 1 [44]).

*aa. Hinreichende Verdachtsmomente*

Insoweit dürfen das Handeln oder Unterlassen einer Fraktion einschließlich ihrer Abgeordneten und Mitarbeiter allein dann zum Gegenstand einer Kollegialenquete gemacht werden, wenn sie sich dem Verdacht hinreichend gewichtiger Unregelmäßigkeiten ausgesetzt haben. In dieser Situation kann ein besonderes Interesse des Parlaments bestehen, durch die eigene Aufklärung der Vorkommnisse zu verhindern, dass sich der auf einzelne Abgeordnete oder eine Fraktion beschränkte Vorwurf zu einer Verdächtigung des Landtags insgesamt und damit zu einer Gefährdung der parlamentarischen Demokratie ausweitet. Zudem kann die Enquete die Haltlosigkeit der Vorwürfe ergeben und so das Ansehen des Parlaments schützen. [...]

*bb. Öffentliches Aufklärungsinteresse*

Das öffentliche Interesse an einer Aufklärung wiederum muss sowohl hinsichtlich des generell umschriebenen Untersuchungsgegenstandes als auch in Bezug auf die einzelnen Fragen des Untersuchungsauftrags hinreichend gewichtig sein und die verfassungsrechtlich geschützten Belange der betroffenen Fraktion überwiegen. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn die vermeintlichen Verfehlungen geeignet sind, nicht nur das Ansehen der betroffenen Fraktion, sondern darüber hinaus auch den Ruf oder die Funktionsfähigkeit des Parlaments insgesamt zu beeinträchtigen. Verstöße gegen bloße Ordnungsvorschriften oder eine Verletzung parlamentsrechtlicher Regelungen in einem untergeordneten Einzelfall können hingegen von vornherein die Überprüfung einer Fraktion oder einzelner ihrer Mitglieder nicht rechtfertigen.

*cc. Sachverhalt noch unaufgeklärt*

Darüber hinaus entfällt das öffentliche Interesse an einer Untersuchung, soweit der Sachverhalt bereits umfassend aufgeklärt ist. In diesem Fall beschränkt sich die Befugnis des Untersuchungsausschusses grundsätzlich auf die politische Bewertung dieser Vorgänge einschließlich des sich daraus etwa ergebenden Handlungsbedarfs.

*dd. Keine Ausforschung der Fraktion*

Ihrer Aufgabe, politische Pluralität sowie eine effektive Regierungskontrolle zu gewährleisten, kann eine (Oppositions-)Fraktion darüber hinaus notwendigerweise nur gerecht werden, wenn ihr und ihren Abgeordneten ein Initiativ-, Beratungs- und Handlungsbereich verbleibt, der auch von parlamentarischen Untersuchungsausschüssen nicht ausforschbar ist. Zu diesem grundsätzlich untersuchungsfesten Kernbereich zählen neben der inneren Willensbildung insbesondere Überlegungen zu politischen Strategien und Taktiken sowie zur Darstellung ihrer Politik. Derartige Interna

müssen jedoch im Rahmen einer Enquete offenbart werden, soweit sie einen untrennbaren Bezug zum Untersuchungsgegenstand haben. [...]

*ee. Arbeitsfähigkeit der Fraktion gewahrt*

Schließlich ist der Antragsgegner bei der Durchführung des Untersuchungsverfahrens verpflichtet, auch bei einer nach den vorgenannten Kriterien zulässigen Überprüfung den verfassungsrechtlich geschützten Belangen der Antragstellerin Rechnung zu tragen. Er ist insbesondere gehalten, die Arbeitsfähigkeit und die Mitwirkungsrechte der betroffenen Fraktion und ihrer Mitglieder zu wahren. Zugleich ist der Umfang der Beeinträchtigung auf das für die Aufklärung erforderliche Maß zu beschränken.

*[Anm.d.Red.: Das Gericht begründet dieses Ergebnis sodann ausführlich mit systematischer, historischer und teleologischer Auslegung der Landesverfassung Rheinland-Pfalz. Vom Abdruck dieser sehr landesspezifischen Ausführungen wurde hier aus Platzgründen abgesehen.]*

*3. Keine Kollision mit Befugnissen des Rechnungshofs*

Kann demnach eine (Oppositions-)Fraktion grundsätzlich Gegenstand einer Parlamentsenquete sein, so ist die Befassung des Landtags mit Missständen bei der Verwendung von Fraktionsgeldern - und folglich deren Aufarbeitung im Rahmen eines Untersuchungsausschusses - auch nicht durch die Überprüfung der Fraktionsfinanzen durch den Landesrechnungshof ausgeschlossen. Beide Überprüfungsverfahren verfolgen vielmehr unterschiedliche Ziele und sind voneinander unabhängig. [...]

[Die Befugnisse des Rechnungshofs] stehen einer Befassung eines Untersuchungsausschusses schon deshalb nicht entgegen, weil dieser dem Landtag lediglich Bericht erstattet. Auch handelt es sich hierbei um keine externe, sondern um eine parlamentsinterne Kontrolle. Diese unterscheidet sich hinsichtlich ihrer Zielrichtung - und damit in Bezug sowohl auf ihre Legitimation als auch auf ihren Prüfungsmaßstab - grundlegend von der Nachprüfung durch den Rechnungshof. [...] Während dem Rechnungshof neben der Überwachung der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit sowie der Buchführung insbesondere die Feststellung der Ordnungsgemäßheit der Ausgaben obliegt, seine Kontrolle mithin haushaltsrechtlichen Gesichtspunkten folgt, ist die Einsetzung der Parlamentsenquete vorrangig auf die Aufklärung der politischen Verantwortlichkeit und auf die Frage nach etwaigen politischen Konsequenzen gerichtet. [...]

Diese Kontrollverfahren berühren sich nur insofern, als mit der Feststellung von Unregelmäßigkeiten durch den Rechnungshof tatsächengestützte Anhaltspunkte für das Vorliegen von Missständen bestehen. Sie kön-

nen daher erst recht Anlass für eine parlamentsinterne Untersuchung sein. [...]

**4. Kein Ausschluss bei parteipolitischer Motivation**

Dass ein Untersuchungsausschuss auch aus (partei-)politischen Erwägungen eingesetzt wird, begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Die Verfolgung ausschließlich partei- oder wahltaktischer Ziele ist bereits durch die Voraussetzungen für die Einsetzung einer Parlamentsenquete, insbesondere die Notwendigkeit des Vorliegens tatsächlicher Anhaltspunkte für Missstände und das Bestehen eines hinreichend gewichtigen öffentlichen Interesses an deren Aufklärung, ausgeschlossen.

Darüber hinaus ist das Untersuchungsrecht des Landtags ein Element des parlamentarischen politischen Prozesses und der parteidemokratischen Auseinandersetzung. Die Überlegungen, nach denen der Landtag seine Kontrollthemen wählt, sind an dem Dualismus von Regierungsmehrheit und Opposition ausgerichtet. Die Einsetzung und Ausgestaltung eines Untersuchungsausschusses spiegeln deshalb die parteipolitischen Präferenzen nahezu zwangsläufig wider. Seinen Ausdruck findet dies nicht zuletzt darin, dass der Abschlussbericht der Enquete gemäß § 28 UAG

zwar von der Ausschussmehrheit beschlossen wird, jedes Mitglied jedoch das Recht hat, darin seine abweichende Meinung darzulegen (vgl. Badura, in: Festschrift Rudolf, S. 235; Di Fabio, Der Staat 29 [1990], 599 [611, 613 m. Fn. 75]). [...]

**II. Subsumtion**

Unter Zugrundelegung der vorgenannten Maßstäbe verstößt die Einsetzung des Untersuchungsausschusses "X1.-Fraktionsfinanzen der Jahre 2003 bis 2006" insoweit gegen die Landesverfassung, als sich der Ausschuss mit der Aufnahme von Krediten durch die Antragstellerin und ihre Rechtsvorgängerin befassen soll. Auch darf eine Auseinandersetzung mit den strafgerichtlich abgeurteilten Verfehlungen des ehemaligen Geschäftsführers der Fraktion zu ihren Lasten nicht uneingeschränkt erfolgen. Vielmehr hat sie die rechtskräftigen Feststellungen des Strafgerichts zugrunde zu legen und die Persönlichkeitsrechte Dritter zu wahren. In Bezug auf die Fraktionsvorsitzenden-Konferenz - FVK - der Union ist der Ausschuss von Verfassungen wegen darauf beschränkt, die wechselseitigen Zahlungsflüsse zwischen der Konferenz und der X1.-Fraktion zu kontrollieren. [wird ausgeführt]

**Standort: Zuständigkeit**

**Problem: Verbandskompetenz**

OVG MÜNSTER, BESCHLUSS VOM 21.12.2009  
13 B 725/09 (NVwZ-RR 2010, 463)

**Problemdarstellung:**

Im vorliegenden Fall hatte eine Behörde im Land Nordrhein-Westfalen Kenntnis davon erlangt, dass ein in NRW ansässiger Unternehmer über das Internet verbotenerweise Glücksspiele vermittelte und veranstaltete. Daraufhin wurde - neben verschiedenen Maßnahmen gegen den Unternehmer selbst - auch dem Internet-Provider, welcher die Domain vergeben hatte, per Bescheid aufgegeben, die Domain zu sperren und zu löschen. Hiergegen wehrte sich der Internet-Provider vor Gericht. Er machte geltend, sein Geschäftssitz befände sich außerhalb von NRW, die Landesbehörde sei für ihn daher nicht zuständig.

VG und OVG gaben ihm i.E. Recht. Zwar komme es für die Verbandskompetenz einer Behörde nicht auf die Frage an, ob der Adressat innerhalb des behördlichen Zuständigkeitsbereichs wohne, wohl aber darauf, wo die Rechtsfolgen eintreten sollen. Die Löschung der Internet-Domain hätte am Geschäftssitz der Adressatin, also außerhalb von NRW bewirkt werden müssen.

Außerhalb eigener Zuständigkeiten dürfe eine Behörde aber nur handeln, wenn sie dazu durch Bundes- oder Landesrecht befugt sei, so das OVG im Leitsatz.

Eine solche Kompetenzübertragung gab es im vorliegenden Fall nicht, der Verwaltungsakt war daher mangels Zuständigkeit (formell) rechtswidrig.

**Prüfungsrelevanz:**

Örtliche Zuständigkeitsfragen können sich in nahezu jeder verwaltungsrechtlichen Prüfungsaufgabe stellen. Auf den hier einschlägigen Fall der (illegalen) Vermittlung und Veranstaltung von Glücksspielen bezogen bedeutet die territoriale Beschränkung etwa, dass jede Landesbehörde auf der Grundlage des § 9 I 2 GlüStV nur ein räumlich auf das Gebiet ihres jeweiligen Bundeslandes beschränktes Verbot aussprechen kann (so ausdrücklich VGH München, NVwZ-RR 2009, 202).

**Vertiefungshinweise:**

☐ Kompetenz zu Handlungen außerhalb des Verbandes nur bei gesonderter Ermächtigung: *BVerfGE* 11, 6; *BVerwGE* 115, 373 = NVwZ 2002, 984; *OVG Münster*, NJW 1979, 105; *VGH München*, NVwZ-RR 2009, 202

**Leitsatz:**

**Eine hoheitliche Verfügung, die dem Adressaten in ihrem Entscheidungssatz eine Maßnahme auferlegt, die sich auf einen in einem anderen Land be-**

**findlichen Gegenstand bezieht und die deshalb nur in diesem Land umgesetzt werden kann, ist nur zulässig, wenn das betreffende andere Land oder das Bundesrecht dies gestattet.**

**Sachverhalt:**

Die Ast. vergibt Second-Level-Domains, die mit “.de” enden. Sie hat für einen außerhalb Europas ansässigen Glücksspielveranstalter eine Internet-Adresse mit “.de”-Endung registriert. Die Ag. gab der Ast. auf, die o.g. Domain zu sperren. Dagegen suchte die Ast. um die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nach. Das VG gab dem Antrag statt. Die Beschwerde der Ag. blieb erfolglos.

**Aus den Gründen:**

Das VG hat die aufschiebende Wirkung der Klage der Ast. gegen die Ordnungsverfügung der Ag. zu Recht angeordnet. Die im Rahmen von § 80 V 1 VwGO vorzunehmende Interessenabwägung fällt zulasten der Ag. aus. Die fraglichen Regelungen sind bei summarischer Prüfung rechtswidrig.

**A. Ermächtigungsgrundlage**

Nach Nr. 1 des Entscheidungssatzes der Ordnungsverfügung wird der Ast. aufgegeben, die von ihr registrierte Domain [...]de “zu sperren/zu dekonnectieren”.

**B. Zuständigkeit**

Für den Erlass dieser auf § 9 I GlüStV gestützten Regelung ist die Ag. als Behörde des Landes Nordrhein-Westfalen mangels Verbandskompetenz nicht zuständig.

**1. Räumliche Grenzen der Verbandskompetenz**

Die Verbandskompetenz betrifft die Aufgabenabgrenzung zwischen verschiedenen selbstständigen Verwaltungsträgern. Sie dient der Sicherung der Verwaltungshoheit des Bundes, der Länder, der Kommunen sowie sonstiger juristischer Personen des öffentlichen Rechts. Nach staatsrechtlichen Grundsätzen, insbesondere dem Bundesstaats- und dem Demokratieprinzip (Art. 20 I, 28 I 1 GG), sind die Behörden eines Landes grundsätzlich nur innerhalb des eigenen Landesgebiets zu hoheitlichen Eingriffen befugt. Jede

rechtswidrige Überschreitung der eigenen Handlungssphäre bedeutet einen Einbruch in eine fremde Verbandseinheit. Eine hoheitliche Verfügung, die dem Adressaten in ihrem Entscheidungssatz eine Maßnahme auferlegt, die sich auf einen in einem anderen Land befindlichen Gegenstand bezieht und die deshalb nur in diesem Land umgesetzt werden kann, ist demnach nur zulässig, wenn das betreffende andere Land oder das Bundesrecht dies gestattet (Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl. [1986], S. 111; Oldiges, DÖV1989, 873; Isensee, in: ders./Kirchhof, Hdb. d. StaatsR, Bd VI, 3. Aufl. [2008], § 126 Rdnrn. 33ff.; Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und OrdnungsR, 2. Aufl. [2004], § 6 Rdnr. 12).

**2. Subsumtion**

Hiervon ausgehend fehlt es an der Verbandskompetenz des Landes Nordrhein-Westfalen. Bei der im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nur möglichen und gebotenen summarischen Prüfung spricht Überwiegendes dafür, dass die der Sache nach verfügte Sperrung der Second-Level-Domain “[...]de” am Geschäftssitz der Ast. in G. und damit außerhalb Nordrhein-Westfalens erfolgen müsste. Auf dieser Grundlage greift die Ag. durch die fragliche Verfügung in den Aufgabenbereich des Landes I. ein. Dazu ist sie nicht ermächtigt worden.

Aus § 9 I 2 und § 9 I 4 GlüStV ergibt sich, dass die nach Landesrecht zuständigen Aufsichtsbehörden grundsätzlich nur mit Wirkung für das eigene Land tätig werden dürfen. Eine generelle Übertragung von Hoheitsrechten in der Form, dass sich ein von der Landesaufsichtsbehörde erlassener Verwaltungsakt auch auf einen Gegenstand beziehen darf, der sich auf dem Territorium eines anderen Landes befindet, lässt sich dem Glücksspielstaatsvertrag demnach nicht entnehmen. Anders als es § 59 VI RStV für die Aufsicht nach dem Rundfunkstaatsvertrag vorsieht, ist eine länderübergreifende Anordnung nach dem hier allenfalls in Betracht zu ziehenden § 9 I 4 GlüStV vielmehr nur dann möglich, wenn das betroffene Land die zuständige Behörde eines anderen Landes (Nordrhein-Westfalen) ermächtigt, auch mit Wirkung für das betroffene Land tätig zu werden. Daran fehlt es hier.

**Standort: Baurecht****Problem: Abriss trotz (vereinfachter) Baugenehmigung**

OVG BERLIN-BRANDENBURG, BESCHLUSS VOM 23.6.2010

2 S 99/09 (NVwZ-RR 2010, 794)

**Problemdarstellung:**

Im vorliegenden Fall hatte der Antragsteller (ASt.) eine Baugenehmigung im vereinfachten Baugenehmigungsverfahren zur Errichtung einer Werbeanlage erhalten und diese errichtet. Im Anschluss daran verfügte die Bauaufsichtsbehörde den Abriss der Anlage, ohne zuvor die Baugenehmigung aufzuheben. Hiergegen wendete sich der ASt. Er meinte, die fortbestehende Baugenehmigung legalisiere das Vorhaben. Hierzu führt das OVG Berlin-Brandenburg folgendes aus:

1. Tatsächlich entfaltet eine Baugenehmigung Legalisierungswirkung. Es wäre ein in sich widersprüchliches Verhalten der Behörde, zuerst ein Bauvorhaben zu genehmigen und sodann gegen eben jenes einzuschreiten.

2. Allerdings sei zu beachten, dass im konkreten Fall nur eine im vereinfachten Verfahren erteilte Baugenehmigung vorlag. Da das Prüfprogramm im vereinfachten Verfahren aber auf bestimmte Baurechtsnormen reduziert sei (im Fall: nach § 64 BerlBauO; vgl. aber auch die entsprechenden Vorschriften in anderen Bundesländern, z.B. § 68 BauO NRW, § 75a NdsBauO), könne eine solche Baugenehmigung auch nur in Bezug auf diese Normen legalisierend wirken. Mit anderen Worten: Ergebe sich die materielle Baurechtswidrigkeit der Bebauung aus einem Verstoß gegen Vorschriften, die im vereinfachten Genehmigungsverfahren nicht geprüft worden seien, stünde die Baugenehmigung einem Einschreiten auch nicht entgegen.

**Prüfungsrelevanz:**

Die Entscheidung ist für alle Baurechtsklausuren wichtig, in denen gegen ein durch Baugenehmigung legalisiertes Vorhaben eingeschritten wird:

A. Handelt es sich um eine im regulären Baugenehmigungsverfahren erteilte Baugenehmigung, müsste diese zuvor nach § 48 VwVfG zurückgenommen werden, und zwar mit Wirkung ex tunc, um den Eintritt von Bestandsschutz zu verhindern.

B. Handelt es sich hingegen - wie hier - um eine im vereinfachten Baugenehmigungsverfahren erteilte Baugenehmigung, ist zu differenzieren:

I. Wird wegen der Verletzung einer Norm eingeschritten, die Gegenstand der Prüfung bei Erteilung der Baugenehmigung war, liegt der Fall ebenso wie unter

Punkt A.

II. Wird wegen der Verletzung einer Norm eingeschritten, die nicht Gegenstand der Prüfung bei Erteilung der Baugenehmigung war, liegt hingegen formelle Illegalität ungeachtet der vereinfachten Baugenehmigung vor. Ihrer vorherigen Aufhebung bedarf es daher nicht.

**Vertiefungshinweise:**

Bindungswirkung einer Baugenehmigung: *OVG Bautzen*, NVwZ-RR 2010, 426

Nachbarrechtsschutz gegen Teilbaugenehmigung: *OVG Hamburg*, RA 2010, 308 = NVwZ-RR 2010, 389

**Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Das illegale Wochenendhaus"

**Leitsätze:**

**1. Eine im vereinfachten Genehmigungsverfahren gem. § 64 BerlBauO erteilte Baugenehmigung besitzt wegen des eingeschränkten Prüfungsumfangs dieses Verfahrens nur eine entsprechend beschränkte Feststellungswirkung. Die durch sie vermittelte formelle Legalität des Vorhabens steht dem Erlass einer mit der Verletzung öffentlich-rechtlicher Vorschriften außerhalb des Prüfprogramms des Verfahrens begründeten Beseitigungsanordnung – hier: wegen Verstoßes gegen das bauordnungsrechtliche Verunstaltungsverbot – nicht entgegen.**

**2. Die Bauaufsichtsbehörde ist durch den beschränkten Prüfungsumfang des vereinfachten Genehmigungsverfahrens nicht gehindert, vor der Ausführung des Vorhabens innerhalb ihrer Zuständigkeit nach § 58 I BerlBauO auf Mängel außerhalb des Prüfungsumfangs dieses Verfahrens hinzuweisen und ein Einschreiten anzukündigen. In diesen Fällen ist es ihr grundsätzlich nicht verwehrt, die sofortige Vollziehung der Beseitigungsanordnung im Hinblick auf eine negative Vorbildwirkung der Anlage anzuordnen.**

**3. Der Bauherr kann die Berechtigung der Behörde zu dem angekündigten Einschreiten zum Gegenstand einer Feststellungsklage (§ 43 VwGO) machen.**

**Sachverhalt:**

Der ASt. wandte sich gegen die sofortige Vollziehung einer ihr gegenüber ausgesprochenen Beseitigungsanordnung. Das VG lehnte den Antrag ab. Die Beschwerde der ASt. hat keinen Erfolg.

**Aus den Gründen:****A. Formelle Illegalität der Bebauung****I. Ansicht des Antragstellers**

Dabei geht sie selbst davon aus, dass die für die Errichtung der Werbeanlage im vereinfachten Genehmigungsverfahren (§ 64 BerlBauO) erteilte Baugenehmigung wegen des eingeschränkten Prüfungsumfangs dieses Verfahrens nur eine beschränkte öffentlich-rechtliche Unbedenklichkeitsbescheinigung darstellt. Gleichwohl stellt sie sich auf den Standpunkt, die Genehmigung im vereinfachten Verfahren sei insoweit eine „Vollgenehmigung“, als der Bauantragsteller, selbst wenn er wolle, keine weitere Genehmigung erhalten könne. Aus ihrer Sicht sei das Werbevorbau „absolut legal“. Wenn die Bauaufsichtsbehörde demgegenüber die Auffassung vertrete, das Vorhaben verstoße gegen das bauordnungsrechtliche Verunstaltungsverbot, müsse hierüber in einem Hauptsacheverfahren entschieden werden. Bei formeller Legalität könne allein die vermutete bauordnungsrechtliche Rechtswidrigkeit des Vorhabens nie zu einem besonderen Vollzugsinteresse führen.

**II. Ansicht des Senats**

Diese Ausführungen werden der beschränkten Legalisierungswirkung der im vereinfachten Baugenehmigungsverfahren erteilten Baugenehmigung nicht gerecht und gehen an den Gründen für die Annahme eines besonderen Vollzugsinteresses durch das VG vorbei. Soweit die Ast. den Umfang der Baugenehmigung sowie die formelle Legalität ihres Vorhabens anspricht, betrifft dies die der Anordnung der sofortigen Vollziehung vorgelagerte Frage, ob die Voraussetzungen für den Erlass einer Beseitigungsanordnung nach § 79 S. 1 BerlBauO vorliegen.

**1. Baugenehmigung begründet formelle Legalität**

Grundsätzlich steht die durch eine Baugenehmigung vermittelte formelle Legalität einer Anlage dem Erlass einer Beseitigungsanordnung entgegen.

**2. Vereinfachtes Genehmigungsverfahren**

Wie das VG zutreffend dargelegt hat, gilt dieser

Grundsatz seit der Einführung des vereinfachten Baugenehmigungsverfahrens jedoch nicht mehr uneingeschränkt. Wegen des eingeschränkten Prüfungsumfangs dieses Verfahrens sind auch die Feststellungs- und Legalisierungswirkung der Baugenehmigung entsprechend beschränkt. Die Feststellungswirkung umfasst allein die Vereinbarkeit des Vorhabens mit Vorschriften, die in dem vereinfachten Verfahren zu prüfen sind (vgl. Knuth, in: Wilke/Dageförde u.a., BlnBauordnung, 6. Aufl. [2008], § 64 Rdnr. 16 m.w. Nachw.). Die formelle Legalität auf Grund einer im vereinfachten Verfahren erteilten Baugenehmigung steht deshalb dem Erlass einer Beseitigungsanordnung nicht entgegen, die auf der Verletzung von Vorschriften außerhalb des Prüfungsumfangs dieses Verfahrens beruht. Insoweit gilt nichts anderes als bei baugenehmigungsfreien Vorhaben, deren Beseitigung grundsätzlich bereits dann angeordnet werden kann, wenn sie materiell baurechtswidrig sind (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, LKV 2009, 182).

**B. Materielle Illegalität der Bebauung**

Soweit die Ast. geltend macht, allein die vermutete bauordnungsrechtliche Rechtswidrigkeit des Vorhabens könne nie zu einem besonderen Vollzugsinteresse führen, geht dies an den tragenden Gründen der angegriffenen Entscheidung vorbei. Das VG bejaht ein überwiegendes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung nicht allein wegen der von ihm angenommenen materiellen Rechtswidrigkeit der Anlage, sondern stützt sich insoweit maßgeblich auf die negative Vorbildwirkung, die von der Anlage ausgehe, sowie darauf, dass die Ast. bereits in der Baugenehmigung darauf hingewiesen worden sei, dass Verstöße gegen § 9 BerlBauO vorlägen und bei Ausführung des Vorhabens mit einem behördlichen Handeln gerechnet werden könne. Im Übrigen hat das VG die bauordnungsrechtliche Rechtswidrigkeit des Vorhabens nicht lediglich vermutet, sondern im Einzelnen dargelegt, weshalb die Werbeanlage nach seiner Auffassung gegen das bauordnungsrechtliche Verunstaltungsgebot verstößt. Hiermit setzt sich die Ast. im Beschwerdeverfahren nicht auseinander. [wird ausgeführt]

**Standort: Ordnungsrecht****Problem: Alkohol- und Glasverbot in der Öffentlichkeit**

OLG HAMM, BESCHLUSS VOM 04.05.2010  
 3 RBs 12/10 (NVwZ 2010, 1319)  
 OVG MÜNSTER, BESCHLUSS VOM 09.11.2010  
 5 B 1475/10 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

In den nachstehend wiedergegebenen Entscheidungen des OLG Hamm und des OVG Münster geht es noch einmal um das generelle Alkohol- und Glasverbot im öffentlichen Verkehrsraum, das in letzter Zeit so hohe Wellen geschlagen hat. Die RA hatte hierüber bereits ausführlich berichtet (vgl. VG Osnabrück, RA 2010, 282 [als Urteil in Fallstruktur] sowie die Vertiefungshinweise unten). Die Entscheidungen zeigen, wie unterschiedlich die jeweiligen Standpunkte sind:

A. Das OLG Hamm hält ein generelles Alkohol- und Glasverbot in einer öffentlichen Grünanlage durch Satzung oder Verordnung nicht für möglich, weil der Konsum von Alkohol aus Glasflaschen generell gesehen noch nicht einmal eine *abstrakte* Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung darstelle. Vielmehr müsse (und könne nur) im konkreten Fall gegen einzelne Störer und Randalierer eingeschritten werden, etwa durch Platzverweise oder nach den polizei- und ordnungsrechtlichen Generalklauseln.

B. Das OVG Münster hingegen hält in seiner Entscheidung zum Kölner Karneval sogar eine *konkrete* Gefahr für die öffentliche Sicherheit für gegeben, die zum Erlass einer Allgemeinverfügung nach der ordnungsbehördlichen Generalklausel ermächtige (in NRW: § 14 OBG). Wörtlich heißt es, eine ordnungsrechtlich relevante Störung trete bereits durch die ordnungswidrige Entsorgung von Glasflaschen im öffentlichen Straßenraum ein, und nicht erst durch hiervon ausgehende Verletzungen Dritter oder die Verwendung von Flaschen als Waffen im Rahmen gewaltsamer Auseinandersetzungen. Deshalb käme es (für die neben einer konkreten Gefahr im Rahmen der Generalklausel weiter erforderliche Störereigenschaft) auch nicht darauf an, ob jede einzelne Alkohol konsumierende bzw. Glasflaschen mitführende Person die Absicht habe zu randalieren; vielmehr genüge schon die tatsächliche Verfügungsgewalt über gefahrbringende Glasbehältnisse, um Störer zu sein.

**Prüfungsrelevanz:**

Die Ansicht des OVG Münster geht natürlich extrem weit. Jeder, der ein Glasbehältnis auf offener Straße mit sich führt, soll also eine konkrete Gefahr darstellen und Störer im ordnungsrechtlichen Sinne sein? Diese These wird sich wohl kaum verallgemeinern lassen (a.A. hierzu auch VG Osnabrück, RA 2010,

282, welches konkrete Gefahr und Störereigenschaft explizit verneint und daher eine Allgemeinverfügung für rechtswidrig gehalten hatte). In einem "obiter dictum" rudert das Gericht dann auch gleich wieder drei Schritte zurück und lässt verlauten, *jedenfalls für den Kölner Karneval am 11.11.* sei dies so. Für andere Großveranstaltungen mit alkoholgeneigtem Publikum müsse immer im Einzelfall geprüft werden, ob eine vergleichbare Situation vorläge.

Für eine Examensklausur kann angesichts dieser uneinheitlichen Rechtsprechung gegenwärtig nur folgender "roter Faden" empfohlen werden:

A. Innerhalb einer öffentlichen Einrichtung (Rathaus, Bibliothek etc.) sollte ein Alkohol- und Glasverbot in der Benutzungssatzung unproblematisch möglich sein, sofern es der Aufrechterhaltung des Betriebs dient (siehe OLG Hamm unten und ferner VGH Mannheim, NVwZ-RR 2010, 55). Ermächtigungsgrundlage für die Benutzungssatzung ist die allgemeine Satzungsermächtigung der Gemeinden (in NRW: § 7 I GO NRW). Ein Grundrechtseingriff dürfte mit dieser Regelung nicht verbunden sein, weil es kein Grundrecht auf Alkoholkonsum in öffentlichen Einrichtungen unter Störung des Widmungszwecks gibt.

B. Im öffentlichen Straßen- und Verkehrsraum sollte ein generelles Glas- und Alkoholverbot hingegen grds. unzulässig sein. Dies schon, wenn eine Verordnung erlassen wird (in NRW: nach § 27 OBG), denn es mangelt bereits an einer für diese notwendigen abstrakten Gefahr (OLG Hamm unten). Erst Recht fehlt es an einer konkreten Gefahr für eine Allgemeinverfügung (VG Osnabrück, RA 2010, 282) nach der Generalklausel (in NRW: § 14 OBG). Dies mag man bei besonders "gefährgeneigten" Veranstaltungen wie dem Kölner Karneval zeitlich und räumlich begrenzt anders sehen können (OVG Münster unten).

C. Dass gegen konkret störende Randalierer nach der polizei- und ordnungsrechtlichen Generalklausel oder mit Standardmaßnahmen eingeschritten werden kann, ist selbstverständlich und hat mit der hier erörterten Frage eines *generellen*, also auch friedliche Menschen erfassenden Glas- und Alkoholverbots nichts zu tun.

**Vertiefungshinweise:**

☐ Ordnungsbehördliche Verordnung gegen öffentlichen Alkoholenuss: VG Osnabrück, RA 2010, 282; VGH Mannheim, NVwZ-RR 2010, 55; NVwZ-RR 2010, 59; Faßbender, NVwZ 2009, 563; Hecker, NVwZ 2009, 1016

☐ Städtisches Vorgehen gegen Obdachlose: Kohl, NVwZ 1991, 623

☐ Verbot von sog. "Flatrate"-Partys: VG Hannover,

GewArch 2007, 388; *VGH München*, NVwZ-RR 2008, 26; *Führ/Schröder*, NVwZ 2008, 145; *Scheidler*, GewArch 2007, 276

**Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Betteln verboten"

**1. Teil: Beschluss des OLG Hamm vom 04.05.2010  
(3 RBs 12/10)**

**Leitsätze:**

**1. Ein generelles Alkoholverbot für den Bereich einer der Öffentlichkeit allgemein und ohne besondere Zulassung zugänglichen öffentlichen Grünfläche kann nicht als Benutzungsordnung einer öffentlichen Einrichtung i.S. von § 8 NWGO durch die Gemeinde wirksam erlassen werden.**

**2. Der Alkoholkonsum auf öffentlichen Verkehrsflächen ist auch keine straßenrechtliche Sondernutzung. Er hält sich vielmehr als solcher noch im Rahmen des Gemeingebrauchs an öffentlichen Verkehrsflächen. Deshalb kann das generelle Alkoholverbot nicht im Rahmen einer Sondernutzungssatzung gem. § 19 S. 1 NWStrWG wirksam erlassen werden.**

**3. Auch § 27 I NWOBG scheidet als Ermächtigungsgrundlage aus, es sei denn es lägen hinreichende Anhaltspunkte dafür vor, dass der Konsum von Alkohol regelmäßig und typischerweise zum Eintritt von Schäden, etwa infolge von alkoholbedingten Gewaltdelikten, führt.**

**Sachverhalt:**

Das AG Bielefeld hat gegen den Betr. mit Urteil vom 5. 11. 2009 wegen vorsätzlichen Verstoßes gegen das in der öffentlichen Grünanlage „Stadthalle C.“ geltende Alkoholverbot eine Geldbuße von 50 Euro verhängt. Die Rechtsbeschwerde des Betr. hatte Erfolg.

**Aus den Gründen:**

Der Betr. war unter Aufhebung des angefochtenen Urteils freizusprechen. Die in der Satzung über die Benutzung der öffentlichen Grünanlage „Stadthalle C.“ enthaltene Bestimmung über das generelle Verbot des Konsumierens von Alkohol (§ 3 II e der Satzung) ist rechtswidrig und damit nichtig. Damit kann diese Bestimmung auch nicht Grundlage dafür sein, gegen den Betr. gem. § 6 der Satzung ein Bußgeld zu verhängen.

**A. § 7 GO NRW als Ermächtigungsgrundlage**

Das durch die hier fragliche Satzung der Stadt C. ausgesprochene generelle Alkoholverbot im Bereich der Grünfläche „C. Stadthalle“ ist nicht als Benutzungsordnung einer öffentlichen Einrichtung i.S. von § 8

NWGO kompetenzgemäß erlassen (vgl. BVerfG, NVwZ 2004, 975). Das Verbot greift damit unzulässig in die allgemeine Handlungsfreiheit des Betr. aus Art. 2 I GG ein (vgl. BVerfGE 54, 143 = NJW 1980, 2572; Faßbender, NVwZ 2009, 566).

**I. Ansicht des VGH Mannheim zu öffentlichen Einrichtungen**

Allerdings hat der VGH Mannheim (NVwZ-RR 2010, 55 [58]) die Möglichkeit angesprochen, dass für einzelne öffentliche Einrichtungen eine ein generelles Alkoholkonsumverbot enthaltende Einrichtungssatzungs- bzw. Benutzungsordnung errichtet werden könne. Indes handelt es sich bei der Grünanlage „Stadthalle C.“ nicht um eine öffentliche Einrichtung gem. § 8 NWGO.

**II. Begriff der "öffentlichen Einrichtung"**

Der Begriff der öffentlichen Einrichtung umfasst solche Gegenstände oder eine Gesamtheit von Gegenständen, die von der Gemeinde für bestimmte öffentliche Zwecke gewidmet sind und deren Benutzung durch die Einwohner bzw. durch einen in der Zweckbestimmung festgelegten Personenkreis einer besonderen Zulassung bedarf (OVG Münster, DVBl 1971, 218; Rehn/Cronauge, NWGO, § 8 Anm. 3).

Nicht zu den öffentlichen Einrichtungen gehören dagegen die Sachen im Gemeingebrauch, die im Rahmen der Widmung von jedem auch ohne besondere Zulassung bestimmungsgemäß genutzt werden dürfen, etwa öffentliche Parks (Rehn/Cronauge, § 8 Anm. 3). Bei der öffentlichen Grünanlage „Stadthalle C.“ handelt es sich bereits nach der Widmung in § 1 der Satzung um eine jedermann ohne besondere Zulassung zugängliche öffentliche Verkehrsfläche. Damit steht sie aber im Gemeingebrauch i.S. von § 14 I NWStrWG (vgl. Hebel/Schäfer, DVBl 2009, 1424 [1428]).

**B. § 19 StrWG NRW als Ermächtigungsgrundlage**

Eine Satzungscompetenz der Stadt C. käme deshalb nur noch gem. § 19 S. 1 NWStrWG als Sondernutzungssatzung in Betracht. Allerdings umfasst das Satzungsrecht nach § 19 NWGO nicht die Befugnis der Kommunen, selbst darüber zu bestimmen, ob ein bestimmter Gebrauch der Verkehrsfläche (Grünanlage) eine Sondernutzung darstellt oder nicht (Hebel/Schäfer, DVBl 2009, 1428). Dies bestimmt sich vielmehr allein nach dem jeweiligen Straßengesetz, hier nach § 14 I NWStrWG (vgl. Hebel/Schäfer, DVBl 2009, 1428).

**I. Keine Sondernutzung der Straße durch Alkoholkonsum**

Straßenrechtlich ist aber anerkannt, dass der Alkoholkonsum auf öffentlichen Verkehrsflächen keine Sondernutzung im Sinne der straßenrechtlichen Bestim-

mungen darstellt, sondern sich vielmehr noch im Rahmen des Gemeingebrauchs an öffentlichen Verkehrsflächen hält (OLG Saarbrücken, NJW 1998, 251 [252]; Hecker, DVBl 2009, 1428; Kohl, NVwZ 2009, 624 m.w. Nachw.; Hebler/Schäfer, DVBl 2009, 1428; Kohl, NVwZ 2009, 624). Der ungestörten Teilnahme am Gemeingebrauch kommt nämlich entscheidende Bedeutung für die freie Entfaltung der Persönlichkeit zu, sie ist Ausfluss der natürlichen Freiheit (OLG Saarbrücken, NJW 1998, 251 m.w. Nachw.). Bei der gesetzlichen Regelung des Gemeingebrauchs und bei der Anwendung und Auslegung der einschlägigen Rechtsvorschriften ist von dieser Grundrechtsbindung auszugehen (OLG Saarbrücken, NJW 1998, 251).

## II. Vielmehr: Gemeingebrauch

Dabei fallen auch Verhaltensweisen unter den Begriff des Gemeingebrauchs, die mit der eigentlichen Fortbewegung nichts zu tun haben, vielmehr dem Informations- und Meinungs austausch sowie der Pflege menschlicher Beziehungen dienen, was insbesondere für innerörtliche Straßen und Plätze sowie Fußgängerbereiche und verkehrsberuhigte Zonen gilt (OLG Saarbrücken, NJW 1998, 252). Nach Ansicht des Senats kann für sich an solche Verkehrsflächen anschließende, jedermann zugängliche Grünflächen nichts Anderes gelten. Insbesondere das „Niederlassen“ mehrerer oder einzelner Personen im innerstädtischen Bereich, etwa um zu kommunizieren oder sich durch Aufnahme von Speisen und Getränken zu stärken, ist unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe zweifellos vom verfassungsrechtlich garantierten Gemeingebrauch gedeckt, zumal der Gemeingebrauch anderer hierdurch nicht – jedenfalls nicht unzumutbar – beeinträchtigt wird (OLG Saarbrücken, NJW 1998, 252). Wird in einer derartigen Situation von einer oder mehreren Personen Alkohol getrunken, führt dies nicht dazu, dass dieses Verhalten sich nicht mehr im Rahmen des Gemeingebrauchs hält (OLG Saarbrücken, NJW 1998, 252; Hebler/Schäfer, DVBl 2009, 1428).

Insoweit ist die Situation in einer öffentlichen Grünanlage nicht vergleichbar mit öffentlichen Einrichtungen i.S. von § 8 NWGO, die als Sachen im Anstaltsgebrauch (vgl. Hebler/Schäfer, DVBl 2009, 1428) gerade nicht unbeschränkt der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, wie etwa Schulen, Kindergärten oder Schwimmbäder. Bei derartigen Einrichtungen dürfte es bei Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (vgl. BVerfG, NVwZ 2004, 975f.) unbedenklich möglich sein, ein generelles Alkoholverbot wirksam bußgeldbewehrt anzuordnen.

### C. § 27 OBG NRW als Ermächtigungsgrundlage

Das in § 3 II e der Satzung vorgesehene generelle Alkoholverbot kann auch nicht auf § 27 I NWOBG ge-

stützt werden.

In der obergerichtlichen Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte ist nämlich anerkannt, dass ein generelles Alkoholverbot polizeirechtlich nur zulässig ist, wenn hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass das verbotene Verhalten, mithin der Konsum von Alkohol, regelmäßig und typischerweise zum Eintritt von Schäden, etwa in Folge von alkoholbedingten Gewaltdelikten, führt (VGH Mannheim, NVwZ-RR 2010, 55). Anderenfalls stellt das Konsumieren von Alkohol nämlich keine hinreichende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne der einschlägigen Vorschriften des Polizei- und Ordnungsrechts (hier: § 27 I NWOBG) dar (VGH Mannheim, NVwZ-RR 2010, 56; Hebler/Schäfer, DVBl 2009, 1426; Fassbender, NVwZ 2009, 564; Kohl, NVwZ 1991, 623). Vorsorgemaßnahmen zur Abwehr möglicher Beeinträchtigungen im Gefahrenvorfeld werden aber durch polizeirechtliche Ermächtigungsgrundlagen nicht gedeckt (VGH Mannheim, NVwZ-RR 2010, 56; Hebler/Schäfer, DVBl 2009, 1426).

## 2. Teil: Beschluss des OVG Münster vom 09.11.2010 (5 B 1475/10):

### Leitsätze (der Redaktion):

**1. Eine ordnungsrechtlich relevante Störung tritt bereits durch die ordnungswidrige Entsorgung von Glasflaschen im öffentlichen Straßenraum ein und nicht erst durch hiervon ausgehende Verletzungen Dritter oder die Verwendung von Flaschen als Waffen im Rahmen gewaltsamer Auseinandersetzungen.**

**2. Bei summarischer Prüfung spricht auch viel dafür, dass der Antragsgegner all diejenigen als Störer in Anspruch nehmen darf, die die tatsächliche Verfügungsgewalt über gefahrbringende Glasbehälter innehaben.**

### Sachverhalt:

Die Beschwerde des Antragsgegners hat Erfolg. Der Antrag der Antragstellerin, die aufschiebende Wirkung ihrer Klage (20 K 6701/10, VG Köln) gegen die Allgemeinverfügung "Mitführungs- und Benutzungsverbot von Glasbehältern für den 11.11.2010" des Antragsgegners vom 29. September 2010 wiederherzustellen, ist unbegründet.

### Aus den Gründen:

Die nach § 80 Abs. 5 VwGO vorzunehmende Interessenabwägung fällt zu Lasten der Antragstellerin aus.

#### A. Erfolgsaussichten in der Hauptsache

Nach summarischer Prüfung spricht viel für die Rechtmäßigkeit des im Wege der Allgemeinverfügung angeordneten zeitlich beschränkten Mitführungs- und

Benutzungsverbot für Glasbehältnisse in bestimmten Feierzonen des Kölner Straßenkarnevals.

### *I. Konkrete Gefahr*

Zwar wird im Allgemeinen durch das Mitführen und Benutzen von Glasbehältnissen die Schwelle zur konkreten Gefahr im Sinne von § 14 OBG NRW nicht überschritten.

#### *1. Definition*

Eine konkrete Gefahr liegt vor, wenn in dem zu beurteilenden konkreten Einzelfall in überschaubarer Zukunft mit dem Schadenseintritt hinreichend wahrscheinlich gerechnet werden kann (vgl. BVerwG, Urteil vom 28. Juni 2004 - 6 C 21.03 -, Buchholz 402.41 Allgemeines Polizeirecht Nr. 76 = juris, Rn. 25. 7).

#### *2. Subsumtion*

Nach den vom Antragsgegner umfangreich dargestellten Erfahrungen anlässlich des Straßenkarnevals in den vergangenen Jahren dürfte jedoch seine Annahme nicht zu beanstanden sein, Glasbehältnisse, die von Feiernden mitgeführt würden, führten mit hinreichender Wahrscheinlichkeit auch zu Beginn der aktuellen Karnevalssession am 11. November 2010 zu einer Störung der öffentlichen Sicherheit (vgl. hierzu bereits OVG NRW, Beschluss vom 10. Februar 2010 - 5 B 119/10 -, NWVBl. 2010, 360).

Eine ordnungsrechtlich relevante Störung tritt bereits durch die ordnungswidrige Entsorgung von Glasflaschen im öffentlichen Straßenraum ein und nicht erst durch hiervon ausgehende Verletzungen Dritter oder die Verwendung von Flaschen als Waffen im Rahmen gewaltsamer Auseinandersetzungen. Die in früheren Jahren jeweils im Straßenraum festzustellenden unüberschaubaren Mengen von ordnungswidrig entsorgten Glasflaschen und Scherben, die der Antragsgegner anschaulich als "Scherbenmeer" bezeichnet und fotografisch dokumentiert hat, können unter den besonderen Umständen des L. Karnevals bei der gebotenen wertenden Betrachtung bereits als unmittelbare Folge des Mitführens von Getränkeflaschen aus Glas angesehen werden. Von einem bloßen Gefahrenverdacht kann keine Rede sein.

Zur Annahme einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts ist jedenfalls nicht die Feststellung erforderlich, dass nahezu jedes Glasbehältnis im räumlichen und zeitlichen Geltungsbereich der Verbotsverfügung ordnungswidrig entsorgt wird. Auch kommt es nicht darauf an, ob die Berge von Glasflaschen und -scherben in den vergangenen Jahren kontinuierlich gewachsen sind. Die Fülle des teilweise knöchelhoch in den Straßenraum gelangenden Glases lässt sich nur noch schwer als Ergebnis zusätzlicher Verursachungsbeiträge einzelner Verhaltensstörer begreifen. Näher liegt die Annahme einer hinreichenden

Wahrscheinlichkeit, nach der Getränkeflaschen, die von Feiernden im L. Straßenkarneval mitgeführt werden, letztlich das Scherbenmeer entstehen lassen und damit zum Eintritt eines Schadens für die öffentliche Sicherheit beitragen. Gründe für die Berechtigung einer derartigen besonderen Beurteilung der Verhältnisse im L. Straßenkarneval sind die große Zahl von mehreren zehntausend Feiernden auf relativ engem Raum, der überaus verbreitete Einfluss von Alkohol und die ausgelassene Stimmung der Narren. Diese Umstände führen erfahrungsgemäß verbreitet zu einem achtlosen Umgang mit Glasflaschen.

Bei dieser Ausgangslage dürfte der Antragsgegner berechtigt sein, schon das Einbringen von Glasbehältnissen in bestimmte Bereiche der L. Innenstadt, die sich zum Sessionsauftakt am 11. November als Hauptanziehungspunkte erwiesen haben, während der Feierlichkeiten mit ordnungsrechtlichen Mitteln zu unterbinden.

#### *II. Störereigenschaft*

Bei summarischer Prüfung spricht auch viel dafür, dass der Antragsgegner all diejenigen als Störer in Anspruch nehmen darf, die die tatsächliche Verfügungsgewalt über gefahrbringende Glasbehältnisse innehaben. Schließlich bestätigen die Erfahrungen des Antragsgegners mit einem vergleichbaren Glasverbot anlässlich der letzten Karnevalssession, dass die von Glasflaschen ausgehende Gefahrenlage auf diese Weise hinreichend wirksam bekämpft werden kann.

Ausweislich des Erfahrungsberichts des Antragsgegners zur Umsetzung des Konzepts an den Karnevalstagen im Winter 2009/10 waren die vom Glasverbot erfassten Innenstadtbereiche insgesamt so glas- und scherbenfrei wie schon lange nicht mehr. Diese Erkenntnis wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass die L1. im letzten Winter nur eine geringe Reduzierung des spezifischen Abfallgewichts festgestellt hat. Der Antragsgegner hat dies plausibel dahingehend erläutert, dass die an den Kontrollstellen separat eingesammelten Glasflaschen anschließend versehentlich gemeinsam mit dem übrigen Müll verworfen und entsorgt worden sind.

#### *III. Obiter dictum*

Der Senat weist vorsorglich zur Vermeidung von Missverständnissen darauf hin, dass diese Bewertung der Gefahrenlage nicht ohne Weiteres auf andere Großveranstaltungen übertragbar sein dürfte. Sofern die jeweiligen Verhältnisse im Einzelfall den Schluss vom Mitführen von Glasbehältnissen auf eine bereits hierdurch verursachte Störung der öffentlichen Sicherheit nicht zulassen, kann ein derartiges Glasverbot nur auf eine besondere gesetzliche Ermächtigung gestützt werden, das ein Einschreiten im Vorfeld konkreter Gefahren ermöglicht.

*B. Folgenlastabwägung*

Wegen der rechtlichen Unsicherheiten, die nach der summarischen Rechtmäßigkeitsprüfung verbleiben, ist ergänzend eine allgemeine Folgenabwägung durchzuführen. Auch danach besteht ein überwiegendes öffentliches Interesse an der sofortigen Durchsetzung des mit der streitigen Allgemeinverfügung angeordneten Glasverbots.

Nach dem Erfahrungsbericht des Antragsgegners ist das die Verfügung flankierende Kontrollkonzept nicht von vornherein untauglich zur Bekämpfung des ver-

breiteten Glasbruchs beim L. Straßenkarneval. Gegenüber den zu bekämpfenden Gefahren wiegt die mit dem Verbot einhergehende Belastung für die Karnevalisten, Glasbehältnisse in abgegrenzten Bereichen der L. Innenstadt zu Zeiten besonderen Besucherandrangs weder mitführen noch benutzen zu dürfen, weniger schwer. Dies gilt vor allem mit Blick auf die vom Antragsgegner hervorgehobenen Alternativen, die auf dem Markt erhältlich sind (v. a. Plastikflaschen, Dosen, Pappbecher u. a.).

**IMPRESSUM**

<b>HERAUSGEBERIN:</b>	JURA INTENSIV VERLAGS-GMBH & CO. KG, Salzstraße 18, 48143 Münster Tel.: 0251/4824-60; Fax: 0251/4824-545 <a href="http://www.jura-intensiv.de">http://www.jura-intensiv.de</a> - <a href="mailto:ra@jura-intensiv.de">ra@jura-intensiv.de</a>
<b>CHEFREDAKTION:</b>	Rechtsanwalt Frank Schildheuer ( <i>zugleich Öffentliches Recht</i> )
<b>REDAKTEURE:</b>	Rechtsanwalt Wolfgang Schmidt & Martin Jansen ( <i>Zivilrecht</i> ); Rechtsanwalt Uwe Schumacher ( <i>Strafrecht</i> ) Die Redakteure sind postalisch erreichbar unter der Adresse der Herausgeberin.
<b>ABONNEMENT:</b>	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.
<b>BEZUGSPREISE:</b>	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.
<b>VERSAND:</b>	Ohne Zusicherung eines festen Veröffentlichungstermins monatlich per Post.
<b>NACHBESTELLUNG:</b>	Einzelne Hefte <i>früherer</i> Jahrgänge können zum Preis von 6 Euro/Heft nachbestellt werden, solange Vorrat reicht. Jahrgangsregister ab 1999: 5 Euro/Jahrgang. Einbanddecken (dunkelblau, jahresneutral): 9 Euro/Stück. Nachbestellung von Sonderbeilagen auf Anfrage. Alle Preise zzgl. 3,50 Euro Versandkosten. Bitte Verrechnungsscheck oder Einzugsermächtigung beifügen. Der Bezug von Einzelheften des <i>laufenden</i> Jahrgangs ist nur i.V.m. einem Abonnement möglich.

## Zivilrecht

### Standort: Allgemeiner Teil

### Problem: Arglistige Täuschung

BGH, URTEIL VOM 11.08.2010  
XII ZR 192/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

#### **Problemdarstellung:**

Mit Vertrag vom 01.06.2007 vermietete die Kl. an den Bekl. ein Ladengeschäft in einem Geschäftshaus in M., das von Friedensreich Hundertwasser entworfen worden war. Dieses "Hundertwasserhaus" gilt in M. als Touristenattraktion.

Der Bekl. beabsichtigte, in dem Ladengeschäft Textilien zu verkaufen. Dem Mietvertrag fügte er als Anlage eine Sortimentsliste bei, die allgemeine Angaben zum beabsichtigten Bekleidungsangebot enthielt, jedoch keine Warenmarke benannte. Tatsächlich wollte der Bekl. ausschließlich Bekleidungsstücke der Marke "Thor Steinar" verkaufen, die - wie er wusste - in der Öffentlichkeit in Bezug zur rechtsradikalen Szene gesetzt werden. Mit Schreiben vom 27.07.2007 kündigte die Kl. den Mietvertrag aus wichtigen Grund und erklärte zudem die Anfechtung des Mietvertrages wegen arglistiger Täuschung. Nun verlangt sie Räumung und Herausgabe der Mietsache.

Die Instanzgerichte haben der Klage stattgegeben. Die Revision hat keine Erfolg.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Zwar steht die Entscheidung in einem mietrechtlichen Kontext, doch geht es im Kern um ein Problem des Allgemeinen Teils - um die Arglistanfechtung. Entscheidend war nämlich, ob der Mietvertrag durch die Anfechtungserklärung der Kl. erloschen war, so dass diese gem. §§ 985, 812 BGB Räumung und Herausgabe des Objekts verlangen konnte. Eine Herausgabe gem. § 546 I BGB kommt nach erfolgter Anfechtung nicht in Betracht, da diese Vorschrift die Rückgabe der Mietsache "nach Beendigung des Mietverhältnisses" regelt und insofern verlangt, dass das Mietverhältnis wirksam bestanden hat (Palandt/*Weidenkaff*, § 546 Rn. 3). Das ist bei Anfechtung wegen der *ex tunc*-Wirkung gem. § 142 I BGB jedoch gerade nicht der Fall. Zwar hatte die Kl. vorliegend auch die Kündigung ausgesprochen, doch muss diese denknotwendig unberücksichtigt bleiben, wenn die Anfechtung Erfolg hat. Denn dann existiert kein Vertragsverhältnis mehr, das *ex nunc* durch Kündigung beendet werden könnte. Da die Anfechtung vorliegend durchgreift, spricht der

Senat die Kündigung gar nicht an.

Die Arglistanfechtung gem. § 123 I Var. 1 BGB (Voraussetzungen: Täuschung; Widerrechtlichkeit; Arglist; Kausalität) könnte vorliegend darin begründet sein, dass der Bekl. es bei Vertragsschluss unterließ, auf die Marke der zu verkaufenden Bekleidungsstücke hinzuweisen. Hierauf kann eine Anfechtung jedoch nur gestützt werden, wenn das Unterlassen im Rahmen des § 123 BGB tatbestandsmäßig ist. Das ist der Fall, wenn eine Aufklärungspflicht des anderen Vertragspartners besteht (Palandt/*Heinrichs*, § 123 Rn. 5).

Zwar muss der Vertragspartner nicht über sämtliche Umstände aufklären, die die Willensentschließung des anderen Teils beeinflussen. Doch muss er auch ohne Nachfrage Tatsachen offenbaren, die für die Willensbildung des anderen Teils offensichtlich von ausschlaggebender Bedeutung sind (MünchKommBGB/Kramer, § 123 Rn. 16 ff. m.w.N.). Dazu zählen auch Tatsachen, die geeignet sind dem Vertragspartner erheblichen wirtschaftlichen Schaden zuzufügen.

So lag der Fall auch hier: Der Verkauf von Bekleidungsstücken der Marke "Thor Steinar" im Hundertwasserhaus hätte rechtsradikale Kundenkreise angezogen und damit ein erhebliches Konfliktpotential im Hinblick auf Touristen und Kunden mit sich gebracht. Außerdem wäre der Verkauf geeignet gewesen, den Vermieter (die Kl.) in die Nähe zu rechtsradikalem Gedankengut zu stellen.

Den Bekl. traf damit eine Aufklärungspflicht. Dagegen fiel es nicht in den eigenverantwortlichen Bereich der Kl., das Warensortiment des Bekl. auszuforschen, da sie keinerlei Anhaltspunkte für den Verkauf der rechtsradikal geprägten Marke hatte.

Da die Täuschung auch widerrechtlich und arglistig, nämlich mit bedingtem Vorsatz, erfolgte und sie zudem kausal für den Abschluss des Mietvertrages war, konnte die Kl. nach § 123 I Var. 1 BGB anfechten. Sie konnte damit die Herausgabe nach § 985 BGB (mangels Recht zum Besitz gem. § 986 BGB) und nach § 812 I 1 Var. 1 BGB (mangels Rechtsgrund für die Leistung des Besitzes) verlangen.

#### **Vertiefungshinweise:**

- Arglistanfechtung eines Mietvertrages: *BGH*, NJW 2009, 1266; *KG Berlin*, NZM 2009, 784 (Vorinsatz)
- Täuschung durch Unterlassen: *Büchler*, JuS 2009,

976; *Looschelders*, ZEuP 2009, 801

**Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Das Versehen"

**Leitsatz:**

**Der Mieter ist verpflichtet, den Vermieter vor Abschluss eines Gewerberaummietvertrages über außergewöhnliche Umstände aufzuklären, mit denen der Vermieter nicht rechnen kann und die offensichtlich für diesen von erheblicher Bedeutung sind (Rn.22)(Rn.28)(Rn.34).**

**Sachverhalt:**

Die Klägerin verlangt von dem Beklagten aus abgetretenem Recht Räumung und Herausgabe eines Ladengeschäfts.

Mit Vertrag vom 1. Juni 2007 vermietete die C. Immobilien GmbH und Co. KG (i. F.: Vermieterin), vertreten durch die Klägerin, an den Beklagten in dem von Friedensreich Hundertwasser entworfenen Geschäftshaus in M. ein Ladengeschäft zum Verkauf von Textilien und Sortimenten im Outdoorbereich. Bestandteil des Vertrages war eine als Anlage 5 beigefügte Sortimentsliste vom 23. Mai 2007, die allgemeine Angaben zu dem beabsichtigten Bekleidungsangebot enthält, ohne eine Marke zu nennen. Der Beklagte beabsichtigte, in den Mieträumen nahezu ausschließlich Waren der Marke "Thor Steinar" zu verkaufen, die von der M. GmbH, deren Geschäftsführer der Beklagte war, vertrieben wird. Diese Marke wird in der Öffentlichkeit in einen ausschließlichen Bezug zur rechtsradikalen Szene gesetzt.

Nachdem die Klägerin von dem beabsichtigten Angebot der Marke "Thor Steinar" erfahren hatte, versuchte sie, den Beklagten zu einem Verzicht auf die Eröffnung des Ladens oder auf den Vertrieb des Warensortiments der Marke "Thor Steinar" zu bewegen.

Am 27. Juli 2007, dem Tag der Eröffnung des Ladens, unterzeichnete der Beklagte auf Wunsch der Klägerin eine Erklärung zum Mietvertrag, in der er versicherte, dass von seinem Gewerbe keine verfassungsrechtlich relevanten Aktivitäten ausgingen und er auch keine rechts- oder linksextremistische Parteien oder Gruppierungen finanziell unterstütze und unterstützen werde. Diese Erklärung wurde auch von dem Vertreter der Klägerin unterzeichnet.

Mit Schreiben vom 27. Juli 2007 kündigte die Vermieterin den Mietvertrag aus wichtigem Grund. Sie wiederholte die Kündigung mit Schreiben vom 2. August 2007 und erklärte darüber hinaus die Anfechtung des Mietvertrages wegen arglistiger Täuschung.

Die Vermieterin hat ihre Ansprüche auf Räumung und Herausgabe des Mietobjekts an die Klägerin abgetreten.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung des Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter.

**Aus den Gründen:**

Die Revision hat keinen Erfolg.

**A. Ausführungen des Berufungsgerichts**

[9] Das Berufungsgericht, dessen Entscheidung in NZM 2009, 128 veröffentlicht ist, hat zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt: Der Beklagte sei zur Räumung und Herausgabe verpflichtet. Er habe kein Recht zum Besitz, weil die Klägerin den Mietvertrag vom 1. Juni 2007 im Namen der Vermieterin mit Schreiben vom 2. August 2007 wirksam wegen arglistiger Täuschung gemäß § 123 Abs. 1 BGB angefochten habe.

[10] Der Beklagte sei unter Zugrundelegung seines eigenen Sachvortrags verpflichtet gewesen, der Klägerin im Zuge der Vertragsverhandlungen auch ohne ausdrückliche Nachfrage mitzuteilen, dass er weit überwiegend Ware der Marke "Thor Steinar" verkaufen wolle. Der Beklagte habe nach seinem eigenen Vortrag gewusst, dass es Presseberichterstattung gebe, die dem von ihm angebotenen Warensortiment eine hohe Affinität zur rechten Szene zuweise. In dieser Berichterstattung werde die Meinung vertreten, die Marke "Thor Steinar" werde bevorzugt von Anhängern und Mitgliedern der rechtsradikalen Szene gekauft und getragen und als Erkennungssymbol für die Zugehörigkeit zur "rechten Szene" genutzt. Ausweislich des von dem Beklagten vorgelegten Artikels aus der TAZ vom 2. Mai 2008 sei es in mehreren Fußballstadien der neuen Bundesländer, im Bundestag und im Landtag von Mecklenburg-Vorpommern verboten, Kleidung des Labels "Thor Steinar" zu tragen. Es lasse sich zwar nach Aktenlage nicht feststellen, dass diese Verbote bereits vor dem Abschluss des Mietvertrages vom 1. Juni 2007 ausgesprochen worden seien. Es spreche aber nichts für das Gegenteil. Zumindest die W. GmbH und Co. KG a.A. habe spätestens am 27. April 2007 für Zuschauer, die Kleidung der Marke "Thor Steinar" tragen, ein Stadionverbot verhängt.

**B. Entscheidung des BGH**

[17] Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung stand.

**I. Mietvertrag gem. §§ 123, 142 I BGB nichtig**

[19] Der Beklagte kann ein Recht zum Besitz nicht aus dem Mietvertrag vom 1. Juni 2007 herleiten. Denn die Vermieterin hat den Vertrag wirksam gemäß §§ 123 Abs. 1, 124 BGB wegen arglistiger Täuschung angefochten. Der Mietvertrag ist deshalb als von An-

fang an nichtig anzusehen (§ 142 Abs. 1 BGB).

### *1. Widerrechtliche Täuschung durch Unterlassen*

[20] Zu Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass der Beklagte die Vermieterin dadurch arglistig getäuscht hat, dass er sie vor Vertragsschluss nicht über seine Absicht, in den Mieträumen nahezu ausschließlich Waren der Marke "Thor Steinar" zu verkaufen, aufgeklärt hat.

#### *a) Anforderungen an die Aufklärungspflicht*

[21] Zwar besteht bei Vertragsverhandlungen keine allgemeine Rechtspflicht, den anderen Teil über alle Einzelheiten und Umstände aufzuklären, die dessen Willensentscheidung beeinflussen könnten (Staudinger/Singer/v. Finckenstein BGB Bearb. 2004 § 123 Rn. 10; MünchKommBGB/ Kramer 5. Aufl. § 123 Rn. 16 bis 18; vgl. zum Kaufvertrag: BGH Urteile vom 13. Juli 1983 - VIII ZR 142/82 - NJW 1983, 2493, 2494 und vom 12. Juli 2001 - IX ZR 360/00 - NJW 2001, 3331, 3332). Vielmehr ist grundsätzlich jeder Verhandlungspartner für sein rechtsgeschäftliches Handeln selbst verantwortlich und muss sich deshalb die für die eigene Willensentscheidung notwendigen Informationen auf eigene Kosten und eigenes Risiko selbst beschaffen (BGH Urteil vom 13. Juli 1988 - VIII ZR 224/87 - NJW 1989, 763, 764 m.w.N.).

[22] Allerdings besteht nach der Rechtsprechung eine Rechtspflicht zur Aufklärung bei Vertragsverhandlungen auch ohne Nachfrage dann, wenn der andere Teil nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung redlicherweise die Mitteilung von Tatsachen erwarten durfte, die für die Willensbildung des anderen Teils offensichtlich von ausschlaggebender Bedeutung sind (RGZ 111, 233, 234; vgl. zur Aufklärungspflicht des Vermieters: Senatsurteile vom 16. Februar 2000 - XII ZR 279/97 - NJW 2000, 1714, 1718; vom 28. April 2004 - XII ZR 21/02 - NJW 2004, 2674; vom 28. Juni 2006 - XII ZR 50/04 - NJW 2006, 2618, 2619 und vom 15. November 2006 - XII ZR 63/04 - NZM 2007, 144; zur Aufklärungspflicht des Verkäufers: BGH Urteile vom 12. Juli 2001 - IX ZR 360/00 - NJW 2001, 3331 und vom 25. Oktober 2007 - VII ZR 205/06 - NJW-RR 2008, 258 Rn. 20; Staudinger/Singer/v. Finckenstein BGB Bearb. 2004 § 123 Rn. 11; MünchKommBGB/Kramer 5. Aufl. § 123 Rn. 16 bis 18). Davon wird insbesondere bei solchen Tatsachen ausgegangen, die den Vertragszweck vereiteln oder erheblich gefährden können (BGH Urteile vom 13. Dezember 1990 - III ZR 333/89 - NJW-RR 1991, 439 und vom 8. Dezember 1989 - V ZR 246/87 - NJW 1990, 975, zu Kaufverträgen). Eine Tatsache von ausschlaggebender Bedeutung kann auch dann vorliegen, wenn sie geeignet ist, dem Vertragspartner erheblichen wirtschaftlichen Schaden zuzufügen.

[23] Die Aufklärung über eine solche Tatsache kann der Vertragspartner redlicherweise aber nur verlangen, wenn er im Rahmen seiner Eigenverantwortung nicht gehalten ist, sich selbst über diese Tatsache zu informieren (vgl. Staudinger/Singer/v. Finckenstein BGB Bearb. 2004 § 123 Rn. 17 m.w.N.).

[24] In der Gewerberaummiete obliegt es grundsätzlich dem Vermieter, sich selbst über die Gefahren und Risiken zu informieren, die allgemein für ihn mit dem Abschluss eines Mietvertrages verbunden sind. Er muss allerdings nicht nach Umständen forschen, für die er keinen Anhaltspunkt hat und die so außergewöhnlich sind, dass er mit ihnen nicht rechnen kann. Er ist deshalb auch nicht gehalten, Internetrecherchen zum Auffinden solcher etwaiger außergewöhnlicher Umstände durchzuführen.

[25] Für die Frage, ob und in welchem Umfang eine Aufklärungspflicht besteht, kommt es danach wesentlich auf die Umstände des Einzelfalls an.

#### *b) Subsumtion*

[26] Das Berufungsgericht hat ausgehend von diesen Grundsätzen rechtsfehlerfrei eine Aufklärungspflicht des Beklagten wegen der besonderen Umstände des Falles bejaht.

[27] Das Mietobjekt lag in dem von dem Künstler Friedensreich Hundertwasser entworfenen, im Zentrum von M. gelegenen so genannten "Hundertwasserhaus", das mit einer Gesamtmietfläche von 7000 qm von der Vermieterin als Geschäftshaus konzipiert war und aufgrund seiner besonderen Gestaltung eine Attraktion für Touristen und Kunden sein sollte.

[28] Nach den revisionsrechtlich nicht angreifbaren Feststellungen des Berufungsgerichts wurde dieses Ziel durch den von dem Beklagten geplanten Verkauf von Waren der Marke "Thor Steinar", die unstreitig in der öffentlichen Meinung ausschließlich der rechtsradikalen Szene zugeordnet werden, gefährdet. Denn der Verkauf solcher Waren kann zur Folge haben, dass das Hundertwasserhaus in den Ruf gerät, Anziehungsort für rechtsradikale Käuferschichten zu sein und damit ein Ort, an dem - auch aufgrund von Demonstrationen - gewaltsame Auseinandersetzungen zu erwarten sind. Diese, das gesamte Anwesen treffende mögliche rufschädigende Wirkung ist geeignet, Kunden und Touristen fernzuhalten und damit andere Mieter im Anwesen zu einer Minderung oder Beendigung des Mietvertrages zu veranlassen und potentielle Mieter von dem Abschluss eines Mietvertrages abzuhalten. Der Verkauf von Waren der Marke "Thor Steinar" kann deshalb der Vermieterin erheblichen wirtschaftlichen Schaden zufügen.

[29] Darüber hinaus ist die Vermietung von Räumen zum Verkauf von Waren, die in der öffentlichen Meinung ausschließlich der rechtsradikalen Szene zugeordnet werden, geeignet, den Vermieter in der öffentli-

chen Meinung in die Nähe zu rechtsradikalem Gedankengut zu stellen und sich auch deshalb geschäftsschädigend für ihn auszuwirken.

[30] Im Hinblick auf diese möglichen gravierenden Auswirkungen war der beabsichtigte Verkauf von Waren dieser Marke für die Vermieterin von erheblicher Bedeutung.

[31] Sie durfte darüber auch redlicherweise eine Aufklärung erwarten. Denn sie konnte ohne einen Hinweis auf die Marke nicht erkennen, dass der Beklagte in den Mieträumen Waren verkaufen wollte, die nahezu ausschließlich rechtsradikalen Kreisen zugeordnet werden. Sie hatte auch keine Veranlassung, dies anzunehmen. Denn bei dem Verkauf solcher Waren handelt es sich um einen außergewöhnlichen Umstand, mit dem sie nicht rechnen musste. Darüber hinaus bestand für sie aufgrund der verharmlosenden Angaben des Beklagten zum Sortiment kein Anlass zu einer Nachfrage.

[32] Im Hinblick auf diese dem Beklagten bekannten Umstände musste es sich ihm aufdrängen, dass sich die Vermieterin insoweit über die Waren, die er zum Verkauf anbieten wollte, im Irrtum befand und dass der beabsichtigte Verkauf von Waren der Marke "Thor Steinar" für deren Entscheidung, den Mietvertrag abzuschließen, von erheblicher Bedeutung war.

[33] Der Beklagte war deshalb nach Treu und Glauben und den Grundsätzen eines redlichen Geschäftsverhaltens verpflichtet, die Vermieterin über den beabsichtigten Verkauf von nahezu ausschließlich Waren der Marke "Thor Steinar" zu informieren.

## 2. Arglist (*mind. dolus eventualis*)

[34] Zu Recht hat das Berufungsgericht auch die subjektiven Voraussetzungen für eine arglistige Täuschung durch unterlassene Aufklärung bejaht. Nach

seinen Feststellungen wusste der Beklagte, dass die Marke "Thor Steinar" in der öffentlichen Meinung rechtsradikalen Kreisen zugeordnet wird und dass zum Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrages zumindest in Fußballstadien von W. ein Verbot für das Tragen von "Thor Steinar" bestand. Ihm war deshalb bewusst, dass der Verkauf von Waren dieser Marke in dem von Friedensreich Hundertwasser gestalteten großen Geschäftshaus geeignet war, erhebliche wirtschaftliche Nachteile für die Vermieterin zu verursachen. Daraus ergibt sich, dass er zumindest billigend in Kauf genommen hat, dass die Vermieterin den Mietvertrag nicht abgeschlossen hätte, wenn sie vor Vertragsschluss Kenntnis von dem beabsichtigten Verkauf der Marke "Thor Steinar" gehabt hätte.

## 3. Kausalität

[35] Das Berufungsgericht hat weiter rechtsfehlerfrei angenommen, dass die Verletzung der Aufklärungspflicht für den Entschluss der Vermieterin, den Mietvertrag abzuschließen, ursächlich war. Wie oben ausgeführt, handelte es sich bei dem beabsichtigten Verkauf von Waren der Marke "Thor Steinar" um einen Umstand, der angesichts der drohenden wirtschaftlichen Auswirkungen für die Vermieterin von erheblicher Bedeutung war. Diese Annahme wird zusätzlich gestützt durch das Verhalten der Vermieterin nach Kenntniserlangung von diesem Umstand. Sie hat nämlich noch am Tag der Eröffnung des Ladens durch den Beklagten am 27. Juli 2007 versucht, sich von dem Mietvertrag zu lösen.

## II. Ergebnis

[18] Die Klägerin hat gegen den Beklagten aus abgetretenem Recht einen Anspruch auf Räumung und Herausgabe.

## Standort: Kaufrecht

## Problem: Vorkaufsrecht

BGH, URTEIL VOM 01.10.2010  
V ZR 173/09 (ZIP 2010, 2160)

### Problemdarstellung:

Mit formwirksamen Vertrag vom 13.07.2007 verkaufte der Bekl. seiner Freundin ein Reihenhaus.

Betreffend dieses Reihenhauses ist zugunsten der Kl. im Grundbuch ein Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle eingetragen.

Im Vertrag vom 13.07.2007 behielt sich der Bekl. (als Verkäufer) ein Rücktrittsrecht für den Fall vor, dass die Vorkaufsberechtigten nicht durch notarielle Erklärung bis zum 01.08.2007 auf die Ausübung ihres Vorkaufsrechts verzichten. Eine solche Erklärung erfolgte nicht. Am 02.08.2007 hoben der Bekl. und des-

sen Freundin den Kaufvertrag vom 13.07.2007 einvernehmlich auf.

Durch Schreiben vom 13.08.2007 übten die Vorkaufsberechtigten ihr Vorkaufsrecht aus. Sie verlangen Übertragung des Wohnungseigentums.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben; das Oberlandesgericht hat die Klage abgewiesen.

### Prüfungsrelevanz:

Das Vorkaufsrecht dürfte bislang nicht allzu oft Thema einer Examensklausur gewesen sein. Dennoch ist es nicht zu vernachlässigen, was die vorliegende Entscheidung belegt.

Streng zu unterscheiden sind das schuldrechtliche (§§ 463 ff. BGB) und das dingliche Vorkaufsrecht (§§

1094 ff. BGB). Während das schuldrechtliche Vorkaufsrecht entsprechend des Grundsatzes der Relativität der Schuldverhältnisse bloß *inter partes* wirkt, entfaltet das dingliche Vorkaufsrecht absolute Wirkung und stellt außerdem eine Belastung des Grundstücks dar (§ 1094 I BGB). Die Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts hat regelmäßig die Funktion, das schuldrechtliche Vorkaufsrecht abzusichern, da es gem. § 1098 II BGB wie eine Vormerkung wirkt (Palandt/Bassenge, Überbl v § 1094 Rn. 1).

Vorliegend stellte sich dem Senat die Frage, wie sich die am 02.08.2007 erfolgte Aufhebung des Vertrages auf das Vorkaufsrecht auswirkt. Das Berufungsgericht war der Ansicht, dass die Ausübung des Vorkaufsrechts am 13.08.2007 ins Leer gegangen sei, da an diesem Tage der Kaufvertrag nicht mehr bestanden habe. § 463 BGB setze jedoch einen wirksamen Kaufvertrag voraus.

Dem tritt der Senat entgegen: Entscheidend für die Entstehung des Vorkaufsrechts gem. § 463 BGB ist, dass einmal ein wirksamer Kaufvertrag zwischen dem Vorkaufsverpflichtetem (dem Bekl.) und dem Dritten (der Freundin) zustande gekommen ist. Hierzu gehören, soweit vertraglich vorgesehen, auch die Erklärungen der Vorkaufsberechtigten, das Vorkaufsrecht nicht auszuüben. Ist der Kaufvertrag einmal wirksam entstanden, ist auch das Vorkaufsrecht entstanden. Durch nachträgliche Vertragsaufhebung kann das Vorkaufsrecht nicht beseitigt werden - der Vorkaufsfall tritt dann unabhängig vom weiteren Schicksal des Kaufvertrages ein.

#### **Vertiefungshinweise:**

□ Entscheidungsbesprechung: *Grziwotz*, IBR 2010, 3700

□ Zur Wirkung des Vorkaufsrechts: *BGH*, NJW 1983, 682; *BGH*, NJW-RR 2009, 1172 (Ausübung des gemeinschaftlichen Vorkaufsrechts); *BGH*, NJW 1999, 2044 (Vorkaufsrecht des Mieters)

#### **Leitsätze:**

**Das Recht zur Ausübung des Vorkaufsrechts setzt das Zustandekommen eines rechtswirksamen Kaufvertrags voraus; dessen Aufhebung beseitigt nicht den Vorkaufsfall (Rn.19)(Rn.20)(Rn.21).**

#### **Sachverhalt:**

Mit von dem Streithelfer des Beklagten beurkundetem Vertrag vom 13. Juli 2007 verkaufte der Beklagte seiner Freundin Wohnungseigentum (Reihenhaus) für 110.000 €. Die Kläger sind ebenfalls Wohnungseigentümer in der Reihenhausanlage. Zu ihren Gunsten ist in dem Grundbuch betreffend das Wohnungseigentum des Beklagten ein Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle eingetragen. In § 15 des Vertrags heißt es

u.a.:

"Der Verkäufer behält sich das Recht vor, von diesem Vertrag zurückzutreten, wenn die Erklärung der Berechtigten ... über die Nichtausübung ihres Vorkaufsrechtes dem Notar nicht bis zum 01.08.2007 vorliegt." Die Kläger übten mit Schreiben vom 13. August 2007 ihr Vorkaufsrecht aus und verlangen die Übertragung des Wohnungseigentums, hilfsweise Zug um Zug gegen Kaufpreiszahlung, sowie die Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten. Das Landgericht hat der Klage - bis auf einen Teil der Rechtsanwaltskosten - stattgegeben, das Oberlandesgericht hat sie - auf die Berufung des Streithelfers des Beklagten - abgewiesen.

#### **Aus den Gründen:**

##### *A. Ausführungen des Berufungsgerichts*

[3] Nach Auffassung des Berufungsgerichts haben die Kläger nicht vor dem Abschluss des Kaufvertrags auf ihr Vorkaufsrecht verzichtet. Ihre Vorkaufsrechtsausübung sei jedoch ins Leere gegangen, weil der Kaufvertrag am 13. August 2007 nicht mehr bestanden habe. Er sei zwar nicht durch die von dem Beklagten behauptete Rücktrittserklärung rückabgewickelt worden, denn der vereinbarte Rücktrittsvorbehalt sei den Klägern gegenüber nach § 465 BGB analog unwirksam. Aber der Kaufvertrag sei am 2. August 2007 von dem Beklagten und seiner Freundin einvernehmlich aufgehoben worden.

##### *B. Entscheidung des BGH*

[4] Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

[17] Zu Unrecht hat das Berufungsgericht (...) angenommen, dass die Aufhebung des Kaufvertrags den Wegfall des Rechts der Kläger zur Ausübung des Vorkaufsrechts zur Folge hat. Die bisherigen Feststellungen tragen dieses Ergebnis nicht.

##### *I. Keine analog Anwendung des § 465 BGB*

[18] Die Revision irrt (...), wenn sie meint, für die nachträgliche Vertragsaufhebung müsse die Vorschrift des § 465 BGB entsprechend gelten. Es ist gerade nicht so, dass sich der Beklagte und die Zeugin K. von dem Kaufvertrag lösen wollten, obwohl die Kläger das Vorkaufsrecht ausgeübt hatten. Denn die Vertragsaufhebung erfolgte knapp zwei Wochen vor der Erklärung der Vorkaufsrechtsausübung.

##### *II. Aufhebung des rechtswirksamen Kaufvertrages berührt nicht das Vorkaufsrecht*

[19] Das Berufungsgericht und die Parteien haben jedoch verkannt, dass eine Vertragsaufhebung nicht mehr das Recht zur Ausübung des Vorkaufsrechts berührt, wenn sie nach dem Zustandekommen des

rechtswirksamen Kaufvertrags erfolgt.

### 1. Entstehen des Vorkaufsrechts nach § 463 BGB

[20] Das Gesetz knüpft das Entstehen des Rechts zur Ausübung des Vorkaufsrechts an das Zustandekommen eines rechtswirksamen Kaufvertrags (§ 463 BGB). Letzteres ist erst dann der Fall, wenn auch die für die Wirksamkeit des Vertrags erforderlichen Genehmigungen erteilt sind. Bis zu diesem Zeitpunkt können Verkäufer und Käufer den Kaufvertrag willkürlich aufheben und damit das Vorkaufsrecht gegenstandslos machen; denn der Vorkaufsberechtigte hat kein Recht auf den Eintritt des Vorkaufsfalles (Senat, Urteil vom 4. Juni 1954 - V ZR 18/53, BGHZ 14, 1, 3; Urteil vom 11. Februar 1977 - V ZR 40/75, NJW 1977, 762, 763; Urteil vom 15. Mai 1998 - V ZR 89/97, NJW 1998, 2352, 2353). Liegen die Voraussetzungen für die Ausübung des Vorkaufsrechts aber erst einmal vor, ist das daraus erwachsene Gestaltungsrecht des Vorkaufsberechtigten in seinem rechtlichen Fortbestand grundsätzlich unabhängig von dem rechtlichen Schicksal des Kaufverhältnisses zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und dem Dritten (Senat, Urteil vom 11. Februar 1977 - V ZR 40/75, aaO).

### 2. Subsumtion

[21] Danach kann die Vertragsaufhebung am 2. August 2007 das Recht der Kläger zur Ausübung des

Vorkaufsrechts nur beseitigt haben, wenn bis zu diesem Zeitpunkt noch nicht sämtliche für die Wirksamkeit des Kaufvertrags erforderliche Genehmigungen erteilt waren. Dazu hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen; vielmehr ist es ohne weiteres von dem Wegfall des Vorkaufsrechts aufgrund der Aufhebung des Kaufvertrags ausgegangen. Aus dem in dem Urteil des Landgerichts, auf dessen Inhalt in dem Berufungsurteil verwiesen wird, in Bezug genommenen Kaufvertrag vom 13. Juli 2007 ergibt sich jedoch, dass für die Wirksamkeit des Vertrags die Zustimmung des Verwalters der Wohnungseigentümer erforderlich war (§ 11). Ob diese Zustimmung am 2. August 2007 erteilt war, muss das Berufungsgericht aufklären.

### III. Zurückverweisung gem. § 562 I ZPO

[22] Das Berufungsurteil unterliegt somit der Aufhebung (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist, ist sie zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Durch die Zurückverweisung erhält der Streithelfer des Beklagten Gelegenheit, gegebenenfalls auf die auch in der Revisionsinstanz erhobenen Einwendungen gegen die Ausübung des Vorkaufsrechts zurückzukommen.

## Standort: Allgemeiner Teil

## Problem: Genehmigungsbedürftigkeit

BGH, BESCHLUSS VOM 30.09.2010  
V ZB 206/10 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

### Problemdarstellung:

Mit notarieller Erklärung vom 11.05.1999 teilte die Bet. zu 1) ihr Grundstück in Wohnungseigentum auf. Eine der Wohnungen schenkte sie mit notariellem Vertrag vom 16.03.2010 der Bet. zu 2), die beschränkt geschäftsfähig ist. Das Grundbuchamt hat den Vollzug des Vertrages von der Genehmigung eines zu bestellenden Ergänzungspflegers abhängig gemacht. Hiergegen wendet sich die Rechtsbeschwerde der Antragstellerinnen.

### Prüfungsrelevanz:

Die Frage nach der Genehmigungsbedürftigkeit eines Rechtsgeschäfts mit einem Minderjährigen gem. § 107 BGB ist ein "Klassiker" des Prüfungstoffes. Mit der vorliegenden Entscheidung klärt der Senat einen Streitpunkt im Bezug auf den Erwerb von Wohnungseigentum durch einen Minderjährigen. Die Examensrelevanz muss als hoch eingeschätzt werden.

Die Willenserklärung eines Minderjährigen bedarf

gem. § 107 BGB der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, wenn diese nicht lediglich rechtlich vorteilhaft ist.

Für den Fall der Übertragung eines Einzelgrundstücks an den Minderjährigen ist die Frage nach dem rechtlichen Vorteil durch die Rechtsprechung bereits geklärt worden: Das Verfügungsgeschäft ist grds. vorteilhaft, da der Minderjährige ein Recht erwirbt (vor dem Verlust des Erfüllungsanspruchs schützt die h.M. mit der sog. Theorie der realen Leistungsbewirkung; BGH NJW 1991, 1924). Ein rechtlicher Nachteil kann sich allerdings daraus ergeben, dass der minderjährige Erwerber durch die Eigentumserlangung persönlich verpflichtet wird, da auf dem Grundstück ein vermietetes Wohnhaus steht (§ 566 BGB) oder eine Reallast ruht (§ 1108 BGB).

Weniger eindeutig war die Rechtslage bislang beim Erwerb von Wohnungseigentum durch den Minderjährigen. Dieser unterscheidet sich vom reinen Grundstückserwerb nämlich dadurch, dass der Erwerber automatisch in die Gesellschaft der Wohnungseigentümer (WEG) eintritt, die mit zahlreichen Verpflichtungen verbunden ist (vgl. § 16 II WEG: Beteiligung an Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums; § 10 VIII 1

WEG: Haftung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft). In einer Entscheidung aus dem Jahr 1980 hatte der Senat zwar entschieden, dass ein rechtlicher Nachteil jedenfalls dann vorliegt, wenn die zwischen den Wohnungseigentümern vereinbarte Gemeinschaftsordnung die kraft Gesetzes bestehenden Verpflichtungen nach dem WEG nicht unerheblich verschärft (BGHZ 78, 28 [32]). Dagegen hatte der Senat die Frage, ob bereits der Eintritt in die Wohnungseigentümergeinschaft einen rechtlichen Nachteil i.S.d. § 107 BGB darstellt, ausdrücklich offen gelassen.

Der Senat bejaht die Frage nun: Der Erwerb von Wohnungseigentum durch einen Minderjährigen bedarf unabhängig von der konkreten Ausgestaltung der Verpflichtungen der Wohnungseigentümer der Einwilligung bzw. Genehmigung des gesetzlichen Vertreters. Denn schon der kraft Gesetzes erfolgende Eintritt in die Wohnungseigentümergeinschaft begründet wirtschaftlich bedeutende Verpflichtungen des minderjährigen Erwerbers. Dies ergibt sich zunächst aus § 16 II WEG: Je nach Alter und Zustand eines Gebäudes können die auf den Erwerber (anteilig) entfallenden Kosten an der Instandhaltung des gemeinschaftlichen Eigentums ein erhebliches Ausmaß annehmen. Auch § 10 VIII 1 WEG streitet für die Ansicht des Senats. Zwar ist die Haftung des Erwerbers für Verbindlichkeiten der Wohnungseigentümergeinschaft auf einen Betrag begrenzt, der seinem Anteil am Gemeinschaftseigentum entspricht. In diesem Umfang haftet der Minderjährige jedoch mit seinem gesamten Vermögen und nicht nur beschränkt auf den Anteil am gemeinschaftlichen Eigentum.

Somit hatte das Grundbuchamt zurecht den Vollzug des Erwerbs von der Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter abhängig gemacht. Da beide Elternteile gem. §§ 1629 II 1, 1795 I Nr. 1 BGB an der Vertretung gehindert waren, war ein Ergänzungspfleger gem. § 1909 BGB zu bestellen (Rn. 16 des Urteils).

#### **Vertiefungshinweise:**

- Zur Erfüllung durch Leistung an Minderjährige: *Wilhelm*; NJW 2006, 2353; *Muscheler*, JuS 2000, 729; *Schreiber*, Jura 1993, 666; *Taupitz*, JuS 1992, 449; *Wacke*, JuS 1978, 80; *Hader*, JuS 1977, 84
- Schenkung an einen Minderjährigen: *Scholl/Claeßens*, JA 2010, 765 (Schenkungen eines Tieres); *Timme*; JA 2010, 174; *Keller*, JA 2009, 561 (Grundstück)

#### **Kursprogramm:**

- *Examenskurs*: "Ein Klavier, ein Klavier"
- *Examenskurs*: "Der ratsuchende Onkel"
- *Examenskurs*: "Familiengeschichten"

#### **Leitsatz:**

**Der (schenkweise) Erwerb einer Eigentumswohnung ist nicht lediglich rechtlich vorteilhaft und bedarf deshalb der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters nach § 107 BGB. Auf den Inhalt der Gemeinschaftsordnung, das Bestehen eines Verwaltungsvertrags oder eines Mietvertrags über die Eigentumswohnung kommt es nicht an.**

#### **Sachverhalt:**

Mit notarieller Erklärung vom 11. Mai 1999 teilte die Beteiligte zu 1 ihr Grundstück in Wohnungseigentum auf. Hierbei entstanden zwei Eigentumswohnungen, eine kleine mit einem Miteigentumsanteil von 280/1000 und eine große mit einem Miteigentumsanteil von 720/1000. Die große Wohnung übertrug sie dem Vater der Beteiligten zu 2. Mit notariellem Vertrag vom 16. März 2010 schenkte sie die kleine Wohnung der Beteiligten zu 2 im Wege der vorweggenommenen Erbfolge und unter Anrechnung auf ihren künftigen Pflichtteil und ließ sie ihr auf. In dem Schenkungsvertrag behielt sie sich ein lebenslanges Nießbrauchsrecht an der Eigentumswohnung und den Rücktritt unter anderem für den Fall einer Veräußerung der Wohnung ohne ihre schriftliche Zustimmung und für den Fall einer Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse der Beteiligten zu 2 vor. Der sich hieraus ergebende Rückkaufanspruch soll durch eine Vormerkung gesichert werden. Das Grundbuchamt hat den Vollzug des Vertrags mit Zwischenverfügungen vom 31. März 2010 und vom 15. April 2010 von der Genehmigung eines zu bestellenden Ergänzungspflegers und des Familiengerichts abhängig gemacht. Die Beschwerde der Antragstellerinnen hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen. Dagegen wenden sich diese mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde. Sie wollen erreichen, dass der Schenkungsvertrag ohne die verlangten Genehmigungen vollzogen wird.

#### **Aus den Gründen:**

##### *A. Ausführungen des Beschwerdegerichts*

[3] Das Beschwerdegericht geht davon aus, dass das Grundbuchamt seiner Zwischenverfügung mit der Verfügung vom 15. April 2010 "ihre abschließende Fassung" gegeben hat und die Verfügung vom 31. März 2010 verfahrensrechtlich überholt ist. Sachlich sei die Zwischenverfügung nicht zu beanstanden, weil das Erwerbsgeschäft der Zustimmung eines zu bestellenden Ergänzungspflegers und des Familiengerichts bedürfe. Der Erwerb einer Eigentumswohnung sei für einen Minderjährigen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft. Das gelte entgegen seiner bisherigen Rechtsprechung (NZM 2000, 1028) nicht nur dann, wenn ein

Verwaltervertrag bestehe, in den der Minderjährige mit dem Erwerb der Eigentumswohnung eintrete, sondern unabhängig davon in jedem Fall. Das ergebe sich insbesondere daraus, dass der Minderjährige mit dem Erwerb der Eigentumswohnung für alle Verbindlichkeiten der Wohnungseigentümergeinschaft, zwar beschränkt auf seinen Anteil, aber auch mit seinem übrigen Vermögen hafte.

### B. Entscheidung des Senats

[4] Diese Erwägungen halten einer rechtlichen Überprüfung zum überwiegenden Teil stand. Das Grundbuchamt hat die Eintragung in das Grundbuch in seiner abschließenden Zwischenverfügung vom 15. April 2010 zu Recht von der Genehmigung eines für die Beteiligte zu 2 zu bestellenden Ergänzungspflegers abhängig gemacht. Die weiter verlangte Genehmigung des Erwerbs der Eigentumswohnung durch das Familiengericht ist indessen nicht erforderlich.

### I. Genehmigungsbedürftigkeit gem. § 107 BGB

[5] Der Erwerb der Eigentumswohnung bedarf nach § 107 BGB der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters der Beteiligten zu 2, weil er für diese nicht lediglich rechtlich vorteilhaft ist.

#### 1. Rechtlicher Vorteil im Allgemeinen

[6] Ein auf den Erwerb einer Sache gerichtetes Rechtsgeschäft ist für den Minderjährigen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, wenn er in dessen Folge mit Verpflichtungen belastet wird, für die er nicht nur dinglich mit der erworbenen Sache, sondern auch persönlich mit seinem sonstigen Vermögen haftet (Senat, Beschluss vom 25. November 2004 - V ZB 13/04, BGHZ 161, 170, 175). Ob diese weitergehenden Verpflichtungen von den Beteiligten des Rechtsgeschäfts angestrebt worden sind, ist unerheblich. Es genügt, wenn sie die gesetzliche Folge des angestrebten Rechtsgeschäfts sind (Senat, Beschluss vom 25. November 2004, aaO, S. 178). Ob das der Fall ist, bestimmt sich entgegen der früheren, aufgegebenen Rechtsprechung des Senats (dazu Beschluss vom 9. Juli 1980 - V ZB 16/79, BGHZ 78, 28, 35) nicht nach einer Gesamtbetrachtung des dinglichen und des schuldrechtlichen Teils

des Rechtsgeschäfts, sondern nach einer isolierten Betrachtung allein des dinglichen Erwerbsgeschäfts (Senat, Beschluss vom 25. November 2004 - V ZB 13/04, aaO, S. 173 f.), hier also allein der Eigentumsübertragung.

#### 2. Rechtlicher Vorteil bei Erwerb von Wohnungseigentum durch Minderjährigen

[7] Ob die Auflassung einer Eigentumswohnung in diesem Sinne für den Minderjährigen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft ist, wird unterschiedlich beurteilt.

#### a) Herrschende Meinung: grds. vorteilhaft

[8] Nach herrschender Meinung ist der Erwerb einer Eigentumswohnung im Grundsatz lediglich rechtlich vorteilhaft (LG Saarbrücken, MittRhNotK 1990, 109, 110; Bamberger/ Roth/Wendtland, BGB, 2. Aufl., § 107 Rn. 8; MünchKomm-BGB/Schmitt, 5. Aufl., § 107 Rn. 48 bei gg; Palandt/Ellenberger, BGB, 69. Aufl., § 107 Rn. 4; PWW/Völzmann-Stickelbrock, BGB, 5. Aufl., § 107 Rn. 9; Soergel/Hefermehl, BGB, 13. Aufl., § 107 Rn. 8; Staudinger/Knothe, BGB, Bearbeitung 2004, § 107 Rn. 13; Bauer/v.Oefele/Schaub, GBO, 2. Aufl., AT VII Rn. 230; Stürmer AcP 173 [1973], 402, 432; wohl auch Jahnke, NJW 1977, 960, 961). Anders sei es nur, wenn die Gemeinschaftsordnung nicht unerhebliche Verschärfungen zu Lasten des Minderjährigen vorsehe (Senat, Beschluss vom 9. Juli 1980 - V ZB 16/79, BGHZ 78, 28, 32; BayObLG, BayObLGZ 1979, 243, 249), wenn ein Verwaltervertrag bestehe und der Minderjährige mit dem Erwerb der Eigentumswohnung in diesen eintrete (OLG Celle, NJW 1976, 2214, 2215; OLG Hamm, NZM 2000, 1028, 1029; vgl. auch BayObLG, FGPrax 1998, 21, 22) oder wenn die Eigentumswohnung vermietet sei (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rn. 3610m unter Hinweis auf Senat, Beschluss vom 3. Februar 2005 - V ZB 44/04, BGHZ 162, 137, 140, die aber selbst die Gegenmeinung vertreten). Nach dieser Meinung wäre der Erwerb der Eigentumswohnung hier lediglich rechtlich vorteilhaft. Die Wohnung wird von der Beteiligten zu 1 genutzt. Diese ist als bisherige Eigentümerin Verwalterin. Sie könnte für die Fortführung der Verwaltung als Nießbraucherin keinen Aufwendungsersatz verlangen, da ein solcher in dem Schenkungsvertrag ausgeschlossen ist. In der Teilungserklärung ist zwar vereinbart, dass sämtliche Betriebskosten nach Miteigentumsanteilen zu tragen sind. Hiervon sind aber die verbrauchsabhängigen Kosten ausgenommen, so dass die Beteiligte zu 2 gegenüber der gesetzlichen Lastenverteilung nicht, jedenfalls nicht nennenswert schlechter gestellt ist.

#### b) Gegenauffassung: stets nicht vorteilhaft

[9] Nach der Gegenauffassung kommt es weder auf das Bestehen eines Verwaltervertrags noch auf den genauen Inhalt der Teilungserklärung an. Danach ist der Erwerb einer Eigentumswohnung durch einen Minderjährigen stets als nicht lediglich rechtlich vorteilhaft anzusehen (OLG München ZEV 2008, 246, 247; AK-BGB/Kohl, § 107 Rn. 23; Demharter, GBO, 27. Aufl., Anh. zu § 3 Rn. 60; Köhler, JZ 1983, 225, 230; Schöner/Stöber, aaO; unklar Hügel/ Reetz, GBO, 2. Aufl., Abschnitt rechtsgeschäftliche Vollmacht und gesetzliche Vertretungsmacht Rn. 163 a.E.). Der Minderjährige werde mit dem Erwerb der Eigentumswohnung nicht nur deren Eigentümer, sondern auch Mit-

glied der Wohnungseigentümergeinschaft. Für deren Verbindlichkeiten hafte er, wenn auch beschränkt auf seinen Anteil, nicht nur mit dem geschenkten Gegenstand, sondern auch mit seinem übrigen Vermögen.

*c) Entscheidung des Senats: stets nicht vorteilhaft*

[10] Der Senat hat bisher nur entschieden, dass der Erwerb einer Eigentumswohnung jedenfalls dann als nicht lediglich rechtlich vorteilhaft anzusehen ist, wenn die Gemeinschaftsordnung nicht unerheblich zu seinen Lasten abweicht (Beschluss vom 9. Juli 1980 - V ZB 16/79, aaO). Ob der Erwerb einer Eigentumswohnung für einen Minderjährigen unabhängig hiervon nicht lediglich rechtlich vorteilhaft ist, weil er durch den Erwerb Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft und für ihre Verbindlichkeiten einzustehen hat, hat er bislang offen gelassen (Beschluss vom 9. Juli 1980, aaO).

[11] Der Senat bejaht die Frage. Der Erwerb einer Eigentumswohnung ist für einen Minderjährigen stets nicht lediglich rechtlich vorteilhaft. Es kommt weder auf die Ausgestaltung der Teilungserklärung noch darauf an, ob bei Vollzug des Erwerbs ein Verwaltervertrag besteht oder ob die Eigentumswohnung vermietet ist.

*aa) Erhebliche wirtschaftliche Belastungen nach § 16 WEG denkbar*

[13] Der Erwerb einer Eigentumswohnung ist für den Minderjährigen jedenfalls deshalb nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, weil er mit dem Erwerb der Eigentumswohnung nicht nur einen Vermögensgegenstand erwirbt, sondern Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft wird. Die den Minderjährigen damit kraft Gesetzes treffenden persönlichen Verpflichtungen können nicht als ihrem Umfang nach begrenzt und wirtschaftlich so unbedeutend angesehen werden, dass sie unabhängig von den Umständen des Einzelfalls eine Verweigerung der Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter oder durch einen Ergänzungspfleger nicht rechtfertigen könnten, was der Senat bei der mit dem Erwerb eines Grundstücks verbundenen Verpflichtung zur Tragung der öffentlichen Lasten angenommen hat (Beschluss vom 25. November 2004 - V ZB 13/04, aaO, S. 179). Denn als Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft wäre der Minderjährige nach § 16 Abs. 2 WEG nicht nur verpflichtet, sich entsprechend seinem Anteil an den Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums zu beteiligen. Er hätte vielmehr anteilig auch die Kosten der Instandhaltung, Instandsetzung, sonstigen Verwaltung und eines gemeinschaftlichen Gebrauchs des gemeinschaftlichen Eigentums zu tragen. Diese Kosten können ein je nach dem Alter und dem Zustand des Gebäudes, in dem sich die Eigentumswohnung befindet, ganz erhebliches

Ausmaß annehmen. Hinzu kommt, dass der Minderjährige als Wohnungseigentümer nach § 16 Abs. 2 WEG verpflichtet wäre, sich durch Sonderumlagen an Wohngeldausfällen zu beteiligen. Dass hier die andere Wohnung dem Vater der Beteiligten gehört und dieser bemüht sein wird, eine Inanspruchnahme seiner minderjährigen Tochter zu verhindern, ändert entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde an dieser Rechtslage nichts.

*bb) Möglichkeit der Haftung gem. § 10 WEG*

[14] Hinzu kommt, dass der Minderjährige als Wohnungseigentümer nach § 10 Abs. 8 Satz 1 Halbsatz 1 WEG infolge des Erwerbs der Eigentumswohnung kraft Gesetzes den Gläubigern der Wohnungseigentümergeinschaft für Verbindlichkeiten haftet, die während seiner Zugehörigkeit zur Gemeinschaft entstehen oder während dieses Zeitraums fällig werden. Die Haftung ist zwar der Höhe nach auf einen Betrag begrenzt, der seinem Anteil am Gemeinschaftseigentum entspricht. In diesem Umfang haftet der Minderjährige aber, worauf das Berufungsgericht mit Recht abgestellt hat, nicht nur mit der ihm geschenkten Eigentumswohnung, sondern auch mit seinem übrigen Vermögen (OLG München, ZEV 2008, 246, 247). Es liegt nicht anders als bei einem Minderjährigen, dem ein vermietetes oder verpachtetes Grundstück geschenkt werden soll. Auch dessen Erwerb ist für ihn nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, weil er mit dem Erwerb des Grundstücks nach § 566 Abs. 1, § 581 Abs. 2 und § 593b BGB kraft Gesetzes als Vermieter bzw. Verpächter in das Miet- oder Pachtverhältnis eintritt und als Folge davon die den Vermieter bzw. Verpächter treffenden Verpflichtungen auch unter Einsatz seines übrigen Vermögens zu erfüllen hat (Senatsbeschluss vom 3. Februar 2005 - V ZB 44/04, BGHZ 162, 137, 140).

*II. Ergebnis*

[16] Der Erwerb einer Eigentumswohnung durch einen Minderjährigen ist mithin in jedem Fall nicht lediglich rechtlich vorteilhaft. Er bedarf nach § 107 BGB der Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter. Diese Entscheidung können im vorliegenden Fall aber nicht die Eltern der Beteiligten zu 2 treffen, weil ein Elternteil mit der Beteiligten zu 1 in gerader Linie verwandt und das Rechtsgeschäft nicht lediglich rechtlich vorteilhaft ist (zu diesem Erfordernis: Senat, Beschluss vom 16. April 1975 - V ZB 15/74, NJW 1975, 1885, 1886) und deshalb beide Elternteile (dazu BGH, Urteil vom 14. Juni 1972 - IV ZR 53/71, NJW 1972, 1708) nach § 1629 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB an der Vertretung gehindert sind. Das macht die Bestellung eines Ergänzungspflegers nach § 1909 BGB erforderlich. Auf dessen Genehmigung hat das Grundbuchamt zu Recht abgestellt.

**Standort: Arbeitsrecht****Problem: Kündigung**

BAG, URTEIL VOM 10.06.2010  
2 AZR 541/09 (ARBUR 2010, 348)

**Problemdarstellung:**

Die 1958 geborene Kl. war seit 1977 bei der Bekl. als Verkäuferin mit Kassiertätigkeit beschäftigt. Im Herbst 2007 beteiligte sie sich intensiv an gewerkschaftlich organisierten Streikmaßnahmen. Im Februar 2008 kündigte die Bekl. das Arbeitsverhältnis außerordentlich und fristlos, da die Kl. zwei Pfandbons im Wert von insgesamt 1,30 Euro eingelöst hatte, die von einem Kunden vergessen worden sein sollen und ihr daher nicht zustanden.

Die Kl. hat Kündigungsschutzklage erhoben. Sie behauptet, jedenfalls nicht bewusst Pfandbons eingelöst zu haben, die ihr nicht gehörten. Das wahre Motiv für die Kündigung sei ihre Streikteilnahme im Jahr 2007.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen; das Landesarbeitsgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Die Revision hat Erfolg.

**Prüfungsrelevanz:**

Auf dem Prüfstein stand abermals die Frage nach der Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung wegen einer straf- oder sachenrechtlich marginalen Verfehlung des Arbeitnehmers (zuletzt *LAG Baden-Württemberg*, RA 2010, 287 = LAGE § 626 BGB 2002 Nr. 27). Dabei setzt sich der Senat mit den verschiedenen, in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Ansichten auseinander und "räumt" mit einigen Argumenten auf. Die Entscheidung ist lesenswert und unbedingt zu beachten; die Argumentation des Senats wird mit Sicherheit über kurz oder lang in Prüfungsaufgaben abgefragt werden.

**A. Zweistufiges Prüfungsschema**

Das vom BAG spätestens seit der sog. Bienenstich-Entscheidung (NZA 1985, 91) vertretene zweistufige Prüfungsschema bleibt auch in der vorliegenden Entscheidung unangetastet (vgl. zur Struktur der Prüfung den beiliegenden Sonderbeitrag). Eine Bagatellgrenze gibt es damit weiterhin nicht. Sämtliche in der LAG-Rechtsprechung und in der Literatur vertretene Ansichten verwirft der Senat - allerdings mit guten Argumenten:

Die Erschütterung des Vertrauensverhältnisses zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer hat nach Ansicht des Senats nichts mit dem Wert der Sache zu tun, auf den sich die Verfehlung bezieht. Für die kündigungrechtliche Beurteilung ist allein entscheidend, ob ein Verstoß gegen vertragliche Haupt- oder Nebenpflichten (§ 241 II BGB) vorliegt. Die straf- oder sachen-

rechtliche Beurteilung spielt demgegenüber keine Rolle. Somit kann auch § 248 a StGB - wonach bei geringwertigen Sachen (weniger als 50 bzw. 25 €; *Fischer*, StGB § 248 a Rn. 3) eine Strafverfolgung nur auf Antrag oder bei besonderem öffentlichen Interesse geschieht - nicht als Argument herangezogen. Die Frage, ob eine strafrechtliche *Sanktion* einzugreifen hat, ist nämlich nicht deckungsgleich mit der bei einer außerordentlichen Kündigung vorzunehmenden *Prognose* für den weiteren Verlauf des Arbeitsverhältnisses. Auch die Tatsache, dass das BVerwG die Geringwertigkeit einer Sache im disziplinarrechtlichen Verfahren bei Dienstvergehen eines Beamten berücksichtigt, ist irrelevant. Denn die Reaktionsmöglichkeiten des Dienstherrn sind deutlich differenzierter als diejenigen des privatrechtlichen Arbeitgebers. So kann der Dienstherr beispielsweise eine Kürzung von Dienstbezügen gem. § 8 BDG erwägen.

**B. Abwägungskriterien**

Entschieden tritt der Senat der Interessenabwägung des Berufungsgerichts entgegen: Dieses hatte die beanstandungsfreie, gut dreißig Jahre währende Betriebszugehörigkeit der Kl. im Verhältnis zum Grad der Pflichtverletzung und des Verschuldens nicht korrekt gewürdigt. Für die Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung ist es nämlich von erheblicher Bedeutung, wie lange der betreffende Arbeitnehmer in einer Vertrauensstellung beschäftigt war, ohne eine vergleichbare Pflichtverletzung begangen zu haben (so schon *BAG*, AP Nr. 81 zu § 626 BGB). Je länger eine Vertrauensbeziehung ungestört bestanden hat, desto eher kann die Prognose berechtigt sein, dass der dadurch erarbeitete Vertrauensvorrat durch einen erstmaligen Vorfall nicht vollständig aufgezehrt wird. Dabei entscheidet ein objektiver Maßstab.

Demnach überwiegt hier das Interesse der Kl. an einer weiteren Beschäftigung gegenüber dem Interesse der Bekl. an einer Belegschaft "ohne Fehl und Tadel" (Rn. 50 des Urteils).

Da auch die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung sozial ungerechtfertigt ist (§ 1 II KschG), war der Kündigungsschutzantrag der Kl. i.E. begründet.

Als angemessene Reaktion wäre eine Abmahnung der Kl. in Betracht zu ziehen gewesen.

**C. Bewertung**

Für die Klausurbearbeitung ist die Entscheidung in zweierlei Hinsicht relevant:

1. War der Streit um eine Bagatellgrenze zwischen BAG einerseits und LAG bzw. Literatur andererseits bislang vielleicht nur Thema für eine Klausur im ar-

beitsrechtlichen Schwerpunkt, hat er nun eine Aufwertung erfahren. Examenskandidaten sollten die Argumentation beherrschen und den Streit nachvollziehen können.

2. Der Senat schlägt sich recht eindeutig auf die im Vordringen befindliche Ansicht, nach der eine wertmäßig marginale Verfehlung des Arbeitnehmers nicht zwangsläufig zum völligen Vertrauensbruch und einer außerordentlichen Kündigung führt. Dies sollte als Tendenz für die Klausurlösung beachtet werden. Jedoch muss ebenso beachtet werden, dass die Interessenabwägung - der Senat betont dies in Rn. 16 - eine Einzelfallentscheidung ist. Die vorliegende Entscheidung ist also nach wie vor keine Patentlösung, sondern auf den konkreten Fall zugeschnitten. Auch eine Klausurbearbeitung kann daher trotz der aktuellen Rechtsprechung richtigerweise zu einem anderen Ergebnis gelangen.

#### **Vertiefungshinweise:**

□ Entscheidungen: *LAG Baden-Württemberg*, RA 2010, 287 = LAGE § 626 BGB 2002 Nr. 27 (Kinderreisebett); *LAG Hamm*, BB 2010, 2300 (Entziehung von Strom); *LAG Hamm*, BB 2009, 2141 (Verzehr von Brotaufstrich)

□ Aufsätze: *Preis*, ArbuR 2010, 186 (Bagatelldelikte als Kündigungsgrund); *Klueß*, ArbuR 2010, 192; *ders.*, NZA 2009, 337; *Fischer*, NJW 2010, NJW-aktuell Nr. 17, 12; *Hunold*, DB 2009, 2658

#### **Kursprogramm:**

□ *Examenskurs*: "Die überflüssige Frieda"

#### **Leitsätze:**

**1. Rechtswidrige und vorsätzliche Handlungen des Arbeitnehmers, die sich unmittelbar gegen das Vermögen des Arbeitgebers richten, können auch dann ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung sein, wenn die Pflichtverletzung Sachen von nur geringem Wert betrifft oder nur zu einem geringfügigen, möglicherweise gar keinem Schaden geführt hat.(Rn.26)**

**2. Das Gesetz kennt auch im Zusammenhang mit strafbaren Handlungen des Arbeitnehmers keine absoluten Kündigungsgründe. Es bedarf stets einer umfassenden, auf den Einzelfall bezogenen Prüfung und Interessenabwägung dahingehend, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses trotz der eingetretenen Vertrauensstörung - zumindest bis zum Ablauf der Kündigungsfrist - zumutbar ist oder nicht.(Rn.16)**

#### **Sachverhalt:**

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer au-

ßerordentlichen, hilfsweise ordentlichen Kündigung.

Die 1958 geborene Klägerin war seit April 1977 bei der Beklagten und deren Rechtsvorgängerinnen als Verkäuferin mit Kassentätigkeit beschäftigt.

Die Beklagte ist ein überregional vertretenes Einzelhandelsunternehmen. In einigen ihrer Filialen, so auch in der Beschäftigungsfiliale der Klägerin, besteht die Möglichkeit, Leergut an einem Automaten gegen Ausstellung eines Leergutbons zurückzugeben. Wird ein solcher Bon an der Kasse eingelöst, ist er von der Kassiererin/dem Kassierer abzuzeichnen. Mitarbeiter der Filiale sind angewiesen, mitgebrachtes Leergut beim Betreten des Markts dem Filialleiter vorzuzeigen und einen am Automaten erstellten Leergutbon durch den Leiter gesondert abzeichnen zu lassen, bevor sie den Bon an der Kasse einlösen. Dort wird er wie ein Kundenbon ein weiteres Mal abgezeichnet. Diese Regelungen, die Manipulationen beim Umgang mit Leergut ausschließen sollen, sind der Klägerin bekannt.

Im Herbst 2007 beteiligte sich die Klägerin mit weiteren sieben von insgesamt 36 Beschäftigten ihrer Filiale an einem gewerkschaftlich getragenen Streik. Während die Streikbereitschaft anderer Arbeitnehmer mit der Zeit nachließ, nahm die Klägerin bis zuletzt an den Maßnahmen teil. Im Januar 2008 lud der Filialleiter Beschäftigte, die sich nicht am Arbeitskampf beteiligt hatten, zu einer Feier außer Hause ein. Aus diesem Grund wurde er später von der Beklagten abgemahnt und in eine andere Filiale versetzt.

Am 12. Januar 2008 fand eine Mitarbeiterin im Kassensbereich einer separaten Backtheke zwei nicht abgezeichnete Leergutbons im Wert von 0,48 Euro und 0,82 Euro. Sie trugen das Datum des Tages und waren im Abstand von ca. einer Dreiviertelstunde am Automaten erstellt worden. Die Mitarbeiterin legte die Bons dem Filialleiter vor. Dieser reichte sie an die Klägerin mit der Maßgabe weiter, sie im Kassensbüro aufzubewahren für den Fall, dass sich noch ein Kunde melden und Anspruch darauf erheben würde; andernfalls sollten sie als „Fehlbons“ verbucht werden. Die Klägerin legte die Bons auf eine - für alle Mitarbeiter zugängliche und einsehbare - Ablage im Kassensbüro.

Am 22. Januar 2008 kaufte die Klägerin in der Filiale außerhalb ihrer Arbeitszeit privat ein. An der Kasse überreichte sie ihrer Kollegin zwei nicht abgezeichnete Leergutbons. Laut Kassensjournal wurden diese mit Werten von 0,48 Euro und 0,82 Euro registriert. Beim Kassieren war auch die Kassenleiterin und Vorgesetzte der Klägerin anwesend.

Zur Klärung der Herkunft der eingereichten Bons führte die Beklagte mit der Klägerin ab dem 25. Januar 2008 insgesamt vier Gespräche, an denen - außer am ersten Gespräch - jeweils zwei Mitglieder des Betriebsrats teilnahmen. Sie hielt ihr vor, die eingelösten Bons seien nicht abgezeichnet gewesen und stimmten hinsichtlich Wert und Ausgabedatum mit den im Kas-

senbüro aufbewahrten Bons überein. Es bestehe der dringende Verdacht, dass sie - die Klägerin - die dort abgelegten „Kundenbons“ an sich genommen und zu ihrem Vorteil verwendet habe. Die Klägerin bestritt dies und erklärte, selbst wenn die Bons übereinstimmen, bestehe die Möglichkeit, dass ihr entsprechende Bons durch eine ihrer Töchter oder durch Dritte zugesteckt worden seien. Beispielsweise habe sie am 21. oder 22. Januar 2008 einer Arbeitskollegin ihre Geldbörse ausgehändigt mit der Bitte, diese in ihren Spind zu legen. Die Beklagte legte der Klägerin nahe, zur Untermauerung ihrer Behauptung eine eidesstattliche Erklärung einer Tochter beizubringen. Außerdem befragte sie die benannte Kollegin, die die Angaben der Klägerin bestritt. Beim letzten, am 15. Februar 2008 geführten Gespräch überreichte die Klägerin eine schriftliche Erklärung, mit der eine ihrer Töchter bestätigte, bei der Beklagten hin und wieder für ihre Mutter einzukaufen, dabei auch Leergut einzulösen und „Umgang“ mit der Geldbörse ihrer Mutter „pflegen zu dürfen“.

Mit Schreiben vom 18. Februar 2008 hörte die Beklagte den Betriebsrat zu einer beabsichtigten außerordentlichen, hilfsweise ordentlichen Kündigung, gestützt auf den Verdacht der Einlösung der Bons, an. Der Betriebsrat äußerte Bedenken gegen die fristlose Kündigung, einer ordentlichen Kündigung widersprach er und verwies auf die Möglichkeit einer gegen die Klägerin gerichteten Intrige.

Mit Schreiben vom 22. Februar 2008 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis außerordentlich fristlos, hilfsweise fristgemäß zum 30. September 2008.

Die Klägerin hat Kündigungsschutzklage erhoben.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit ihrer durch das Bundesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter.

#### **Aus den Gründen:**

[14] Die Revision ist begründet. Die Vorinstanzen haben die Klage zu Unrecht abgewiesen. Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist weder durch die außerordentliche noch durch die ordentliche Kündigung vom 22. Februar 2008 aufgelöst worden. Das Urteil des Landesarbeitsgerichts war deshalb aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Einer Zurückverweisung bedurfte es nicht. Die Sache war nach dem festgestellten Sachverhältnis zur Endentscheidung reif (§ 563 Abs. 3 ZPO).

#### **A. Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung**

[15] Die außerordentliche Kündigung ist unwirksam. Es fehlt an einem wichtigen Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB.

#### **I. Zweistufige Prüfung des Vorliegens eines „wichtigen Grundes“ gem. § 626 BGB**

[16] Gemäß § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Das Gesetz kennt folglich keine „absoluten“ Kündigungsgründe. Vielmehr ist jeder Einzelfall gesondert zu beurteilen. Dafür ist zunächst zu prüfen, ob der Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände „an sich“, dh. typischerweise als wichtiger Grund geeignet ist. Alsdann bedarf es der weiteren Prüfung, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Falls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile - jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist - zumutbar ist oder nicht (st. Rspr., Senat 26. März 2009 - 2 AZR 953/07 - Rn. 21 mwN, AP BGB § 626 Nr. 220; 27. April 2006 - 2 AZR 386/05 - Rn. 19, BAGE 118, 104).

#### **1. Prüfungsschritt: Wichtiger Grund „an sich“**

[25] Der vom Landesarbeitsgericht festgestellte Sachverhalt ist „an sich“ als wichtiger Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB geeignet. Zum Nachteil des Arbeitgebers begangene Eigentums- oder Vermögensdelikte, aber auch nicht strafbare, ähnlich schwerwiegende Handlungen unmittelbar gegen das Vermögen des Arbeitgebers kommen typischerweise - unabhängig vom Wert des Tatobjekts und der Höhe eines eingetretenen Schadens - als Grund für eine außerordentliche Kündigung in Betracht.

#### **a) Vermögensdelikt unabhängig von Wert und Schaden stets wichtiger Grund „an sich“**

[26] Begeht der Arbeitnehmer bei oder im Zusammenhang mit seiner Arbeit rechtswidrige und vorsätzliche - ggf. strafbare - Handlungen unmittelbar gegen das Vermögen seines Arbeitgebers, verletzt er zugleich in schwerwiegender Weise seine schuldrechtliche Pflicht zur Rücksichtnahme (§ 241 Abs. 2 BGB) und missbraucht das in ihn gesetzte Vertrauen. Ein solches Verhalten kann auch dann einen wichtigen Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB darstellen, wenn die rechtswidrige Handlung Sachen von nur geringem Wert betrifft oder zu einem nur geringfügigen, möglicherweise zu gar keinem Schaden geführt hat (Senat 13. Dezember 2007 - 2 AZR 537/06 - Rn. 16, 17, AP-BGB § 626 Nr. 210 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 20; 12. August 1999 - 2 AZR 923/98 - zu II 2; BAGE 92, 184; 17. Mai 1984 - 2 AZR 3/83 - zu II 1 der Gründe, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 14 =

EzA BGB § 626 nF Nr. 90).

*b) Keine Rechtsprechungsänderung; keine Notwendigkeit einer "Bagatellgrenze"*

[27] An dieser Rechtsprechung hält der Senat fest. Die entgegenstehende Ansicht, die Pflichtverletzungen im Vermögensbereich bei Geringfügigkeit bereits aus dem Anwendungsbereich des § 626 Abs. 1 BGB herausnehmen will (so LAG Köln 30. September 1999 - 5 Sa 872/99 - zu 2 der Gründe, NZA-RR 2001, 83; LAG Hamburg 8. Juli 1998 - 4 Sa 38/97 - zu II 3 a aa der Gründe, NZA-RR 1999, 469; ArbG Reutlingen 4. Juni 1996 - 1 Ca 73/96 - RzK I 6 d Nr. 12; Däubler Das Arbeitsrecht 2 12. Aufl. Rn. 1128; eingeschränkt Gerhards BB 1996, 794, 796), überzeugt nicht. Ein Arbeitnehmer, der die Integrität von Eigentum und Vermögen seines Arbeitgebers vorsätzlich und rechtswidrig verletzt, zeigt ein Verhalten, das geeignet ist, die Zumutbarkeit seiner Weiterbeschäftigung in Frage zu stellen. Die durch ein solches Verhalten ausgelöste „Erschütterung“ der für die Vertragsbeziehung notwendigen Vertrauensgrundlage tritt unabhängig davon ein, welche konkreten wirtschaftlichen Schäden mit ihm verbunden sind. Aus diesem Grund ist die Festlegung einer nach dem Wert bestimmten Relevanzschwelle mit dem offen gestalteten Tatbestand des § 626 Abs. 1 BGB nicht zu vereinbaren. Sie würde im Übrigen mannigfache Folgeprobleme auf - etwa das einer exakten Wertberechnung, das der Folgen mehrfacher, für sich betrachtet „irrelevanter“ Verstöße sowie das der Behandlung nur marginaler Grenzüberschreitungen - und vermöchte schon deshalb einem angemessenen Interessenausgleich schwerlich zu dienen.

*c) Kein Widerspruch zu § 248 a StGB*

[28] Mit seiner Auffassung setzt sich der Senat nicht in Widerspruch zu der in § 248a StGB getroffenen Wertung. Nach dieser Bestimmung werden Diebstahl und Unterschlagung geringwertiger Sachen nur auf Antrag oder bei besonderem öffentlichem Interesse verfolgt. Der Vorschrift liegt eine Einschätzung des Gesetzgebers darüber zugrunde, ab welcher Grenze staatliche Sanktionen für Rechtsverstöße in diesem Bereich zwingend geboten sind. Ein solcher Ansatz ist dem Schuldrecht fremd. Hier geht es um störungsfreien Leistungsaustausch. Die Berechtigung einer verhaltensbedingten Kündigung ist nicht daran zu messen, ob diese - vergleichbar einer staatlichen Maßnahme - als Sanktion für den fraglichen Vertragsverstoß angemessen ist. Statt des Sanktions- gilt das Prognoseprinzip. Eine verhaltensbedingte Kündigung ist gerechtfertigt, wenn eine störungsfreie Vertragserfüllung in Zukunft nicht mehr zu erwarten steht, künftigen Pflichtverstößen demnach nur durch die Beendigung der Vertragsbeziehung begegnet werden kann (st.

Rspr., Senat 26. November 2009 - 2 AZR 751/08 - Rn. 10, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 61 = EzA BGB 2002 § 611 Abmahnung Nr. 5; 23. Juni 2009 - 2 AZR 103/08 - Rn. 32, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 59 = EzTöD 100 TVöD-AT § 34 Abs. 2 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 17).

*d) Kein Widerspruch zur Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts*

[29] Ebenso wenig besteht ein Wertungswiderspruch zwischen der Auffassung des Senats und der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts. Dieses erkennt zwar bei der disziplinarrechtlichen Beurteilung vergleichbarer Dienstvergehen eines Beamten die Geringwertigkeit der betroffenen Vermögensobjekte als Milderungsgrund an (BVerwG 13. Februar 2008 - 2 WD 9/07 - DÖV 2008, 1056; 24. November 1992 - 1 D 66/91 - zu 3 der Gründe, BVerwGE 93, 314; bei kassenverwaltender Tätigkeit: BVerwG 11. November 2003 - 1 D 5/03 - zu 4 b der Gründe). Dies geschieht jedoch vor dem Hintergrund einer abgestuften Reihe von disziplinarischen Reaktionsmöglichkeiten des Dienstherrn. Diese reichen von der Anordnung einer Geldbuße (§ 7 BDG) über die Kürzung von Dienstbezügen (§ 8 BDG) und die Zurückstufung (§ 9 BDG) bis zur Entfernung aus dem Dienst (§ 13 Abs. 2 BDG). Eine solche Reaktionsbreite kennt das Arbeitsrecht nicht. Der Arbeitgeber könnte auf die „Entfernung aus dem Dienst“ nicht zugunsten einer Kürzung der Vergütung verzichten. Wertungen, wie sie für das in der Regel auf Lebenszeit angelegte, durch besondere Treue- und Fürsorgepflichten geprägte Dienstverhältnis der Beamten und Soldaten getroffen werden, lassen sich deshalb auf eine privatrechtliche Leistungsbeziehung regelmäßig nicht übertragen (Keiser JR 2010, 55, 57 ff.; Reuter NZA 2009, 594, 595).

*e) straf- oder sachenrechtliche Bewertung insgesamt irrelevant*

[30] Das Landesarbeitsgericht hat das Verhalten der Klägerin als „Vermögensdelikt“ zulasten der Beklagten gewürdigt, hat aber offen gelassen, welchen straf- und/oder zivilrechtlichen Deliktstatbestand es als erfüllt ansieht. Das ist im Ergebnis unschädlich. Das Verhalten der Klägerin kommt auch dann als wichtiger Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB in Betracht, wenn es - wie die Revision im Anschluss an Äußerungen in der Literatur (Hüpers Jura 2010, 52 ff.; Schlösser HRRS 2009, 509 ff.) meint - nicht strafbar sein sollte, jedenfalls nicht im Sinne eines Vermögensdelikts zum Nachteil der Beklagten. Für die kündigungsrechtliche Beurteilung ist weder die strafrechtliche noch die sachenrechtliche Bewertung maßgebend. Entscheidend ist der Verstoß gegen vertragliche Haupt- oder Nebenpflichten und der mit ihm verbundene Vertrauens-

bruch (BAGE 114, 264; Preis, AuR 2010, 242 f.). Auch eine nicht strafbare, gleichwohl erhebliche Verletzung der sich aus dem Arbeitsverhältnis ergebenden Pflichten kann deshalb ein wichtiger Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB sein. Das gilt insbesondere in Fällen, in denen die Pflichtverletzung mit einem vorsätzlichen Verstoß gegen eine den unmittelbaren Vermögensinteressen des Arbeitgebers dienende Weisung einhergeht (KR/Fischermeier 9. Aufl. § 626 BGB Rn. 459).

*f) Zwischenergebnis: Wichtiger Grund "an sich" gegeben*

[31] Danach liegt eine erhebliche, die Schwelle zum wichtigen Grund überschreitende Pflichtverletzung vor. Die Klägerin hat sich mit dem Einlösen der Leergutbons gegenüber der Beklagten einen Vermögensvorteil verschafft, der ihr nicht zustand. Ihr Verhalten wiegt umso schwerer, als sie eine konkrete Anordnung des Marktleiters zum Umgang mit den Bons missachtet hat. Es kommt nicht darauf an, ob sie damit schon gegen ihre Hauptleistungspflichten als Kassiererin oder gegen ihre Pflicht zur Rücksichtnahme aus § 241 Abs. 2 BGB verstoßen hat. In jedem Fall gehört die Pflicht zur einschränkungslosen Wahrung der Vermögensinteressen der Beklagten zum Kernbereich ihrer Arbeitsaufgaben. Die Schwere der Pflichtverletzung hängt von einer exakten Zuordnung nicht ab. Die Vorgabe des Marktleiters, die Bons nach einer gewissen Zeit als „Fehlbons“ zu verbuchen, sollte sicherstellen, dass die Beklagte insoweit nicht mehr in Anspruch genommen würde. Ob damit den Interessen der Kunden ausreichend Rechnung getragen wurde, ist im Verhältnis der Parteien ohne Bedeutung. Die Klägerin jedenfalls durfte die Bons nicht zum eigenen Vorteil einlösen.

*2. Prüfungsschritt: Interessenabwägung*

[32] Die fristlose Kündigung ist bei Beachtung aller Umstände des vorliegenden Falls und nach Abwägung der widerstreitenden Interessen gleichwohl nicht gerechtfertigt. Als Reaktion der Beklagten auf das Fehlverhalten der Klägerin hätte eine Abmahnung ausgereicht. Dies vermag der Senat selbst zu entscheiden.

*a) Abmahnung vorrangig*

*aa) Abmahnung bei steuerbarem Verhalten regelmäßig angezeigt*

[36] Beruht die Vertragspflichtverletzung auf steuerbarem Verhalten des Arbeitnehmers, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass sein künftiges Verhalten schon durch die Androhung von Folgen für den Bestand des Arbeitsverhältnisses positiv beeinflusst werden kann (Schlachter NZA 2005, 433, 436). Die ordentliche wie die außerordentliche Kündigung wegen einer Vertragspflichtverletzung setzen deshalb regel-

mäßig eine Abmahnung voraus. Sie dient der Objektivierung der negativen Prognose (Senat 23. Juni 2009 - 2 AZR 283/08 - Rn. 14 mwN). Ist der Arbeitnehmer ordnungsgemäß abgemahnt worden und verletzt er dennoch seine arbeitsvertraglichen Pflichten erneut, kann regelmäßig davon ausgegangen werden, es werde auch zukünftig zu weiteren Vertragsstörungen kommen.

*bb) Verhältnismäßigkeit*

[37] Nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist eine Kündigung nicht gerechtfertigt, wenn es mildere Mittel gibt, eine Vertragsstörung zukünftig zu beseitigen. Dieser Aspekt hat durch die Regelung des § 314 Abs. 2 BGB iVm. § 323 Abs. 2 BGB eine gesetzgeberische Bestätigung erfahren (Senat 12. Januar 2006 - 2 AZR 179/05 - Rn. 56 mwN). Einer Abmahnung bedarf es in Ansehung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes deshalb nur dann nicht, wenn eine Verhaltensänderung in Zukunft selbst nach Abmahnung nicht zu erwarten steht oder es sich um eine so schwere Pflichtverletzung handelt, dass eine Hinnahme durch den Arbeitgeber offensichtlich - auch für den Arbeitnehmer erkennbar - ausgeschlossen ist.

*cc) Zwischenergebnis*

[39] Danach war eine Abmahnung hier nicht entbehrlich.

*b) Erheblichkeit der Pflichtverletzung*

[41] Mit Recht hat das Landesarbeitsgericht zudem angenommen, das Verhalten der Klägerin stelle eine objektiv schwerwiegende, das Vertrauensverhältnis der Parteien erheblich belastende Pflichtverletzung dar.

[42] Mit der eigennützigen Verwendung der Leergutbons hat sich die Klägerin bewusst gegen die Anordnung des Filialleiters gestellt. Schon dies ist geeignet, das Vertrauen der Beklagten in die zuverlässige Erfüllung der ihr übertragenen Aufgaben als Kassiererin zu erschüttern. Erschwerend kommt hinzu, dass die Bons gerade ihr zur Verwahrung und ggf. Buchung als „Fehlbons“ übergeben worden waren. Das Fehlverhalten der Klägerin berührt damit den Kernbereich ihrer Arbeitsaufgaben. Sie war als Verkäuferin mit Kassentätigkeit beschäftigt. Als solche hat sie den weisungsgemäßen Umgang mit Leergutbons gleichermaßen sicher zu stellen wie den mit ihr anvertrautem Geld. Die Beklagte muss sich auf die Zuverlässigkeit und Ehrlichkeit einer mit Kassentätigkeiten betrauten Arbeitnehmerin in besonderem Maße verlassen dürfen. Sie muss davon ausgehen können, dass ihre Weisungen zum Umgang mit Sach- und Vermögenswerten unabhängig von deren Wert und den jeweiligen Eigentumsverhältnissen korrekt eingehalten werden. Als Einzelhandelsunternehmen ist die Beklagte be-

sonders anfällig dafür, in der Summe hohe Einbußen durch eine Vielzahl für sich genommen geringfügiger Schädigungen zu erleiden. Verstößt eine Arbeitnehmerin, deren originäre Aufgabe es ist, Einnahmen zu sichern und zu verbuchen, vorsätzlich und zur persönlichen Bereicherung gegen eine Pflicht, die gerade dem Schutz des Eigentums und Vermögens des Arbeitgebers oder eines Kunden dient, liegt darin regelmäßig ein erheblicher, das Vertrauen in ihre Redlichkeit beeinträchtigender Vertragsverstoß.

*c) Dennoch kein überwiegendes Interesse der Bekl. an sofortiger Beendigung des Arbeitsverhältnisses*

[44] Auch wenn deshalb das Verhalten der Klägerin das Vertrauensverhältnis zur Beklagten erheblich belastet hat, so hat das Landesarbeitsgericht doch den für die Klägerin sprechenden Besonderheiten nicht hinreichend Rechnung getragen.

[46] Das Landesarbeitsgericht hat die Einmaligkeit der Pflichtverletzung und die als beanstandungsfrei unterstellte Betriebszugehörigkeit der Klägerin von gut drei Jahrzehnten zwar erwähnt, ihnen aber kein ausreichendes Gewicht beigemessen.

*aa) Dauer der Beschäftigung*

[47] Für die Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung kann es von erheblicher Bedeutung sein, ob der Arbeitnehmer bereits geraume Zeit in einer Vertrauensstellung beschäftigt war, ohne vergleichbare Pflichtverletzungen begangen zu haben. Das gilt auch bei Pflichtverstößen im unmittelbaren Vermögensbereich. Eine für lange Jahre ungestörte Vertrauensbeziehung zweier Vertragspartner wird nicht notwendig schon durch eine erstmalige Vertrauensenttäuschung vollständig und unwiederbringlich zerstört. Je länger eine Vertragsbeziehung ungestört bestanden hat, desto eher kann die Prognose berechtigt sein, dass der dadurch erarbeitete Vorrat an Vertrauen durch einen erstmaligen Vorfall nicht vollständig aufgezehrt wird. Dabei kommt es nicht auf die subjektive Befindlichkeit und Einschätzung des Arbeitgebers oder bestimmter für ihn handelnder Personen an. Entscheidend ist ein objektiver Maßstab. Maßgeblich ist nicht, ob der Arbeitgeber hinreichendes Vertrauen in den Arbeitnehmer tatsächlich noch hat. Maßgeblich ist, ob er es aus der Sicht eines objektiven Betrachters haben müsste. Im Arbeitsverhältnis geht es nicht um ein umfassendes wechselseitiges Vertrauen in die moralischen Qualitäten der je anderen Vertragspartei. Es geht allein um die von einem objektiven Standpunkt aus zu beantwortende Frage, ob mit einer korrekten Erfüllung der Vertragspflichten zu rechnen ist.

*bb) Beanstandungsfreie Beschäftigung*

[48] Die Klägerin hat durch eine beanstandungsfreie

Tätigkeit als Verkäuferin und Kassiererin über dreißig Jahre hinweg Loyalität zur Beklagten gezeigt.

[49] Der Senat hatte davon auszugehen, dass diese Zeit ohne rechtlich relevante Beanstandungen verlaufen ist. Gegenstand einer der Klägerin erteilten Abmahnung war eine vor Kunden abgegebene, abfällige Äußerung gegenüber einem Arbeitskollegen. Dieses Verhalten steht mit dem Kündigungsvorwurf in keinerlei Zusammenhang; im Übrigen wurde die Abmahnung ein Jahr später aus der Personalakte entfernt. Schon aus tatsächlichen Gründen unbeachtlich ist das Geschehen im Zusammenhang mit der Einlösung eines Sondercoupons im November 2007. Die Klägerin hat im Einzelnen und plausibel dargelegt, weshalb ihr dabei im Ergebnis keine Bonuspunkte zugeschrieben worden seien, die ihr nicht zugestanden hätten. Dem ist die Beklagte nicht hinreichend substantiiert entgegengetreten.

*cc) Vertrauen nicht durch einmaligen Verstoß aufgezehrt*

[50] Das in dieser Beschäftigungszeit von der Klägerin erworbene Maß an Vertrauen in die Korrektheit ihrer Aufgabenerfüllung und in die Achtung der Vermögensinteressen der Beklagten schlägt hoch zu Buche. Angesichts des Umstands, dass nach zehn Tagen Wartezeit mit einer Nachfrage der in Wahrheit berechtigten Kunden nach dem Verbleib von Leergutbons über Cent-Beträge aller Erfahrung nach nicht mehr zu rechnen war, und der wirtschaftlichen Geringfügigkeit eines der Beklagten entstandenen Nachteils ist es höher zu bewerten als deren Wunsch, nur eine solche Mitarbeiterin weiterzubeschäftigen, die in jeder Hinsicht und ausnahmslos ohne Fehl und Tadel ist. Dieser als solcher berechtigte Wunsch macht der Beklagten die Weiterbeschäftigung der Klägerin trotz ihres Pflichtenverstößes mit Blick auf die bisherige Zusammenarbeit nicht unzumutbar. Objektiv ist das Vertrauen in die Zuverlässigkeit der Klägerin nicht derart erschüttert, dass dessen vollständige Wiederherstellung und ein künftig erneut störungsfreies Miteinander der Parteien nicht in Frage käme.

*B. Unwirksamkeit der ordentlichen Kündigung*

[58] Die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung zum 30. September 2008 ist unwirksam. Auch dies vermag der Senat selbst zu entscheiden. Die Kündigung ist sozial ungerechtfertigt. Sie ist nicht durch Gründe im Verhalten der Klägerin iSv. § 1 II KSchG bedingt. Sie ist auf denselben Lebenssachverhalt gestützt wie die außerordentliche Kündigung. Der Beklagten war es aus den dargelegten Gründen zuzumuten, auf das mildere Mittel der Abmahnung zurückzugreifen.

*Strafrecht***Standort: § 22 StGB, § 370 III 2 AO****Problem: Versuch eines Regelbeispiels**

BGH, BESCHLUSS VOM 28.07.2010

1 STR 332/10 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Der Angeklagte hatte bei einer Umsatzsteuervoranmeldung gefälschte Rechnungen in Höhe von über 500.000 € eingereicht, um die Auszahlung eines entsprechenden Erstattungsbetrags zu bewirken. Das zuständige Finanzamt hatte jedoch Zweifel an der Richtigkeit der Voranmeldung und zahlte nicht aus, sondern führte statt dessen eine Sonderprüfung durch, die die Unrichtigkeit der Voranmeldung ergab.

Das Landgericht Saarbrücken hatte den Angeklagten wegen versuchter Steuerhinterziehung, § 370 I Nr. 1 AO, §§ 22, 23 I StGB, verurteilt. Dabei war es insbesondere vom Vorliegen eines besonders schweren Falles gem. § 370 III 2 Nr. 1 AO ausgegangen. Dieses Regelbeispiel setze zwar voraus, dass der Täter "in großem Ausmaß Steuern verkürzt oder nicht gerechtfertigte Steuervorteile erlangt", was aufgrund der Tatsache, dass das Finanzamt an den Angeklagten keinen Erstattungsbetrag ausgezahlt habe, objektiv nicht eingetreten sei. Allerdings habe der Angeklagte versucht, dieses Regelbeispiel zu verwirklichen und bereits dieser Versuch löse die Regelwirkung und somit die Verwirkung des gem. § 370 III AO erhöhten Strafrahmens aus. Der BGH bestätigt im vorliegenden Beschluss die Verurteilung wegen Versuchs in einem besonders schweren Fall, betont jedoch, dass bei einem wegen des nur versuchten Regelbeispiels geringeren Schuldgehalt auch hinsichtlich des besonders schweren Falles eine Strafmilderung gem. §§ 23 II, 49 I StGB in Betracht zu ziehen sei.

**Prüfungsrelevanz:**

Während die vom BGH angesprochenen Straftatbestände der Abgabenordnung (AO) nicht zum Prüfungsstoff gehören, handelt es sich bei der angesprochenen Frage, ob ein Versuch eines Regelbeispiels möglich ist, um einen Examensklassiker. Insofern ist nämlich zu berücksichtigen, dass sich dieses Problem nicht nur bei den Regelbeispielen des § 370 III 2 AO stellt, sondern grundsätzlich bei jeder Vorschrift, die Regelbeispiele für einen besonders schweren Fall des jeweiligen Delikts nennt. Regelbeispiele finden sich jedoch auch bei solchen Delikten, die in beiden Examen immer wieder zu prüfen sind (z.B. §§ 243 I 2, 253

IV 2, 263 III 2 StGB). Deshalb hat die vorliegende Entscheidung - auch wenn sie nur die bisherige Rechtsprechung bestätigt - erhebliche Examensrelevanz.

Der Gesetzgeber hat in den letzten Jahren eine starke Schwäche dafür entwickelt, bei zahlreichen Delikten Regelbeispiele für besonders schwere Fälle einzuführen. Diese Regelbeispiele stellen lediglich Strafzumessungsgesichtspunkte dar und enthalten - anders als Qualifikationen - somit keine eigenen Tatbestandsmerkmale, sondern lediglich tatbestandsähnliche Voraussetzungen. Deshalb sind sie auch im Gutachten nicht bereits im Tatbestand zu prüfen, sondern - wie alle Strafzumessungsgesichtspunkte - nach der Schuld.

Ein klassisches Examensproblem stellt die Frage dar, ob auch bereits der Versuch eines Regelbeispiels den erhöhten Strafrahmen eines besonders schweren Falles auslöst (vgl. hierzu die Darstellung im Skript StrafR BT I, Rn. 94 ff. und bei Fischer, § 46 Rn. 97 ff.).

Unstreitig ist ein besonders schwerer Fall gegeben, wenn zwar das Grunddelikt nur im Versuch vorliegt, das Regelbeispiel jedoch schon voll verwirklicht wurde (BGH, NStZ 1985, 217, 218; Fischer, § 46 Rn. 103; Joecks, § 243 Rn. 44; Schönke/Schröder-Eser, § 243 Rn. 44). In dieser Konstellation ist aber streng genommen auch nicht ein "Versuch eines Regelbeispiels" gegeben.

Streitig ist jedoch die Behandlung solcher Konstellationen, in denen das Grunddelikt nur versucht oder bereits vollendet ist und der Täter zur Verwirklichung des Regelbeispiels nur unmittelbar angesetzt, dieses aber noch nicht voll verwirklicht hat. Die herrschende Literatur lehnt in solchen Fällen die Anwendung des erhöhten Strafrahmens für einen besonders schweren Fall ab (Joecks, § 243 Rn. 42; Schönke/Schröder-Eser, § 243 Rn. 44; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn. 202; Otto, JURA 1989, 200, 201). Die Annahme eines Regelbeispiels setze stets voraus, dass sämtliche objektiven und subjektiven Voraussetzungen des Regelbeispiels vorlägen. Auch setze eine Versuchsstrafbarkeit gem. § 22 StGB stets voraus, dass der Täter "zur Verwirklichung des Tatbestands" unmittelbar ansetze. Da Regelbeispiele aber keine Tatbestände hätten, sondern allenfalls tatbestandsähnliche Voraussetzungen, könnte diese Voraussetzung beim "Versuch" eines Regelbeispiels nie gegeben sein. Die Rechtsprechung und ein Teil der Literatur erachten jedoch bereits den Versuch des Regelbeispiels als ausreichend für die

Verwirkung des höheren Strafrahmens eines besonders schweren Falls (BGH, NStZ 1984, 262, 263; NJW 1986, 940, 942; BayObLG, NStZ 1997, 442; Schäfer, JR 1986, 522, 523). Zwischen Regelbeispielen und echten Tatbeständen gebe es keinen tief greifenden Wesensunterschied, sodass sie auch gleich behandelt werden müssten mit der Folge, dass es auch den Versuch eines Regelbeispiels geben müsse. Auch sei der von § 22 StGB verwendete Begriff des "Tatbestandes" nicht legaldefiniert, sodass auch eine weite Auslegung der Norm unter Einbeziehung der "Quasi-Tatbestände" von Regelbeispielen denkbar sei. Lediglich beim Regelbeispiel des § 263 III 2 Nr. 3 StGB hat der BGH von diesem Grundsatz eine Ausnahme gemacht, da dieses Regelbeispiel die Herbeiführung eines "Vermögensverlusts großen Ausmaßes" voraussetze und dieses Unrecht allein durch einen entsprechenden Versuch nicht verwirklicht sein könne (BGH, wistra 2007, 111; NStZ-RR 2009, 206, 207).

In der vorliegenden Entscheidung führt der BGH seine bisherige Rechtsprechung fort und nimmt einen strafschärfenden Versuch des Regelbeispiels des § 370 III 2 Nr. 1 AO an, wobei er ausführt, dass dieses mit demjenigen des § 263 III 2 Nr. 3 StGB nicht vergleichbar sei, sodass im vorliegenden Fall doch ein Versuch des Regelbeispiels möglich sei.

#### **Vertiefungshinweise:**

□ Zum Versuch eines Regelbeispiels: *BGHSt* 33, 374; *BGH*, NStZ 1984, 262; 1985, 218; 1986, 940; 2003, 602; NStZ-RR 2009, 206; wistra 2007, 111; *BayObLG*, NStZ 1997, 442; *Laubenthal*, JZ 1987, 1069; *Otto*, JURA 1989, 200; *Schäfer*, JR 1986, 522; *Zieschang*, JURA 1999, 561; *Zopfs*, GA 1995, 324

#### **Kursprogramm:**

□ *Examenskurs*: "Kein Humor"

#### **Leitsätze (der Redaktion):**

**1. Der Umstand, dass ebenso wie das Grunddelikt des § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO auch das Regelbeispiel des § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO nur versucht worden ist, steht der Annahme eines besonders schweren Falles nicht entgegen. Für den Eintritt der Regelwirkung der Regelbeispiele besonders schwerer Steuerhinterziehung gemäß § 370 Abs. 3 Satz 2 AO kann es bei der versuchten Steuerhinterziehung (§ 370 Abs. 2 AO) nur darauf ankommen, ob der Täter nach seiner Vorstellung zur Verwirklichung des Regelbeispiels bereits unmittelbar angesetzt hat. Dabei sind bei der Bestimmung des für den strafbaren Deliktsversuch geltenden Strafrahmens die Regelbeispiele besonders schwerer Steuerhinterziehung im Ergebnis wie ein Tatbestandsmerkmal zu behandeln.**

**2. Ist der Schuldgehalt der versuchten Tat geringer, kommt auch für den Strafrahmen des besonders schweren Falles der Steuerhinterziehung (§ 370 Abs. 3 Satz 1 AO) die Strafrahmenverschiebung des § 23 Abs. 2 i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB in Betracht.**

#### **Sachverhalt:**

Der Angeklagte ließ beim Finanzamt Köln für die D-GbR betreffend den Monat Juni 2008 eine unrichtige Umsatzsteuervoranmeldung einreichen. Darin wurde zu Unrecht ein Vorsteuerbetrag in Höhe von mehr als 534.000 Euro aus gefälschten Rechnungen der Firma E, denen in Wirklichkeit keine Leistungen zugrunde lagen, geltend gemacht. Das Finanzamt, das Zweifel an der Richtigkeit der Umsatzsteuervoranmeldung hatte, zahlte die geltend gemachten Vorsteuern nicht als Erstattungsbetrag aus, sondern leitete eine Umsatzsteuersonderprüfung ein.

#### **Aus den Gründen:**

##### *a) Entscheidung des Landgerichts*

Im Fall II.2 der Urteilsgründe hat das Landgericht den Angeklagten rechtsfehlerfrei wegen versuchter Steuerhinterziehung in Tateinheit mit Urkundenfälschung verurteilt. Auch die Strafrahmenwahl für diesen Fall, bei der das Landgericht die Strafe dem gemäß § 23 Abs. 2 i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB gemilderten Strafrahmen des § 370 Abs. 3 AO entnommen hat, hält rechtlicher Nachprüfung stand. [...]

##### *b) Entscheidung des BGH*

Auch wenn der Angeklagte hier nicht i.S.v. § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO "in großem Ausmaß Steuern verkürzt oder nicht gerechtfertigte Steuervorteile erlangt hat", weil eine Auszahlung des geltend gemachten Erstattungsbetrages vom Finanzamt verweigert worden war (vgl. § 168 Satz 2 AO), durfte das Landgericht die Strafe dennoch dem gemäß § 23 Abs. 2 i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB gemilderten Strafrahmen des § 370 Abs. 3 AO entnehmen. Denn die Geltendmachung des unberechtigten Vorsteuerbetrages von mehr als 534.000 Euro zielte auf einen nicht gerechtfertigten Steuervorteil in großem Ausmaß i.S.v. § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO ab (vgl. BGH, Urteil vom 2. Dezember 2008 - 1 StR 416/08, BGHSt 53, 71, 84 ff.). Der Umstand, dass ebenso wie das Grunddelikt des § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO auch das Regelbeispiel des § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO nur versucht worden ist, steht dem nicht entgegen (vgl. BGH, Beschluss vom 18. November 1985 - 3 StR 291/85, BGHSt 33, 370; glA Joecks in Franzen/ Gast/Joecks, Steuerstrafrecht 7. Aufl. § 370 Rn. 276; Fischer, StGB 57. Aufl. § 46 Rn. 101). Für den Eintritt der Regelwirkung der Regelbeispiele besonders schwerer Steuerhinterziehung gemäß

§ 370 Abs. 3 Satz 2 AO kann es bei der versuchten Steuerhinterziehung (§ 370 Abs. 2 AO) nur darauf ankommen, ob der Täter nach seiner Vorstellung zur Verwirklichung des Regelbeispiels bereits unmittelbar angesetzt hat. Denn bei der versuchten Steuerhinterziehung ist auch für die Indizwirkung der Regelbeispiele auf die subjektive Tatseite abzustellen. Dabei sind bei der Bestimmung des für den strafbaren Deliktsversuch geltenden Strafrahmens die Regelbeispiele besonders schwerer Steuerhinterziehung im Ergebnis wie ein Tatbestandsmerkmal zu behandeln, weil sie einen gegenüber dem Tatbestand erhöhten Unrechts- und Schuldgehalt typisieren (BGHSt 33, 370, 374). Ist der Schuldgehalt der versuchten Tat geringer, kommt auch für den Strafrahmen des besonders schweren Falles der Steuerhinterziehung (§ 370 Abs. 3 Satz 1 AO) die Strafrahmenverschiebung des § 23 Abs. 2 i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB in Betracht.

Gegenteiliges ergibt sich nicht aus einem Vergleich mit dem Regelbeispiel des § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 Var. 1 StGB, für das der Bundesgerichtshof annimmt, dass ein bloßer Betrugsversuch die Voraussetzungen des Regelbeispiels des „Herbeiführens eines Vermögensverlustes großen Ausmaßes“ nicht erfüllen kann (vgl. BGH, Beschluss vom 17. November 2006 - 2 StR 388/06, BGHR § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 Vermögensverlust 6; BGH, Beschluss vom 9. Januar 2007 - 4 StR 428/06, wistra 2007, 183; BGH, Beschluss vom 24. März 2009 - 3 StR 598/08, NStZ-RR 2009, 206, 207). Denn der dort vom Gesetzgeber verwendete Begriff des Vermögensverlustes ist nach dem Wortsinn enger zu verstehen als die in anderem Zusammenhang verwendeten Begriffe des Vermögensschadens oder

-nachteils und verbietet daher eine Ausdehnung auf bloße Gefährdungsschäden (BGH, Beschluss vom 7. Oktober 2003 - 1 StR 212/03, BGHSt 48, 354, 358 f.). Dies rechtfertigt, die im bloßen Ansetzen, einen Vermögensverlust herbeizuführen, liegende Gefährdung auch bei Versuchstaten für die Regelwirkung nicht ausreichen zu lassen. Zutreffend hat der Generalbundesanwalt darauf hingewiesen, dass im Gegensatz hierzu § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO ausdrücklich Bezug nimmt auf den Begriff der Steuerverkürzung und damit auf die Legaldefinition in § 370 Abs. 4 Satz 1 AO. Von dieser Definition werden auch Vermögensgefährdungen bei verspäteter oder zu niedriger Festsetzung erfasst (vgl. BGHSt 53, 71, 85 Rn. 39; Joecks aaO § 370 AO Rn. 51).

Im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtwürdigung, ob ein besonders schwerer Fall der Steuerhinterziehung i.S.d. § 370 Abs. 3 AO gegeben ist, hat das Landgericht ausdrücklich berücksichtigt, dass es letztlich nicht zu einer Tatvollendung gekommen ist. Dabei musste es hier nicht ausdrücklich erörtern, ob das Vorliegen des vertypten Milderungsgrundes des Versuchs (§ 23 Abs. 2 StGB) ausnahmsweise zum Entfallen der Regelwirkung führen konnte. Denn die vom Landgericht erwogenen Strafzumessungsgründe legen eine solche Möglichkeit nicht nahe. Dies gilt insbesondere unter Berücksichtigung der Höhe des geltend gemachten Erstattungsbetrages und des Umstandes, dass die Auszahlung nur durch die besondere „Wachsamkeit“ des Finanzamtes verhindert wurde. Im Übrigen wäre - worauf der Generalbundesanwalt zutreffend hinweist - die verhängte Strafe auch angemessen (vgl. § 354 Abs. 1a Satz 1 StPO).

### Standort: § 250 I Nr. 1b StGB

### Problem: Scheinwaffe

BGH, URTEIL VOM 18.08.2010  
2 STR 295/10 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

#### **Problemdarstellung:**

Der Angeklagte hatte in zwei Tankstellen eine leere Sporttasche auf die Theke gestellt, demonstrativ ein Handy in die Hand genommen und erklärt, dass sich in der Tasche eine Bombe befände, die er mit dem Handy zünden würde, wenn man ihm nicht die Einnahmen aushändigen würde. In der einen Tankstelle weigerte sich der Verkäufer, das Geld herauszugeben, in der zweiten Tankstelle hatte der Täter Erfolg.

Das Landgericht Kassel hatte den Angeklagten aufgrund dieses Verhaltens wegen versuchter und vollendeter schwerer räuberischer Erpressung gem. §§ 253 I, 255, 250 I Nr. 1b StGB verurteilt. Die hiergegen gerichtete Revision des Angeklagten wies der BGH zurück und bestätigte insbesondere auch die Annahme der Qualifikation gem. § 250 I Nr. 1b StGB durch das

Landgericht.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Die Tatbestände des 20. Abschnitts des StGB (§§ 249 ff. StGB) sind - vor allem in letzter Zeit - besonders häufig Gegenstand von Examensaufgaben. Insofern werden vom Prüfling nicht nur Grundkenntnisse und die Beherrschung der relevanten Prüfungsschemata und Definitionen verlangt, sondern auch detaillierte Kenntnisse der einzelnen Spezialprobleme. Die vorliegende Entscheidung des BGH ist deshalb interessant, weil sie dessen bisherige Rechtsprechung zur Anwendbarkeit des Qualifikationstatbestandes des § 250 I Nr. 1b StGB auf offensichtlich ungefährliche Sachen wenn schon nicht modifiziert, so doch zumindest präzisiert. Da die Vorgehensweise des Angeklagten im vorliegenden Fall originell und ziemlich clever ist, ist zu erwarten, dass vergleichbare Konstellationen in Klausuren und insbesondere Prüfungsgesprächen

kurzfristig auftauchen werden.

Der Qualifikationstatbestand des schweren Raubes gem. § 250 StGB findet neben § 249 I StGB wegen der Rechtsfolge der §§ 252 I; 255 StGB (“gleich einem Räuber zu bestrafen”) auch bei einem räuberischen Diebstahl oder einer räuberischen Erpressung als Grunddelikt Anwendung. 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. 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). “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.

In früheren Entscheidungen (RA 2007, 332 = NStZ 2007, 332; RA 2008, 680 = NStZ-RR 2008, 311) hatte der BGH jedoch 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 übertragen. 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 mitwirklichten Täuschung des Täters über die Natur des Objekts habe das Opfer den Eindruck, dass es sich um eine gefährliche Sache (nämlich eine Schusswaffe) handle. Im vorliegenden Fall ist die Konstellation auf den ersten Blick identisch: Weder die Sporttasche noch das Handy, die der

Angeklagte bei der Tat benutzte, erwecken bei unvoreingenommener Betrachtung einen gefährlichen Eindruck. Vielmehr bedurfte es der Täuschung darüber, dass sich in der Tasche eine Bombe befände, die der Angeklagte über das Handy auslösen könne, damit die Verkäufer um ihr Leben fürchteten. Der BGH betont jedoch, dass ein Beobachter auch bei näherer Betrachtung nicht erkennen könnte, ob sich in der Tasche tatsächlich eine Bombe befände und diese deshalb gefährlich ist oder nicht. Deswegen sei die Tasche - anders als ein kurzes Metallrohr - zumindest nicht offensichtlich ungefährlich und stelle deshalb - vergleichbar einer täuschend echt aussehenden Spielzeugpistole oder einer anderen “Scheinwaffe” - auch ein sonstiges Werkzeug i.S.v. § 250 I Nr. 1b StGB dar.

#### *Vertiefungshinweise:*

□ Zu § 250 I Nr. 1b StGB bei Verwendung offensichtlich ungefährlicher Sachen: *BGHSt* 44, 103; *BGH*, RA 2007, 221 = NStZ 2007, 332; RA 2008, 680 = NStZ-RR 2008, 311; *Geppert*, JURA 1999, 604; *Klescewski*, GA 2000, 357; *Lesch*, StV 1999, 93; *Mitsch*, JuS 1999, 644

#### *Kursprogramm:*

□ *Examenskurs*: “Der Bankräuber”

#### *Leitsätze (der Redaktion):*

**§ 250 I Nr. 1b StGB ist nicht anzuwenden, wenn die objektive Ungefährlichkeit eines vorgeblich gefährlichen Gegenstands schon nach dessen äußeren Erscheinungsbild offenkundig auf der Hand liegt; hierbei kommt es 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 vereitelt.**

#### *Sachverhalt:*

Der Angeklagte entwendete am Tattag, dem 22. September 2009, einem Mitpatienten in einem Krankenhaus ein Mobiltelefon. Mit Hilfe des Telefons erkundigte er sich, da er ein Bordell aufsuchen wollte, nach den dortigen Preisen; da er nicht über Geld verfügte, beschloss er, sich die notwendigen Mittel durch einen Tankstellenüberfall zu beschaffen.

Gegen 23.40 Uhr betrat er eine Tankstelle, stellte eine verschlossene Sporttasche auf die Verkaufstheke, nahm demonstrativ das Mobiltelefon in die Hand und erklärte dem Verkäufer, in der Tasche befände sich eine Bombe, die er zünden werde, wenn ihm nicht das Geld aus der Kasse ausgehändigt werde. Da der Verkäufer nicht wie gewünscht reagierte, sondern die Drohung nicht ernst nahm, brach der Angeklagte den Versuch ergebnislos ab.

Kurz darauf wiederholte er an einer nahe gelegenen

anderen Tankstelle sein Unternehmen. Die verängstigte Verkäuferin händigte ihm aufgrund seiner Drohung 1.525 € Bargeld sowie eine Stange Zigaretten aus. Das Geld gab der Angeklagte sodann wie geplant aus.

### **Aus den Gründen:**

#### *1. Entscheidung des Landgerichts*

[1 - 4] Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Diebstahls, schwerer räuberischer Erpressung und versuchter schwerer räuberischer Erpressung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und neun Monaten verurteilt. Seine auf die Sachrüge gestützte Revision ist unbegründet. [...]

#### *2. Entscheidung des BGH*

[5] Die Verurteilung wegen schwerer räuberischer Erpressung (Fall 3) und versuchter schwerer räuberischer Erpressung (Fall 2) - jeweils unter Anwendung von § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b StGB - begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Die vom Angeklagten verwendeten Gegenstände - eine handelsübliche Sporttasche und ein Mobiltelefon - waren zwar nach ihrer objektiven Beschaffenheit ungefährlich, so dass, wie das Landgericht zutreffend erkannt hat, Fälle des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB jedenfalls nicht vorlagen. Es war aber, entgegen der Ansicht der Revision und des Generalbundesanwalts, hier auch kein Sonderfall ge-

geben, in welchem die Drohungswirkung eingesetzter Gegenstände nicht auf deren objektivem Erscheinungsbild, sondern ausschließlich auf täuschenden Erklärungen des Täters beruht. Dies ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der Fall, wenn die objektive Ungefährlichkeit eines vorgeblich gefährlichen Gegenstands schon nach dessen äußeren Erscheinungsbild offenkundig auf der Hand liegt; hierbei kommt es 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 vereitelt (vgl. BGHSt 38, 116; BGH NStZ 1997, 184; 1998, 38; 2007, 332, 333 f.; weitere Nachw. bei Fischer, StGB, 57. Aufl., § 250 Rn. 10a).

[6] Ein solcher Fall lag hier nicht vor. Für einen objektiven Beobachter war die Gefährlichkeit der vom Angeklagten verwendeten Gegenstände, die er täuschend als "Bombe" bezeichnete, überhaupt nicht einzuschätzen; der äußere Augenschein gab keinen Anhaltspunkt dafür, ob die Behauptung des Angeklagten über die Gefährlichkeit zutraf. Der Sachverhalt lag daher im Ergebnis nicht anders als bei Verwendung sonstiger als "Scheinwaffen" bezeichneter, objektiv ungefährlicher Gegenstände, so dass die rechtliche Einordnung durch das Landgericht sich als zutreffend erweist. [...]

### **Standort: § 265a I 3. Fall StGB**

### **Problem: "Schwarzfahren"**

OLG FRANKFURT A.M., BESCHLUSS VOM 20.07.2010  
1 Ss 336/08 (NJW 2010, 3107)

#### **Problemdarstellung:**

Der Angeklagte hatte wiederholt Straßen- und U-Bahnen benutzt, ohne einen gültigen Fahrausweis zu besitzen und war bei entsprechenden Kontrollen aufgefallen.

Das Amtsgericht Frankfurt a.M. hatte ihn deshalb wegen Erschleichens einer Beförderungsleistung, § 265a I 3. Fall StGB, verurteilt. Die hiergegen gerichtete Berufung hatte das Landgericht Frankfurt a.M. zurückgewiesen. Auf die dann eingelegte Revision des Angeklagten hin hob das OLG Frankfurt a.M. die Verurteilung auf. Zum einen reichten dem OLG die Feststellungen nicht aus, um sich davon überzeugen zu können, dass der Tatbestand des § 265a I 3. Fall StGB vollendet war, dass der Angeklagte also tatsächlich eine Beförderungsleistung erschlichen hatte. Es wäre nämlich auch möglich, dass der Angeklagte vor oder unmittelbar nach Fahrtantritt ertappt worden wäre. Dann hätte dieser aber noch keine Beförderungsleistung erschlichen, sodass allenfalls ein (gem. § 265a II

StGB strafbarer) Versuch vorliegen würde. Außerdem rügte das OLG, dass die getroffenen Feststellungen nicht ausreichen würden, um zu überprüfen, ob der Angeklagte bei seinen "Schwarzfahrten" den Anschein ordnungsgemäßen Verhaltens erweckt hatte, was aber für eine Verurteilung gem. § 265a I 3. Fall StGB erforderlich wäre.

#### **Prüfungsrelevanz:**

§ 265a StGB ist in Examensaufgaben vielleicht nicht übermäßig häufig zu prüfen, gehört jedoch in allen Bundesländern zum Pflichtstoff. Insbesondere wegen der Nähe des § 265a I StGB zum höchst examensrelevanten Tatbestand des § 263 I StGB und aufgrund der hohen praktischen Relevanz der Frage nach der Strafbarkeit des "Schwarzfahrens" sind jedoch Fälle wie der vorliegende immer wieder in Examensaufgaben anzutreffen. Da die vorliegende Entscheidung zu den ersten gehört, die die aktuelle BGH-Rechtsprechung (RA 2009, 214 = NStZ 2009, 211) umsetzen und auch präzisieren, dürfte sie insofern eine besonders hohe Examensrelevanz aufweisen.

In Rechtsprechung und Literatur wird die Frage kon-

trovers diskutiert, unter welchen Voraussetzungen ein "Schwarzfahren", d.h. wenn der Täter ein öffentliches Verkehrsmittel benutzt, ohne im Besitz einer gültigen Fahrkarte zu sein, ein strafbares Erschleichen einer Beförderungsleistung gem. § 265a I 3. Fall StGB darstellt (vgl. hierzu die Darstellung im Skript StraFR BT I, Rn. 483).

Nach der Rechtsprechung und einem Teil der Literatur genügt es für eine Strafbarkeit gem. § 265a I 3. Fall StGB, dass der Täter den Anschein ordnungsgemäßen Verhaltens erweckt (BGH, RA 2009, 214, 216 f. = NStZ 2009, 211, 212; BayObLG, StV 2002, 428; OLG Frankfurt, NStZ-RR 2001, 269; Rengier, BT I, § 16 Rn. 6; Stiebig, JURA 2003, 699, 700). Früher habe es Kontrollmaßnahmen (z.B. Zugangskontrollen an Bahnsteigen) gegeben, um eine Inanspruchnahme von Beförderungsleistungen durch Nichtberechtigte zu verhindern, sodass beim Erschleichen einer solchen Leistung eine Strafbarkeit - i.d.R. gem. § 263 I StGB - selbstverständlich war. Dass diese Maßnahmen aus Kostengründen mittlerweile eingestellt worden seien, könne nicht dazu führen, dass ein vergleichbares Verhalten heute nicht mehr strafbar sei. Gebe sich der Täter den Anschein ordnungsgemäßen Verhaltens, so liege ein täuschungsähnliches Verhalten des Täters vor und die Voraussetzungen des - betrugsnah auszulegenden - § 265a StGB seien somit gegeben.

Die herrschende Literatur verlangt jedoch für ein Erschleichen i.S.v. § 265a I 3. Fall StGB, dass der Täter vorhandene Kontrollmaßnahmen umgeht oder ausschaltet, indem er zum Beispiel über eine Absperrung (z.B. ein Drehkreuz) springt, sich über einen ungewöhnlichen Zugang einschleicht oder eine Kontrollperson (z.B. einen Schaffner) ablenkt (Fischer, § 265a Rn. 21; Lackner/Kühl, § 265a Rn. 6a; Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 265a Rn. 11; Krey/Hellmann, BT II, Rn. 512a; Ellbogen, JURA 2005, 20, 21). Die Rechtsprechung deutet ein Täterverhalten, das eigentlich in einem - mangels Garantstellung straflosen - Unterlassen bestehe (nämlich dem Unterlassen des Erwerbs eines Fahrscheins), in ein gem. § 265a I 3. Fall StGB strafbares - aktives Tun um. Außerdem sei die Rechtsprechung inkonsequent, da sie bei den anderen Fällen des § 265a I StGB selbst immer eine Umgehung von Sicherungsvorkehrungen verlange, nur bei § 265a I 3. Fall StGB nicht.

Das OLG Frankfurt führt in der vorliegenden Entscheidung die bisherige Rechtsprechung fort, weist jedoch darauf hin, dass es bei einem "Schwarzfahrer" zwar nahe liege, dass dieser sich den Anschein ordnungsgemäßen Verhaltens gebe, dass dies aber nicht selbstverständlich sei. Wenn es sich etwa um ein Beförderungsmittel handele, in dem jeder Fahrgast beim Einsteigen seinen Fahrausweis vorzeigen müsse und der Täter ausdrücklich sage, dass er keinen Fahrschein

habe und trotzdem mitfahre, dann seien auch die Voraussetzungen der Rechtsprechung für ein Erschleichen i.S.v. § 265a I 3. Fall StGB nicht gegeben. Außerdem betont das OLG, dass es sich bei § 265a I StGB um ein Erfolgsdelikt handele, sodass die Beförderungserschleichung erst vollendet sei, wenn der Täter tatsächlich eine solche Leistung erschlichen habe, d.h. für eine nicht unerhebliche Strecke mitgefahren sei. Werde der Täter bereits nach wenigen Metern Fahrt entdeckt, sei somit allenfalls eine Versuchsstrafbarkeit möglich.

#### **Vertiefungshinweise:**

□ Zur Strafbarkeit gem. § 265a StGB beim "Schwarzfahren": BGH, RA 2009, 214 = NStZ 2009, 211; BayObLG, StV 2002, 428; OLG Düsseldorf, NJW 2000, 2120; OLG Frankfurt, NStZ-RR 2001, 269; Ellbogen, JuS 2005, 20; Hinrichs, NJW 2001, 932; Stiebig, JURA 2003, 699

#### **Leitsatz:**

**Zu den Voraussetzungen des Tatbestands der Beförderungerschleichung nach § 265 a StGB.**

#### **Sachverhalt:**

Das Landgericht ist von folgenden Feststellungen ausgegangen:

„Der Angeklagte benutzte in [...] am 7.3.2006 gegen 10:22 Uhr die Straßenbahn der Linie 11, am 30.3.2006 gegen 9:49 Uhr die Straßenbahn der Linie 11, am 4.11.2006 gegen 8:18 Uhr die Straßenbahn der Linie 11 und am 15.11.2006 gegen 6:24 Uhr die U-Bahn der Linie U7. Der Angeklagte wurde jeweils kontrolliert. Er konnte keinen gültigen Fahrausweis vorzeigen, da er den Fahrpreis nicht entrichtet hat.“

#### **Aus den Gründen:**

##### *1. Entscheidungen der Vorinstanzen; Rechtsmittel*

[1] Durch Urteil des Amtsgerichts Frankfurt am Main wurde der Angeklagte am 4.3.2008 wegen Beförderungerschleichung in vier Fällen zu einer Gesamtgeldstrafe von 65 Tagessätzen zu je 5,00 Euro verurteilt. Die dagegen gerichtete Berufung wurde durch Urteil der 7. kleinen Strafkammer des Landgerichts Frankfurt am Main am 10.6.2008 zurückgewiesen.

[2] Gegen das Urteil richtet sich die form- und fristgerecht eingelegte und in gleicher Weise begründete Revision des Angeklagten.

[3] Sie führt mit der Sachrüge zur Aufhebung des Urteils.

##### *2. Entscheidung des OLG*

[4 - 6] Die bisherigen Feststellungen des Landgerichts tragen den Schuldspruch wegen eines vollendeten Er-

schleichens von Leistungen nicht. [...]

[7] Diese Feststellungen sind unvollständig bzw. lückenhaft und erlauben dem Senat nicht die ihm obliegenden Nachprüfung, ob das sachliche Recht zutreffend angewandt wurde.

*a. Zu den Voraussetzungen des § 265a StGB*

*aa. Zum Vollendungszeitpunkt*

[8] Der Tatbestand des § 265 a StGB ist ein Erfolgsdelikt. Die Vollendung setzt ein Vermögensschaden voraus, der in dem Entgehen des Entgelts liegt und regelmäßig mit der Verwirklichung des "Erschleichens" gegeben ist.

[9] Ob das vom Täter entgeltfrei erlangte tatsächliche Ereignis auch ohne sein Handeln stattgefunden hätte, ist unerheblich, denn Taterfolg ist nicht das Stattfinden des Leistungsereignisses, sondern seine Nutzung durch den Täter unter Vorenthalten des Entgelts (vgl. Senatsbeschl. v. 26.2.2010 - 1 Ss 425/08; Fischer, StGB, 57. Aufl., § 265 a Rndr. 27). Vollendet ist die Tat mit dem Beginn der Beförderungsleistung (vgl. Schönke-Schröder-Lenckner/Perron, StGB, 27. Aufl., § 265 a Rdnr. 13; Fischer a. a. O. Rdnr. 28). Auszuscheiden sind aber Fälle, in denen nach der Verkehrsauffassung eine "Beförderung" noch gar nicht vorliegt (z. B. Abbruch der Fahrt oder Entdeckung des Täters nach wenigen Metern), in denen auch ein nichterschleichender Fahrgast eine entgeltspflichtige Leistung nicht erlangt hätte (vgl. Senatsbeschl. a. a. O.; Fischer a. a. O. Rdnr. 28). Die Feststellungen im angefochtenen Urteil lassen keine Beurteilung zu, ob mit der Beförderungsleistung bereits begonnen und die Tat damit bereits vollendet wurde. Die Feststellung erschöpfen sich in der Mitteilung, dass der Angeklagte die Straßenbahnen der Linie 11 und die U-Bahn der Linie U7 in Stadt1 benutzte und er kontrolliert wurde. Die konkreten Umstände der Fahrt und der Fahrscheinkontrolle sind nicht dargelegt. So fehlen Ausführungen dazu, an welcher Haltestelle der Angeklagte in die Straßenbahn bzw. U-Bahn eingestiegen ist und was für eine Fahrtstrecke er bereits zurückgelegt hatte als er von den Kontrolleuren kontrolliert wurde. Auch lässt die Formulierung, dass er die Straßenbahn bzw. die U-Bahn benutzte, keinen Schluss auf die bereits zurückgelegte Fahrtstrecke zu und schließt nicht aus, dass die Straßenbahn bzw. U-Bahn im Zeitpunkt der Kontrolle erst angefahren war. In diesem Fall wäre aber nur ein, nach § 265 a Abs. 2 StGB ebenfalls strafbarer, Versuch des Erschleichens von Leistungen gegeben.

*bb. Zu den weiteren Voraussetzungen des § 265a StGB*

[10] Im Übrigen ist der objektive Tatbestand der Leistungerschleichung nicht bereits dann erfüllt, wenn der Angeklagte das Verkehrsmittel unberechtigt nutz-

te. Er muss darüber hinaus für einen objektiven Beobachter den Anschein ordnungsgemäßer Erfüllung der Geschäftsbedingungen erregt haben (vgl. BGH Beschl. v. 8.1.2009 - Az.: 4 StR 117/08; Beschl. d. Oberlandesgerichts des Landes Sachsen-Anhalt v. 6.4.2009 - Az.: 2 Ss 313/07).

[11] Eine Beförderungsleistung wird dann im Sinne des § 265 a Abs. 1 StGB erschlichen, wenn der Täter sich unter Überwindung oder Umgehung physischer Schranken durch täuschungsähnliches oder durch anderweitig manipulatives Verhalten in den Genuss der Beförderungsleistung bringt.

[12] Daneben genügt es allerdings auch, dass er ein Verkehrsmittel unberechtigt benutzt und sich dabei allgemein mit dem Anschein umgibt, er erfülle die nach den Geschäftsbedingungen des Betreibers erforderlichen Voraussetzungen. Nicht notwendig ist, dass der Anschein ordnungsgemäßer Erfüllung der Geschäftsbedingungen gerade gegenüber dem Beförderungsbetreiber oder seinen Bediensteten erregt wird. Es genügt vielmehr, dass der Täter lediglich allgemein einen entsprechenden Anschein erweckt (vgl. BGH sowie OLG des Landes Sachsen-Anhalt a.a.O.). Damit muss jedenfalls der Angeklagte für einen objektiven Beobachter den Anschein ordnungsgemäßer Erfüllung der Geschäftsbedingungen erregt haben, wobei im konkreten Einzelfall zu prüfen ist, ob der Täter gemessen an den jeweils geltenden Geschäftsbedingungen ein äußerlich erkennbares Verhalten zeigte, das einem objektiven Beobachter erlaubte, durch Subsumtion unter die Voraussetzungen der Geschäftsbedingungen den Schluss zu ziehen, der Täter sei zur Benutzung des Verkehrsmittels berechtigt. Hierfür kann es schon genügen, wenn er das Verkehrsmittel betritt und mitfährt, ohne sich um die Erlangung eines Fahrausweises zu kümmern oder einen Fahrausweis vorzuzeigen oder zu entwerfen. Dies gilt jedoch nur dann, wenn dieses Verhalten nach den Geschäftsbedingungen des Betreibers keinen Anlass zu Zweifeln an der Rechtmäßigkeit der Benutzung des Verkehrsmittels bietet, etwa weil ein objektiver Beobachter davon ausgehen kann, dass der Täter im Besitz eines Dauerfahr Scheines ist und er diesem Anschein auch nicht entgegen getreten ist. Letzteres ist etwa anzunehmen, wenn er bereits beim Betreten des Beförderungsmittels deutlich zum Ausdruck gebracht hat, er wolle den geschuldeten Fahrpreis nicht entrichten. Ebenso ist der objektive Tatbestand z. B. dann nicht erfüllt, wenn der Fahrgast verpflichtet ist, beim Betreten des Beförderungsmittels einen Fahrausweis zu erwerben, zu entwerfen oder dem Personal unaufgefordert vorzuzeigen und der Täter das Verkehrsmittel benutzt, ohne eine dieser Handlungen vorzunehmen. Um feststellen zu können, ob der Täter den Anschein der nach den Geschäftsbedingungen berechtigten Benutzung des Verkehrsmittels erweckt hat, müssen deshalb die nach den

Geschäftsbedingungen dafür aufgestellten Voraussetzungen sowie das äußerlich erkennbare Verhalten des Täters, das den Schluss zulässt, er erfülle diese Voraussetzungen, ermittelt werden (Beschl. d. Oberlandesgerichtes des Landes Sachsen-Anhalt a. a. O.). Beides ist in dem Urteil mitzuteilen.

*b. Zum Fehlen entsprechender Feststellungen im angefochtenen Urteil*

[13] Feststellungen dazu sind nicht konkret getroffen worden.

*c. Zur Beweiswürdigung*

[14] Desweiteren ist die Beweiswürdigung nicht frei von Rechtsfehlern. Die Einlassung des Angeklagten ist im Urteil nicht hinreichend wiedergegeben. Es wird konkret lediglich dargelegt, dass der Angeklagte den unter III festgestellten Sachverhalt eingeräumt habe, im Übrigen aber unzulässigerweise auf die in der Berufungsverhandlung verlesene Berufungsbegründung vom 15.4.2008, die als Anlage dem Urteil beigelegt wurde, verwiesen, was eine unzureichende Wiedergabe der Einlassung darstellt. Aus den Urteilsgründen selbst lässt sich nicht entnehmen, wie sich der Angeklagte zur Sache eingelassen hat. Grundsätzlich hat der Tatrichter die Einlassung des Angeklagten zum Schuldvorwurf in den Urteilsgründen erschöpfend aufzunehmen und zu würdigen. Ohne die Wiedergabe der Einlassung des Angeklagten und ihre Würdigung kann das Revisionsgericht in der Regel nicht erkennen, ob der Beurteilung des Sachverhalts rechtlich fehlerfreie Erwägungen zugrunde liegen (vgl. Senatsbeschl. v. 2.5.2007 – 1 Ss 365/06 m. w. N.). Nur in sachlich und rechtlich einfach gelagerten Fällen von geringer Bedeutung kann unter Umständen auf die Wiedergabe der Einlassung ohne Verstoß gegen die materiell rechtliche Begründungspflicht verzichtet werden. Der vorliegende Sachverhalt ist zwar einfach gelagert, der Angeklagte hat sich aber umfängliche zur Sache eingelassen, wie sich daraus zeigt, dass auf eine Berufungsbegründung in der Anlage verwiesen wurde. Dieser Verweis ersetzt nicht die Wiedergabe der Einlassung zu jedem einzelnen Fall. Es wird nur ersichtlich, dass die Berufungsbegründung mit dem Angeklagten erörtert wurde und er diese vehement vertei-

digte, ohne neue Sachargumente hinzuzufügen. Bezugnahmen auf Aktenteile sind unzulässig, auch wenn sie "angesiegelt" werden. Grundsätzlich muss jedes Strafurteil aus sich heraus verständlich sein (vgl. Meyer-Goßner, StPO, 53. Aufl., § 267 Rdnr. 2). Durch die Bezugnahme auf die Berufungsbegründung wird insgesamt die Einlassung des Angeklagten nicht verständlich, klar, geschlossen und erschöpfend dargestellt.

*3. Aufhebung und Zurückverweisung*

[15] Danach war das angefochtene Urteil mit den zugrundeliegenden Feststellungen aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an eine andere kleine Strafkammer des Landgerichts Frankfurt am Main zurückzuverweisen (§§ 349 Abs. 4, 353 Abs. 2, 354 StPO).

*4. Hinweise für die erneute Hauptverhandlung*

[16] Der Senat weist für die erneute Hauptverhandlung daraufhin, dass sich der Vorsatz des Täters auf die gesamten Merkmale des objektiven Tatbestands erstrecken muss (§ 16 Abs. 1 StGB). Die Feststellung, dass der Angeklagte gewusst habe, zur Benutzung des Verkehrsmittels nicht berechtigt gewesen zu sein, genügt dazu nicht (vgl. Beschl. d. Oberlandesgerichtes des Landes Sachsen-Anhalt a. a. O.).

[17] Der Angeklagte wird sich allerdings nicht pauschal darauf stützen können, dass er berechtigt sei, die Verkehrsmittel ohne Bezahlung zu benutzen, wenn "Kosten die 6 % Grenze" (gemeint dürften damit 6 % seines Arbeitslosengeldes II sein) überschritten seien. Im jeweiligen Einzelfall wird vielmehr zu überprüfen sein, ob ggfls. ein Rechtfertigungsgrund nach § 34 StGB oder ein Entschuldigungsgrund nach § 35 StGB gegeben ist. Darüber hinaus bedarf es für die Strafzumessung der Feststellung der unmittelbaren Tatfolgen, hier der Höhe des verursachten Vermögensschadens.

[18] Dieser bestimmt sich allein nach dem für den Beförderungsleistung geschuldeten Entgelt bzw. Fahrpreis und lässt ein erhobenes erhöhtes Beförderungsentgelt unberücksichtigt.

## Urteile in Fallstruktur

**Standort: Öffentliches Recht**

**Problem: Sondernutzung einer Straße - "Bierbike"**

VG DÜSSELDORF, URTEIL VOM 06.10.2010  
16 K 8009/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, ob ein sog. "Bierbike" im öffentlichen Verkehrsraum betrieben werden darf. Das VG Düsseldorf verneinte diese Frage, weil es sich nicht mehr um einen (zulässigen) Gemeingebrauch, sondern um eine (unzulässige) Sondernutzung handele. Eine zusammen mit dem Betriebsverbot ausgesprochene Zwangsgeldandrohung hielt das Gericht ebenfalls für rechtmäßig.

**Prüfungsrelevanz:**

"Bierbikes" sind eine Modeerscheinung in vielen Städten Deutschlands. Entsprechend hohe Wellen hat die vorliegende Entscheidung geschlagen, die richtungsweisend sein dürfte. Die Kernaussage des Urteils ist, dass eine Sondernutzung des öffentlichen Verkehrsraums durch zwei Umstände indiziert wird: Erstens eine gewerbliche Intention, und zweitens das Bereiten von Hindernissen, welche Dritte an ihrem Gemeingebrauch hindern (vgl. die Parallelproblematik in Fußgängerzonen, wo für Pflastermalerei, Verkaufs- und Informationsstände, Musiker u.ä. auch auf diese Kriterien abgestellt wird). Beides lag beim "Bierbike" vor: Die Betreiber vermieteten es an Partygäste, verfolgten also einen gewerblichen Zweck, und dass das "Bierbike", welches wegen seiner Größe ja nicht auf dem Radweg, sondern auf der Straße fährt, dort ein Hindernis für den fließenden Verkehr darstellt, ist offensichtlich.

Aber Vorsicht: gewerblicher Zweck und Hindernis können immer nur *Indizien* für eine Sondernutzung sein. Die Abgrenzung vom zulässigen Gemeingebrauch ist anhand einer wertenden Gesamtbetrachtung vorzunehmen, ob sich das Verhalten noch im Rahmen des Widmungszwecks hält oder nicht. Es lässt sich daher auch nicht pauschal sagen, ob nur gewerblicher Zweck *und* Hindernis oder schon gewerblicher Zweck *oder* Hindernis eine Sondernutzung begründen. Vielmehr gilt: je schwerer das eine wiegt, umso weniger Gewicht muss das andere besitzen. Ein breiter Informationsstand an einem Nadelöhr in der Fußgängerzone kann somit bereits Sondernutzung sein, auch wenn keinerlei gewerblicher Zweck ver-

folgt wird. Auf der anderen Seite mögen über dem Straßenkörper angebrachte gewerbliche Werbeschilder als Gemeingebrauch durchgehen, wenn sie niemanden stören.

**Vertiefungshinweise:**

- ❑ Zeitungsverkauf in der Fußgängerzone als Sondernutzung: *VG Karlsruhe*, RA 2002, 47 = *NJW* 2002, 160
- ❑ Wahlwerbung als Sondernutzung: *VG Gießen*, RA 2001, 445 = *NVwZ-RR* 2001, 418
- ❑ Anspruch auf Erteilung der Sondernutzungserlaubnis im Hinblick auf die Pressefreiheit: *VGH München*, *NVwZ-RR* 2000, 726
- ❑ Zur Sondernutzungserlaubnis für einen Informationsstand: *VG Frankfurt a.M.*, *NVwZ-RR* 1998, 88
- ❑ Kriterien für Vergabe einer Sondernutzungserlaubnis: *VGH Mannheim*, RA 2001, 190 = *NVwZ-RR* 2001, 159
- ❑ Definition des Begriffs "Fahrrad" (Fall: Liegefahrrad): *VGH Mannheim*, RA 2001, 119 = *VBIBW* 2001, 100

**Sachverhalt:**

Die Klägerin ist Betreiberin eines sog. "Bierbikes", das sie an Gruppen bis zu 16 Personen vermietet. Dazu wird das Bierbike mit einem speziellen Anhänger an einen vereinbarten Startpunkt gebracht und dort oder einer anderen vereinbarten Stelle später wieder abgeholt. In der Zwischenzeit kann das Bierbike durch Muskelkraft im öffentlichen Straßenraum bewegt werden. Das Bierbike hat eine Länge von ca. 5 m, eine Breite von ca. 2,25 m und eine Höhe von ca. 2,30 m; sein Leergewicht beträgt ca. 1.100 kg. Es läuft auf vier Rädern und wird über Pedale angetrieben. Gelenkt wird das Bierbike durch eine von der Klägerin gestellte Person; der Lenker trägt selbst nicht zur Fortbewegung des Bierbikes bei; vielmehr werden die Pedale ausschließlich von den mitfahrenden Teilnehmern der anmietenden Gruppe betätigt. Deren Sitzanordnung ist einer Theke nachempfunden, das Bierbike ist mit einer Zapfanlage ausgestattet und verfügt im Innenraum über eine Ladefläche; es ist überdacht, hat unter der Dachkonstruktion Ablagen und eine Soundanlage. Das Bierbike legt den Angaben der Klägerin zufolge während einer zweistündigen Tour bis zu 12 km Fahrstre-

cke zurück.

Mit formell ordnungsgemäßer Verfügung vom 13. November 2009 untersagte der Beklagte der Klägerin die Benutzung des "Bierbikes" auf den öffentlichen Straßen, Wegen und Plätzen der kreisfreien Stadt E und drohte für jeden Fall der Zuwiderhandlung ein Zwangsgeld in Höhe von 5.000,- Euro an. Zur Begründung führte er im Wesentlichen aus, der Einsatz des Bierbikes sei Sondernutzung. Eine entsprechende Erlaubnis sei der Klägerin nicht erteilt worden, sie habe bisher auch keine beantragt. Darüber hinaus ergäben sich Gefahren für die übrigen Verkehrsteilnehmer sowie sonstige Störungen der öffentlichen Sicherheit durch die für die Fortbewegung verantwortlichen alkoholisierten Gäste, und zwar durch vom Gefährt herabfallende und zersplitternde Gläser, durch vom Gefährt herabfallende Gäste, durch Stehenbleiben auf der Straße, weil die Gäste nicht mehr in der Lage seien, in die Pedale zu treten, durch nicht sicheres Führen des Fahrzeugs, wenn die Gäste den Weisungen des Lenkers nicht folgten, durch nicht ausreichende Bremswirkung, wenn der Lenker bremsen und die Gäste weiter in die Pedale träten. Dazu kämen Störungen in Verbindung mit Alkoholenuss (z.B. Grölen, Anpöbeln von Passanten, Verrichtung der Notdurft etc.).

Die Klägerin hat am 8. Dezember 2009 Klage erhoben. Sie macht geltend, bei dem Bierbike handele es sich um ein Fahrrad. Fahrräder im Sinne des Straßenverkehrs seien Fahrzeuge mit mindestens zwei Rädern, die ausschließlich durch die Muskelkraft auf ihm befindlicher Personen angetrieben würden, d.h. auch mehrrädriige Fahrzeuge würden von dieser Definition erfasst, wie dies etwa bei Fahrradrickschas unzweifelhaft der Fall sei. Auch komme es für das Vorliegen von Gemeingebrauch nicht darauf an, ob das Bierbike dazu benutzt werde, von Punkt A zu Punkt B zu gelangen, andernfalls müssten alle Touren ohne festes Ziel als Sondernutzung qualifiziert werden. Naheliegender sei der Vergleich mit einer Kutschfahrt bzw. Stadtrundfahrt. Der Konsum von Bier sei i.Ü. keineswegs zwingend, es gebe z.B. auch Fahrten von Kindergruppen. Einzelne Verstöße gegen straßenverkehrsrechtliche Vorschriften könnten nicht dazu führen, dass der Gesamtbetrieb untersagt werde. Zudem sei die Biermenge auf maximal 10 Liter pro Stunde begrenzt. Es gebe auch keine Gläser, sondern nur Plastikbecher mit einer speziellen Halterung. Dass das Bierbike nicht mehr habe fortbewegt werden können oder die Gäste den Anweisungen des Lenkers nicht gefolgt wären, sei noch nie vorgekommen. In diesem Fall würde die Fahrt sofort abgebrochen, das Bierbike könne durch eine ständig vorhandene Einsatzbereitschaft stets binnen 15 Minuten abgeholt werden. Im Übrigen könne jedes am Straßenverkehr teilnehmende Fahrzeug stehen bleiben.

Hat die Klage Erfolg?

*[Anm.: Der Fall ist nach Landesrecht NRW gelöst. Die Straßen- und Wegegesetze der übrigen Bundesländer enthalten aber ausnahmslos entsprechende Vorschriften, sodass sich die Falllösung auf diese ohne inhaltliche Änderung übertragen lässt.]*

### **Lösung:**

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

#### *A. Zulässigkeit*

##### *I. Verwaltungsrechtsweg*

Der Verwaltungsrechtsweg ist nach § 40 I 1 VwGO in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nicht verfassungsrechtlicher Art eröffnet, sofern die Streitigkeit nicht durch Gesetz einem anderen Gericht zugewiesen ist.

Öffentlich-rechtlich ist eine Streitigkeit, wenn die streitentscheidenden Normen aus dem öffentlichen Recht stammen, was wiederum dann der Fall ist, wenn sie zwingend einen Hoheitsträger berechtigen oder verpflichten. Hier richtet sich die Rechtmäßigkeit der Ordnungsverfügung nach Normen des Straßen- und Wegegesetzes NRW, namentlich der §§ 22, 14 und 18 StrWG, und die Rechtmäßigkeit der Zwangsgeldandrohung nach den §§ 55 ff. VwVG NRW. Diese Normen berechtigen ausnahmslos Behörden, also Hoheitsträger.

Es streiten auch keine Verfassungsorgane um Verfassungsrecht, sondern Bürger und Stadtverwaltung um einfaches (Landes-)recht, sodass die Streitigkeit auch nichtverfassungsrechtlicher Art ist.

Abdrängende Sonderzuweisungen sind nicht ersichtlich. Der Verwaltungsrechtsweg ist somit eröffnet.

##### *II. Statthaftigkeit*

Die Statthaftigkeit der Klage richtet sich nach dem Klägerbegehren, § 88 VwGO. Dieses richtet sich vorliegend gegen den gesamten Bescheid vom 13.11.2009, also gegen die Untersagung des Betriebs des "Bierbikes" im öffentlichen Verkehrsraum ebenso wie gegen die Zwangsgeldandrohung. Beide Elemente enthalten eigenen Regelungscharakter, stellen also eigenständige Verwaltungsakte i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG dar. Gegen belastende, nicht erledigte Verwaltungsakte ist die Anfechtungsklage gem. § 42 I, 1. Fall VwGO statthaft, sodass das Begehren der Klägerin als solche ausulegen ist.

##### *III. Klagebefugnis*

Als Adressatin der sie belastenden Regelungen ist die Klägerin möglicherweise zumindest in Art. 2 I GG - wenn nicht ihrer Berufsfreiheit aus Art. 12 I GG - ver-

letzt und somit klagebefugt i.S.d. § 42 II VwGO.

#### IV. Vorverfahren

Gem. § 68 I 1 VwGO ist vor Erhebung der Anfechtungsklage grds. ein Vorverfahren durchzuführen, welches hier nicht stattgefunden hat. Hiervon macht § 68 I 2 1. Hs VwGO jedoch eine Ausnahme, wenn ein Gesetz dies bestimmt. Eine solche gesetzliche Bestimmung findet sich in § 6 I AGVwGO NRW für alle Verwaltungsakte, die ab dem 1. November 2007 erlassen wurden. Die hier angefochtenen Regelungen stammen aus November 2009, sodass ein Vorverfahren hier entbehrlich war.

#### V. Frist

Für Verstöße gegen die Klagefrist des § 74 I 2 VwGO ist nichts ersichtlich. Vielmehr hielt sich die am 8.12.2009 erhobene Klage gegen den Bescheid vom 13.11.2009 offensichtlich im Rahmen der Monatsfrist.

#### VI. Beklagter

Richtiger Beklagter ist in NRW gem. §§ 78 I Nr. 2 VwGO, 5 II 1 AGVwGO NRW die Behörde, welche den angefochtenen Verwaltungsakt erlassen hat, hier also der Oberbürgermeister der kreisfreien Stadt E.

#### VII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

Die Klägerin ist nach §§ 63 Nr. 1, 61 Nr. 1 VwGO beteiligten- und nach § 62 I VwGO prozessfähig. Für den Beklagten ergibt sich die Beteiligtenfähigkeit aus §§ 63 Nr. 2, 61 Nr. 3 VwGO i.V.m. 5 I AGVwGO NRW und die Prozessfähigkeit über seine gesetzlichen Vertreter aus § 62 III VwGO.

Die Klage ist zulässig.

#### B. Objektive Klagehäufung

Nach § 44 VwGO können mehrere Begehren, die sich gegen den selben Beklagten richten und vor dem selben Gericht spielen, miteinander verbunden werden, wenn sie im Zusammenhang stehen. Der Begriff des Zusammenhangs ist weit auszulegen, neben rechtlichen genügen auch tatsächliche Zusammenhänge. Das rechtliche Schicksal der Zwangsgeldandrohung ist mit dem der Ordnungsverfügung, an welche es anknüpft, schon rechtlich verbunden. Jedenfalls besteht zwischen den Regelungen ein tatsächlicher Zusammenhang, da sie in ihrem Zusammenspiel den weiteren Betrieb des "Bierbikes" im öffentlichen Verkehrsraum der Stadt E verhindern sollen.

#### C. Begründetheit

Eine Anfechtungsklage ist begründet, soweit der angefochtene Verwaltungsakt rechtswidrig ist und den Kläger in seinen Rechten verletzt, § 113 I 1 VwGO. Zunächst ist also die Rechtswidrigkeit der hier angefoch-

tenen Regelungen fraglich. Ein Verwaltungsakt ist rechtmäßig, sofern er auf einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage beruht und deren formelle und materielle Voraussetzungen vorliegen. Er ist mithin rechtswidrig, sofern es an einer dieser Voraussetzungen fehlt. Diesbezüglich ist zwischen den beiden angefochtenen Regelungen zu differenzieren.

#### I. Rechtswidrigkeit der Ordnungsverfügung

##### 1. Ermächtigungsgrundlage

"Rechtsgrundlage für die in der streitigen Ordnungsverfügung getroffene Anordnung des Beklagten, mit der der Klägerin die Benutzung des sog. "Bierbikes" auf den öffentlichen Straßen, Wegen und Plätzen der [Stadt E] untersagt wird, ist § 22 Satz 1 StrWG NRW. Danach kann die für die Erteilung der Sondernutzungserlaubnis zuständige Behörde gegenüber demjenigen, der ohne eine Sondernutzungserlaubnis die Straße über den Gemeingebrauch hinaus nutzt, Maßnahmen zur Beendigung der Nutzung ergreifen."

##### II. Formelle Rechtmäßigkeit

Die Ordnungsverfügung ist laut Sachverhalt formell ordnungsgemäß ergangen.

##### III. Materielle Rechtmäßigkeit

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

##### 1. Tatbestand

###### a. Sondernutzung

Fraglich ist zunächst und vor allem, ob die Nutzung des "Bierbikes" im öffentlichen Straßenraum eine Sondernutzung darstellt. Das VG definiert zunächst:

###### aa. Definition des Gemeingebrauchs

"Sondernutzung ist nach § 18 I StrWG NRW die Benutzung der Straße über den Gemeingebrauch hinaus. Gemeingebrauch i. S. v. § 14 I StrWG NRW liegt vor, wenn die Verkehrsfläche im Rahmen der Widmung und der verkehrsrechtlichen Vorschriften zum Zwecke des Verkehrs benutzt wird. Kein Gemeingebrauch liegt hingegen vor, wenn die Straße nicht vorwiegend zu dem Verkehr benutzt wird, dem sie zu dienen bestimmt ist, § 14 III StrWG NRW. Maßgeblich für die Abgrenzung des Gemeingebrauchs von der erlaubnispflichtigen Sondernutzung ist danach der Zweck der Straßennutzung. Verfolgt der Straßenbenutzer mit seinem Tun verschiedene Zwecke, so entscheidet der überwiegende Zweck darüber, ob noch Gemeingebrauch vorliegt oder eine Sondernutzung gegeben ist (BVerwGE 34, 320). Es können somit Benutzungsarten vom Gemeingebrauch ausgeschlossen sein, die

sich äußerlich zwar als Teilnahme am Straßenverkehr darstellen, bei denen aber wegen des über die Straßenbenutzung hinaus verfolgten anderweitigen Zwecks die Merkmale der Straßenbenutzung zu Zwecken des Verkehrs nicht mehr überwiegen (vgl. BVerwG, GewArch. 1971, 139; NJW 1982, 2332; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 1. Juli 2010 - IV-4 RBs 25/10).“

#### *bb. Subsumtion*

Fraglich ist, ob hiernach das Fahren des “Bierbikes” der Klägerin noch als Gemeingebrauch einzustufen ist.

##### *(1). Begriff des “Fahrrades”*

Stellt man mit dem VG nach der obigen Definition nicht allein auf die Betriebsart, sondern auch den Betriebszweck ab, so spielt es i.E. keine Rolle mehr, ob das “Bierbike” noch ein Fahrrad ist oder nicht, auch wenn das VG offen dazu tendiert, diese Frage zu verneinen:

“Daher kommt es entgegen der Auffassung der Klägerin in diesem Zusammenhang nicht darauf an, ob das Bierbike als Fahrrad im Sinne des Straßenverkehrsrechts einzustufen ist (den Vorstellungen des Gesetzgebers von einem Fahrrad entspricht ein derartiges mehrrädriertes Fahrzeug wie das Bierbike jedenfalls nicht, wie sich an der in § 2 IV 5 StVO für Fahrräder normierten Pflicht zur Radwegebenutzung und an der aus § 21 III StVO folgenden grundsätzlichen Unzulässigkeit der Personenbeförderung zeigt). Denn auch mit einem - sei es als Fahrrad, sei es als sonstiges Straßenfahrzeug (§ 63 StVZO) - straßenverkehrsrechtlichen Vorschriften genügenden Fahrzeug kann eine Straße über den Gemeingebrauch hinaus genutzt werden.”

##### *(2). Gewerblicher Nutzungszweck*

“Entscheidend ist der mit der Nutzung der Straße verbundene Zweck, wobei dem fließenden Verkehr auf den Fahrbahnen ein kommunikativer Gemeingebrauch fremd ist. Die Beurteilung hat insoweit anhand des äußeren Erscheinungsbildes der konkreten Wegenutzung zu erfolgen; auf die äußerlich nicht erkennbaren Absichten und Motive des Wegebenutzers kommt es nicht an (vgl. BVerwG, GewArch. 1971, 139; OVG Hamburg, Urteil vom 14. Dezember 1995 - Bf II 1/93).“

Diesen Nutzungszweck sieht das VG überwiegend im gewerblichen Bereich:

“Im Vordergrund des Einsatzes des Bierbikes steht aus der maßgeblichen Sicht eines unbefangenen Betrachters nicht die Nutzung der öffentlichen Straßen zu Verkehrszwecken. Zwar wird das als Mehrpersonenzweck konzipierte “Bierbike” durch die Betätigung der Pedale auch in Bewegung gesetzt; die damit verbundene Ortsveränderung ist jedoch lediglich ein Ne-

benefekt. Aus den konkreten Umständen des Einzelfalls, insbesondere aufgrund der äußeren Aufmachung des thekenähnlichen Fahrzeugs [...] wird deutlich, dass der Hauptzweck des Betriebes dieses Fahrzeugs nicht der Personentransport, sondern der Betrieb einer mobilen Plattform ist, der dem geselligen, mit dem Konsum von vorwiegend alkoholischen Getränken verbundenen Zusammensein einer Gruppe von Personen dient; die Klägerin betreibt im Schwerpunkt praktisch einen - nicht ortsgebundenen - Selbstbedienungsausgang bzw. eine bewegliche Veranstaltungsfläche; sie verfolgt damit ganz überwiegend verkehrsfremde, vom Gemeingebrauch nicht mehr gedeckte Zwecke. [...] Für den außenstehenden Dritten [drängt sich] der Eindruck auf, dass für die an Bord des Fahrzeuges befindlichen Personen die Teilhabe am Straßenverkehr keine wirklich entscheidende Rolle spielt, sondern für diese das Party-Feiern und der Spaßfaktor eindeutig im Vordergrund stehen.”

*[Anm.: Das VG begründet dieses Fazit weiter mit der Internet-Homepage der Klägerin, welche das Feiern ebenfalls in den Vordergrund rücke, etwa durch das durch die Schriftgröße hervorgehobene Wort “Feiern”, aber auch durch entsprechende Fotos und die Aussage: “BierBikes garantieren jede Menge Spaß und ein unvergessliches Ereignis.” Damit widerspricht sich das VG selbst, denn oben hatte es noch ausgeführt, es komme nicht auf die Intention des Benutzers, sondern allein auf das äußere Erscheinungsbild des Gefährts an.]*

##### *(3). Hindernis bereiten*

“Darüber hinaus setzt eine gemeingebrauchliche Straßennutzung voraus, dass die Straße in der üblichen Weise zum Verkehr benutzt wird (BVerfGE 40, 371). Davon kann dann nicht mehr ausgegangen werden, wenn andere Verkehrsteilnehmer durch die Straßennutzung in ihrem Gemeingebrauch unzumutbar beeinträchtigt werden und damit die Gemeinverträglichkeit überschritten wird (vgl. VGH BW, GewArch. 1988, 370; Fickert, Straßenrecht in NRW, § 14 Rdnr. 46; Hengst/Majcherek, StrWG NRW, § 18 Rdnr. 2.5; siehe auch § 16 Hamb. Wegegesetz).

Im vorliegenden Fall ist eine erhebliche, das Maß des Zumutbaren überschreitende Beeinträchtigung der übrigen Verkehrsteilnehmer gegeben. Das Bierbike ist mit seinen 1.100 kg Leergewicht ein ausgesprochen langsames und schwerfälliges Gefährt; es kann nur eine Geschwindigkeit von ca. 6 km/h erreichen, dies allerdings auch nur dann, wenn die Mitfahrer das wollen und entsprechend in die Pedale treten, ansonsten ist das Fahrzeug langsamer und bewegt sich allenfalls mit Schrittgeschwindigkeit durch die Straßen oder bleibt sogar stehen, ohne dass der Fahrzeugführer/Lenker dies beeinflussen kann. Das Bierbike

stellt damit für den sonstigen fließenden Verkehr ein erhebliches Hindernis dar, das wegen seiner beträchtlichen Breite von ca. 2,25 m auch nicht einfach überholt werden kann. Dabei hängt es ganz vom Willen der überwiegend unter Alkoholeinfluss stehenden Benutzer ab, ob das Fahrzeug stehen bleibt, ist also nicht vergleichbar mit einem Pannenfahrzeug, das wegen eines technischen Defektes liegen bleibt.“

#### cc. Zwischenergebnis

Der Betrieb des “Bierbikes” stellt eine Sondernutzung des öffentlichen Verkehrsraumes dar.

#### b. Ohne Erlaubnis betrieben

“Als Sondernutzung bedarf die Nutzung der öffentlichen Straßen der Erlaubnis nach § 18 I 2 StrWG NRW (bzw. einer gemäß § 21 Satz 1 StrWG NRW die Sondernutzungserlaubnis nach § 18 StrWG NRW ersetzenden, straßenverkehrsrechtlichen Ausnahmegenehmigung). Eine solche Erlaubnis besitzt die Klägerin nicht.”

#### c. Materielle Illegalität

“Allein das Fehlen einer erforderlichen Erlaubnis ist regelmäßig ein ausreichender Grund für das Beseitigungsverlangen (vgl. OVG NRW, Urteil vom 16. Juli 1997 - 23 A 5828/96). Anderes gilt nur dann, wenn der Sondernutzer einen offensichtlichen Anspruch auf die von ihm unerlaubt vorgenommene Nutzung hat. Davon kann im vorliegenden Fall keine Rede sein. Denn gemäß § 18 StrWG NRW steht die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde. Anhaltspunkte dafür, dass dieses Ermessen auf Null reduziert sein könnte und die Klägerin folglich einen Anspruch auf Erteilung einer entsprechenden Sondernutzungserlaubnis hätte, sind nicht gegeben.”

*[Anm.: Die Frage, ob allein die formelle Illegalität der Nutzung - also das Nichtvorhandensein einer Sondernutzungserlaubnis - genügt, eine materielle Illegalität - also die fehlende Genehmigungsfähigkeit - hinzu treten muss oder - wie das VG meint - jedenfalls bei offensichtlicher materieller Legalität nicht eingeschränkt werden darf, bedarf in aller Regel keiner Entscheidung, denn eine Sondernutzung wird - wie der Fall zeigt - in aller Regel materiell illegal sein, weil eine Ermessensreduzierung auf null und damit ein gebundener Anspruch auf eine Sondernutzungserlaubnis so gut wie nie bestehen wird. Anderes wird sich nur bei besonderem Interesse an der Sondernutzung vertreten lassen, z.B. für Stände von Parteien im Wahlkampf.]*

Somit liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen für ein Einschreiten vor.

#### 2. Rechtsfolge

Nach § 22 StrWG NRW “kann” die Behörde gegen eine ungenehmigte Sondernutzung einschreiten. Das ihr zukommende Ermessen hat das VG auf Ermessensfehler zu überprüfen, § 114 VwGO. Solche sind hier jedoch nicht ersichtlich. Deshalb begnügt sich das VG mit einem kurzen Ergebnissatz:

“Gründe für die Annahme, die Untersagungsverfügung sei unverhältnismäßig, sind nicht ersichtlich.”

*[Anm.: Je nach Aufgabenstellung wäre hier eine breitere Prüfung angezeigt gewesen, wenn sich die Klägerin etwa laut Sachverhalt auf ihre Grundrechte berufen hätte. In ihre Berufsfreiheit aus Art. 12 I 1 GG wird - da eine gewerbliche Betätigung vorliegt - durch das Verbot zwar eingegriffen, sie ist aber nicht verletzt, denn § 22 StrWG NRW ist über Art. 12 I 2 GG eine taugliche Schranke des Grundrechts, und diese wurde auch nicht unverhältnismäßig angewendet; vielmehr dürfte es sich nach der “Drei-Stufen-Theorie” des BVerfG nur um eine Berufsausübungsregelung handeln, die hier durch vernünftige Gemeinwohlbelange gerechtfertigt ist. Hierfür genügte allein schon die Erwägung, den Verkehrsraum für den Gemeingebrauch Dritter von Hindernissen frei zu halten.]*

Die Ordnungsverfügung ist somit rechtmäßig, die hiergegen gerichtete Klage unbegründet.

#### II. Zwangsgeldandrohung

##### 1. Ermächtigungsgrundlage

Die Zwangsgeldandrohung findet ihre Ermächtigungsgrundlage in §§ 55, 57 II, 60, 63 VwVG NRW.

##### 2. Formelle Rechtmäßigkeit

Auch die Zwangsgeldandrohung war laut Sachverhalt formell in Ordnung.

##### 3. Materielle Rechtmäßigkeit

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

##### a. Tatbestand

Nach § 55 I VwVG NRW kann ein Verwaltungsakt, der auf die Vornahme einer Handlung oder auf Duldung oder Unterlassung gerichtet ist, mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden, wenn er unanfechtbar ist oder wenn ein Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung hat.

##### aa. Grundverwaltungsakt

Mit der Ordnungsverfügung liegt ein Verwaltungsakt

vor, der ein Unterlassen gebietet, nämlich das Unterlassen des Betriebs des "Bierbikes" im öffentlichen Verkehrsraum.

*bb. Vollstreckbarkeit*

Dieser war im Zeitpunkt der Zwangsmittelandrohung, die mit dem Verwaltungsakt einher ging, zwar weder unanfechtbar, noch hatte ein Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung i.S.d. § 80 II VwGO. Hierauf kommt es aber auch nicht an, denn erstens fordert § 55 I VwVG NRW schon seinem Wortlaut nach nur für die Durchsetzung - nicht die Androhung - von Zwang die Unanfechtbarkeit des Verwaltungsakts, und zweitens stellt § 63 II VwVG NRW ausdrücklich klar, dass die Androhung mit dem Grundverwaltungsakt verbunden werden kann, und zwar - wie sich aus § 63 II 2 VwVG NRW ergibt - unabhängig davon, ob ein Rechtsmittel aufschiebende Wirkung hat oder nicht (sie "sollen" verbunden werden, wenn keine aufschiebende Wirkung besteht; im Umkehrschluss ergibt sich, dass sie aber auch verbunden werden können, wenn dies nicht der Fall ist). Dass der Verwaltungsakt im Zeitpunkt der Androhung im Übrigen noch nicht unanfechtbar geworden sein kann, wenn die Androhung in ihm selbst enthalten ist, bedarf keiner weiteren Erläuterung.

*cc. Frist*

Grundsätzlich muss die Androhung nach § 63 I 2, 1. Hs VwVG NRW eine Frist zur Befolgung des Grundverwaltungsakts setzen. Einer solchen bedarf es nach § 63 I 2, 2. Hs VwVG NRW jedoch nicht, wenn eine Duldung oder - wie hier - eine Unterlassung erzwungen werden soll.

*dd. Verhältnismäßigkeit*

Die Androhung des Zwangsgeldes muss auch verhältnismäßig sein, § 58 VwVG NRW. § 60 VwVG gibt hierzu einen Rahmen von 10 bis 100.000 Euro vor. Die von der Behörde angedrohten 5.000 Euro bewegen sich also erstens innerhalb dieses Spielraums, und sind zweitens auch nicht überhöht, wenn man das gewerbliche Interesse der Klägerin am Betrieb des "Bierbikes" bedenkt.

*b. Rechtsfolge*

Ermessensfehler i.S.d. § 114 VwGO sind hier nicht ersichtlich. Somit war auch die Androhung des Zwangsgeldes rechtmäßig.

*C. Ergebnis*

Die Verwaltungsakte sind rechtmäßig, die hiergegen gerichtete Klage ist unbegründet.

**Standort: Zivilrecht**

**Problem: Haftung des Turnierveranstalters**

BGH, URTEIL VOM 23.09.2010  
III ZR 246/09 (BECKRS 2010, 24346)

**Problemdarstellung:**

Der Bekl. richtete im September 2005 auf seiner Anlage ein Reit- und Springturnier mit Preisverleihung aus. In einer Zeitschrift schrieb er die Veranstaltung aus und ließ auch "Allgemeine Bestimmungen" mit abdrucken. Danach bestehe "zwischen dem Veranstalter einerseits und Besuchern, Pferdebesitzern und Teilnehmern andererseits kein Vertragsverhältnis" und insbesondere sei jede Haftung des Veranstalters für Verletzungen bei Mensch und Pferd ausgeschlossen (Nrn. 5, 6).

Während des Turniers kollidierte die von der Teilnehmerin T gerittene und dem Kl. gehörende Stute mit einem Hindernis. Dieses war derart aufgebaut, dass es von Pferd und Reiter übersprungen werden musste, jedoch bei Berührung nicht nachgab. Für die Anbringung des Hindernisses war der nicht weisungsgebundene Parcourschef P verantwortlich. Durch die Kollision erlitt die Stute im Wert von 35.000 € schwere Verletzungen und musste nach erfolgloser medizinischer Behandlung eingeschläfert werden.

Der Kl. begehrt vom Bekl. Schadensersatz. Der Bekl. meint, seiner Haftung stünde jedenfalls die von der Stute ausgehende Tiergefahr entgegen.

**Prüfungsrelevanz:**

Der Senat legt eine Entscheidung vor, die - spätestens auf den zweiten Blick - mit einer Vielzahl examensrelevanter Feinheiten aufwartet und daher unbedingt beachtet werden sollte.

Der Kl. selbst hatte vorliegend bloß der T das Reitpferd zur Verfügung gestellt, war ansonsten aber in keinen vertraglichen oder auch nur vorvertraglichen Kontakt mit dem beklagten Veranstalter getreten. Eine vertragliche Haftung des Bekl. kam daher nur i.V.m. Grundsätzen des Vertrages mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter (VSD) in Betracht.

Das zwischen der T und dem Bekl. bestehende Schuldverhältnis, in das der Kl. einzubeziehen war, bestand in einem Preisausschreiben gem. § 661 BGB, das einen Unterfall der Auslobung gem. § 657 BGB darstellt. Die Besonderheit dieses Schuldverhältnisses besteht darin, dass es sich um ein einseitiges Rechtsgeschäft handelt (BGH, NJW 1983, 442 [443]; Palandt/Sprau, § 657 Rn. 1; MünchKommBGB/Seiler, §

657 Rn. 4). Das wirkt sich auf die Möglichkeit der Einbeziehung Dritter nach den VSD-Grundsätzen jedoch nicht aus; insofern ist kein "echtes Vertragsverhältnis" erforderlich, sondern es genügt jede schuldrechtliche Sonderbeziehung.

Die Voraussetzungen der Einbeziehung (Leistungsnahe; Gläubigerinteresse an der Einbeziehung; Erkennbarkeit für den Schuldner; Schutzbedürftigkeit des Dritten) lagen vor. Auch war eine Pflichtverletzung festzustellen, da der Parcourschef P ein Hindernis gesetzt hatte, das über das allgemeine Risiko hinaus bei Kollision zu erheblichen Verletzungen führte. Dies hatte sich der Bekl. gem. § 278 BGB zuzurechnen, denn auch hierfür bedarf es keines "echten Vertrages".

Interessant sind schließlich die Ausführungen des Senats zur Frage nach dem Haftungsausschluss in den AGB des beklagten Veranstalters. Regelmäßig sind Bestimmungen, die der Verwender im Rahmen einseitiger Rechtsgeschäfte (wie der Auslobung gem. § 657 BGB) trifft, nicht kontrollfähig i.S.v. §§ 305 ff. BGB. Denn hierbei nimmt der Verwender keine fremde, sondern ausschließlich eigene rechtsgeschäftliche Gestaltungsmacht in Anspruch (Palandt/Heinrichs, § 305 Rn. 7; Heinrichs, NJW 1999, 1596). So sind beispielsweise Regeln für den äußeren Ablauf der Veranstaltung, wie z.B. das sportliche Regelwerk, der AGB-Kontrolle entzogen (jedoch über § 242 BGB kontrollierbar, BGH, NJW 1995, 583). Das gilt allerdings nicht, wenn der Verwender trotz der Einseitigkeit der Rechtsbeziehungen durch die AGB in die Rechtsgüter der Vertragspartner (oder einbezogener Dritter) eingreift. Dann betreffen die Bestimmungen nämlich nicht nur die eigenen Verhältnisse des Verwenders, sondern die geschützten Rechtspositionen Dritter und sind deshalb der Kontrolle nach §§ 305 ff. BGB unterworfen. Da die Klauseln Nr. 5 und Nr. 6 gegen § 309 Nr. 7 a) bzw. b) BGB verstießen, lag kein wirksamer Haftungsausschluss vor.

Auch musste sich der Kl. nicht die Tiergefahr anrechnen lassen, da dies durch analoge Anwendung des § 840 III BGB ausgeschlossen ist (BGH, NJW-RR 1995, 215 [216]).

#### **Vertiefungshinweise:**

Zum Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter: BGH, NJW-RR 2010, 1402; Eggert, NZV 2009, 367 (Verkehrsunfall); Zugehör, NJW 2008, 1105 (Rechtsberater-Vertrag); Seibt/Wollenschläger, JuS 2008, 800 (Klausur); Herresthal, K&R 2008, 705 (Missbrauch ebay-Account); von Schweinitz, WM 2008, 953 (Haftung von Ratingagenturen)

Zur "kundenfeindlichsten" Auslegung in AGB: BGH, RA 2010, 430 = NJW 2010, 2877 (Fachhand-

werkerklausel); BGHZ 175, 76 [80]; 176, 244 [250]

#### **Kursprogramm:**

Examenskurs: "Keine Lust auf Schönheitsreparaturen"

#### **Leitsätze (der Redaktion):**

**1. Auch das Preisausschreiben gem. § 661 BGB als einseitiges Rechtsgeschäft entfaltet bereits vor einer Entscheidung durch den Preisrichter Schutz- und Rücksichtnahmepflichten i.S.d. § 241 II BGB. Dies ermöglicht die Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich des Vertrages, sowie die Anwendbarkeit des § 278 BGB; ein "echter Vertrag" ist insoweit nicht erforderlich.**

**2. Im Rahmen von einseitigen Rechtsgeschäften ist die Kontrollfähigkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen gem. §§ 305 ff. BGB davon abhängig, ob der Verwender bloß eigene rechtsgeschäftliche Gestaltungsmacht konkretisiert oder darüber hinaus in Rechtsgüter Dritter eingreift.**

#### **Sachverhalt:**

Zu Werbezwecken richtet B jährlich ein überregional bekanntes Reit- und Springturnier auf dem Schlossvorplatz in Münster aus. Um das Turnier im Jahr 2005 auszuschreiben, schaltete B im Juli 2005 eine große Anzeige in der Zeitschrift "Reiter und Pferde in Westfalen." Dort ließ er auch die "Allgemeinen Bestimmungen" veröffentlichen. Diese lauten u.a.:

"Nr. 5: Es besteht zwischen dem Veranstalter einerseits und den Besuchern, Pferdebesitzern und Teilnehmern andererseits kein Vertragsverhältnis; mithin ist jede Haftung für Diebstahl, sowie Verletzungen bei Menschen und Pferden ausgeschlossen. Insbesondere sind die Teilnehmer nicht "Gehilfen" i.S.d. §§ 278 und 831 BGB.

Nr. 6: Der Veranstalter schließt jegliche Haftung für Schäden aus, die den Besuchern, Teilnehmern und Pferdebesitzern durch leichte Fahrlässigkeit des Veranstalters, seiner Vertreter oder Erfüllungsgehilfen entstehen."

In der Ausschreibung war ferner vermerkt, dass der Turniersieg mit 10.000 € dotiert ist und Anmeldungen bis zum 30.06.2005 eingegangen sein müssen.

Bei dem Turnier, das zwischen dem 09.09. und 11.09.2005 stattfand, startete auch die 19-jährige T mit der Stute "Jeanette", die ihrem Vater (dem K) gehört. T hatte sich auf die Ausschreibung in der Zeitschrift per Email für das Turnier angemeldet.

Der zu durchreitende Parcours war vom Parcourschef P gesteckt worden und enthielt gegen Ende des Durchlaufs ein Kombinationshindernis bestehend aus einem Oxer und einem Steilsprung. Zwar war B mit dem Parcours nicht ganz einverstanden, doch wies P darauf-

hin, dass seine Tätigkeit - was zutrifft - aufgrund von Vorgaben des Reitverbandes zwingend erforderlich und er darüber hinaus nicht weisungsgebunden sei.

Nachdem Jeanette das erste Hindernis übersprungen hatte, kollidierte sie mit einem rechts neben dem Steilsprunghindernis aufgestellten Fangständer, der als fest verschraubte Holzkonstruktion mit einem Eisenfuß ausgeführt war und dessen oberes Ende einige Zentimeter niedriger lag als die obere Stange des Hindernisses. Jeanette erlitt infolge dieser Kollision schwere Verletzungen im Kniebereich und musste nach erfolgloser medizinischer Behandlung eingeschläfert werden.

Der anwesende Turniergast und Sachverständige Dr. S hatte dem K noch während des Turniers zutreffend mitgeteilt, dass das Kombinationshindernis falsch gesetzt sei: Der Fangständer habe seine Funktion, das Pferd wie einen Trichter auf das zu überspringende Hindernis hinzuleiten nicht erfüllt, sondern vielmehr dazu eingeladen, selbst übersprungen zu werden. Dann hätte er aber so konstruiert sein müssen, dass er gefahrlos hätte übersprungen werden können, was aufgrund der besonders stabilen und standfesten Konstruktion nicht der Fall war.

K verlangt Schadensersatz für das Pferd in Höhe von 35.000 €. Dies entspricht dem Wert von Jeanette im Zeitpunkt des Unfalls.

B weist das Ansinnen zurück. Jedenfalls komme eine Haftung für den Parcourschef P schon deswegen nicht in Betracht, weil er zum Einsatz einer solchen Person aufgrund von Vorgaben der Reitverbände gebunden gewesen sei. Daher habe er in Bezug auf den P nur einen sehr engen Spielraum gehabt. Außerdem ist B der Ansicht, dass sich der K jedenfalls die von Jeanette ausgehende Tiergefahr - wie sie abstrakt in § 833 BGB beschrieben ist - anspruchsmindernd anrechnen lassen müsse. Schließlich sei es doch im Falle der verschuldensunabhängigen Fahrzeughalterhaftung nach § 7 StVG auch so, dass unter normalen Umständen jedenfalls die Betriebsgefahr des eigenen Pkw zum Abzugsposten des Schadensersatzanspruches gemacht werde. Wieso dies bei Pferden anders sein solle, sei nicht ersichtlich. Letztendlich lasse sich ein Risiko für Pferd und Reiter bei einem Turnier niemals gänzlich ausschließen, so dass auch aus diesem Grunde eine Haftung seinerseits ausscheide.

Kann K Schadensersatz von B verlangen?

### **Lösung:**

*A. Anspruch des K gegen B aus § 280 I i.V.m. §§ 661, 657 BGB (Preisausschreiben) und den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter (VSD)*

K könnte gegen B einen Anspruch aus § 280 I i.V.m.

§§ 661, 657 BGB und den Grundsätzen des VSD zustehen.

#### *I. Schuldverhältnis*

Dann müsste zunächst ein Schuldverhältnis zwischen K und B bestehen. K hat jedoch nicht an dem Turnier teilgenommen, sondern bloß sein Pferd zur Verfügung gestellt. Er ist damit insgesamt weder in vertraglichen, noch in vorvertraglichen Kontakt mit dem B getreten. Eine vertragliche Haftung des B kommt aber dennoch in Betracht, wenn der K wirksam in ein zwischen T und B bestehendes Schuldverhältnis einbezogen wurde.

#### *1. Schuldverhältnis zwischen T und B*

##### *a) Preisausschreiben*

Zwischen T und B könnte ein Schuldverhältnis in Form eines Preisausschreibens gem. § 661 BGB zustande gekommen sein, das einen Unterfall der Auslobung gem. § 657 BGB darstellt. Kennzeichnend für ein Preisausschreiben ist die öffentliche Bekanntmachung und die Aussetzung eines Preises für eine bestimmte Handlung, sofern den Interessenten eine Bewerbungsfrist gesetzt wird (§ 661 I BGB). Wird die Bewerbungsfrist eingehalten, kann die Entscheidung, ob die vom Bewerber vorgenommene Handlung der Auslobung entspricht und dieser den Preis erhalten soll, einem Preisrichter übertragen werden (Palandt/Sprau, § 661 Rn. 1). In Abgrenzung zu Spiel, genehmigungsbedürftiger Ausspielung oder Wette (§ 763 BGB) ist außerdem zu fordern, dass die Bedingungen nicht von jedermann zu erfüllen sind und eine wirkliche Leistung erfordern (Palandt/Sprau, § 661 Rn. 1 a.E; OLG Düsseldorf, NJW 1997, 2122; OLG Stuttgart, MDR 1986, 756).

Vorliegend hat der Veranstalter B durch die Ausschreibung in der Zeitschrift das Turnier öffentlich bekannt gegeben, gleichzeitig eine Bewerbungsfrist angesetzt und einen Preis ausgelobt. Die Bedingungen können außerdem nicht von jedermann erfüllt werden und erfordern eine tatsächliche Leistung. Zwischen T und B ist daher ein Schuldverhältnis in Form eines Preisausschreibens gem. §§ 661, 657 BGB zustande gekommen.

##### *b) Drittschutzmöglichkeit bei einseitigen Rechtsgeschäften*

Jedoch ist festzustellen, dass es sich bei §§ 661, 657 BGB um ein streng einseitiges Rechtsgeschäft handelt. Das bedeutet, dass zum Zustandekommen der schuldrechtlichen Sonderbeziehung zwischen Auslobendem und Teilnehmer nicht einmal die Kenntnisnahme des anderen Teils erforderlich ist (sog. nicht empfangsbedürftige Willenserklärung; Palandt/Heinrichs, Überbl v § 104 Rn. 11). Es handelt sich damit um eine

besondere schuldrechtliche Beziehung, die vom herkömmlichen Muster des synallagmatischen Leistungsaustausches abweicht. Ein "echter" Leistungsaustausch findet beim Preisausschreiben gem. § 661 BGB erst nach einer Sachentscheidung durch den Preisrichter statt; denn erst in diesem Moment kann der erfolgreiche Bewerber für seine (bereits erbrachte) Handlung eine Gegenleistung - den Preis - verlangen. Daher könnte fraglich sein, ob bereits vor der Sachentscheidung ein einseitiges Rechtsgeschäft überhaupt die Einbeziehung eines Dritten über die Grundsätze des VSD duldet, oder ob dies aufgrund der Eigenart der schuldrechtlichen Beziehung ausgeschlossen ist. Nach Ansicht der Rechtsprechung besteht jedoch bereits vor der Sachentscheidung eine Sonderbeziehung, die einen Drittschutz ermöglicht:

"[12] Zwar handelt es sich bei einem Preisausschreiben (Auslobung) um ein einseitiges Rechtsgeschäft (Senatsurteil vom 23. September 1982 - III ZR 196/80, NJW 1983, 442, 443; OLG Köln aaO; Palandt/Sprau aaO § 657 Rn. 1; MünchKommBGB/Seiler, 5. Aufl., § 657 Rn. 4; a.A. Staudinger/Bergmann aaO § 657 Rn. 13 f und § 661 Rn. 4 [Vertrag]). Unbeschadet dessen bestehen zwischen dem Auslobenden (hier: Turnierveranstalter) und den Teilnehmern jedoch schon im Vorfeld der eigentlichen Sachentscheidung durch das Preisgericht Rechtsbeziehungen im Sinne einer schuldrechtlichen Sonderverbindung, aus der (Neben-)Pflichten hinsichtlich der sorgfältigen und ordnungsgemäßen Vorbereitung und Durchführung des Wettbewerbs und hinsichtlich des Schutzes der Teilnehmer vor Gefahren, mit denen sie nicht zu rechnen brauchen, erwachsen (§ 241 Abs. 2 BGB; vgl. Senatsurteile vom 23. September 1982 aaO und vom 9. Juni 1983 - III ZR 74/82, NJW 1984, 1118)

[13] In diesem Zusammenhang können nach den anerkannten allgemeinen Grundsätzen über den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter auch Schutzpflichten gegenüber Dritten begründet werden; ein "echtes Vertragsverhältnis" ist für einen solchen Drittschutz nicht erforderlich, eine schuldrechtliche Sonderverbindung genügt (vgl. § 311 Abs. 2 BGB; s. zur Anwendbarkeit auf vorvertragliche Rechtsbeziehungen etwa BGHZ 66, 51, 56; BGH NJW 2007, 1061, 1062 Rn. 9 f) [...]"

2. *Wirksame Einbeziehung des K nach den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*  
K müsste wirksam nach den Grundsätzen des VSD in das zwischen T und B bestehende Schuldverhältnis einbezogen worden sein.

#### a) *Leistungsnähe*

Zunächst muss der Dritte (K) bestimmungsgemäß mit der Leistung in Berührung gekommen sein. D.h. er muss den Gefahren einer Schlechtleistung bzw. einer

Pflichtverletzung ebenso ausgesetzt sein wie der Gläubiger des Anspruchs (T).

Indem K der T das in seinem Eigentum stehende Pferd zur Turnierteilnahme überlässt, kommt er mit den Gefahren einer Pflichtverletzung ebenso in Kontakt wie die T selbst. Dies ist auch "bestimmungsgemäß", da die AGB des Veranstalters gerade vorsehen, dass Reiter und Turnierteilnehmer nicht zwangsläufig auch die Eigentümer der Pferde sind (vgl. die Unterscheidung zwischen "Teilnehmern" und "Pferdebesitzern" in Nr. 5 der AGB). Dies entspricht auch der Praxis, in der vielfach die Reiter nicht zugleich Inhaber der gerittenen Pferde sind.

#### b) *Gläubigerinteresse*

Außerdem müsste die Gläubigerin (T) ein Interesse an der Einbeziehung und am Schutz des Dritten haben. Das ist etwa der Fall, wenn das Eigentum Dritter berechtigterweise den Gefahren einer Pflichtverletzung ausgesetzt wird (vgl. BGH, NJW 2009, 142) und das Haftungsrisiko des Schuldners hierdurch nicht unangemessen erhöht wird. Ausreichend ist ebenfalls, dass der Gläubiger ein berechtigtes Interesse an vertragsgemäßer Erfüllung auch im Interesse des Dritten hat, etwa weil zwischen beiden vertragliche Verbindungen bestehen (BGH, NJW-RR 2006, 611). Da vorliegend fremdes Eigentum selbst nach der Vorstellung des Veranstalters (vgl. Nr. 5 der AGB) den Gefahren einer Pflichtverletzung ausgesetzt werden kann und sich hierdurch das Haftungsrisiko des B auch nicht unangemessen erhöht, ist das Gläubigerinteresse an der Einbeziehung anzunehmen. Ob zwischen T und B außerdem vertragliche Verbindungen bestehen, die über die familiäre Sonderverbindung hinausgehen, ist nicht ersichtlich.

#### c) *Erkennbarkeit*

Für den Schuldner (B) muss erkennbar sein, dass über den Gläubiger hinaus weitere Personen mit der Leistung in Kontakt kommen (Leistungsnähe) und der Gläubiger an der Einbeziehung des Dritten ein Interesse hat (Gläubigerinteresse). Erforderlich ist allerdings nicht, dass der Schuldner den/die Namen und die genaue Anzahl der zu schützenden Dritten kennt (BGH, NJW 1996, 2929). Ausreichend ist, dass die zu schützenden Dritten einen abgrenzbaren Personenkreis bilden.

Für den B war erkennbar, dass über die Reiter und Teilnehmer hinaus weitere Personen - nämlich die Pferdeeigentümer - mit der Leistung in Kontakt kommen und dies auch gerade dem Interesse der jeweiligen Gläubiger entspricht.

#### d) *Schutzbedürftigkeit*

Schließlich muss der Dritte (K) schutzbedürftig sein. Das ist der Fall, wenn der Dritte nicht ausreichend

geschützt wäre, sofern der Schutzbereich des Vertragsverhältnisses nicht zu seinen Gunsten ausgedehnt würde. Ein ausreichender Schutz des Dritten besteht, wenn dieser einen eigenen inhaltsgleichen vertraglichen Anspruch gegen den Gläubiger oder einen anderen hat (BGH, NJW 1996, 2929; OLG Köln, NJW-RR 2003, 1010). Deliktische Ansprüche des Dritten sowie Ansprüche aus Prospekthaftung (BGH, NJW 2004, 3420) sind im Hinblick auf die Schutzbedürftigkeit unschädlich, da diese nicht ebenso günstig wie vertragliche Ansprüche sind (vgl. nur die Verschuldensvermutung in § 280 I 2 BGB und die Zurechenbarkeit fremden Verschuldens gem. § 278 BGB, die keine Entsprechung im Deliktsrecht finden). Da vorliegend nur deliktische, jedoch keine eigenen vertraglichen Ansprüche des K in Betracht kommen, ist die Schutzbedürftigkeit gegeben.

#### e) Zwischenergebnis

Der K ist in den Schutzbereich des Schuldverhältnisses zwischen T und B nach den Grundsätzen des VSD einzubeziehen:

“[13] (...) Somit begegnet die Annahme des Berufungsgerichts, dass der Kläger als Eigentümer des verletzten Pferdes (...) in den Schutzbereich des zwischen der Tochter des Klägers (als Turnierteilnehmerin) und dem das Turnier veranstaltenden beklagten Verein bestehenden Rechtsverhältnisses einbezogen worden sei, keinen Bedenken.”

#### II. Pflichtverletzung

Es müsste eine Pflichtverletzung vorliegen.

Wie bereits geklärt, besteht im Rahmen des Preisschreibens gem. §§ 661, 657 BGB schon vor der Sachentscheidung durch den Preisrichter eine schuldrechtliche Sonderbeziehung, die jedenfalls gegenseitige Rücksichtnahme i.S.d. § 241 II BGB gebietet (oben unter A. I. 1. b und Rn. 12, 13 des Urteils).

Eine Pflichtverletzung könnte darin zu sehen sein, dass ein Kombinationshindernis gesteckt wurde, von dem im Falle einer Kollision ein über das normale Maß hinausgehendes Verletzungsrisiko ausging:

“[15] Der Veranstalter eines Reit- und Springturniers ist verpflichtet, eine geeignete Wettkampfanlage zur Verfügung zu stellen, die keine Gefahren aufweist, die über das übliche Risiko hinausgehen und mit denen die Turnierteilnehmer nicht zu rechnen brauchen (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 3. Juni 2008 - VI ZR 223/07, NJW 2008, 3775, 3776 Rn. 10; OLG Köln aaO). Dabei sind diejenigen Sicherheitsvorkehrungen zu treffen, die ein verständiger, umsichtiger, vorsichtiger und gewissenhafter Angehöriger der betreffenden Verkehrskreise für ausreichend halten darf, um andere Personen vor Schäden zu bewahren, und die ihm den Umständen nach zuzumuten sind (vgl. BGH, Urteil vom 3. Juni 2008 aaO Rn. 9 m.w.N.).“

Der vorliegend verwendete Fangständer entsprach in seiner konkreten Verwendung nicht den Anforderungen an eine geeignete Wettkampfanlage, da er fest mit Boden verankert war und bei einer stets denkbaren Kollision nicht nachgab. Somit liegt eine Pflichtverletzung i.S.d. § 241 II BGB vor.

#### III. Vertretenmüssen

Diese Pflichtverletzung müsste der Schuldner auch zu vertreten haben. Hier hat jedoch nicht B, sondern P den Parcours gesteckt und das Hindernis aufgestellt. Jedoch könnte dem B ein etwaiges Verschulden des P gem. § 278 BGB zuzurechnen sein.

##### 1. Verschulden des P

Indem der P ein Hindernis aufstellte, von dem ein erhöhtes Verletzungsrisiko ausging, handelte er fahrlässig gem. § 276 II BGB und damit schuldhaft.

##### 2. Zurechnung gem. § 278 BGB

###### a) P als Erfüllungsgehilfe

Eine Zurechnung nach § 278 BGB setzt voraus, dass P Erfüllungsgehilfe des B ist. Erfüllungsgehilfe ist, wer nach den tatsächlichen Gegebenheiten des Falles mit dem Willen des Schuldners bei der Erfüllung einer diesem obliegenden Verbindlichkeit als seine Hilfsperson tätig wird (zuletzt BGHZ 98, 334). Im Gegensatz zum Verrichtungsgehilfen nach § 831 BGB ist eine Weisungsgebundenheit nicht erforderlich; Erfüllungsgehilfe kann also auch derjenige sein, der selbstständig tätig wird, solange er dies zur Erfüllung einer Verbindlichkeit des Schuldners tut (vgl. Palandt/Heinrichs, § 278 Rn. 7). Dem Schuldner B oblag die Verbindlichkeit, einen Parcours abzustecken, der sicher - d.h. nicht mit einem gesteigerten Verletzungsrisiko - durchritten werden kann. Diesbezüglich bediente er sich des P, der damit als sein Erfüllungsgehilfe i.S.v. § 278 BGB tätig geworden ist. Die Tatsache, dass P keiner direkten Weisung unterlag und außerdem aufgrund von verbandsrechtlichen Vorgaben eingesetzt wurde, ändert hieran nichts:

“[18] (...) Der Einwand des Beklagten, er sei bei dem Einsatz dieser Personen an die Vorgaben der Reitverbände gebunden gewesen und habe insoweit nur über einen sehr eingeschränkten Spielraum verfügt, steht der Anwendung von § 278 BGB nicht entgegen.”

###### b) Zurechnungsmöglichkeit nach § 278 BGB außerhalb “echter Verträge”

Jedoch darf auch hier nicht außer Acht bleiben, dass die vertragliche Beziehung, die den B erst zum “Schuldner” i.S.v. § 278 BGB macht, einseitiges Rechtsgeschäft darstellt. Insofern ist auch hier fraglich, ob bei solch einseitigen Rechtsgeschäften die Anwendbarkeit des § 278 BGB angezeigt ist:

“[18] § 278 BGB findet anerkanntermaßen auf jede rechtliche Sonderverbindung, also auch auf Schuldverhältnisse außerhalb "echter Verträge", Anwendung. Erfüllungsgelhilfe ist, wer nach den tatsächlichen Gegebenheiten des Falles mit dem Willen des Schuldners bei der Erfüllung einer diesem obliegenden Verpflichtung als seine Hilfsperson tätig wird; im Gegensatz zum Verrichtungsgelhilfen im Sinne von § 831 BGB kommt es hierbei nicht auf die Bindung an Weisungen des Schuldners an (s. etwa BGH, Urteile vom 8. Februar 1974 - V ZR 21/72, BGHZ 62, 119, 124 f [Notar]; vom 9. Oktober 1986 - I ZR 138/84, BGHZ 98, 330, 334 [Steuerberater] und vom 24. November 1995 - V ZR 40/94, NJW 1996, 451 [Makler] m.w.N.). Wie der Senat bereits entschieden hat, kommt demnach auch ein Preisrichter als tauglicher Erfüllungsgelhilfe des Auslobenden (Wettbewerbsveranstalters) in Betracht (Senatsurteil vom 23. September 1982 aaO; Seiler aaO § 661 Rn. 12). Entsprechendes gilt für den bei der Turniervorbereitung und -durchführung eingesetzten Parcourschef.”

#### c) Zwischenergebnis

Die Anwendbarkeit des § 278 BGB begegnet daher keinen Bedenken. Dem B wird damit das Verschulden des P zugerechnet. Eine eigene Exkulpationsmöglichkeit (§ 280 I 2 BGB) steht dem B hier nicht zu, da er nicht selbst schuldhaft gehandelt hat. Der B könnte allenfalls die Exkulpation des P führen, was er hier jedoch nicht getan hat. Somit hat B die Pflichtverletzung auch zu vertreten.

#### IV. Adäquat kausaler Schaden

Schließlich müsste dem K ein auf der Pflichtverletzung adäquat kausal beruhender Schaden entstanden sein.

Die Pflichtverletzung führte zur schweren Verletzung des Reitpferdes und schließlich zu dessen Ableben. Möglicherweise wäre eine Verletzung des Pferdes auch dann eingetreten, wenn das Hindernis nicht fehlerhaft gesetzt worden wäre, der B also keine Pflichtverletzung begangen hätte. Dies lässt die Kausalität jedoch nicht entfallen, da anderenfalls das Hindernis nachgegeben und die Verletzungen weniger gravierend ausgefallen wären:

“[19] Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht unter Würdigung der Beweisaufnahme die Kausalität der Pflichtverletzung für die tödliche Verletzung des Pferdes "F." bejaht. Die in diesem Zusammenhang erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat im Einzelnen geprüft und für nicht durchgreifend erachtet; von einer näheren Begründung wird gemäß § 564 ZPO abgesehen.”

Der gem. § 251 BGB i.V.m. § 90a BGB ersatzfähige Schaden des K liegt im Wert des Pferdes und beträgt mithin 35.000 €.

#### V. Haftungsausschluss gem Nrn. 5, 6 der AGB

Jedoch könnte die Haftung des B für Verletzungen bei Pferden durch Nrn. 5 und 6 der AGB ausgeschlossen sein.

Dann müssten die Klauseln wirksam sein und einer AGB-Kontrolle gem. §§ 305 ff. BGB standhalten.

##### 1. Vorliegen von AGB gem. § 305 I BGB

Die Klauseln sind für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert und von der einen Vertragspartei (Verwender) der anderen bei Abschluss des Vertrages gestellt worden. Denn die Klauseln waren in der Ausschreibung des Turniers in der Zeitschrift "Reiter und Pferde in Westfalen" abgedruckt und richteten sich somit an jeden potentiellen Teilnehmer. Es handelt sich somit um AGB i.S.v. § 305 I BGB.

##### 2. Wirksame Einbeziehung gem. § 305 II BGB

Die Klauseln sind nach Maßgabe des § 305 II BGB in den Vertrag zwischen T und B einbezogen worden und damit Vertragsbestandteil geworden.

##### 3. Keine vorrangige Individualabrede gem. § 305 b) und keine überraschende Klausel gem. § 305 c) BGB

Die Klausel ist nicht aufgrund einer Individualabrede zustande gekommen und ist auch nicht überraschend.

##### 4. Inhaltskontrolle gem. §§ 307 ff. BGB

Die Klausel ist grundsätzlich der Inhaltskontrolle gem. §§ 307 ff. BGB zugänglich.

##### a) Möglichkeit einer Inhaltskontrolle i.e.S.

Die Klauseln müssten jedoch auch vor dem Hintergrund, dass sie einem einseitigen Rechtsgeschäft entstammen, kontrollfähig i.S.d. §§ 305 ff. BGB sein. Bei einem einseitigen Rechtsgeschäft ist zu fragen, ob die vom Verwender gestellten AGB überhaupt in den Rechtskreis der Betroffenen eingreifen, oder ob die Bedingungen bloß die rechtsgeschäftliche Gestaltungsmacht des Verwenders betreffen. Im letztgenannten Fall - etwa bei der Aufstellung des sportlichen Regelwerks - liegen keine nach §§ 305 ff. BGB kontrollfähigen Bedingungen vor.

Vorliegend versucht B durch die AGB seine Haftung für Sach- und Körperschäden jeglicher Art auszuschließen. Er definiert damit nicht nur das äußere Regelwerk der sportlichen Veranstaltung, sondern greift intensiv in die geschützten Rechtsgüter der Teilnehmer ein. Damit handelt es sich um kontrollfähige Klauseln i.S.e. AGB-Kontrolle:

“[23] Allerdings stellen allgemeine Bestimmungen, die der Verwender bei eigenen einseitigen Rechtsgeschäften - wie hier bei einem Preisausschreiben (Auslobung) - trifft, grundsätzlich keine nach §§ 305 ff. BGB kontrollfähigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Sinne von § 305 Abs. 1 BGB dar, weil der

Verwender hier regelmäßig nicht fremde, sondern ausschließlich eigene rechtsgeschäftliche Gestaltungsmacht in Anspruch nimmt (s. Palandt/Grüneberg aaO § 305 Rn. 7; MünchKommBGB/Basedow, 5. Aufl., § 305 Rn. 11; Staudinger/Schlosser, BGB [2006], § 305 Rn. 10; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 10. Aufl., § 305 BGB Rn. 18). Dies gilt bei der Veranstaltung eines Reit- und Springturniers etwa für die in der Ausschreibung aufgestellten Regeln für den äußeren Ablauf des Turniers (insbesondere: für das "sportliche Regelwerk", das indes einer Kontrolle nach § 242 BGB und damit mittelbar auch einer Überprüfung nach den Wertungsmaßstäben der §§ 305 ff BGB zugänglich ist; s. dazu BGHZ 128, 93, 101 ff).

[24] Anders verhält es sich jedoch, soweit es um vorformulierte und vom Veranstalter vorgegebene Ausschlüsse oder sonstige Beschränkungen der Haftung für Verletzungen von Rechtsgütern der Teilnehmer (oder in den Schutzbereich einbezogener sonstiger Dritter) geht. Die verwendeten allgemeinen Bestimmungen betreffen hierbei nämlich nicht lediglich die Regelung der "eigenen Verhältnisse" des Verwenders (Veranstalters), sondern greifen auf die geschützten Rechtspositionen Dritter über und sind deshalb auch der Kontrolle nach §§ 305 ff BGB unterworfen (vgl. BGH, Urteil vom 10. Februar 1999 - IV ZR 324/97, NJW 1999, 1633, 1635 für Vollmachtsbeschränkungen). Wie ausgeführt (siehe oben, 1.), ist mit der Teilnahme an einem Preisausschreiben im Vorfeld der eigentlichen Sachentscheidung durch das Preisgericht ein Rechtsverhältnis verbunden, aus dem Pflichten hinsichtlich der sorgfältigen und ordnungsgemäßen Vorbereitung und Durchführung des Wettbewerbs und hinsichtlich des Schutzes der Teilnehmer vor Gefahren, mit denen sie nicht zu rechnen brauchen, erwachsen (§ 241 Abs. 2 BGB). Hierin liegt - neben dem einseitigen Rechtsgeschäft des Preisausschreibens als solchem - eine schuldrechtliche Sonderverbindung, die sich als ein vertragsähnliches Verhältnis einordnen lässt und es zumal mit Blick auf den gebotenen Schutz der Rechtsgüter der Beteiligten rechtfertigt, vom Veranstalter vorgegebene Haftungsausschlüsse und -beschränkungen der Kontrolle nach §§ 305 ff BGB (in unmittelbarer oder entsprechender Anwendung) zu unterziehen. Aus nämlichen Gründen ist die Anwendung der §§ 305 ff BGB auf Klauseln für vorvertragliche Beziehungen zwischen Verwender und Kunden anerkannt, wo es ebenfalls (noch) an einem "echten Vertragsverhältnis" fehlt (s. dazu etwa BGHZ 133, 184, 187 ff;).

#### *b) Eröffnung der Inhaltskontrolle gem. § 307 III BGB*

Die Klauseln Nrn. 5, 6 weichen von gesetzlichen Regelungen ab, nämlich vom Grundsatz der verschuldensabhängigen, vertraglichen Haftung gem. §§ 280

ff. BGB und vom Haftungsmaßstab des § 276 BGB. Damit ist die Inhaltskontrolle gem. § 307 III BGB eröffnet.

#### *c) Verstoß gegen § 309 Nr. 7 a) und b) BGB*

Die Klauseln könnten gegen § 309 Nr. 7 BGB verstoßen.

Um die Klauseln am Wertmaßstab des § 309 BGB überhaupt messen zu können, ist zunächst der Bedeutungsgehalt der Klauseln durch Auslegung zu ermitteln. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH hat dies gem. § 305 c II BGB nach der sog. "kundenfeindlichsten" Auslegung zu erfolgen (BGH, RA 2010, 430 = NJW 2010, 2877 [Fachhandwerkerklausel]; BGHZ 175, 76 [80] = BGH, NJW 2008, 987; BGHZ 176, 244 [250] = BGH, NJW 2008, 2172). Wird die Klausel nämlich "kundenfeindlich" ausgelegt, sinkt die Wahrscheinlichkeit, dass sie mit den Vorgaben der §§ 307 ff. BGB zu vereinbaren ist. Die Möglichkeit einer Unwirksamkeit der Klausel ist bei "kundenfeindlicher" Auslegung demnach erhöht, was sich letztendlich kundenfreundlich auswirkt.

Nach der "kundenfeindlichsten" Auslegung schließt der Verwender B die Haftung für jegliches Rechtsgut (Mensch, Tier) und für jegliches Verhalten (auch grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz) aus. Zwar spricht Nr. 6 nur von einem Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit, differenziert jedoch nicht hinsichtlich der Rechtsgüter. Nr. 5 spricht zwar unterschiedliche Rechtsgüter an, differenziert aber nicht im Hinblick auf die verschiedenen Haftungsstufen. Im Sinne einer "kundenfeindlichen" Auslegung muss also davon ausgegangen werden, dass sich B für jegliche Haftung freizeichnen will.

Damit verstößt Nr. 5 gegen § 309 Nr. 7 a) und b) BGB, Nr. 6 gegen § 309 Nr. 7 a) BGB. Die Klauseln sind folglich unwirksam.

#### *5. Zwischenergebnis*

"[27] Diese Verstöße haben zur Folge, dass die genannten Bestimmungen insgesamt unwirksam sind; eine teilweise Aufrechterhaltung der Klauseln scheidet wegen des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion aus (§ 306 Abs. 1 und 2 BGB; s. etwa BGH, Urteile vom 24. September 1985 - VI ZR 4/84, BGHZ 96, 18, 25 f und vom 17. Mai 1991 - V ZR 140/90, BGHZ 114, 338, 342 f; Senatsurteil vom 19. November 2009 - III ZR 108/08, BGHZ 183, 220, 225 f Rn. 16)."

#### *VI. Haftungsausschluss nach den Grundsätzen des Handelns auf eigene Gefahr*

Ein Haftungsausschluss wegen Handelns auf eigene Gefahr kann sich aus dem Verbot widersprüchlichen Verhaltens (§ 242 BGB) ergeben. Hiervon ist auszugehen, sofern sich jemand in eine Situation drohender Eigengefährdung begibt, obwohl er die besonderen

Umstände kennt, die für ihn eine konkrete Gefahrenlage begründen, ohne dass dafür ein triftiger - rechtlicher, beruflicher oder sittlicher Grund vorliegt (BGH, VersR 2009, 963).

Weder die T noch der K hätten mit einer derartigen, vom Kombinationshindernis ausgehenden Gefahrenlage rechnen müssen. Damit kommt ein Ausschluss nach den Grundsätzen des Handelns auf eigene Gefahr nicht in Betracht.

#### *VII. Anspruchskürzung wegen Mitverschuldens der T gem. § 254 i.V.m. § 334 BGB analog*

Ein Reitfehler der T, der gem. § 254 BGB zur Anspruchskürzung oder zum Ausschluss führen und analog § 334 BGB auch dem Dritten K entgegengehalten werden könnte, ist nicht ersichtlich.

#### *VIII. Anspruchskürzung wegen Anrechnung der Tiergefahr analog §§ 833, 254 I BGB*

Jedoch könnte sich K die von seinem Pferd ausgehende Tiergefahr analog §§ 833, 254 I BGB zurechnen lassen müssen.

Der von B vorgetragene Gedanke, dass die von einem im Zweifel nicht völlig beherrschbaren Gegenstand ausgehenden Gefahren dem Geschädigten anspruchsmindernd entgegenzuhalten sind, ist der Rechtsordnung nicht fremd. Insbesondere kommt dies in § 17 StVG zum Ausdruck. Auch beim Unfall eines (§ 17 I StVG) oder mehrerer (§ 17 II StVG) Pkw ist die jeweilige Betriebsgefahr anspruchsmindernd zu berücksichtigen. Nur in Ausnahmefällen oder im Fall des § 17 III StVG (sog. Unabwendbarkeitsnachweis) kommt eine umfassende Haftung ohne Berücksichtigung der jeweiligen Betriebsgefahr in Betracht.

Grundsätzlich ist dieser Gedanke auch in den Bereich der Tierhalterhaftung übertragbar. Auch kommt die Anrechnung der Tiergefahr des verletzten Tieres unter Gesichtspunkt der Mitverantwortung des geschädigten Tierhalters (§ 254 BGB) in Betracht, wenn es nicht um das Zusammentreffen wechselseitiger Tiergefahren geht (BGH, NJW-RR 1995, 215 [216]). Doch ist die Wirkung des § 840 III BGB analog zu beachten:

“[31] (...) Wie der Bundesgerichtshof bereits entschieden hat, muss sich der geschädigte Tierhalter die beim Schadenseintritt mitwirkende (bloße) Tiergefahr auf seinen Schadensersatzanspruch gegen den aus Verschulden haftenden Schädiger jedoch nach § 840 Abs. 3 BGB nicht anspruchsmindernd anrechnen lassen (BGH, Urteil vom 25. Oktober 1994 aaO; s. auch OLG Hamm aaO; OLG Schleswig, NJW-RR 1990, 470 m.w.N.; Palandt/Sprau aaO § 833 Rn. 13 a.E. und

§ 840 Rn. 12 a.E.). So liegt es auch hier; denn der Beklagte haftet dem Kläger aus schuldhafter Pflichtverletzung (siehe oben, unter 2.).

[32] Die von der Revision angeführten verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Anwendung von § 840 Abs. 3 BGB greifen nicht durch. Entgegen der Ansicht der Revision ist nach Art. 3 Abs. 1 GG in dieser Hinsicht keine Gleichbehandlung der Tierhalterhaftung mit der Haftung des Kraftfahrzeughalters (§ 7 StVG) geboten. Dass für die Fahrzeughalterhaftung eine - entsprechende - Anwendung von § 840 Abs. 3 BGB ausscheidet (s. Senatsurteil vom 24. April 1952 - III ZR 78/51, III ZR 79/51, BGHZ 6, 3, 28), erfordert von Verfassungs wegen nicht, die Tierhalterhaftung nach § 833 BGB ebenfalls von dem Anwendungsbereich des § 840 Abs. 3 BGB auszunehmen. Die Gefährdungshaftungen enthalten für die einzelnen Haftungsbereiche im Hinblick auf die Besonderheiten der jeweiligen Materie und ihrer Entstehungsgeschichte je eigenständige und in sich abgeschlossene Regelungen, die nur aus ihrem jeweiligen Zusammenhang heraus verstanden und angewendet werden können und demgemäß einer entsprechenden Anwendung auf andere Gefährdungshaftungen nicht zugänglich sind (BGH, Urteil vom 9. Juni 1992 - VI ZR 49/91, NJW 1992, 2474). Die Differenzierung zwischen der Tierhalterhaftung einerseits und der Kraftfahrzeughalterhaftung andererseits ist, worauf die Revisionserwiderung zutreffend hinweist, sachlich dadurch gerechtfertigt, dass die typische Tiergefahr zu ihrer Verwirklichung keiner menschlichen Einwirkung bedarf, wohingegen die von einem Kraftfahrzeug ausgehende Gefahr regelmäßig erst durch menschliches Handeln zur Wirkung gelangt.”

Somit ist der Anspruch des K auch nicht analog §§ 833, 254 BGB zu kürzen bzw. ausgeschlossen.

#### *IX. Ergebnis*

K kann von B Schadensersatz in Höhe von 35.000 € gem. § 280 I i.V.m. §§ 661, 657 BGB und den Grundsätzen des VSD verlangen.

#### *B. Weitere Ansprüche*

K kann außerdem Schadensersatz von B gem. § 823 I BGB verlangen. Zwar hat B nicht selbst gehandelt, doch hat er eine Verkehrssicherungspflicht verletzt, indem er - durch P - einen fehlerhaften Parcours aufstellen ließ. Ein Anspruch aus § 831 BGB scheidet dagegen aus, da P nicht weisungsgebunden und daher kein Verrichtungsgehilfe des B ist.

**Standort: Strafrecht****Problem: Anforderungen an die Vortat**

BGH, BESCHLUSS VOM 06.07.2010  
3 STR 180/10 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Der Angeklagte hatte einem Bekannten dessen Handy weggenommen und forderte von diesem die Zahlung von 20,- € für die Rückgabe. Als das Opfer sich weigerte, entschloss sich der Angeklagte dazu, das Handy zu behalten, steckte es ein und wollte gehen. Als das Opfer ihn daran hindern wollte, schlug der Angeklagte dem Opfer ins Gesicht und drohte weitere Schläge für den Fall an, dass das Opfer in nicht gehen lasse, was dieses daraufhin tat.

Das Landgericht Hannover hatte den Angeklagten aufgrund der Gewaltanwendung und Drohung gegenüber dem Opfer insbesondere wegen räuberischen Diebstahls, § 252 StGB, verurteilt. Der BGH stellt in der vorliegenden Entscheidung jedoch klar, dass das Vorverhalten des Angeklagten keinen Diebstahl, § 242 I StGB, darstelle, da dieser das Handy zwar weggenommen, aber im Zeitpunkt der Wegnahme noch keine Zueignungsabsicht gehabt habe. Dies sei aber für eine Strafbarkeit gem. § 242 I StGB erforderlich. Den Zueignungswillen habe der Angeklagte erst nach Vollendung der Wegnahme gefasst, sodass das Mitnehmen des Handys zwar eine Unterschlagung, § 246 I StGB, darstelle, aber keinen Diebstahl. Da eine Unterschlagung jedoch keine taugliche Vortat für einen räuberischen Diebstahl sei, dessen Tatbestand ausdrücklich voraussetzt, dass das Opfer "bei einem Diebstahl" betroffen wurde, scheidet somit auch eine Strafbarkeit gem. § 252 StGB aus.

**Prüfungsrelevanz:**

Neben dem klassischen Problem der Anforderungen an die Opferreaktion bei §§ 253 I, 255 StGB und dessen Konsequenzen für das Verhältnis von Raub und räuberischer Erpressung sind auch Probleme der Qualifikationstatbestände der §§ 250 f. StGB und - wie im vorliegenden Fall - die Voraussetzungen des § 252 StGB immer wieder Gegenstand von Prüfungsaufgaben aus dem Bereich der §§ 249 ff. StGB. Die vorliegende Entscheidung enthält zwar keine Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung, der Sachverhalt ist jedoch wegen der zahlreichen anzusprechenden Delikte und dem Erfordernis einer detaillierten Prüfung als Klausurvorlage geradezu prädestiniert.

Der Tatbestand des räuberischen Diebstahls, § 252 StGB, setzt voraus, dass der Täter "bei einem Diebstahl auf frischer Tat betroffen" wird und dann ein qualifiziertes Nötigungsmittel einsetzt, um sich im Besitz des gestohlenen Gutes zu erhalten. Im Rahmen

von § 252 StGB ist allgemein anerkannt, dass als Vortat nicht nur ein einfacher Diebstahl gem. § 242 I StGB in Betracht kommt, sondern jedes Delikt, dessen Tatbestand eine Wegnahme in Zueignungsabsicht voraussetzt, also insbesondere auch der Raub (Joecks, § 252 Rn. 2; Schönke/Schröder-Eser, § 252 Rn. 3; Krey/Hellmann, BT II, Rn. 215). Ein Betrug, § 263 StGB, stellt allerdings - da dieser keine Wegnahme voraussetzt - keine taugliche Vortat für § 252 StGB dar (BGHSt 41, 203; Fischer, § 252 Rn. 3). In der vorliegenden Entscheidung stellt der BGH klar, dass auch eine Unterschlagung, § 246 I StGB, keine taugliche Vortat für § 252 StGB darstellt, was aber eigentlich selbstverständlich ist, da der Tatbestand des § 246 I StGB nämlich auch keine Wegnahme erfordert.

Aufgrund des Fehlens einer entsprechenden Vortat lehnt der BGH eine Strafbarkeit gem. § 252 StGB ab. Allerdings setzt er sich überhaupt nicht mit der Frage auseinander, ob die beutesichernde Gewaltanwendung des Angeklagten nicht vielleicht eine räuberische Erpressung darstellen kann (sog. "Sicherungserpressung"). Dies verfälscht zwar das Ergebnis des Urteils nicht, da eine solche Sicherungserpressung auch nach ganz herrschender Meinung nicht gem. §§ 253 I, 255 StGB strafbar ist, sondern nur als "Sicherungsnötigung" nach § 240 I StGB (BGH, NJW 1984, 501; NStZ 2008, 627; Fischer, § 253 Rn. 25; Lackner/Kühl, § 253 Rn. 13) und der BGH eine Strafbarkeit gem. § 240 I StGB angenommen hatte. In einer Klausur wäre aber die Möglichkeit einer räuberischen Erpressung auf jeden Fall zu diskutieren.

**Vertiefungshinweise:**

- ☐ Zur Vortat bei § 252 StGB: *BGHSt* 21, 379; 38, 299; 41, 203; *Kudlich*, *JuS* 1998, 966
- ☐ Zur Sicherungserpressung: *BGH*, *NJW* 1984, 501; *StV* 1986, 530; *NStZ* 2008, 627; *Herzberg*, *JR* 1985, 209; *Kienapfel*, *JR* 1984, 388; *Seier*, *JA* 1984, 321

**Kursprogramm:**

- ☐ *Examenskurs*: "Das Undercover-Handy"
- ☐ *Examenskurs*: "Tod in der Fußgängerzone"

**Leitsatz (der Redaktion):**

**Räuberischer Diebstahl setzt nach § 252 StGB als Vortat eine von Zueignungsabsicht getragene vollendete Wegnahme - den Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams - voraus.**

**Sachverhalt:**

Als S dem A stolz sein neues Mobiltelefon zeigte, nahm A ihm dieses sodann aus der Hand und verlang-

te für die Rückgabe 20,- €. Dabei kam es ihm nicht auf das Handy, sondern auf das Geld an. S lehnte jedoch eine Zahlung ab. Hierauf fasste A den Entschluss, das Mobiltelefon zu behalten und für eigene Zwecke zu verwenden. Nach Entnahme der SIM-Karte, die er S aushändigte, steckte er es in seine Tasche und entfernte sich. S folgte ihm und forderte sein Eigentum zurück. Um sich im Besitz des Handys zu halten, schlug A dem S daraufhin mit der flachen Hand ins Gesicht und drohte ihm mit Schlägen für den Fall, dass er ihm weiter hinterher ginge. Dem fügte sich der Zeuge.

Strafbarkeit des A?

[Anm.: Gegebenenfalls erforderliche Strafanträge sind gestellt.]

### Lösung:

*A. Strafbarkeit gem. § 242 I StGB durch das Ergreifen des Handys*

Dadurch, dass A dem S dessen Handy aus der Hand nahm, könnte er sich wegen Diebstahls gem. § 242 I StGB strafbar gemacht haben.

#### I. Tatbestand

##### 1. Fremde bewegliche Sache

Bei dem Handy müsste es sich um eine fremde bewegliche Sache handeln.

Sache i.S.v. § 242 I StGB ist jeder körperliche Gegenstand (Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn. 9; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn. 63). Beweglich ist eine Sache, wenn sie tatsächlich fortgeschafft werden kann (Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn. 11; Krey/Hellmann, BT II, Rn. 2). Fremd ist die Sache, wenn sie im Eigentum einer anderen Person als des Täters steht (Fischer, § 242 Rn. 5; Joecks, Vor § 242 Rn. 9 f.). Das Handy war ein körperlicher Gegenstand, der tatsächlich fortgeschafft werden konnte und somit eine bewegliche Sache. Da das Handy im Eigentum des S stand war es für A auch fremd und stellte somit ein taugliches Tatobjekt für einen Diebstahl dar.

##### 2. Wegnahme

A müsste das Handy weggenommen haben.

Wegnahme i.S.v. § 242 I StGB ist der Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendig tätereigenen, Gewahrsams (Fischer, § 242 Rn. 10; Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn. 22).

##### a. Bestehen fremden Gewahrsams

Zunächst müsste für A fremder Gewahrsam, also z.B. Gewahrsam des S, bestanden haben.

Gewahrsam ist die tatsächliche Sachherrschaft eines

Menschen über eine Sache getragen von einem natürlichen Herrschaftswillen, wobei das Vorliegen dieser Elemente nach der Verkehrsanschauung zu beurteilen ist (BGHSt 40, 8, 23; Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn. 23).

Solange S das Handy bei sich trug, konnte er jederzeit darauf zugreifen, sodass er die tatsächliche Sachherrschaft daran hatte. Da es sich um sein Handy handelte und er dies auch beherrschen wollte, besaß S auch einen entsprechenden Herrschaftswillen. Ursprünglich bestand also Gewahrsam des S an dem Handy, mithin für A fremder Gewahrsam.

##### b. Begründung neuen Gewahrsams

A müsste auch durch das Ergreifen des Handys neuen Gewahrsam begründet haben.

Der Täter begründet neuen Gewahrsam dann, wenn er oder ein Dritter die Sachherrschaft derart erlangt hat, dass er diese ohne Behinderung durch den früheren Gewahrsamsinhaber ausüben und dieser seinerseits ohne Beseitigung der neuen Sachherrschaft nicht mehr über die Sache verfügen kann (BayObLG, NJW 1995, 3000, 3001; Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn. 38).

Hierzu führt der BGH aus: “[Das Landgericht] ist indes der Auffassung, dass der Angeklagte, als er dem Zeugen das Mobiltelefon aus der Hand genommen habe, dessen Gewahrsam nur gelockert habe; gebrochen habe er ihn erst, als er dieses, nunmehr in Zueignungsabsicht, eingesteckt und sich damit entfernt habe. Dem kann sich der Senat nicht anschließen. Der Täter bricht fremden und begründet neuen eigenen Gewahrsam dann, wenn er unter Ausschluss des Berechtigten die tatsächliche Sachherrschaft erlangt. Bei handlichen und leicht zu bewegenden Gegenständen genügt hierfür ein bloßes Ergreifen und Festhalten jedenfalls dann, wenn der Berechtigte seine ungehinderte Verfügungsgewalt nur noch gegen den Willen des Täters und unter Anwendung von körperlicher Gewalt wiederherstellen könnte (BGH NStZ 2008, 624, 625 mwN). Nach diesen Maßstäben war die Wegnahme bereits vollendet, als der Angeklagte dem Zeugen das Mobiltelefon aus der Hand nahm, denn um die ungehinderte eigene Verfügungsgewalt wiederzuerlangen hätte der Zeuge es ihm gegen dessen Widerstand entwinden müssen. Der Wille des Angeklagten, den Zugriff des Zeugen hierauf auszuschließen, ergibt sich schon daraus, dass ihm der Sachentzug als Mittel zur Durchsetzung seiner unberechtigten Geldforderung dienen sollte.”

A hat also durch das Ergreifen des Handys neuen Gewahrsam begründet.

##### c. Gewahrsamsbruch

Die festgestellte Gewahrsamsverschiebung müsste auch einen Gewahrsamsbruch darstellen.

Ein Gewahrsamsbruch liegt dann vor, wenn die Ge-

wahrsamsverschiebung gegen oder ohne Willen des früheren Gewahrsamsinhabers erfolgt (Joecks, § 242 Rn. 10; Lackner/Kühl, § 242 Rn. 14).

Da S nicht damit einverstanden war, dass A das Handy an sich nahm, ist auch ein Gewahrsamsbruch gegeben.

A hat also durch das Ergreifen das Handy weggenommen.

### 3. Vorsatz

A handelte vorsätzlich hinsichtlich der Wegnahme einer fremden beweglichen Sache.

### 4. Absicht rechtswidriger Zueignung

A müsste das Handy in der Absicht rechtswidriger Zueignung weggenommen haben. Dies setzt zunächst voraus, dass A überhaupt mit Zueignungsabsicht handelte.

Zueignungsabsicht setzt einen Enteignungswillen und eine Aneignungsabsicht voraus.

Enteignungswille ist der Wille, den Berechtigten auf Dauer aus seiner Eigentümerposition zu verdrängen, d.h. ihm die Sache selbst oder den in ihr verkörperten Sachwert auf Dauer zu entziehen (Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn. 47; Krey/Hellmann, BT II, Rn. 56).

A hatte nicht den Willen, dem S die Sache selbst (also das Handy) dauerhaft zu entziehen, da er es - jedenfalls nach Zahlung der 20,- € zurückgeben wollte. Allenfalls kommt also ein Wille des A zur dauerhaften Enteignung des S bzgl. des Sachwertes in Betracht.

Ein Enteignungswille hinsichtlich des Sachwertes kann jedoch nur dann angenommen werden, wenn der Täter den Willen hat, der Sache einen funktionsspezifischen Wert zu entziehen, also einen Wert, der ihr unmittelbar anhaftet (sog. "lucrum ex re"); nicht ausreichend ist hingegen der Wille des Täters, nur einen mittelbaren Gewinn (sog. "lucrum ex negotio cum re") aus der Sache zu ziehen (Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn. 49; Krey/Hellmann, BT II, Rn.69; Stoffers, JURA 1005, 117).

A wollte das Handy des S deshalb haben, um S mit dessen dauerhaften Entzug drohen zu können und von diesem so die Zahlung eines "Lösegeldes" i.H.v. 20,- € erzwingen zu können. Hierbei handelt es sich jedoch nicht um einen funktionsspezifischen Wert des Handys, der diesem entzogen würde, sondern nur um den "Drohwert", also lediglich ein *lucrum ex negotio cum re* (vgl. (Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn. 50; Krey/Hellmann, BT II, Rn.69 ff.).

A hatte also keinen Enteignungswillen und hat somit auch nicht in der Absicht rechtswidriger Zueignung gehandelt.

### II. Ergebnis

A hat sich durch das Ergreifen des Handys nicht gem. § 242 I StGB strafbar gemacht.

### B. Strafbarkeit gem. § 246 I StGB durch das Ergreifen des Handys

A könnte sich durch das Ergreifen des Handys wegen Unterschlagung gem. § 246 I StGB strafbar gemacht haben.

#### I. Tatbestand

Bei dem Handy handelte es sich um eine für A fremde bewegliche Sache (s.o.).

Diese Sache müsste A sich oder einem Dritten zueignet haben.

Zueignung i.S.v. § 246 I StGB ist die Betätigung des Zueignungswillens in objektiv erkennbarer Weise (Fischer, § 246 Rn. 6; Krey/Hellmann, BT II, Rn. 160). Der insofern erforderliche Zueignungswille setzt einen Aneignungs- und einen Enteignungswillen voraus, wobei letzterer - ebenso wie bei § 242 I StGB - dann gegeben ist, wenn der Täter den Berechtigten dauerhaft aus seiner Eigentümerposition verdrängen, d.h. ihm die Sache selbst oder den in ihr verkörperten Sachwert auf Dauer entziehen, will (Joecks, § 246 Rn. 26; Krey/Hellmann, BT II, Rn. 161, 56).

Da A jedoch im Zeitpunkt des Ergreifens des Handys keinen Enteignungswillen besaß (s.o.), scheidet somit auch eine Strafbarkeit gem. § 246 I StGB aus.

#### II. Ergebnis

A hat sich durch das Ergreifen des Handys auch nicht gem. § 246 I StGB strafbar gemacht.

### C. Strafbarkeit gem. §§ 253 I, 22, 23 I StGB gegenüber und zum Nachteil des S durch das Verlangen der Zahlung von 20,- €

Dadurch, dass A zu S sagte, dass dieser sein Handy nur dann zurückerhalte, wenn S dem A 20,- € zahle, könnte A sich wegen versuchter Erpressung gem. §§ 253 I, 22, 23 I StGB gegenüber und zum Nachteil des S strafbar gemacht haben.

#### I. Vorprüfung

Da S die von A begehrte Handlung - die Zahlung der 20,- € - nicht vorgenommen hat, ist die Erpressung nicht vollendet. Die Strafbarkeit der versuchten Erpressung ergibt sich aus § 253 III StGB.

#### II. Tatentschluss

A müsste Tatentschluss zur Begehung einer Erpressung gehabt haben.

Tatentschluss ist gegeben, wenn der Täter den Willen zur Verwirklichung aller objektiven Tatbestandsmerkmale hat und auch die sonstigen subjektiven Tatbestandsmerkmale aufweist (Joecks, § 22 Rn. 3; Wessels/Beulke, AT, Rn. 598).

#### 1. Bzgl. Nötigungsmittel

A müsste den Willen gehabt haben, Gewalt anzuwen-

den oder mit einem empfindlichen Übel zu drohen.

Ein Wille des A zur Anwendung von Gewalt zu diesem Zeitpunkt ist dem Sachverhalt nicht zu entnehmen. In Betracht kommt somit allenfalls ein Tatentschluss des A hinsichtlich einer Drohung mit einem empfindlichen Übel.

Eine Drohung i.S.v. § 253 I StGB ist das Inaussichtstellen eines zukünftigen Übels, auf dessen Eintritt der Täter Einfluss hat oder zu haben vorgibt (Fischer, § 253 Rn. 6, § 240 Rn. 31; Joecks, § 253 Rn. 9). Empfindlich ist das angedrohte Übel dann, wenn es so erheblich ist, dass seine Ankündigung geeignet ist, einen besonnenen Menschen zu dem vom Täter begehrten Verhalten zu bestimmen (Joecks, § 253 Rn. 11, § 240 Rn. 26; Schönke/Schröder-Eser, § 253 Rn. 4, § 240 Rn. 9).

A wollte S in Aussicht stellen, diesem das Handy nicht zurückzugeben, was ein Übel wäre, auf das A Einfluss hätte. Angesichts des Wertes eines Handys erscheint eine Drohung mit dessen Nichtrückgabe (also dem dauerhaften Entzug) auch geeignet, einen besonnenen Menschen zu der von A begehrten Zahlung von 20,- € zu veranlassen. A hatte also Tatentschluss zur Drohung mit einem empfindliche Übel.

Das Übel, das A androhen wollte, wäre ein Unterlassen, nämlich die Nichtrückgabe des Handys. Bei der Drohung mit einem Unterlassen ist streitig, ob dieses nur dann den Tatbestand der §§ 240 I; 253 I StGB erfüllen kann, wenn der Täter verpflichtet ist, die Handlung vorzunehmen, deren Unterlassen er androht (so Joecks, § 240 Rn. 25; SK-Horn/Wolters, § 240 Rn. 16; Wessels/Hettinger, BT 1, Rn. 416) oder ob eine solche Drohung auch strafbar sein kann, wenn keine entsprechende Handlungspflicht besteht (so BGHSt 31, 195, 200 f.; OLG Karlsruhe, NJW 2004, 3724; Fischer, § 240 Rn. 7; Schönke/Schröder-Eser, § 240 Rn. 10). Im vorliegenden Fall ist jedoch nach beiden Auffassungen eine tatbestandliche Drohung gegeben, da A - aus §§ 861 I; 985 I BGB - verpflichtet war, das Handy zurückzugeben, also diejenige Handlung vorzunehmen, mit deren Unterlassen er drohen wollte.

## 2. Bzgl. Opferreaktion

A müsste sich auch eine tatbestandmäßige Opferreaktion des S vorgestellt haben.

Im Rahmen von § 253 I StGB ist streitig, ob als Opferreaktion jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen in Betracht kommt (so BGHSt 42, 196, 199; Krey/Hellmann, BT II, Rn. 305; Hecker, JA 1998, 301, 305) oder ob insofern eine Vermögensverfügung erforderlich ist (so Lackner/Kühl, § 253 Rn. 3; Schönke/Schröder-Eser, § 253 Rn. 8; Noak/Sengbusch, JURA 2005, 494, 495 f.), wobei eine solche jedenfalls dann vorliegt, wenn das Opfer eine Handlung, Duldung oder Unterlassung vornimmt, die sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt (Schönke/Schröder-Eser, §

253 Rn. 8; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn. 713).

Im vorliegenden Fall stellte A sich vor, dass S eine Handlung vornehmen würde, nämlich die Übergabe von 20,- €. Durch diese Handlung würde das Vermögen des S unmittelbar gemindert, da dieser zumindest Besitz und Gewahrsam an dem Geld verlieren würde, sodass diese Handlung auch eine Vermögensverfügung darstellen würde. A stellte sich also nach beiden Meinungen eine tatbestandmäßige Opferreaktion des S vor.

## 3. Bzgl. Vermögensnachteil

A müsste sich auch vorgestellt haben, dass S einen Vermögensnachteil erleiden würde.

Der Vermögensnachteil i.S.v. § 253 I StGB entspricht dem Vermögensschaden i.S.v. § 263 I StGB und ist somit dann gegeben, wenn der Gesamtwert des Vermögens des Opfers durch die Tat verringert wurde, d.h. wenn das Opfer einen Abfluss von Vermögenswerten erlitten hat, der nicht durch den Zufluss eines Äquivalents ausgeglichen wird (BGHSt 34, 394, 395; Lackner/Kühl, § 253 Rn. 4, § 263 Rn. 36; Schönke/Schröder-Eser, § 253 Rn. 9, § 263 Rn. 99).

A hatte sich vorgestellt, dass S 20,- € verlieren würde (s.o.). Zwar ist nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" zugunsten des A davon auszugehen, dass dieser vorhatte, S im Falle der Zahlung das Handy auch tatsächlich zurückzugeben. Dies wäre jedoch kein Äquivalent für die Zahlung, da S (aus §§ 861 I; 985 I BGB) sowieso einen Anspruch gegen A auf unentgeltliche Rückgabe des Handys hatte. Die Zahlung eines Entgelts für die Vornahme einer Handlung, die unentgeltlich vorzunehmen ist, stellt jedoch einen Vermögensnachteil dar.

A hatte also Tatentschluss, dem Vermögen des S einen Nachteil zuzufügen.

## 4. Bzgl. Kausalität

A hatte sich auch die Kausalität seiner Drohung für die Opferreaktion des S und deren Kausalität für den Vermögensnachteil vorgestellt.

## 5. Bereicherungsabsicht

A müsste die Absicht gehabt haben, sich oder einen Dritten zu bereichern.

A hatte die Absicht, 20,- € von S zu erlangen, was eine Bereicherung darstellen würde. A hat also mit Bereicherungsabsicht gehandelt.

## 6. Bzgl. Rechtswidrigkeit und Stoffgleichheit der beabsichtigten Bereicherung

A müsste sich vorgestellt haben, dass die von ihm beabsichtigte Bereicherung rechtswidrig und stoffgleich sei.

Rechtswidrig ist die vom Täter beabsichtigte Bereicherung dann, wenn sie im Widerspruch zur mater-

iiellen Rechtsordnung steht, d.h. wenn der zu Bereichernde keinen fälligen, durchsetzbaren Anspruch auf die Bereicherung hat (BGH, RA 2003, 706, 708 = NJW 2003, 3283, 3284; Fischer, § 253 Rn. 19 f., § 263 Rn. 111). Stoffgleich ist die beabsichtigte Bereicherung dann, wenn sie die Kehrseite des Vermögensnachteils beim Opfer darstellt, was der Fall ist, wenn Vorteil und Schaden auf derselben Opferreaktion beruhen und der Vorteil zu Lasten des geschädigten Vermögens geht (BGH, NSTZ 2002, 254; Fischer, § 253 Rn. 20, § 263 Rn. 108).

A wusste, dass er keinen Anspruch auf Zahlung von 20,- € gegen S hatte, sodass er mit Tatentschluss bzgl. der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung handelte. Da A sich auch um genau die 20,- € bereichern würde, deren Verlust den Vermögensnachteil bei S begründen würde (s.o.), stellte er sich eine Bereicherung vor, die die Kehrseite des Schadens beim Opfer wäre und hatte somit auch Tatentschluss bezüglich der Stoffgleichheit der beabsichtigten Bereicherung.

A hatte also Tatentschluss zur Begehung einer Erpressung gem. § 253 I StGB.

### III. Unmittelbares Ansetzen

A müsste auch unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt haben.

Nach der herrschenden gemischt subjektiv-objektiven Theorie ist ein unmittelbares Ansetzen gegeben, wenn der Täter die Schwelle zum "jetzt geht's los" überschreitet, was der Fall ist, wenn er Handlungen vornimmt, die nach seiner Vorstellung von der Tat ohne wesentliche Zwischenschritte in die Tatbestandsverwirklichung einmünden sollen und deshalb aus Tätersicht das geschützte Rechtsgut bereits konkret gefährdet ist (BGH, wistra 2002, 263; NSTZ 2007, 336; Fischer, § 22 Rn. 10; Wessels/Beulke, AT, Rn. 601).

A hatte vorliegend die Drohung bereits ausgesprochen und so den Tatbestand des § 253 I StGB bereits teilweise verwirklicht, sodass er auf jeden Fall unmittelbar angesetzt hat.

### IV. Rechtswidrigkeit

A müsste rechtswidrig gehandelt haben. A ist nicht gerechtfertigt. Er handelte außerdem, um sich rechtswidrig zu bereichern (s.o.). Der von A verfolgte Zweck ist also von der Rechtsordnung nicht gedeckt und somit auch verwerflich i.S.v. § 253 II StGB.

### V. Schuld

A handelte ferner auch schuldhaft.

### VI. Kein Rücktritt

A dürfte nicht gem. § 24 I StGB vom Versuch strafbefreiend zurückgetreten sein.

Ein Rücktritt wäre allerdings ausgeschlossen, wenn der Versuch fehlgeschlagen wäre (BGH, NSTZ 2005, 263, 264; Roxin, AT II, § 30 Rn. 77). Fehlgeschlagen ist der Versuch dann, wenn der Täter glaubt, dass er mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln den tatbestandsmäßigen Erfolg entweder gar nicht oder zumindest nicht mehr ohne zeitlich relevante Zäsur herbeiführen kann (BGHSt 39, 221, 228; Roxin, NSTZ 2009, 319).

Als S sich hartnäckig weigerte, die geforderten 20,- € zu zahlen, erkannte A, dass er den Taterfolg der Erpressung mit den ihm zur Verfügung stehenden Durchmitteln nicht erreichen konnte. Der Erpressungsversuch des A war somit fehlgeschlagen und ein Rücktritt des A deshalb ausgeschlossen.

### VII. Ergebnis

A ist strafbar gem. §§ 253 I, 22, 23 I StGB.

#### D. Strafbarkeit gem. § 242 I StGB durch das Einstecken des Handys

Durch das Einstecken des Handys könnte A sich wegen Diebstahls gem. § 242 I StGB strafbar gemacht haben.

#### I. Tatbestand

Zwar ist das Handy des S eine für A fremde bewegliche Sache (s.o.) und somit ein taugliches Tatobjekt für einen Diebstahl.

A müsste das Handy jedoch weggenommen, also insbesondere fremden Gewahrsam gebrochen haben. A hatte bereits durch das Ergreifen des Handys eigenen Gewahrsam begründet (s.o.) und diesen auch nicht zwischenzeitlich wieder verloren. Im Zeitpunkt des Einsteckens des Handys hatte A also immer noch Alleingewahrsam daran, sodass er keinen fremden Gewahrsam (mehr) brechen konnte. Ein Wegnahme des Handys durch das Einstecken kann somit nicht gegeben sein.

#### II. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. § 242 I StGB.

#### E. Strafbarkeit gem. § 246 I StGB durch das Einstecken des Handys

Durch das Einstecken des Handys könnte A sich jedoch wegen Unterschlagung gem. § 246 I StGB strafbar gemacht haben.

#### I. Tatbestand

##### 1. Fremde bewegliche Sache

Das Handy des S ist eine für A fremde bewegliche Sache (s.o.) und stellt deshalb ein taugliches Tatobjekt für eine Unterschlagung dar.

## 2. Zueignung

A müsste das Handy sich oder einem Dritten zugeeignet haben.

Zueignung i.S.v. § 246 I StGB ist die Betätigung des Zueignungswillens in objektiv erkennbarer Weise (Fischer, § 246 Rn. 6; Krey/Hellmann, BT II, Rn. 160).

### a. Zueignungswille

A müsste zunächst Zueignungswillen gehabt haben. Vergleichbar zur Zueignungsabsicht beim Diebstahl (s.o.) setzt der Zueignungswille das Bestehen eines Aneignungs- und eines Enteignungswillens voraus.

Aneignungswille ist der Wille, die Sache selbst oder den in ihr verkörperten Sachwert wenigstens vorübergehend dem eigenen Vermögen oder dem Vermögen eines Dritten einzuverleiben (Fischer, § 246 Rn. 20, § 242 Rn. 35; Rengier, BT II, § 5 Rn. 7, 9, § 2 Rn. 64). Enteignungswille ist der Wille den Berechtigten auf Dauer aus seiner Eigentümerposition zu verdrängen, d.h. ihm die Sache selbst oder den darin verkörperten Sachwert auf Dauer zu entziehen (Joecks, § 246 Rn. 26; Krey/Hellmann, BT II, Rn. 161, 56).

A hatte im Zeitpunkt des Einsteckens des Handys den Willen, dieses zu behalten und für eigene Zwecke zu verwenden. Das heißt, er wollte das Handy entweder selbst benutzen oder verkaufen und hatte so den Willen, entweder die Sache selbst oder den in ihr verkörperten Sachwert dem eigenen Vermögen einzuverleiben. A hatte auch nicht vor, S das Handy zurückzugeben und wollte diesen somit dauerhaft aus seiner Eigentümerposition verdrängen.

A hat also mit Aneignungs- und Enteignungswillen gehandelt, sodass ein Zueignungswille des A vorliegt.

### b. Manifestationshandlung

A müsste seinen Zueignungswillen auch in erkennbarer Weise betätigt haben.

Dadurch, dass A das Handy einsteckte, hat er zu erkennen gegeben, dass er sich dieses zueignen wollte. Eine hinreichende Manifestation des Zueignungswillens des A ist durch diese Handlung also gegeben.

## 3. Rechtswidrigkeit der Zueignung

Die Zueignung des Handys müsste auch rechtswidrig sein.

Rechtswidrig ist eine Zueignung dann, wenn der Täter keinen fälligen und durchsetzbaren Anspruch auf Übereignung der Sache und kein Aneignungsrecht an dieser hat (Schönke/Schröder-Eser, § 246 Rn. 22, § 242 Rn. 59). Da A weder einen Anspruch auf Übereignung des Handys noch ein entsprechendes Aneignungsrecht hatte, war die entsprechende Zueignung also rechtswidrig.

## 4. Vorsatz

A handelte vorsätzlich.

## II. Rechtswidrigkeit

A handelte auch rechtswidrig.

## III. Schuld

Der Angeklagte handelte auch schuldhaft.

## IV. Ergebnis

A ist strafbar ge. § 246 I StGB.

## F. Strafbarkeit gem. § 249 I StGB durch den Schlag und die Ankündigung weiterer Schläge

Dadurch, dass A das Handy des S an sich nahm, den S ins Gesicht schlug und für den Fall, dass er ihm nachgehen würde, weitere Schläge ankündigte, könnte A sich wegen Raubes gem. § 249 I StGB strafbar gemacht haben.

### I. Tatbestand

#### 1. Raubmittel

A müsste zunächst ein qualifiziertes Nötigungsmittel (oder "Raubmittel") angewendet haben, also Gewalt gegen eine Person oder Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben.

Gewalt gegen eine Person ist der unmittelbar oder mittelbar auf den Körper des Opfers bezogene, körperlich wirkende Zwang zur Überwindung geleisteten oder erwarteten Widerstands (Fischer, § 249 Rn. 4; Rengier, BT I, § 7 Rn. 3). Diese Voraussetzungen sind bei dem Schlag des A ins Gesicht des S gegeben.

Dadurch, dass A dem S in Aussicht gestellt hat, diesen in naher Zukunft noch einmal zu schlagen, hat er auch mit einer gegenwärtigen Gefahr zumindest für die körperliche Unversehrtheit (den "Leib") des S gedroht.

#### 2. Fremde bewegliche Sache

Bei dem Handy handelt es sich um eine für A fremde bewegliche Sache (s.o.), sodass dieses ein taugliches Tatobjekt für einen Raub darstellt.

#### 3. Wegnahme

A müsste das Handy weggenommen haben.

Eine Wegnahme i.S.v. § 249 I StGB setzt - ebenso wie bei § 242 I StGB den Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendig tätereigenen, Gewahrsams voraus (Fischer, § 249 Rn. 2, § 242 Rn. 10; Schönke/Schröder-Eser, § 249 Rn. 2, § 242 Rn. 22).

Durch das Ergreifen des Handys hat A den bis dahin bestehenden Gewahrsam des S aufgehoben und neuen, eigenen Gewahrsam begründet (s.o.). Dies müsste jedoch auch einen Gewahrsamsbruch darstellen.

Ebenso wie beim Diebstahl (s.o.) ist auch beim Raub ein Gewahrsamsbruch dann gegeben, wenn der Täter den fremden Gewahrsam gegen oder ohne den Willen des Gewahrsamsinhabers aufhebt (Lackner/Kühl, § 249 Rn. 1; § 242 Rn. 14). Ein Einverständnis des Op-

fers in die Gewahrsamsverschiebung schließt also die Wegnahme aus (BGHSt 4, 199; Lackner/Kühl, § 249 Rn. 1, § 242 Rn. 14). Während diese Wertung i.R.v. § 242 I StGB uneingeschränkt gilt, würde der Tatbestand des § 249 I StGB jedoch weit gehend leer laufen, wenn man hier jedes - auch ein abgenötigtes - Einverständnis als Tatbestandsausschluss heranziehen würde. Deshalb muss das Vorliegen des Gewahrsamsbruchs bei § 249 I StGB etwas anders geprüft werden als bei § 242 I StGB.

Nach welchen Kriterien das Vorliegen einer Wegnahme i.R.v. § 249 I StGB zu prüfen ist, hängt letztlich mit dem Verhältnis von Raub und räuberischer Erpressung und dem für eine Erpressung erforderlichen Opferverhalten zusammen. Nach der Rechtsprechung und einem Teil der Literatur kommt als Opferverhalten im Rahmen einer (räuberischen) Erpressung - entsprechend dem Gesetzeswortlaut - jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen in Betracht. Deshalb stelle § 249 I StGB eine *lex specialis* zu §§ 253 I, 255 StGB dar, da jeder Raub immer auch eine räuberische Erpressung beinhalte (bei der das Opferverhalten dann in der Duldung der Wegnahme bestehe; BGH, NStZ 2003, 604, 605; Krey/Hellmann, BT II, Rn. 305). Eine Abgrenzung zwischen Raub und räuberischer Erpressung sei deshalb nach dem äußeren Erscheinungsbild vorzunehmen (BGHSt 41, 123, 125; BGH, NStZ 1999, 350). Nach herrschender Auffassung in der Literatur muss das Verhalten des Opfers bei einer (räuberischen) Erpressung stets - wie beim Betrug - eine Vermögensverfügung darstellen. Da der Raub hingegen - wie der Diebstahl - eine Wegnahme voraussetzt, stünden §§ 253 I, 255 StGB und § 249 I StGB - ebenso wie § 263 I StGB und § 242 I StGB - in einem Exklusivitätsverhältnis (Schönke-Schröder-Eser, § 255 Rn. 3; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn. 711). Die Abgrenzung habe bei beiden Deliktspaaaren nach der inneren Willensrichtung des Opfers zu erfolgen, wobei eine Wegnahme i.R.v. § 249 I StGB dann anzunehmen sei, wenn das Opfer glaube, dass der Täter die Beute auch ohne seine Mitwirkung erlangen könne, sich also nicht in einer "Schlüsselstellung" sehe (Joecks, § 249 Rn. 9; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn. 713, 371; Schönke/Schröder-Krey, § 249 Rn. 26).

Das Ergreifen des Handys durch A ist vom äußeren Erscheinungsbild her ein Nehmen. Da A den Gewahrsam an dem Handy ohne jede Mitwirkung des S erlangte, ist davon auszugehen, dass S auch glaubte, dass A die Beute ohne seine Mitwirkung erlangen könne und sich deshalb nicht in einer "Schlüsselstellung" sah. Nach beiden Auffassungen ist also ein Gewahrsamsbruch und somit eine Wegnahme gegeben.

#### 4. Vorsatz

A handelte vorsätzlich.

#### 5. Finalzusammenhang

Der Tatbestand des § 249 I StGB setzt nach h.M. einen Finalzusammenhang zwischen Raubmittel und Wegnahme voraus, d.h. der Täter muss das Raubmittel einsetzen, um die Wegnahme zu ermöglichen (BGH, NStZ 2003, 431; 2004, 153, 154; Schönke/Schröder-Eser, § 249 Rn. 7; Krey/Hellmann, BT II, Rn. 192; a.A. (Kausalität erforderlich): Joecks, § 249 Rn. 22). Im vorliegenden Fall erfolgten die Gewaltanwendung durch den Schlag und auch die Drohung jedoch erst, nachdem A die Wegnahme bereits vollendet hatte. Da A dies auch bewusst war, ist ausgeschlossen, dass er die Raubmittel eingesetzt hat, um die Wegnahme zu ermöglichen. Der erforderliche Finalzusammenhang fehlt somit.

#### II. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. § 249 I StGB.

#### G. Strafbarkeit gem. § 252 StGB durch den Schlag und die Ankündigung weiterer Schläge

Durch den Schlag ins Gesicht des S und die Ankündigung weiterer Schläge könnte A sich jedoch wegen räuberischen Diebstahls gem. § 252 StGB strafbar gemacht haben.

#### I. Tatbestand

Der Tatbestand des § 252 StGB setzt zunächst voraus, dass der Täter "bei einem Diebstahl" auf frischer betroffen wurde.

Als Vortat für einen räuberischen Diebstahls kommt jedes Delikt in Betracht, dessen Tatbestand als Tat handlung eine Wegnahme in Zueignungsabsicht voraussetzt, also neben dem Diebstahl und dessen Qualifikationen insbesondere auch der Raub mit den entsprechenden Qualifikationen (Joecks, § 252 Rn. 2; Schönke/Schröder-Eser, § 252 Rn. 3; Krey/Hellmann, BT II, Rn. 215).

Dies betont auch der BGH in der vorliegenden Entscheidung: "[4] Räuberischer Diebstahl setzt nach § 252 StGB als Vortat eine von Zueignungsabsicht getragene vollendete Wegnahme - den Bruch fremden und die Begründung neuen eigenen Gewahrsams - voraus (Fischer, StGB, 57. Aufl., § 252 Rn. 3 f.)."

A hatte zwar S das Handy weggenommen, jedoch im Zeitpunkt der Wegnahme ohne Zueignungsabsicht gehandelt (s.o.). Erst nach vollendeter Wegnahme hatte A einen Zueignungswillen gefasst. Deshalb hatte sich A auch nicht wegen Diebstahls, sondern nur wegen Unterschlagung strafbar gemacht (s.o.). Da jedoch die Unterschlagung keine taugliche Vortat für einen räuberischen Diebstahl darstellt, scheidet eine Strafbarkeit des A gem. § 252 StGB aus.

#### II. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. § 252 StGB.

*H. Strafbarkeit gem. §§ 253 I, 255 StGB durch den Schlag und die Ankündigung weiterer Schläge*

Dadurch, dass A dem S ins Gesicht schlug und diesem weitere Schläge ankündigte, sodass S ihn fortgehen ließ, könnte A sich jedoch wegen räuberischer Erpressung gem. §§ 253 I, 255 StGB strafbar gemacht haben.

*I. Tatbestand*

*1. Raubmittel*

Durch den Schlag hat A Gewalt gegen eine Person angewandt und durch die Ankündigung weiterer Schläge mit gegenwärtiger Gefahr für die körperliche Unversehrtheit des S gedroht (s.o.), sodass A beide in § 255 StGB genannten qualifizierten Nötigungsmittel angewandt hat.

*2. Opferreaktion*

S müsste eine tatbestandliche Opferreaktion vorgenommen haben.

Bei § 255 StGB ist - genau wie beim Grunddelikt, § 253 I StGB (s.o.) - streitig, wie diese Opferreaktion aussehen muss.

*a. Rechtsprechung und Teil der Lehre*

Nach der Rechtsprechung und einem Teil der Lehre kommt als Opferreaktion im Rahmen einer (räuberischen) Erpressung jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen des Opfers in Betracht (s.o.).

Nach dieser Auffassung läge die Opferreaktion darin, dass S es duldet, dass A mit dem Handy des S fortging und es unterließ, von A die Herausgabe des Handys zu verlangen, obwohl S (insb. aus §§ 861 I; 985 I BGB) einen entsprechenden Anspruch gegen A hatte und dieser auch fällig und durchsetzbar war.

Nach dieser Auffassung wäre somit eine tatbestandliche Opferreaktion gegeben.

*b. Herrschende Literatur*

Nach überwiegender Auffassung in der Literatur muss die Opferreaktion bei einer (räuberischen) Erpressung jedoch eine Vermögensverfügung, also eine unmittelbare Vermögensminderung, darstellen (s.o.).

S hat es unterlassen, seinen Herausgabeanspruch gegen A geltend zu machen. Zwar stellt nach h.M. die Nichtgeltendmachung oder auch nur die verzögerte Geltendmachung eines fälligen Anspruchs eine unmittelbare Vermögensminderung und somit eine Vermögensverfügung (durch Unterlassen) dar (BGH, NStZ-RR 2005, 311, 312; Fischer, § 263 Rn. 43; Rengier, BT I, § 13 Rn. 23; a.A.: Bublitz/Gehrmann, wistra 2004, 126, 127). Allerdings ist im vorliegenden Fall zu berücksichtigen, dass die eigentliche Vermögensminderung bei S - der Verlust der Zugriffsmöglichkeit auf das Handy - bereits durch die vorangegangene Unterschlagung bewirkt wurde und durch die

Anwendung der qualifizierten Nötigungsmittel nur gesichert werden sollte. Im Falle einer solchen "Sicherungserpressung" fehlt es deshalb an der nach der herrschenden Literatur für eine (räuberische) Erpressung erforderlichen Vermögensverfügung (Krey/Hellmann, BT II, Rn. 394 f.).

Nach dieser Meinung ist eine tatbestandliche Opferreaktion also nicht gegeben.

*c. Stellungnahme*

Für die herrschende Literatur spricht vor allem die strukturelle Verwandtschaft von Betrug und (räuberischer) Erpressung. Beides sind Selbstschädigungsdelikte, sodass es nahe liegt, das Erfordernis einer Vermögensverfügung nicht nur in den Tatbestand des § 263 I StGB, sondern auch in den des § 253 I StGB hineinzulesen. Für den BGH hingegen spricht der Wortlaut des § 253 I StGB, der als Opferreaktion ausdrücklich jede Handlung, Duldung oder Unterlassung ausreichen lässt. Auch ist zu berücksichtigen, dass der Begriff der "Vermögensverfügung" eine gewisse Freiwilligkeit impliziert, was bei einem unbewussten Selbstschädigungsdelikt wie Betrug zwar durchaus passend ist, bei einem bewussten Selbstschädigungsdelikt wie (räuberischer) Erpressung, bei der das Opfer gerade nicht freiwillig sondern nur aufgrund des vom Täter ausgeübten Zwangs handelt, unpassend wirkt. Schließlich kann die Literaturauffassung dann zu Strafbarkeitslücken führen, wenn der Täter vis absoluta einsetzt (z.B. das Opfer bewusstlos schlägt), da dieses dann nicht mehr verfügen kann, sodass nach der Literatur insb. der Tatbestand des § 255 StGB bei dieser besonders verwerflichen Vorgehensweise ausscheiden würde. Da dies jedoch kriminologisch nicht wünschenswert ist, ist der Rechtsprechung zu folgen. Eine tatbestandliche Opferreaktion des S liegt somit vor.

*3. Vermögensnachteil*

S müsste einen Vermögensnachteil erlitten haben, d.h. der Gesamtwert seines Vermögens müsste durch die Tat verringert worden sein.

Insofern ist zu berücksichtigen, dass die eigentliche Vermögensminderung des S bereits durch die Vortat (die Unterschlagung) eingetreten ist (s.o.) und durch das Unterlassen des S auch nicht wesentlich vertieft wurde. Deshalb ist bei einer "Sicherungserpressung" wie im vorliegenden Fall auch ein Vermögensnachteil nicht gegeben (BGH, NJW 1984, 501; NStZ 2008, 627; Fischer, § 253 Rn. 25; Lackner/Kühl, § 253 Rn. 13; Krey/Hellmann, BT II, Rn. 395; Seier, NJW 1981, 2152).

*II. Ergebnis*

A ist nicht strafbar gem. §§ 253 I, 255 StGB.

### *J. Strafbarkeit gem. § 240 I StGB durch den Schlag und die Ankündigung weiterer Schläge*

Dadurch, dass A dem S ins Gesicht schlug und diesem weitere Schläge ankündigte, sodass S ihn fortgehen ließ, könnte A sich wegen Nötigung gem. § 240 I StGB strafbar gemacht haben.

#### *I. Tatbestand*

##### *1. Nötigungsmittel*

A müsste ein Nötigungsmittel, also Gewalt oder Drohungen mit einem empfindlichen Übel, angewandt haben.

A hat durch den Schlag Gewalt (gegen eine Person) angewandt (s.o.). Außerdem hat er auch mit gegenwärtiger Gefahr für die Gesundheit des S, also einem empfindlichen Übel, gedroht (s.o.).

##### *2. Nötigungserfolg*

S hat A fortgehen lassen und es unterlassen, von diesem die Herausgabe des Handys zu verlangen (s.o.), was eine tatbestandliche Opferreaktion i.R.v. § 240 I StGB darstellt. Der Nötigungserfolg ist somit auch eingetreten.

##### *3. Kausalität*

Das Unterlassen des S war Folge des von A durch die Nötigungsmittel ausgeübten Zwangs, sodass die für § 240 I StGB erforderliche Kausalität gegeben ist.

##### *4. Vorsatz*

A müsste auch vorsätzlich gehandelt haben. Bezüglich des Nötigungserfolges wird teilweise Absicht im Sinne eines zielgerichteten Handelns gefordert (Schönke/Schröder-Eser, § 240 Rn. 34; SK-Horn/Wolters, § 240 Rn. 7). Dieser Streit spielt jedoch im vorliegenden Fall keine Rolle, da A nicht nur vorsätzlich hinsichtlich der Anwendung des Nötigungsmittels und der Kausalität handelte, sondern auch durch die Gewaltanwendung den S gezielt dazu bringen wollte, es zu unterlassen, ihn aufzuhalten oder seinen Herausgabeanspruch bzgl. des Handys durchzusetzen. A handelte also vorsätzlich.

#### *II. Rechtswidrigkeit*

A ist nicht gerechtfertigt. Sein Verhalten müsste jedoch auch verwerflich sein, § 240 II StGB.

A hat die Nötigungsmittel eingesetzt, um sich den Besitz an dem Handy zu erhalten, das er durch eine Straftat gem. § 246 I StGB erlangt hatte. Die Sicherung der Beute von Straftaten, insb. durch Gewalt, stellt einen Zweck dar, der von der Rechtsordnung nicht gedeckt ist, sodass das Verhalten des A auch verwerflich ist.

#### *III. Schuld*

A handelte auch schuldhaft.

#### *IV. Ergebnis*

A ist strafbar gem. § 240 I StGB.

### *K. Strafbarkeit gem. § 223 I StGB durch den Schlag*

Durch den Schlag ins Gesicht des S könnte A sich auch wegen Körperverletzung gem. § 223 I StGB strafbar gemacht haben.

#### *I. Tatbestand*

*1. Körperliche Misshandlung; Gesundheitsschädigung*  
A müsste S körperlich misshandelt und/oder an der Gesundheit geschädigt haben.

Körperliche Misshandlung ist jede üble, unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Integrität nicht nur unerheblich beeinträchtigt (BGHSt 25, 277; Joecks, § 223 Rn. 4; LK-Lilie, § 223 Rn. 6). Gesundheitsschädigung ist das Hervorrufen oder Steigern eines pathologischen Zustands (BGH, NJW 1960, 2253; Fischer, § 223 Rn. 6; Schönke/Schröder-Eser, § 223 Rn. 5).

Der Schlag ins Gesicht des S stellt eine üble, unangemessene Behandlung des S dar, die zumindest dessen körperliches Wohlbefinden erheblich beeinträchtigt. Eine körperliche Misshandlung ist somit gegeben. Ob durch den Schlag auch ein pathologischer Zustand (z.B. ein Bluterguss oder eine Prellung) bei S hervorgerufen wurde, lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen. Bei einer relativ geringen Misshandlung wie einem Schlag mit der flachen Hand drängt sich eine solche Folge auch nicht auf, sodass nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" zugunsten des S davon auszugehen ist, dass eine Gesundheitsschädigung nicht vorliegt.

##### *2. Vorsatz*

A hat S auch vorsätzlich misshandelt.

#### *II. Rechtswidrigkeit und Schuld*

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

#### *III. Antrag, § 230 StGB*

Der gem. § 230 StGB grundsätzlich erforderliche Strafantrag ist gestellt.

#### *IV. Ergebnis*

A ist strafbar gem. § 223 I StGB.

#### *L. Konkurrenzen*

Durch die Drohung mit der Nichtrückgabe des Handys hat A sich wegen versuchter Erpressung, §§ 253 I, 22, 23 I StGB, strafbar gemacht. Als dieser Versuch fehlgeschlagen war hat A sich aufgrund eines neuen Entschlusses, also auch durch eine neue Handlung, wegen Unterschlagung, § 246 I StGB, strafbar gemacht. Auch der Schlag und die dadurch verwirklichten Delikte

gem. § 240 I StGB und § 223 I StGB erfolgte aufgrund eines neuen Entschlusses, sodass auch dieser eine selbstständige Handlung darstellt. Die jeweils durch die verschiedenen Handlungen begangenen Delikte stehen zueinander im Verhältnis der Tatmehrheit, § 53 StGB, wobei die durch dieselbe Handlung - den

Schlag - verwirklichte Nötigung und Körperverletzung aufgrund der unterschiedlichen Schutzbereiche nebeneinander bestehen bleiben (BGH, NStZ-RR 1997, 34; Schönke/Schröder-Eser, § 240 Rn. 40).

A ist also strafbar gem. §§ 253 I, 22, 23 I; 246 I; 240 I, 223 I, 52; 53 StGB.

## Sonderbeitrag Arbeitsrecht

### Prüfungsschema zur außerordentlichen, fristlosen Kündigung gem. § 626 BGB

Die Frage nach der Wirksamkeit einer außerordentlichen, fristlosen Kündigung gem. § 626 BGB hat sehr an Examensrelevanz gewonnen (zuletzt BAG, ArbuR 2010, 348; LAG Baden-Württemberg, RA 2010, 287 = LAGE § 626 BGB 2002 Nr. 27). Der nachfolgende Überblick soll eine Prüfungsanleitung unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung zu der Frage sein: **Ist die Kündigung wirksam?**

#### I. Allgemeine Wirksamkeit der Kündigungserklärung

Die Kündigungserklärung muss gem. §§ 623, 126 BGB schriftlich erfolgen und die allgemeinen Wirksamkeitsanforderungen einer Willenserklärung erfüllen, z.B. gem. § 130 I BGB zugehen.

#### II. Rechtzeitige Klageerhebung gem. §§ 13 I 2, 4 S. 1, 7 KSchG

Die 3-Wochen-Frist gem. §§ 4 S. 1, 7 KSchG ist eine materielle Präklusionsfrist, die daher in der Begründetheit zu prüfen ist. Wird sie versäumt, erwächst die Kündigung ohne weiteres in Wirksamkeit.

#### III. Wirksame Anhörung des Betriebsrats gem. § 102 I BetrVG

Nur die Anhörung des Betriebsrats, nicht dessen Zustimmung ist Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung, vgl. § 102 I 3 BetrVG! (ErfK/Kania, § 102 BetrVG Rn. 13)

#### IV. Eingreifen von Sonderkündigungsschutz?

Die Kündigung ist ohne weiteres unwirksam, sofern Sonderkündigungsschutz eingreift, z.B. § 15 KSchG (Betriebsratsmitglieder etc.), § 85 SGB IX (Schwerbehinderte), § 9 MuSchG (Schwangere), § 18 BEEG bzw. § 5 PflegeZG (Personen in Eltern- oder Pflegezeit), § 22 BBiG (Auszubildende nach Probezeit).

#### V. Wichtiger Grund i.S.v. § 626 I BGB

Das BAG (ArbuR 2010, 348) vertritt weiterhin eine zweistufige Prüfung:

##### 1. Schritt: Abstrakte Eignung des wichtigen Grundes

- Ein Verhalten bzw. Tatbestand muss zunächst an sich geeignet sein, einen wichtigen Kündigungsgrund i.S.d. § 626 I BGB darzustellen. Ganz geringfügige Pflichtverletzungen - wie z.B. einmaliges Zuspätkommen - sind schon an sich nicht geeignet, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen.
- Problem: Diebstahl geringwertiger Sachen / Erforderlichkeit einer Bagatellgrenze:
  - Verschiedene LAG und Teile der Literatur sind der Ansicht, dass eine Bagatellgrenze zu ziehen ist (LAG Hamm, BB 2009, 2141; LAG Hamburg, NZA-RR 199, 469; MünchKommBGB/Schwerdtner, § 626 Rn. 86); arg.: § 248 a StGB; Rspr. des BVerwG.
  - Das BAG lehnt dies ab (seit NZA 1985, 91); der Vertrauensbruch trete unabhängig vom Wert der entwendeten Sache ein; die Geringwertigkeit ist aber bei der Abwägung zu beachten!

##### 2. Schritt: Konkrete Eignung des wichtigen Grundes = Interessenabwägung

- In der Emmely-Entscheidung betont das BAG (Rn. 16; Leitsatz 2), dass es keinen absoluten Kündigungsgrund gibt - d.h. jeder abstrakt taugliche Kündigungsgrund (siehe Schritt 1) ist im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung auf seine konkrete Tauglichkeit zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu überprüfen.
- Dabei sind alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen, wobei ein objektiver Maßstab anzusetzen ist; Kriterien sind u.a.: Wert/Geringwertigkeit einer Sache; Verschulden; Umfang des Schadens; Stellung des AN im Betrieb; Verlauf des Arbeitsverhältnisses; Verhalten nach der Tatbegehung; Alter; Chancen auf dem Arbeitsmarkt.

#### VI. Einhaltung der zweiwöchigen Erklärungsfrist gem. § 626 II BGB

Fristbeginn: Mit Kenntnis des Kündigungsberechtigten von den maßgeblichen Tatsachen.