Öffentliches Recht

Standort: Art. 12 GG — Problem: Altersgrenze für Kassenärzte

BVERFG, BESCHLUSS VOM 20.03.2001
1 BVR 491/96 (DVBL 2001, 979)

Problemdarstellung:

Das BVerfG hatte im vorliegenden Beschluss im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde über die Verfassungsmäßigkeit der Altersgrenze für die vertragsärztliche Zulassung (§ 98 Abs. 2 Nr. 12 SGB V i. V. mit § 25 Ärzte-ZV: 55 Jahre) zu befinden. Das Gericht prüft mögliche Verstöße gegen Art. 12 I 1 und 3 I GG, verneint diese jedoch, da die Altersbeschränkung durch die Notwendigkeit, das kassenärztliche System finanzierbar und damit funktionsfähig zu halten, verfassungsrechtlich gerechtfertigt sei.

Prüfungsrelevanz:

Altersgrenzen für den Zugang zu bestimmten Berufen oder Berufszweigen haben die Rechtsprechung seit Jahren beschäftigt (vgl. die Vertiefungshinweise). Selbst über die hier streitgegenständliche Zulassung als Vertragsarzt ist bereits vom BSG (BSGE 73, 223) entschieden worden. Im Übrigen existiert auch für bereits zugelassene Vertragsärzte eine Altersgrenze (69 Jahre), nach der sie ihre kassenärztliche Zulassung verlieren. Diese ist vom BVerfG ebenso für verfassungsgemäß erklärt worden (BVerfG, NJW 1998, 1776) wie nun die Zulassungsgrenze. Überhaupt hat das BVerfG - soweit ersichtlich - bisher alle Altersgrenzen abgesegnet.

Die Probleme, nämlich die Vereinbarkeit solcher Regelungen mit Art. 12 I und 3 I GG, sind in allen Fällen gleich. Der Examenskandidat muss den Aufbau einer Grundrechtsprüfung für Freiheits- und Gleichheitsgrundrechte beherrschen, um einen solchen Fall lösen zu können. Hinzu kommen müssen Kenntnis und sicherer Umgang mit der "Drei-Stufen-Theorie" des BVerfG zu Art. 12 GG sowie der damit verbundenen Probleme (Zuordnung des Eingriffsakts zu einer Stufe nach der Berufsbildlehre; Durchbrechung der Drei-Stufen-Theorie für der Berufswahl nahe Berufsausübungsregelungen; Prüfung der Rechtfertigungsanforderungen der jeweiligen Stufe usw.). Angemerkt sei, dass die Drei-Stufen-Theorie vom BVerfG als Teil der Verhältnismäßigkeitsprüfung entwickelt worden ist, gelegentlich aber empfohlen wird, die Stufenzuordnung bereits beim "Eingriff" vorzunehmen (z.B. Kimms, JuS 2001, 664, 667).

Ein Sonderproblem enthielt die Entscheidung BAG, RA 1999, 425 = NZA 1998, 716, wo die Altersgrenze nicht in einem Gesetz, sondern in einem Tarifvertrag enthalten war.

Vertiefungshinweise:

- Weitere Entscheidungen zu Altersgrenzen: *BVerfG*, NJW 1993, 1575: Notare; DÖV 1983, 852: Prüfingenieure; NVwZ 1997, 1207: Bürgermeisterkandidatur; NJW 1998, 1776: Kassenärzte; *BAG*, RA 1999, 425 = NZA 1998, 716: Piloten
- Art. 12 GG in der Falllösung: *Kimms*, JuS 2001, 664
- Klausur zur Bedarfszulassung von Kassenärzten: *Erichsen*, Jura 1995, 542
- Klausur zur Altersgrenze für Notare: *Frotscher*, JuS 2000, L 21

Leitsatz (der Redaktion):

Die Altersgrenze für die Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung ist verfassungsgemäß.

Sachverhalt:

Der 1934 geborene Bf. ist Arzt für innere Medizin. Seit 1969 war er an einer medizinischen Universitätsklinik als Oberarzt und außerplanmäßiger Professor tätig. Das Beschäftigungsverhältnis war nicht frei von Spannungen, die erst 1994 vor dem ArbG mit einem Vergleich bei fortbestehendem Beschäftigungsverhältnis ihren Abschluss fanden.

Noch während dieses Verfahrens beantragte der Bf. Anfang 1993 kurz vor Vollendung seines 60. Lebensjahres die Zulassung als Vertragsarzt mit der Begründung, er empfinde die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses in der Klinik als zu belastend und insgesamt nicht mehr zumutbar; erhalte er die Zulassung, werde er seine Tätigkeit als angestellter Arzt aufgeben. Sowohl der Zulassungsantrag als auch die vom Bf. gegen die Ablehnung ergriffenen Rechtsbehelfe waren erfolglos. Zur Begründung stützte sich das LSG auf § 98 Abs. 2 Nr. 12 SGB V i. V. mit § 25 Ärzte-ZV, die es in Übereinstimmung mit dem 6. Senat des BSG (BSGE 73, 223) für verfassungsgemäß hielt. Nach Vollendung des 55. Lebensjahres seien hiernach erstmalige Zulas-

sungen - von Härtefällen abgesehen - ausgeschlossen; ein Härtefall liege nicht vor, weil der Bf. in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis stehe; hieraus resultierende Konflikte müssten durch Verhandlungen oder die Arbeitsgerichtsbarkeit gelöst werden. Das BSG ließ die Revision nicht zu. Die Verfassungsbeschwerde wies das BVerfG zurück.

Aus den Gründen:

Die Verfassungsbeschwerde ist nicht begründet. Die Verwaltungs- und Gerichtsentscheidungen sowie die ihnen zugrunde liegenden Vorschriften des § 98 Abs. 2 Nr. 12 SGB V und des § 25 Ärzte-ZV sind mit dem GG vereinbar.

A. Vereinbarkeit mit Art. 12 I GG

I. Schutzbereich des Art. 12 GG betroffen

Durch die angegriffenen Regelungen ist das für die Vertragsärzte maßgebliche Berufsrecht umgestaltet und damit der Zugang zu diesem Betätigungsfeld für Ärzte grundsätzlich nur bis zur Vollendung des 55. Lebensjahres der Bewerber eröffnet worden. Diese Umgestaltung berührt für angehende Vertragsärzte das Grundrecht der Berufsfreiheit.

1. Inhalt der Berufsfreiheit

Art. 12 Abs. 1 GG gewährt dem Einzelnen das Recht, jede Tätigkeit, für die er sich geeignet glaubt, als Beruf zu ergreifen und zur Grundlage seiner Lebensführung zu machen. Die Vorschrift konkretisiert das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit im Bereich der individuellen Leistung und Existenzerhaltung und zielt auf eine möglichst unreglementierte berufliche Betätigung ab (vgl. BVerfGE 82, 209, 223). Das Grundrecht schützt auch den Berufswechsel und den Übergang zwischen unterschiedlichen Ausübungsformen desselben Berufs, insbesondere den Übergang von der unselbständigen zur selbständigen Tätigkeit (vgl. BVerfGE 7, 377, 398).

2. Einheit von Berufswahl und -ausübung

Art. 12 Abs. 1 GG formuliert ein einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit, dessen verschiedene Gewährleistungen allerdings insofern Bedeutung haben, als an die Einschränkung der Berufswahl höhere Anforderungen gestellt werden als an die Einschränkung der Berufsausübung. Durch den Eingriff auf der Ebene der Berufswahl wird der Freiheitsanspruch des Einzelnen in besonders empfindlicher Weise beeinträchtigt. Deshalb sind an den Nachweis der Notwendigkeit einer solchen Freiheitsbeschränkung besonders strenge Anforderungen zu stellen. Es muss im Allgemeinen um die Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher, schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut gehen (BVerfGE 97, 12, 32). Dabei gibt es in der beruflichen Realität fließende Übergänge zwischen Berufswahl und Berufsausübung, weil der persönliche Entschluss, sich einer Berufstätigkeit in der einen oder anderen Ausprägung zu widmen, Elemente enthalten kann, die einer Berufswahl zumindest nahe kommen (vgl. BVerfGE 33, 125, 161).

II. Eingriff

Eingriffszweck und Eingriffsintensität müssen stets in einem angemessenen Verhältnis stehen (vgl. BVerfGE 101, 331, 347). Die Bewertung dieses Verhältnisses richtet sich in Bereichen, in denen ein sehr allgemein gehaltenes Ziel durch eine Vielzahl von Maßnahmen verfolgt wird, die unterschiedliche Rechtspositionen verschiedener Grundrechtsträger berühren, nach dem Maß der jeweiligen individuellen Betroffenheit. Verfolgt der Gesetzgeber ein komplexes Ziel - wie die finanzielle Stabilität der gesetzlichen Krankenversicherung - mit vielfältigen Mitteln, ist eine Maßnahme nicht ungeeignet, weil die Betroffenen anderenorts größere Einsparpotentiale sehen. Auch ist eine bestimmte Maßnahme nicht deshalb als nicht erforderlich anzusehen, weil es andere Mittel innerhalb des Systems gibt, die andere Personen weniger belasten würden. Eine einzelne Maßnahme ist zur Erreichung des gesetzgeberischen Zwecks auch nicht deshalb unverhältnismäßig, weil nicht alle Betroffenen durch die gesetzlichen Vorkehrungen gleichmäßig belastet werden.

1. Berufswahl oder -ausübung?

Offen bleiben kann, ob die angegriffene Altersgrenze wegen ihrer wirtschaftlichen Auswirkungen in die Nähe einer Regelung der Berufszulassung kommt und damit das Recht auf freie Berufswahl berührt (vgl. BVerfGE 11, 30, 42).

Eine Bewertung als Berufswahlregelung erscheint eher fern liegend, wenn die angegriffene Altersgrenze dahin verstanden wird, dass den approbierten Ärzten typischerweise hierdurch nur eine Zeitspanne vorgegeben wird, innerhalb der sie sich für eine Niederlassung als Vertragsarzt, nicht etwa als Arzt schlechthin, entscheiden müssen. Diese Entscheidung muss in einem Zeitpunkt gefallen sein, in dem üblicherweise schon zwei Drittel des aktiven Berufsle- bens verstrichen sind. Ist die Grenze von 55 Jahren allerdings überschritten, nähern sich die Wirkungen der angegriffenen Normen einer Regelung der Berufswahl. Für die meisten Ärzte ist die Zulassung als Vertragsarzt noch immer von entscheidender wirtschaftlicher Bedeutung.

2. Ergebnis

Die rechtliche Einordnung der Maßnahme bedarf jedoch keiner abschließenden Entscheidung, weil dem Gesetzgeber legitime Gemeinwohlgründe von überra-

gender Bedeutung bei der Ausgestaltung des Berufsrechts der ärztlichen Leistungserbringung im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung zur Seite stehen, die auch eine Berufswahlregelung rechtfertigen.

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs

1. Verhältnismäßigkeit der gesetzlichen Grundlage (§§ 98 II Nr. 12 SGB V i.V.m. 25 Ärzte-ZV)

a. Legitimer Zweck
Die Sicherung der finanziellen Stabilität und damit der Funktionsfähigkeit der gesetzlichen Krankenversicherung ist ein Gemeinwohlbelang von hinreichendem Gewicht [...]. Neben der Gesundheitsversorgung der Bevölkerung, die das BVerfG in st. Rspr. als besonders wichtiges Gemeinschaftsgut bezeichnet hat (vgl. BVerfGE 78, 179, 192), hat gerade im Gesundheitswesen der Kostenaspekt für gesetzgeberische Entscheidungen erhebliches Gewicht. Die Stabilität der gesetzlichen Krankenversicherung ist für das Gemeinwohl anerkanntermaßen von hoher Bedeutung (vgl. BVerfGE 70, 1, 30; 82, 209, 230). Soll die Gesundheitsversorgung der Bevölkerung mit Hilfe eines Sozialversicherungssystems erreicht werden, stellt auch dessen Finanzierbarkeit einen überragend wichtigen Gemeinwohlbelang dar, von dem sich der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Systems und bei der damit verbundenen Steuerung des Verhaltens der Leistungserbringer leiten lassen darf [...].

b. Geeignetheit
Die angegriffenen Regelungen sind geeignet, zur Verwirklichung des gesetzgeberischen Konzepts beizutragen.

aa. Eröffnung von Zugangsmöglichkeiten für jüngere Kassenärzte
Betroffen von § 98 Abs. 2 Nr. 12 SGB V und § 25 Ärzte-ZV ist mit dem Bf. die Gruppe der angehenden Vertragsärzte, und unter diesen wiederum nur die Gruppe der bereits 55 Jahre alten approbierten Ärzte. Sie waren bisher weitgehend von Zulassungshürden ausgenommen. Zugangserschwernisse für die jüngeren Ärzte hatte der Gesetzgeber bereits eingeführt. Sie wurden zeitgleich mit dem Erlass der hier angegriffenen Vorschrift in § 103 Abs. 2 SGB V verschärft, indem die Kassenzulassung von der Ableistung einer Vorbereitungszeit von einem Jahr abhängig gemacht wurde. Mit der Altersgrenze von 68 Jahren hat der Gesetzgeber später auch dafür gesorgt, dass die Altersstruktur der vertragsärztlich zugelassenen Ärzte ausgewogen bleibt und die nachrückenden jüngeren Ärzte trotz der Zulassungssperren (§§ 101, 103 SGB V) ihre Zugangschance erhalten.
Die im vorliegenden Verfahren angegriffene Altersgrenze ist ein erster Schritt in diese Richtung gewesen. Mit ihr verringert sich die Zahl von Ärzten, die nach Einschätzung des Gesetzgebers in spezifischer Weise zu einer Gefährdung der Wirtschaftlichkeit der gesetzlichen Krankenversicherung beitragen.

bb. Kostenersparnis
Der Gesetzgeber durfte sich besondere wirtschaftliche Einsparungen davon versprechen, dass Personen, die die vertragsärztliche Tätigkeit nur noch während einer relativ kurzen Zeit ausüben können, nicht mehr zugelassen werden. Er konnte sich dabei auf plausible Annahmen stützen:
In den ersten Jahren nach der Praxisgründung bleibt einem Arzt ein geringerer Anteil seines Umsatzes als Gewinn. Schon ein zu Anfang gewährter Betriebsmittelkredit, der der Vorfinanzierung der Anlaufkosten und dem Geldbedarf für Praxis und Lebenshaltungskosten dient, ist nach den Untersuchungen der Deutschen Apotheker- und Ärztebank häufig erst nach einem Zeitraum von drei bis fünf Jahren abgetragen. Durchschnittlich zwölf Jahre dauert es, bis die für einen Praxiserwerb oder für eine Praxisgründung notwendigen Kredite insgesamt zurückgezahlt sind. Wenn Ärzten nur wenige Jahre der Gewinnerzielung aus selbständiger Tätigkeit zur Verfügung stehen, sie aber dennoch durchschnittliche Gewinne erwirtschaften wollen, müssen sie einen erhöhten Umsatz anstreben, was - aus der Sicht der gesetzlichen Krankenversicherung unerwünschte - Mengenausweitungen zur Folge haben kann. Der Gesetzgeber durfte es daher für angezeigt halten, mit den Zugangsbeschränkungen gerade solche Ärzte fernzuhalten, die angesichts des sie selbst treffenden wirtschaftlichen Drucks weniger geeignet erscheinen, kostenbewusst im Gesamtsystem tätig zu werden [...].

c. Erforderlichkeit
Der Gesetzgeber konnte die Gesamtheit der von ihm verfolgten Ziele nicht mit einem die Belange des Bf. weniger beeinträchtigenden Mittel erreichen. Mildere, aber für die Personengruppe der bereits 55 Jahre alten Ärzte gleich wirksame Berufsregelungen sind nicht ersichtlich:
Änderungen in der Vergütungsstruktur und der Höhe der Vergütung oder schärfere Kontrollen des Verordnungs- und Abrechnungsverhaltens wären insoweit keine tauglichen milderen Mittel gewesen. Sie hätten sich im Wesentlichen gegen die bereits zugelassenen Vertragsärzte gerichtet. Neu zuzulassende Ärzte können die Auswirkungen solcher Änderungen nicht aus eigener Erfahrung abschätzen. Die Zahl der zugangswilligen Ärzte hätte hierdurch allenfalls dann vermindert werden können, wenn die Vergütungseinbußen so erheblich ge-

wesen wären, dass angehende Vertragsärzte andere Berufsperspektiven für wirtschaftlich interessanter gehalten hätten. Das ist schwer vorstellbar, weil Ärzte unter den Freiberuflern im Durchschnitt zu den gut verdienenden Personen zählen.

d. Angemessenheit
Die Altersgrenze wahrt auch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.

aa. Höhe der Altersgrenze
Die Altersgrenze ist für eine Erstzulassungsgrenze sehr hoch angesetzt und liegt in einem Bereich, in dem Arbeitnehmern vielfach schon die Möglichkeiten von Altersteilzeit oder Frühverrentung offen stehen. Zugangshürden, die erst so spät eingreifen, wirken i. d. R. nicht sehr belastend, weil die Betroffenen bereits beruflich etabliert sind. Ihnen wird mit der Vorenthaltung der Kassenarztzulassung keine Betätigung verwehrt, für die sie in ihrem langen Berufsleben besondere Erfahrungen gesammelt haben.

bb. Geringe Folgen
Die Altersgrenze trifft diesen Personenkreis auch nicht empfindlich. Bis zur Vollendung des 55. Lebensjahres können die Ärzte noch frei über einen Wechsel zur vertragsärztlichen Versorgung entscheiden, soweit die Bedarfsplanung es zulässt. Den Betroffenen wird weder die Fortführung ihres Arztberufes noch der Berufswechsel überhaupt verwehrt; sie haben für ihre Entscheidung nur eine äußerste Frist einzuhalten.

cc. Erhebliches öffentliches Interesse
Demgegenüber wiegen die öffentlichen Interessen, denen die Altersgrenze zu dienen bestimmt ist, schwer. Die Sicherung der Leistungsfähigkeit und die Sicherung der finanziellen Stabilität der gesetzlichen Krankenversicherung sind Gemeinwohlaufgaben von hohem Rang. Jeder einzelne Schritt, mit dem der Gesetzgeber diese Ziele zu erreichen sucht, ist von erheblicher Bedeutung, auch wenn eine einzelne Maßnahme immer nur einen Teilbeitrag zur Verwirklichung des Gesamtziels leisten kann. Die öffentlichen Belange verlieren nicht an Gewicht, wenn sie sich nur durch eine Vielzahl kleiner Schritte verwirklichen lassen.

dd. Härtefallregelung möglich
Damit löst die getroffene Regelung den Konflikt in angemessener Weise. Sie ist insbesondere deshalb verhältnismäßig, weil sie den Zulassungsgremien abweichende Entscheidungen ermöglicht, wenn dies zur Vermeidung von unbilligen Härten erforderlich ist. Der Gesetzgeber berücksichtigt damit, dass es im Einzelfall Besonderheiten geben mag. Vom Grundsatz der starren Altersgrenze kann abgewichen werden, weil sich individuelle Lebenswege gelegentlich der gesetzlichen Typik entziehen. Nicht immer beruht beispielsweise der Wunsch nach Veränderung auf einer freien Entschließung des Arztes. Die Zulassungsgremien und Fachgerichte sind aufgerufen, bei der Prüfung des Einzelfalles der wertsetzenden Bedeutung von Art. 12 Abs. 1 GG im Rahmen ihrer Härtefallentscheidung Rechnung zu tragen.

2. Verhältnismäßigkeit der angegriffenen Verwaltungs- und Gerichtsentscheidungen
Auch die angegriffenen Entscheidungen verletzen den Bf. in nicht in seinen Grundrechten [...]. Auslegung und Anwendung der mittelbar angegriffenen Rechtsnormen sind Aufgabe der Fachgerichte. Das BVerfG überprüft sie abgesehen von Verstößen gegen das Willkürverbot nur darauf, ob sie Auslegungsfehler enthalten, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung der betroffenen Grundrechte, insbesondere vom Umfang ihres Schutzbereichs, beruhen (vgl. BVerfGE 85, 248, 257; st. Rspr.). Dies ist hier nicht festzustellen. Verfassungsrechtlich ist auch nicht bedenklich, dass dem Bf. die oben genannte Härtefallregelung nicht zugute gekommen ist. Die fachgerichtliche Rspr. hat inzwischen näher konkretisiert, wann unbillige Härten vorliegen (vgl. BSG, SozR 3-2500 § 98 Nr. 3 und 4; SozR 3-5520 § 25 Nr. 3). Vorliegend lassen sich dem Beschwerdevorbringen keine Gründe entnehmen, die auf einen Härtefall hindeuten. Das gilt insbesondere, nachdem das Zerwürfnis zwischen dem Bf. und seinem Arbeitgeber im arbeitsgerichtlichen Verfahren durch Vergleich beigelegt worden ist.

B. Vereinbarkeit mit Art. 3 I GG
§ 98 Abs. 2 Nr. 12 SGB V und § 25 Ärzte-ZV sind auch mit dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar.

I. Inhalt des Gleichheitssatzes
Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen. Dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers sind umso engere Grenzen gesetzt, je stärker sich die Ungleichbehandlung von Personen auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken kann (vgl. BVerfGE 95, 267, 316; st. Rspr.).

II. Subsumtion
Auch einem strengen Prüfungsmaßstab hält die Norm stand. Wie oben ausgeführt, hatte der Gesetzgeber gute Gründe für seine Einschätzung, dass die approbierten Ärzte, die sich erst im letzten Drittel ihres Berufslebens für eine Vertragsarztniederlassung entscheiden, für das

Gesamtsystem höhere Kosten verursachen als jüngere Ärzte.

Soweit der Gesetzgeber gerade an die Vollendung des 55. Lebensjahres angeknüpft hat, hat er von seiner Befugnis zur Typisierung Gebrauch gemacht und auch nicht einen atypischen Fall als Leitbild gewählt (vgl. BVerfGE 27, 142, 150). Er hat eine Grenze gewählt, bei der für Arbeitnehmer der Vorruhestand oder die Altersteilzeit beginnen kann. Damit ist die Grenze im Verlauf eines regelmäßigen Arbeitslebens so weit hinausgeschoben, dass eine wesentliche Beeinträchtigung der Entschließungsfreiheit in der aktiven Zeit nicht zu besorgen ist.

Die ungleiche Situation der jüngeren und älteren Bewerber um einen Vertragsarztsitz und ihre - durch Erfahrungswerte belegbare - unterschiedliche Einflussnahme auf die Ausgaben der gesetzlichen Krankenversicherung rechtfertigt die den Zugang regelnde Altersgrenze von 55 Jahren. Sie hält einer Prüfung am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG umso eher stand, als die Betroffenen die Wirkung der Norm und damit die unterschiedliche Behandlung weitgehend selbst vermeiden können (vgl. BVerfGE 95, 267, 316), indem sie sich rechtzeitig um einen Vertragsarztsitz bewerben.

Standort: Baurecht Problem: Sicherungsmaßnahmen nach § 80a I Nr. 2 VwGO

OVG MÜNSTER, BESCHLUSS VOM 11.01.2000
10 B 2060/99 (NVWZ-RR 2001, 297)

Problemdarstellung:

Gem. § 80a III 1, I Nr. 2 VwGO kann das VG auf Antrag des Nachbarn die aufschiebende Wirkung seines Widerspruchs gegen die (gem. § 212a BauGB) sofort vollziehbare Baugenehmigung des Bauherrn anordnen und einstweilige Maßnahmen zur Sicherung der Rechte des Nachbarn treffen. Solche Sicherungsmaßnahmen - typischerweise die Stilllegung der Baustelle - wird das VG i.d.R. dann treffen, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Bauherr ungeachtet der Aussetzung der Vollziehung seiner Baugenehmigung weiter baut. Im vorliegenden Fall hatte das VG eine entsprechende Sicherungsanordnung in Form einer Stilllegungsverfügung getroffen, die Behörde jedoch die Baugenehmigung später durch eine andere ersetzt. Fraglich war nun, ob die Stilllegungsverfügung sich auch auf diese neue Baugenehmigung erstreckt, oder der Nachbar einen erneuten Antrag nach § 80 a VwGO stellen muss, um einen Weiterbau zu verhindern.

Der 10. Senat des OVG Münster stellt sich im vorliegenden Beschluss auf den Standpunkt, dass die Sicherungsanordnung nach § 80a I Nr. 2 VwGO streng akzessorisch zu dem Grund-VA sei, dessen Vollziehung ausgesetzt werde; erledige sich dieser durch Aufhebung bzw. Ersetzung, werde er unwirksam (§ 43 II VwVfG); die akzessorische Stilllegungsverfügung teile dann dieses Schicksal.

Diese - in der Rspr. heftig umstrittene - Auffassung wird in den Entscheidungsgründen auf eine Auslegung des § 80a VwGO nach Wortlaut, Historie sowie Sinn und Zweck gewonnen und vom Senat gegen die Gegenansicht, nach der nicht der Nachbar einen erneuten Antrag nach § 80a VwGO, sondern der Bauherr wegen Fortdauer der Stilllegungsverfügung einen Abänderungsantrag nach § 80 VII VwGO stellen müsse, wenn er glaubt, die gegen den Vollzug der alten Baugenehmigung bestehenden Bedenken seien bei der neuen Baugenehmigung berücksichtigt und ausgeräumt worden, verteidigt.

Prüfungsrelevanz:

Die Problematik lässt sich hervorragend in eine Anwaltsklausur zum zweiten juristischen Staatsexamen einbauen, etwa dergestalt, dass Nachbar oder Bauherr in der auch vom OVG angetroffenen Situation ihren Anwalt um Rat fragen, ob angesichts der neuen Baugenehmigung weiter gebaut werden dürfe und welche rechtlichen Schritte ggf. zu ergreifen sind, um dies zu ermöglichen (Bauherr) bzw. zu verhindern (Nachbar). Aber auch für mündliche wie schriftliche Prüfungsaufgaben zum ersten juristischen Staatsexamen eignet sich der Stoff, da er als Sonderproblem in eine baunachbarrechtliche Streitigkeit eingebaut werden kann. Stellt etwa der Nachbar einen erneuten Antrag nach § 80a III 1, I Nr. 2 VwGO auf Aussetzung der Vollziehung der neuen Baugenehmigung und erneute Anordnung von Sicherungsmaßnahmen, was nach der hier wiedergegebenen Ansicht des 10. Senats des OVG Münster erforderlich wäre, müsste ihm die Gegenansicht konsequenterweise das Rechtsschutzinteresse für einen solchen Antrag verneinen, da die zur ursprünglichen Baugenehmigung verfügte Stilllegung sich auch auf die neue Baugenehmigung erstrecke.

Das OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2001, 362 hat in einer ähnlichen Fallkonstellation (dort: Ersetzung eines Planfeststellungsbeschlusses) unlängst unter Berufung auf BVerwG, Buchholz 316 § 76 VwVfG Nr. 4 ebenso entschieden wie vorliegend der 10. Senat des OVG Münster.

Vertiefungshinweise:

❝ Zur (fehlenden) Fortwirkung eines Beschlusses nach §§ 80 V, 80a VwGO nach Erledigung des VA: *BVerwG*, Buchholz 316 § 76 VwVfG Nr. 4; *OVG Lüneburg*, NVwZ-RR 2001, 362;

❝ Zu § 80a VwGO: *Brühl*, JuS 1995, 627 ff. (insbes. 818 ff.)

Kursprogramm:

❝ *Examenskurs:* "Das Asylbewerberwohnheim"

❝ *Examenskurs:* "Windkraft contra Nachbarschaft"

Leitsätze:

1. Der Erlass von Sicherungsmaßnahmen gem. § 80 a III 1 i.V.m. § 80 a I Nr. 2 VwGO setzt einen wirksamen Verwaltungsakt und die Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen diesen Verwaltungsakt voraus.

2. Wird eine Baugenehmigung, gegen die die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs angeordnet worden ist und auf die sich eine gerichtliche Stilllegungsanordnung bezieht, aufgehoben und durch eine neue ersetzt, erledigt sich die Sicherungsanordnung. Der Nachbar muss ggf. ein neues Eilverfahren einleiten (a. A. der 7. Senat des beschließenden Gerichts, der an seiner abweichenden Auffassung, wie zuletzt im Beschluss vom 04.11. 1999 - 7 B 1339/99 - geäußert, festhält).

3. Die Möglichkeit der Stilllegung eines Bauvorhabens im Wege der einstweiligen Anordnung bleibt davon unberührt.

Sachverhalt:

Das VG ordnete auf Antrag der Ast. (Nachbarn) die aufschiebende Wirkung ihres Widerspruchs gegen die der Beigel. (Bauherrin) erteilte Baugenehmigung des Ag. wegen der Verletzung nachbarschützender Vorschriften an. Zugleich untersagte das VG die Fortführung der Bauarbeiten und führte in den Gründen aus, die Stilllegung der Baustelle gelte auch für den Fall, dass eine neue Baugenehmigung erteilt werde. In diesem Fall müsse die Beigel. ein Änderungsverfahren gem. § 80 VII VwGO mit dem Ziel der Aufhebung der Stilllegung betreiben. Gegen den Beschluss, soweit er den zuletzt dargestellten Inhalt hat, hat die Beigel. Beschwerde eingelegt. Während des Beschwerdeverfahrens hob der Ag. die bisherige Baugenehmigung auf und ersetzte sie durch eine neue. Die Beschwerde der Beigel. hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Das VG hat der Beigel. zu Unrecht vorläufig untersagt, Bauarbeiten zur Errichtung eines Mehrfamilienwohnhauses sowie von 9 Garagen auf dem Grundstück M. vorzunehmen, soweit diese Bauarbeiten auf einer anderen Baugenehmigung als der vom 10. 8. 1999 beruhen.

A. Bindung an das Antragsbegehren, §§ 88, 122 VwGO

Es ist bereits fraglich, ob das VG mit dem vorstehenden Ausspruch nicht über das Begehren der Ast. hinausgegangen ist. Diese haben - neben der hier wegen Rechtskrafteintritts nicht mehr interessierenden Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs - beantragt, den Ag. zu verpflichten, der Beigel. die Ausführung von Bauarbeiten auf dem Antragsgrundstück vorläufig zu untersagen. Zu letzterem Antrag haben die Ast. in ihrer Antragsschrift ausgeführt, er sei "besonders vor dem Hintergrund der allzu schnell erteilten neuen Baugenehmigung begründet". Gemeint war damit die Baugenehmigung vom 10. 8. 1999. Die Ast. haben auch im späteren Verlauf des Verfahrens nicht zum Ausdruck gebracht, dass es ihnen um eine Stilllegung der Bauarbeiten auch im Hinblick auf zu erwartende spätere Baugenehmigungen ging. Für ein solch weitreichendes Begehren dürfte i. . ein Rechtsschutzbedürfnis nach Lage der Dinge auch kaum zu bejahen sein.

B. Sicherungsmaßnahme nach § 80 a III 1, I Nr. 2 VwGO

Selbst wenn man das Begehren der Ast. in dem weitreichenden Sinne verstünde, wie es das VG getan hat, und darüber hinaus das Rechtsschutzbedürfnis bejahte, wäre der angefochtene Beschluss zu ändern. Der getroffene Ausspruch rechtfertigt sich weder aus § 80 a III 1 i. V. mit § 80 a I Nr. 2 VwGO noch aus § 123 VwGO.

I. Ansicht des 10. Senats: Sicherungsanordnung akzessorisch zum Grund-VA

Nach § 80 a III 1 VwGO kann das Gericht auf Antrag Maßnahmen nach 1 und II ändern oder aufheben oder solche Maßnahmen treffen. § 80 a I Nr. 2 VwGO bestimmt, dass die Behörde, sofern ein Dritter einen Rechtsbehelf gegen den an einen anderen gerichteten, diesen begünstigenden Verwaltungsakt einlegt, auf Antrag des Dritten nach § 80 IV VwGO die Vollziehung aussetzen und einstweilige Maßnahmen zur Sicherung der Rechte des Dritten treffen kann.

1. Auslegung nach dem Wortlaut

Bereits der Wortlaut der Vorschrift ("und") rechtfertigt die Annahme, dass die Sicherungsmaßnahmen an die Aussetzung der Vollziehung eines Verwaltungsakts anknüpfen sollen.

2. Teleologische Auslegung

Diese Auslegung wird durch Sinn und Zweck der Vorschrift bestätigt. Sicherungsmaßnahmen haben ergänzende Funktion. Zwar führt bereits die Aussetzung der

Vollziehung des Verwaltungsakts (hier der Baugenehmigung) dazu, dass der Begünstigte (hier der Bauherr) keinen Gebrauch mehr von dem ihn begünstigenden Verwaltungsakt machen darf. Da erfahrungsgemäß gleichwohl in Ausnahmefällen die Gefahr besteht, dass der Begünstigte die fehlende Vollziehbarkeit missachtet, räumt § 80 a I Nr. 2 VwGO der Behörde ergänzend die Möglichkeit ein, die mangelnde Vollziehbarkeit des Verwaltungsakts durch Anordnung einer (vollstreckungsfähigen) Sicherungsmaßnahme nochmals besonders zu unterstreichen. Anders ausgedrückt dient § 80 a I Nr. 2 VwGO - ebenso wie die hieran inhaltlich anknüpfende, für das VG maßgebliche Ermächtigungsgrundlage des § 80 a III 1 VwGO - dazu, diejenigen Rechte des Dritten zu schützen, die bei Nichtbeachtung der aufschiebenden Wirkung seines Rechtsbehelfs bedroht sind (vgl. OVG Münster, NVwZ 1993, 383; Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 80 a Rdnr. 40).

3. Historische Auslegung

Diese aus Wortlaut sowie Sinn und Zweck gewonnene Auslegung der Vorschrift wird durch die Entstehungsgeschichte bekräftigt. In der amtlichen Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens (4. VwGOÄndG, BT-DR 11/7030), durch das § 80 a in die VwGO eingefügt worden ist, heißt es (S. 31 zu Nr. 27): "Für einstweilige Anordnungen ist damit auch bei der Anfechtung von Verwaltungsakten mit Doppelwirkung kein Raum. Insoweit gelten für Maßnahmen zur Sicherung der Rechte eines Dritten, die von der Rechtsprechung teilweise auf § 123 VwGO gestützt worden sind, ausschließlich die Bestimmungen des § 80 a VwGO". Diese Überlegungen gehen zurück auf die Begründung zu § 152 des Entwurfs einer Verwaltungsprozessordnung des so genannten Koordinierungsausschusses, herausgegeben vom Bundesjustizministerium (1978, S. 333), die im Sinne einer Klarstellung auf der Grundlage eines Teils der Rechtsprechung (s. u.) die einstweilige Sicherungsmaßnahme von dem Begriff der Aufhebung der Vollziehung umfasst sieht. Auch nach Auffassung des Gesetzgebers stellen sich Sicherungsmaßnahmen nach § 80 a VwGO somit als Annex zur Aussetzung der Vollziehung von Verwaltungsakten dar.

4. Zwischenergebnis

Aus dem oben dargelegten Verständnis der Vorschrift folgt, dass Sicherungsmaßnahmen gem. § 80 a VwGO einen wirksamen Verwaltungsakt sowie die Aussetzung der Vollziehung (bzw. die Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs) voraussetzen. Rechtmäßig angeordnete Sicherungsmaßnahmen erledigen sich somit, wenn der zu Grunde liegende Verwaltungsakt keine Rechtswirkungen mehr entfaltet oder die Regelung der Vollziehung aufgehoben wird.

II. Gegenansicht: Sicherungsmaßnahme kann auch ohne Grund-VA bzw. ohne Aussetzung der Vollziehung desselben fortgelten

Die von dem VG vertretene, in der Rechtsprechung verbreitete Auffassung, dass Sicherungsmaßnahmen gem. § 80 a III 1 i.V. mit § 80 a I Nr. 2 VwGO in ihrem Bestand nicht von der Existenz eines Verwaltungsakts (und der daran anknüpfenden Vollziehungsregelung) abhängig sind, vernachlässigt die oben dargestellten dogmatischen Zusammenhänge.

1. Herleitung aus früherer Rechtslage

Die Rechtsprechung geht erkennbar zurück auf die Rechtslage vor Einführung des § 80 a VwGO durch das 4. VwGOÄndG. Seinerzeit wurden Sicherungsmaßnahmen im Zuständigkeitsbereich des OVG Münster (im Gegensatz zur Praxis anderer Oberverwaltungsgerichte, die die Sicherungsmaßnahmen aus dem Begriff der Aufhebung der Vollziehung in § 80 V 2 VwGO abgeleitet hatten) regelmäßig im Wege des Erlasses einer einstweiligen Anordnung gem. § 123 VwGO getroffen. Auf dieser Rechtsgrundlage hat bspw. der 7. Senat des beschließenden Gerichts in seinem Beschluss vom 18. 11. 1983 (OVG Münster, NJW 1984, 1577), zutreffend ausgeführt, dass Gegenstand der einstweiligen Anordnung - anders als bei einer Anfechtungsklage des Nachbarn gegen eine Baugenehmigung - "nicht der Aufhebungsanspruch des Nachbarn bezüglich der Baugenehmigung, sondern der Anspruch auf Stilllegung des tatsächlich zur Ausführung kommenden Vorhabens" sei. War Streitgegenstand der Sicherungsanordnung aber ein im Wege des Verpflichtungsbegehrens geltend zu machender Stilllegungsanspruch, wurde ein zur Durchsetzung dieses Anspruchs ergehender gerichtlicher Sicherungsausspruch in seiner Wirkung nicht, jedenfalls nicht unmittelbar, berührt, wenn die dem Bauherrn erteilte Baugenehmigung später aufgehoben, durch eine neue ersetzt oder eine die ursprüngliche Baugenehmigung ändernde Nachtragsgenehmigung erteilt wurde. Umstände dieser Art hatten lediglich mittelbare Bedeutung. Sie berechtigten den Bauherrn und die Bauaufsichtsbehörde, bei Gericht die Aufhebung der Sicherungsanordnung im Wege des Änderungsverfahrens (analog § 80 VI 1 VwGO a. F., § 927 ZPO) zu beantragen. Die Notwendigkeit der Durchführung eines Änderungsverfahrens wurde nur für den Fall verneint, dass in Folge der geänderten Baugenehmigung das geplante Vorhaben nach der Verkehrsauffassung nicht mehr dasselbe sei (vgl. OVG Münster, NJW 1984, 1577; a. A. bereits zur früheren Rechtslage der 11. Senat des OVG Münster, DVBl 1987, 699 [kein Änderungsverfahren, sondern neues Eilverfahren]).

2. Fortgeltung unter neuer Rechtslage

Die Rechtsprechung hat teilweise an der unter Geltung der früheren Rechtslage entwickelten Auffassung auch unter Geltung des neu eingeführten § 80 a VwGO festgehalten. Sie hat dies damit begründet, dass es sich bei den "einstweiligen Anordnungen zur Sicherung der Nachbarrechte nach § 123 I 1 VwGO und den einstweiligen Maßnahmen zur Sicherung der Rechte des Nachbarn nach § 80 a III 1 i. V. mit § 80 a I Nr. 2 VwGO um nach Zweck und möglichem Regelungsgehalt einander entsprechende Institute" handele. Daraus folge zugleich, dass es "nach Erteilung einer neuen Baugenehmigung nach erfolgter Stilllegungsverpflichtung für die Fortsetzung der Bauarbeiten nur dann keiner Abänderung der die Stilllegung nach § 80 a I Nr. 2 VwGO aussprechenden gerichtlichen Entscheidung [bedürfe], wenn sich das geänderte Vorhaben unter Berücksichtigung der im Beschluss des Senats vom 18. 11. 1983 (NJW 1984, 1577) dargelegten Maßstäbe nach der Verkehrsauffassung als ein anderes als das vom Stilllegungsausspruch betroffene" darstelle (vgl. OVG Münster, Beschluss vom 23. 4. 1991, 7 B 726/91; Beschluss vom 4. 11. 1999 - 7 B 1339/99; im Ergebnis ähnlich OVG Lüneburg, NVwZ-RR 1995, 376).

III. Stellungnahme

Es kann dahinstehen, ob und inwieweit den Prämissen dieser Rechtsprechung zu folgen wäre (verneinend der 11. Senat des OVG Münster, BRS 58 Nr. 189, wonach Streitgegenstand der gerichtlichen Sicherungsanordnung nicht das tatsächlich zur Ausführung kommende, am Maßstab der Verkehrsauffassung zu messende Vorhaben, sondern das durch die Baugenehmigung in bauplanungs- und bauordnungsrechtlicher Hinsicht festgelegte Vorhaben sei). Jedenfalls sind diese Überlegungen nicht geeignet, den oben im Wege der Auslegung gewonnenen Ansatz zu entkräften, dass gerichtliche Sicherungsanordnungen gem. § 80 a VwGO nur in Akzessorietät zu der Entscheidung, die Vollziehung eines bestimmten Verwaltungsakts auszusetzen (bzw. die aufschiebende Wirkung eines Widerspruchs gegen einen solchen Verwaltungsakt anzuordnen), zulässig sind und mit der Existenz des Verwaltungsakts stehen und fallen.

1. Gegenansicht nicht rechtsschutzintensiver oder praxisgerechter für den Dritten (Nachbarn)

Der hier vertretenen Auffassung lässt sich nicht mit Rechtsschutz- oder Praktikabilitätserwägungen begegnen. Insoweit führt der 7. Senat des beschließenden Gerichts, der die Fortgeltung von Sicherungsmaßnahmen auch nach Ersetzung der Baugenehmigung durch eine neue bejaht, in seinem - allerdings noch zur früheren Rechtslage ergangenen - Beschluss vom 18. 11. 1983 (NJW 1984, 1577) aus, der Nachbarrechtsschutz im einstweiligen Verfahren könne praktisch leerlaufen, wenn die materielle Rechtskraft gerichtlicher Entscheidungen zur Disposition des Bauherrn und der Baugenehmigungsbehörde gestellt würde. Weiter heißt es: "Jede Änderung der ursprünglichen Baugenehmigung für das Vorhaben, mag sie für die Rechtsverletzung des Nachbarn, die zur Stilllegung geführt hat, auch irrelevant sein, würde dazu führen, dass zunächst - ohne erneute gerichtliche Entscheidung - weiter gebaut werden darf, bis es dem Nachbarn gelungen ist, erneut eine gerichtliche Stilllegung herbei zu führen. In der Zwischenzeit könnte der Bau weiter fertiggestellt werden bis zu dem Grade, an dem es schließlich am Anordnungsgrund für eine vorläufige Regelung fehlt und der einstweilige Nachbarrechtsschutz endgültig leerläuft". Diese Gesichtspunkte, die offenbar Anlass für die Fortführung der Rechtsprechung auch unter Geltung des § 80 a VwGO sind, rechtfertigen es indessen nicht, den nach allgemeinen Auslegungsgründen ermittelten Inhalt der Rechtsvorschriften abweichend zu bestimmen. Wirksamer Nachbarrechtsschutz ist auch auf der Basis der hier vertretenen Auffassung gewährleistet. Da das VG mit der Sach- und Rechtslage aus dem ersten Verfahren vertraut ist, wird es in der Regel auf einen erneuten Eilantrag des Nachbarn schnell reagieren können. Sollte eine Entscheidung in der Sache gleichwohl nicht zügig erfolgen können, besteht die Möglichkeit einer vorläufigen Stilllegung bis zu einer Entscheidung über den Eilantrag. Hiervon wird das VG insbesondere Gebrauch machen, wenn es Zweifel an der Ausräumung des Nachbarrechtsverstoßes durch die neue Baugenehmigung oder gar den Verdacht eines manipulativen Zusammenwirkens zwischen Bauherrn und Bauaufsichtsbehörde hat. Mit einem nennenswerten Zeitgewinn, der einen effektiven Baufortschritt (und damit evtl. eine Aushebelung des Nachbarrechtsschutzes) ermöglichen würde, kann der Bauherr daher bei Ergehen einer neuen Baugenehmigung nicht rechnen. Sollte das Vorhaben bereits einen Fertigungsstand erreicht haben, der die Vollendung in Kürze erwarten lässt, mit der Folge, dass Maßnahmen des vorläufigen Rechtsschutzes möglicherweise zu spät kämen, kann - ebenso wie wenn der Bauherr ohne Baugenehmigung oder abweichend von dieser baut - eine von dem Ergehen und dem Bestand einer Baugenehmigung unabhängige, auf Stilllegung des Bauvorhabens gerichtete einstweilige Anordnung gemäß § 123 VwGO erlassen werden. Eine solche genehmigungsunabhängige gerichtliche Maßnahme kommt auch dann in Betracht, wenn auf Grund des bisherigen Geschehensablaufs Anhaltspunkte dafür bestehen, dass Bauherr und Bauaufsichtsbehörde einverständlich mit dem Ziel zusammenwirken, Nachbarrechte durch Erteilung neuer Baugenehmigungen bzw. Nachtragsgenehmigungen faktisch leerlaufen zu lassen.

Der Erlass einer einstweiligen Anordnung, durch die ein

Bauvorhaben ohne Rücksicht auf die Genehmigungsgrundlage bis zu einer abändernden gerichtlichen Entscheidung stillgelegt wird, ist auch nicht etwa gem. § 123 V VwGO ausgeschlossen, denn es handelt sich gerade nicht um einen - im Tatbestand vorausgesetzten - Fall des § 80 oder § 80 a VwGO, sondern um eine gesetzlich nicht ausdrücklich geregelte Fallgestaltung. Das den Gerichten zur Verfügung stehende rechtliche Instrumentarium stellt daher auch bei der hier vertretenen Auslegung des § 80 a VwGO insgesamt einen schnellen und wirksamen Nachbarrechtsschutz sicher.

2. Gegenmeinung weniger rechtsschutzintensiv und praxisgerecht für den Bauherrn

Die Gegenmeinung, die die gem. § 80 a VwGO ergangene Stilllegungsentscheidung unter gerichtlicher Kontrolle halten und den Bauherrn bei Aufhebung der bisherigen und Ergehen einer neuen Baugenehmigung auf einen Änderungsantrag gem. § 80 a III 2 i. V. mit § 80 VII VwGO verweisen will, weist im Übrigen ihrerseits Rechtsschutznachteile für den Bauherrn, aber auch Praktikabilitätsdefizite auf. Wenn bspw. Nachbarrechtsverletzungen, die Anlass für die Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs und gleichzeitige Stilllegung des Vorhabens waren, durch eine neue Baugenehmigung bzw. eine Nachtragsgenehmigung ausgeräumt werden, wird der Bauherr auch dann zur Einleitung eines gerichtlichen Änderungsverfahrens gezwungen, wenn der Nachbar keine rechtlichen Bedenken mehr hat und mit dem Vorhaben in der nunmehr genehmigten Form einverstanden ist. Durch die erneute Anrufung des Gerichts entsteht für dieses eine vermeidbare Mehrbelastung, es werden weitere von den Bet. zu tragende Gerichts- und ggf. Anwaltsgebühren ausgelöst, und es treten nicht zuletzt Verzögerungen bei der Fertigstellung des Bauvorhabens auf, die häufig zu erheblichen wirtschaftlichen Nachteilen für den Bauherrn führen.

IV. Ergebnis

Nach dem hier für richtig gehaltenen dogmatischen Verständnis ermächtigt § 80 a III i.V. mit § 80 a I Nr. 2 VwGO das VG nicht, Bauarbeiten, die auf Grund einer rechtswidrigen Baugenehmigung durchgeführt werden, zeitlich unbegrenzt, d. h. auch für die Zeit nach einer etwaigen Aufhebung der angefochtenen und Erlass einer neuen Baugenehmigung, stillzulegen. Eine Stilllegungsanordnung, die im Zusammenhang mit der Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen eine nachbarrechtswidrige Baugenehmigung ergeht, verliert ihre Wirksamkeit mit der Aufhebung der zu Grunde liegenden Baugenehmigung. Dies trifft sowohl für den Fall einer isolierten Aufhebung als auch für den einer Ersetzung der bisherigen Baugenehmigung durch eine neue zu (so für die letztere Fallgestaltung OVG Münster, NVwZ-RR 1997, 447). Insoweit gilt nichts anderes als für die gerichtliche Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs selbst. Auch diese erledigt sich, wenn der zu Grunde liegende Verwaltungsakt aufgehoben wird. Die gleiche Reihenfolge tritt ein, wenn der Verwaltungsakt durch einen neuen ersetzt wird (vgl. OVG Münster, NWVBl 1998, 321).

1. Rechtsfolge für den Bauherrn

In Konsequenz der obigen Auffassung darf der Bauherr die Bauarbeiten auf der Grundlage der neu erteilten Baugenehmigung fortsetzen. Dies gilt unabhängig von einem Nachbarwiderspruch gegen die neue Baugenehmigung, da dieser gemäß § 212 a BauGB keine aufschiebende Wirkung hat, die Baugenehmigung mithin sofort vollziehbar ist.

2. Rechtsfolge für den Nachbarn

Fühlt der Nachbar sich auch durch die neue Baugenehmigung in seinen subjektiv öffentlichen Rechten verletzt, muss er erneut bei der Behörde einen Antrag auf Aussetzung der Vollziehung der Baugenehmigung oder bei Gericht einen Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung seines Rechtsbehelfs stellen und ggf. eine weitere Sicherungsanordnung erwirken.

C. Sicherungsmaßnahme nach § 123 VwGO

Der Stilllegungsausspruch des VG ist auch nicht, was ihn von der Existenz der Baugenehmigung vom 10. 8. 1999 unabhängig gemacht hätte, in Gestalt einer einstweiligen Anordnung gem. § 123 VwGO ergangen. Ein solches Verständnis lässt sich weder dem Tenor noch den Gründen des angefochtenen Beschlusses entnehmen. Insoweit kann offenbleiben, ob die weitergehenden Anforderungen, die an das Vorliegen eines Anordnungsgrundes und -anspruchs zu stellen gewesen wären, vorgelegen haben.

Standort: VwGO — Problem: Leistungs- und Feststellungsklage

OVG BREMEN, URTEIL VOM 28.03.2000
1 A 314/99 (NVwZ-RR 2001, 378)

Problemdarstellung:

Das OVG Bremen hatte sich mit der Klage einer Friseurinnung zu befassen, die darauf gerichtet war, eine

andere Friseurinnung zur Änderung ihrer Satzung zu verpflichten. Problematisch war bereits die Ermittlung der richtigen Klageart. Das OVG nimmt an, dass Normsetzung durch die Verwaltung (hier: Satzungsänderung) nur mit einer allgemeinen Leistungsklage erstritten werden kann. An deren Zulässigkeit mangelte es hier, da die Satzungsänderung wegen eines angeblichen Verstoßes gegen höherrangiges Recht (hier: § 52 II HandwO) begehrt wurde, bei einem solchen Verstoß jedoch automatisch die Nichtigkeit der Norm die Folge ist, ohne dass es eines eigenen Aufhebungsaktes bedarf. Mithin fehlte der allg. Leistungsklage das Rechtsschutzinteresse.

Hilfsweise begehrte die Kl. die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Satzung der Bekl. Das OVG prüft hier die Feststellungsklage nach § 43 VwGO; diese sei zwar nicht auf Rechtsnormen selbst, wohl aber auf die sich aus diesen ergebenden Rechtsverhältnisse anwendbar. Nach entsprechender Auslegung des Klagebegehrens (§§ 86 III, 88 VwGO) kommt das Gericht zu dem Ergebnis, dass diese zwar statthaft, wegen fehlender Klagebefugnis - diese sei mit der st. Rspr. des BVerwG analog § 42 II VwGO auch für Feststellungsklagen zu fordern - jedoch unzulässig sei. Als drittschützende Norm komme allein § 52 II HandwO in Betracht; dieser sei i.E. jedoch nicht drittschützend zugunsten anderer Innungen.

Prüfungsrelevanz:

Der Fall enthält einen Streifzug durch die allgemeine Leistungs- und die Feststellungsklage, deren Statthaftigkeit und weitere Zulässigkeit angesprochen werden. Die allgemeine Leistungsklage kommt dabei nicht in der sonst üblichen Konstellation vor, in welcher der Kl. einen Realakt erstreiten will, sondern als Klage auf Rechtssetzung (Satzungsänderung). Teilweise wird vertreten, dass eine solche Klage jedenfalls in den Bundesländern, in denen der Landesgesetzgeber § 47 I Nr. 2 VwGO nicht umgesetzt hat (NRW, Berlin, Hamburg), bereits unstatthaft sei, weil der Wille des Gesetzgebers eine gerichtliche Überprüfung von Normen außerhalb von § 47 I Nr. 1 VwGO gerade nicht umfasse (Schmitt Glaeser/Horn, VerwProzessR, 15. Aufl., Rz. 375). Die h.M. hält eine solche Klage wegen Art. 19 IV GG und angesichts der Tatsache, dass die VwGO nur für Verwaltungsakte eine besondere Leistungsklage (die Verpflichtungsklage gem. § 42 I, 2.Fall VwGO) bereit halte, generell für statthaft (BVerwGE 80, 355, 361; Schenke, JuS 1981, 81 ff.; die Erstreckung des Art. 19 IV GG auf Rechtsschutz gegen Satzungen und Rechtsverordnungen bejahen auch Jarass/Pieroth, GG, Art. 19 Rz. 24 m.w.N.).

Hinsichtlich der Feststellungsklage unterstreicht das OVG, dass Rechtsnormen (ebenso wie Verwaltungsakte) selbst keine Rechtsverhältnisse i.S.d. § 43 VwGO sind, allerdings solche begründen können. Ist also ein Begehren auf Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Norm gerichtet, ist es als solches unstatthaft. Es ist in diesen Fällen jedoch durch Auslegung zu ermitteln, ob nicht das Bestehen oder Nichtbestehen von bestimmten Rechten oder Pflichten zwischen zwei Personen aus dieser Rechtsnorm anlässlich eines konkreten Sachverhalts festgestellt werden sollte, da hierin ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis i.S.d. § 43 I VwGO liegt. Daran wiederum schließt sich die (zu verneinende) Frage an, ob darin eine Klageänderung i.S.d. § 91 VwGO liegt.

Das OVG wendet i.Ü. - wie vom BVerwG in st. Rspr. bejaht - die Klagebefugnis des § 42 II VwGO analog auf die Feststellungsklage an, ohne sich mit der wohl h.L. zu beschäftigen, die dies wegen § 43 II VwGO und der systematischen Zuordnung des § 42 II VwGO zur Gestaltungs- und Leistungsklage grds. für verfehlt hält (Schoch, JuS 1987, 789; Schmitt Glaeser/Horn, a.a.O., Rz. 341) und eine Analogie mit der früheren Rspr. des BVerwG bestenfalls in besonderen Fallkonstellationen (Nichtigkeits- und Drittfeststellungsklage sowie Organstreitigkeiten) zulassen will. In einer Prüfungsarbeit müsste auf diesen Streit jedenfalls dann eingegangen werden, wenn - wie hier - die Klagebefugnis verneint werden soll, da dann über die Zulässigkeit der Klage i.E. unterschiedliche Auffassungen bestehen. Ist die Klagebefugnis hingegen jedenfalls gegeben, kann der Streit über ihre Notwendigkeit i.d.R. dahinstehen.

Vertiefungshinweise:

- Zur Klagebefugnis bei der Feststellungsklage: *Laubinger*, VerwA 1991, 459; *Knöpfle*, FS Lerche (1993), 771; *VG Düsseldorf*, NWVBl 2001, 276
- Zur Feststellungsklage: *Kunig*, Jura 1997, 326
- Zur allg. Leistungsklage: *Steiner*, JuS 1984, 853

Kursprogramm:

- *Examenskurs*: "Observierte Ganoven"

Leitsatz:

Eine allgemeine Leistungsklage gegen eine Handwerksinnung, die darauf abzielt, deren Satzung aufzuheben, weil sie gegen höherrangiges Recht verstoße, ist unzulässig. Auch eine auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Satzung gerichtete Klage nach § 43 VwGO ist unzulässig.

Sachverhalt:

Kl. und Bekl. sind Friseurinnungen, deren Gebietszuständigkeiten in ihren jeweiligen Satzungen niedergelegt sind. Nachdem vom Land Niedersachsen eine Gebietsreform durchgeführt worden war, forderte die Kl. die

Bekl. mit Schreiben vom 4. 7. 1997 auf, in ihrer nächsten Innungsversammlung ihre Satzung so zu ändern, dass ihr Bezirk nicht mehr das Gebiet des früheren, nunmehr im Landkreis C. aufgegangenen Kreises W. umfasse, damit die Kl. dann durch eine entsprechende Satzungsänderung ihrerseits ihre Zuständigkeit auf da Gebiet des Kreises W. ausdehnen könne. Die Satzung der Bekl. verstieße seit Durchführung der Gebietsreform gegen § 52 II 2 HandwO, wonach sich der Innungsbezirk mindestens mit dem Gebiet einer kreisfreien Stadt oder eines Landkreises zu decken habe. Die Bekl. lehnte dies ab. Daraufhin hat die Kl. Klage erhoben, mit der sie die Verpflichtung der Bekl. zur Änderung der Satzung bzw. hilfsweise die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Satzung begehrt. Die Klage blieb in beiden Instanzen ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

Die gegen die Bekl. gerichtete Klage ist sowohl im Haupt- als auch im Hilfsantrag unzulässig.

A. Hauptantrag

I. Statthaftigkeit

Das Begehren der Kl., die Bekl. zur Änderung ihrer Satzung zu verpflichten, stellt eine allgemeine Leistungsklage dar.

Grundsätzlich ist die allgemeine Leistungsklage das geeignete und zulässige Mittel zur Durchsetzung des Anspruchs auf den Erlass einer Rechtsvorschrift, die im Range unter dem Gesetz steht, durch die Exekutive (BVerwGE 80, 355; NVwZ 1990, 162; Pietzcker, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 42 I Rdnr. 160). Dies gilt unabhängig davon, ob das Begehren darauf abzielt, eine solche Rechtsnorm erstmals zu erlassen oder eine bereits vorhandene Rechtsnorm abzuändern. In beiden Fällen kann der rechtmäßige Zustand, dessen Herstellung der Einzelne beanspruchen kann, nur durch ein Tun der Exekutive herbeigeführt werden, das nicht im Erlass eines Verwaltungsakts besteht.

II. Rechtsschutzinteresse

Ein Rechtsschutzbedürfnis für eine Normerlassklage in Form der allgemeinen Leistungsklage besteht aber nur, wenn die Herstellung des erstrebten Rechtszustandes auch tatsächlich ein Tun, Dulden oder Unterlassen der Exekutive voraussetzt. Daran fehlt es, wenn die Klage darauf abzielt, dass die Exekutive eine vorhandene Norm ganz oder teilweise aufhebt, weil sie rechtswidrig sei. Eine Vorschrift, die im Rang unter dem Gesetz steht und mit diesem nicht vereinbar ist, ist nichtig und braucht nicht mehr durch den Normgeber aufgehoben zu werden. Einer entsprechenden Leistungsklage bedarf es deshalb nicht (Pietzcker, a.a.O., § 42 Rdnr. 153 in Fußn. 543; im Ergebnis ebenso, wenngleich mit anderer Begründung Happ, in: Eyermann, VwGO, § 42 Rdnr. 64).

So liegt es hier. Die Kl. macht geltend, die Satzung der Bekl. sei insoweit nicht mit § 52 II 2 HandwO vereinbar, als deren Bezirk auch das Gebiet des ehemaligen Kreises W. umfasse. Ist dies richtig, ist die Satzung der Bekl. insoweit nichtig. Einer entsprechenden Änderung der Satzung käme nur noch klarstellende Funktion zu.

B. Hilfsantrag

Auch die hilfsweise erhobene Feststellungsklage ist unzulässig.

I. Statthaftigkeit

Mit der Feststellungsklage kann nach § 43 I VwGO die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses begehrt werden, wenn der Kl. ein berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung hat. Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor.

1. Keine Feststellungsklage unmittelbar gegen Rechtsnormen

Das Begehren der Kl. ist (primär) auf die Feststellung gerichtet, dass die Satzung der Bekl. teilweise rechtswidrig ist. Es zielt unmittelbar auf die Entscheidung der Frage der Gültigkeit oder Ungültigkeit der Norm ab. Diese Frage betrifft aber kein konkretes streitiges Rechtsverhältnis i. S. des § 43 I VwGO (Pietzcker, a.a.O., § 43 Rdnr. 52; Kopp/Schenke, VwGO, § 43 Rdnr. 8). Sie kann nur im Wege der Normenkontrolle nach § 47 VwGO geklärt werden (BVerwG, NVwZ-RR 1993, 513, 514). Diese ist aber nicht mehr möglich, weil die Antragsfrist verstrichen ist.

2. Auslegung des Klagebegehrens

Zu Gunsten der Kl. kann aber angenommen werden, dass sie nicht (nur) unmittelbar die Gültigkeit oder Ungültigkeit der Satzung zum Gegenstand ihres Feststellungsbegehrens machen will, sondern (auch) das Bestehen oder Nichtbestehen bestimmter Rechte und Pflichten, das von der Gültigkeit oder Ungültigkeit der Satzung abhängt (BVerwG, NJW 1983, 2208; Pietzcker, a.a.O., § 43 Rdnr. 25; Kopp/Schenke, § 43 Rdnr. 8). Der Sache nach will sie nämlich festgestellt wissen, dass die Bekl. nicht berechtigt ist, Friseure des Landkreises C. als Mitglieder zu organisieren. Lässt sich ihr Begehren (auch) in diesem Sinne verstehen (vgl. zur Möglichkeit der Auslegung bzw. Umdeutung in diesem Sinne Kopp/Schenke, § 43 Rdnr. 8), bedarf es keiner entsprechenden Klageänderung (in diesem Sinne aber Pietzcker, § 43 Rdnr. 25; OVG Hamburg, NordÖR 1998, 443, 444: unterschiedlicher Streitgegenstand).

II. Klagebefugnis
Auch ein solches Feststellungsbegehren ist aber unzulässig. Auf die Feststellungsklage nach § 43 VwGO ist nämlich die Vorschrift des § 42 II VwGO über die Klagebefugnis entsprechend anzuwenden (BVerwGE 99, 64, 66 m. w. Nachw.; st. Rspr.). Die Feststellungsklage ist deshalb nur zulässig, wenn es der Kl. um die Verwirklichung ihrer Rechte geht, sei es, dass sie an dem festzustellenden Rechtsverhältnis selbst beteiligt ist, sei es, dass von dem Rechtsverhältnis eigene Rechte der Kl. abhängen.

1. Eigene Beteiligung der Kl.
An dem festzustellenden Rechtsverhältnis selbst beteiligt ist die Kl. schon deshalb nicht, weil die Rechtsbeziehungen, über die gestritten wird, ausschließlich zwischen der Bekl. und den in ihr organisierten Friseuren im ehemaligen Kreis W. bestehen.

2. Drittbetroffenheit der Kl.
Von dem Rechtsverhältnis hängen auch keine eigenen Rechte der Kl. ab.

a. Wehrfähigkeit der Kl.
Zweifelhaft ist schon, ob der Kl. insoweit überhaupt subjektiv-öffentliche Rechte zustehen können. Die Handwerksinnungen sind nämlich nicht nur freiwillige Zusammenschlüsse zur Wahrnehmung gemeinsamer berufsständischer und wirtschaftlicher Interessen ihrer Mitglieder, sondern auch als Teil der staatlichen Verwaltung Träger öffentlicher, vom Staat durch Gesetz übertragener und geregelter Aufgaben und Befugnisse (BVerfGE 68, 193, 208). Aus dieser Doppelnatur der Innungen ist für den Grundrechtsschutz gefolgert worden, dass ihr territorialer Zuschnitt kein Recht ist, das die Innungen gegen den Staat geltend machen können, sondern allein ihren Status als juristische Person des öffentlichen Rechts und damit als Teil der öffentlichen Verwaltung betrifft (BVerfG, NVwZ 1994, 262). Daraus lässt sich indes nicht ohne weiteres ableiten, dass eine Innung auch im Verwaltungsprozess gegen eine andere Innung über keine wehrfähige Position hinsichtlich ihres räumlichen Zuständigkeitsbereichs verfügt.
Dies bedarf aber keiner weiteren Vertiefung, denn solche Positionen können, seien sie nun Rechte oder bloße Zuständigkeiten, nur insoweit geltend gemacht werden, als sich die klagende Innung auf ihre durch Satzung begründende eigene Zuständigkeit berufen kann. Nach ihrer Satzung ist der Wirkungsbereich der Kl. von Anfang an auf das Gebiet des ehemaligen Kreises Land H. und der Stadt C. begrenzt; einen Anspruch, auch Friseure außerhalb dieses Gebiets zu organisieren und deren Belange zu vertreten, kann die Kl. deshalb nicht geltend machen [...].

b. Subjektiv-öffentliches Recht aus § 52 II HandwO
Die Organisation von Friseuren des ehemaligen Kreises W. in der Bekl. kann die Kl. [somit] nur dann in ihrer Rechtsstellung verletzen, wenn sie sich nachteilig auf ihre Aufgabenerfüllung in ihrem gegenwärtigen satzungsmäßigen Zustandsbereich auswirkt und § 52 II HandwO zumindest auch den Zweck verfolgt, die Innungen gegen solche nachteiligen Auswirkungen in ihrem eigenen Zuständigkeitsbereich zu schützen.

aa. Aus § 52 II 1 HandwO
Nach § 52 II 1 HandwO soll der Bezirk einer Innung unter Berücksichtigung einheitlicher Wirtschaftsgebiete so abgegrenzt sein, dass die Zahl der Innungsmitglieder ausreicht, um die Handwerksinnung leistungsfähig zu gestalten (Grundsatz der Leistungsfähigkeit), und dass die Mitglieder an dem Leben und den Einrichtungen der Innung teilnehmen können (Grundsatz der Integrationskraft). Wie die Kl. in der mündlichen Verhandlung vor dem VG ausdrücklich erklärt hat, beeinträchtigt der von ihr angegriffene Bezirkszuschnitt ihre Leistungs- und Integrationsfähigkeit nicht. Insoweit fehlt es also schon an den tatsächlichen Voraussetzungen für eine Verletzung von Rechten oder rechtlich geschützten Positionen.

bb. Aus § 52 II 2 HandwO
Nach § 52 II 2 HandwO hat sich der Innungsbezirk mindestens mit dem Gebiet einer kreisfreien Stadt oder eines Landkreises zu decken (Grundsatz der Deckungsgleichheit). Die Vorschrift bietet zum einen eine "Orientierungshilfe" für eine sachgerechte Abgrenzung der Innungsbezirke (BVerwGE 90, 88, 92); als solche ist sie nicht zwingend und schon deshalb nicht geeignet, Rechte benachbarter Innungen zu begründen.
Darüber hinaus dient sie der Durchsetzung des Postulats der Einräumigkeit der staatlichen Verwaltung, zu der die Innungen als Körperschaften des öffentlichen Rechts gehören (BVerwGE 90, 88, 92; NVwZ-RR 1996, 385).

(1). Regelungsinhalt
Das Prinzip der Einräumigkeit der Verwaltung sieht vor, dass eine Deckungsgleichheit der Zuständigkeitsbezirke der Sonderbehörden und Gerichte mit den Gebieten der allgemeinen inneren Verwaltung oder der Gemeinden und Gemeindeverbände hergestellt wird. Es soll die Zugangsmöglichkeiten des Bürgers zur Verwaltung und die Zusammenarbeit zwischen den verschiedenen Behörden verbessern; darüber hinaus dient es der politischen Integration, wenn eine Deckungsgleichheit der Einheiten der öffentlichen Verwaltung mit Organisationsbezirken von Verbänden, Vereinen und Parteien besteht.

(2). Schutzzweck
Diese Zielsetzung, zu der § 52 II 2 HandwO beitragen soll, ist eine objektiv-rechtliche zugunsten öffentlicher Interessen. Zwar kann ihre Verwirklichung auch eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen der beteiligten Körperschaften und Behörden bewirken; insofern kann sie auch den Innungen zugute kommen. Anzeichen dafür, dass sie über die objektive Begünstigung hinaus dem Schutz der Innungen zu dienen bestimmt ist und ihnen die Rechtsmacht einräumen soll, diese Schutzwirkung gegenüber anderen Körperschaften und Behörden durchzusetzen, lassen sich dem Gesetz jedoch nicht entnehmen. § 52 II 2 HandwO ist deshalb nicht "nachbarschützend" in dem Sinne, dass er einer Innung die Befugnis gäbe, den Grundsatz der Deckungsgleichheit gegenüber einer benachbarten Innung durchzusetzen [...].

Standort: Kommunalrecht Problem: Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde

OLG KARLSRUHE, URTEIL VOM 16.11.2000
4 U 171/99 (VBLBW 2001, 234)

Problemdarstellung:

Das OLG Karlsruhe hatte sich mit der Frage zu befassen, ob und unter welchen Voraussetzungen ein privater Konkurrent von der Gemeinde das Unterlassen erwerbswirtschaftlicher Betätigung nach § 1 UWG verlangen kann, wenn diese gegen die Zulässigkeitsschranken der jeweiligen Gemeindeordnung (hier: § 102 GemO BW; die Gemeindeordnungen der anderen Bundesländer enthalten diesbezüglich weitgehend identische Regelungen, vgl. z.B. § 107 GO NW; § 85 GO Rh.-Pfalz u.v.m.) verstößt.

Das OLG verneint eine drittschützende Wirkung des § 102 GO BW zugunsten der Mitbewerber und demzufolge auch einen Unterlassungsanspruch derselben aus § 1 UWG. Es beruft sich hierzu auf die einschlägige Rspr. des BGH (Nachweise in den Gründen), setzt sich jedoch in Widerspruch zu einem jüngst ergangenen Urteil des VerfGH Rh.-Pfalz (DVBl 2000, 992, 995) und der berühmt gewordenen "Gelsengrün"-Entscheidung des OLG Hamm (NJW 1998, 3504) zu den nahezu gleichlautenden Vorschriften der §§ 85 GO Rh.-Pfalz bzw. 107 GO NW. Während es auf das OLG Hamm nicht eingeht, begründet das Gericht die Abweichung zum Urteil des VerfGH Rh.-Pfalz mit den unterschiedlichen Motiven der jeweiligen Gesetzgeber beim Erlass der Normen.

Von besonderer Bedeutung ist bei der Beurteilung des Drittschutzes die (auch vom OLG erörterte) Frage des Vorhandenseins oder Nichtvorhandenseins einer sogen. "Subsidiaritätsklausel", wonach die Gemeinde sich nicht erwerbswirtschaftlich betätigen darf, wenn ein vergleichbares Angebot von Privaten "besser und wirtschaftlicher" erbracht werden kann. Teilweise wird gerade aus dieser Subsidiaritätsklausel der Drittschutz abgeleitet, besonders dann, wenn eine solche - wie bspw. in BW, Rh.-Pfalz und NRW - erst nachträglich eingefügt worden ist (vgl. Schoch, Übungen im öffentlichen Recht II, Fall 4, S. 216). Das OLG lehnt diese Auffassung jedenfalls für BW mit der Begründung ab, Wortlaut und Entstehungsgeschichte der dortigen Subsidiaritätsklausel gäben dies nicht her.

Prüfungsrelevanz:

Ebenso wie seinerzeit die "Gelsengrün"-Entscheidung des OLG Hamm hat auch das vorliegende Urteil des OLG Karlsruhe hohe Wellen geschlagen. Von Stehlin (NVwZ 2001, 645) gibt es eine erste, zustimmende Urteilsanmerkung. Zur anders lautenden "Gelsengrün"-Entscheidung gab es sowohl Ablehnung (Ehlers, DVBl 1998, 497, 501) wie Zustimmung (Badura, DÖV 1998, 818, 821). Die anhaltende Diskussion zeigt die Aktualität und damit die Prüfungsrelevanz des Themas.

Besonders hinzuweisen ist auf die Rechtswegproblematik. Ansprüche aus § 1 UWG sind - da es sich um eine zivilrechtliche Norm handelt - vor den ordentlichen Ge-

richten einzuklagen. Denkbar ist jedoch auch, dass sich der Kl. unmittelbar auf die Zulassungsschranke der Gemeindeordnung stützt, deren - angeblichen - Drittschutz er für sich in Anspruch nimmt, hier also § 102 GemO BW. In diesem Fall wäre über § 40 I 1 VwGO der Verwaltungsrechtsweg einschlägig. Der Kl. hat also die Wahl, welchen Rechtsweg er beschreitet (vgl. Ehlers, NWVBl 2000, 1, 5).

Streitig - vom OLG jedoch nicht erörtert, sondern a priori bejaht - ist ferner, ob beim "Umweg" über § 1 UWG die verletzte Norm ihrerseits überhaupt drittschützend sein muss, oder ob zur Begründung der Anspruchsqualität nicht bereits § 1 UWG selbst genügt. Während Stehlin (NVwZ 2001, 645) ausdrücklich fordert, dass auch die verletzte Vorschrift den Wettbewerb schützen muss, bejaht Ehlers (NWVBl 2000, 1, 5) einen Sittenverstoß bei einer Verletzung des kommunalrechtlichen Wettbewerbsverbots ohne jede Einschränkung. Beide Autoren berufen sich i.Ü. auf eine "gefestigte Rechtsprechung" (Ehlers) bzw. die "Rechtsprechung des BGH" (Stehlin).

Vertiefungshinweise:

- Zum Drittschutz der Wettbewerbsklauseln in den Gemeindeordnungen: *OLG Düsseldorf*, NJW-RR 1997, 1470, 1471; *Schoch*, DÖV 1993, 377, 380; *Cosson*, DVBl 1999, 891, 895; *Lux*, NWVBl 2000, 7, 8
- Zum Verhältnis des § 1 UWG zu Wettbewerbsklauseln in den Gemeindeordnungen: *Ötting*, DÖV 1999, 549 ff.

Kursprogramm:

- *Examenskurs*: "Brot für M"

Leitsätze:

1. Zur wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit landschaftsgärtnerischer Arbeiten für private Auftraggeber durch eine Gemeinde.

2. Auch nach Änderung durch Gesetz vom 19.7. 1999 (GBl. 1999, 292) bezweckt § 102 I GemO BW nicht den Schutz privater Konkurrenten vor der wirtschaftlichen Betätigung kommunaler Unternehmen.

Sachverhalt:

Die Kl. nehmen die bekl. Stadt auf Unterlassen landschaftsgärtnerischer Arbeiten für private Auftraggeber in Anspruch. Seit 1998 betätigt sich die Beklagte durch ihre als rechtlich unselbstständiger Eigenbetrieb geführten "Technischen Betriebe O." (im Folgenden: T.) im Bereich des Garten- und Landschaftsbaus. Hierbei führt sie auch Aufträge privater Auftraggeber aus, z.B. die Belieferung und Durchführung von Pflanzarbeiten. Die Kläger vertraten die Auffassung, das Verhalten der Beklagten sei wettbewerbswidrig, da ein Verstoß gegen § 1 UWG i. V. m. § 102 GemO vorliege. Die Beklagte sei zur Ausführung privater Aufträge nicht berechtigt. Sie beantragten, die Beklagte zu verurteilen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr für private Auftraggeber landschaftsgärtnerische Arbeiten auszuführ-en und/oder privaten Auftraggebern die Ausführung landschaftsgärtnerischer Arbeiten anzubieten, und für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen diese Verpflichtungen der Beklagten ein Ordnungsgeld bis zu 500.000 DM anzudrohen.

Das LG gab den Klagen statt, das OLG wies sie auf die Berufung der beklagten Stadt hin ab.

Aus den Gründen:

Die Berufung der Beklagten ist zulässig und begründet [...].

A. Anspruchsgrundlage

Entgegen der Auffassung des Landgerichts ist ein [...] Unterlassungsanspruch insbesondere nicht aus § 1 UWG i. V. m. § 102 GemO abzuleiten.

I. Anwendbarkeit des UWG nach der "Zwei Stufen-Theorie"

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, GRUR 1996, 213, 216 - Sterbegeldversicherung) ist bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung der privatwirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand zwischen der generellen Zulässigkeit dieser Betätigung und deren wettbewerbsrechtlichen Anforderungen zu unterscheiden.

1. Keine Anwendung auf das "Ob" der Betätigung

Ob und unter welchen Umständen die öffentliche Hand überhaupt sich am wettbewerblichen Handeln beteiligen darf, ist eine öffentlich-rechtliche Entscheidung. Dabei ist für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung im Allgemeinen nicht entscheidend, ob die Grenzen einer zulässigen privatwirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand überschritten werden. Das UWG regelt nämlich nicht den Zugang zum Wettbewerb, sondern die Art und Weise der Beteiligung am Wettbewerb, d.h. "wie" die öffentliche Hand ihren Wettbewerb gestaltet. Nach inzwischen ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 82, 375, 397 - Brillen-Selbstabgabestellen; BGH GRUR 1971, 168, 169 - Ärztekammer; BGH GRUR 1995, 127, 128 - Schornsteinaufsätze; BGH GRUR 1996, 213, 216 - Sterbegeldversicherung) ist es eine allgemein- und wirtschaftspolitische Frage, ob und welche Grenzen der erwerbswirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand gesetzt oder zu setzen sind; die Lösung dieser Frage ist eine Aufgabe der Gesetzgebung und Verwaltung, nicht aber

der ordentlichen Gerichte, insbesondere nicht bei der ihnen zustehenden Prüfung von Wettbewerbshandlungen nach dem UWG.

2. Anwendbarkeit auf das "Wie" der Betätigung

Dies gilt nach der zitierten Rechtsprechung grundsätzlich auch dann, wenn besondere Vorschriften zur Einschränkung der Erwerbstätigkeit der öffentlichen Hand erlassen worden sind, soweit diese nur den Zugang zum Wettbewerb regeln und nichts darüber aussagen, wie er auszuüben ist. Regelt jedoch eine öffentlich-rechtliche Vorschrift die Zulässigkeit und die Grenzen privatwirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand in einer Weise, dass es der öffentlichen Hand verwehrt ist, in den Wettbewerb im Markt einzugreifen, so begründet ein Gesetzesverstoß regelmäßig auch die Wettbewerbswidrigkeit (vgl. BGH GRUR 1965, 373, 375 - Blockeis II; BGH GRUR 1974, 733, 734 - Schilderverkauf; BGH GRUR 1996, 213, 216 - Sterbegeldversicherung; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 21. Aufl., § 1 UWG Rdnr. 933; Köhler, WRP 1999, 1205, 1206).

II. Wettbewerbsverstoß wegen Verletzung des § 102 GemO BW

1. Ursprüngliche Rechtslage

Zur alten Fassung des § 102 GemO hat der VGH Mannheim in seinem Urteil v. 21.7.1982 (NJW 1984, 251, 252) entschieden, dass diese Vorschrift nicht Konkurrenten einer Gemeinde, die sich wirtschaftlich betätige, schütze. Die Vorschrift enthalte nach ihrem Wortlaut lediglich normative Schranken für eine wirtschaftliche Betätigung einer Gemeinde, ohne dass ihr ein Anhaltspunkt dafür entnommen werden könne, dass auch Individualinteressen berücksichtigt sein könnten. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus der mit § 102 GemO verbundenen Zielsetzung, die darin bestehe, eine wirtschaftliche Betätigung einer Gemeinde nur in bestimmten Grenzen zuzulassen. Ferner habe das BVerwG (E 39, 329, 336) die Bestimmung wegen des Fehlens einer Subsidiaritätsklausel nicht als Schutznorm für wirtschaftliche Konkurrenten angesehen.

Diese Rechtsprechung hat der VGH Mannheim in einem weiteren Urteil (NJW 1995, 274) aufrecht erhalten. Auch hat das BVerwG (DVBl. 1996, 152) dieses Urteil bestätigt. Mit Recht hebt die Beklagte schließlich auch darauf ab, dass der BGH in seiner Entscheidung "Kommunaler Bestattungswirtschaftsbetrieb I" (NJW 1987, 60, 61) eine aus § 102 GemO ableitbare Wettbewerbswidrigkeit abgelehnt und das Wettbewerbsverhalten der öffentlichen Hand danach beurteilt hat, ob sie sich sittenwidriger Mittel bedient, beispielsweise unter Missbrauch ihrer Stellung als öffentlich-rechtliche Körperschaft, oder ob sie sonst aus der Verbindung hoheitlicher und privatwirtschaftlicher Interessen einen unzulässigen Vorsprung vor ihren Mitbewerbern erlangt oder erstrebt.

Zusammenfassend kommt somit der bis zum 19.7. 1999 geltenden Fassung des § 102 GemO keine Schutzwirkung zugunsten privater Unternehmen zu.

2. Keine Änderung infolge der Einfügung der Subsidiaritätsklausel

Entgegen der Auffassung des LG ist durch die Neufassung von § 102 GemO durch das Gesetz zur Änderung gemeindewirtschaftsrechtlicher Vorschriften und anderer Gesetze v. 19.7.1999 (GBl. 1999, 292) eine Änderung dahin, dass § 102 GemO einen Schutz der Mitbewerber bezweckt, nicht eingetreten.

a. Wortlaut

Zwar wurde in § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO eine Subsidiaritätsklausel eingefügt. Danach hat nunmehr die Bestimmung des § 102 Abs. 1 GemO folgenden Wortlaut: "Die Gemeinde darf ungeachtet der Rechtsform wirtschaftliche Unternehmen nur errichten, übernehmen, wesentlich erweitern oder sich daran beteiligen, wenn

1. der öffentliche Zweck das Unternehmen rechtfertigt,
2. das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht und
3. bei einem Tätigwerden außerhalb der kommunalen Daseinsvorsorge der Zweck nicht besser und wirtschaftlicher durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann".

Der Wortlaut von § 102 Abs. 1 Ziff. 3 GemO enthält keinen Hinweis, dass die Bestimmung außer einer Umschreibung der Voraussetzungen für eine erwerbswirtschaftliche Betätigung durch eine Gemeinde auch den Schutz von privaten Mitbewerbern bezwecken soll.

b. Entstehungsgeschichte

Entgegen der Auffassung des LG kann auch der Begründung zum Gesetzentwurf nicht entnommen werden, dass der Gesetzgeber mit der Subsidiaritätsklausel einen entsprechenden Schutz der Privatwirtschaft bezweckte. Der Gesetzentwurf der Landesregierung führt hierzu nämlich aus (Drucksache 12/4055 vom 14.5.1999, S.23/24): "Bei der Entscheidung über die Aufnahme einer wirtschaftlichen Betätigung haben die Gemeinden allerdings im Hinblick darauf, dass ein öffentlicher Zweck das Unternehmen rechtfertigen muss, auch eingehend zu prüfen, ob ein öffentliches Bedürfnis dafür besteht. An einem solchen Bedürfnis dürfte es vor allem in Bereichen außerhalb der klassischen kommunalen Daseinsvorsorge fehlen, wenn bereits ein quantitativ und qualitativ ausreichendes Angebot insbesondere des örtlichen Mittelstandes bzw. allgemein

der Privatwirtschaft besteht. Da den Gemeinden das Selbstverwaltungsrecht nur im Rahmen der Gesetze zusteht, kann der Landesgesetzgeber in die Gemeindeordnung eine Subsidiaritätsklausel in der Form aufnehmen, dass die kommunale Wirtschaftstätigkeit - bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen des § 102 Abs. 1 GemO - künftig nur dann zulässig ist, wenn bei einem Tätigwerden außerhalb der kommunalen Daseinsvorsorge der Zweck nicht besser und wirtschaftlicher durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann.

Vor dem Hintergrund zunehmender Tendenzen insbesondere größerer Kommunen, ihre wirtschaftliche Betätigung auf sog. neue Geschäftsfelder auszudehnen, erscheint diese Ergänzung des § 102 Abs. 1 GemO geboten. Im Ergebnis bedeutet diese Subsidiaritätsklausel, dass Leistungsparität im Verhältnis zu privaten Anbietern als Voraussetzung für die kommunale Wirtschaftstätigkeit notwendig, aber auch ausreichend ist. Im Hinblick darauf hat die Gemeinde vor Aufnahme einer marktbezogenen Wirtschaftstätigkeit stets eine Prüfung der relevanten Marktgegebenheiten in Hinsicht auf Vorhandensein, Leistungsfähigkeit und Effizienz privater Anbieter vorzunehmen sowie einen konkreten Vergleich zwischen der Leistungserbringung durch ein kommunales Unternehmen oder einen privaten Anbieter anzustellen. Neben dem Wirtschaftlichkeitsaspekt ist dabei auch die "Güte" der Leistung zu berücksichtigen, z. B. die mit ihr erreichte Versorgungsleistung und Dauerhaftigkeit oder soziale und ökologische Komponenten. Darüber hinaus hat die Gemeinde bei ihrer Entscheidung die im Interesse der Sicherung einer ausgewogenen Wirtschaftsstruktur des Landes liegenden Zwecke des Mittelstandsförderungsgesetzes (MFG) zu beachten (§§ 1 und 2 MFG).

Mit der vorgesehenen Subsidiaritätsklausel, die im Fall der Errichtung, der Übernahme, der wesentlichen Erweiterung und der Beteiligung Anwendung findet, folgt der Gesetzentwurf einer mittleren Linie, die einerseits der Tatsache Rechnung trägt, dass die Kommunalwirtschaft eine wichtige Säule der kommunalen Selbstverwaltung darstellt, die aber andererseits auch die Belange der privaten Wirtschaft berücksichtigt. Deshalb wurde den in der Anhörung geltend gemachten Forderungen, auf eine Subsidiaritätsklausel zu verzichten bzw. umgekehrt eine verschärfte Subsidiaritätsklausel einzuführen, nicht entsprochen."

Wenn der Gesetzgeber im Hinblick auf die bisherige Gesetzeslage und der dazu ergangenen Rechtsprechung eine Änderung in der von den Klägern beanspruchten Weise hätte vornehmen wollen, hätte er dies in der Begründung zum Gesetzentwurf ausdrücklich klarstellen müssen.

c. Gegenansicht des VerfGH Rh.-Pfalz

Soweit die Kläger darauf verweisen, dass der Verfassungsgerichtshof Rheinland-Pfalz durch Urteil vom 28.3.2000 der Bestimmung des § 85 GO Rheinland-Pfalz, die fast wörtlich dem § 102 GemO entspricht, der Subsidiaritätsklausel einen Schutzzweck zugunsten privater Mitbewerber zuerkannt habe, führt dies zu keiner anderen Beurteilung. Der VerfGH Rheinland-Pfalz stützt seine Auffassung auf die Begründung jenes Gesetzentwurfs, aus dem sich eine entsprechende Zwecksetzung ergebe. Dies ist jedoch - wie ausgeführt - vom Gesetzgeber in Baden-Württemberg nicht zum Ausdruck gebracht worden.

3. Zwischenergebnis

Insgesamt folgt hieraus, dass ohne das Hinzutreten weiterer Umstände allein ein Verstoß der Beklagten gegen § 102 Abs. 1 GemO nicht zur Wettbewerbswidrigkeit ihres Verhaltens im Sinn von § 1 UWG führt.

III. Sonstige Wettbewerbsverstöße

Der geltend gemachte wettbewerbsrechtliche Unterlassungsanspruch wäre daher nur begründet, wenn sich die Beklagte bei ihrem Wettbewerbsverhalten sittenwidriger Mittel bedienen würde. Dies wäre z.B. der Fall, wenn sie unter Missbrauch ihrer Stellung als öffentlich-rechtlicher Körperschaft oder sonst aus der Verbindung hoheitlicher und privatwirtschaftlicher Interessen einen unzulässigen Vorsprung vor ihren Mitbewerbern erlangen oder erstreben (BGH GRUR 1974, 733, 735 - Kfz-Schilderverkauf), oder wenn sich die Beklagte vorsätzlich und planmäßig über die Regelung des § 102 Abs. 1 GemO hinwegsetzen würde (BGH GRUR 1965, 373, 375 - Blockeis II).

Dafür sind vorliegend aber keine Anhaltspunkte vorhanden. Die Kläger haben ihren Unterlassungsanspruch auf einen Verstoß gegen die aus ihrer Sicht drittschützende Bestimmung des § 102 Abs. 1 GemO gestützt. Weitere, eine Sittenwidrigkeit des Verhaltens der Beklagten begründende Umstände haben sie dagegen nicht vorgetragen und sind auch nicht ersichtlich.

B. Ergebnis

Den Klägern steht der geltend gemachte Anspruch, dass es die Beklagte unterlässt, im geschäftlichen Verkehr für private Auftraggeber landschaftsgärtnerische Arbeiten auszuführen und/oder privaten Auftraggebern die Ausführung landschaftsgärtnerischer Arbeiten anzubieten, nicht zu [...].

Standort: POR **Problem: Gebühr für Abschleppen von Pkw**

OVG MÜNSTER, URTEIL VOM 28.11.2000
5 A 2625/00 (NJW 2001,

Problemdarstellung:

Das OVG NW bejaht im vorliegenden Urteil dem Grunde nach die Rechtmäßigkeit einer für die Einleitung eines Abschleppvorgangs erhobenen Verwaltungsgebühr von 160 DM neben den eigentlichen Abschleppkosten (hier: 155,25 DM für eine Leerfahrt). Das Gericht prüft dabei inzidenter die Wirksamkeit der der Gebührenerhebung zugrunde liegenden Ermächtigungsgrundlage (§ 7a KostO NW), wobei es insbes. Ausführungen zu den Anforderungen an die Bestimmtheit einer solchen im Hinblick auf Art. 70 LVerfNW - "Inhalt, Zweck und Ausmaß" - (insoweit identisch mit Art. 80 GG) macht.

Gleichzeitig lässt das Gericht die äußerst umstrittene Frage offen, ob es sich bei dem Abschleppen von Pkw um eine Ersatzvornahme oder eine Sicherstellung handelt. Die KostO NW sehe für beide Maßnahmen die Möglichkeit einer Gebührenerhebung vor, und die jeweiligen Voraussetzungen seien erfüllt. Es tritt jedoch zugleich (überzeugend) der Auffassung der Vorinstanz entgegen, die aus den Besonderheiten des Landesrechts NW die zwingende Einordnung des Abschleppens als Ersatzvornahme erkannt zu haben glaubte.

Prüfungsrelevanz:

Abschleppfälle durchziehen wie keine zweite Fallkonstellation Fachliteratur und Prüfungsaufgaben gleichermaßen. In der RA wurde vielfach darüber berichtet (vgl. nur VG Frankfurt, RA 2000, 618 = NJW 2000, 3224 - Abschleppen wegen unverschlossenen Fensters; VG Stuttgart, RA 2000, 550 = NVwZ-RR 2000, 591 - Abschleppen wegen ausgelöster Alarmanlage). In beiden Fällen finden sich auch Ausführungen zu dem vom OVG NW offen gelassenen "Klassiker", ob das Abschleppen nun Ersatzvornahme, Sicherstellung oder - soweit im jeweiligen Landesrecht vorgesehen - unmittelbare Ausführung ist. In der gutachterlichen Prüfung kann man dieses Problem i.d.R. nicht dahinstehen lassen, es sei den, man will um diesen Preis inzidenter beide (bzw. bei unmittelbarer Ausführung: alle drei) möglichen Ermächtigungsgrundlagen durchprüfen. Dies dürfte sich bestenfalls in einem Urteil empfehlen, und dort auch nur dann, wenn die Rechtmäßigkeit der Abschleppmaßnahme nach der einen wie der anderen Variante offensichtlich ist.

Zur Lösung des in der vorliegenden Entscheidung nur am Rande behandelten Abgrenzungsproblems sei hier auf die Ausführungen in RA 2000, 550, 551 sowie die Vertiefungshinweise verwiesen. Für die Ausführungen zur Bestimmtheit der Verordnungsermächtigung sei gesagt, dass die Landesverfassungen der übrigen Bundesländer Art. 70 LVerfNW entsprechende Normen enthalten, was sich mit Blick auf Art. 80 I 2 GG von selbst versteht.

Vertiefungshinweise:

- Zur Rechtsnatur des Abschleppens: *VGH Kassel*, NVwZ 1987, 109; *Klenke*, NWVBl 1994, 288
- Weitere aktuelle Abschleppfälle: *VGH München*, NJW 2001, 1960; *OVG Münster*, NJW 2001, 1961; *OVG Koblenz*, NJW 1999, 3573

Kursprogramm:

- *Examenskurs*: "Das Halteverbot"

Leitsätze:

1. Die Erhebung einer Verwaltungsgebühr für das Abschleppen von Kraftfahrzeugen gem. §§ 77 NWVwVG, 7a I Nr. 7 bzw. II lit. a NWKostO ist verfassungsgemäß.

2. Für die Gebührenbemessung ist grundsätzlich unerheblich, ob das Abschleppen im Wege der Ersatzvornahme oder als Sicherstellung erfolgt.

3. Berücksichtigungsfähig bei der Gebührenbemessung sind alle Kosten, die im Zusammenhang mit dem Abschleppen von Kraftfahrzeugen im Wege der Ersatzvornahme oder Sicherstellung entstehen, mit Ausnahme der von § 11 II Nr. 7 bzw. Nr. 8 NWKostO erfassten Auslagen.

4. Es verstößt nicht gegen den Gleichheitssatz, wenn für sogen. "Leerfahrten" die selbe Regelgebühr wie für "normale" Abschleppmaßnahmen erhoben wird.

Sachverhalt:

Der Bekl. beauftragte ein Abschleppunternehmen, das verbotswidrig abgestellte Fahrzeug des Kl. abzuschleppen. Vor Beendigung der Abschleppmaßnahme kehrte der Kl. zu seinem Fahrzeug zurück und entfernte es selbst. Der Bekl. forderte von dem Kl. die vom Abschleppunternehmen in Rechnung gestellten Kosten für die Leerfahrt in Höhe von 155,25 DM sowie eine Verwaltungsgebühr in Höhe von 160 DM. Gegenstand des Berufungsverfahrens war allein die Verwaltungsgebühr. Das OVG hielt die Gebühr im Grundsatz für rechtmäßig.

Aus den Gründen:

A. Ermächtigungsgrundlage für den Kostenbescheid

Rechtsgrundlage für die Gebührenerhebung ist § 7 a I Nr. 7 bzw. § 7 a II lit. a NWKostO. Danach ist für das Abschleppen eines zugelassenen Kraftfahrzeugs im

Wege der Ersatzvornahme eine Gebühr von 50 bis 300 DM bzw. für die Sicherstellung einer Sache eine Gebühr von 10 bis 500 DM zu erheben. Ob die in Rede stehende Abschleppmaßnahme als Ersatzvornahme oder als Sicherstellung zu qualifizieren ist, bedarf - wie noch darzulegen ist - keiner Entscheidung.

B. Wirksamkeit des § 7 a KostO

a) Die Gebührentatbestände des § 7 a I Nr. 7 bzw. § 7 a II lit. a NWKostO sind mit höherrangigem Recht vereinbar.

I. Ermächtigungsgrundlage für die Kostenordnung

Sie beruhen auf der Ermächtigungsgrundlage des § 77 NWVwVG. Nach dessen Absatz 1 können für Amtshandlungen nach dem VwVG von dem Vollstreckungsschuldner oder -pflichtigen nach näherer Bestimmung einer Kostenordnung Kosten (Gebühren und Auslagen) erhoben werden. § 77 II 1 NWVwVG ermächtigt das Innenministerium und das Finanzministerium, durch Rechtsverordnung die Kostenordnung zu erlassen. Für Amtshandlungen im Zusammenhang mit einer Ersatzvornahme können Verwaltungsgebühren vorgesehen werden, die durch feste Sätze, durch Rahmensätze oder durch eine Pauschale zu bestimmen sind (§ 77 II 5, 6 NWVwVG). Für die Sicherstellung und Verwahrung können ebenfalls Verwaltungsgebühren vorgesehen werden, die durch feste Sätze oder Rahmensätze zu bestimmen sind (§ 77 II 10 NWVwVG). In den Fällen der Ersatzvornahme, der Sicherstellung und der Verwahrung berücksichtigen die Gebührensätze den durchschnittlichen Verwaltungsaufwand (§ 77 III 2 NWVwVG).

B. Wirksamkeit des § 77 VwVG

Die Ermächtigungsgrundlage des § 77 II 1, 2, 5, 6, 10, III 2 NWVwVG verstößt entgegen verschiedentlich geäußerten Bedenken nicht gegen höherrangiges Recht.

I. Im Hinblick auf das bundesrechtliche Abgabenrecht

Die für Ersatzvornahmen und Sicherstellungen vorgesehene Gebühr widerspricht nicht dem verfassungs- und bundesrechtlichen Abgabensystem.

1. Gebührenbegriff

Der Begriff der Gebühr ist weder bundesgesetzlich vorgegeben noch verfassungsrechtlich abschließend geprägt. Unter Gebühren werden allgemein öffentlich-rechtliche Geldleistungen verstanden, die - in Abgrenzung zur Steuer - aus Anlass individuell zurechenbarer öffentlicher Leistungen dem Gebührenschuldner durch eine öffentlich-rechtliche Norm oder sonstige hoheitliche Maßnahme auferlegt werden und dazu bestimmt sind, in Anknüpfung an diese Leistung deren Kosten ganz oder teilweise zu decken.

2. Voraussetzungen

Dem Gebührengesetzgeber steht ein weiterer Entscheidungs- und Gestaltungsspielraum zu, welche individuell zurechenbaren öffentlichen Leistungen er einer Gebührenpflicht unterwerfen und welche Gebührenmaßstäbe und Gebührensätze er hierfür aufstellen will (vgl. BVerfGE 50, 217, 225; 91, 207, 223). Die gebührenpflichtige Leistung muss allerdings an eine besondere Verantwortlichkeit der in Anspruch genommenen Personen anknüpfen; diese Verantwortlichkeit muss aus der Sache selbst ableitbar sein (BVerfGE 91, 207, 223).

3. Subsumtion

Die Verwaltungsgebühr für Ersatzvornahmen und Sicherstellungen genügt diesen Anforderungen an eine Gebühr. Die Gebührenpflicht knüpft an die Pflicht zur Gefahrenbeseitigung der polizeirechtlich Verantwortlichen an (vgl. §§ 4, 5 NWPolG i. V. mit §§ 52 II 1, 50 II, 46 III 1 NWPolG). Dem Begriff der Gebühr widerspricht es nicht, dass die Leistung, die die Behörde sich "entgelten" lassen will, der Beseitigung einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung dient und damit in erster Linie im öffentlichen Interesse erbracht wird. Es genügt, wenn eine Verwaltungstätigkeit dem Gebührenschuldner "individuell zurechenbar" ist, unabhängig davon, ob sie für den Betroffenen konkret nützlich ist oder nicht (vgl. BVerwG, NJW 1992, 2243, 2244).

II. Im Hinblick auf Art. 70 LVerf NW

Die Ermächtigungsgrundlage des § 77 NWVwVG entspricht auch den sich aus Art. 70 LVerf. ergebenden Anforderungen. Der Gesetzgeber hat insbesondere Zweck, Inhalt und Ausmaß dieser Ermächtigung selbst bestimmt und insoweit Tendenz und Programm der Rechtsverordnung umrissen (vgl. BVerfGE 80, 1, 20; 85, 97, 104).

1. Voraussetzungen

Es genügt, dass Zweck, Inhalt und Ausmaß der gesetzlichen Ermächtigung durch Auslegung zu ermitteln sind (BVerfGE 8, 274, 307; BVerwGE 28, 36, 45; 95, 188, 198; 100, 323, 326).

2. Subsumtion

Das ist hier der Fall. Der Umfang der gesetzlichen Ermächtigung ist hinreichend bestimmt.

a. Tatbestand

aa. Ersatzvornahme

Es sollen Gebühren für Amtshandlungen im Zusammenhang mit einer Ersatzvornahme erhoben werden können. Die bewusst weit gefasste Formulierung - "für Amtshandlungen in Zusammenhang mit" (§ 77 II 5

NWVwVG) - soll es ermöglichen, sämtliche Kosten, die bei der Ersatzvornahme entstehen, in die Gebühr einzubeziehen (vgl. LT-DR 12/1449, S. 16). Dazu gehören neben den Kosten der Androhung und Festsetzung der Ersatzvornahme auch die Personal- und üblichen Sachkosten für den administrativen Aufwand im Innendienst bei der Anwendung der Ersatzvornahme. Die Begründung zum Regierungsentwurf erwähnt beispielhaft die Kosten für das Einholen von Angeboten, für die Bearbeitung der Angebote, für die Entscheidung, für die Auftragserteilung, für die Erstellung des Leistungsbescheids und für die Vor-Ort-Tätigkeit der Bediensteten bei der Durchführung der Ersatzvornahme.

bb. Sicherstellung

Für die Sicherstellung gilt Entsprechendes. Zwar wiederholt § 77 II 10 NWVwVG für die Sicherstellung nicht ausdrücklich die Formulierung "für Amtshandlungen in Zusammenhang mit", verweist aber auf die Regelungen für die Ersatzvornahme durch die Bezugnahme "ebenfalls". Ein sachlicher Grund, bei der Sicherstellung nicht gleichfalls alle im Zusammenhang mit der Sicherstellung entstehenden Kosten zu berücksichtigen, ist nicht ersichtlich. Die Begründung zum Regierungsentwurf spricht daher auch von einer "entsprechenden" gesetzlichen Legitimation (vgl. LT-DR 12/1449, S. 16). Darüber hinaus sieht § 77 III 2 NWVwVG für die Gebührensätze in den Fällen der Ersatzvornahme und der Sicherstellung als einheitlichen Maßstab vor, dass der durchschnittliche Verwaltungsaufwand zu berücksichtigen ist.

b. Rechtsfolge

Der Gesetzgeber ist verfassungsrechtlich nicht verpflichtet, die Gebührenhöhe oder einen Gebührenrahmen zahlenmäßig festzulegen. Hiervon darf er sich gerade bei Angabe näherer Berechnungskriterien entlasten. Das Bestimmtheitsgebot soll nicht gleichsam pfenniggenaue Vorausberechenbarkeit der Gebühren gewährleisten, sondern hat lediglich die Funktion, Gebührentatbestände auszuschließen, die infolge ihrer Unbestimmtheit den Behörden die Möglichkeit einer rechtlich nicht hinreichend überprüfbaren willkürlichen Handhabung eröffnen. Die dem Sachbereich des Gebührenrechts anhaftende Eigenart - unter anderem das Erfordernis flexibler und häufiger Anpassungen der Gebührensätze - rechtfertigt darüber hinaus zusätzlich, die Festlegung der Gebührenhöhe im Einzelnen dem Verordnungsgeber bzw. innerhalb eines bestimmten Rahmens der zuständigen Behörde zu überlassen (vgl. BVerwGE 100, 323, 326). Der Verordnungsgeber ist auf Grund der in § 77 NwVwVG normierten Maßstäbe ohne weiteres in der Lage, den ihm vorgegebenen und erkennbaren gesetzgeberischen Willen sinnvoll zu konkretisieren.

III. Zwischenergebnis

Von dieser Ermächtigung haben das Innenministerium und das Finanzministerium durch Erlass der Kostenordnung Gebrauch gemacht. Die Regelungen des § 7 a I Nr. 7 und § 7 a II lit. a NWKostO halten sich im Rahmen der Ermächtigungsgrundlage.

C. Rechtmäßigkeit des Abschleppens

Die Gebühr gem. § 7 a I Nr. 7 a bzw. § 7 II lit. a NWKostO ist zu erheben, wenn eine rechtmäßige Ersatzvornahme bzw. eine rechtmäßige Sicherstellung vorliegt. Das VG hat die Rechtmäßigkeit der Abschleppmaßnahme im Ergebnis zutreffend bejaht. Die Abschleppmaßnahme hat ihre Rechtsgrundlage in §§ 8 I, 50 II, 51 I Nr. 1, 52 NWPolG bzw. § 43 Nr. 1 NWPolG.

I. Rechtsnatur des Abschleppens

1. Abschleppen nicht schon von Gesetzes wegen immer Ersatzvornahme

Entgegen der Auffassung des VG hat der Gesetzgeber mit der Änderung des § 77 VwVG durch Gesetz vom 18. 3. 1997 (GVBl. NW 1997, 50) keine Regelung des Inhalts getroffen, dass Abschleppmaßnahmen (ausschließlich) im Wege der Ersatzvornahme und nicht (auch) als Sicherstellung durchgeführt werden können.

a. Inhalt des § 77 NWVwVG

§ 77 NWVwVG enthält lediglich eine allgemeine Ermächtigung an die Exekutive, eine Rechtsverordnung mit Gebührenregelungen für Ersatzvornahmen und Sicherstellungen zu erlassen, ohne zu normieren, unter welchen Voraussetzungen oder in welchen Fällen eine Ersatzvornahme oder eine Sicherstellung vorliegt. Als gebührenrechtliche Ermächtigungsnorm wäre § 77 NWVwVG hierfür auch der systematisch falsche Standort. Das Gebührenrecht knüpft lediglich kostenrechtliche Konsequenzen an die nach dem PolG bzw. VwVG zu beurteilenden Amtshandlungen.

b. Begründung des Gesetzesentwurfs

Aus der Begründung des Gesetzentwurfs zur Änderung des § 77 NWVwVG ergibt sich nichts anderes. Die Gesetzesbegründung erwähnt lediglich das "Abschleppen von Kraftfahrzeugen" als ein Beispiel für massenhaft vorkommende Ersatzvornahmen (LT-DR 12/1449, 1), ohne auszuschließen, dass Abschleppmaßnahmen auch als Sicherstellungen zu qualifizieren sein könnten. Der Gesetzesbegründung sind keine Anhaltspunkte dafür zu entnehmen, dass die vom erkennenden Senat bislang offen gelassene Frage der rechtlichen Einordnung von Abschleppmaßnahmen entschieden werden sollte.

c. Fehlende Kompetenz der Exekutive zur verbindlichen Regelung von Rechtsfragen in der KostO
Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, dass in der Kostenordnung Nordrhein-Westfalen das Abschleppen von Kraftfahrzeugen zwar im Rahmen der Gebührensätze für Ersatzvornahmen als eigenständiger Gebührentatbestand aufgeführt wird, nicht hingegen bei der Sicherstellung von Sachen. Abgesehen davon, dass dieser Unterschied gebührenrechtlich nicht von entscheidungserheblicher Bedeutung ist (dazu noch unten), fehlt dem (lediglich) zu einer Gebührenregelung ermächtigten Verordnungsgeber die Regelungsbefugnis, die gesetzlich normierten Voraussetzungen für Ersatzvornahmen und Sicherstellungen zu ändern bzw. festzulegen, welche Fallgruppen als Ersatzvornahme oder Sicherstellung zu qualifizieren sind.

2. Rechtsnatur kann offen bleiben
Ob die hier in Rede stehenden Abschleppmaßnahme als Sicherstellung nach § 43 Nr. 1 NWPolG oder als Ersatzvornahme einer Beseitigungsmaßnahme auf der Grundlage der polizeilichen Generalklausel (§§ 8 I, 50 II, 51 I Nr. 1, 52 NWPolG) anzusehen ist, bedarf unter polizeirechtlichem Gesichtspunkt keiner Entscheidung, denn die Abschleppanordnung ist nach beiden Alternativen rechtmäßig.

II. Voraussetzungen beider Varianten erfüllt
Die in den vorgenannten Vorschriften vorausgesetzte gegenwärtige bzw. konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit bestand vorliegend. Im Zeitpunkt des Einschreitens des Bekl. lag ein Verstoß gegen § 12 IV 1 StVO vor, weil der Kl. sein Fahrzeug - unter Behinderung anderer Verkehrsteilnehmer - auf dem Geh- bzw. Radweg abgestellt hatte. Das VG hat im Einzelnen zutreffend dargelegt, dass sowohl Rad- als auch Gehweg hinreichend deutlich erkennbar waren und dass die Anordnung der Entfernung des Fahrzeugs auch verhältnismäßig war. Auf diese Ausführungen [...] kann zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen werden.

D. Höhe der Gebühr
Die Höhe der erhobenen Verwaltungsgebühr für das Abschleppen des Fahrzeugs des Kl. ist rechtlich nur insoweit zu beanstanden, als sie den Betrag von 148 DM (120 DM Personalkosten und 28 DM Sachkosten) übersteigt [wird ausgeführt].

IMPRESSUM

HERAUSGEBERIN:	JURA INTENSIV VERLAGS-GMBH & CO. KG, Salzstraße 18, 48143 Münster Tel.: 0251/48246-0; Fax: 0251/48245-45 http://www.jura-intensiv.de
CHEFREDAKTION:	RA Frank Schildheuer
REDAKTEURE:	RA Frank Schildheuer (*Öffentliches Recht*); RA Carsten Scheen (*Zivilrecht*); Markus Schmülling (*Strafrecht*) Die Redakteure sind postalisch erreichbar unter der Adresse der Herausgeberin.
ABONNEMENT:	Abonnement-Vertrag befindet sich im Heft und/oder wird auf Wunsch zugeschickt. Einmalige Anforderung eines Probeheftes jederzeit formlos und ohne weitere Verpflichtung möglich. Bestellwünsche und Bestellungen bitte an die Anschrift der Herausgeberin oder via Internet unter der o.g. Adresse.
BEZUGSPREISE:	Jahresabonnement (12 Hefte) DM 84,- einschließlich USt. und Versandkosten. Lieferung nur gegen Einzugsermächtigung. Der Lieferbeginn erfolgt zum nächstmöglichen Termin nach Gutschrift der Lastschrift.

VERSAND: Ohne Zusicherung eines festen Veröffentlichungstermins monatlich per Post. Nicht eingegangene Exemplare können nur schriftlich innerhalb von 2 Wochen nach Ablauf des Erscheinungsmonats reklamiert werden.

DRUCK: UWZ Schnelldruck GmbH, Oderstr. 40, 48155 Münster, Tel.: 0251/284850; Fax: 0251/2848529

Zivilrecht

Standort: Bürgschaft Problem: Ausschluss der Einreden gem. § 768 BGB

BGH, URTEIL VOM 08.03.2001
IX ZR 236/00 (NJW 2001, 1857)

Problemdarstellung:

Im Rahmen eines Werkvertrages verpflichtete sich der Unternehmer formularmäßig gegenüber dem Besteller, 5 % der Abrechnungssumme zur Sicherung etwaiger Gewährleistungsrechte zu belassen (sog. Sicherheitseinbehalt); jedoch war der Unternehmer berechtigt, diesen Sicherheitseinbehalt durch eine Bankbürgschaft auf erstes Anfordern und unter Verzicht auf Einreden gem. § 768 BGB abzulösen. Die Hausbank des Unternehmers erteilte aufgrund eines Formularvordrucks des Bestellers eine entsprechende Bürgschaft.

Problematisch wird dabei, dass eine solche Sicherungsabrede nach st. Rspr. gem. § 9 I AGBG nichtig ist, so dass dem Sicherungsgeber ein Anspruch gem. § 812 I 1 BGB auf Rückgewähr der Bürgschaft bzw. -urkunde zusteht. Im vorliegenden Fall war vom BGH zu klären, wie sich diese Nichtigkeit der Sicherungsabrede auf die abgegebene Bürgschaft der Bank auswirkt. Ohne Einfluss auf den Bestand der Bürgschaft stellt sich die Nichtigkeit der Sicherungsabrede als Rechtsmissbrauch gem. § 242 BGB dar, da der Besteller als Sicherungsnehmer seine formale Stellung ausnutzt, obwohl er die Sicherheit sogleich zurückerstatten muss. Diesen Einwand kann die Bank als Bürgin gem. § 768 BGB gegenüber dem Besteller geltend machen, da auch der Einredeverzicht gem. § 9 I AGBG nichtig ist.

Prüfungsrelevanz:

Ist der Examensprüfung eine Bürgschaft auf erstes Anfordern Gegenstand, so sind bei der Bearbeitung insbesondere Sinn und Zweck dieses Sicherungsmittels zu beachten. Eine solche Bürgschaft verfolgt primär das Ziel, die schnelle Durchsetzung der von ihr gesicherten Ansprüche zu gewährleisten. Zu diesem Zweck müssen die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme des Bürgen im Wesentlichen durch den Hinweis auf den Urkundeninhalt erfüllt werden. Folglich muss der Bürge auf Anforderung sofort zahlen. Alle Streitfragen werden in den Rückforderungsprozess verlagert.

Vertiefungshinweis:

❝ Besprechung dieser Entscheidung: *Bülow*, LM H. 8/2001 § 765 BGB Nr. 152

❝ Zur Entscheidung BGH, NJW 2000, 1563: *Bülow*, LM H. 7/2000 § 765 BGB Nr. 145; *Klötze*l, BB 2000, 847; *Löhnig*, JABl 2000, 617; *Heermann*, JZ 2000, 572, und *Beyer/Knauer*, MDR 2000, 1085

❝ Zur Bürgschaft auf erstes Anfordern: *OLG Hamm*, NZBau 2000, 472; *OLG München*, NZBau 2000, 468; *Hahn*, MDR 1999, 839; *Pasker*, NZBau 2000, 279

Kursprogramm:

❝ *Examenskurs*: “Endlich ins Internet”

❝ *Examenskurs*: “Die gestohlene Jacke”

Leitsätze:

1. Aus einer Bürgschaft auf erstes Anfordern, die zur Erfüllung einer Sicherungsabrede zwischen Gläubiger und Hauptschuldner erteilt wurde, kann der Gläubiger keine Zahlung verlangen, wenn sich aus dem unstreitigen Sachverhalt oder dem Inhalt der Vertragsurkunden die Unwirksamkeit der Sicherungsabrede ohne weiteres ergibt.

2. Wird dem Besteller formularmäßig das Recht eingeräumt, 5% der Auftragssumme bis zum Ablauf der Gewährleistungsfrist einzubehalten, und darf der Auftragnehmer den Einbehalt allein durch eine Bürgschaft auf erstes Anfordern ablösen, so ist der Einwand des Bürgen, die von den Partnern des Bauvertrags getroffene Abrede sei unwirksam, schon im Erstprozess zu beachten.

3. Ein genereller Ausschluss der Einreden aus § 768 BGB kann auch in einer Bürgschaft auf erstes Anfordern formularmäßig nicht wirksam vereinbart werden.

4. Dem Gläubiger steht gegenüber dem Anspruch des Hauptschuldners, die Bürgschaftsurkunde wegen Unwirksamkeit der Sicherungsabrede herauszugeben, kein auf Gegenansprüche aus dem Hauptvertrag gegründetes Zurückbehaltungsrecht zu.

Sachverhalt:

Die Kl. beauftragte die Streithelferin des bekl. Kreditinstituts in einem formularmäßig gestalteten Nachunternehmervertrag vom 15.10.96 mit der Herstellung des Stahlbetonbodens in einem näher bezeichneten Bauvorhaben zu einem Pauschalpreis von netto

338 500 DM. Der Vertrag enthält zu Nr. 8 (Gewährleistung) die handschriftliche Eintragung "lt. VOB, jedoch verlängert auf fünf Jahre". Nr. 11 lautet wie folgt:
“11.2. Der Einbehalt zur Sicherung der Gewährleistungsansprüche beträgt 5% der Abrechnungssumme inkl. Mehrwertsteuer. Der Nachunternehmer ist berechtigt, diesen Sicherheitseinbehalt durch eine Bankbürgschaft abzulösen.
11.3. Die vorzulegende [...] Gewährleistungsbürgschaft muss laut beiliegenden Mustern selbstschuldnerisch, unbefristet und auf erstes Anfordern von einem inländischen Kreditinstitut ausgestellt sein. Der Bürge muss auf die Einreden gern. §§ 768, 770, 771, 776 BGB und die Hinterlegung verzichten.”
Am 21.1.97 erteilte die Bekl. auf einem von der Kl. gestellten Formular die Bürgschaft für deren Ansprüche auf Grund von Gewährleistungsverpflichtungen sowie eventuellen Überzahlungen aus dem Nachunternehmervertrag bis zu einer Gesamthöhe von 19 269,11 DM und verpflichtete sich, auf erstes Anfordern zu zahlen. Die Kl. forderte die Bekl. mit Schreiben vom 17.2.99 zur Leistung der Bürgschaftssumme auf, weil ihr ein Anspruch auf Erstattung von Mängelbeseitigungskosten gegen die Auftragnehmerin in einer den Bürgschaftsbetrag übersteigenden Höhe zustehe. Die Bekl. hat die Leistung verweigert, weil die Hauptschuldnerin den geltend gemachten Anspruch bestreitet.
Das LG hat der Klage, mit Ausnahme eines Teils der Zinsen, stattgegeben. Gegen dieses Urteil hat die Auftragnehmerin, die dem Streit auf Seiten der Bekl. beigetreten war, Berufung eingelegt. Das OLG hat die Klage abgewiesen. Die Revision der Kl. hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.
Das BerGer. - sein Urteil ist abgedr. in NZBau 2000, 472 - hat die Klageabweisung, wie folgt begründet:
Das Recht des Gläubigers, aus der Bürgschaft auf erstes Anfordern sofortige Zahlung ohne Darlegung und Nachweis seiner Berechtigung zu verlangen, finde seine Grenze im Falle eines rechtsmissbräuchlichen Handelns. Dieses könne auch dann vorliegen, wenn der Gläubiger die Bürgschaft auf erstes Anfordern offenkundig ohne rechtlichen Grund erlangt habe. Das sei im Streitfall anzunehmen, weil die Bestimmung des Bauvertrags über den Sicherheitseinbehalt und dessen Ablösung nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung (BGHZ 136, 27 = NJW 1997, 2598 = LM H. 2/1998 § 9 [Bf] AGBG Nr. 31) gem. § 9 AGBG unwirksam sei. Die Kl. handele rechtsmissbräuchlich, weil sie trotz des Hinweises auf diese Rechtsprechung an ihrer Forderung festhalte.

B. Ergebnis der Revision
Diese Erwägungen halten der rechtlichen Nachprüfung stand.

I. Kein Einfluss der nichtigen Sicherungsabrede auf den Bestand der Bürgschaft
Die gegen den Klageanspruch erhobenen Einwendungen haben - was das BerGer. auch nicht verkannt hat - keinen Einfluss auf die Wirksamkeit des Bürgschaftsvertrags. Die Bürgschaft begründet eine von der Verpflichtung des Hauptschuldners verschiedene, rechtlich selbstständige Verpflichtung, die ihren Rechtsgrund in sich selbst trägt und daher grundsätzlich unabhängig vom Bestand der Hauptschuld gültig ist (BGHZ 113, 287 [288] = NJW 1991, 975 = LM HWiG Nr. 6; BGHZ 139, 214 [217] = NJW 1998, 2972 = LM H. 12/1998 § 767 BGB Nr. 33). Der Einwand, im Verhältnis zwischen Gläubiger und Hauptschuldner gebe es keine Rechtsgrundlage für die Gewährung einer solchen Sicherheit, wie sie der Bürge geleistet hat, bezieht sich allein auf die materielle Begründetheit des vom Gläubiger erhobenen Anforderungsbegehrens und beruht auf dem Akzessorietätsprinzip des § 768 I 1 BGB (BGHZ 143, 381 = NJW 2000, 1562 = LM H. 7/2000 § 765 BGB Nr. 145 = WM 2000, 715 [717]).

II. Geltendmachung von Einwänden gegen die Bürgschaft auf erstes Anfordern
Nach dem Inhalt der Bürgschaftsurkunde ist der von der Kl. geltend gemachte Anspruch durch die vom Bürgen übernommene Verpflichtung gesichert (vgl. dazu BGH, NJW 1999, 2361 = LM H. 11/1999 § 765 BGB Nr. 137 = WM 1999, 895 [897f.]). Folglich muss der Bürge auf Anforderung grundsätzlich sofort zahlen. Alle Streitfragen werden in den Rückforderungsprozess verlagert (st. Rspr.: vgl. BGH, NJW 1998, 2280 = LM H. 10/1998 § 765 BGB Nr. 127 = WM 1998, 1062 [1063] m. w. Nachw.).

1. Berücksichtigung von Einwänden schon im Erstprozess
Einwände des Bürgen gegen den Anspruch sind jedoch ausnahmsweise schon im Erstprozess beachtlich, sofern sich deren Berechtigung aus dem unstreitigen Sachverhalt oder dem Inhalt der Vertragsurkunden ohne weiteres ergibt (BGH, NJW 2000, 1562 = LM H. 7/2000 § 765 BGB Nr. 145). In solchen Fällen missbraucht der Gläubiger, der sich gleichwohl auf die ihm durch die Bürgschaft auf erstes Anfordern eingeräumte formale Stellung beruft, seine vertraglichen Befugnisse. Er verlangt etwas, was er im Rückforderungsprozess sofort erstatten müsste. Ein solches Verhalten begründet den Arglisteinwand (‚dolo agit [...]") aus § 242 BGB (vgl. BGHZ 56, 22 [25] = NJW 1971, 1750 = LM § 1169 BGB Nr. 3; BGHZ 74, 293 [300] = NJW 1979, 2150

= LM § 1018 BGB Nr. 28).

2. Arten von berücksichtigungswürdigen Einwänden im Erstprozess

Diese Einschränkung der Gläubigerrechte bezieht sich nicht lediglich auf liquide Einwände gegen Bestand und Höhe der Hauptforderung. Sie ist vielmehr insbesondere dann geboten, wenn der Bürgschaftsvertrag nur der Erfüllung der Sicherungsabrede dient die der Gläubiger mit dem Hauptschuldner getroffen hat, sich aus dieser jedoch kein wirksamer Anspruch auf Erhalt einer Bürgschaft auf erstes Anfordern ergibt. Die Einschränkung der Rechte des Gläubigers durch einen solchen, ebenfalls aus dem Akzessorietätsprinzip hergeleiteten Einwand (vgl. BGHZ 107 210 [214] = NJW 1989, 1953 = LM § 550 b BGB Nr. 1; BGH, NJW 2000, 1561 = LM H. 7/2000 § 765 BGB Nr. 145) ist unter dem Gesichtspunkt eines den Geboten von Treu und Glauben entsprechenden Interessenausgleichs erforderlich. Die Bürgschaft auf erstes Anfordern gewährt dem Gläubiger Vorteile, die über seine aus dem Bauvertrag folgenden berechtigten Sicherungsinteressen hinausgehen, indem sie ihm die Möglichkeit einräumt, sich sofort liquide Mittel zu verschaffen, wenn der Bürgschaftsfall nach seiner Meinung eingetreten ist. Diese Sicherungsform begründet besonders dadurch, dass die Fälligkeit der gesicherten Forderung nicht einmal schlüssig dargelegt zu werden braucht, die Gefahr des Missbrauchs. Wird der Anspruch aus der Bürgschaft erfüllt, trifft den Bürgen oder den Hauptschuldner das Risiko der Bonität des Gläubigers. Für eine solche Risikoverlagerung ist nach dem gesetzlichen System der werkvertraglichen Gewährleistung kein berechtigtes Interesse anzuerkennen (BGHZ 136, 27 [32 f.] = NJW 1997, 2598 = LM H. 2/1998 § 9 [Bf] AGBG Nr. 31). Infolgedessen müssen der Bürge und der Hauptschuldner in diesem Bereich vor einer den Geboten von Treu und Glauben widersprechenden Verwertung der Bürgschaft auf erstes Anfordern nach Möglichkeit geschätzt werden. Die daraus folgende Begrenzung der Gläubigerrechte schon im Erstprozess beeinträchtigt die Funktionsfähigkeit der Bürgschaft auf erstes Anfordern nicht, wenn der Gläubiger von ihr in einer Weise Gebrauch macht, die dem Sinn und Zweck des Rechtsinstituts entspricht; denn gegenüber dem aus der Bürgschaft auf erstes Anfordern geltend gemachten Anspruch sind nur die Einwendungen des Bürgen beachtlich, die sich aus dem zur Entscheidung stehenden Sachverhalt ohne weiteres als begründet erweisen. In diesem Rahmen sind allerdings die durch die höchstrichterliche Rechtsprechung geklärten rechtlichen Streitpunkte von Anfang an zu beachten; denn vor einer eindeutigen Rechtslage darf der Richter zu keinem Zeitpunkt des Rechtsstreits die Augen verschließen.

3. Vorliegen eines solchen Einwandes im konkreten Fall

Einen Einwand in dem beschriebenen Sinne hat die Bekl. im Streitfall erhoben. Sie macht geltend, die zwischen Gläubiger und Hauptschuldner in Nrn. 11.2 und 11.3 des Nachunternehmervertrags zum Sicherheitseinbehalt für Gewährleistungsansprüche vereinbarte Regelung sei insgesamt, also einschließlich der Beschränkung der Ablösungsbefugnis auf eine Bürgschaft auf ersten Anfordern, unwirksam. Ist dieser Auffassung schon nach dem Inhalt der Urkunde sowie dem unstreitigen Sachverhalt ohne weiteres zu folgen und ergibt sich daraus weiterhin, dass die Bürgschaft auf erstes Anfordern allein zur Erfüllung der zwischen der Kl. und der Streithelferin vereinbarten Sicherungsabrede erteilt wurde, kann die Kl. Zahlung der geltend gemachten Bürgschaftssumme nicht verlangen; denn sie müsste sie nach Erhalt ohne weiteres an die Bürgin oder - falls der Auftragnehmer die Aufwendungen der Bekl. erstattet hat - an die Streithelferin als unberechtigte Leistung zurückgewähren (so im Ansatz schon BGH, NJW 2000 1562 = IM H. 7/2000 § 765 BGB Nr. 145).

4. Unwirksamkeit des Einredenverzichts (§ 768 BGB)

In der Bürgschaft, die die Bekl. erteilt hat sind allerdings die Einreden aus § 768 BGB formularmäßig ausgeschlossen; dies deckt sich mit der im Nachunternehmervertrag getroffenen Abrede, wonach der Sicherheitseinbehalt nur durch eine Bürgschaft, in der auf diese Einreden verzichtet wird, abgelöst werden kann. Diese Klausel ist jedoch nicht wirksam vereinbart worden. Die bürgschaftsrechtliche Verpflichtung wird gekennzeichnet durch die Abhängigkeit der Haftung vom Bestehen der Hauptschuld. Bestimmungen, die diesen in § 768 BGB verankerten Akzessorietätsgrundsatz aushebeln, verändern die Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses (BGHZ 95, 350 [356f.] = NJW 1986, 43 = LM § 242 [Cd] BGB Nr. 275). Sie sind mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung nicht vereinbar und schränken Rechte des Bürgen, die sich aus der Vertragsnatur ergeben in unangemessener Weise ein (§ 9 II Nrn. 1 und 2 AGBG). Schon die das Akzessorietätsprinzip lockernde Rechtsform der Bürgschaft auf erstes Anfordern kann formularmäßig lediglich in sehr eingeschränktem Umfang, im Wesentlichen allein von Unternehmen, zu deren Geschäftsbetrieb solche Erklärungen typischerweise gehören, vereinbart werden (BGH, NJW-RR 1990 1265 = LM § 765 BGB Nr. 71 = WM 1990, 1410; NJW 1998, 2280 = LM H. 10/1998 § 765 BGB Nr. 127 = WM 1998, 1062 [1063]). Eine Regelung, die dem Bürgen den Schutz des § 768 BGB umfassend nimmt, also auch im Rückforderungsprozess zu beachten wäre, kann deshalb generell formularmäßig nicht wirksam vereinbart werden.

III. Unwirksamkeit der Sicherungsabrede
Auf Grund der von den Parteien vorgetragenen Umstände ist offensichtlich, dass die Bekl. die Bürgschaft allein zur Erfüllung der in Nrn. 11.2 und 11.3 des Nachunternehmervertrags getroffenen Abrede erteilt hat. Die dort vereinbarte Regelung ist gem. § 9 I AGBG unwirksam.

1. Begründung für die Unwirksamkeit gem. § 9 AGBG
Nach der Rechtsprechung des BGH benachteiligt eine Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Bauvertrags, wonach der Besteller 5% der Auftragssumme bis zum Ablauf der Gewährleistungsfrist als Sicherheit einbehalten darf und dieser Einbehalt ausschließlich durch eine Bürgschaft auf erstes Anfordern abgelöst werden kann, den anderen Teil entgegen den Geboten von Treu und Glauben i. S. des § 9 I AGBG, weil das ihm gewährte Ablösungsrecht keinen angemessenen Ausgleich für die mit dem Sicherheitseinbehalt verbundenen besonderen Vorteile darstellt (BGHZ 136, 27 [30 ff.] = NJW 1997, 2598 = LM H. 2/1998 § 9 [Bf] AGBG Nr. 31; BGH, NJW 2000, 1863 = NZBau 2000, 285 = LM H. 10/2000 § 9 [Bf] AGBG Nr. 33 = WM 2000,1299 [1300]).

2. Überprüfung der konkreten Klausel nach dieser Rechtsprechung
Eine inhaltsgleiche Klausel enthält der hier zu beurteilende Nachunternehmervertrag. Dies gilt selbst dann, wenn die in Nr. 8 getroffene Abrede über die Dauer der Gewährleistung als Individualvereinbarung zu werten sein sollte; denn die Bestimmung über den Sicherheitseinbehalt und dessen Ablösung ist generell, ohne Berücksichtigung der jeweils geltenden Gewährleistungsfrist, getroffen worden. Zu Unrecht meint die Revision, in diesem Punkt liege eine Streitfrage vor, deren Beantwortung sich nicht von selbst ergebe. Da die Kl. und die Streithelferin die Regelung des § 17 VOB/B nicht in den Bauvertrag einbezogen haben, ist der Auftragnehmer zu einer Ablösung des Sicherheitseinbehalts nur berechtigt, soweit ihm eine solche Befugnis im Vertrag eingeräumt wurde. Dazu schreiben Nrn. 11.2 und 11.3 des Vertrags eindeutig vor, dass die Bankbürgschaft, mit der der Einbehalt allein abgelöst werden darf, auf erstes Anfordern ausgestellt sein muss. Damit folgt schon aus dem Vertragstext zweifelsfrei, dass für den Auftragnehmer eine andere Alternative nicht zur Verfügung steht.

3. Rechtsfolgen der Nichtigkeit der Sicherungsabrede
Nach der Rechtsprechung des VII. Zivilsenats des BGH führt der Verstoß gegen § 9 AGBG dazu, dass die Klausel insgesamt unwirksam ist und dem Sicherungsgeber ein Anspruch aus § 812 I 1 BGB auf Rückgewähr der Bürgschaftsurkunde gegen den Gläubiger zusteht (BGHZ 136, 27 [30] = NJW 1997, 2598 = LM H. 2/1998 § 9 [Bf] AGBG Nr. 31; BGH, NJW 2000, 1863 = NZBau 2000, 285 = LM H. 10/2000 § 9 [Bf] AGBG Nr. 33). Dem ist zuzustimmen; die Bestimmung kann nicht mit der Maßgabe aufrechterhalten werden, dass der Auftragnehmer den Sicherheitseinbehalt durch Beibringung einer einfachen Bürgschaft ablösen darf.
Die Klausel über den Sicherheitseinbehalt und dessen Ablösung bildet eine untrennbare Einheit. Das wird daran deutlich, dass die vereinbarte Ablösungsbefugnis für sich genommen den Unternehmer nicht belastet. Eine unzulässige Benachteiligung, entsteht erst aus der Verknüpfung mit dem Sicherheitseinbehalt, dass dieser nämlich allein bei Stellung einer Bürgschaft auf erstes Anfordern herausverlangt werden kann (BGHZ 136 27 [30] = NJW 1997, 2598 = LM H. 2/1998 § 9 [Bf] AGBG Nr. 31). Der Verstoß der in Nrn. 11.2 und 11.3 des Nachunternehmervertrags enthaltenen Bestimmungen gegen § 9 AGBG ergibt sich, soweit es um die Ablösungsbefugnis geht, erst aus dem Gesamtgehalt der einheitlichen Regelung sowie dem Zusammenwirken der darin zusammengefassten Abreden. Diese formularmäßige Bestimmung enthält damit keine inhaltlich voneinander trennbaren, einzeln aus sich heraus verständlichen Bestandteile und kann daher nicht teilweise aufrechterhalten werden (vgl. dazu BGHZ 107, 185 [190 f.] = NJW 1989, 3215 = LM § 9 [A] AGBG Nr. 3; BGHZ 132, 383 [389] = NJW 1996, 2155 = LM H. 9/1996 § 9 [Bf] AGBG Nr. 28). Eine Einschränkung im Wege ergänzender Vertragsauslegung scheidet schon deshalb aus, weil die mit dem Wegfall der Klausel entstehende Lücke gem. § 6 II AGBG durch das dispositive Gesetzesrecht des Werkvertrags geschlossen wird (vgl. BGHZ 90, 69 [77] = NJW 1984, 1882 = LM FlurbereinigungsG Nr. 11; BGHZ 137, 153 [157] = NJW 1998, 450 = LM H. 6/1998 § 765 BGB Nr. 124). Davon abgesehen ist nicht erkennbar, welche Regelung Gläubiger und Hauptschuldner vereinbart hätten, wenn sie die Unwirksamkeit der Klausel erkannt hätten. Statt einer Ablösung des Sicherheitseinbehalts durch eine einfache Bürgschaft wären dann insbesondere eine Verringerung des Einbehalts, eine Verkürzung der Einbehaltsfrist oder die Wahl einer anderen in § 17 VOB/B genannten Sicherungsform in Betracht gekommen.

IV. Kein Zurückbehaltungsrecht des Kl. an der Urkunde gem. § 273 I BGB
Die Kl. hat sich darauf berufen, ihr stehe gegenüber einem Anspruch der Hauptschuldnerin auf Rückgabe der Bürgschaftsurkunde und auf Unterlassung der Inanspruchnahme des Bürgen gern. § 273 BGB ein Zurückbehaltungsrecht zu, weil sie einen Vorschuss für die Kosten der Mängelbeseitigung verlangen könne. Ob ein Zurückbehaltungsrecht des Gläubigers gegenüber dem Anspruch des Hauptschuldners, mit dem der Bürge

sich verteidigt, Oberhaupt geeignet sein kann, einer Klage aus der Bürgschaft zum Erfolg zu verhelfen, braucht nicht entschieden zu werden. Die Kl. darf der Hauptschuldnerin gegenüber die Herausgabe der Bürgschaftsurkunde nicht verweigern, weil nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses ein Zurückbehaltungsrecht ausgeschlossen ist (§ 273 I BGB).

1. Kein grundsätzliches Zurückbehaltungsrecht des dinglichen Sicherungsnehmers an der Urkunde
Hat der Schuldner dem Gläubiger eine Sicherheit durch Hypothek oder Grundschuld gewährt, so ist der Gläubiger nicht berechtigt, nach Erlöschen der gesicherten Forderung, die Erfüllung des Anspruchs auf Rückgabe der zur Beseitigung des Rechts notwendigen Urkunden unter Berufung auf andere Forderungen gegen den Schuldner zu verweigern; denn dies würde im wirtschaftlichen Ergebnis dazu führen, dass Ansprüche gesichert wären, für die das bestellte Recht nach dem Inhalt der Sicherungsabrede nicht bestimmt war (BGHZ 71, 19 [22] = NJW 1978, 88 3 = LM § 607 BGB Nr. 27; BGH, NJW 1988, 3260 [3261] = LM § 273 BGB Nr. 45; NJW 2000, 2499 [2500] = LM H. 2/2001 § 273 BGB Nr. 56). Entsprechendes gilt, wenn die gesicherte Forderung gar nicht erst zur Entstehung gelangt (BGHZ 71, 19 [23] = NJW 1978, 883 = LM § 607 BGB Nr. 27; BGH, NJW 2000, 2499 [2500] = LM H. 2/2001 § 273 BGB Nr. 56) oder das Sicherungsrecht nicht wirksam bestellt worden ist und dem Schuldner deshalb ein Anspruch aus § 894 BGB zusteht (BGH, NJW 1988, 3260 [3261] = LM § 273 BGB Nr. 45).

2. Ausdehnung dieser Rechtsprechung auf die Bürgschaft
Vereinbaren die Parteien eines gegenseitigem Vertrags, für bestimmte Forderungen eine Bürgschaft beizubringen, kommt dem Inhalt der Sicherungsabrede in diesem Punkt die gleiche Bedeutung zu. Das OLG Karlsruhe hat deshalb im Grundsatz zutreffend dem Gläubiger gegenüber der Klage auf Rückgabe einer Erfüllungsbürgschaft ein Zurückbehaltungsrecht wegen Gewährleistungsansprüchen versagt (NJW-RR 1998, 533). Fehlt es, wie im Streitfall, schon an einer wirksamen Sicherungsvereinbarung, ist der Gläubiger erst recht nicht befugt, die Erfüllung des Rückgewähranspruchs des Sicherungsgebers unter Berufung auf ungesicherte Forderungen nach § 273 BGB zu verweigern.

V. Ergebnis
Damit steht der Kl. kein Anspruch aus der Bürgschaft auf erstes Anfordern gegen die Bekl. zu. Die erhobene Klage kann auch nicht aus anderen Gründen im Ergebnis erfolgreich sein. Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats kann der auf eine Bürgschaft auf erstes Anfordern gestutzte Anspruch, sofern diese, besondere Sicherungsform aus der betreffenden Urkunde nicht zweifelsfrei hervorgeht, gleichwohl aus einer einfachen Bürgschaft begründet sein (BGH, NJW 1999, 2361 = LM H. 11/1999 § 765 BGB Nr. l37 = WM 1999, 895 [896]). Die Bürgschaft auf erstes Anfordern stellt kein Sicherungsmittel eigener Art, sondern eine den Gläubiger besonders privilegierende Form der Bürgschaftsverpflichtung dar. Es entspricht im Zweifel dem Parteiwillen, den Vertrag, wenn die besondere Abrede über die Zahlung auf erstes Anfordern nicht wirksam geworden ist oder nicht in der erforderlichen Form nachgewiesen werden kann, dahin auszulegen, dass er eine einfache Bürgschaft umfasst (Senat, NJW 1999 2361 = LM H. 11/1999 § 765 BGB Nr. 137). Es kann dahingestellt bleiben, ob sich diese Erwägungen auf eine Bürgschaft auf erstes Anfordern übertragen lassen, die wirksam geworden, aber in dieser Form wegen eines rechtlichen Mangels der Sicherungsabrede nicht durchsetzbar ist; denn hier greift dieser Einwand auch gegenüber einer gewöhnlichen Bürgschaft durch. Die Unwirksamkeit der Regelung in Nrn. 11.2 und 11.3 des Nachunternehmervertrags hat zur Folge, dass weder ein Sicherheitseinbehalt gültig vereinbart wurde noch der Hauptschuldner eine sonstige Sicherheit schuldet. Da der Bürgschaftsvertrag ausschließlich dazu dient, die genannte Vereinbarung des Hauptvertrags zu erfüllen, steht der Bekl. in jedem Falle aus § 768 I 1 BGB der Einwand zu, dass die Sicherungsabrede nicht wirksam geworden ist (vgl. BGHZ 107, 210 [214] = NJW 1989,1853 = LM § 550 b BGB Nr. 1; Senat, NJW 2000,1561 = LM H. 7/2000 § 765 BGB Nr., 145).

Standort: Reisevertrag — Problem: Reisemangel durch Salmonellen

LG DÜSSELDORF, URTEIL VOM 13.10.2000
22 S 443/99 (NJW 2001, 1872)

Problemdarstellung:
In diesem reiserechtlichen Fall hatte das LG Düsseldorf zu prüfen, ob die Salmonellenerkrankung einer Maledivenurlauberin auf eine Schlechtleistung der Reiseleistungen, genauer der Hotelküche, zurückzuführen war. Im Wege des Anscheinsbeweises stellt das Gericht fest, dass die Erkrankung auf den im Hotel servierten Speisen beruhen musste, da ein unmittelbarer zeitlicher Zusammenhang zwischen der Urlaubserkrankung und der

Salmonellenfeststellung in Deutschland besteht und auf der fraglichen Insel nur ein Hotel existierte. Die erkrankte Urlauberin erhielt aufgrund einer 100-prozentigen Minderung gem. § 651 d I BGB für die Zeit ab ihrer Erkrankung den anteiligen Reisepreis zurückerstattet; für die Zeit vor ihrer Erkrankung steht ihr kein Minderungsrecht zu, da für die Minderung gem. § 651 d BGB auch die Dauer des Reisemangels zu berücksichtigen ist. Im Übrigen steht ihr ein Schadensersatzanspruch wegen vertaner Urlaubszeit gem. § 651 f II BGB zu.

Außerdem kann sich der Ehemann der erkrankten Urlauberin als Reisebegleiter für seine Person auf mangelhafte Reiseleistung berufen und daher anteilige Rückzahlung einfordern. Seine Besorgnis um die Erkrankte und die entsprechende Betreuung schränkten ihn in seinen Urlaubsaktivitäten ein.

Schließlich stellte das LG fest, dass eine Verjährung gem. § 651 g II BGB (6 Monate nach vertraglichem Reiseende) nicht vorlag. Vielmehr hat das klagende Ehepaar durch Geltendmachung ihrer Ansprüche diese Verjährung gem. § 651 g II 3 BGB gehemmt. Diese Hemmung ist mangels entsprechender Zurückweisung durch den Reiseveranstalter nicht beendet worden.

Prüfungsrelevanz:

Das Reisevertragsrecht wird während des Studiums nur rudimentär, wenn überhaupt behandelt. Daher eignet es sich im Staatsexamen dafür zu überprüfen, ob es dem Prüfling gelingt, sich allein anhand des Gesetzestextes einen bis dato unbekannten Vertragstyp zu erschließen. Im Reisevertragsrecht steht - ebenso wie im Kauf-, Miet- und Werkvertragsrecht - das Gewährleistungsrecht im Vordergrund. Dabei wird die Mangelhaftigkeit der Reiseleistungen gem. § 651 c BGB ebenso durch Fehler bzw. das Fehlen zugesicherter Eigenschaften gekennzeichnet wie im Kauf-, Miet- und Werkvertragsrecht. Auch die einzelnen Gewährleistungsrechte sind vergleichbar: Abhilfe, Minderung, Kündigung und Schadensersatz gem. §§ 651 c ff. BGB. Auch die kurze Verjährung von sechs Monaten gem. § 651 g BGB ist eine typische Erscheinungsform des Gewährleistungsrechts, vgl. §§ 477 I, 638 BGB. Man erkennt damit bestimmte Grundprinzipien im vertraglichen Gewährleistungsrecht.

Vertiefungshinweis:

- Zur Darlegungslast bei Salmonellen-Erkrankung: *AG Bad Homburg* RRa 2000, 137; Schmid, RRa 1999, 171
- Zur Minderung von Reisemängeln: *OLG Frankfurt a.M.*, NJW-RR 1999, 202; *AG Frankfurt a.M.*, NJW-RR 2000, 787.

Kursprogramm:

- *Examenskurs*: "Das verkaufte Cabrio"
- *Examenskurs*: "Die neue Kanzlei"
- *Examenskurs*: "Das vermietete Geschäftslokal"
- *Wiederholungs- und Vertiefungskurs*: "Golfkrieg"

Leitsätze (der Redaktion)

1. Hat nach Eintritt der Hemmung der Ausschlussfrist für die Anmeldung von Reisemängelansprüchen der Veranstalter einen befristeten Verjährungsverzicht erklärt und in einem weiteren Schreiben eine Stellungnahme angekündigt, die er bis zu dem Datum des Ablaufs der Frist des Ver-jährungsverzichts noch nicht abgegeben hat, dann bleibt die Verjährungsfrist auch über dieses Datum hinaus gehemmt.

2. Erleidet eine Reisende während eines Aufenthalts auf den Malediven eine Darmerkrankung mit hohem Fieber und wird nach ihrer vorzeitigen Rückkehr sogleich in Deutschland eine Salmonellenerkrankung festgestellt und gab es auf der Insel nur das von der Reisenden bewohnte Hotel als Essensausgabestelle, dann spricht der Beweis des ersten Anscheins dafür, dass die Erkrankung auf die in dem Hotel verabreichten Speisen zurückzuführen ist.

3. Ein Reisender, der während des Urlaubs an einem Salmonellenbefall erkrankt und unter hohem Fieber leidet, hat ab dem Beginn der Krankheit Anspruch auf Rückzahlung des auf diese Zeit entfallenden Reisepreises. Für die Urlaubszeit davor besteht kein Minderungsanspruch. Ferner besteht für die Zeit der Krankheit ein Anspruch auf Schadensersatz wegen vertanen Urlaubs.

4. Der Ehegatte des während des Urlaubs erkrankten Gatten hat für die Zeit der Krankheit am Urlaubsort einen Minderungsanspruch von 40% und kann, wenn er mit dem Ehegatten den Urlaub vorzeitig abbricht, für die restliche Urlaubszeit Rückzahlung des Reisepreises verlangen.

Sachverhalt:

Die Kl. hatte für sich und ihren Ehemann für die Zeit vom 25. 5. bis 9. 6. 1998 einen Urlaub auf den Malediven für insgesamt 5384 DM gebucht. Die Ehegatten flogen am 2. 6. 1998 zurück. Die Kl. hat mit der Behauptung, sie sei wegen einer Salmonellenerkrankung die auf die Speisen des Urlaubshotels zurückgeführt werden müsse, am 28. 5. erkrankt und habe deshalb vorzeitig die Heimreise angetreten Klage auf Zahlung von restlichen 4488 DM (die Bekl. hatte zuvor bereits 896 DM außergerichtlich zurückerstattet) erhoben.

Das AG hat der Klage mit 2973,75 DM stattgegeben. Die Berufung der Kl. führte zum vollen Erfolg der Klage.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung des LG Düsseldorf: Minderung und Rückzahlung des Reisepreises
Der Kl. steht gegenüber der Bekl. ein Anspruch auf Minderung und Rückzahlung des R eisepreises nach § § 651 d 1, 651 e III BGB zu.

B. Kein Verjährungseinwand
Diesem Anspruch steht nicht die von der Bekl. erhobene Einrede der Verjährung entgegen. Vertragliches Reiseende war der 9. 6. 1998. Regelmäßiger Verjährungseintritt wäre dementsprechend nach § 651 g II BGB gegeben gewesen mit dem 9. 12. 1998. Jedoch war nach § 651 g II 3 BGB Hemmung eingetreten mit Zugang des Anspruchsschreibens der Kl. vom 5. 6. 1998 bei der Bekl. Ob und wann eine endgültige Zurückweisung der angemeldeten Ansprüche erfolgt war, ist nicht ersichtlich. Feststellbar ist lediglich, dass die Anwälte der Bekl. mit Schreiben vom 29. 12. 1998 Verzicht auf die Einrede der Verjährung bis einschließlich 28. 2. 1999 erklärt hatten. Diesem Schreiben ist eine Zurückweisung der angemeldeten Ansprüche nicht zu entnehmen. Vielmehr wird in diesem Schreiben eine Stellungnahme der Bekl. zu einem Schreiben der Kl. für die erste Januarwoche angekündigt, weil eine ergänzend angeforderte Stellungnahme der örtlichen Reiseleitung noch nicht vorliege. Damit war eine weitere Prüfung des Sachverhalts in Aussicht gestellt worden. Wann und mit welchem Ergebnis diese Prüfung abgeschlossen worden war, trägt die Bekl. nicht vor. Das Ende der Hemmung muss aber der Reiseveranstalter dartun (vgl. Seyderhelm, ReiseR, § 651 g Rdnr. 60). Mangels entsprechenden Vortrags der Bekl. kann somit nicht festgestellt werden, dass bereits Verjährung eingetreten war vor Zustellung des Mahnbescheids an die Bekl. am 25. 3. 1999.

C. Vorliegen eines Reisemangels (Beweis des ersten Anscheins)
Die Reiseleistung der Bekl. war in erheblichem Umfang mangelhaft. Nach dem Ergebnis der vom AG durchgeführten Beweisaufnahme muss davon ausgegangen werden, dass die Kl. auf Grund der im Hotel gereichten Verpflegung eine Salmonellenerkrankung erlitten hatte.

I. Feststellung der Erkrankung
Das eine solche Erkrankung bei der Kl. vorgelegen hat, steht fest auf Grund des Untersuchungsergebnisses des Landesinstituts für den öffentlichen Gesundheitsdienst des Landes Nordrhein-Westfalen in M. und des Schreibens des Gesundheitsamts der Stadt M. vom 10. 6. 1998. Danach waren in Stuhlproben der Kl. zur bakteriologischen Untersuchung Salmonella Enteritidis nachgewiesen worden. Diese nachgewiesenen infektiösen Darmkeime kann die Kl. sich nur während des Urlaubs zugezogen haben. Der Zeuge P, der Ehemann der Kl., hat bei seiner Vernehmung bekundet, die Kl. habe zunächst über Übelkeit und Bauchschmerzen geklagt. Im Laufe des Tages habe sich ihr Zustand verschlechtert. Sie habe Durchfall bekommen und habe häufig zur Toilette gemusst. Am Abendessen habe sie schon nicht mehr teilgenommen. Samstags habe er dann bei der Kl. 40 Grad Fieber gemessen. Am Sonntag habe sie 37,7 Grad Fieber gehabt. Bis zum vorzeitigen Rückflug am Dienstag habe die Kl. die Zeit nur im Bett verbracht. Diese Schilderung des Zeugen steht im Einklang mit dem Vortrag der Kl., dass die Krankheitssymptome am Freitag, dem 29. 5. 1998 sich zeigten und der Krankheitszustand sich danach verschlimmerte. Der Zeuge hat weiter bekundet, am nächsten Tag nach der Rückkehr habe sich die Kl. zu ihrem Hausarzt begeben. Es seien Proben entnommen worden. Der Kl. sei dann mitgeteilt worden, dass bei ihr Salmonellen nachgewiesen worden seien. Auch dieser vom Zeugen geschilderte Ablauf steht in Einklang mit den zu den Akten gereichten, bereits oben angesprochenen Untersuchungsergebnissen Wenn auf Grund der unmittelbar nach der Rückkehr am 2. 6. 1998 erfolgten Untersuchung der Kl. bei dieser am 3. 6. 1998 Salmonellen nachgewiesen worden sind, rechtfertigt dies den Schluss, dass die von dem Zeugen glaubhaft bekundete Erkrankung der Kl. ab dem 29. 5. 1998 eine Salmonellose gewesen war. Vernünftige Zweifel können insoweit nicht bestehen.

II. Ursache der Erkrankung in der Hotelküche
Diese Erkrankung muss ihre Ursache in der in dem Hotel gereichten Verpflegung gehabt haben. Die Besonderheit des vorliegenden Falls ist es, dass auf der kleinen Malediveninsel, die nur 300 m lang und 150 m breit ist, sich nur die eine einzige Hotelanlage befindet und auch nur dort Getränke und Speisen angeboten werden. Dies ergibt sich zum einen schon aus der Katalogbeschreibung der Bekl.; zum anderen hat dies auch der Zeuge P bei seiner Vernehmung bestätigt. Bei dieser besonderen Gegebenheit stellt sich deshalb die Frage, wie sich die Kl. während ihres Aufenthalts auf dieser Insel mit Salmonellen infiziert haben soll, wenn nicht durch die dort gereichte Verpflegung. Deshalb können auf Grund dieser Besonderheit des vorliegenden Falls keine strengen Anforderungen an die Voraussetzungen für die Annahme eines Anscheinsbeweises gestellt werden. Vielmehr genügt es, dass auch andere Reisende auf dieser Insel während der fraglichen Zeit erkrankt waren (vgl. hierzu OLG München, RRa 2000, 77). Von Letzterem ist auszugehen. Zwar hat der Zeuge P nicht den Kl.-Vortrag bestätigt, dass 40 weitere Gäste, zum gleichen Zeitpunkt erkrankt waren. Er hat lediglich angegeben, im Laufe der nächsten Tage habe

er festgestellt, dass nach und nach immer weniger Gäste zu den Mahlzeiten erschienen seien. Konkret hat er aber sechs Personen aufgezählt, die an dem Abend, an dem die Kl. zum erstenmal nicht an dem Abendessen teilgenommen hatte, ebenfalls wegen Erkrankung gefehlt hatten. Aus Gesprächen hat er nach seiner weiteren Aussage mitbekommen, dass die fehlenden Gäste die gleichen Symptome wie die Kl. gehabt hatten. Dies reicht aus für die Annahme des Anscheinsbeweises auf Grund der Besonderheit des vorliegenden Falls. Dagegen spricht nicht, dass der Zeuge selbst auch von den fraglichen Speisen wie die Kl. gegessen hatte, bei ihm aber bei der Untersuchung in Deutschland keine Salmonellen festgestellt worden waren. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass er gerade von den Speisen nicht oder jedenfalls nicht in dem Umfang gegessen hatte, die die Kl. zu sich genommen hatte und die bei ihr die Salmonellose ausgelöst hatte.

III. Keine Widerlegung des Anscheinsbeweises
Die Aussage des Zeugen S ist nicht geeignet, den Anscheinsbeweis zu erschüttern. Er war nach seinen Angaben zur fraglichen Zeit nicht vor Ort auf der Insel gewesen. [...] Auch die Zeugin C war nach ihrer Aussage in der fraglichen Zeit nicht vor Ort gewesen.[...] Die Zeugin P hat bestätigt, dass einige Gäste einschließlich der Kl. erkrankt gewesen seien.
Danach verbleibt es dabei, dass nach den Grundsätzen des Anscheinsbeweises davon auszugehen ist, dass die bei der Kl. festgestellte Salmonellenerkrankung auf die in dem Hotel gereichte Verpflegung zurückzuführen ist.:

D. Rechtsfolgen des Reisemangels
I. Rückzahlung des Reisepreises ab Krankheitsbeginn
Da die Kl. ab dem 29. 5. 1998 nach der Aussage ihres Ehemanns, an keinerlei Urlaubsaktivitäten mehr teilnehmen konnte, sondern sich nur noch im Bett oder auf der Toilette aufgehalten hatte, hatte diese Reise ab diesem Zeitpunkt bis zum Reiseabbruch für sie keinen Wert mehr. Dementsprechend ist insoweit nach § 651 d I BGB eine 100-prozentige Minderung des sie auf diese Zeit entfallenden Reisepreises gerechtfertigt. Auch besaß sie auf Grund dieser Auswirkungen des Reisemangels ein besonderes Interesse i. S. von § 651 e II BGB, den Vertrag ohne Fristsetzung zu kündigen. Ab dem Zeitpunkt des Reiseabbruchs steht ihr dementsprechend ein Anspruch auf Rückzahlung des Reisepreises nach § 651 e III BGB zu.

Der Reisepreis für 16 Tage betrug pro Person 2692 DM. Somit entfielen auf jeden Tag 168,25 DM. Für die Zeit ab dem 29. 5. 1998. bis zum 9. 6. 1998, das heißt für 12 Tage, besteht somit ein Minderungs- bzw. Rückzahlungsanspruch in Höhe von 2019 DM.

II. Keine Rückzahlung für die Zeit vor der Erkrankung
Für die Zeit vor dem 29. 5. 1998 steht der Kl. wegen ihrer Salmonellenerkrankung hingegen kein Minderungsanspruch zu. Bei der Minderung ist gem. § 651 d I BGB auf die Dauer des Mangels abzustellen (vgl. Führich, ReiseR, 3. Aufl., Rdnr. 266). Abhängig von der Dauer des Mangels ist demnach die begründete Preisminderung höher oder niedriger. Daraus folgt zwangsläufig, dass die Reisetage die durch den Reiseveranstalter dem Reisenden ohne Beeinträchtigung erbracht worden waren, bei der Berechnung der Reisepreisminderung nicht berücksichtigt werden dürfen. Ein mangelfreier Reisetag kann nicht rückwirkend dadurch mangelbehaftet werden, dass die bis dahin erreichte persönliche Erholung des Reisenden durch einen nachfolgenden Mangel ganz oder teilweise beseitigt wird (vgl. hierzu Kammer, RRa 2000, 12; so auch LG Frankfurt, a. M., NJW-RR 1993, 1330; LG Hannover, NJW-RR 1989, 633). Demgegenüber vermag die von der Kl. herangezogene Entscheidung des OLG Düsseldorf (NJW-RR 1990, 187) nicht zu überzeugen. Diese geht davon aus, dass eine Beeinträchtigung der Reise geeignet ist, den Urlaub im Ganzen, der grundsätzlich der Erholung diene, als verfehlt anzusehen. Erholung als solche wird von dem Reiseveranstalter aber nicht geschuldet. Sie ist auch nicht Gegenstand der vertraglichen Vereinbarung zwischen Reisendem und Veranstalter. Vielmehr erbringt dieser einzelne Reiseleistungen, die - aus der Sicht des Reisenden - möglicherweise dazu dienen, bei ihm eine körperliche Erholung oder ein Wohlbefinden zu erreichen. Dieser individuelle Erfolg, der wesentlich durch die persönliche Situation des Reisenden beeinflusse wird und sich auch nicht objektiv messen lässt, entzieht sich aber dem Leistungsvermögen des Reiseveranstalters, welches er vertraglich schulden kann. Dies aber hat zur Folge, dass die aus der Sicht des Reisenden nicht erfolgte oder nachträglich entfallene Erholung keinen Reisemangel i. S. des § 651 c BGB zu begründen vermag.

E. Rechtsfolgen für die Reisebegleitung
Auch für den Ehemann der Kl. war die Reise mangelhaft. Zwar waren bei ihm nach Rückkehr in Deutschland keine Salmonellen festgestellt worden. Auch war er offensichtlich ab dem 29. 5. 1998 nur in sehr begrenztem Umfang unpässlich gewesen. Ausweislich seiner Aussage hatte er nach wie vor regelmäßig an den Mahlzeiten teilgenommen. Sogar am Abend des 29. 5. 1998, an dem die Kl. schon nicht mehr am Abendessen teilnehmen wollte, war er allein zum Essen gegangen. Dies spricht eindeutig gegen eine erhebliche Erkrankung. Jemand, der massive Magen- und Darmbeschwerden hat, hat in aller Regel kein Interesse, die im Hotel gebotenen Speisen zu sich zu nehmen. Aller-

dings war auch die Reise des Ehemanns der Kl. durch deren Erkrankung nicht unerheblich beeinträchtigt. Es liegt auf der Hand, dass er sich um die kranke Kl. kümmern musste und deshalb in seinen Aktivitäten eingeschränkt war. Hinzu kam die Besorgnis auf Grund des sich verschlechternden Gesundheitszustands der Kl. Bei Berücksichtigung dieser Umstände erscheint die von dem AG angesetzte Minderung von 25% für die Zeit vom 29. 5. bis 1. 6. 1998 zu gering. Angemessen erscheint eine solche von 40%. Eine höhere Minderung für diese Zeit ist nicht gerechtfertigt, da aus den zutreffenden Ausführungen des AG der Urlaub bis zur Abreise für den Ehemann der Kl. noch einen gewissen Erholungswert hatte.

Der von dem AG anerkannte Anspruch auf Rückzahlung des Reisepreises des Ehemanns der Kl. für die Zeit ab dem 2. 6. 1998 ist im Ergebnis nicht zu beanstanden, da der Ehemann der Kl. berechtigt war, wegen der Erkrankung der Kl. mit dieser nach Deutschland zurückzufliegen. Dementsprechend hat die Bekl. ab diesem Zeitpunkt ihren Anspruch auf, Zahlung des vereinbarten Reisepreises nach § 651 e III BGB verloren. Die 40-prozentige Minderung für vier Tage beträgt 269,20 DM. Hinzu kommt der Reisepreisanteil für acht Tage in Höhe von 1346 DM.

F. Schadensersatz für die Kl. wegen entgangener Urlaubsfreuden

Der danach verbleibende geltend gemachte Restanspruch in Höhe von 1413,30 DM (4488 DM - 3074,70 DM) steht der Kl. als Schadensersatz nach § 651 f II BGB zu. Die Reise war erheblich beeinträchtigt. Dies ist nach herrschender Ansicht der Fall bei Mängeln, die zu einer Minderung von 50% der gesamten Reise berechtigen. Diese Voraussetzung ist gegeben. Aus den oben dargelegten Gründen war die Reise der Kl. ab dem 29. 5. 1998 zu 100% beeinträchtigt. Dies gilt auch für die Zeit nach Abbruch der Reise am 2. 6. 1998. Ein Resterholungswert durch so genannten Balkonurlaub lag bei ihr auf Grund der nach wie vor gegebenen und behandlungsbedürftigen Erkrankung nicht vor. Damit war für die vertraglich vorgesehene Reisezeit vom 29. 5. 1998 eine 100-prozentige Beeinträchtigung gegeben. Verteilt man die 1413,30 DM auf diese 12 Tage, ergibt dies einen Schadensersatz in Höhe von 117,76 DM pro Tag. Der Reisepreis der Kl. pro Tag betrug 168,25 DM. Selbst bei einem sehr geringen Einkommen, zu dem auch ein Unterhaltsanspruch der Kl. gegen ihren Ehemann gehörte, läge der Mittelwert zwischen Tagesreisepreis und Tageseinkommen bei jedenfalls 117,76 DM.

Standort: Zwangsvollstreckung — Problem: Auskunft über mögliche Erzeuger

OLG HAMM, BESCHLUSS VOM 16.01.2001
14 W 129/99 (NJW 2001, 1870)

Problemdarstellung:

In diesem Fall einer weiteren sofortigen Beschwerde gem. §§ 568 II, 793 II ZPO war die Frage nach der Rechtmäßigkeit einer Zwangsvollstreckung auf Auskunftserteilung gestellt worden. Ein nicht eheliches Kind hatte seine Mutter erfolgreich dazu verurteilen lassen, ihm Auskunft über die vollständigen Namen und zuletzt bekannten Anschriften der Männer zu erteilen, denen sie in der gesetzlichen Empfängniszeit beigewohnt hatte. Diesen titulierten Anspruch wollte die Vollstreckungsgläubigerin mittels Zwangsgeld vollstrecken lassen, wogegen sich die Mutter als Vollstreckungsschuldnerin mittels eines sofortigen Beschwerdeverfahrens wehrte. Das Beschwerdegericht erkannte, unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlich geschützten Grundrechte verstoße diese Zwangsvollstreckung gegen die Menschenwürde und das allg. Persönlichkeitsrecht der Mutter, § 888 III analog.

Das OLG Hamm hingegen hält die Zwangsvollstreckung für rechtmäßig. Grundlage zur Erzwingung einer unvertretbaren Handlung - wie hier die Auskunftserteilung kraft persönlichen Wissens - ist § 888 ZPO (Zwangsgeld bzw. -haft). Einer Anwendung dieser Vorschrift steht im vorliegenden Fall mangels Vergleichbarkeit § 888 III ZPO - auch in analoger Form - nicht entgegen. Das OLG Hamm verkennt nicht, dass der Gegenstand der Zwangsvollstreckung das grundrechtlich geschützte allg. Persönlichkeitsrecht der Mutter berührt. Im Rahmen einer Abwägung der widerstreitenden Interessen muss die Mutter jedoch diesen Grundrechtseingriff hinnehmen.

Prüfungsrelevanz:

Die Bedeutung der Grundrechte auch im Verfahrensrecht - hier: im Zwangsvollstreckungsrecht - ist niemals zu unterschätzen. Bei der Zwangsvollstreckung gehen Hoheitsorgane (z.B. Gerichtsvollzieher) in Teilhabe am staatlichen Gewaltmonopol gegen den Vollstreckungsschuldner hoheitlich und eingriffsmäßig vor. Dabei unterliegen sie gem. Art. 1 III GG stets der Grundrechtsbindung, die sie in jedem Stadium des Verfahrens bedenken müssen. Trotz des ansonsten im Zwangsvoll-

streckungsrechts vorherrschenden Formalismus muss das Vollstreckungsorgan dann Abwägungsprozesse hinsichtlich der widerstreitenden Grundrechte der Beteiligten vornehmen, um sie auf diesem Wege in praktische Konkordanz zu bringen.

Vertiefungshinweis:

❝ Zum Anspruch auf Benennung des möglichen Erzeugers gegenüber der eigenen Mutter: *BVerfG*, FamRZ 1997, 1769

❝ Zur Unmöglichkeit des Vollstreckungsschuldners, die geschuldete Leistung zu erbringen: *OLG Düsseldorf*, NJW-RR 2001, 48 L.

Kursprogramm:

❝ *Assessorkurs*: "Kurzfälle zur Zwangsvollstreckung wegen Titel auf Herausgabe, Handeln, Dulden oder Unterlassen"

Leitsatz (der Redaktion):

Gemäß § 888 ZPO wird mittels Zwangsgeld bzw. Zwangshaft auch der Auskunftserteilungsanspruch eines nichtehelichen Kindes gegenüber seiner Mutter über seine möglichen Erzeuger vollstreckt.

Sachverhalt:

Die Gläubigerin ist die nicht eheliche Tochter der Schuldnerin und seit vielen Jahren darum bemüht, den von ihrer Mutter nicht genannten Namen ihres leiblichen Vaters zu ermitteln. Im zu Grunde liegenden Erkenntnisverfahren hat sie ihre Mutter schließlich klageweise auf Erteilung einer entsprechenden Auskunft in Anspruch genommen. Durch Urteil des AG Steinfurt vom 21. 9. 1989 wurde die Schuldnerin verurteilt, der Gläubigerin Auskunft über den vollständigen Namen und die Anschrift des leiblichen Vaters zu erteilen. Die hiergegen gerichtete Berufung der Schuldnerin blieb mit der Maßgabe erfolglos, dass sie verurteilt blieb, der Gläubigerin unter Angabe von Namen und Adresse Auskunft zu erteilen, wem sie im Zeitraum vom 181. bis zum 302. Tage vor dem 17. 4. 1959 geschlechtlich beigewohnt hat (LG Münster, FamRZ 1990, 1031). Auf die hiergegen gerichtete Verfassungsbeschwerde der Schuldnerin hat das BVerfG durch Beschluss vom 6. 5. 1997 (BVerfG, 1997, 1769) das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache an das LG zurückverwiesen. Dieses hat durch Urteil vom 26. 8. 1998 (LG Münster, NJW 1999, 726) unter Abänderung des amtsgerichtlichen Urteils, die Schuldnerin - erneut - verurteilt, der Gläubigerin Auskunft über die vollständigen Vor- und Familiennamen und letzten ihr bekannten Adressen der Männer zu erteilen, denen sie in dem Zeitraum vom 181. bis zum 302 Tage vor dem 17. 4. 1959 geschlechtlich beigewohnt hat. Eine erneute Verfassungsbeschwerde der Schuldnerin wurde nicht zur Entscheidung angenommen (Beschl. der 3. Kammer des 1. Senats des BVerfG v. 23. 12. 1998 - 1 BvR 1774/98). Nachdem die Schuldnerin auch in der Folgezeit die begehrte Auskunft nicht erteilte, wurde auf den Antrag der Gläubigerin vom 29. 1. 1999 durch Beschluss des AG Steinfurt vom 19. 2. 1999 gegen die Schuldnerin zur Erzwingung der geschuldeten Auskunft ein Zwangsgeld in Höhe von 2500 DM festgesetzt. Auf die hiergegen gerichtete sofortige Beschwerde der Schuldnerin hat das LG Münster durch Beschluss vom 29. 7. 1999 (NJW 1999, 3787) den Beschluss des AG Steinfurt aufgehoben und den Antrag der Gläubigerin auf Festsetzung eines Zwangsgeldes zurückgewiesen. Zur Begründung hat das LG unter anderem darauf hingewiesen, auch im Vollstreckungsverfahren seien die verfassungsrechtlich geschätzten Grundrechte der Bet. zu beachten. Die Schuldnerin durch ein Zwangsgeld und gegebenenfalls sogar durch Zwangshaft dazu anzuhalten, die Namen ihrer früheren Geschlechtspartner zu offenbaren, verstoße gegen die Menschenwürde und das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Schuldnerin. Die Durchsetzbarkeit des Anspruches sei daher in analoger Anwendung des § 888 III ZPO ausgeschlossen. Die weitere sofortige Beschwerde der Gläubigerin hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Die weitere sofortige Beschwerde ist zulässig und begründet; sie führt unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses zur Wiederherstellung der amtsgerichtlichen Entscheidung.

Im Ergebnis zu Unrecht hat das LG die Auffassung vertreten, die Durchsetzung des titulierten Auskunftsanspruchs im Wege der Zwangsvollstreckung sei aus übergeordneten verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten grundsätzlich ausgeschlossen. Diese pauschalierende Betrachtungsweise wird den Besonderheiten des vorliegenden Falls nicht gerecht.

A. Grundlage der Zwangsvollstreckung auf Auskunftserteilung

Ausgangspunkt der rechtlichen Überlegungen ist § 888 I ZPO. Danach kann der Schuldner zur Vornahme einer unvertretbaren Handlung durch Zwangsgeld, ersatzweise Zwangshaft, angehalten werden. Es unterliegt keinem Zweifel, dass es sich bei dem fraglichen Auskunftsanspruch um eine nicht vertretbare Handlung handelt, welche die Schuldnerin auf Grund persönlichen Wissens zu erteilen hat. Da sie sich nachhaltig weigert, die ihr obliegende Pflicht zu erfüllen, erscheint zur Durchsetzung des Anspruchs der Gläubigerin die Festsetzung von Zwangsmitteln geboten.

B. Kein Ausschluss gem. § 888 III ZPO analog
Dem steht die Regelung des 888 III ZPO nicht entgegen. Zwar lässt sich dieser Norm - worauf das LG zutreffend hinweist - die Grundsatzentscheidung des Gesetzgebers entnehmen, dass die zwangsweise Durchsetzung titulierter Ansprüche ausgeschlossen sein kann. Allerdings beschränkt sich diese Rechtsfolge auf die in § 888 III ZPO genannten Fälle; eine analoge Anwendung auf den vorliegenden, vom Wortlaut des Gesetzes nicht erfassten Sachverhalt kommt nach Auffassung des Senats nicht in Betracht.

I. Keine Vergleichbarkeit mit der Verpflichtung zur Eingehung einer Ehe
Die erste der dort genannten Fallgruppen ist für die streitige Frage ohne Belang, weil das deutsche Recht einen titulierbaren Anspruch auf Eingebung einer Ehe nicht vorsieht (§ 1297 I BGB).

II. Keine Vergleichbarkeit mit den weiteren Fallgruppen
Bei der zweiten in § 888 III ZPO erwähnten Fallgruppe (Herstellung des ehelichen Lebens) wie auch bei der dritten Variante (Verurteilung zur Leistung von Diensten) ist anerkannt, dass sie sich ihrem Wesen nach nicht mit Zwang vertragen, eine zwangsweise Durchsetzung der jeweiligen Ansprüche das angestrebte Ziel demnach nicht nur nicht erreichen lässt, sondern sogar konterkariert (vgl. Stein/Jonas/ Brehm, ZPO, 21. Aufl., § 888 Rdnr. 41; OLG Bremen, NJW 2000, 963). Dies trifft auf den hier gegebenen Fall der Durchsetzung eines Auskunftsanspruchs indes nicht zu. Der Schuldnerin wird keine mit einer besonderen persönlichen Zuwendung oder einem intensiven persönlichen Engagement verbundene Leistung abverlangt, sondern die mit wenigen Wörtern verbundene schlichte Erteilung einer Auskunft.

C. Berücksichtigung der betroffenen Grundrechte durch die Zwangsvollstreckung
Der Senat verkennt nicht, dass sich der Gegenstand der geschuldeten Auskunft auf den intimen Lebensbereich der Schuldnerin bezieht und ihr allgemeines Persönlichkeitsrecht unmittelbar betroffen ist. Daraus lässt sich unter Berücksichtigung der auch im Zwangsvollstreckungsverfahren zu beachtenden Wertentscheidungen des Grundgesetzes eine Unzulässigkeit der Vollstreckung aber nur herleiten, wenn nach dem Ergebnis der vorzunehmenden Abwägung mit den Interessen des Gläubigers die Anordnung des Zwangsgeldes als unerträgliche, entwürdigende Persönlichkeitsrechtsverletzung anzusehen ist. Dies ist nicht der Fall.

I. Abwägung durch das LG Münster
Das LG Münster hat im Erkenntnisverfahren nach eingehender Abwägung zwischen dem durch Art. 2 I i. V. mit Art. 1 I GG geschützten Recht der Gläubigerin auf Kenntnis ihrer Abstammung und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Schuldnerin auf Achtung ihrer Privat- und Intimsphäre einen Auskunftsanspruch der Gläubigerin für gegeben erachtet. Diese Entscheidung hat der verfassungsgerichtlichen Überprüfung standgehalten Eine hiervon abweichende Gewichtung der beiderseitigen Rechte im Vollstreckungsverfahren erscheint nicht geboten.

II. Abwägung durch das OLG Hamm
Zunächst wird auf die zutreffenden Erwägungen des LG Münster im Urteil vom 26. 8. 1998 (NJW 1999, 726) Bezug genommen, denen sich der Senat auch für das Vollstreckungsverfahren ohne Einschränkung anschließt. Beachtung verdient zu dem der Umstand, dass unserer Rechtsordnung die Anordnung von Zwangsmitteln zur Erzwingung von Auskünften in anderen Bereichen durchaus nicht fremd ist. So ist unstreitig, dass gegen einen nicht zur Auskunftsverweigerung berechtigten Zeugen die Beugehaft verhängt werden kann (§§ 384, 390 ZPO). Dies gilt auch dann, wenn die erbetene Auskunft dem Zeugen persönlich sehr unangenehm ist, solange nicht der Schutzbereich des § 384 ZPO erreicht ist. Fragen etwa nach einem nicht ehelichen Geschlechtsverkehr führen nicht automatisch zum Zeugnisverweigerungsrecht; vielmehr ist von Fall zu Fall zu prüfen, ob nach den gegebenen Umständen die Auskunft erteilt werden muss (vgl. Baumbach/Lauterbach, ZPO, § 384 Rdnr. 5 m.w.N.) Insoweit ist für den hier zu entscheidenden Fall zu beachten, dass eine zwangsweise Beeinträchtigung der Intimsphäre der Schuldnerin weder unter dem Gesichtspunkt des nicht ehelichen Geschlechtsverkehrs noch unter Berücksichtigung des in kurzen Zeitabständen durchgeführten Verkehrs mit vier verschiedenen Männern zu besorgen ist, da die Schuldnerin diese Fakten freiwillig in den Prozess eingeführt hat. Die Auskunft betrifft lediglich die Namen ihrer Sexualpartner, wobei es keiner näheren Begründung bedarf, dass etwaige Geheimhaltungsinteressen dieser Männer bei der Abwägung zwischen den Parteien unbeachtlich bleiben müssen.
Dem nach eigenem Vorbringen der Schuldnerin auch auf die Sorge, im Fall einer Identifizierung die Lebensverhältnisse der betroffenen Männer erheblich zu beeinträchtigen, gestützten Schweigeanspruch der Mutter steht das verfassungsrechtlich geschätzte Recht der Tochter auf Kenntnis ihrer Abstammung entgegen. Der Senat vermag nicht zu erkennen, dass - wie das LG meint - bei dieser Sachlage die Durchsetzung des rechtskräftig zugesprochenen Auskunftsanspruchs mittels eines Zwangsgeldes gegen die guten Sitten verstoße und deshalb für den Betroffenen untragbar sei.
Dies gilt umso mehr, als die Festsetzung eines

Zwangsgeldes zunächst nur die wirtschaftlichen Verhältnisse der Schuldnerin berührt und keineswegs davon auszugehen ist, dass es ohne weiteres auch zur Anordnung der Zwanghaft kommen wird. Vielmehr wird abzuwarten sein, ob sich die Schuldnerin dem Druck des festsetzten Zwangsgeldes beugt und ihrer Auskunftspflicht nachkommt.

D. Keine Einschränkung bezüglich der Höhe des Zwangsgeldes

Gegen die Höhe des vom AG festgesetzten Zwangsgeldes in Höhe von 2500 DM ist im Hinblick auf das erhebliche Vollstreckungsinteresse der Gläubigerin nichts zu erinnern. Die Schuldnerin verfügt über mehrfachen Grundbesitz, so dass auch nicht ernsthaft behauptet werden kann, die Entrichtung des Zwangsgeldes gefährde ihre Lebensführung.

Standort: Bereicherungsrecht — Problem: Anwendung der Saldotheorie

BGH, URTEIL VOM 20.03.2001
XI ZR 213/00 (NJW 2001, 1863)

Problemdarstellung:

Bei diesem Revisionsverfahren musste der BGH klären, ob die bereicherungsrechtliche Saldotheorie auch auf Verträge Anwendung findet, die nicht nichtig, sondern nur unverbindlich sind. Im konkreten Fall hatte eine Bank mit einer nicht termingeschäftsfähigen Person ein Börsentermingeschäft abgeschlossen (§§ 53 ff. BörsG). Solche Geschäfte sind unverbindlich, können jedoch durch effektive, einverständliche Erfüllung bei oder nach Fälligkeit von Anfang an verbindlich gemacht werden (§ 57 BörsG). Der BGH bejaht die Anwendung der Saldotheorie auch bei bloß unverbindlichen Verträgen. Leistung und Gegenleistung bleiben durch das von den Parteien gewollte Austauschverhältnis auch bei einem unverbindlichen Austauschvertrag für die bereicherungsrechtliche Abwicklung miteinander verknüpft. Im Wege eines Erst-Recht-Schlusses ist daher die Saldotheorie in ihrer Anwendung auf nichtige Verträge auch auf bloß unverbindliche Verträge zu übertragen. Eine überragende Schutzbedürftigkeit der nicht termingeschäftsfähigen Person - wie z.B. bei Minderjährigen oder Geschäftsunfähigen - wird nicht anerkannt.

Prüfungsrelevanz:

Wie bereits an anderer Stelle ausgeführt (vgl. RA 2001, 47), wird im Rahmen der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung von gegenseitigen Verträgen schon immer diskutiert, wie die Gegenleistung, die der Empfänger für das seinerseits Erlangte bewirkt hat, zu berücksichtigen ist. Heutzutage folgt die allgemeine Meinung der sog. Saldotheorie. Die Saldotheorie findet ihre dogmatische Begründung im Synallagma des gegenseitigen Vertrages. Trotz Rechtsgrundlosigkeit bleiben die beiderseitig erbrachten Leistungen durch den Austauschzweck miteinander verbunden. Daher besteht von Anfang an nur ein einheitlicher Anspruch auf Ausgleich der beiderseitigen Vermögensverschiebungen, der auf Herausgabe des jeweiligen Saldos gerichtet ist. Automatisch sind die erbrachte Leistung und ihre Gegenleistung zu verrechnen oder zumindest in ein Zug-um-Zug-Verhältnis zu setzen. Die Saldotheorie wird jedoch in bestimmten Fallkonstellationen nicht angewendet (z.B. Minderjährigkeit, Geschäftsunfähigkeit, Vorleistung, arglistige Täuschung; vgl. Palandt/Thomas, § 818 BGB Rz. 46 ff.).

Vertiefungshinweis:

- Besprechung dieser Entscheidung: *Lorenz*, LM H. 8/2001 § 812 BGB Nr. 279
- Saldotheorie bei unverbindlichen Verträgen: *BGH*, NJW 1995, 321; *OLG Düsseldorf*, NJW-RR 1997, 1477; *OLG Karlsruhe*, NJW-RR 1995, 1515; *Jander/Fiedel*, WiB 1995, 258
- Zu den Grenzen der Saldotheorie: *BGH*, NJW 2000, 3562 = RA 2000, 46

Kursprogramm:

- *Examenskurs*: Kurzfälle zur Saldotheorie

Leitsatz:

Ein Bankkunde, der den auf ein unverbindliches Optionsscheingeschäft geleisteten Kaufpreis gem. § 812 I 1 Alt. 1 BGB zurückfordert, muss sich nach den Grundsätzen der sogenannten Saldotheorie den durch Weiterveräußerung der Optionsscheine erlangten Erlös anrechnen lassen.

Sachverhalt:

Der Kl. verlangt von der bekl. Bank die Erstattung des Kaufpreises für Dollar-Optionsscheine. Der Kl., ein Handwerksmeister, beauftragte die Bekl. am 27. 8. 1992 mit dem Kauf von 26 000 selbstständigen Dollar-Optionsscheinen und wies sie an, den Kaufpreis seinem bei ihr geführten Girokonto zu belasten. Die Bekl. übertrug die Optionsscheine in das Depot des Kl., belastete sein Girokonto mit dem Kaufpreis, zuzüglich Nebenkosten, in Höhe von 98 543,50 DM und erteilte ihm eine schriftliche Abrechnung. Danach unterzeichnete

der Kl. erstmals eine Unterrichtungsschrift der Bekl. i. S. des § 53 II BörsG. Am 27. 10., 5. und 11. 11. 1992 verkaufte er die Optionsscheine mit erheblichem Gewinn. Der Erlös in Höhe von 171 235,14 DM wurde seinem Girokonto gutgeschrieben. Am 30. 10. 1997 nahm die Bekl. den Kl. wegen der Unverbindlichkeit des Geschäfts vom 27. 8. 1992 auf Erstattung des Verkaufserlöses abzüglich des Kaufpreises in Anspruch, erklärte gegenüber dem Anspruch des Kl. auf Auszahlung des Guthabens auf einem anderen Girokonto in Höhe von 10 100 DM die Aufrechnung und belastete das Konto in dieser Höhe.

Mit der Klage begehrt der Kl. von der Bekl. Zahlung von 10 100 DM und weiteren 2000 DM. Hierbei handelt es sich um einen Teilbetrag des Kaufpreises in Höhe von 98 543,50 DM, zu dessen Rückzahlung der Kl. die Bekl. für verpflichtet hält. Das LG hat der Klage in Höhe von 10 100 DM stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen. Die Berufung des Kl. ist erfolglos geblieben. Mit der - zugelassenen - Revision verfolgte der Kl. seinen abgewiesenen Klageantrag in Höhe von 2000 DM weiter.

Die Revision hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

Dem Kl. stehe gegen die Bekl. kein durchsetzbarer Bereicherungsanspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises zu. Der Kauf der Optionsscheine sei zwar gem. § 53 II BörsG unverbindlich gewesen und nicht durch eine Bestätigung gem. § 141 BGB verbindlich geworden. Ob der Kauf gem. § 57 BörsG verbindlich geworden und ob die Rückforderung gem. § 55 BörsG ausgeschlossen sei, bedürfe keiner Entscheidung. Jedenfalls könne die Forderung gem. § 242 BGB nicht durchgesetzt werden. Der Kl. verhalte sich widersprüchlich und verstoße gegen Treu und Glauben, wenn er einerseits den Gewinn aus dem Verkauf der Optionsscheine behalten wolle, andererseits aber den bei Erwerb der Scheine geleisteten Kaufpreis zurückverlange. Der Schutzzweck der §§ 53 ff. BörsG gehe nicht so weit, dem Kl. den Gewinn aus dem Optionsscheingeschäft unentgeltlich zu gewähren.

B. Entscheidung der Revision

Diese Beurteilung hält revisionsrechtlicher Überprüfung im Ergebnis stand.

I. Unverbindlichkeit des Optionsscheingeschäft

Das von den Parteien am 27. 8. 1992 geschlossene Geschäft mit selbstständigen Dollar-Optionsscheinen ist ein unverbindliches Börsentermingeschäft. Geschäfte mit selbstständigen Optionsscheinen sind anders als solche mit abgetrennten Scheinen nach ständiger Rechtsprechung des BGH als Termingeschäfte anzusehen (BGHZ 114, 177 [179ff.] = NJW, 1991, 1956 = LM H. 1/1992 BörsG Nr. 29; Senat, NJW 1999, 720 = LM H. 4/1999 BörsG Nr. 56 = WM 1998, 2331 [2332], und NJW-RR 1999, 554 = LM H. 4/1999 BörsG Nr. WM 1998, 2524). Solche Geschäfte konnte der Kl. am 27. 8. 1992 nicht verbindlich abschließen, weil er zu diesem Zeitpunkt weder als Kaufmann im Handelsregister eingetragen (§ 53 I BörsG) noch kraft Information termingeschäftsfähig war (§ 53 II 1 BörsG).

II. Keine Wirksamkeit des Geschäfts mittels Bestätigung gem. § 141 BGB

Das unverbindliche Termingeschäft ist nicht durch Bestätigung gem. § 141 I BGB wirksam geworden, weil der Kl. nach Geschäftsabschluss eine Unterrichtungsschrift der Bekl. unterzeichnet hat. Zwar ist § 141 I BGB auf unverbindliche Rechtsgeschäfte entsprechend anwendbar (Senat, NJW 1998, 2528 = LM H. 10/1998 § 141 BGB Nr. 11 = WM 1998, 1278 [1279]). Da der Anleger durch die Unterzeichnung der Unterrichtungsschrift gem. § 53 II 1 BörsG Börsentermingeschäftsfähigkeit nur für künftige Geschäfte erlangt (BGHZ 139, 36, 41), kann in der Unterzeichnung eine Bestätigung bereis früher abgeschlossener Termingeschäfte nur bei einer konkreten, zumindest konkludenten Bezugnahme auf diese Geschäfte gesehen werden (Senat, NJW 1999, 720 und NJW-RR 1999, 844). Für eine solche Bezugnahme enthält der Vortrag der Parteien keinen Anhaltspunkt.

III. Keine rückwirkende Heilung gem. § 57 BörsG

Das Börsentermingeschäft vom 27. 8. 1992 gilt auch nicht nach § 57 BörsG als von Anfang an verbindlich, weil die Bekl. die vom Kl. gekauften selbstständigen Dollar-Optionsscheine in das Depot des Kl. übertragen und dieser sich damit einverstanden erklärt hat. Unter Bewirkung der vereinbarten Leistung ist nach ständiger Rechtsprechung des BGH, zu deren Aufgabe das Vorbringen der Bekl. in den Vorinstanzen keinen Anlass gibt, bei Geschäften mit selbstständigen, Optionsscheinen nur die effektive Lieferung des Gegenstands der verbrieften Option oder die Gegenleistung in Geld zu verstehen.(BGHZ 92, 317 [324] = NJW 1985, 634 = LM BörsG Nr. 14; BGHZ 107, 192 [195] = NJW 1989, 2120 = LM § 276 (Fa) BGB Nr. 104; BGHZ 117, 135 [140] NJW 1992, 1630 = LM H. 7/1992 BörsG Nrn.32, 33; Senat NJW 1998, 2526 = LM H. 6/1998 BörsG Nr. 47 = WM 1998,546 [548], und NJW 1999, 720 = LM H. 4/1999 BörsG Nr. 56 = WM 1998, 2331 [2333]). Beides ist nicht erfolgt. Dass der Kl. die Optionsscheine wieder veräußert hat, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Er hat dadurch die

Leistungsbewirkung der Bekl. nicht unmöglich gemacht. Die Optionsscheine verbriefen kein Recht der Bekl., dem Kl. Dollars zu liefern diesem stand es vielmehr frei, die Option auszuüben. Die Bekl. hat durch die Übertragung der Optionsscheine nur die erste Phase des einheitlichen Optionsgeschäfts, die Einräumung des vom Kl. weiterveräußerten verblieben Optionsrechts, erfüllt. § 57 BörsG setzt darüber hinaus auch die Erfüllung der zweiten Phase durch effektive Lieferung des Basiswerts oder der Gegenleistung in Geld voraus (Senat, NJW-RR 1999, 554 = LM H. 4/1999 BörsG Nr. 57 = WM 1998, 2524 [2525]). Daran fehlt es hier.

IV. Kein Ausschluss der Rückabwicklung gem. § 55 BörsG

Der Anspruch des Kl. gem. § 812 I 1 Alt. 1 BGB ist nicht gem. § 55 BörsG ausgeschlossen. § 55 BörsG erfordert nach ständiger Rechtsprechung des BGH eine Leistung auf ein bestimmtes Börsentermingeschäft. Belastungsbuchungen auf Grund unverbindlicher Termingeschäfte, Verrechnungen auf Grund antizipierter Vereinbarungen beim Kontokorrentkonto und Saldoanerkenntnisse durch Schweigen auf einen Rechnungsabschluss reichen nicht aus (BGHZ 107, 192, 197; NJW 1999, 72; NJW-RR 1999, 554). Dass der Kl. die Bekl. bei Erteilung des Kaufauftrags am 27. 8. 1992 angewiesen hat, den Kaufpreis seinem Girokonto zu belasten, rechtfertigt keine andere Beurteilung, weil der Kl. dadurch noch keine eigene Vermögensposition aufgegeben, sondern der Bekl. nur deklaratorisch gestattet hat, ihre Forderungen als Rechnungsposten in das Kontokorrent einzustellen. Es macht für die Schutzwürdigkeit des Kunden entgegen der Ansicht der Bekl. keinen nennenswerten Unterschied, ob der Kunde die Bank wegen des Kaufpreises ausdrücklich auf sein Girokonto verweist oder ob die Bank gegebenenfalls mit Rücksicht auf die Handhabung bei anderen Wertpapiergeschäften ihren Kaufpreisanspruch von sich aus in das Girokonto des Kunden einstellt.

V. Einschränkung des Rückforderungsanspruchs durch die Saldotheorie

Der mit der Revision verfolgte Bereicherungsanspruch besteht aber deshalb nicht, weil der Kl. sich auf den zurückgeforderten Kaufpreis in Höhe von 98 543,50 DM den Veräußerungserlös der Optionsscheine in Höhe von 171 235,14 DM anrechnen lassen muss. Die Bekl. war zwar gem. § 55 BörsG gehindert, die zur Erfüllung des Geschäfts vom 27. 8. 1992 in das Depot des Kl. übertragenen Optionsscheine gem. § 812 I 1 Alt. 1 BGB zurückzufordern (Senat, WM 1998, 2331 [2334]) oder nach dem Verkauf der Optionsscheine durch den Kl. Wertersatz nach § 818 II BGB zu verlangen (Senat, NJW-RR 1999, 554 = LM H. 4/1999 BörsG Nr. 57 = WM 1998, 2524 [2525]). Gleichwohl ist der Veräußerungserlös auf den zurückgeforderten Kaufpreis anzurechnen; danach verbleibt kein Saldo zu Gunsten des Kl.

1. Inhalt und Folgen der Saldotheorie im allgemeinen

Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gegenseitiger Verträge hat nach den Grundsätzen der so genannten Saldotheorie zu erfolgen. Danach ist der Bereicherungsanspruch bei beiderseits ausgeführten gegenseitigem nichtigen Verträgen ein von vornherein in sich beschränkter einheitlicher Anspruch auf Ausgleich aller mit der Vermögensverschiebung zurechenbar zusammenhängender Vorgänge in Höhe des sich dabei ergebenden Saldos (BGHZ 1, 75, 81 und NJW 2000, 3064). Es ist deshalb durch Vergleich der durch den Bereicherungsvorgang hervorgerufenen Vor- und Nachteile zu ermitteln, für welchen Beteiligten sich ein Überschuss ergibt. Leistung und Gegenleistung sind bei in Fortgeltung des bei Vertragsschluss gewollten Austauschverhältnisses für die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung entsprechend § 818 III BGB grundsätzlich zu saldieren. Dies bedeutet bei ungleichartigen Leistungen, dass der Bereicherungsschuldner die erlangte Leistung nur Zug um Zug gegen seine volle Gegenleistung herauszugeben braucht, ohne dass es der Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts bedarf (BGH, NJW 1995, 454; NJW 1999, 1181; WM 2000, 1742, 1743). Wenn die Gegenleistung - wie hier die Optionsscheine - nicht mehr herausgegeben werden kann, ist der dem Bereicherungsgläubiger zugeflossene Gegenwert anzurechnen (BGH, NJW 1998, 1951).

2. Anwendbarkeit der Saldotheorie auch bei unverbindlichen Rechtsgeschäften

Der Anwendung der Saldotheorie steht nicht entgegen, dass das Börsentermingeschäft vom 27. 8. 1992 nicht nichtig, sondern nur unverbindlich ist. Leistung und Gegenleistung bleiben durch das von den Parteien gewollte Austauschverhältnis auch bei einem unverbindlichen Austauschvertrag für die bereicherungsrechtliche Abwicklung miteinander verknüpft (vgl. BGHZ 57,137, 150; 72, 952, 256). Berücksichtigt die Saldotheorie das faktische Synallagma bei von Anfang an nichtigen Verträgen, so muss dies erst recht bei lediglich unverbindlichen gelten. Dass hier der bereicherungsrechtliche Rückforderungsanspruch der Bekl. nach § 55 BörsG. ausgeschlossen ist, ändert nichts. § 55 BörsG schließt den Rückforderungsanspruch der Bekl. nur deshalb aus, weil sie durch die Erfüllung ihrer unverbindlichen Vertragspflicht freiwillig auf den Schutz, den § 53 BörsG beiden Parteien eines Börsentermingeschäfts durch dessen Unverbindlichkeit gewährt, verzichtet hat. Er dient aber nicht dem Zweck, die mit der Leistung verbundene Vermögenseinbuße gegenüber einem Berei-

cherungsanspruch des Vertragspartners unberücksichtigt zu lassen und den Leistenden einem Bereicherungsanspruch auszusetzen, obwohl er angesichts der durch die Erfüllung erlittenen Vermögenseinbuße nicht bereichert ist.

3. Keine Grenzen der Saldotheorie im konkreten Fall
Die Unanwendbarkeit der Saldotheorie gegenüber Geschäftsunfähigen und Minderjährigen rechtfertigt keine andere Beurteilung. Diese Einschränkung der Saldotheorie ist wegen der besonderen Schutzbedürftigkeit dieses Personenkreises geboten. Geschäftsunfähige und Minderjährige sollen die von ihnen erbrachte Leistung auch dann zurückfordern können, wenn die Gegenleistung bei einen untergegangen ist, weil sie sonst entgegen dem Willen des Gesetzgebers an einem nichtigen Vertrag faktisch festgehalten würden (BGHZ 126, 105, 108), obwohl sie nicht in der Lage sind, die mit dem Empfang der Gegenleistung verbundene Gefahr wirksam zu übernehmen (Lieb, in: MünchKomm, 3. Aufl., § 818 BGB Rdnr. 91). Von einer vergleichbaren Lage und Schutzbedürftigkeit kann bei nicht termingeschäftsfähigen Personen keine Rede sein. Sie sind zwar nicht in der Lage, Börsentermingeschäfte verbindlich abzuschließen, können solche Geschäfte aber durch effektive, einverständliche Erfüllung bei oder nach Eintritt der Fälligkeit von Anfang an verbindlich machen (§ 57 BörsG), also die mit dem Empfang der Gegenleistung verbundene Gefahr wirksam übernehmen.

Standort: Zwangsvollstreckung — Problem: Pfändung des Dispositionskredits

BGH, URTEIL VOM 29.03.2001
IX ZR 34/00 (NJW 2001, 1937)

Problemdarstellung:
In diesem Revisionsverfahren bekam der BGH die Gelegenheit, die umstrittene Frage, ob die Ansprüche eines Bankkunden gegen das Kreditinstitut aus einem Dispositionskredit pfändbar sind, zu beantworten. Im Ergebnis bejaht der BGH die Pfändbarkeit.

Zunächst bestätigt der BGH jedoch die Annahme, dass bei einem Dispositionskredit bis zum jeweiligen Abruf noch kein Anspruch auf Auszahlung gegen die Bank besteht, der einem Pfändungsgläubiger das Recht geben könnte, sich ohne Mitwirkung des Kontoinhabers den Kredit auszahlen zu lassen. Jedoch besteht zumindest mit dem Abruf des Kredits durch den Bankkunden ein Anspruch.

Schließlich setzt sich der BGH auch mit den in Rechtsprechung und Literatur erhobenen Bedenken gegen die Pfändbarkeit eines solchen Kreditauszahlungsanspruchs (z.B. Rechtsnatur, Zweckgebundenheit bzw. Höchstpersönlichkeit des Kreditanspruchs) auseinander. Letztlich verneint er allerdings all diese Einwände, da die staatliche Aufgabe zur Zwangsvollstreckung unvertretbar eingeschränkt würde, wenn der Schuldner im Zusammenwirken mit seiner Hausbank durch ein debitorisch geführtes Konto die Befriedigung des Gläubigers vereiteln könnte.

Prüfungsrelevanz:
Die Frage nach der Pfändbarkeit von Ansprüchen (und gem. § 400 BGB damit einhergehend auch der Abtretbarkeit von Ansprüchen) ist nicht nur von praktischer sondern auch von examensrelevanter Bedeutung. Grundsätzliche Kenntnisse über die Pfändung und Überweisung von Ansprüchen des Vollstreckungsschuldners gem. §§ 828 ff. ZPO sind im Rahmen der Staatsexamina unverzichtbar. Die Prüfungsrelevanz der umstrittenen Frage, ob auch Ansprüche des Bankkunden auf Gewährung eines Dispositionskredits pfändbar sind, ergibt sich aus der Aktualität dieser BGH-Entscheidung.

Vertiefungshinweis:
- Besprechung dieser Entscheidung: *Grunsky*, LM H. 8/2001 AbgO 1977 Nr. 23
- Zur Kontopfändung: *FG Hamburg*, DStRE 2000, 723; *Behr*, JurBüro 1999, 458; *David*, MDR 1993, 108

Kursprogramm:
- *Examenskurs*: "Das Sparbuch"
- *Assessorkurs*: "Der späte Arrest"

Leitsatz:
Die Ansprüche des Bankkunden gegen das Kreditinstitut aus einem vereinbarten Dispositionskredit ("offene Kreditlinie") sind, soweit der Kunde den Kredit in Anspruch nimmt, grundsätzlich pfändbar.

Sachverhalt:
Das kl. Land erließ am 2. 4. 1998 durch das zuständige Finanzamt wegen einer Steuerforderung gegen W (im Folgenden: Vollstreckungsschuldner) in Höhe von damals rund 59 000 DM eine Pfändungs- und Einziehungsverfügung, durch die alle Ansprüche des Steuerschuldners gegen die verklagte Sparkasse, bei der dieser unter anderem ein Girokonto mit der Nummer [...]

unterhielt, unter Anordnung der Einziehung gepfändet wurden. Die Verfügung bezog sich unter anderem auf alle dem Vollstreckungsschuldner gegenwärtig und künftig gegen ... (die Bekl.) zustehenden Ansprüche [...] auf [...] Auszahlung, Gutschrift oder Überweisung an sich und an Dritte von Kreditmitteln aus bereits abgeschlossenen und künftigen Kreditverträgen (z.B. Kredit oder Überziehungskredit ohne besondere Zweckbindung oder Kredit für betriebliche Zwecke, falls Betriebssteuern geschuldet werden)". Das genannte Konto wies damals einen Soll-Saldo von 32 563,10 DM aus, der bis zum 12. 6. 1998 auf 22956,51 DM zurückgeführt wurde. In diesem Zeitraum wurden auf Grund von Verfügungen des Vollstreckungsschuldners insgesamt 146 969,82 DM von dem Konto abgebucht. Die Bekl. überwies insgesamt 18 000 DM an das Finanzamt; im Übrigen wies das Konto kein Guthaben aus. Der Kl. verlangt von der Bekl. Begleichung der jetzt noch bestehenden Steuerschuld von 37 601,25 DM mit der Begründung, in dieser Höhe hätte die Bekl. wegen der Pfändung keine Verfügungen über das Konto zulassen dürfen. Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Die Revision hatte Erfolg und führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.
Das BerGer. hat den Vortrag des Kl. als richtig unterstellt, die Bekl. habe sich, nachdem sie die Pfändungs- und Einziehungsverfügung erhalten habe, mit dem Vollstreckungsschuldner darauf verständigt, dass dieser trotz des negativen Kontostands Barabhebungen und Überweisungen vornehmen und das Konto mit Lastschriften, "Kartenzahlungen" und sonstigen Verfügungen belasten dürfe. In diesem Sachverhalt hat das BerGer. zu Recht die vertragliche Einräumung eines Dispositionskredits gesehen, die die Bekl. verpflichtete, die Geldmittel für die Kontoverfügungen des Vollstreckungsschuldners bereitzustellen. Das BerGer. hat jedoch gemeint, die sich daraus ergebenden Ansprüche des Vollstreckungsschuldners gegen die Bekl. seien von der Pfändung nicht erfasst worden.

B. Zur Anspruchsqualität bei Dispositionskrediten
Diese rechtliche Beurteilung trifft nicht zu. Die Zusage der Bekl., Verfügungen über das Konto auch dann zuzulassen, wenn sie nicht durch ein Guthaben abgedeckt waren, gab dem Vollstreckungsschuldner, soweit er sich entschloss, von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen, und solange der Kreditvertrag bestand, einen Anspruch darauf, den jeweils durch Barabhebung, Ausstellung einer Überweisung oder in sonstiger Weise angeforderten - "abgerufenen" - Geldbetrag darlehensweise zur Verfügung gestellt zu bekommen. Eine Pflicht zur Inanspruchnahme dieser Kreditmöglichkeit, mit der gleichzeitig die entsprechende Rückzahlungsverpflichtung des Vollstreckungsschuldners begründet wurde, bestand für diesen freilich nicht. Es spricht deshalb viel für die Annahme, dass bei einem derartigen Dispositionskredit bis zum jeweiligen Abruf noch kein Anspruch auf Auszahlung gegen die Bank besteht, der einem Abtretungsempfänger oder einem Pfandgläubiger das Recht geben könnte, sich ohne Mitwirkung des Kontoinhabers die für diesen bereitgestellten Kreditmittel auszahlen zu lassen. Aus diesem Grund wird im Schrifttum überwiegend angenommen, das Recht zum Abruf eines Dispositionskredits sei weder selbstständig pfändbar noch werde es von einer Pfändung des Auszahlungsanspruchs erfasst (vgl. Wagner, WM 1998, 1650 m. umfangr. Nachw.; a. A. Grunsky, JZ 1985, 491; vgl. auch ders., ZZP 95 [1982], 264 [271 ff.]). Darauf ist hier nicht weiter einzugehen. Eine Pflicht des Kreditinstituts zur Auszahlung besteht jedenfalls, sobald und soweit der Kontoinhaber durch eine entsprechende Verfügung (Verlangen nach Barauszahlung, Ausstellung eines Überweisungsauftrags und dergleichen) in Höhe eines bestimmten Geldbetrags die Kreditzusage in Anspruch nimmt. Ein sich daraus ergebenden Auszahlungsanspruch des Kreditnehmers lässt sich nicht deswegen verneinen, weil seine Entstehung mit der Inanspruchnahme des Kredits - etwa durch Verlangen nach Auszahlung oder durch Überweisung - zusammenfiele (unzutreffend OLG Schleswig, NJW 1992, 579 [580]). Dies ist schon aus tatsächlichen Gründen nicht der Fall; denn der Auszahlungshandlung der Bank geht der Abruf durch den Kunden immer voraus (vgl. Gaul, KTS 1989, 3 [16f.]).

C. Wirksame Pfändung dieses Dispositionskreditanspruchs
Der Kl. hat die durch die Kontoverfügungen des Vollstreckungsschuldners entstandenen Kreditauszahlungsansprüche wirksam gepfändet.

I. Pfändbarkeit trotz Zukünftigkeit der Forderung
Bei Erlass der Pfändungs- und Überweisungsverfügung vom 2. 4. 1998 bestanden diese Ansprüche zwar noch nicht. Pfändbar sind jedoch auch zukünftige Forderungen, wenn schon eine Rechtsbeziehung zwischen Schuldner und Drittschuldner besteht, aus der die spätere Forderung nach ihrem Inhalt und der Person des Drittschuldners bestimmt werden kann (BGHZ 535, 29 [32] = NJW 1970, 241 = LM § 985 BGB Nr. 27). Das war hier entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung auf Grund des Krediteröffnungsvertrags der Fall. Die Pfändungs- und Einziehungsverfügung vom 2. 4. 1998 führte als gepfändet unter anderem ausdrücklich Ansprüche "aus bereits abgeschlossenen und künftigen Kreditverträgen" auf, wobei erläuternd insbesondere

Überziehungskredite erwähnt waren. Damit erstreckte sich die Pfändung auf im Zusammenhang mit dem Girovertrag eingeräumte, erst später entstehende oder fällig werdende Kreditauszahlungsansprüche.

II. Pfändbarkeit eines Darlehensanspruchs trotz seiner Natur

Der Anspruch auf Auszahlung eines zugesagten Darlehens ist grundsätzlich abtretbar und damit auch pfändbar (BGH, LM § 829 ZPO Nr. 18 = JR 1978, 419 [420]). Eine Pfändung des Anspruchs erfasst den Darlehensbetrag als solchen und nicht nur die zeitweilige Nutzung des Kapitals (so Häuser, ZIP 1983, 891 [899f.]; Olzen, ZZP 97 [1984], 1 [7ff.]; anders aber wohl ders., EWiR 1994, 517 [518]). Es trifft zwar zu, dass die Gewährung eines Darlehens, da es zurückgezahlt werden muss, wirtschaftlich nur eine Kapitalnutzung bedeutet. Gegenstand der Zwangsvollstreckung sind aber nicht wirtschaftliche Vorteile, sondern die dem Schuldner gehörenden Vermögensgegenstände. Der durch den Darlehensvertrag begründete Anspruch richtet sich auf die Verschaffung einer bestimmten Geldsumme (Gaul, KTS 1989, 3 [ll]; Lwowski, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, BankRHdb., 1997, § 33 Rdnr. 43). Deren Auszahlung belastet den Darlehensnehmer zwar mit der Rückzahlungsverpflichtung. Das schmälert aber die dem Zugriff in der Zwangsvollstreckung unterliegende Auszahlungsforderung als solche nicht; denn den erst später fällig werdenden Rückzahlungsanspruch kann der Darlehensgeber der gegen ihn gerichteten Forderung auf Auszahlung nicht in Form eines Zurückbehaltungsrechts entgegenhalten.

3. Keine Unpfändbarkeit wegen Zweckgebundenheit

a. Ansicht in der Literatur

Im Schrifttum wird teilweise angenommen, ein Dispositionskredit sei zweckgebunden und aus diesem Grund nicht pfändbar. Das Kreditinstitut stelle dem Kunden den Kredit nicht schlechthin, sondern nur unter der Voraussetzung zur Verfügung, dass er seine wirtschaftliche Position durch Nutzung des Kapitals stärke und damit zugleich die Chancen der Bank erhöhe, das Geld zurückzuerhalten (Erman, in: Gedächtnisschr. f. Rudolf Schmidt, 1966, S. 261 [67 f.]); zwischen der Bank und dem Kunden bestehe ein besonderes Vertrauensverhältnis und der Dispositionskredit stehe ausschließlich zur Verfügung des Schuldners (Lwowski/Weber, ZIP 1980, 609 [611]; Nassall, NJW 1986, 168; i.E. auch Ensthaler/Herget, GK-HGB, 5. Aufl., § 357 Rdnr. 11; Rosenberg/Schilken, ZwangsvollstreckungsR, 10. Aufl., § 54 I 1 a bb). Es wird auch die Ansicht vertreten, der Zugriff auf ein Unternehmenskonto sei auf betriebliche Gläubiger beschränkt (Bauer, DStR 1982, 280 [281 f.]; Carl, DStR 1988, 765 [769]).

b. Ansicht des BGH

Nach § 851 I ZPO ist eine Forderung nicht pfändbar, soweit sie nicht abtretbar ist. Bei einer vereinbarten Zweckbindung, mit der die Zahlung an den ursprünglichen Gläubiger zum Leistungszweck gemacht wird (§ 399 Alt. 1 BGB), ist die Forderung trotz des weiter gehenden Wortlauts des § 851 II ZPO jedenfalls dann unpfändbar, wenn die Bindung treuhänderischen Charakter hat (BGHZ 94, 316 [322] = NJW 1985, 2263 = LM § 1360 a BGB Nr. 10; BGH, LM § 851 ZPO Nr. 3; NJW 2000, 1270 = LM H. 8/2000 § 851 ZPO Nr. 9 = WM 2000, 264 [265]). Von einer treuhänderischen Bindung kann bei einem bankgeschäftlichen Dispositionskredit nicht ohne weiteres die Rede sein. Darüber hinaus fehlt es bei ihm überhaupt an einer vereinbarten Zweckbindung, wenn die Bank dem Kontoinhaber das Kapital zur freien Verfügung überlässt.

4. Keine Unpfändbarkeit des Dispositionskredits wegen angeblicher "Höchstpersönlichkeit"

Der Kontoinhaber, der von einer vereinbarten Kreditlinie Gebrauch macht, indem er zu Lasten seines debitorischen Kontos Geld abhebt oder an andere überweist, tut dies nicht, um dadurch einem (anderen) Gläubiger die Möglichkeit des Zugriffs auf dieses Geld zu verschaffen. Deshalb wird gegen die Annahme der Pfändbarkeit solcher Geldmittel eingewandt, dem Vollstreckungsschuldner werde auf diese Weise ein letztlich - wegen der Verwendung des Geldes für einen von ihm nicht bestimmten Zweck - nicht gewollter Kredit aufgedrängt. Das sei von der Privatautonomie nicht gedeckt; die Höchstpersönlichkeit des Rechts zum "Abruf" des Kredits müsse daher auch die Bestimmung des Zwecks der Kreditaufnahme einbeziehen (Lwowski/Bitter, in: WM-Festgabe f. Thorwald Heller, Sonderheft v. 9. 5. 1994, S. 57 [70]; dies., WuB VI E. § 829 ZPO 2.96, S. 1331; LG Münster, WM 1996, 1847; Lwowski, BankR-Hdb., § 33 Rdnr. 54).

Dieser Einwand gegen die Pfändbarkeit ist nicht tragfähig. Eine einseitige Zweckbestimmung, die der Drittschuldner einer trotz vorangegangener Pfändung an den Vollstreckungsschuldner geleisteten Zahlung gibt, schließt die sich aus den §§ 135, 136 BGB ergebenden Folgen nicht aus (BGH, NJW 1998, 746 = LM H. 4/1998 § 135 BGB Nr. 7 = WM 1998, 40 [431). Für eine Zweckbestimmung des Vollstreckungsschuldners kann nichts anderes gelten; die Privatautonomie gebietet bei der Inanspruchnahme einer Kreditzusage keinen solchen Schutz des Vollstreckungsschuldners. Dieser könnte anderenfalls bestimmen, dass der durch den "Abruf" seinem Vermögen einverleibte Auszahlungsanspruch gegen das Kreditinstitut trotz des Vollstreckungszugriffs eines Gläubigers nicht diesem zufließen, sondern zu Gunsten eines anderen Gläubigers

verwendet oder das Geld statt dessen an ihn, den Schuldner selbst, ausgezahlt werden solle. Damit wäre ihm gestattet, einen Teil seines Vermögens der Vollstreckung zu entziehen. Bei Auszahlung an einen anderen wäre das Geld für den vollstreckenden Gläubiger verloren; bei Auszahlung an den Schuldner wäre die Vollstreckung zumindest wesentlich erschwert (so zu Recht Olzen, EWiR 1994, 518). Auch wenn der Schuldner nicht verpflichtet ist, zur Begleichung seiner Schuld einen Kredit aufzunehmen, bedeutet das nicht, dass er unter Ausschaltung des Vollstreckungsgläubigers einen tatsächlich aufgenommenen Kredit anderweitig verwenden dürfte. Das wäre mit Sinn und Zweck der Zwangsvollstreckung, der grundsätzlich das gesamte Vermögen des Schuldners unterliegt, nicht vereinbar [...].

5. Keine Unpfändbarkeit wegen Zwangsumschuldung
a. Bedenken der Literatur und der unteren Instanzen
Das BerGer. hat die Klage letztlich wegen der nach seiner Meinung nicht hinnehmbaren Auswirkungen abgewiesen, die die Pfändung eines Dispositionskredits haben könne: Die Bank, die trotz der Pfändung den jeweiligen Betrag an ihren Kunden auszahle oder anderweitig überweise, müsste ihn an den Vollstreckungsgläubiger ein zweites Mal zahlen und der Vollstreckungsschuldner hätte ihr dementsprechend den Betrag zweifach zu erstatten; ferner hätte die Pfändung eine Blockade des Kontos zur Folge, die mit Sinn und Zweck einer Zwangsvollstreckung kaum mehr vereinbar sei. Diese Ausführungen greifen Äußerungen im Schrifttum und in der Instanzrechtsprechung auf, die mit gleichen (Lwowski/Bitter, S. 7ff.; Lwowski, § 33 Rdnrn. 54f.; Nassall, NJW 1986, 168 [169]; Ensthaler/Herget, § 357 Rdnr. 11; OLG Schleswig, NJW 1992, 579 [580]) oder ähnlichen Erwägungen (Lwowski/Weber, ZIP 1980, 609 [611 f.]: Es handle sich um eine Zwangsumschuldung und der Gläubiger werde letztlich mit dem "Geld der Bank" befriedigt) von einer Bewertung der Interessenlage her die Zulassung einer solchen Pfändung ablehnen.

b. Ansicht des BGH
Die dort vorgetragenen Bedenken sind jedoch unbegründet.
Eine zweimalige Zahlung kann die Bank dadurch vermeiden, dass sie die Pfändung beachtet. Eine "Zwangsumschuldung" ist damit nicht verbunden. Ohne besondere Zweckvereinbarung muss es der Bank gleichgültig sein, an wen sie den Kreditbetrag auszahlt; sie könnte dann auch nichts dagegen einwenden, wenn ihr Kreditnehmer das Geld freiwillig zur Befriedigung dieses bestimmten Gläubigers verwenden würde. Zahlt die Bank den Geldbetrag trotzdem nicht an den Vollstreckungsgläubiger, sondern nach der Weisung des Schuldners aus, dann besteht zwar für diesen eine doppelte Zahlungspflicht. Aber die zusätzliche Belastung wird dadurch ausgeglichen, dass der Vollstreckungsschuldner von seiner Verbindlichkeit gegenüber dem Vollstreckungsgläubiger befreit worden ist.
Es trifft zu, dass das Girokonto des Bankkunden - insbesondere des Kaufmanns - heute zum "Knotenpunkt seiner Zahlungsströme" (Wagner, ZIP 1985, 849 [856]), zur "Drehscheibe des Zahlungsverkehrs" (Häuser, WM 1990, 129) geworden ist. Dementsprechend kann der Schuldner besonders empfindlich getroffen werden, wenn im Wege der Vollstreckung an dieser Stelle zugegriffen wird. Es stimmt auch, dass die Pfändungsmaßnahme sich als allgemeine "Verfügungssperre" (so das BerGer.) auswirken kann, sei es, dass der Schuldner nunmehr von Verfügungen absieht, sei es, dass die Bank die Pfändung zum Anlass nimmt, den Kredit zu kündigen (vgl. Nr. 26 II lit. d AGB-Sparkassen; Nr. 19 III AGB-Banken). Gelegentlich wird den Kreditinstituten in der Literatur ausdrücklich empfohlen, im Fall einer Kontenpfändung "das Konto zu sperren" (Lwowski, § 33 Rdnr. 55; Lwowski/Bitter, WuB VI E. § 829 ZPO 2.96, S. 1332). Diese einschneidenden Folgen einer Pfändung in die vereinbarte Kreditlinie rechtfertigen es indessen nicht, die Vollstreckung vor dieser Maßnahme haltmachen zu lassen. Gerade weil das laufende Konto der Kristallisationspunkt der Geldbewegungen des Kontoinhabers ist, muss der vollstreckende Gläubiger darauf zugreifen können. Wenn kaum noch Bargeld "in die Tasche" des Schuldners gelangt, stellt es keine ausreichende (schonendere) Alternative dar, den Gläubiger auf die Möglichkeit der Pfändung des Geldes nach Auszahlung vom - überzogenen - Konto zu verweisen. Da ihm die Herkunft der auf das Konto gelangenden Gelder oft unbekannt ist, hilft es ihm auch wenig, wenn ihm der Zugriff "an der Quelle" (Canaris, BankvertragsR, 4. Aufl., Rdnr. 190; Häuser, WM 1990, 129) angeraten wird; diese kann zudem durch Sicherungsabtretungen nicht selten zu Gunsten der Hausbank bereits verstopft sein (Wagner, WM 1998, 1657 [1665]). Die staatliche Aufgabe der Zwangsvollstreckung würde unvertretbar eingeschränkt, wenn der Schuldner im Zusammenwirken mit der Bank durch ein debitorisch geführtes Konto die Befriedigung des vollstreckenden Gläubigers vereiteln und ihm von der Bank zur Verfügung gestellte Geld dort einsetzen könnte, wo er es für sinnvoller hält (so zu Recht Wagner, WM 1998, 1657 [1664]). Der Schuldner kann sich aus der durch die Zwangsvollstreckungsmaßnahme herbeigeführten "Blockade" befreien, indem er den ihm zur Verfügung stehenden Kredit zur Befriedigung des pfändenden Gläubigers einsetzt. Das verstößt nicht gegen Sinn und Zweck der Zwangsvollstreckung. Wer seinen Zahlungsverkehr ausschließlich mit Hilfe von Kredit abwickelt, muss es sich gefallen las-

sen, die ihm auf diese Weise zur Verfügung stehenden Geldmittel erst dann weiter nutzen zu können, wenn er daraus den pfändenden Gläubiger befriedigt hat.
Die Vollstreckungsmaßnahme muss nicht zwangsläufig eine Blockade des Kontos und damit bei einem Schuldner, der über keine sonstige Liquidität mehr verfügt, die Insolvenz herbeiführen. Die Bank wird das Konto schwerlich unabhängig von der Größe des Pfändungsbetrags sperren. Entscheidend wird immer eine Bonitätsprüfung unter Berücksichtigung vorhandener Sicherheiten sein. Es besteht für die Bank auch die Möglichkeit, ihrem Kunden einen treuhänderisch gebundenen Sanierungskredit zu gewähren, um auf diese Weise den unmittelbaren Zugriff der Gläubiger auf die Geldmittel zu verhindern. Ist der Kunde nach Einschätzung durch die Bank in keiner Weise mehr kreditwürdig, dann kann es freilich zur Zahlungseinstellung und damit zur Insolvenz des Vollstreckungsschuldners kommen. Das ist jedoch keine schlechthin unangemessene Folge der Pfändungsmaßnahme und zwingt nicht zu einer Einschränkung der Einzelzwangsvollstreckung. je nach Größe der Forderung, derentwegen vollstreckt wird, kann schon darin, dass sie nicht beglichen wird, die Zahlungsunfähigkeit zum Ausdruck kommen. Es erscheint nicht unter allen Umständen wünschenswert, ein sich am Rande der Insolvenz bewegendes Unternehmen allein mit Hilfe eines ständig debitorisch geführten Bankkontos am Leben zu erhalten und auf diese Weise die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu verzögern.

6. Keine Unpfändbarkeit wegen § 309 AO

a. Einwand des Revisionsführers
Die Revisionserwiderung macht geltend, § 309 AO sehe die Möglichkeit der Pfändung einer aus einer Kreditzusage entstehenden zukünftigen Forderung nicht vor. Unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten müssten steuerbegründende Tatbestände so bestimmt gefasst sein, dass der Steuerpflichtige die auf ihn entfallende Steuerlast im Voraus berechnen könne. Der gleiche Grundsatz gelte auch, wenn eine Steuerrechtsnorm wegen einer Steuerforderung in Rechtsbeziehungen zwischen dem Steuerpflichtigen und einem Dritten eingreife. Zumindest für diesen müssten Inhalt und Umfang der Eingriffsbefugnis klar erkennbar sein. Dies sei hier nicht der Fall; das führe zur Unwirksamkeit der Pfändungsmaßnahme.

b. Ansicht des BGH
Dieser Einwand ist schon deswegen verfehlt, weil im Rechtsstreit zwischen dem Gläubiger und dem Drittschuldner die Existenz eines Pfändungsbeschlusses oder einer Pfändungsverfügung hingenommen werden muss, sofern dieser öffentlich-rechtlicher Akt nicht nichtig ist (vgl. BGHZ 66, 79 [80 f.] = NJW 1976, 851 = LM § 829 ZPO Nr. 16 L). Letzteres trifft für die Pfändungs- und Einziehungsverfügung des Kl. ersichtlich nicht zu. Sodann hat die Zwangsvollstreckungsbefugnis der Finanzbehörden keine andere Qualität als die des Vollstreckungsgerichts. Die für die Pfändung von zukünftigen Forderungen geltenden Vollstreckungsvorschriften der Abgabenordnung stimmen inhaltlich mit denen der Zivilprozessordnung überein; nur das Vollstreckungsverfahren, unterscheidet sich von demjenigen der Zivilprozessordnung dadurch, dass das Finanzamt als Gläubiger selbst die Vollstreckungsmaßnahmen erlassen kann (BGHZ 49, 197 [199] = NJW 1968, 493 = LM § 857 ZPO Nrn. 9, 10; vgl. auch Tipke/Kruse, AO, 9. Aufl., § 309 Rdnr. 3; Klein, AO, 7. Aufl., § 309 Rdnrn. 8ff.). Ob die gepfändete Forderung hinreichend bestimmt oder bestimmbar ist, ist nicht anders zu beurteilen als bei der Pfändung nach der Zivilprozessordnung. Die insoweit geltenden Voraussetzungen sind hier, wie oben ausgeführt worden ist, erfüllt. In die Rechte der Bekl. als Drittschuldnerin ist nicht unangemessen eingegriffen worden, weil ihre Rechtsstellung dem Kl. gegenüber keine schlechtere ist als gegenüber ihrem Kreditnehmer. Den Nachteil, doppelt zahlen und deshalb beim Vollstreckungsschuldner zusätzlich Rückgriff nehmen zu müssen, hätte sie durch Beachtung der Pfändung vermeiden können.

C. Entscheidung über das Berufungsurteil
Das Berufungsurteil ist danach aufzuheben. Die Sache ist nicht entscheidungsreif. Die Bekl. hat bestritten, mit dem Vollstreckungsschuldner vereinbart zu haben, er könne über das Konto trotz fehlender Deckung verfügen. Die bloße Duldung einer Kontoüberziehung gibt nach der Rechtsprechung des Senats dem Kunden gegen die Bank keinen pfändbaren Anspruch auf Kredit (BGHZ 93, 315 [325] = NJW 1985, 1218 = LM § 607 BGB Nr. 67). Damit die insoweit erforderlichen tatsächlichen Feststellungen getroffen werden können, ist die Sache an das BerGer. zurückzuverweisen.

Strafrecht

Standort: § 142 StGB Problem: Angemessenheit der Wartefrist

OLG KÖLN, BESCHLUSS VOM 06.03. 2001
SS 64/01 (STRAFO 2001, 209)

Problemdarstellung:

Das OLG Köln hatte über die Strafbarkeit eines Angeklagten wegen unerlaubten Entfernens vom Unfallort gem. § 142 StGB zu entscheiden. Der Angeklagte war mit seinem Pkw so in einen Stahlmattenzaun gefahren, dass es ihm erst nach ca. 15 Minuten gelang, dass Fahrzeug durch Rückwärtssetzen wieder zu entfernen.

"Hilfsangebote" Dritter hat er dabei abgelehnt. Da der Schaden am Zaun nur "knapp über 400 DM" betrug, geht der Senat davon aus, dass der Angeklagte seine Wartepflicht (§ 142 I Nr. 2 StGB) mit dem 15-minütigen Verbleib am Unfallort erfüllt habe. Dem stehe nicht entgegen, dass der Zweck des Verbleibens nur auf die Befreiung aus der Unfallsituation gerichtet war. Im Übrigen führt das Gericht aus, dass es zwar möglich sei, dass Handlungen, die auf Verhinderungen von Feststellungen nach § 142 I Nr. 1 StGB gerichtet sind, die gebotene Wartefrist verlängern, doch reiche dazu die Nichtinanspruchnahme fremder Hilfe jedenfalls dann nicht aus, wenn nicht feststellbar sei, dass es sich bei dem Dritten um eine feststellungsbereite Person handele.

Prüfungsrelevanz:

§ 142 StGB besitzt insbesondere wegen seiner häufigen Verknüpfung mit den Verkehrsdelikten (§§ 315 b, 315 c, 316 StGB) und sonstigen Tatbeständen, die im Zusammenhang mit dem "Unfall" begangen werden (z.B. §§ 113, 223 ff. StGB) erhebliche Examensrelevanz.

§ 142 I StGB gibt den Unfallbeteiligten (§ 142 V StGB) die Pflicht auf, bestimmte Feststellungen zu ermöglichen, und zwar - soweit feststellungsbereite Personen anwesend sind - durch seine Anwesenheit und die Offenbarung der Unfallbeteiligung (Nr.1; Anwesenheits- und aktive Vorstellungspflicht) oder - soweit (noch) keine feststellungsbereiten Personen anwesend sind - durch eine angemessene Wartezeit (Nr. 2) und ggfs. die Nachholung der Feststellungen nach Abs. 2.

Da § 142 I Nr. 2 StGB den Täter unabhängig davon an den Unfallort bindet, ob die Anwesenheit für die Aufklärung förderlich ist oder nicht, ist es nur konsequent, wenn das OLG Köln im Anschluss an die h.M. die Erfüllung der Wartepflicht auch nicht vom Zweck des Verweilens abhängig macht. Ebenfalls auf der Linie der h.M. liegt die Annahme, dass die Wartepflicht endet, wenn nach dem Umständen mit dem Eintreffen feststellungsbereiter Personen alsbald nicht mehr zu rechnen ist. Schließlich dürfte sich mit der vorliegenden Entscheidung auch die Ansicht durchgesetzt haben, dass sich die Dauer der Wartepflicht durch Aufklärungsmaßnahmen verkürzen und durch Vereitelungsmaßnahmen verlängern kann.

In diesem Zusammenhang ist auf eine weitere aktuelle Entscheidung des BGH vom 20.2.2001 - 4 StR 556/00 (NZV 2001, 265) hinzuweisen, in der sich der 4. Senat mit dem Konkurrenzverhältnis von mehreren auf einer Fluchtfahrt verwirklichten Delikten zu befassen hatte. Der BGH führt dazu aus:

"Die Strafkammer hat zutreffend bezüglich der Gefährdung und Schädigung auf Grund der Verkehrsverstöße des Angekl. während der Fluchtfahrt jeweils Vorsatz angenommen und sein Verhalten als vorsätzliche Gefährdung des Straßenverkehrs in Tateinheit mit unerlaubtem Entfernen vom Unfallort gewürdigt. Die Annahme der Strafkammer, die beiden Vergehen der Unfallflucht stünden untereinander im Verhältnis der Tatmehrheit und stellten zudem eine Zäsur dar, so dass drei tatmehrheitlich begangene Delikte gegeben seien, hält jedoch rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

Nach den Feststellungen wollte sich der Angekl. der Verhaftung wegen des zuvor begangenen Betäubungsmitteldelikts durch die Flucht mit einem Kfz entziehen. Um die ihn unter Einsatz von Sonderrechten (blaues Rundumlicht und Martinshorn) verfolgenden Kräfte eines Sondereinsatzkommandos abzuschütteln, fuhr er mit weit überhöhter Geschwindigkeit (bis zu 130 km/h) und unter Missachtung weiterer Verkehrsregelungen durch verschiedene Straßen der dicht besiedelten Innenstadt. Dabei verursachte er bedingt vorsätzlich drei Unfälle mit jeweils erheblichem Fremdschaden. zweimal setzte er in Kenntnis des Unfalls seines Fluchtfahrt fort, bei dem dritten Unfallereignis wurde er schwer verletzt und schließlich festgenommen.

Nach ständiger Rspr. des BGH begeht der Täter, der im Verlauf einer einzigen, ununterbrochenen Fluchtfahrt mehrere Personen konkret gefährdet, nur eine Tat (BGHSt 22, 67, 76; BGH, NStZ-RR 1997, 331, 332);

dazu stehen beide Vergehen nach § 142 StGB in Tateinheit (Tröndle/Fischer, vor § 52 Rn. 2 b und § 142 Rn. 56)."

Vertiefungshinweise:

" Grundübersicht zu § 142 StGB: *Geppert*, Jura 1990, 554

" Verlängerung der Wartezeit durch Täterverhalten: *BayObLG*, NJW 1987, 1712; *Hentschel*, JR 1988, 296

Kursprogramm:

" *Examenskurs*: "Der Fernfahrer"

Leitsätze:

1.Für die Anrechnung auf die Wartezeit gern. § 142 Abs. 1 Nr 2 StGB ist unbeachtlich, daß Zweck des Verbleibens an der Unfallstelle nicht die Ermöglichung einer Stellung der Unfallbeteiligung, sondern nur die Befreiung aus der durch das Unfallgeschehen eingetretenen Situation war.

2. Eine Wartezeit von 15 Minuten kann auch bei einem Unfall am frühen Nachmittag in einer Stadt ausreichend sein.

3. Zu den Voraussetzungen für eine Verlängerung der gebotenen Wartezeit auf Grund des Verhaltens des Unfallbeteiligten gegenüber Dritten.

Sachverhalt:

Am 24. 10. 1999 befuhr der Angeklagte gegen 13.30 Uhr mit seinem Pkw Ford-Fiesta den Böhmeweg in Köln-Neubrück in Richtung Kollwitzweg, aus Richtung Europaring kommend. Der Böhmeweg geht in einer rechtwinkligen Linkskurve in den Kollwitzweg über. In der Kurve kam der Angeklagten der Straße ab und fuhr fast geradeaus etwa in einem Winkel von 20 Grad zur Straße in das dort befindliche Gebüsch, das sich in einer Tiefe von 3,30 m zwischen der Straße und einem Kinderspielplatz befindet. Der Spielplatz wird zu dem Gebüsch hin durch einen Stahlmattenzaun abgegrenzt. Der Angeklagte geriet soweit mit seinem Wagen in das Gebüsch, daß er Zweige gegen den Zaun drückte. Hierdurch wurde der Zaun beschädigt. Es entstand eine deutlich sichtbare Delle, die vom Bodenbereich bis etwa 50 cm Höhe reichte; zwei Matten, die in diesem Bereich aneinander grenzten, wurden etwa 20 cm verschoben, so daß bis zur Höhe von etwa 50 cm ein entsprechender Spalt entstand. Durch den Druck verzog der Zaun sich auch im oberen Bereich etwas. Bei der Beschädigung des Zaunes gab es einen lauten, dumpfen Knall, den die Zeugin R, die sich zu dieser Zeit in ihrem im Kurvenbereich stehenden Haus befand und las, deutlich hörte und der sie dazu veranlaßte, auf die Straße zu gehen. Der Wagen des Angeklagten befand sich nach dem Unfall etwa 50 cm vom Zaun entfernt. Der Angeklagte versuchte etwa zehn bis fünfzehn Minuten, das Fahrzeug, aus dem Qualm gedrungen war, aus dem Gebüsch durch Rückwärtssetzen zu entfernen, was ihm schließlich auch gelang. Zwischenzeitlich hatten sich ein unbekannt gebliebener Mann und eine Frau, die mit einem Wagen mit SU-Kennzeichen an der Unfallstelle anhielten, Kontakt mit dem Angeklagten aufgenommen. Das Angebot der Zeugin R, sich um ihn zu kümmern, lehnte der Angeklagte ab. Der Angeklagte hatte mit seinem Wagen eine Schneise in das Gebüsch gefahren, so daß der dahinter befindliche Zaun deutlich sichtbar war. Der Angeklagte sah den Schaden, erkannte richtig, daß er selbst diesen verursacht hatte und daß es sich nicht um einen Bagatellschaden handelte. Er fuhr sodann von der Unfallstelle fort, obgleich er wußte, daß er auf die Polizei hätte warten müssen, damit die erforderlichen Feststellungen getroffen werden könnten.

Die Höhe des entstandenen Schadens beziffert das LG mit knapp über 400 DM und gibt die von ihm als glaubhaft bewertete Aussage der Zeugin R in bezug auf das Verhalten des Angeklagten wie folgt wieder:

Ihr Angebot, Hilfe zu holen, habe der Angeklagte abgelehnt. [...] Als es dem Angeklagten nach einer längeren Zeit - es habe sich wohl um eine Viertelstunde gehandelt, was auch der Angeklagte bestätigt hat - gelungen war, seinen Wagen, bei dem sich zunächst die Räder durchgedreht hatten, wieder auf die Straße zu fahren, habe sie zunächst gedacht, der Angeklagte wolle nur probieren, ob der Wagen noch verkehrstüchtig sei. Der Angeklagte sei dann jedoch zügig weggefahren.

Das AG hat den Angeklagten wegen unerlaubten Entfernens vom Unfallort zu einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu je 100 DM verurteilt und ein Fahrverbot von 3 Monaten verhängt. Seine Berufung hat das LG verworfen. Mit der Revision rügt der Angeklagte die Verletzung formellen und sachlichen Rechts.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel hat bereits mit der Sachrüge (vorläufigen) Erfolg, so daß es einer Erörterung der Verfahrensrügen nicht bedarf. Es führt gem. §§ 353, 354 Abs. 2 StPO zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht, da die tatrichterlichen Sachverhaltsfeststellungen den Schuldspruch nicht rechtfertigen.

Nach § 142 Abs. 1 StGB wird der Unfallbeteiligte bestraft, der sich vom Unfallort entfernt, bevor er entweder (Nr. 1) durch am Unfallort anwesende oder nachträglich dort eingetroffene, zur Feststellung geeignete und bereite Personen die Feststellung seiner Person, seines Fahrzeugs und der Art seiner Beteiligung zugunsten der anderen Unfallbeteiligten und der Geschädigten ermöglicht hat oder (Nr. 2) - bei Abwesenheit solcher Personen - eine nach den Umständen angemes-

sene Zeit gewartet hat, ohne daß jemand bereit war, die Feststellungen zu treffen.

1. Anwesenheit von feststellungsbereiten Personen

Den Urteilsfeststellungen ist nicht zu entnehmen, daß zu dem Zeitpunkt, als der Angeklagte die Unfallstelle verließ, der Geschädigte oder ein anderer Feststellungsinteressent dort anwesend war. Insbesondere wird nicht erkennbar, ob die Zeugin R oder die beiden anderen, unbekannt gebliebenen Kontaktpersonen als feststellungsbereite Dritte zu gelten haben. Das würde voraussetzen, daß sie fähig waren und den erkennbaren Willen hatten, zugunsten des Unfallgeschädigten Feststellungen zu treffen und an diesen weiterzugehen (vgl. dazu BayObLG VRS 64, 119 [120]; OLG Köln VRS 64, 193 [194]; OLG Zweibrücken DAR 1982, 332 m. krit. Anm. Bär DAR 1983, 215; Tröndle/Fischer, StGB, 50. Aufl., § 142 Rn. 24; Jagusch/Hentschel, Straßenverkehrsrecht, 35. Aufl., § 142 StGB Rn. 46 m.w.N.).

Feststellungsbereit ist demnach nur, wer - für den Unfallbeteiligten ersichtlich - den Willen hat, sein erlangtes Wissen bezüglich der in § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB bezeichneten Verhältnisse auch zur Kenntnis des Berechtigten zu bringen (BayObLG aaO). Von einer entsprechenden Willensbildung hat der Unfallbeteiligte nicht ohne weiteres bei jeder an der Unfallstelle erscheinenden Person auszugehen. Ob eine Person feststellungsbereit ist, kann vielmehr nur nach der jeweiligen konkreten Situation entschieden werden (BayObLG aaO; Cramer, in: Schönke/Schröder, StGB, 25. Aufl., § 142 Rn. 32). Für den vorliegenden Fall ergeben sich auf der Grundlage der Urteilsfeststellungen weder aus Äußerungen der am Unfallort Erschienenen noch aus deren Handlungsweise Anhaltspunkte dafür, daß sie gewillt waren, selbst oder unter Einschaltung der Polizei das Feststellungsinteresse des Geschädigten wahrzunehmen.

2. Wartepflicht des Angeklagten

Auch für die Auffassung der Kammer, der Angeklagte habe, nachdem er sein Fahrzeug auf die Fahrbahn hatte zurücksetzen können, auf die Polizei warten müssen, bietet der Sachverhalt keine tragfähige Grundlage. Nach den Urteilsfeststellungen ist nicht ausgeschlossen, daß der Angeklagte bereits zuvor während einer angemessenen Wartezeit an der Unfallstelle verblieben ist. In diesem Fall wäre aber die Tatbestandsalternative des § 142 Abs. 1 Nr. 2 StGB ebenfalls nicht erfüllt.

a) Anrechnung der Wartezeit unabhängig vom Zweck des Verweilens

Das LG stellt fest, dem Angeklagten sei es nach 10 bis 15 Minuten gelungen, sein Fahrzeug aus dem Gebüsch zu entfernen und rückwärts wieder auf die Fahrbahn zu fahren. Dieser Zeitraum ist als Wartezeit anzusehen, während dessen der Angeklagte am Unfallort anwesend war und für Feststellungen i. S. d. § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB zur Verfügung stand.

Der Unfall war mit dem Eintritt des Schadens an dem Stahlmattenzaun abgeschlossen. Die anschließenden Bemühungen des Angeklagten, sein Fahrzeug wieder auf die Straße zu bringen, können schon deshalb nicht als Teil des Unfallgeschehens verstanden werden, weil nicht festgestellt ist, daß dabei weitere Schäden an dem betroffenen Grundstück und seiner Bepflanzung verursacht worden sind.

Der Umstand, daß der Angeklagte sich während des fraglichen Zeitraums als Fahrer im Fahrzeug befand und sich dieses in Betrieb befand, schließt die Anrechnung als Wartezeit ebenfalls nicht aus. Denn die Urteilsfeststellungen belegen, daß gleichwohl eine Kommunikation mit ihm möglich war. Sowohl die Zeugin R als auch die beiden unbekannt gebliebenen Personen waren in der Lage, Kontakt zu ihm aufzunehmen.

Schließlich ist auch unbeachtlich, daß der Zweck des Verbleibens des Angeklagten an der Unfallstelle nicht die Ermöglichung einer Feststellung seiner Unfallbeteiligung, sondern lediglich die Befreiung aus der durch das Unfallgeschehen eingetretenen Situation war, die ihn an einer sofortigen Weiterfahrt hinderte (ebenso z.B. BayObLG NJW 1987, 1712: Wiederherstellung der Fahrbereitschaft des Fahrzeugs; OLG Karlsruhe VRS 22, 440 u. OLG Hamm VRS 32, 204 f.: Abwarten eines Abschlepp-Fahrzeugs; Lackner/Kühl, StGB, 23. Aufl., § 142 Rn. 19; Tröndle/Fischer aaO Rn. 31).

b) "Angemessenheit" der Wartezeit

Welche Wartezeit als nach den Umständen angemessen anzusehen ist, richtet sich nach den Gegebenheiten des Einzelfalls und den Maßstäben der Erforderlichkeit und Zumutbarkeit (OLG Stuttgart VRS 51, 431 [432]; OLG Hamm VRS 59, 258 [259]; Berz DAR 1975, 309 [312]), wobei insbesondere auf Zeit, Ort und Schwere des Unfalls, die Verkehrsdichte und die Chancen wirksamer Aufklärung sowie die Höhe des Fremdschadens abzustellen ist (OLG Düsseldorf VRS 87, 290 [291] m. w. N.; OLG Hamm VRS 41, 28 [29]; Senat, DAR 1994, 204; Tröndle/Fischer aaO Rn. 31 m. w. N.). Der Unfallbeteiligte braucht grundsätzlich nur so lange zu warten, wie mit dem alsbaldigen Eintreffen feststellungsbereiter Personen an der Unfallstelle zu rechnen ist. Die Entscheidung, ob mit deren Erscheinen zu rechnen ist, muß vom Standpunkt eines objektiven Betrachters an der Unfallstelle auf Grund tatsächlicher Anhaltspunkte nach dem regelmäßigen Ablauf der Dinge getroffen werden; rein gedankliche Möglichkeiten genügen nicht (OLG Schleswig DAR 1969,49 [50] m. w. N.).

Die Anwendung dieser Grundsätze in der Rechtsprechung bietet, bedingt durch die Einzelfallbezogenheit

der Entscheidungen, nur geringe Orientierungshilfe (vgl. dazu etwa OLG Stuttgart VRS 60, 300 [201]). So ist beispielsweise eine Wartezeit von 20 Minuten bei einem nächtlichen Unfall in der Stadtmitte bei einem Schaden von 500 DM für unzureichend erachtet worden (OLG Koblenz VRS 43, 423 [425]), ebenso bei einem Schaden von 600 DM an belebter Stelle, nämlich an einer Bundesstraße in bebauter Gegend gegen 18.30 Uhr (OLG Stuttgart VRS 51, 431; vgl. a. OLG Hamm VRS 59, 258) sowie bei einem Schaden von etwa 900 DM abends gegen 22.000 Uhr in einer Großstadtstraße (BayObLG VRS 64, 119 [121]). Bei einem Schaden von etwa 400 DM an einem parkenden Wagen nachts um 4.30 Uhr sollen hingegen 10 Minuten Wartezeit genügen, wenn für das baldige Eintreffen feststellungsbereiter Personen kein konkreter Anhaltspunkt vorliegt und dem Unfallbeteiligten ein längeres Zuwarten nicht zuzumuten ist (OLG Stuttgart NJW 1981, 1107). In der Rechtsprechung ist wiederholt bei unbedeutendem oder geringfügigem Sachschaden oder unter besonderen Umständen ausnahmsweise eine Wartezeit von 10-15 Minuten für genügend erachtet worden (OLG Düsseldorf VM 1976, 52 [Nr. 79]: nach vergeblichem Läuten an der Haustür; OLG Schleswig DAR 1969, 49: Beschädigung an einem Holzzaun und an der Gartenbepflanzung nachts gegen 1.30 Uhr; OLG Stuttgart VRS 45, 276: Beschädigung eines Gartenpfeilers, Kosten von 50-60 DM, gegen 21.00 Uhr in einer kleinen Ortschaft). Bei einem Schaden von 312 DM an einem privaten Begrenzungspfosten tagsüber innerorts wird bereits eine Wartezeit von knapp 5 Minuten als ausreichend angesehen (OLG Düsseldorf VM 1994, 30 [Nr. 38]). Die Anforderungen sind jedenfalls seit Einführung der Pflicht zur Ermöglichung nachträglicher Feststellungen gem. § 142 Abs. 2 StGB (durch das 13. StÄG v. 13. 6. 1975) milder geworden (Berz aaO).

Vorliegend fehlt es an der tatrichterlichen Feststellung von Umständen, aus denen abgeleitet werden könnte, daß eine Wartezeit von 15 Minuten unzureichend war, weil der Angeklagte damit rechnen mußte, daß sich noch Feststellungsbereite an der Unfallstelle einfinden würden, nachdem dies während des Zeitraums zuvor nicht der Fall gewesen war. Bis dahin war trotz der Geräuschentwicklung des Unfalls und der zunächst vergeblichen Versuche, das Unfallfahrzeug wieder auf die Fahrbahn zu bringen, neben den im Urteil erwähnten Personen - offenbar niemand erschienen, der die Bereitschaft gezeigt hätte, Feststellungen zugunsten des Geschädigten zu treffen oder zu veranlassen. Den Urteilsgründen ist nicht zu entnehmen, ob das Erscheinungsbild der Unfallstelle auch nach dem Entfernen des Unfallfahrzeugs aus dem Gebüsch neben der Straße überhaupt noch geeignet war, die Aufmerksamkeit von zufällig vorbeikommenden Verkehrsteilnehmern oder Anwohnern zu wecken, und ob das Schadensbild erwarten ließ, daß sich Unbeteiligte aufgerufen fühlen konnten, das Feststellungsinteresse des Geschädigten wahrzunehmen.

c) Andauern der Wartefrist bei Verlassen der Unfallstelle

Darüber hinaus weisen die Urteilsgründe auch nicht aus, daß die gebotene Wartefrist auf Grund des Verhaltens des Angeklagten noch andauerte, als er die Unfallstelle verließ.

Von Bedeutung für die Dauer der Wartezeit kann freilich außer den oben angesprochenen objektiven Verhältnissen auch das eigene Verhalten des Unfallverursachers sein (Jagusch/Hentschel aaO § 142 StGB Rn. 40 in. w. N.; Rudolphi aaO § 142 Rn. 34 in. w. N.). Handlungen, die den Zweck des Wartens fördern, können verkürzend wirken (Jagusch/Hentschel aaO m. w. N.). Andererseits kann die gebotene Dauer der Wartepflicht aber auch maßgeblich dadurch beeinflußt sein, daß der Angeklagte der Möglichkeit, daß Anwesende die erforderlichen Feststellungen entweder selbst treffen oder durch Verständigung geeigneter Personen, insbesondere der Polizei, ermöglichen würden, aktiv entgegenwirkt und sie von vornherein abgeblockt hat. in diesem Fall kommt ihm die verstrichene Zeit nicht zugute (BGH NJW 1957, 352; Jagusch/Hentschel aaO § 142 StGB Rn. 40). Der Unfallverursacher darf sich nämlich erst dann entfernen, wenn er durch sein Verbleiben über eine angemessen lange Zeit die Möglichkeit eröffnet hat, daß nachträglich eintreffende Personen die erforderlichen Feststellungen treffen. Er darf während seiner Anwesenheit vor Ort auch nichts tun, was dazu führen kann, Feststellungen durch eintreffende Personen zu verhindern. Tut er dies gleichwohl, indem er Handlungen vornimmt, die geeignet sind, Dritte von den in § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB genannten Feststellungen oder von der Benachrichtigung der Polizei abzuhalten, so hat dies zur Folge, daß ihm die bis dahin verstrichene Wartezeit nicht mehr zugute kommt, daß vielmehr die an sich erforderliche angemessene Wartezeit neu zu laufen beginnt (BGH aaO; BayObLG NJW 1987, 1712; Tröndle/Fischer aaO Rn. 32; Lackner/Kühl, StGB, 23. Aufl., § 142 Rn. 19).

Das ist in der Rechtsprechung (BayObLG NJW 1987, 1712 mit insoweit krit. Anm. Hentschel, JR 1988. 296) mit weitgehender Zustimmung des Schrifttums (Himmelreich/ Bücken aaO Rn. 193; Tröndle/Fischer aaO Rn. 32; Rudolphi aaO § 142 Rn. 34; a. A. Jagusch/Hentschel aaO; Hentschel NJW 1988, 1120 [1127]) für den Fall angenommen worden, daß der Angeklagte die Frage von Passanten, ob sie jemanden verständigen sollten, mit der Begründung verneint hatte, er werde dies selbst tun. Ob dem zu folgen und eine Verlängerung der gebotenen Wartezeit bereits für den Fall des bloßen Nichtförderns des Wartezwecks - durch

Nichtinanspruchnahme angebotener Hilfe bei der Benachrichtigung feststellungsberechtigter Personen - anzunehmen ist, kann hier dahinstehen. Denn dem von der Kammer festgestellten Hilfsangebot der Zeugin R kann nicht entnommen werden, daß es - zumindest auch darauf ausgerichtet war, zur Verständigung Feststellungsberechtigter oder Feststellungsbereiter - namentlich der Polizei - beizutragen. Der mitgeteilte Inhalt ("sich um ihn zu kümmern") deutet eher darauf hin, daß sich ihr Angebot darauf bezog, dem Angeklagten in seinem Bemühen, das Fahrzeug wieder auf die Fahrbahn zu bringen, Unterstützung zukommen zu lassen. Daß sie zugleich die Interessen des feststellungsberechtigten Unfallgeschädigten wahrnehmen wollte und davon durch den Angeklagten abgehalten wurde, erschließt sich auch aus dem Zusammenhang der tatrichterlichen Sachverhaltsfeststellungen nicht.

3. Nachträgliche Ermöglichung der Feststellungen gem. § 142 II StGB

Schließlich belegen die Urteilsgründe auch nicht, daß der Angeklagte es versäumt hat, die notwendigen Feststellungen nach dem Verlassen des Unfallorts unverzüglich nachträglich zu ermöglichen, so daß seine Strafbarkeit nach § 142 Abs. 2 StGB begründet wäre. In dieser Hinsicht hat die Kammer keine Feststellungen getroffen.

Standort: § 222 StGB — Problem: Rechtfertigung einer Fahrlässigkeitstat

BGH, BESCHLUSS VOM 21.03.2001
1 STR 48/01 (WWW.HRR-STRAFRECHT.DE)

Problemdarstellung:

Der BGH hatte über die Strafbarkeit eines 66jährigen Angekl. zu entscheiden, der seinen Schwiegersohn, nachdem dieser die Frau des Angekl. massiv geschlagen und beschimpft hatte, durch die Drohung mit einer Pistole zurückdrängen wollte, ihn aber versehentlich erschoss, da er vergessen hatte, dass er vor mehreren Jahren die Pistole mit scharfer Munition geladen hatte.

Während das LG den Angekl. u.a. wegen fahrlässiger Tötung verurteilte, geht der Senat davon aus, dass die Kammer die Grenzen des Notwehrrechts nicht zutreffend bestimmt habe.

Nach grundsätzlichen Ausführungen zur Rechtfertigung einer Fahrlässigkeitstat und zur Erforderlichkeit von Schusswaffengebrauch, führt der BGH für den konkreten Fall aus, dass wegen der konkreten Gefahr einer schweren Verletzung oder gar der Tötung seiner Ehefrau der Schusswaffeneinsatz durch den Angekl. durchaus erforderlich und auch trotz einer "innerfamiliären Streitigkeit" geboten sein konnte. Da der Senat auch die Möglichkeit einer Entschuldigung nach § 33 StGB nicht auszuschließen vermochte, hat er die Sache zur erneuten Überprüfung zurückverwiesen.

Prüfungsrelevanz:

Der Beschluss enthält nicht nur geradezu lehrbuchartige Ausführungen zu den Voraussetzungen der Notwehr und des Notwehrexzesses, sondern setzt sich auch mit den Besonderheiten der Rechtfertigung einer Fahrlässigkeitstat auseinander (vgl. zur Übersicht Schönke/Schröder/Cramer/Sternberg-Lieben, Vor § 32, Rn. 92 ff.; Roxin, AT- 1, S. 952 ff.). Die Möglichkeit der Rechtfertigung einer Fahrlässigkeitstat ist praktisch wohl nur für die Notwehr, die Notstandsregeln und die Einwilligung von Bedeutung (zu den Problemen der Einwilligung s. Schönke/Schröder, a.a.O., Rn. 102 ff.).

Im Wesentlichen anerkannt ist, dass eine Fahrlässigkeitstat dann gerechtfertigt ist, wenn auch die entsprechende Vorsatztat gerechtfertigt gewesen wäre. Will der Täter lediglich einen Warnschuss abgeben, der den Angreifer jedoch versehentlich tödlich verletzt, so ist der Tod des Angreifers danach gem. § 32 StGB gerechtfertigt, wenn er aufgrund der bestehenden Notwehrlage, den Angreifer auch gezielt hätte töten dürfen (vgl. BGHSt 25, 229). Zum anderen kommt eine Rechtfertigung auch dann in Betracht, wenn sich lediglich ein typisches Risiko der berechtigt gewählten Verteidigungshandlung realisiert (z.B. BGH, NStZ 1988, 408; z.T. wird bereits die tatbestandsmäßige Sorgfaltspflichtverletzung verneint).

Problematisch ist, ob und inwieweit dabei ein subjektives Rechtfertigungselement erforderlich ist. Da der Täter den konkreten Erfolg gerade nicht wollte, kann es z.B. bei § 32 StGB allenfalls auf einen generellen Verteidigungswillen dergestalt ankommen, dass der Täter in Kenntnis der Notwehrlage und - soweit man ein voluntatives Element überhaupt fordernd will - dem Willen zur Verteidigung als solcher handelt. Die wohl h.M. geht indessen davon aus, dass subjektive Rechtfertigungselemente beim Fahrlässigkeitsdelikt insoweit entbehrlich sind, als der Täter auch dann straflos ist, wenn er in Unkenntnis der Rechtfertigungslage handelt. Denn in diesen Fällen fehlt der Erfolgsunwert und es bleibt nur der Handlungsunwert. Da der insoweit allein möglich fahrlässige Versuch aber straflos ist, wirkt sich das Fehlen des Rechtfertigungswillens nicht aus (s. Roxin, a.a.O. m.w.N.).

Vertiefungshinweise:

- Zur Rechtfertigung eines tödlichen Warnschusses: *BGH*, BGHSt 25, 229
- Zum subjektiven Rechtfertigungselement beim Fahrlässigkeitsdelikt: *OLG Hamm*, NJW 1962, 1169 m. Anm. *R. Schmitt*, JuS 1963, 64

Kursprogramm:

- *Examenskurs*: "Autofahrer"
- *Examenskurs*: "Wie die Eltern, so die Kinder"

Leitsätze:

1. Kommt bei objektiv gegebener Notwehrlage der Angreifer durch Fahrlässigkeit des Abwehrenden zu Schaden, so ist in den Grenzen dessen, was als Abwehrhandlung objektiv erforderlich gewesen wäre, die Herbeiführung eines deliktischen Erfolges auch dann gerechtfertigt, wenn er konkret vom Abwehrenden nicht gewollt war und bei Anwendung der ihm möglichen Sorgfalt hätte vermieden werden können.

2. Zu den Grenzen der Notwehr und der strafbefreienden Notwehrüberschreitung bei einem Angriff auf die Person nach gewaltsamem nächtlichem Eindringen in die Wohnung des Verteidigers und beim Einsatz einer lediglich mit einer Patrone geladenen Schusswaffe als Abwehrmittel.

Sachverhalt:

Der Angeklagte A verfügte über eine Waffenbesitzkarte für sogenannte Langwaffen, nicht aber für einen Revolver und eine Pistole, die er im Jahr 1991 erworben hatte. Den Revolver setzte er am 27. Februar 2000 in einer Nothilfelage ein:

In der Tatnacht schliefen der 66jährige Angeklagte und seine Lebensgefährtin, die Zeugin P., in ihrer Wohnung. Der Angeklagte, der wegen eines Bandscheibenleidens und einer chronischen Handgelenksarthrose bereits 1996 berentet wurde, hatte vor dem Zubettgehen Medikamente, darunter ein Schmerzmittel eingenommen. Gegen 0.45 Uhr läutete der betrunkene Schwiegersohn der Lebensgefährtin, V., an der Haustür, stürmte nach deren Öffnung bis zur Wohnungstür des Angeklagten im zweiten Stock und trat diese gewaltsam ein. V. hatte eine Blutalkoholkonzentration von etwa 2,2 Promille; er neigte im alkoholisierten Zustand zu Gewalttätigkeiten und hatte zuvor anderenorts eine Auseinandersetzung mit seiner Ehefrau gehabt. Er hatte diese zu Boden geschlagen, nachdem sie sich geweigert hatte, mit den gemeinsamen drei kleinen Kindern in dem von V. gesteuerten Pkw nach Hause zu fahren. Es war ihr gelungen, mit einem der Kinder vor V. zu flüchten und sich zu verstecken.

Nachdem V. in die Wohnung des Angeklagten und seiner Schwiegermutter, der Zeugin P., eingedrungen war, packte er die Zeugin, beschimpfte sie und versuchte, sie aus der Wohnung zu ziehen. Der Angeklagte versuchte beruhigend auf V. einzuwirken; dieser schubste ihn jedoch zurück, worauf der Angeklagte zu Boden fiel. Unter weiteren Beschimpfungen und der Drohung, sie umzubringen, gelang es V., die sich heftig wehrende und laut schreiende Zeugin P. am Nachthemd und an den Haaren in das Treppenhaus zu ziehen. Dort ging sie zu Boden. Er zerrte sie nun nach und nach die Treppe hinunter. Daraufhin lief der Angeklagte in sein Schlafzimmer und nahm dort aus dem Nachttischchen den Revolver der Marke "Sturm-Ruger", der mit einer scharfen Patrone geladen war. Er war noch "ganz leicht benommen", da er kurz zuvor aus dem Schlaf gerissen worden war und die eingenommenen Medikamente (Valoron und Voltaren) "noch leicht wirkten".

Obwohl er selbst die Patrone in den Revolver geladen hatte, war ihm diese Tatsache in der konkreten Situation nicht bewußt; denn der Vorgang lag bereits mehrere Jahre zurück. Er ging daher fälschlicherweise davon aus, der Revolver sei nicht geladen. Im Treppenhaus hatte V. die Zeugin P. die sich immer wieder am Geländer festzuhalten versuchte, inzwischen drei Treppenabsätze nach unten gezogen. Beim Eintreffen des Angeklagten lag sie gerade mit dem Rücken auf dem Podest zwischen Erdgeschoß und erstem Stock, wobei sich ihre Füße noch auf den untersten Stufen in Richtung des ersten Obergeschosses befanden. V. hielt sie an den Haaren und zog daran. Er beschimpfte sie, bedrohte sie weiter und trat mehrfach mit den Füßen auf sie ein.

Um weitere Körperverletzungshandlungen des V. gegen sie zu verhindern, richtete der Angeklagte aus einer Entfernung von weniger als zwei Metern den Revolver auf dessen Gesichtsbereich und zog den Abzug schnell hintereinander drei- oder viermal durch. Er hoffte, V. werde erschrecken und von der Zeugin P. ablassen. Bei der wiederholten Betätigung des Abzuges löste sich ein Schuss, der V. unmittelbar unterhalb der Nase traf, im dritten Halswirbel stecken blieb und binnen kurzer Zeit zu dessen Tod führte.

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen fahrlässiger Tötung in Tateinheit mit Vorsätzlichem Ausüben der tatsächlichen Gewalt über eine halbautomatische Selbstladewaffe in zwei Fällen zur Freiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten verurteilt, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt und einen Revolver sowie eine Selbstladepistole eingezogen. Die dagegen gerichtete Revision des Angeklagten rügt erfolgreich die Verletzung sachlichen Rechts.

Aus den Gründen:

I. Die rechtliche Würdigung des Landgerichts

Das Landgericht nimmt an, der Angeklagte habe in einer Nothilfelage mit Verteidigungswillen gehandelt, jedoch fahrlässig das Maß des zur Abwehr des Angriffs Erforderlichen überschritten; er habe Drohen, nicht Schießen wollen. Auch sei dem Angeklagten vor dem Schusswaffengebrauch eine deutliche Ankündigung und Warnung abzuverlangen gewesen. Sein Irrtum über den Ladezustand des Revolvers sei für ihn leicht erkennbar und vermeidbar gewesen. Er habe sich durch einfaches Aufklappen der Revolvertrommel vom Ladezustand der Waffe überzeugen können. Sein Handeln sei auch nicht entschuldigt (nach § 33 StGB), weil er nicht aus Verwirrung, "gesteigerter Furcht" oder Schrecken das Maß des durch Nothilfe Gerechtfertigten überschritten habe.

II. Überprüfung durch den BGH

Die Verurteilung des Angeklagten wegen fahrlässiger Tötung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die Urteilsgründe lassen besorgen, daß das Landgericht die Grenzen des Notwehrrechts nicht zutreffend bestimmt hat; zudem sind die zugrundeliegenden Feststellungen ebenso wie die tatsächliche Würdigung lückenhaft. Darüber hinaus leiden die Ausführungen zur Frage einer strafbefreienden Überschreitung der Grenzen der Notwehr an einem Erörterungsmangel. Hinsichtlich des Ausübens der tatsächlichen Gewalt über den in der Notwehrlage eingesetzten Revolver ist die Strafkammer von einem zu weitgehenden Schuldumfang ausgegangen. Schließlich ist die Annahme von Tateinheit zwischen den Waffendelikten und dem etwaigen Tötungsdelikt rechtsfehlerhaft.

1. Rechtfertigung einer Fahrlässigkeitstat

Die nur fahrlässige, aber letztlich ebenfalls vom Verteidigungswillen des Angeklagten getragene Herbeiführung der Todesfolge beim Einsatz der Schusswaffe als Drohmittel wäre gerechtfertigt (§ 32 StGB), wenn der Angeklagte in der gegebenen besonderen Lage, in der seine Schusswaffe mit nur einer Patrone geladen war, unter der Voraussetzung einer angemessenen Androhung auch einen, gezielten, möglicherweise tödlichen Schuss auf den Angreifer hätte abgeben dürfen. Kommt bei objektiv gegebener Notwehrlage der Angreifer durch Fahrlässigkeit des Abwehrenden zu Schaden, so ist in den Grenzen dessen, was als Abwehrhandlung objektiv erforderlich gewesen wäre, die Herbeiführung eines deliktischen Erfolges auch dann gerechtfertigt, wenn er konkret vom Abwehrenden nicht gewollt war und bei Anwendung der ihm möglichen Sorgfalt hätte vermieden werden können (Lenckner in Schönke/Schröder StGB 26. Aufl. § 32 Rdn. 65; Tröndle/Fischer StGB 50. Aufl. § 32 Rdn. 14; vgl. auch BGH bei Dallinger MDR 1958, 12,13; OLG Hamm NJW 1962, 1169). Wäre der Abwehrende also bei gewollter Abgabe eines gezielten Schusses auf den Angreifer gerechtfertigt gewesen, dann muß diese Rechtfertigung erst recht und zur Vermeidung eines Wertungswiderspruches auch dann greifen, wenn er sich bei seiner Abwehr für ein milderes Mittel entscheidet und der Angreifer - wie hier - bei einer beabsichtigten Drohung mit der Schusswaffe zu Tode kommt, weil sich - vom Nothilfeleistenden nicht gewollt - ein Schuss löst. Mithin kommt es im vorliegenden Falle darauf an, ob der Angeklagte bei bewußter Abgabe eines gezielten Schusses durch Notwehr gerechtfertigt gewesen wäre.

2. Grundsätze zur Erforderlichkeit eines Schusswaffeneinsatzes

In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist anerkannt, daß der lebensgefährliche Einsatz einer Schusswaffe nur das letzte Mittel der Verteidigung sein kann. Grundsätzlich muß der Verteidiger - wenn eine bloß verbale Androhung von vornherein aussichtslos erscheint - vor dem tödlichen Schuss einen weniger gefährlichen Waffeneinsatz wie etwa einen ungezielten Warnschuss versuchen. Jedoch gilt auch für die Verwendung einer Waffe, selbst einer solchen, die wie vom Angeklagten ohne waffenrechtliche Erlaubnis eingesetzt wird, der allgemeine notwehrrechtliche Grundsatz, daß der Verteidiger berechtigt ist, dasjenige Abwehrmittel zu wählen, das er zur Hand hat und das eine sofortige und endgültige Beseitigung der Gefahr gewährleistet; unter mehreren Abwehrmöglichkeiten ist er auf die für den Angreifer, minder einschneidenden nur dann verwiesen, wenn ihm Zeit zur Auswahl sowie zur Abschätzung der Gefährlichkeit zur Verfügung steht und die für den Angreifer weniger gefährliche Abwehr geeignet ist, die Gefahr zweifelsfrei und sofort endgültig auszuräumen. Ein nicht bloß geringes Risiko, daß das mildere Mittel fehlschlägt und dann keine Gelegenheit für den Einsatz des stärkeren bleibt, braucht der Verteidiger zur Schonung des rechtswidrig Angreifenden nicht einzugehen. Dabei sind Stärke und Gefährlichkeit des Angriffs gegen die Verteidigungsmöglichkeiten abzuwägen. Ist dem Angreifer die Existenz einer dem Verteidiger zur Verfügung stehenden Waffe unbekannt, muß je nach Lage vom Verteidiger regelmäßig verlangt werden, daß er die Verwendung der Waffe androht, ehe er sie lebensgefährlich einsetzt (vgl. nur BGHSt 26, 143, 146; 26, 256, 258; BGH NStZ 1996, 29, StV 1999,143).

3.Rechtfertigung des Schusswaffeneinsatzes im vorliegenden Fall

Die Ausführungen des Landgerichts werden diesen Maßstäben nicht in jeder Hinsicht gerecht. Die bisherigen Feststellungen reichen nicht aus, um abschließend beurteilen zu können, ob die Abgabe des Schusses auf den Kopf des angreifenden V. mit naheliegender tödlicher Wirkung durch Notwehr gerechtfertigt gewesen wäre oder ob der Angeklagte jedenfalls nach § 33 StGB

straffrei bleiben muß.

a) Erforderlichkeit des Einsatzes einer Schusswaffe durch den Angeklagten

Die getroffenen Feststellungen legen allerdings nahe, daß der Einsatz der Schusswaffe hier erforderlich war. Der Angeklagte, ein zur Tatzeit 66jähriger Rentner mit einem Bandscheibenleiden und einer Handgelenksarthrose, war mit seiner Lebensgefährtin in seiner eigenen Wohnung angegriffen worden; beide befanden sich in einem auch grundrechtlich besonders geschützten Bereich (vgl. Art. 13 Abs. 1 GG). Zu diesem hatte sich der angreifende V. durch Eintreten der Tür Zugang verschafft. Am Zustandekommen der Trunkenheit und des Aggressionsausbruchs des Angreifers war der Angeklagte nicht beteiligt; hinsichtlich seiner Lebensgefährtin ergibt sich aus den Feststellungen nichts anderes. Er hatte zunächst versucht, V zu beschwichtigen. Dies war fehlgeschlagen; er war selbst zu Boden gegangen. Bei V., handelte es sich - wie der Zusammenhang der Urteilsgründe ergibt - ersichtlich um einen durchaus kräftigen jungen Mann. Aufgrund seiner alkoholbedingten Enthemmung und seiner zustandsbedingten Neigung zu Gewalttätigkeiten war er erkennbar durch Zureden nicht zu bremsen. Eine körperliche Auseinandersetzung mit ihm konnte naheliegender Weise für den Angeklagten nicht ernstlich in Betracht kommen. V. drohte, die Zeugin P. umzubringen und zerrte die schreiende, sich am Treppengeländer festhaltende, zu Boden gebrachte Frau, die sich heftig wehrte, nach und nach die Treppe hinunter. Dabei trat er mehrfach auf sie ein. Bei dieser festgestellten "Auseinandersetzungslage" drängte es sich auf, daß augenblicklich auch schwerwiegende und lebensgefährliche Verletzungen der Zeugin P. eintreten konnten. Es liegt auf der Hand, daß etwa ein Aufschlagen des Kopfes der Zeugin auf die Treppenstufen ebenso in Betracht kam wie eine schwerwiegende Rücken- oder gar Rückgratverletzung. Das ergibt sich schon aus der vom Landgericht beschriebenen Vorgehensweise des Angeklagten und den Feststellungen zur Lage der Zeugin bei Rückkehr des nunmehr bewaffneten Angeklagten in das Treppenhaus. Wenn das Landgericht dennoch ohne nähere Angaben ausführt, die unmittelbare Gefahr einer schweren Verletzung oder der Tötung der Zeugin P. habe zu diesem Zeitpunkt nicht bestanden, so steht das nicht ohne weiteres im Einklang mit dem festgestellten Verlauf. Es hätte der Darlegung besonderer Umstände bedurft, die diese Bewertung hätten tragen können. Das gilt zumal deshalb, weil der Angeklagte sich ausdrücklich dahin eingelassen hatte, er habe tödliche Verletzungen seiner Lebensgefährtin befürchtet (UA S. 14). Das Landgericht meint indessen, "akute Anzeichen dafür" habe der Angeklagte nicht zu schildern vermocht. Das ist schon deswegen rechtsfehlerhaft, weil die Einlassung des Angeklagten im Einklang mit den im übrigen getroffenen Feststellungen steht. Diese ergeben ohne weiteres eine beträchtliche Gefahr für Leib und Leben der Zeugin P., zumal der äußerst aggressiv auftretende, enthemmte V. gedroht hatte, diese umzubringen. Wollte die Strafkammer bei dieser Sachlage dennoch eine erhebliche Leibes- oder Lebensgefahr verneinen, so hätte sie das näher begründen müssen. Es konnte nicht Sache des Angeklagten sein, weitere Gründe für seine Befürchtung erheblicher Verletzungen oder gar des Todes der Zeugin P. vorzubringen. Das diese nicht unbegründet war, ergibt sich aus dem vom Landgericht festgestellten Geschehensablauf.

b) Erforderlichkeit eines Schusses in den Oberkörper bzw. das Gesicht

War der Einsatz der Schusswaffe durch den Angeklagten - da andere schnell wirksame Mittel zur Abwehr des massiven Angriffs auf seine Lebensgefährtin ersichtlich nicht zur Verfügung standen - erforderlich, so wäre zu erwägen gewesen, daß ihm - hätte er die Situation richtig erfaßt - für die Abgabe eines Schusses nur eine einzige Patrone zur Verfügung stand (vgl. zu ähnlichen Fallgestaltungen BGHR StGB § 32 Abs. 2 Erforderlichkeit 4, 6 "letzte Patrone"). Diese Besonderheit des Falles führt angesichts der Erregung des Angeklagten sowie der naheliegenden Gefahr des Eintretens auch schwerster Verletzungen beim Hinunterzerren der zu Boden gebrachten, auf dem Rücken liegenden Lebensgefährtin, der ausgesprochenen Todesdrohung und dem Eintreten des Angreifers auf das Opfer dazu, daß der Angeklagte sich nicht auf die Abgabe eines Schusses etwa auf die Beine des Angreifers beschränken mußte. Dies wäre - zumal in Rücksicht auf die Aggressivität des Angreifers eine mit hohem Fehlschlagsrisiko behaftete Abwehr gewesen, bei der ihm anschließend kein weiterer Schuss für eine erfolgreiche Verteidigung mehr zur Verfügung gestanden hätte. Die Abgabe eines Warnschusses kam aus demselben Grund nicht in Betracht, wäre im übrigen im Treppenhaus ohnehin in hohem Maße gefährlich für alle Beteiligten gewesen. Schließlich wäre weiter zu bedenken gewesen, daß dem Angeklagten wegen des dynamischen Geschehensablaufes kaum Zeit zum Überlegen verblieb und er durch den Angriff in seiner eigenen Wohnung aus dem Schlaf gerissen worden war. Bei dieser Lage, der Stärke und Gefährlichkeit des Angriffs und den gegebenen, stark ein geschränkten Verteidigungsmöglichkeiten lag es nahe, auch die Abgabe eines gezielten, den Angriff sicher sofort beendenden Schusses für objektiv erforderlich zu erachten. Die Erwägungen des Landgerichts gehen auf die Besonderheiten des Falles nicht hinreichend ein; sie lassen nicht erkennen, daß es die Grundsätze der Rechtsprechung zur Auslegung der Notwehrvorschrift genügend bedacht hat.

c) Einschränkung des Notwehrrechts wegen "innerfamiliärer Streitigkeit"

In diesem Zusammenhang begegnet es weiter rechtlichen Bedenken, daß das Landgericht bei seiner rechtlichen Bewertung die Auseinandersetzung als "innerfamiliäre Streitigkeit" bezeichnet. Das könnte darauf hindeuten, daß es von einer Einschränkung des Notwehrrechts ausgeht. Dies wäre in zweifacher Hinsicht rechtsfehlerhaft: Die Urteilsfeststellungen ergeben, daß dem Angriff des V. gerade kein Streit vorausgegangen ist, an dem die Zeugin P. oder der Angeklagte beteiligt war. Der Angriff erfolgte vielmehr unvermittelt und ohne erkennbaren äußeren Grund. Das Notwehrrecht war schließlich nicht deshalb eingeschränkt, weit der Angreifer mit der Tochter der Zeugin P. verheiratet war. Dies geht auf die Willensentschließung der Tochter zurück, die mit V. in einer anderen Wohnung lebte. Ein irgendwie geartetes sonstiges, zu erhöhter Rücksichtnahme in der gegebenen Lage verpflichtendes persönliches Näheverhältnis zwischen dem Angreifer und der Zeugin P. oder dem Angeklagten ist nicht ersichtlich. Es wäre hier für die Frage einer etwaigen Begrenzung des Notwehrrechts auch deshalb unerheblich, weil der Angriff nach gewaltsamem Eindringen in die Wohnung der Zeugin P. und des Angeklagten, einem besonders schutzwürdigen Bereich, erfolgte. Etwas anderes ergibt sich auch nicht im Blick auf die Alkoholisierung des V.

Dieser neigte in einem solchen Zustand gerade zu Gewalttätigkeiten. Das kann unter den vorliegenden Umständen indessen nicht dazu führen, daß der Verteidigende ein hohes Maß an Leibes- und gar an Lebensgefahr ohne Aussicht auf erfolgversprechende Abwehr hinnehmen muß.

d) Androhung des Schusswaffeneinsatzes als milderes Mittel

Danach hängt die Annahme des Rechtfertigungsgrundes der Notwehr weiter davon ab, ob und wie der Angeklagte den Schusswaffengebrauch androhen mußte und ob dies geschehen ist (vgl. dazu auch BGH StV 1999, 145, 146). Das Landgericht hält hier eine "deutliche" Ankündigung des Waffeneinsatzes und eine vorherige Warnung für geboten, die es im Ergebnis vermißt. Die Würdigung hierzu ist indessen lückenhaft; sie läßt zudem besorgen, daß die Strafkammer die Anforderungen an eine solche Androhung überspannt hat. Die Androhung hat den Sinn, dem Angreifer vor einem lebensgefährlichen Einsatz der Waffe davon Kenntnis zu geben, daß der Verteidigende über eine solche verfügt. Je nach "Auseinandersetzungslage" ist auch die ins Auge gefaßte Verwendung, also der konkrete Einsatz anzudrohen. Wie dies zu geschehen hat, ist nicht zwingend vorgegeben. Anders als etwa bei einem für solche Konfliktlagen Ausgebildeten, der auch für extreme Belastungssituationen richtige Verhaltensweisen eingeübt hat, kann von einem aus dem Schlaf gerissenen, auf einen Angriff nicht gefaßten Menschen nicht ohne weiteres ein in jeder Hinsicht überlegtes Verhalten erwartet werden. Entscheidend ist, daß der Angreifer in den Stand gesetzt wird, die Bewaffnung des Verteidigers wahrzunehmen und zu erkennen, daß dieser bereit ist, die Waffe gegen ihn einzusetzen, falls er mit seinem Angriff fortfährt. Dazu ist nicht stets ein mündlicher Anruf oder Hinweis erforderlich; vielmehr hängt die Art und Weise der Androhung ebenfalls von den jeweiligen Umständen des Falles ab. Je nach der Intensität und Gefährlichkeit des Angriffs in dem beim Einsatz der Schusswaffe gegebenen Stadium kann deshalb möglicherweise schon eine Drohwirkung genügen, die von dem bloßen Vorzeigen der Schusswaffe und einem etwaigen Zielen auf den Angreifer ausgeht. Hierauf geht das Urteil nicht näher ein. Das Landgericht führt lediglich aus, der Angeklagte habe "weder mit Worten auf die Waffe aufmerksam gemacht noch deren Einsatz für den Fall angedroht, daß er nicht von der Zeugin P. ablasse" (UA S. 9). Was mit Letzterem gemeint ist, bleibt unklar. Da der angreifende V. sich treppabwärts vor der Zeugin P. befand und dabei war, diese weiter auf der Treppe herabzuzerren, während der Angeklagte von oben aus seiner Wohnung herbeieilte, liegt nahe, daß V. die Schusswaffe in der Hand des Angeklagten vor deren Einsatz erkannt hatte, aber seinen Angriff dennoch fortsetzte. Möglicherweise konnte er zuvor auch wahrnehmen, daß der Angeklagte die Waffe auf ihn gerichtet hatte. Das hätte der Erörterung bedurft, weil eine solche konkludente Drohung angesichts des Maßes der Gefahr für die Zeugin P. hier ausreichend sein konnte. Das Landgericht meint zwar im Rahmen seiner rechtlichen Würdigung, dem angreifenden V. sei keine Zeit zur Reaktion verblieben. Wie es zu dieser Annahme kommt, wird aber durch die Beweiswürdigung nicht erhellt. Bei der erforderlichen Würdigung der Beweise ist zu bedenken, daß nach dem Zweifelssatz zu Gunsten des Angeklagten als Verteidiger von der ihm günstigeren Sachverhaltsannahme auszugehen ist, wenn sich bestimmte, nicht fernliegende Möglichkeiten des Tatverlaufs nicht zur Überzeugung des Tatrichters aus schließen lassen. Danach bedarf die Frage der Notwehr insgesamt der erneuten Prüfung.

4. Entschuldigung des Angeklagten wegen Notwehrüberschreitung gem. § 33 StGB

Auf all das käme es indessen nicht an, wenn der Angeklagte - was hier nahe liegen dürfte - jedenfalls wegen Notwehrüberschreitung straffrei zu bleiben hätte. Nach § 33 StGB wird nicht bestraft, wer als Verteidiger die Grenzen der Notwehr aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken überschreitet. Die Strafkammer hat dies geprüft und verneint. Das begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Der Angeklagte hatte sich auf Furcht

vor schwerwiegenden Verletzungen seiner Lebensgefährtin berufen. Die Kammer führt aus, er habe sich zwar in verständlicher Erregung befunden, keinesfalls aber in Panik. Die Notwehrüberschreitung sei nicht aus "gesteigerter Furcht" erfolgt (UA S. 14/15). Eine erhebliche Beeinträchtigung seiner Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit habe nicht vorgelegen. Das läßt besorgen, daß die Strafkammer auch zu hohe Anforderungen an die Annahme einer strafbefreienden Notwehrüberschreitung gestellt hat. Zwar ist nicht schon jedes Angstgefühl als Furcht im Sinne des § 33 StGB zu beurteilen; vielmehr muß durch das Gefühl des Bedrohtseins die Fähigkeit, das Geschehen zu verarbeiten und ihm angemessen zu begegnen erheblich reduziert sein (vgl. BGHR StGB § 33 Furcht 2, 4; BGH NStZ-RR 1997, 65). Der Affekt muß nicht die alleinige oder auch nur überwiegende Ursache für die etwaige Überschreitung der Notwehrgrenzen gewesen sein; es genügt, daß er - neben anderen gefühlsmäßigen Regungen - für die Notwehrüberschreitung mit ursächlich war. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, daß der Angreifer die ihn treffenden Folgen einer überzogenen Abwehr selbst und allein verantworten muß, wenn er durch sein Handeln einen jener Affekte ausgelöst hat (Verwirrung, Furcht oder Schrecken), die den Angegriffenen über die Grenzen der Notwehr hinausgehen ließen (BGH StV 1999, 145, 146/147).

Auf dieser rechtlichen Grundlage hätte die Strafkammer alle Tatumstände berücksichtigen müssen und das Geschehen nicht nur unter dem Gesichtspunkt der vorherigen Medikamenteneinnahme und des Überraschtwerdens im Schlafe würdigen dürfen; sie hätte auch die Wirkungen erwägen und darstellen müssen, die für den Angeklagten von dem überraschenden und massiven nächtlichen Angriff auf seine Lebensgefährtin gerade in der eigenen Wohnung ausgingen. Für eine erhebliche Verringerung der Fähigkeit zu einer angemessenen Reaktion konnte hier auch sprechen, daß der Angeklagte in seiner auch vom Landgericht angenommenen - Erregung den Ladezustand seiner Waffe nicht bedachte.

5. Voraussehbarkeit der Tatbestandsverwirklichung

Darüber hinaus ist im Auge zu behalten, daß die genannten Umstände selbst unter der Annahme fahrlässiger Tötung auch Bedeutung für die Frage der Voraussehbarkeit der Tatbestandsverwirklichung haben und deshalb auch in diesem Punkt tragfähiger Bewertung bedurft hätten. Der bloße Hinweis darauf, der Angeklagte, der annahm, seine Waffe sei ungeladen, hätte sich durch einfaches Aufklappen der Revolvertrommel vom Ladezustand der Waffe überzeugen können, sein Irrtum sei deshalb vermeidbar gewesen (UA S. 8), genügte dazu nicht. Er wird in seiner bündigen Kürze der Befindlichkeit des Angeklagten und der Angriffslage nicht vollends gerecht.

6. Annahme von Tateinheit

Die Verurteilung des Angeklagten kann schließlich schon deshalb keinen Bestand haben, weil auch der Schuldspruch wegen des tateinheitlichen Ausübens der tatsächlichen Gewalt über den vom Angeklagten eingesetzten Revolver mit einem Rechtsfehler behaftet ist und das Landgericht das Konkurrenzverhältnis zu dem Tötungsdelikt nicht zutreffend beurteilt hat. Da der Angeklagte sich auch nach Auffassung des Landgerichts in einer Nothilfesituation befand, durfte er den Revolver in dieser Lage - wenigstens als Drohmittel verwenden. Damit entfällt zugleich die Strafbarkeit wegen des damit einhergehenden Ausübens der tatsächlichen Gewalt über diese Waffe (BGH NStZ 1981, 299; BGHR StGB § 32 Abs. 1 Rechtfertigung 1). Die Strafkammer hat die damit teilweise gegebene Straflosigkeit des Waffendelikts nicht berücksichtigt und ist daher von einem zu weitgehenden Schuldumfang ausgegangen. Sie hat ausdrücklich den langandauernden Besitz gleich zweier Schusswaffen straferschwerend gewertet (UA S. 16). Die in der Nothilfesituation gerechtfertigte Verwendung des Revolvers begründet überdies eine Zäsur. Das strafbare unerlaubte Ausüben der tatsächlichen Gewalt und der anschließende Einsatz der Waffe - auch dann, wenn ihn der neue Tatrichter wiederum als strafbar erachten sollte - würden sich vielmehr als mehrere Taten erweisen (§ 53 StGB; BGHR StGB § 32 Abs. 1 Rechtfertigung 1; Kuckein, in: KK, 4. Aufl., § 358 Rdn. 30 m.w.Nachw.).

Standort: § 27 StGB — Problem: Beihilfe durch berufstypisches Verhalten

BGH, URTEIL VOM 08.03.2001
4 STR 453/00 (WISTRA 2001,215)

Problemdarstellung:

Mit der nachstehenden Entscheidung überträgt der BGH die vorwiegend im Bereich des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts entwickelten Grundsätze zur Beihilfe durch berufstypische "neutrale" Handlungen auf die Erstellung von Befehlen zur Grenzsicherung der DDR. Da die Angekl. an der Erstellung solcher Befehle mitwirkten, die nicht lediglich strafrechtlich relevantes Verhalten gegenüber sog. Grenzverletzern, sondern auch legitime Interessen der Landesverteidigung der DDR betrafen, geht der 4. Senat davon aus, dass es

sich um "berufstypisches militärisches Verhalten" handelt, welches bezogen auf die Tötung von von Grenzflüchtlingen als "neutral" einzustufen sei. Daher stelle sich das Verhalten der Angekl. bei der gebotenen bewertenden Betrachtungsweise als straflose Mitwirkung und nicht als Beihilfe dar.

Prüfungsrelevanz:

Die Strafbarkeit der Mauerschützen und ihrer Befehlsgeber wirft zahlreiche rechtliche Problemstellungen auf. Neben Fragen des internationalen Strafrechts (s. Tröndle/Fischer, vor § 3, Rn. 54 ff.) und - damit eng zusammenhängend - der Rechtfertigung oder Entschuldigung des Schusswaffengebrauchs an der innerdeutschen Grenzen (s. z.B. BGH, NJW 2000, 3079 = RA 2000, 643) geht es dabei vorwiegend um die Konstruktion einer mittelbaren Täterschaft insbesondere der Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates der DDR (grundlegend BGHSt 40, 218; BGH, NJW 2000, 443 = RA 2000, 152).

Die besondere Prüfungsrelevanz der vorliegenden Entscheidung liegt in der Übertragung der Grundsätze der Beihilfe durch neutrale Handlungen auf militärisches Verhalten. Während die Literatur zur Bewertung von berufsbedingtem und berufstypischem Alltagsverhalten überwiegend Kriterien der objektiven Zurechnung ("soziale Adäquanz", "professionelle Adäquanz", "missbilligte Risikoschaffung") heranzieht, arbeitet die - uneinheitliche - Rechtsprechung vorwiegend mit dem subjektiven Kriterium des sog. Tatförderungswillens.

Vertiefungshinweise:

- Tatherrschaft kraft organisierten Machtapparates: *BGH*, BGHSt 40, 218; *Roxin*, JZ 1995, 51; *Jakobs*, NStZ 1995, 26
- Beihilfe durch neutrale Handlungen: *BGH*, RA 2000, 637 = NJW 2000, 3010; *Roxin*, FS Stree/Wessels, S. 378
- Überblick zur Beihilfe: *Tag*, JR 1997, 49; *Geppert*, Jura 1999, 266; *Ambos*, JA 2000, 721).

Kursprogramm:

- *Examenskurs*: "Kein Blut für Draci"

Leitsatz:

Die Mitwirkung bei der Erstellung der Befehle zur Grenzsicherung der früheren DDR ist für sich allein noch keine strafbare Beihilfe zu der an der Grenze erfolgten Tötung und Verletzung von Personen durch die dort verlegten Minen.

Sachverhalt:

Der Angeklagte H. war im Zeitraum vom 24. Oktober 1979 bis 15. September 1983 Stellvertreter des Kommandeurs für Ausbildung des Grenzkommandos Nord der Grenztruppen der DDR. Ihm oblag in dieser Eigenschaft im wesentlichen die Planung, Organisation und Durchführung der Aus- und Weiterbildung der Grenzsoldaten; die Ausbildung der die Minen- und Selbstschussanlagen an der Grenze verlegenden, wartenden und bedienenden Soldaten fiel jedoch nicht in seinen Verantwortungsbereich. Der Angeklagte Sch. war in der Zeit vom 24. Oktober 1979 bis zum 26. Juni 1984 Stellvertreter des Kommandeurs für technische Ausrüstung des Grenzkommandos Nord. In seinen Zuständigkeitsbereich fiel hauptsächlich die Planung, Organisation und Sicherstellung der Einsatz- und Gefechtsbereitschaft des Kraftfahrzeug-und Panzerdienstes im Grenzkommando. Mit Aufgaben im Zusammenhang mit der Verlegung, Wartung oder Instandsetzung der Minen- und Selbstschußanlagen war er ebenfalls nicht betraut.

Die konkrete Durchführung der Grenzsicherung an der innerdeutschen Grenze durch die Grenztruppen der DDR (vgl. hierzu BGHSt 45, 270, 272-274) erfolgte im Tatzeitraum auf den verschiedenen Kommandoebenen durch jährliche Grundsatzbefehle. Hierbei verlief der Befehlsweg dergestalt, daß der Minister für Nationale Verteidigung in der Regel jährlich an den Chef der Grenztruppen den Befehl 101 gab; der Chef der Grenztruppen setzte diesen Befehl um durch den Befehl mit der Nr. 80 an die Chefs der drei Grenzkommandos; diese erließen auf dessen Grundlage Befehle mit der Nr. 40 an die Kommandeure der einzelnen Grenzregimenter, die diese ihrerseits durch Befehle mit der Nr. 20 umsetzten. Die Befehle waren auf den verschiedenen Ebenen so abgefaßt, daß von allgemeinen Regelungen in den Befehlen 101 bis zu konkreten Festlegungen einzelner Bereiche in den Befehlen 40 und 20 eine zunehmende Konkretisierung erfolgte. Sämtliche Handlungen der Grenztruppen, insbesondere auch die Verminung des Grenzgebietes, beruhten auf dieser Befehlskette.

Der Erlaß des Jahresbefehls 40, der jeweils vom 1. Dezember des Erlaßjahres bis zum 30. November des Folgejahres Gültigkeit hatte, erfolgte in dem hier maßgeblichen Zeitraum für das Grenzkommando Nord wie folgt: Jeder der insgesamt fünf Stellvertreter des Kommandeurs, also auch die Angeklagten, hatten zu ihrem jeweiligen Aufgabenbereich einen Teilbeitrag zu einem Befehlsentwurf zu erarbeiten. Diesen Teilbeitrag mußten sie bis zu einem bestimmten Termin dem Stellvertreter des Kommandeurs und Stabschef übergeben, der daraus unter Hinzufügung eines eigenen Teilbeitrags für seinen Aufgabenbereich den Entwurf des Befehls fertigte und diesen dem Kommandeur vorlegte, der ihn schließlich in seinen Befehl umsetzte.

Beide Angeklagten wirkten in der beschriebenen Weise an der Erstellung der Befehle 40 des Grenzkommandos Nord der Jahre 1979, 1981 und 1982 mit, der Ange-

klagte Sch. darüber hinaus auch an der Erstellung des Jahresbefehls 1983. Eine weiter gehende Mitwirkung der Angeklagten bei der Anfertigung der Jahresbefehle, insbesondere im Hinblick auf die in diesen enthaltenen Anordnungen über die Verlegung, Instandhaltung und Bedienung der entlang der Grenze verlegten Minensperren, konnte das Landgericht nicht feststellen; ebensowenig konnte der genaue Inhalt der Teilbeiträge der Angeklagten ermittelt werden.

Im Geltungszeitraum der Befehle 40 der Jahre 1979, 1981, 1982 und 1983 (letzterer betrifft ausschließlich den Angeklagten Sch.) wurden im Bereich des Grenzkommandos Nord bei der Flucht aus der DDR in die Bundesrepublik Deutschland durch detonierende Minen im April 1980 eine Person getötet sowie im Januar und Februar 1982 zwei Personen, im Oktober und Dezember 1983 je eine weitere Person und im Juni 1984 eine Person schwer verletzt. Diese Fälle sind Gegenstand des Revisionsverfahrens.

Aus den Gründen:

Das Landgericht hat die Angeklagten vom Vorwurf des Totschlags, der (schweren) Körperverletzung sowie der hierzu in mehreren Fällen begangenen Beihilfe freigesprochen. Gegen dieses Urteil wendet sich die Staatsanwaltschaft mit ihrer Revision, die sie (rechtswirksam) auf die Freisprüche der Angeklagten vom Vorwurf der Beihilfe zum Totschlag bzw. zur Körperverletzung in den Fällen 4 bis 7 der Urteilsgründe beschränkt hat. Sie rügt die Verletzung materiellen Rechts und beanstandet, das Landgericht sei von einem zu engen Begriff des Hilfeleistens im Sinne von § 27 StGB ausgegangen. Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

I. Die Rechtsansicht des Landgerichts

Das Landgericht hat die Angeklagten insoweit aus Rechtsgründen vom Vorwurf der Beihilfe zum Totschlag bzw. zur (schweren) Körperverletzung freigesprochen und zur Begründung ausgeführt:

Beide Angeklagte hätten sowohl unter Zugrundelegung des Strafrechts der DDR als auch bei Anwendung des StGB keine die jeweilige Rechtsgutverletzung in einem nicht nur unerheblichen Maße erleichternde oder fördernde Hilfeleistung erbracht. Zwar hätten sie den Erlaß der hier relevanten Jahresbefehle 40 des Kommandeurs des Grenzkommandos Nord durch ihre Zuarbeit erleichtert und dadurch auch im weitesten Sinne die in den Grenztruppen der DDR bestehende Organisationsstrukturen aufrecht erhalten. Ihre Mitwirkung an den Jahresbefehlen sei jedoch nicht von einer solchen Qualität gewesen, daß sie als eine hinlängliche Hilfeleistung qualifiziert werden könne, die die Tötung oder Verletzung der betroffenen Personen adäquat kausal erleichtert oder gefördert hätte.

II. Revisionsrechtliche Überprüfung durch den BGH

Diese Ausführungen halten im Ergebnis der rechtlichen Nachprüfung stand. Das Landgericht hat in Bezug auf die den Verfahrensgegenstand bildenden Tötungs- und Verletzungshandlungen zu Recht ein Hilfeleisten durch die Angeklagten im Sinne des § 27 StGB verneint, so daß bereits aus diesem Grund eine Strafbarkeit der Angeklagten wegen Beihilfe zum Totschlag bzw. zur (schweren) Körperverletzung ausscheidet (§§ 315 Abs. 1 EGStGB, 2 Abs. 3 StGB; vgl. BGHSt 40, 169, 174).

1. Voraussetzungen des Hilfeleistens i.S. des § 27 I StGB

Allerdings teilt der Senat nicht die Auffassung des Landgerichts, durch die Mitwirkung der Angeklagten bei der Erstellung der Jahresbefehle 40 sei die Tötung oder Verletzung der betroffenen Personen im Sinne des § 27 StGB nicht "adäquat kausal erleichtert oder gefördert" worden.

a) Beihilfe zur Beihilfe

Gehilfe ist, wer vorsätzlich dem Täter zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat Hilfe leistet (§ 27 Abs. 1 StGB). Hierbei leistet auch derjenige dem Täter Hilfe, der seinerseits die Tatförderung eines (weiteren) Gehilfen unterstützt (sog. "Beihilfe zur Beihilfe", vgl. Roxin in LK-StGB 11. Aufl. § 27 Rdnr. 61 m.N.). Für die rechtliche Bewertung der Tatbeiträge der Angeklagten bedarf es daher hier nicht der Entscheidung, ob die für den Erlaß der Jahresbefehle 40 verantwortlichen Kommandeure des Grenzkommandos Nord in Bezug auf die Tötung oder Verletzung von Flüchtlingen durch Minensperren in ihrem Grenzbereich als (mittelbare) Täter (vgl. hierzu BGHSt 40, 218; 44, 204; 45, 270) oder ihrerseits (nur) als Gehilfen anzusehen sind.

b) Fördernde Wirkung der Beiträge der Angeklagten

Als Hilfeleistung im Sinne des § 27 StGB ist grundsätzlich jede Handlung anzusehen, welche die Herbeiführung des Taterfolges durch den Täter in irgendeiner Weise objektiv gefördert hat(vgl. BGHSt 42, 135, 136; BGH StV 1981, 72, 73; 2000, 492, 493), ohne daß sie für den Erfolg ursächlich gewesen sein muß (st. Rspr., vgl. nur BGHR StGB § 27 Abs. 1 Vorsatz 8; BGH StV 2000, 492, 493 jeweils m.w.N.). Die Hilfeleistung muß auch nicht zur Ausführung der Tat selbst geleistet werden, es genügt schon die Unterstützung bei einer vorbereitenden Handlung (BGHSt 28, 346, 348; BGH StV 2000, 492, 495 m.w.N.).

Nach den getroffenen Feststellungen hat zwar keiner der Angeklagten einen Tatbeitrag geleistet, der unmittelbar auf den Eintritt des Taterfolges, das heißt auf die Tötung oder Verletzung von Flüchtlingen durch Splitterminen, gerichtet war: Die Teilbeiträge der Angeklagten zu den Jahresbefehlen 40 bezogen sich ausschließ-

lich auf ihre engeren Aufgabenbereiche, die weder mit der Installation noch der Wartung oder Bedienung der Minensperren im Zusammenhang standen.
Die Teilbeiträge der Angeklagten zu den Befehlen 40 haben sich aber jedenfalls insoweit auf den Eintritt des Taterfolges ausgewirkt, als sie dem Kommandeur des Grenzkommandos Nord die Abfassung der Jahresbefehle, die - wie sie wußten -jeweils auch Anordnungen über die Verlegung und Instandhaltung von Minen im Grenzbereich enthielten, erleichterten. Dadurch ist die Tatbestandsverwirklichung - hier: die Tötung oder Verletzung der Flüchtlinge durch die im Grenzbereich verlegten Splitterminen gefördert worden. Entgegen der Auffassung des Landgerichts kann der Tatbeitrag der Angeklagten, den sie in ihrer Eigenschaft als Stellvertreter des Kommandeurs des Grenzkommandos geleistet haben, auch nicht als derart untergeordnet angesehen werden, daß ihm bereits aus diesem Grund die Qualität als Beihilfehandlung abgesprochen werden könnte.

2. Beihilfe durch "neutrale" Handlungen
Es ist jedoch anerkannt, daß nicht jede Handlung, die sich im Ergebnis objektiv tatfördernd auswirkt, als (strafbare) Beihilfe gewertet werden kann. Vielmehr bedarf es insbesondere in Fällen, die sog. "neutrale" Handlungen (vgl. hierzu Roxin aaO, § 27 Rdnr. 16 ff.;Tröndle/Fischer StGB 50. Aufl. § 27 Rdnr. 2a; Wohlers NStZ 2000, 169) betreffen, einer bewertenden Betrachtung im Einzelfall. So stellt beispielsweise nicht jede Mitwirkung eines Arbeitnehmers beim Umsatz in Kenntnis der diesem nachfolgenden Umsatzsteuerhinterziehung durch den Steuerpflichtigen (vgl. BGHR StGB § 27 Abs. 1 Hilfeleisten 3) oder jede Tätigkeit eines Bankangestellten im Zusammenhang mit einem Kapitaltransfer ins Ausland zugunsten von Kunden, die ihre Kapitalerträge den Finanzbehörden gegenüber verheimlichen (vgl. BGH, StV 2000,492), bereits Beihilfe zu dem Steuervergehen dar (vgl. auch BGHR StGB § 27 Abs. 1 Hilfeleisten 20 zur Tätigkeit eines Rechtsanwaltes bei der Erstellung eines Anlageprospektes, der zu betrügerischen Zwecken verwendet wird). Der Bundesgerichtshof hat daher in Fällen derartiger berufstypisch "neutraler" Handlungen folgende Grundsätze aufgestellt: Zielt das Handeln des Haupttäters ausschließlich darauf ab, eine strafbare Handlung zu begehen und weiß dies der Hilfeleistende, so ist sein Tatbeitrag in jedem Fall als strafbare Beihilfehandlung zu werten (BGHR StGB § 27 Abs. 1 Hilfeleisten 3, 20; BGH StV 2000, 493). Denn unter diesen Voraussetzungen verliert sein Tun stets den "Alltagscharakter", es ist als "Solidarisierung" mit dem Täter zu deuten (Roxin aaO. § 27 Rdnr. 19). Anderenfalls kommt straflose Mitwirkung in Betracht.

3. Übertragung der Grundsätze auf den vorliegenden Fall
Diese Grundsätze lassen sich auch auf den hier zu entscheidenden Fall übertragen (vgl. hierzu auch Rogall, Bewältigung von Systemkriminalität, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft Bd. IV, S. 383, 397/398). Ihre Anwendung führt zur Verneinung einer Beihilfestrafbarkeit der Angeklagten:
Die Jahresbefehle 101 bis 20 betrafen nicht ausschließlich strafrechtlich relevantes Verhalten gegenüber sog. "Grenzverletzern", sondern auch legitime Belange der Landesverteidigung der ehemaligen DDR sowie deren Grenzsicherung nach Außen. Die Mitwirkung der beiden Angeklagten bei der Erstellung der Befehle 40 beschränkte sich zudem auf die ihnen zugewiesenen, in keinem Zusammenhang mit der Verminung des Grenzgebietes stehenden militärischen Aufgabenbereiche; sie war damit "berufstypisch" und bezogen auf die den Verfahrensgegenstand bildenden Rechtsgutsverletzungen "neutral". Zwar wußten die Angeklagten, daß die Jahresbefehle auch Anordnungen über die Verlegung, Instandhaltung und Bedienung von Minen enthalten würden. Ihre eigenen Beiträge hatten jedoch jeweils eine eigenständige Bedeutung; sie blieben auch ohne die strafbaren Handlungen der Haupttäter"sinnvoll" (vgl. Roxin aaO. § 27 Rdnr. 17) und können hiervon losgelöst rechtlich beurteilt werden (vgl. auch BGHR StGB § 27 Abs. 1 Hilfeleisten 3; BGH StV 2000, 492, 494). Bei der gebotenen bewertenden Betrachtungsweise stellt sich daher das Verhalten dieser Angeklagten bei der Erstellung der Jahresbefehle nur als straflose Mitwirkung dar.

4. Ergebnis
Da weitere tatfördernde Handlungen der Angeklagten - wie auch die Revision einräumt - nicht festgestellt werden konnten, erweist sich das Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft im Ergebnis als unbegründet.

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht — Problem: Postmortales Persönlichkeitsrecht

BVERFG, BESCHLUSS VOM 05.04.2001
1 BVR 932/94 (DVBL 2001, 985)

Problemdarstellung:

Das BVerfG hatte sich vorliegend mit der Frage zu beschäftigen, ob und wie das Persönlichkeitsrecht des Menschen nach dessen Tode fortwirkt. Während manche davon ausgehen, dass auch der postmortale Persönlichkeitsschutz über das aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG entwickelte, allgemeine Persönlichkeitsrecht gewährleistet sei (OLG Hamburg, NJW 1990, 1985; Stern, Staatsrecht III/1, S. 1052 m.w.N.), bejahen BVerfG und h.L. ausschließlich ein postmortales Persönlichkeitsrecht unmittelbar aus Art. 1 I GG (BVerfG NJW 1971, 1645 mit Anm. Brünneck; NJW 1993, 1462; Murswiek, in: Sachs, GG, Art. 2 Rz. 78 m.w.N.).

Der h.M. entsprechend ist der aus Art. 1 Abs. 1 GG resultierende Schutz des postmortalen Persönlichkeitsrechts nicht identisch mit den Schutzwirkungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Diese unterscheiden sich gerade darin, dass das allg. Persönlichkeitsrecht mit dem Tode endet, die Menschenwürde jedoch über diesen hinaus fortwirkt. Zudem ist die Menschenwürde im Konflikt mit anderen Grundrechten - hier: der Meinungsfreiheit - nicht abwägungsfähig, während es beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht regelmäßig zu einer Abwägung kommen muss (so schon BVerfGE 93, 266, 293). Verneint man allerdings jede Rechtfertigung eines Eingriffs in das postmortale Persönlichkeitsrecht, muss eine gewisse Korrektur bereits beim Eingriff in den Schutzbereich desselben erfolgen. Das BVerfG prüft deshalb in der nachstehenden Entscheidung die Voraussetzungen, unter denen ein Eingriff angenommen werden kann, besonders streng.

Prüfungsrelevanz:

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht war in der jüngeren Vergangenheit immer wieder Gegenstand von Gerichtsentscheidungen (vgl. nur BVerfG, RA 2000, 414 = NJW 2000, 1859 - Lebach II-; BVerfG, RA 1999, 483 - Gegendarstellungsanspruch -). Wegen seiner fortdauernden Aktualität und der Tatsache, dass es sowohl in zivilrechtliche wie verwaltungs- oder verfassungsrechtliche Aufgaben eingebaut werden kann, besitzt es besondere Prüfungsrelevanz. Beachtet werden sollte unbedingt die - zwar nicht unstreitige, vom BVerfG jedoch in st. Rspr. vorgenommene - Unterscheidung zwischen allgemeinem (Art. 2 I i.V.m. 1 I GG) und postmortalem (Art. 1 I GG) Persönlichkeitsrecht mit den o.g. Konsequenzen für die (einfache bzw. qualifizierte) Prüfung des Eingriffs und der (möglichen bzw. nicht möglichen) Rechtfertigung desselben.

Vertiefungshinweise:

- Zum postmortalen Persönlichkeitsrecht: *BVerfGE* 30, 173 (Mephisto) mit ausführlicher Besprechung durch *Hager*, Jura 2000, 186
- Zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht: *Degenhart*, JuS 1992, 361; *Zacharias*, JA 2000, 549
- Zum Spannungsverhältnis von Meinungskampf und Ehrschutz: *Roellecke*, JZ 1980, 701; *Kriele*, NJW 1994, 1897

Kursprogramm:

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

Leitsätze (der Redaktion):

1. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Menschen aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG endet mit seinem Tode; die Menschenwürde aus Art. 1 I GG wirkt jedoch als postmortales Persönlichkeitsrecht über den Tod hinaus fort.

2. Ein Eingriff in Art. 1 I GG begründet zugleich eine Verletzung der Menschenwürde. Eine Abwägung mit kollidierenden Freiheitsrechten (hier: Meinungsfreiheit aus Art. 5 I 1 GG) zur Rechtfertigung des Eingriffs findet nicht statt.

3. Zum Eingriff in das postmortale Persönlichkeitsrecht durch Wahlkampfäußerungen einer politischen Partei.

Sachverhalt:

Die Bf. ist die Tochter des 1979 verstorbenen, früheren Senatspräsidenten und Bürgermeisters der Freien Hansestadt Bremen, Wilhelm Kaisen. Vor der Wahl zur Bürgerschaft im September 1991 erstellte die Deutsche Volksunion (DVU) ein als "Deutsche Wochen-Zeitung" betiteltes, vierseitiges Wahlkampfblatt, das an alle bremischen Haushalte verteilt wurde. Auf der dritten Seite

befanden sich unter der Überschrift "Auch sie würden DVU wählen" Portraits von Wilhelm Kaisen, Kurt Schumacher, Friedrich Ebert und Friedrich Engels. Den Fotos waren jeweils Äußerungen der betroffenen Politiker zugeschrieben. Neben dem Portrait Kaisens stand: "Wilhelm Kaisen, nationaler Sozialdemokrat, 1945-1965 Bremer Bürgermeister. Er sagte: "Deutschland ist nicht Deutschland ohne seine Unabhängigkeit. Bremen ist ein Treuhänder unseres gesamten Volkes. Es hat sich früher immer nur als Treuhänder des Reiches gefühlt. Nicht ohne Grund haben unsere Vorgänger hier die Bilder der alten deutschen Kaiser angebracht." Die Äußerung wurde überwiegend aus einzelnen Sätzen und Satzteilen einer Rede Kaisens zusammengesetzt, der letzte Satz des Zitats hingegen nur in Anlehnung an eine Bemerkung Kaisens formuliert.
Im Ausgangsverfahren nahm die Bf. die DVU in Anspruch, es zu unterlassen, die Behauptung, Wilhelm Kaisen würde heute DVU wählen, aufzustellen oder zu verbreiten. Das LG gab der Klage statt, das OLG wies sie letztinstanzlich ab, da die von der DVU verbreiteten Äußerungen als von der Meinungsfreiheit gedeckte Wertungen zulässig seien, die Persönlichkeitsrecht und Menschenwürde Wilhelm Kaisens unangetastet ließen.

Hat eine Verfassungsbeschwerde (Vb.) der Bf. gegen das Urteil des OLG Erfolg?

Lösung:
Die Vb. hat Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

I. Zuständigkeit des BVerfG
Das BVerfG ist über Art. 93 I Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG für die Entscheidung über die Vb. zuständig.

II. Beteiligtenfähigkeit
Die Bf. ist als natürliche Person "jedermann" i.S.d. Art. 93 I Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG und damit beteiligtenfähig.

III. Beschwerdegegenstand
Tauglicher Beschwerdegegenstand der Vb. ist jeder Akt der öffentlichen Gewalt, Art. 93 I Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG. Die öffentliche Gewalt liegt in den Händen der Legislative, Exekutive und Judikative, Art. 20 II, 1 III GG. Vorliegend wenden sich die Bf. gegen das Urteil des OLG. Dieses ist ein Akt der Judikative und somit tauglicher Beschwerdegegenstand.

IV. Beschwerdebefugnis
Die Bf. müsste ferner beschwerdebefugt i.S.d. § 90 I BVerfGG sein. Dies setzt voraus, dass sie durch den angegriffenen Akt öffentlicher Gewalt möglicherweise in ihren Grundrechten verletzt und selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen ist.

1. Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung
Die Möglichkeit einer Grundrechtsvertezung setzt voraus, dass es zumindest nicht von vornherein ausgeschlossen ist, dass die Bf. durch den angegriffenen Hoheitsakt in einem Grundrecht verletzt worden ist.

a. Mittelbare Drittwirkung
Das OLG hatte vorliegend über das Verhältnis zweier Privatrechtssubjekte - der Kl. als natürlicher Person und der DVU als Partei (Verein) und die Anwendung von zivilrechtlichen Normen (§§ 1004, 823 BGB) auf dieses Verhältnis zu entscheiden. Die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung würde von vornherein ausscheiden, wenn die Grundrechte in diesem Verhältnis nicht anwendbar, mithin vom OLG gar nicht zu prüfen gewesen wären. Immerhin binden diese zunächst und vor allem (nur) die Staatsgewalt, Art. 1 III GG.
Es ist jedoch mittlerweile nahezu allgemein anerkannt, dass sich die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte über dessen Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffe auch auf das Zivilrecht erstreckt (BVerfGE 7, 198, 205; 73, 261, 269; Jarass/Pieroth, GG, Art. 1 Rz. 25). Zu §§ 823, 1004 BGB formuliert das BVerfG:
"Im Ausgangsverfahren hatten das LG und das OLG über die Auslegung und Anwendung der § 1004 Abs. 1 Satz 2, § 823 Abs. 1 BGB zu befinden. Die Auslegung und Anwendung dieser verfassungsrechtlich unbedenklichen Vorschriften des Zivilrechts ist Sache der Zivilgerichte. Diese müssen dabei aber Bedeutung und Tragweite der von ihren Entscheidungen berührten Grundrechte beachten, damit deren wertsetzende Bedeutung auch auf der Rechtsanwendungsebene gewahrt bleibt (vgl. BVerfGE 7, 198, 205 ff.; st. Rspr.). Da der Rechtsstreit ungeachtet des verfassungsrechtlichen Einflusses ein privatrechtlicher bleibt und seine Lösung im Privatrecht findet, ist das BVerfG darauf beschränkt, nachzuprüfen, ob das OLG im Ausgangsverfahren den Einfluss des Verfassungsrechts bei der Auslegung und Anwendung der zivilrechtlichen Bestimmungen ausreichend beachtet hat (vgl. BVerfGE 18, 85, 92 f.; st. Rspr.). Dagegen ist es nicht seine Sache, dem OLG vorzugeben, wie es den Streitfall im Ergebnis zu entscheiden hat (vgl. BVerfGE 101, 361, 388). Ein Verfassungsverstoß, der zur Beanstandung der angegriffenen Entscheidung führt, liegt danach nur dann vor, wenn übersehen worden ist, dass bei der Auslegung und Anwendung der Vorschriften des Privatrechts Grundrechte der Parteien des Rechtsstreits zu beachten waren, wenn der Schutzbereich der zu beachtenden Grundrechte unrichtig und unvollkommen bestimmt oder ihr Gewicht unrichtig eingeschätzt wor-

den ist, so dass hierdurch eine mitunter gebotene Abwägung der beiderseitigen Rechtspositionen im Rahmen der privatrechtlichen Regelung leidet und die Entscheidung auf diesem Fehler beruht."

Vorliegend erscheint es zumindest nicht von vornherein ausgeschlossen, dass das OLG-Urteil das Persönlichkeitsrecht Wilhelm Kaisens aus Art. 1 I GG bzw. Art. 2 I i.V.m. 1 I GG verletzt, indem es der DVU die angegriffenen Äußerungen durch Abweisung der entsprechenden Unterlassungsklage der Bf. weiterhin gestattet. Zwar ist Wilhelm Kaisen bereits verstorben; auch stünde das Persönlichkeitsrecht ihm und nicht der Bf. zu. Es erscheint jedoch auch nicht von vornherein ausgeschlossen, dass die im Persönlichkeitsrecht verkörperte, von Art. 1 I GG geschützte Menschenwürde über den Tod hinaus fortwirkt.

b. Geltendmachung durch die Bf.
Die Bf. ist als Tochter und engste lebende Angehörige des Verstorbenen auch befugt, dieses Recht im Rahmen einer Vb. im Wege der Prozessstandschaft in eigenem Namen geltend zu machen. Der Schutz des postmortalen Persönlichkeitsrechts wäre sonst prozessual nicht durchsetzbar, was seiner Schutzfunktion zuwider laufen würde und vom Normgeber erkennbar nicht gewollt war.

2. Selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen
Die Bf. war Partei des Rechtsstreits und als solche von dem angegriffenen Urteil selbst und - da dieses ihren Unterlassungsanspruch nach wie vor negiert, ohne dass weitere Vollzugsakte hinzutreten müssten, gegenwärtig und unmittelbar betroffen.

V. Rechtswegerschöpfung
Das OLG hat in letzter Instanz entschieden, so dass von einer Rechtswegerschöpfung gem. § 90 II 1 BVerfGG auszugehen ist.

VI. Grundsatz der Subsidiarität
Der aus § 90 II 1 BVerfGG vom BVerfG entwickelte Grundsatz der Subsidiarität verlangt vom Bf. ferner, über die Rechtswegerschöpfung hinaus alle Möglichkeiten ausgeschöpft zu haben, um eine Vb. entbehrlich zu machen. Vorliegend steht der Grundsatz der Subsidiarität der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerden jedoch nicht entgegen, da nichts ersichtlich ist, was die Bf. zur Vermeidung der Vb. noch hätte tun können.

VII. Form und Frist
Die Einhaltung der Formalien der §§ 23, 92 BVerfGG kann mangels gegenteiliger Anhaltspunkte im Sachverhalt unterstellt werden. Gleiches gilt für die Frist des § 93 I BVerfGG.

Die Vb. ist damit zulässig.

B. Begründetheit
Die Vb. ist begründet, soweit die Bf. durch das angegriffene Urteil in ihren Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten i.S.d. Art. 93 I Nr. 4a GG verletzt sind.

I. Verletzung von Art. 1 I GG
Eine Verletzung der von der Bf. geltend zu machenden Menschenwürde Wilhelm Kaisens aus Art. 1 I GG setzt zunächst voraus, dass in den Schutzbereich derselben eingegriffen worden ist.

1. Personaler Schutzbereich
Fraglich ist, ob die Menschenwürde Wilhelm Kaisens über dessen Tod hinaus fortwirkt. Das BVerfG bejaht ein solches "postmortales Persönlichkeitsrecht" unmittelbar aus Art. 1 I GG:
"Die mit Art. 1 Abs. 1 GG der staatlichen Gewalt auferlegte Verpflichtung, alle Menschen gegen Angriffe auf die Menschenwürde wie Erniedrigung, Brandmarkung, Verfolgung, Ächtung und dergleichen zu schützen sowie davor zu bewahren, dass sie in einer die Menschenwürde verletzenden Weise ausgegrenzt, verächtlich gemacht, verspottet oder sonst wie herabgewürdigt werden (BVerfGE 1, 97, 104), endet nicht mit dem Tod (vgl. BVerfGE 30, 173, 194)."

2. Sachlicher Schutzbereich
Das BVerfG definiert den sachlichen Schutzbereich des postmortalen Persönlichkeitsrechtes wie folgt: "Geschützt ist bei Verstorbenen zum einen der allgemeine Achtungsanspruch, der dem Menschen kraft seines Personseins zusteht. Dieser Schutz bewahrt den Verstorbenen insbesondere davor, herabgewürdigt oder erniedrigt zu werden (vgl. BVerfGE 30, 173, 194). Schutz genießt aber auch der sittliche, personale und soziale Geltungswert, den die Person durch ihre eigene Lebensleistung erworben hat."

3. Eingriff
Fraglich ist, ob vorliegend in diesen Schutzbereich eingegriffen worden ist.

a. Voraussetzungen

aa. Bagatellformel
Unter einem Eingriff ist grds. jede Verkürzung des Schutzbereichs zu verstehen, die nicht nur in einer Bagatelle, also einer bloßen Belästigung oder alltäglichen Unannehmlichkeit besteht.

bb. Strengerer Maßstab bei Art. 1 I GG
Für die über das postmortale Persönlichkeitsrecht fort-

wirkende Menschenwürde gilt mit dem BVerfG jedoch ein strengerer Maßstab:
"Steht fest, dass eine Maßnahme in den Schutzbereich des postmortalen Persönlichkeitsrechts eingreift, ist zugleich ihre Rechtswidrigkeit geklärt. Der Schutz kann nicht etwa im Zuge einer Güterabwägung relativiert werden. Beeinträchtigungen können dementsprechend nicht durch die grundrechtliche Gewährleistung kollidierender Freiheitsrechte - etwa der Meinungsfreiheit - gerechtfertigt werden (vgl. BVerfGE 75, 369, 380). Da aber nicht nur einzelne, sondern sämtliche Grundrechte Konkretisierungen des Prinzips der Menschenwürde sind, hat das BVerfG festgestellt, dass es stets einer sorgfältigen Begründung bedarf, wenn angenommen werden soll, dass der Gebrauch eines Grundrechts auf die unantastbare Menschenwürde durchschlägt (vgl. BVerfGE 93, 266, 293). Dafür genügt ein Berühren der Menschenwürde nicht. Vorausgesetzt ist eine sie treffende Verletzung. Bei Angriffen auf den durch die Lebensstellung erworbenen Geltungsanspruch genügt beispielsweise nicht dessen Infragestellung, wohl aber deren grobe Entstellung."

cc. Besonders strenger Maßstab bei Meinungsäußerungen im Wahlkampf
"Ob eine solche Verletzung bei einer konkreten Meinungsäußerung gegeben ist, lässt sich nur unter Berücksichtigung ihres Sinns klären, für dessen Deutung der Kontext, hier auch die Verwendung einer Äußerung im Wahlkampf, einzubeziehen ist. Bei der Prüfung der Eignung zur Verletzung der Menschenwürde kann ebenfalls erheblich werden, ob es sich um eine Tatsachenbehauptung handelt und der Wahrheitsbeweis gelingt oder misslingt oder ob eine subjektiv-wertende Stellungnahme vorliegt."

(1). Tatsachenbehauptung oder Werturteil
"Gegen die durch das OLG angestellte Deutung und Einstufung der im Ausgangsverfahren umstrittenen Äußerung als durch Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG geschütztes Werturteil bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Das OLG ist zu Recht davon ausgegangen, dass der von der Bf. beanstandete Satz einem Beweis nicht zugänglich sein soll und auch nicht zugänglich ist. Da die DVU zu Lebzeiten Wilhelm Kaisens noch nicht zum Parteienspektrum der Bundesrepublik Deutschland zählte, ist die Behauptung, Kaisen würde, wenn er noch lebte, im Jahre 1991 eine Wahlentscheidung zugunsten der DVU treffen, ersichtlich rein spekulativer Natur. Kennzeichnend für die Äußerung ist das subjektiv-wertende Element."

(2). Wahlkampfaussage
"Aus ihrem Kontext hat das OLG auch mit nachvollziehbaren Gründen die wahlkampfbezogene Aussage der DVU abgeleitet, die SPD habe sich von politischen Idealen entfernt, für die geachtete Sozialdemokraten wie Kaisen, Schumacher und Ebert noch eingestanden seien; diese Ideale würden nunmehr durch die DVU verkörpert. Es ist deshalb verfassungsrechtlich auch nicht zu beanstanden, dass das OLG die Äußerung insgesamt als wertende Wahlkampfaussage angesehen, also nicht als eine im privaten oder wirtschaftlichen Verkehr gefallene privatnützige Aussage gewertet hat. Im Wahlkampf, für den ein freier und offener politischer Prozess besonders wichtig ist, und in dem der politische Meinungskampf auf das Höchste intensiviert ist, kommt der Meinungsfreiheit eine unverzichtbare Bedeutung zu (vgl. BVerfGE 61, 1, 11 f.). Nach Art. 21 Abs. 1 Satz 1 GG wirken die Parteien bei der politischen Willensbildung des Volkes mit; dies geschieht namentlich durch Beteiligung an Wahlen als der wichtigsten Form dieser Willensbildung (vgl. BVerfGE 52, 63, 82 f.; 61, 1, 11). Die politischen Parteien nehmen die ihnen durch Art. 21 Abs. 1 Satz 1 GG gestellte Aufgabe als Wahlvorbereitungsorganisationen wahr (vgl. BVerfGE 8, 51, 63; 61, 1, 11). Diese Aufgabe verträgt wegen ihrer Wichtigkeit für den politischen Meinungskampf prinzipiell keine inhaltlichen Reglementierungen. Deshalb dürfen Beschränkungen der Meinungsfreiheit nicht auf einer inhaltlichen Bewertung der Äußerung oder des Trägers der Äußerung, hier der DVU, aufbauen. Auf die Frage, ob die Äußerung wegen ihres abwegig-spekulativen Inhalts überhaupt einen Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung leisten kann, kommt es nicht an. Diese Frage könnte bei einer Abwägung mit kollidierenden Rechtsgütern wichtig werden, die jedoch ausscheidet, wenn eine Verletzung der Menschenwürde zu bejahen ist."

b. Subsumtion
Das BVerfG ist unter diesen strengen Maßstäben der Auffassung, dass das OLG einen Eingriff in die Menschenwürde Wilhelm Kaisens durch die Äußerung, dieser würde 1991 die DVU wählen, zu Recht verneint hat:

aa. Wortlaut der Äußerung
"Allein dadurch, dass einer verstorbenen Person unterstellt wird, sie würde, lebte sie noch, durch ihre Wahlentscheidung eine bestimmte nicht verbotene Partei unterstützen, wird die Person ihrer personalen Würde jedenfalls dann nicht entkleidet, wenn die Unterstellung - wie im vorliegenden Fall durch das OLG angenommen - nicht darauf gerichtet ist, die betroffene Person in ihrem Ansehen herabzusetzen. Die Äußerung der DVU zielte gerade darauf, sich das Renommee von Wilhelm Kaisen im politischen Wahlkampf zu Nutze zu machen. Ausdruck der Verachtung von Kaisen sollte sie ersichtlich nicht sein."

bb. Inhalt der Äußerung
"Die Menschenwürde ist auch nicht dadurch verletzt worden, dass Wilhelm Kaisen den Wählern der DVU zugeordnet wurde, also einer Gruppe von Personen, die zumindest eine grundsätzliche Übereinstimmung mit den programmatischen Zielen der DVU verbindet, die Wilhelm Kaisen als langjähriger Sozialdemokrat und Nazi-Verfolgter zutiefst verachtete. Bei der rechtlichen Bewertung der Äußerung ist von Bedeutung, dass es nicht um eine in tatsächlicher Hinsicht unzutreffende Darstellung des politischen Wirkens Wilhelm Kaisens ging. Gegenstand des Rechtsstreits ist vielmehr die in der Wahlkampfzeitung der DVU enthaltene, erkennbar spekulative Meinung des Verfassers über eine potenzielle Wahlentscheidung Wilhelm Kaisens, die dieser, lebte er noch, im Jahre 1991 getroffen hätte. Die Adressaten dieser Spekulation konnten die Äußerung selbst auf ihre Plausibilität hin überprüfen. Dem unbefangenen und verständigen Äußerungsadressaten ist in aller Regel bewusst, dass Wahlkampfaussagen - ähnlich kommerziellen Zwecken dienende Werbeaussagen - häufig Übertreibungen enthalten und verzerrte Bilder zeichnen, wenn dies dem Ziel entgegenkommt, die eigenen Aussichten auf einen Wahlerfolg zu verbessern. [...] Hier liegt es für den unbefangenen und verständigen Adressaten der Wahlkampfaussage regelmäßig auf der Hand, dass die in Anspruch genommene Person nicht von sich aus für die Ziele des sich Äußernden eingestanden hat, sondern von diesem lediglich verbal vereinnahmt wird. Die Lebensleistung wird durch eine solche Aussage allein nicht in Frage gestellt oder gar verfälscht. Äußerungen dieser Art widersprechen zwar den umgeschriebenen Regeln des politischen Anstands und des guten Geschmacks, und dies in besonderer Weise, wenn sie sich auf bereits verstorbene Personen beziehen, die sich politisch nicht mehr wehren können. Die nach Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG zu schützende Würde des Verstorbenen verletzen sie jedoch nicht. Das öffentliche Ansehen Wilhelm Kaisens kann durch eine solche Aussage nur unter besonderen Umständen in verfassungsrechtlich erheblicher Weise beschädigt werden, etwa wenn sie Teil einer nachhaltigen Kampagne ist. Dafür aber ist im Hinblick auf die hierzu beurteilende Veröffentlichung im Jahre 1991 nichts vorgetragen worden."

cc. Kontext der Äußerung
"Auch in Verbindung mit dem Kontext, in dem die spekulative Äußerung steht, ist sie nicht als Verletzung der Menschenwürde einzuordnen."

(1). Vergleich mit den anderen Personen
"Dies gilt zunächst mit Blick auf die anderen Personen, von denen auf derselben Seite der Wahlkampfzeitung behauptet wird, sie würden DVU wählen: Kurt Schumacher, Friedrich Ebert und Friedrich Engels. Durch diesen Kontext wird der Beeinträchtigungsgehalt der Aussage eher zurückgenommen. Denn durch die Aufführung dieser Personen - bis hin zum Mitbegründer des Marxismus, Friedrich Engels, wird ein möglicher Anschein zerstört, es könne wirklich so sein, diese Personen würden, lebten sie noch, eine rechtsextreme Partei unterstützen oder gar wählen. Die Verzerrung zu Wahlkampfzwecken wird offensichtlich."

(2). Bezug zum wiedergegebenen Redezitat
Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn das OLG die Meinungsäußerung der DVU auch unter Berücksichtigung der Verstärkung ihrer Wirkung durch das bezeichnete Zitat nicht als geeignet angesehen hat, den allgemeinen Achtungsanspruch Wilhelm Kaisens als Mensch zu verletzen oder das aus seinem politischen Lebenswerk erwachsene besondere öffentliche Ansehen Kaisens in verfassungsrechtlich erheblicher Weise zu beschädigen. Der überzogen-spekulative Charakter der Äußerung und ihre Ausrichtung auf Wahlkampfzwecke entfallen durch Hinzufügung des Zitats nicht, und der Eindruck einer ohne eigenes Zutun des Verstorbenen erfolgten Vereinnahmung durch die DVU bleibt unverändert. Die DVU hat zwar auch durch den geschaffenen Kontext Regeln des politischen Anstands eindeutig verletzt. Der Menschenwürde von Wilhelm Kaisen kann die Aussage jedoch nichts anhaben."

Art. 1 I GG ist folglich nicht verletzt.

II. Verletzung von Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG
Fraglich ist, ob das allgemeine, aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG ableitbare Persönlichkeitsrecht Wilhelm Kaisens verletzt worden ist. Das BVerfG verneint jedoch schon die Schutzbereichsbetroffenheit, da das allgemeine Persönlichkeitsrecht - im Unterschied zu dem unmittelbar aus der Menschenwürde Folgenden - mit dem Tode ende:
"[Schließlich] besteht kein Schutz des Verstorbenen durch das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit aus Art. 2 Abs. 1 GG, weil Träger dieses Grundrechts nur die lebende Person ist (vgl. BVerfGE 30, 173, 194). Die aus Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG entwickelte grundrechtliche Gewährleistung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts scheidet damit als unmittelbarer Prüfungsmaßstab des angegriffenen Urteils aus."

Die Verletzung anderer Grundrechte ist nicht ersichtlich; mithin ist die Vb. unbegründet und demzufolge insgesamt erfolglos.

Standort: Zivilrecht Problem: Dokumentation bei Softwareherstellung

BGH, URTEIL VOM 20.02.2001
X ZR 9/99 (NJW 2001, 1718)

Problemdarstellung:

In diesem Rechtsstreit hatte der BGH die Frage zu erörtern, wann ein Besteller einer eigens für ihn entwickelten Software einen Anspruch auf eine zum Betrieb der Software erforderlichen Dokumentation hat bzw. wann dieser Anspruch fällig wird. Zunächst stellt der BGH fest, dass die entgeltliche Verpflichtung, ein individuell auf die Bedürfnisse des Bestellers zugeschnittenen Hard- und Software einschließendes EDV-System zu erstellen, rechtlich als Werkvertrag einzuordnen ist. Im Rahmen eines solchen Vertrages ist der Unternehmer i.d.R. auch zur Überlassung einer Dokumentation an den Besteller verpflichtet, die diesen in die Lage versetzt, mit dem System zu arbeiten. Dabei gehört diese Pflicht zur Dokumentationserstellung und -überlassung zu seiner Hauptleistungspflicht. Ein Anspruch auf Teildokumentation besteht grundsätzlich nicht, da vom Unternehmer nicht erwartet werden kann, dass er jedes Stadium seiner Arbeiten dokumentiert, wenn noch mögliche Erweiterungen und Änderungen anstehen.

Abschließend stellt der BGH klar, dass dieser Anspruch auf Dokumentationsherstellung und -überlassung erst mit Abschluss der Arbeiten am Software-Programm fällig wird. Ein solcher Abschluss der Arbeiten lag im vorliegenden Fall nicht vor, da noch weitere Arbeiten an Hard- und Software ausstanden, die vor allem mangels der erforderlichen Mitwirkung des Bestellers nicht vorgenommen werden konnten.

Prüfungsrelevanz:

Dieses Urteil ist in zweifacher Hinsicht von examensrelevanter Bedeutung. Zum einen geht es um die rechtliche Qualifizierung von Verträgen aus dem Bereich der neuen Medien. Während die entgeltliche Überlassung von Standard-Software von der h.M. als Kaufvertrag gewertet wird, ist die entgeltliche Lieferung einer individuell auf die Bedürfnisse des Kunden zugeschnittenen Software als Werkvertrag zu klassifizieren.

Zum anderen geht es um die rechtliche Einordnung von vertraglichen Pflichten als Haupt- oder Nebenleistungspflichten. Schematische Betrachtungsweisen verbieten sich aufgrund der Vertragsfreiheit dabei. Vielmehr ist auf die Bedeutung und Wichtigkeit der fraglichen Vertragspflicht für die Parteien im konkreten Einzelfall abzustellen.

Vertiefungshinweise:

- Zur Erstellung von Software: *OLG Düsseldorf*, NJW-RR 1998, 345; *OLG Saarbrücken*, NJW-RR 1997, 558
- Zu den Projektrisiken bei der Entwicklung von Software: *Schneider*, CR 2000, 27
- Überlassung von Standard-Software als Kaufvertrag: *BGH*, NJW 2000, 1415 = RA 2000, 334

Kursprogramm:

- Examenskurs: “Mieser Klebstoff”
- Examenskurs: “Keine Lust auf Schönheitsreparaturen”

Leitsätze:

1. Der Anspruch des Bestellers einer individuell auf seine Bedürfnisse zugeschnittenen Software auf Lieferung einer zum Betrieb der Software erforderlichen Dokumentation wird grundsätzlich erst mit dem Abschluss der Arbeiten an dem Programm fällig.

2. Lässt sich eine abweichende Vereinbarung nicht feststellen, kann von einem Softwarehersteller nicht ohne weiteres erwartet, dass er ohne Rücksicht auf mögliche künftige Erweiterungen und Änderungen des Programms in jedem Stadium seiner Arbeiten eine diesen entsprechende Dokumentation gestaltet.

Sachverhalt:

Die Kl. befasst sich mit der Vermittlung von Warentermingeschäften. Die Bekl. ist ein Softwareunternehmen, das neben Software auch aus Soft- und Hardware bestehende Systeme vertreibt. Anfang 1993 erwarb die Kl. bei der Bekl. ein in deren Auftragsbestätigung vom 26. 2. 1993 näher bezeichnetes, aus Hard- und Software bestehendes EDV-System, das auf von der Bekl. entwickelten Programmen für einen Anbieter von Termingeschäften aufbaut. Die in diesem Zusammenhang erworbene Hardware war von der Bekl. als zum Betrieb ihrer Programme notwendig bezeichnet worden. Der Auftrag wurde später durch eine Reihe von Zusatzarbeiten erweitert, wobei insbesondere auch die Anforderungen an die Software verändert und diese dabei durch eine teilweise neu entwickelte Version ersetzt wurden. Nachdem die Bekl. einen Teil der Hardware und dieser Software ausgeliefert und installiert hatte, beanstandete die Kl. die Dokumentation für das von der Bekl. neu entwickelte System als unzureichend, weil sie eine Arbeit mit der Software nicht ermögliche, und forderte sie unter Hinweis hierauf seit Ende August 1993 mehrfach zur Überlassung einer ausreichenden Dokumentation auf. Im September 1993 von der Bekl. übersandte

Handbücher wies sie als unzureichend zurück. Nachdem sie auf eine weitere Aufforderung mit Fristsetzung aus ihrer Sicht keine genügende Dokumentation erhalten hatte, trat sie vom Vertrag insgesamt zurück und verlangte Erstattung der von ihr für Hard- und Software geleisteten Vorauszahlungen in Höhe von insgesamt 159.542,40 DM nebst Zinsen Zug-um-Zug gegen Rücknahme näher bezeichneter Hard- und Software.

Lösung:

A. Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Anzahlung von 159.542,40 DM gem. §§ 326 I 2, 327 S. 1, 346 S. 1 BGB

Die Kl. könnte infolge eines Rücktritts vom Vertrag gegen die Bekl. einen Anspruch auf Rückzahlung ihrer Vorauszahlung in Höhe von 159.542,40 DM gem. §§ 326 I 2, 327 S. 1, 346 S. 1 BGB haben.

I. Gegenseitiger Vertrag

Für einen Rücktritt gem. § 326 I 2 BGB bedarf es zunächst eines gegenseitigen Vertrages zwischen den Beteiligten. Ein gegenseitiger Vertrag wird durch das Abhängigkeitsverhältnis der beiderseitigen Verpflichtungen (sog. Synallagma) gekennzeichnet (Palandt/Heinrichs, 60. Aufl., Einf. v. § 320 BGB Rz. 4). Die Kl. erwarb gegen Entgelt von der Bekl. ein aus Hard- und Software bestehendes EDV-System, das auf von der Bekl. entwickelten Programmen aufbaut. Dieser Erwerb wurde später durch eine Reihe von Zusatzarbeiten erweitert, wobei insbesondere auch die Anforderungen an die Software verändert und diese durch eine teilweise neu entwickelte Version ersetzt wurde. Fraglich ist, wie dieser Vertrag dogmatisch einzuordnen ist Der BGH führt dazu aus:

"Im rechtlichen Ausgangspunkt ist das BerGer. ohne Rechtsfehler davon ausgegangen, Gegenstand der Vereinbarung unter den Parteien nach dem zuletzt erreichten Vertragszustand sei eine einheitliche Absprache über die Herstellung eines individuell auf die Bedürfnisse der Kl. zugeschnittenen Hard- und Software einschließenden EDV-Systems gewesen, die rechtlich als Werkvertrag einzuordnen ist."

Mit diesem Werkvertrag liegt klassischer Weise ein gegenseitiger Vertrag zu bejahen.

II. Verzug mit einer Hauptleistungspflicht

Der Bekl. müsste im Weiteren mit einer ihrer Hauptleistungspflichten in Verzug gem. §§ 284, 285 BGB geraten sein.

1. Verzug mit der Dokumentationspflicht

Der Vorwurf der Kl. bestand darin, dass die Dokumentation für das von der Bekl. neu entwickelte System unzureichend gewesen sei, weil sie eine Arbeit mit der Software nicht ermöglicht habe, und forderte sie unter Hinweis hierauf seit Ende August 1993 mehrfach zur Überlassung einer ausreichenden Dokumentation auf. Im September 1993 von der Bekl. übersandte Handbücher wies sie als unzureichend zurück.

a. Qualifikation als Hauptleistungspflicht

Dabei besteht zunächst das Problem, ob eine solche Dokumentationspflicht laut Vertrag für die Bekl. überhaupt besteht und ob es sich dabei um eine ihrer Hauptleistungspflichten handelt. Der BGH gibt dazu folgende Stellungnahme ab:

"Im Rahmen eines solchen Vertrags ist der Unternehmer, der das System herzustellen und zu liefern hat, regelmäßig auch zur Überlassung einer Dokumentation an den Besteller verpflichtet, die diesen in die Lage versetzt, mit dem System zu arbeiten. Die Überlassung einer solchen Dokumentation gehört zu seinen Hauptpflichten (vgl. BGH, NJW 1987, 1259 = LM § 631 BGB Nr. 55 = MDR 1986, 910; s. auch BGH, NJW 1993, 461 = LM H. 4/1993 § 477 BGB Nr. 57 = MDR 1993, 121; OLG Köln, NJW-RR 1998, 343, u. OLG Saarbrücken, NJW-RR 1997, 558, für die vergleichbare Problematik beim Kaufvertrag); die Verletzung dieser Verpflichtung kann auf Seiten des Bestellers die Rechte nach den §§ 325, 326 BGB auslösen. Dass die Parteien vom Regelfall abweichende Absprachen getroffen hätten, die diese Verpflichtung hätten entfallen lassen können, ist durch das BerGer. nicht festgestellt worden und wird auch von der Revision nicht geltend gemacht."

b. Fälligkeit der Dokumentationspflicht

Voraussetzung für den Schuldnerverzug gem. §§ 284, 285 BGB ist zudem die Fälligkeit dieser Hauptleistungspflicht. Fraglich ist, wann die Dokumentationspflicht der Bekl. fällig geworden ist. Der BGH meint diesbezüglich:

"Wie das BerGer. nicht verkannt hat, ist der Anspruch auf Überlassung dieser Dokumentation erst nach Herstellung des Werkes, das heißt nach Abschluss der geschuldeten Arbeiten an dem System fällig. Sofern die Parteien keine anderen Absprachen getroffen haben oder sich diese nicht aus den Umständen ergeben, kann von dem Unternehmer nach Treu und Glauben nicht verlangt werden, vor der abschließenden Fertigstellung der Software eine dem jeweils erreichten Ausbauzustand entsprechende Dokumentation zu liefern. Er kann und darf deren endgültige Herstellung vielmehr in der Regel bis zum Abschluss der geschuldeten Arbeiten an dem System zurückstellen, da erst dann endgültig feststeht, welche Funktionen in das System implementiert sind und wie sich diese in ihrer konkreten Erscheinung dem Benutzer, insbesondere bei dessen Kommunikation mit dem Rechner und ihrem Erscheinungsbild

auf dem Monitor, darstellen. Da die Dokumentation dazu dient, dem Benutzer die Arbeit mit dem System zu ermöglichen, kommt es insoweit entscheidend auf diese Darstellung an; welche Schritte der Anwender für die Benutzung des Systems unternehmen muss, ist endgültig erst geklärt, wenn die Funktionen des Programms und ihre Darstellung sowie Art und Inhalt der Kommunikation des Benutzers mit dem System endgültig feststehen. Das schließt insbesondere auch die endgültige Fassung der jeweiligen Bildschirmmaske ein, in die der Benutzer seine Eingaben vornehmen soll, um die jeweiligen Werte dem System mitzuteilen und deren Abarbeitung durch das System zu ermöglichen. . Von einer Dokumentation kann und darf er erwarten, dass ihm auch diese Darstellung in den Bildschirmmasken erläutert wird; solche Erläuterungen sind erst möglich, wenn auch die konkrete Gestalt der Masken jeweils endgültig festgelegt ist."

c. Feststellung der Fälligkeit im konkreten Fall

Aufgrund dieser rechtlichen Ausführungen müsste nunmehr für den vorliegenden Fall überprüft werden, ob ein solcher Abschluss der Arbeiten an Hard- bzw. Software erzielt worden ist. Der BGH stellt dazu fest:

"Dass ein solcher Abschluss der Arbeiten erreicht worden ist, kann den tatsächlichen Feststellungen des BerGer. nicht entnommen werden."

Der fehlende Abschluss der Arbeiten wird an folgenden Gründen festgemacht.

aa. Keine Fertigstellung der zuletzt geschuldeten Software-Version (sog. A-Version)

"Soweit das BerGer. meint, auch die Arbeiten an dem zuletzt geschuldeten System seien abgeschlossen gewesen, zumindest aber müsse die Bekl. sich so behandeln lassen, als habe ein derartiger Abschluss stattgefunden, findet das in seinen tatsächlichen Feststellungen keine tragfähige Grundlage. Die Installation der "A-Version" im August 1993 hat nach den tatrichterlichen Feststellungen einen die Fälligkeit des Anspruchs auf die Dokumentation fahrenden Abschluss der Arbeiten nicht mit sich gebracht. Wie sich aus dem angefochtenen Urteil ergibt, sind beide Parteien auch nach der Installation davon ausgegangen, dass die aufgespielte Version noch weiterer Anpassungen an die Bedürfnisse der Kl. bedurfte. Das BerGer. hat nach dem Inhalt der Entscheidungsgründe angenommen, dass der Bekl. zu diesem Zeitpunkt die Formulare der Kl., von deren Gestalt nach ihrer Behauptung unter anderem die Gestaltung der Bildschirmmasken abhing, nicht in ihrer endgültigen Form vorlagen. Ferner fehlten nach der Behauptung der Bekl., zu der das BerGer. konkrete Feststellungen nicht getroffen hat, zu diesem Zeitpunkt und in der Folge der Kostenplan der Kl. sowie deren Bilanz-, ihre Gewinn- und Verlustrechnung und ihre Provisionsstruktur; nicht vollzogen war schließlich auch die mit Blick auf die im Vertrag vereinbarte Verpflichtung der Bekl. zur Lieferung eines vernetzten Systems erforderliche Klärung von Struktur und Aufbau der Vernetzung. Auf das Fehlen dieser Voraussetzungen hat die Bekl. in ihrem Schreiben vom 20. 9. 1993 hingewiesen und dabei zugleich die in diesem Zusammenhang fehlenden Mitwirkungshandlungen der Kl. angemahnt. Dass diese den Aufforderungen der Bekl. mit der Begründung entgegengetreten wäre, deren Leistungen seien bereits abgeschlossen gewesen, hat das BerGer. nicht festgestellt. Insoweit ist, wie sich auch aus der Einlassung der Bekl. im Prozess, zu der gegenteilige Feststellungen bislang ebenfalls nicht getroffen sind, ergibt, auch die Kl. davon ausgegangen, dass noch weitere Arbeiten an dem Programm erforderlich gewesen, sind."

bb. Keine Fertigstellung hinsichtlich der Hardware

"Das BerGer. hat die danach fehlenden Unterlagen überwiegend deshalb als unerheblich angesehen, weil die Bekl. die Arbeiten an dem Programm auch ohne sie hätte abschließen können, zum Teil deshalb, weil sie die entsprechenden Mitwirkungshandlungen nicht oder nicht hinreichend konkret angefordert habe. Dieser Würdigung kann, wie die Revision, mit Recht geltend macht, auf Grund des festgestellten Sachverhalts nicht beigetreten werden. Das von der Bekl. mit Schreiben vom 20. 9. 1993 und insoweit konkret beanstandete Fehlen wesentlicher Hardware in Form der Vernetzung und der dafür erforderlichen Einrichtungen ist nach Auffassung des BerGer. deshalb unwesentlich, weil die Kl. von der Erstellung einer Vernetzung zunächst im Hinblick auf einen geplanten Umzug abgesehen hat und danach auf diesen Punkt nicht zurückgekommen ist, weil sie mangels Dokumentation mit der Anlage ohnehin nicht habe arbeiten können. Diese Bewertung berücksichtigt nicht hinreichend, dass die Bekl. nach dem Inhalt des Vertrags zur Herstellung einer netzwerkfähigen Version der Software verpflichtet war, das von ihr zu liefernde Programm also auf der von der Kl. ursprünglich geplanten, nach den Behauptungen Bekl. in seinen Einzelheiten nicht abschließend festgelegten vernetzten Anlage lauffähig sein musste. Hierzu hat das BerGer. Feststellungen nicht getroffen, so dass die Darlegungen der Bekl. im Revisionsverfahren zu Grunde zu legen sind. Insoweit hat die Bekl. weiter geltend gemacht, dass sowohl von der Hardwareseite als auch bei der für den Betrieb des Netzwerks erforderlichen Software unterschiedliche Lösungen in Betracht kommen, vor deren endgültiger Festlegung ein Abschluss der Arbeiten an dem geschuldeten Programm nicht möglich gewesen sei. Auch hierzu hat das BerGer. abweichende Feststellungen nicht getroffen, so dass im Revisionsverfahren von diesem Vorbringen auszugehen ist. War

deshalb ein Abschluss der Arbeiten an dem Programm nicht möglich, stand schon das der Fälligkeit des Anspruchs auf die Dokumentation entgegen.

Dass, worauf das BerGer. hingewiesen hat, die Kl. von sich aus auf diesen Teil der Leistung nicht mehr zurückgekommen und diesen insbesondere nicht abgerufen hat, bedeutete aus der Sicht der Bekl. nicht zwangsläufig, dass dieser Teil ihrer Leistungspflicht entfallen sollte. Einen ihr gegenüber erklärten Verzicht, die Vernetzung bei der Programmierung einzuplanen, hat das BerGer. ebenfalls nicht festgestellt. Für das Revisionsverfahren ist demgemäß davon auszugehen, dass die Bekl. sich mangels gegenteiliger Anhaltspunkte weiterhin als verpflichtet ansehen musste, auch diesen Teil der Programmentwicklung zu leisten. Vor diesem Hintergrund kann nach dem festgestellten Sachverhalt von einem fälligen Anspruch auf die Dokumentation nicht ausgegangen werden.

Dem kann die Revisionserwiderung nicht mit Erfolg entgegenhalten, die Bekl. selbst habe einen solchen Anspruch zu Grunde gelegt. Dem auch vom BerGer. in diesem Zusammenhang zitierten Schreiben der Bekl. ist nach dem Wortlaut lediglich zu entnehmen, dass diese den Wünschen ihres Kunden entgegenkommen sowie eine dem erreichten Ausbauzustand entsprechende Dokumentation zusammenstellen und liefern wollte. Dass sie sich zu einer solchen Leistung auch rechtlich verpflichtet gesehen hat, ist dem Schreiben demgegenüber umso weniger zu entnehmen, als sie bei der Erklärung ihrer Bereitschaft erkennbar von der Unvollständigkeit der Dokumentation ausgegangen ist, was auch aus ihrer Sicht eine Verpflichtung zur Lieferung der endgültigen Anweisungen der Programmbedienung ausschließen musste."

cc. Kein Fertigstellung mangels Mitwirkung der Kl. als Bestellerin bzgl. der Software

"Begründet sind ferner die Rügen, mit denen die Revision die Auffassung des BerGer. angreift, auch hinsichtlich der Software sei das Unterbleiben notwendiger Maßnahmen auf Seiten der Kl. durch die Bekl. nicht hinreichend dargelegt worden. In ihrem Schreiben vom 20. 9. 1993 hat die Bekl. in einer längeren Auflistung die ihrer Ansicht nach noch fehlenden Mitwirkungshandlungen der Kl. aufgezählt. Auf der Grundlage des Vorbringens der Bekl., zu dem es auch insoweit an ausreichenden gegenteiligen Feststellungen fehlt, war diese Aufforderung für die Kl. hinreichend verständlich. Für die Softwareherstellung bildeten die Erstellung eines Pflichten-hefts für die Anforderungen, die die Kl. an die Software stellte, Testdaten in ausreichender Menge, Testformulare, der Kontenplan, die Bilanzgliederung, der Plan der Verkabelung und die Art der Vernetzung wesentliche Voraussetzungen für den Abschluss der Arbeiten. Was damit im Einzelnen gemeint war, dürfte der Kl als einem kaufmännisch ausgerichteten Unternehmen nicht verborgen geblieben sein. Nach dem Vorbringen der Bekl. sollte diese ein Komplettsystem liefern, das den gesamten kaufmännischen Bedarf der Kl. abdeckte. Dazu bedurfte es neben einer abschließenden Festlegung dessen, was die Kl. von der zu leistenden Software erwartete, einer Kenntnis dessen, in welcher Weise in ihrem Hause die Buchhaltung vollzogen werden sollte, sowie einer Reihe von Testdaten, um anhand des Betriebsablaufs der Kl. die Software endgültig ausrichten und testen zu können. Davon, dass auch die Gestellung ausreichend kompetenter Mitarbeiter für einen erfolgreichen Abschluss der Arbeiten erforderlich ist, ist auch das BerGer. ausgegangen, das das Fehlen der Bereitstellung dieser Mitarbeiter als eine schuldhafte Mitverursachung der eingetretenen Schäden durch die Kl. bewertet und dieser deswegen einen Teil des begehrten Schadensersatzes abgesprochen hat.

Die Bekl. hat in Abrede gestellt, dass die Kl. diese Mitwirkungshandlungen im erforderlichen Umfang erbracht hat. Gegenteiliges ist durch das BerGer. nicht festgestellt worden. Es hat der Bekl. die Berufung auf die mangelnde Mitwirkung vielmehr mit der Begründung versagt, diese habe sich nach ihren Erklärungen aus der Zeit vor Vertragsschluss die als fehlend beanstandeten Daten, soweit sie Oberhaupt erforderlich gewesen seien, anderweitig, nämlich durch Rückgriff auf ihre Standardvorgaben beschaffen können. Dazu wäre erforderlich gewesen, dass diese vorvertraglichen Erläuterungen der Bekl. in den späteren Vertrag Eingang gefunden hätten. Hierzu fehlt es jedoch an ausreichenden Feststellungen des BerGer. Dass die Bekl. vorvertraglich auf die von ihr üblicherweise zu Grunde gelegten Standardwerte und die Möglichkeit von deren Übernahme hingewiesen hat, bedeutet nicht zwangsläufig, dass eine solche Ersetzungsmöglichkeit Eingang in den späteren Vertrag gefunden hat. Gegen eine solche Annahme spricht bereits, dass sich die Äußerung der Bekl. nur auf das von ihr fertig gestellte Standardprogramm und dessen mögliche Lieferung bezogen, die, wie aus ihrem Schreiben vom September 1993 hervorgeht, gerade nicht Gegenstand der Absprache unter den Parteien geblieben ist. Danach sollte die Bekl. vielmehr eine individuell angepasste Software liefern, wie auch durch das Fristsetzungsschreiben der Kl. bestätigt wird, die dort gerade die Dokumentation für ein Programm unter Einschluss aller individuellen Anpassungen verlangt hat. Mit dieser Zielsetzung des Vertrags ist ein Rückgriff auf Standardwerte und Vorgaben nicht ohne weiteres in Einklang zu bringen; die insoweit getroffenen Feststellungen sprechen daher vielmehr eher dafür, dass die Bekl. gehalten war, jeweils die konkreten Vorgaben der Kl. zu berücksichtigen und zu beachten. Vor diesem Hintergrund ist mangels gegenteiliger Feststellungen davon auszugehen, dass die von der Bekl. verlangten

Daten eine wesentliche Voraussetzung für den Abschluss der Arbeiten an dem Programm bildeten."

d. Ergebnis
Mangels Fälligkeit der vertraglichen Dokumentationspflicht konnte die Bekl. nicht in Schuldnerverzug gem. §§ 284, 285 BGB geraten.

2. Verzug mit Teildokumentationspflicht
Jedoch könnte sich die Bekl. in Schuldnerverzug mit einer Teildokumentation bezüglich der ursprünglich gelieferten Software befunden haben. Dabei stellt sich aber die Frage, ob die Bekl. auch zu einer solchen Teildokumentation überhaupt verpflichtet war. Der BGH führt dazu aus:
"Mangels gegenteiliger Feststellungen durch das BerGer. ist nichts dafür zu erkennen, dass die Bekl. rechtlich gehalten war, im Vorgriff auf einen späteren Abschluss der Arbeiten an dem Programm schon jetzt zu prüfen, ob und in welchem Umfang eine Teildokumentation fertiggestellt und ausgehändigt werden konnte. Ein rechtlicher Anspruch auf diese Dokumentation, der allein die Voraussetzungen des § 326 BGB ausfüllen könnte, kann insoweit nach den getroffenen tatrichterlichen Feststellungen nicht zu Grunde gelegt werden. Lässt sich eine abweichende Vereinbarung nicht feststellen, kann von einem Softwarehersteller nicht ohne weiteres erwartet werden, dass er ohne Rücksicht auf mögliche künftige Erweiterungen und Änderungen des Programms eine Dokumentation in jedem Stadium seiner Arbeiten gestaltet und damit einen zusätzlichen Aufwand treibt, der bei gehöriger Erfüllung der Mitwirkungspflichten ohne weiteres zu vermeiden ist."
Ohne entsprechende Vertragspflicht der Bekl. kann kein Schuldnerverzug entstehen.

III. Ergebnis
Mangels eines Schuldnerverzuges der Bekl. steht der Kl. kein Anspruch auf Rückzahlung ihrer Anzahlung in Höhe von 159.542,40 DM gem. §§ 326 I 2, 327 S. 1, 346 S. 1 BGB zu.

B. Anspruch auf Rückzahlung der erbrachten Vorauszahlung von 159.542,40 DM gem. § 812 I 1 1. Fall BGB
Die Kl. könnte gegen die Bekl. einen Anspruch auf Rückzahlung der bereits erbrachten Vorauszahlung von 159.542,40 DM gem. § 812 I 1 1. Fall BGB haben.

I. Etwas erlangt
Die Bekl. müsste etwas erlangt haben. Mit "etwas" ist jeder vermögenswerte Vorteil gemeint (Palandt/Thomas, 60. Aufl., § 812 BGB Rz. 16). Die Bekl. hat Eigentum und Besitz am Geld in Höhe von 159.542,40 DM erhalten.

II. Durch Leistung
Dieser Gelderwerb müsste durch eine Leistung der Kl. erfolgt sein. Leistung ist jede bewusste und zweckgerichtete Vermehrung fremden Vermögens (Palandt/Thomas, 60. Aufl., § 812 BGB Rz. 3). Die Kl. hat zur Erfüllung ihrer vertraglichen Vergütungspflicht gem. § 631 I BGB diese Zahlung geleistet.

III. Ohne Rechtsgrund
Allerdings besteht für diese Leistungserbringung der Kl. nach wie vor eine vertragliche Grundlage in Form des Werkvertrages. Der Werkvertrag zur Erstellung eines auf die Bedürfnisse der Bekl. zugeschnittenen EDV-Systems ist wirksam und gültig. Der Kl. stehen keine rechtshindernden oder -vernichtenden Einwendungen zur Verfügung.

IV. Ergebnis
Die Kl. hat gegen die Bekl. keinen Anspruch auf Rückzahlung ihrer Anzahlung gem. § 812 I 1 1. Fall BGB.

C. Endergebnis
Insgesamt hat die Kl. keinen Anspruch gegen die Bekl. auf Rückzahlung ihrer Vorauszahlung in Höhe von 159.542,40 DM.

Standort: Strafrecht — Problem: Täuschung durch richtige Erklärungen

BGH, URTEIL VOM 26.04.2001
4 STR 439/00 (WWW.HRR-STRAFRECHT.DE)

Problemdarstellung:
Der BGH hatte über die Betrugsstrafbarkeit eines Angekl. zu entscheiden, der zahlreiche Todesanzeigen in Tageszeitungen zum Anlass nahm, den Angehörigen "Angebotsschreiben" mit dem Inhalt zusandte, dass gegen Zahlung eines Betrages die Anzeige auch im Internet veröffentlicht werde. Die Schreiben erweckten - wie vom Angekl. beabsichtigt - bei zahlreichen Empfängern den Eindruck, als handele es sich um Rechnungen für die in den Tageszeitungen erschienen Anzeigen.
Das Landgericht hatte den Angeklagten wegen Betruges zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und drei Monaten verurteilt. Hiergegen wendet sich der Angeklagte mit seiner Revision, mit der er das Verfahren beanstandet und die Verletzung sachlichen Rechts rügt. Das

Rechtsmittel hat keinen Erfolg. Der BGH bestätigt die Verurteilung wegen vollendeten bzw. versuchten Betrugs insbesondere mit der Erwägung, dass das Verhalten des Angekl. zwar bei genauem Hinsehen lediglich ein Angebot und damit keine wahrheitswidrigen Erklärungen enthalte; da es aber gerade darauf abziele, bei den Adressaten eine Fehlvorstellung und eine Schädigung herbeizuführen, liege eine strafrechtlich relevante Täuschungshandlung vor.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung ist als besonders prüfungsrelevant einzustufen, da sie grundlegende Ausführungen zum wichtigen Betrugstatbestand enthält. Neben den Ausführungen zum persönlichen Schadenseinschlag ist insbesondere zu beachten, dass der BGH seine im Rahmen des § 315 b StGB begründete Rechtsprechung zur Verantwortlichkeit für "äußerlich ordnungsgemäßes Verhalten" nunmehr auf § 263 I StGB überträgt, wenn er ausführt, dass ein solches Verhalten (nur) dann tatbestandsmäßig sein kann, wenn es zumindest mit direktem Vorsatz vorgenommen wird. Damit folgt das Gericht seiner Linie, wonach die Tatbestandsmäßigkeit von kausalem Handeln über Einschränkungen des subjektiven Tatbestandes verneint werden kann. Während die Literatur über die Lehre von der objektiven Zurechnung strafrechtlich irrelevante Täuschungshandlungen auszuscheiden versucht, trifft der BGH die Abgrenzung von "aktiver Irreführung" und "bloßem Ausnutzen einer irrtumsgeneigten Situation" über die verschiedenen Vorsatzformen. Damit gelangt der BGH zu einer erheblichen "Versubjektivierung" des Unrechts einer vollendeten Tat, die in letzter Konsequenz zu einer erheblichen Ausweitung der Versuchsstrafbarkeit führen muss. Gibt der Täter richtige Erklärung in der Vorstellung und dem zielgerichteten Willen ab, eine irrtumsbedingte Vermögensverfügung hervorzurufen, muss nach der Rechtsprechung ein Versuch angenommen werden (vgl. die Nachweise im Urteil)

Vertiefungshinweise:

" Äußerlich verkehrsgerechtes Verhalten als Straftat: *BGH*, NJW 1999, 3132; *Freund*, JuS 2000, 754; *Scheffler*, NZV 1993, 463

Kursprogramm:

" *Examenskurs*: "Listigs Lotterieglück"

Leitsatz:

Wer Angebotsschreiben planmäßig durch Verwendung typischer Rechnungsmerkmale (insbesondere durch die hervorgehobene Angabe einer Zahlungsfrist) so abfasst, dass der Eindruck einer Zahlungspflicht entsteht, dem gegenüber die - kleingedruckten - Hinweise auf den Angebotscharakter völlig in den Hintergrund treten, begeht eine (versuchte) Täuschung im Sinne des § 263 Abs. 1 StGB.

Sachverhalt:

Der Angeklagte H gründete 1999 mit Sitz in Palma de Mallorca die Firma Inter Media Verlag S.L. (kurz: Inter Media), "die sich mit der Veröffentlichung von Geschäfts-, Familien- und Todesanzeigen im Internet beschäftigen sollte". Ein Büro unterhielt die Firma Inter Media dort aber nicht, sondern lediglich in Bochum, ohne daß hierauf im Geschäftsverkehr oder in sonstiger Weise hingewiesen wurde. Zum Geschäftsführer bestimmte der Angeklagte als "Strohmann" den früheren, inzwischen rechtskräftig verurteilten Mitangeklagten Klaus-Dieter S. Nach dem "Konzept" des Angeklagten wurden auf seine Veranlassung aus insgesamt 240 abonnierten Tageszeitungen dort veröffentlichte Eintragungen und Anzeigen, insbesondere auch Todesanzeigen, ausgewählt.

Im Falle von Todesanzeigen wurde dem dort an erster Stelle genannten Angehörigen der verstorbenen Person nur zwei bis drei Tage nach dem Erscheinen der Anzeige unverlangt ein als "Insertionsofferte" bezeichnetes Schreiben, jeweils zusammen mit einem teilweise vorausgefüllten Überweisungsträger zugesandt. Die Schreiben wiesen - wie das Landgericht aufgrund der Besonderheiten der grafischen Gestaltung im einzelnen zutreffend belegt - eine Vielzahl von Merkmalen auf, die bei Rechnungen für bereits erbrachte Leistungen typisch sind". Von Ende April 1999 bis zum 21. September 1999 wurden auf diese Weise mindestens 12.500 Todesanzeigen betreffende Schreiben verschickt. Wie vom Angeklagten gewollt, hielt der ganz überwiegende Teil der Empfänger [...] die von der Inter Media übersandten Schreiben für eine Rechnung über die zuvor in der Tageszeitung erschienene Todesanzeige. So auch Rentner R, der daher an die Inter Media den angeforderten Rechnungsbetrag i.H.v. 397, 30 DM überwies. Nach Erhalt des Geldes wurde der Inhalt der entsprechende Todesanzeige aus der Tageszeitung, die dem Anschreiben zugrunde lag, im Internet veröffentlicht.

Demgegenüber erschloß sich nur ganz wenigen Empfängern [...] unmittelbar, daß die Schreiben [...] ein Angebot für eine erneute Veröffentlichung der bereits erschienenen Todesanzeige im Internet enthielten [...] . Ein Interesse an einer solchen Veröffentlichung bestand bei den Empfängern der Schreiben jedoch nicht. Trotz der Trauer um den Tod ihres Mannes hat auch Witwe W den "Angebotscharakter" des Schreibens durchschaut und daher kein Geld überwiesen.

Strafbarkeit des H bezüglich R und W?

Lösung:

A. Strafbarkeit des H wegen Betrugs gem. § 263 I StGB durch Versenden der "Rechnung" an R

I. Tatbestand

1. Täuschung über Tatsachen
Zur erforderlichen Täuschungshandlung führt der BGH aus: "Näherer Erörterung bedarf lediglich das Merkmal der Täuschung. Entgegen der Auffassung der Revision hat das Landgericht eine dem Angeklagten zuzurechnende Täuschungshandlung gegenüber den Empfängern der Schreiben mit rechtlich zutreffenden Erwägungen bejaht.

a) Allgemeine Voraussetzungen einer konkludenten Täuschung über Tatsachen
Die Täuschungshandlung besteht nach dem Wortlaut des Gesetzes in der Vorspiegelung falscher oder in der Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen. Als Tatsache in diesem Sinne ist nicht nur das tatsächlich, sondern auch das angeblich Geschehene oder Bestehende anzusehen, sofern ihm das Merkmal der objektiven Bestimmtheit und Gewißheit eigen ist (Cramer in Schönke/Schröder StGB 26. Aufl. § 263 Rdn. 8 m.N.). Hiernach ist die Täuschung jedes Verhalten, das objektiv irreführt oder einen Irrtum unterhält und damit auf die Vorstellung eines anderen einwirkt (Tröndle/Fischer StGB 50. Aufl. § 263 Rdn. 6; Cramer aaO Rdn. 11; Lackner/Kühl StGB 23. Aufl. § 263 Rdn. 6). Dabei ist in Rechtsprechung und Literatur allgemein anerkannt, daß außer der ausdrücklichen Begehung, namentlich durch bewußt unwahre Behauptungen, die Täuschung auch konkludent erfolgen kann, nämlich durch irreführendes Verhalten, das nach der Verkehrsanschauung als stillschweigende Erklärung zu verstehen ist (Tröndle/Fischer aaO Rdn. 7; Lackner/Kühl aaO Rdn. 7). Davon ist auszugehen, wenn der Täter die Unwahrheit zwar nicht expressis verbis zum Ausdruck bringt, sie aber nach der Verkehrsanschauung durch sein Verhalten mit erklärt (Cramer aaO Rdn. 14).

b) Versenden der Rechnungen durch den Angekl. als konkludente Täuschung über Tatsachen
Das Landgericht hat zu Recht als in diesem Sinne "mit erklärt" erachtet, daß es sich bei den unaufgefordert versandten Schreiben um eine Rechnung für die bereits anderweitig erfolgte Veröffentlichung der Todesanzeigen handelte, und deshalb eine Täuschungshandlung bejaht.
Wenn der Täter bei Versendung von Formularschreiben typische Rechnungsmerkmale - insbesondere, wie hier, das Fehlen von Anrede und Grußformel, Hervorhebung einer individuellen Registernummer, Fehlen einer näheren Darstellung der angebotenen Leistung, Aufschlüsselung des zu zahlenden Betrages nach Netto- und Bruttosumme, Hervorhebung der Zahlungsfrist ("binnen zehn Tagen") durch Fettdruck, Beifügung eines ausgefüllten Überweisungsträgers - einsetzt, die den Gesamteindruck so sehr prägen, daß demgegenüber die - kleingedruckten - Hinweise auf den Angebotscharakter völlig in den Hintergrund treten, so täuscht er die Adressaten nach der objektiven Verkehrsanschauung durch die konkludente Aussage der Schreiben, daß eine Zahlungspflicht besteht (Garbe NJW 1999, 2868, 2870; im selben Sinn Mahnkopf/Sonnberg NStZ 1997, 187 f.).

aa) Die zivilrechtliche Rechtsprechung des BGH zu formularmäßigen "Angebotsschreiben"
Der Senat befindet sich damit in Übereinstimmung mit den von der Zivilrechtsprechung für einschlägige Fallgestaltungen entwickelten Grundsätzen, die für die Ermittlung der Verkehrsanschauung, nämlich des objektiven Maßstabs des Geschäftsverkehrs heranzuziehen sind. Der für das Wettbewerbsrecht zuständige 1. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs bejaht in ständiger Rechtsprechung einen Unterlassungs- bzw. Beseitigungsanspruch wegen konkludenter Täuschung, wenn Gewerbetreibende im Rahmen eines als Mittel des Wettbewerbs angelegten Gesamtkonzepts durch rechnungsähnliche Gestaltung von unaufgefordert versandten formularmäßigen "Angebotsschreiben" systematisch und fortlaufend das Zustandekommen von Insertionsverträgen betreiben, indem sie darüber hinwegtäuschen, daß die Formularschreiben nur Angebote zur Eintragung in Branchenverzeichnisse u.ä. enthalten, und stattdessen den Eindruck erwecken, es würden bereits in Auftrag gegebene Leistungen in Rechnung gestellt (BGHZ 123, 330, 334; NJW 1995, 1361 f.; WRP 1998, 383, 385). Dabei stellt der Bundesgerichtshof in Zivilsachen hinsichtlich der Eignung zur Irreführung ausdrücklich nicht auf die Einzelmerkmale der Anschreiben (individuelle Auftragsnummer, Aufschlüsselung des zu zahlenden Preises und Beifügung eines ausgefüllten Überweisungsträgers) ab, sondern auf den planmäßig erweckten Gesamteindruck der Aufmachung "nach Art einer Rechnung" (BGH NJW 1995, 1362).

bb) Übertragung der zivilrechtlichen Grundsätze auf den Täuschungsbegriff des § 263 I StGB
Diese Grundsätze haben auch Bedeutung für den Täuschungsbegriff des Betrugstatbestandes. Allerdings gehört es nicht zum vom Betrugstatbestand geschützten Rechtsgut, sorglose Menschen gegen die Folgen ihrer eigenen Sorglosigkeit zu schützen (BGHSt 3, 99, 103; Tröndle/Fischer aaO Rdn. 35 a; jew. zum Vermögensschaden). Das Merkmal der Täuschung im strafrechtlichen Sinne ist deshalb nicht schon ohne weiteres da-

durch erfüllt, daß die Empfänger der Schreiben die "Insertionsofferte" mißverstehen konnten und dies dem Angeklagten bewußt war. Die Täuschung stellt nach der Tatbestandsstruktur des § 263 Abs. 1 StGB die eigentliche deliktische Handlung dar, die ihrerseits Bedingung für einen darauf beruhenden Irrtum ist. Dies schließt aus, die Täuschung bereits aus einem Irrtum als solchem herzuleiten (so aber Mahnkopf/Sonnberg NStZ 1997, 187: "Wo ein Irrtum ist, ist auch eine Täuschung"; dagegen zu Recht Garbe NJW 1999, 2869). Die bloße Hoffnung des Täters auf einen - zur Vermögensschädigung führenden - Irrtum beim Tatopfer mag zwar sozialethisch verwerflich sein; dennoch wird aus einer solchen Hoffnung oder Erwartung deshalb noch keine Täuschungshandlung. Vielmehr setzt die Annahme einer Täuschung eine Einwirkung auf die Vorstellung des Getäuschten voraus (Samson/Günther in SK-StGB 37. Lfg., 5. Aufl. Rdn. 22), nämlich ein Verhalten des Täters, das objektiv geeignet und subjektiv bestimmt ist beim Adressaten eine Fehlvorstellung über tatsächliche Umstände hervorzurufen. Das kann aber selbst dann gegeben sein, wenn die Adressaten der von dem Angeklagten veranlaßten Schreiben bei sorgfältiger Prüfung den wahren Charakter eines Schreibens als Angebot anstatt als Rechnung hätten erkennen können (vgl. BGHSt 34, 199, 201, zur Bedeutung des "Mitbewusstseins des Opfers" Samson/Günther aaO § 263 Rdn. 52 ff.).

c) Einschränkung des Tatbestandes beim Anschein äußerlich verkehrsgerechten Verhaltens

Zur tatbestandlichen Täuschung wird ein Verhalten hierbei dann, wenn der Täter die Eignung der - inhaltlich richtigen - Erklärung, einen Irrtum hervorzurufen, planmäßig einsetzt und damit unter dem Anschein "äußerlich verkehrsgerechten Verhaltens" gezielt die Schädigung des Adressaten verfolgt, wenn also die Irrtumserregung nicht die bloße Folge, sondern der Zweck der Handlung ist (so zu Recht Fischer/Tröndle aaO Rdn. 7a; vgl. auch die entsprechende Rechtsprechung des Senats zum Hindernisbereiten im Sinne des § 315b Abs. 1 Nr. 2 StGB durch "(äußerlich) verkehrsgerechtes Verhalten" im Straßenverkehr; BGH NZV 1992, 157 m. Anm. Seier; BGHR StGB § 315b Abs. 1 Nr. 2 Hindernisbereiten 3 = StV 2000, 22 m. krit. Anm. Kudlich; dazu ferner krit. Scheffler NZV 1993, 463 f.). Insoweit genügt allerdings nicht bedingter Vorsatz (vgl. Lackner/Kühl aaO Rdn. 57); vielmehr ergibt sich schon aus dem Erfordernis planmäßigen Verhaltens, daß die Annahme der Täuschung in diesen Fällen auf seiten des Täters ein Handeln mit direktem Vorsatz voraussetzt. Dies ist in Fällen inhaltlich an sich richtiger, aber irreführender Erklärungen geboten, um strafloses - wenn auch möglicherweise rechtlich missbilligtes - Verhalten durch bloßes Ausnutzen einer irrtumsgeneigten Situation einerseits und dem Verantwortungsbereich des Täters zuzuordnende (zu diesem Kriterium Kindhäuser in Festschrift für Günther Bemmann, 1997, S. 339, 354 ff.; ferner Krack, List als Straftatbestandsmerkmal, 1994, S. 54 f. und 88 f.) und deshalb strafrechtlich relevante Täuschungshandlungen durch aktive Irreführung andererseits sachgerecht voneinander abzugrenzen (in diesem Sinne auch Schröder in Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, 1974, S. 153, 160 f.).

Die Feststellungen belegen die hiernach vorausgesetzte objektive und subjektive Tatseite; denn danach war das vom Angeklagten verfolgte "Konzept" gerade darauf angelegt, mit den zwar inhaltlich wahren Schreiben bei den Adressaten Mißverständnis und Irrtum hervorzurufen ("Betrug durch Behauptung wahrer Tatsachen?" bejahend Schröder aaO S. 153 ff.; ferner Tröndle JR 1974, 221, 224; auch Tröndle/Fischer aaO Rdn. 6a m.w.N.; dagegen Schumann JZ 1979, 588 ff.). Unter diesen Umständen diente der isoliert betrachtet wahre Inhalt der Schreiben lediglich als "Fassade", um die von vornherein in betrügerischer Absicht angestrebte Zahlung nach außen hin als vertraglich geschuldet und damit als rechtmäßig erscheinen lassen zu können (vgl. Senatsurteil vom 7. November 1991 - 4 StR 252/91 - zum Betrug durch Täuschung über die Erfüllungswilligkeit bei Eingehung von Bau-Werkverträgen unter planmäßiger Berufung auf nach dem äußeren Sachverhalt zustehende werkvertragliche Rechte; insoweit in BGHSt 38, 111 = NJW 1992, 1245 nicht mit abgedruckt). Daß sich der Angebotscharakter der Schreiben bei genauem Hinsehen aus den beigefügten Allgemeinen Geschäftsbedingungen ergab, beseitigt unter diesen Umständen die - für den (angestrebten) Irrtum kausale (Cramer aaO Rdn. 32 m.w.N.; a.A. Naucke, FS-Peters, 1974; 109, 116 ff.) - tatbestandliche Täuschung nicht (so zu Recht Tröndle/Fischer aaO Rdn. 7a).

d) Keine Abweichung von der Rspr. des 5. Senats

Mit dieser Entscheidung weicht der Senat nicht von tragenden Erwägungen des Beschlusses des 5. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 27. Februar 1979 - 5 StR 805/78 - (NStZ 1997, 186) ab. Der 5. Strafsenat hat darin die Versendung rechnungsähnlicher Vertragsofferten durch den Angeklagten zwar nicht als tatbestandliche Täuschung angesehen und deshalb die Verurteilung wegen Betruges aufgehoben. Doch hat er dabei auf die Umstände des Einzelfalls ("nicht ohne weiteres") abgestellt, und zwar entscheidungserheblich darauf, daß sich das Angebot an im geschäftlichen Verkehr erfahrene Adressaten ("ersichtlich überwiegend Kaufleute") richtete (ebenso in der weiteren bisher veröffentlichten Rechtsprechung: OLG Frankfurt NStZ 1997, 187 m. krit. Anm. Mahnkopf/Sonnberg; LG Frankfurt NStZ-RR 2000, 7, 8) der Senat dieser einschränkenden Auffassung folgen könnte (dagegen Gar-

be aaO S. 2869; ersichtlich auch Tröndle/Fischer aaO Rdn. 7a), kann dahinstehen, weil es sich bei den hier betroffenen Adressaten in den "Todesanzeigenfällen" nicht um einen gerade durch Erfahrung im geschäftlichen Angelegenheiten ausgewiesenen Personenkreis handelte. Jedenfalls stellt die Rechtsprechung damit für die Annahme einer objektiven Täuschung auch auf die auf Seiten des Erklärungsadressaten zu erwartende - typisierte - Sorgfaltspflicht ab (Garbe NJW 1999, 2869). Hierfür kann zwar, wie die Revision unter Berufung auf Cramer (in Schönke/Schröder aaO Rdn. 15) einwendet, nicht die je individuelle psychische Situation des Adressaten ausschlaggebend sein kann (ebenso Kindhäuser aaO S. 358). Doch hat das Landgericht die Annahme einer von dem Angeklagten veranlaßten Täuschung auch nicht hierauf gestützt, sondern sie zu Recht mit der typischerweise durch den Trauerfall bei den Betroffenen ausgelösten mangelnden Aufmerksamkeit in geschäftlichen Dingen begründet, bei der sich die Adressaten, begünstigt durch eine solche Situation und die vom Tatplan umfaßte zeitliche Nähe der "Insertionsofferten" zum Erscheinen der Todesanzeigen, über den wahren Charakter der Schreiben irrten und nach dem vom Angeklagten verfolgten Tatplan irren sollten. Das genügt."

2. Irrtumserregung
Rentner R hat geglaubt, dass es sich um eine Rechnung für eine Zeitungsanzeige handelt.

3. Vermögensverfügung
In der Überweisung des angeforderten Rechnungsbetrages auf das Konto der Inter Media liegt eine unmittelbar vermögensmindernde Handlung des R.

4. Vermögensschaden
Zum erforderlichen Vermögensschaden führt der 4. Senat aus: "Auch der in den Zahlungsfällen eingetretene [...] irrtumsbedingte Vermögensschaden ist im Ergebnis rechtsfehlerfrei festgestellt. Dabei kann dahinstehen, ob - wie das Landgericht meint - der Vermögensschaden schon deshalb zu bejahen ist, weil wegen täuschungsbedingten "Nichtzustandekom-men(s) des Vertrages" die Geschädigten auf eine nur vermeintliche Zahlungspflicht gezahlt haben bzw. zahlen sollten. Bedenken könnten sich insoweit deshalb ergeben, weil es für den Betrugstatbestand ohne Belang ist, ob der Täter einen nach § 123 BGB anfechtbaren Vertrag herbeiführt oder ob er den Schein eines Vertrages entstehen läßt, der in Wahrheit nicht geschlossen worden ist; für die Prüfung eines Vermögensschadens im Sinne des Betrugstatbestandes entscheidend ist allein der nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu bestimmende Wertvergleich von Leistung und Gegenleistung (BGHSt 22, 88, 89). Hierzu ergeben die vom Landgericht rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen, daß - was im übrigen auf der Hand liegt - die Veröffentlichung der Todesanzeigen im Internet nicht nur nach der persönlichen Einschätzung der Adressaten, sondern auch nach der Auffassung eines objektiven Beurteilers praktisch wertlos waren. Dies reicht unter den gegebenen Umständen für die Annahme eines Vermögensschadens aus (vgl. BGHSt 23, 300, 301)."

5. Vorsatz
H handelte mit dem erforderlichen Tatbestandsvorsatz. Insbesondere ist davon auszugehen, dass er es zumindest billigend in Kauf genommen hat, das die Veröffentlichung der Todesanzeige im Internet für R wirtschaftlich sinnlos ist.

6. Bereicherungsabsicht
H handelte ferner in der Absicht, sich bzw. der Inter Media einen rechtswidrigen und stoffgleichen Vermögensvorteil zu verschaffen.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld
Sein Handeln war auch rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis
H hat sich wegen vollendeten Betrugs zum Nachteil des R strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit des H wegen versuchten Betrugs gem. §§ 263 I, II, 22, 23 I StGB durch Versenden der Rechnung an W

I. Vorprüfung
Da W den Rechnungsbetrag nicht überwiesen hat, ist das Delikt nicht vollendet. Die Versuchsstrafbarkeit ergibt sich aus § 263 I, II, 23 I, 12 I StGB.

II. Tatentschluss
H handelte auch bezüglich Witwe W mit Betrugsvorsatz und Bereicherungsabsicht (s.o.).

III. Unmittelbares Ansetzen
Versuchsbeginn liegt vor, wenn der Täter subjektiv die Schwelle zum "jetzt geht es los" überschreitet und objektiv zur tatbestandsmäßigen Angriffshandlung ansetzt, so dass sein Tun ohne Zwischenakte in die Tatbestandsverwirklichung übergeht (vgl. BGH, wistra 2000, 379 = RA 2000, 632). Beim Betrug ist dazu ein Verhalten erforderlich, dass auf eine irrtumsbedingte und unmittelbar vermögensmindernde Verfügung gerichtet ist (BGHSt 37, 294 f.).
Mit der Zusendung der vermeintlichen Rechnung hat H eine Täuschungshandlung vorgenommen, die unmittelbar zur Vermögensverfügung der W durch Überweisen des Rechnungsbetrages führen sollte.

IV. Rechtswidrigkeit und Schuld

H handelte rechtswidrig und schuldhaft. Er hat sich daher auch wegen versuchten Betrugs zum Nachteil der W strafbar gemacht.

C. Konkurrenzen

Beide Delikte stehen im Verhältnis der Tateinheit.