

Sehr geehrte Leserinnen,
sehr geehrte Leser,

mit der Ausgabe 12/99 hat die Ausbildungszeitschrift unseres juristischen Repetitoriums "Jura Intensiv" ihren 7. Jahrgang abgeschlossen, in dem sie erstmals als RechtsprechungsAuswertung (RA) erschien. Wir möchten dies zum Anlass nehmen, Ihnen für das uns entgegengebrachte Vertrauen und die zahlreichen Anregungen zu danken, die uns in den vergangenen Monaten erreicht haben. Wir freuen uns, dass das neue Layout und die inhaltlichen Veränderungen, insbesondere die Ausweitung der Rubriken "Problemdarstellung" und "Prüfungsrelevanz", so großen Anklang gefunden haben.

Selbstverständlich sind wir weiterhin um eine Verbesserung unseres Produkts bemüht; deshalb werden wir im neuen Jahr wiederum einige - zum Teil auf Ihre Anregungen zurückgehende - Veränderungen vornehmen. So wird die RA neben geringfügigen Veränderungen im Layout mit der vorliegenden Ausgabe 01/2000 im redaktionellen Teil, d.h. vor allem in den Rubriken "Problemdarstellung", "Prüfungsrelevanz" und "Urteile in Fallstruktur" auf die neuen Rechtschreibregeln umgestellt; die Urteile werden jedoch weiterhin in der vom jeweiligen Gericht gewählten Schreibweise wiedergegeben.

Inhaltlich ist eine Rubrik "Literaturauswertung" hinzugekommen, in der dem Leser in Form eines Kompendiums unter Angabe des Autors, der Fundstelle und des Themas ein Überblick über praxis- und ausbildungsrelevante neue Aufsätze geboten wird. Zudem werden die schon bisher in "Problemdarstellung" und "Prüfungsrelevanz" enthaltenen Vertiefungshinweise zu den jeweiligen Gerichtsentscheidungen weiter ausgebaut.

Darüber hinaus bieten wir Ihnen mit dieser Ausgabe ein herausnehmbares, umfassendes Sach- und Stichwortregister an, das die Auffindbarkeit aller Entscheidungen und Problemkreise aus der RA 1999 gewährleisten bzw. erleichtern soll. Zum Binden des Jahrgangs 1999 können Buchdecken und fehlende Ausgaben über den Verlag bezogen werden; ein entsprechendes Angebot findet sich im Mittelteil dieser Zeitschrift.

Wir hoffen, dass Sie uns auch im neuen Jahrtausend gewogen bleiben. Für Anregungen und Kritik sind wir natürlich weiterhin empfänglich und dankbar.

Frank Schildheuer
- Chefredakteur -

Öffentliches Recht

Standort: VwGO

Problem: Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

BVERFG, BESCHLUSS VOM 23.8.99 - 1 BvR 1138/97 (NJW 1999, 3701)

Problemdarstellung:

Das BVerfG gab mit der vorliegenden Entscheidung einer Verfassungsbeschwerde statt, die gegen ein die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ablehnendes Berufungsurteil eingelegt worden war. Die Berufungsschrift war versehentlich durch einen privaten Kurierdienst verspätet übermittelt worden. Das BVerfG bestätigt seine st. Rspr. dahingehend, dass die Anforderungen an die Darlegung fehlenden Verschuldens für das Fristversäumnis (vgl. §§ 233 ZPO, 22 II FGG, 60 VwGO, 32 VwVfG u.v.m.) nicht überspannt werden dürfen. Dabei lässt es die Tendenz erkennen, professionelle private Kurierdienste mit der Deutschen Post AG gleichzustellen, bei der allein die ordnungsgemäße Aufgabe des Schriftstücks genügt, d.h. Beförderungsmängel nicht zu Lasten des Absenders gehen; jedenfalls könne, so das BVerfG, nicht allein deshalb, weil das Schriftstück nicht von der Deutschen Post AG befördert worden sei, von der Unzuverlässigkeit des konkurrierenden Kurierdienstes und damit von einem Organisationsverschulden des Absenders durch Beauftragung desselben ausgegangen werden.

Prüfungsrelevanz:

Ist im Rahmen der Zulässigkeit eines Rechtsbehelfs eine Frist zu prüfen (vgl. nur §§ 70, 74 VwGO), und ist diese versäumt, stellt sich die Frage nach der möglichen Wiedereinsetzung in die Frist (vgl. § 60 VwGO). Hier ist u.a. zu prüfen, ob das Fristversäumnis unverschuldet war. Allein in der (bewussten oder versehentlichen) Wahl eines privaten Kurierdienstes kann nach der vorliegenden Entscheidung ein Verschulden jedenfalls nicht gesehen werden.

Zum Verschulden bei nicht rechtzeitiger Berufungseinlegung wegen Beauftragung eines Kurierdienstes siehe auch BGH, VersR 1986, 146. Zu den Anforderungen, die an einen Rechtsanwalt hinsichtlich des fristwahren Eingangs einer Berufung zu stellen sind, siehe BGH, NJW 1999, 429 ff.; 583 ff.; NJW 1999, 142.

Leitsatz (der Redaktion):

Die Versagung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im Zusammenhang mit der Übermittlung eines fristwahrenden Schriftsatzes durch den Kurierdienst eines Anwaltsvereins kann gegen Art. 2 I GG verstossen.

Sachverhalt:

Der Berufungsschriftsatz der Prozeßbevollmächtigten des Bf. traf beim LAG Köln erst am 6. 3. 1997, drei Tage nach Ablauf der Berufungsfrist ein. Hierüber wurde diese vom LAG unterrichtet, wobei darauf hingewiesen wurde, daß der Schriftsatz nicht per Post, sondern durch den Kurierdienst des Aachener Anwaltsvereins transportiert worden sei. Der Bf. beantragte daraufhin fristgerecht Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Zur Begründung führte er aus, in der Kanzlei seiner Prozeßbevollmächtigten bestehe die allgemeine Anweisung, alle Schriftsätze, auf denen nicht der Vermerk "per Kurierdienst" angebracht sei, mit normaler Post zu versenden. Entgegen dieser Anweisung sei die Berufungsschrift am Donnerstag, den 20. 2. 1997, durch eine Auszubildende der Prozeßbevollmächtigten in das Fach des Anwaltskurierdienstes beim AG Düren gegeben worden. Nach dem Fahrplan des Kurierdienstes werde das LAG jede Woche dienstags und donnerstags angefahren. Danach hätte die Berufungsschrift, selbst wenn sie nicht mehr am Donnerstag, den 20. 2. 1998, mitgenommen worden sein sollte, spätestens am Dienstag, den 25. 2. 1997 beim LAG eingehen müssen. Der verspätete Eingang sei offensichtlich darauf zurückzuführen, daß von irgendeiner dritten Person nach Abgabe des Schriftsatzes beim Kurierdienst der handschriftliche Vermerk "OLG" auf den Schriftsatz gesetzt worden sei. Der Schriftsatz sei infolgedessen zunächst irrtümlich an das OLG Köln übermittelt worden und von dort später an das LAG Köln. Neben einer eidesstattlichen Versicherung der Auszubildenden und einer Kopie des Kurier- und Botenausgangsbuchs war dem Wiedereinsetzungsantrag der Fahrplan des Kurierdienstes beigefügt.

Das LAG verwarf - nach Einholung einer dienstlichen Äußerung des beim LAG im Posteingang beschäftigten Angestellten - die Berufung des Bf. als unzulässig. Der Wiedereinsetzungsantrag des Bf. sei nicht begrün-

det, da er nicht dargetan habe, daß er ohne Verschulden seiner Prozeßbevollmächtigten an der Fristeinhaltung gehindert gewesen sei. Das LAG vertrat die Auffassung, zur Sicherung der Fristwahrung gehöre nicht nur die Führung eines Fristenkalenders, sondern auch eine wirksame Ausgangskontrolle, durch die sichergestellt werde, daß der Fristenkalender am Abend eines jeden Arbeitstages von einer damit beauftragten qualifizierten Kraft kontrolliert und Fristen erst mit Erledigung der fristwahrenden Handlung gemäß Anweisung (Einreichung bei Gericht, Aufgabe zur Post) gelöscht würden. Aus dem Vortrag des Bf. ergebe sich nicht, daß eine entsprechende Ausgangskontrolle bestanden habe. Die Einreichung fristgebundener Schriftsätze bei dem vom Anwaltsverein Aachen eingerichteten Kurierdienst stehe der Aufgabe zur Post nicht gleich, da dieser Kurierdienst das LAG Köln nur zweimal wöchentlich anfare und deshalb nicht ohne weiteres erwartet werden könne, daß fristgebundene Schriftsätze rechtzeitig eingingen. Es sei auch nicht dargelegt worden, daß die Organisationsstruktur des Kurierdienstes eine zeitgerechte Beförderung erwarten ließe. Die Verfassungsbeschwerde hatte Erfolg.

Gründe:

Die Kammer nimmt gem. § 93 b BVerfGG die zulässige Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung an, weil dies zur Durchsetzung des Anspruchs des Bf. auf wirkungsvollen Rechtsschutz (Art. 2 I GG i. V. mit dem Rechtsstaatsprinzip) angezeigt ist (§ 93 a II b BVerfGG). Der Verfassungsbeschwerde ist stattzugeben. Die Voraussetzungen des § 93 c I 1 BVerfGG liegen vor. Die für die Beurteilung maßgeblichen verfassungsrechtlichen Fragen hat das BVerfG bereits entschieden.

Allerdings ergibt sich aus dem Fehlen eines rechtlichen Hinweises hinsichtlich der möglichen Relevanz der Ausgangskontrolle in der Kanzlei der Prozeßbevollmächtigten des Bf. kein Verstoß gegen Art. 103 I GG. Diese Vorschrift gebietet lediglich dann einen Hinweis, wenn das Gericht auf einen rechtlichen Gesichtspunkt abstellen will, mit dem auch ein gewissenhafter und kundiger Prozeßbevollmächtigter nicht zu rechnen brauchte (vgl. BVerfGE 84, 188). Dies ist hier nicht der Fall. Da die Prozeßbevollmächtigte des Bf. den Wiedereinsetzungsantrag auch damit begründet hatte, daß entgegen der in ihrer Kanzlei bestehenden Anweisung der Berufungsschriftsatz nicht bei der Post, sondern bei dem Kurierdienst aufgegeben worden sei, hätte sich ein Vortrag zur Frage des Bestehens einer ordnungsgemäßen Ausgangskontrolle, bei der dieser Fehler hätte auffallen müssen, aufdrängen müssen.

Allerdings ist der Anspruch auf Gewährung

wirkungsvollen Rechtsschutzes (Art. 2 I GG i. V. mit dem Rechtsstaatsprinzip) verletzt. Dieser Anspruch verbietet es den Gerichten, den Parteien den Zugang zu einer in der Verfahrensordnung eingeräumten Instanz in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigenden Weise zu erschweren (vgl. BVerfGE 41, 23; 69, 381; NJW 1996, 2857). Die Gerichte dürfen daher bei der Auslegung der die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand regelnden Vorschriften die Anforderungen an das, was der Betroffene veranlaßt haben muß, um Wiedereinsetzung zu erlangen, nicht überspannen. Dabei hat es das BVerfG insbesondere als nicht zulässig angesehen, dem Bürger Verzögerungen der Briefbeförderung oder Zustellung durch die Deutsche Bundespost als Verschulden anzurechnen (vgl. BVerfGE 41, 23; NJW 1995, 2546). In der Verantwortung des Absenders liegt es daher nur, das zu befördernde Schriftstück den postalischen Bestimmungen entsprechend und so rechtzeitig zur Post zu geben, daß es nach den organisatorischen und betrieblichen Vorkehrungen der Deutschen Bundespost bei regelmäßigem Betriebsablauf den Empfänger fristgerecht erreicht. Diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen wird die angegriffene Entscheidung nicht gerecht. Sie überspannt die vom Bf. zu erfüllende Darlegungslast hinsichtlich der Inanspruchnahme des Kurierdienstes und wälzt allgemein bestehende Beförderungsrisiken einseitig auf den rechtsuchenden Bürger ab.

Es kann vorliegend dahinstehen, ob und in welchem Umfang die Grundsätze zur Postbeförderung nach der Einschränkung des Beförderungsmonopols der Deutschen Post AG und der Ausweitung des Angebots anderer professioneller Beförderungsdienstleister auf diese übertragen werden können. Die Beurteilung, welche Anforderungen an die Darlegung im Rahmen eines Wiedereinsetzungsantrags gestellt werden, ist grundsätzlich Sache der Fachgerichte. Dies gilt auch im Hinblick auf die Nutzung privater Kurierdienste. Die Fachgerichte müssen aber berücksichtigen, daß der Bürger auf die Wahrnehmung professioneller Beförderungsdienstleistungen - sei es der Deutschen Post AG, sei es anderer Anbieter - angewiesen ist. Für den Bürger muß vorhersehbar bleiben, welche Anforderungen an seine Darlegungslast bei einem Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gestellt werden, und es muß ihm zumutbar und möglich sein, diese Anforderungen zu erfüllen. Dies verbietet im Regelfall, die Darlegung von Vorgängen innerhalb der Organisationsstruktur der Dienstleistungsanbieter zu verlangen, da diese sich regelmäßig der Kenntnis des Nutzers entziehen. Hier besteht kein Unterschied zwischen der Beförderung durch die Deutsche Post AG

und der durch andere Anbieter.

Der Begründung des angegriffenen Beschlusses des LAG Köln kann schon nicht entnommen werden, weshalb sich aus dem Vorbringen des Bf. nicht ergeben soll, daß die Organisationsstruktur des Kurierdienstes bei normalem Lauf der Dinge eine fristwahrende Beförderung des konkreten Schriftsatzes hätte erwarten lassen. Vielmehr enthalten der Vortrag des Bf. und der vorgelegte Fahrplan die Fahrtrouten des Kurierdienstes und dessen regelmäßige Fahrtage. Daraus ist ohne weiteres ersichtlich, daß der Kurierdienst jeweils dienstags und donnerstags vom AG Düren aus das LAG Köln anfährt. Die Erwägung des LAG, es könne nicht ohne weiteres erwartet werden, daß fristgebundene Schriftsätze mit dem Kurierdienst rechtzeitig eingingen, da dieser das LAG Köln nur zweimal wöchentlich anfähre, ist jedenfalls dann nicht überzeugend, wenn, wie hier, der Bf. glaubhaft gemacht hat, daß der Schriftsatz elf Tage vor Fristablauf aufgegeben worden ist. Maßgeblich kann nur sein, ob die sich aus einer zweimaligen wöchentlichen Beförderung ergebende mögliche Verzögerung bei Aufgabe des Schriftsatzes hinreichend berücksichtigt wurde. Dies war hier offensichtlich der Fall. Daher spielt auch kei-

ne Rolle, daß auch die Prozessbevollmächtigte des Bf. zur Vermeidung von Verzögerungen normalerweise für fristwahrende Schriftsätze ausschließlich die Post in Anspruch nahm. Zu Unrecht schließt das LAG aus der konkreten Verspätung auf eine mögliche unzuverlässige Organisation des Kurierdienstes. Die vom LAG eingeholte Stellungnahme des auf der Posteingangsstelle des LAG beschäftigten Angestellten weist im Gegenteil darauf hin, daß der verspätete Eingang auf eine irrtümliche Ablieferung der korrekt adressierten Berufungsschrift beim OLG statt beim LAG zurückzuführen ist. Eine solche, einmalige Fehlleistung läßt keine Rückschlüsse auf allgemeine Organisationsmängel zu. Darüber hinaus sagt die angegriffene Entscheidung nichts dazu, was der Bf. noch zur Organisationsstruktur des in Anspruch genommenen Kurierdienstes hätte vortragen können. Er hat dargelegt, auf welchem Weg und in welchen Zeitabständen die Beförderung erfolgt. Verlangt man weiteren Vortrag, so wird die Benutzung eines solchen Dienstes faktisch ausgeschlossen, denn dem Bürger ist es regelmäßig nicht möglich, bei Inanspruchnahme eines Kurierdienstes derart weitreichende Erkundigungen einzuholen.

Standort: VwGO

Problem: Entfallen der aufschiebenden Wirkung in RVO

OVG NW, BESCHLUß VOM 30.8.99 - 8 B 902/99 (DVBL 1999, 1671 L - ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Das OVG NW hatte darüber zu entscheiden, ob die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs (§ 80 I VwGO) über § 80 II Nr. 3 VwGO auch entfallen kann, wenn dies in einer Rechtsverordnung vorgesehen ist. Im Unterschied zu § 68 I 2 VwGO, wo BVerfG und BVerwG einhellig unter "Gesetz" auch eine Rechtsverordnung verstehen, hält das Gericht bei § 80 II Nr. 3 VwGO im Einklang mit der h.M. in der Literatur ein Parlamentsgesetz ("formelles Gesetz") für erforderlich, hält also eine RVO für ungeeignet, die aufschiebende Wirkung entfallen zu lassen.

Prüfungsrelevanz:

Beantragt der Adressat eines belastenden Verwaltungsakts gem. § 80 V VwGO, die aufschiebende Wirkung seines Widerspruchs oder seiner Anfechtungsklage (§ 80 I VwGO) gegen den Verwaltungsakt anzuordnen bzw. wiederherzustellen, stellt sich im Rahmen der Zulässigkeit des Antrags (in der Statthaf-

tigkeit bzw. spätestens im allgemeinen Rechtsschutzinteresse) die Frage, ob der Rechtsbehelf nicht ohnehin schon aufschiebende Wirkung hat, so dass es einer entsprechenden gerichtlichen Anordnung u.U. gar nicht bedarf. Ist dies der Fall, ist der Antrag mangels Rechtsschutzinteresses unzulässig, es sei denn, es droht faktisch der Vollzug des Verwaltungsakts, weil die Behörde sich um die aufschiebende Wirkung nicht kümmert bzw. sie diese verkennt. In diesen Fällen ist nach h.M. ein Antrag analog § 80 V VwGO auf Feststellung der aufschiebenden Wirkung des Rechtsbehelfs statthaft, während die m.M. auf die Sicherungsanordnung gem. § 123 I 1 VwGO und damit auf die fehlende Regelungslücke für eine Analogie verweist. Wegen der Einzelheiten vgl. bereits RA 1999, 603 und RA 1999, 544. Vorliegend hatte die Behörde die aufschiebende Wirkung mit Blick auf die diese vermeintlich entfallen lassende RVO verkannt, so dass deren Fortbestehen gerichtlich festzustellen war.

Leitsatz:

Der Ausschluß der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs durch Bundesgesetz gemäß § 80 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 VwGO setzt ein formelles Gesetz voraus.

Sachverhalt:

Der Antragsteller wendete sich gegen seine Entlassung als ehrenamtlicher Helfer im Technischen Hilfswerk, wo er seit 1976 - zuletzt als Ortsbeauftragter - tätig war. Er beantragte mit der gegen den Beschluß des VG zugelassenen Beschwerde festzustellen, daß seine Klage gegen die Entlassungsverfügung aufschiebende Wirkung hat.

Gründe:

Die Beschwerde hat Erfolg. Das VG hat den Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes zu Unrecht abgelehnt.

Die Antragsgegnerin geht erkennbar davon aus, daß ihre Entlassungsverfügung nach § 10 Abs. 2 der Verordnung über die Mitwirkung der Helfer im Technischen Hilfswerk vom 7.11.1991 (BGBl. I S. 2064) - THW-MitwirkVO - sofort vollziehbar ist. Dies hat sie im gerichtlichen Verfahren ausdrücklich bestätigt. Wird - wie hier - die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs nicht beachtet, so ist diese allerdings nicht gemäß § 80 Abs. 5 VwGO anzuordnen (so jedoch: OVG NW, OVGE 30, 46, 50 f.; OVGE 32, 14, 16 f.; NVwZ 1987, 334, 335), weil sie kraft Gesetzes besteht (§ 80 Abs. 1 VwGO), sondern es ist eine dahingehende Feststellung zu treffen, daß der Rechtsbehelf aufschiebende Wirkung hat (vgl. Kopp, VwGO, 11. Auflage, Rdnr. 181 zu § 80; BVerwG, Buchholz 232, § 44 BBG Nr. 8, S. 21; OVG Bremen, DÖV 1991, 473 L; BayVG, BayVB1. 1999, S. 467).

Der Klage des Antragstellers gegen die Entlassungsverfügung vom 27. 10. 1998 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 12. 1. 1999 kommt aufschiebende Wirkung zu (§ 80 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Die Voraussetzungen des § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO, wonach die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage u.a. in anderen durch Bundesgesetz vorgeschriebenen Fällen entfällt, sind nicht erfüllt. § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3, 1. Alt. VwGO setzt ein formelles Bundesgesetz voraus, wozu eine Rechtsverordnung (Art. 80 GG), die nicht in einem verfassungsrechtlich geregelten Gesetzgebungsverfahren zustandegekommen ist, nicht gehört. Eine Rechtsverordnung - wie hier § 10 Abs. 2 THW-MitwirkVO - reicht als Rechtsgrundlage für den bundesgesetzlichen Ausschluß der aufschiebenden Wirkung im Sinne des § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO nicht aus (vgl.

Schoch, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Rdnr. 126 zu § 80; Kopp, VwGO, Rdnr. 39 zu § 80). Der Ausschluß der aufschiebenden Wirkung in den Fällen des § 80 Abs. 2 Satz 1 VwGO stellt eine Ausnahme zu der Regel des § 80 Abs. 1 VwGO dar, wonach Widerspruch und Anfechtungsklage grundsätzlich aufschiebende Wirkung zukommt. Der durch einen Verwaltungsakt Betroffene hat regelmäßig einen Anspruch darauf, daß dessen Rechtmäßigkeit (und im Vorverfahren zusätzlich die Zweckmäßigkeit, § 68 Abs. 1 VwGO) in dem dafür vorgesehenen Verfahren umfassend geprüft wird, bevor der Verwaltungsakt vollzogen werden kann. Die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs ist für die Wirksamkeit des zu erlangenden Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) von wesentlicher Bedeutung. Der Ausschluß der aufschiebenden Wirkung führt zu einer Verkürzung des Rechtsschutzes, weil das vorläufige Rechtsschutzverfahren lediglich eine summarische Prüfung der Sach- und Rechtslage im Rahmen einer Interessenabwägung gebietet. Eine einschränkende Anwendung des § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO ist mit Rücksicht auf die Bedeutung der aufschiebenden Wirkung für die Rechtsschutzgarantie gemäß Art. 19 Abs. 4 GG und das Regel-Ausnahme-Verhältnis der Bestimmung, das auf den Willen des Gesetzgebers schließen läßt, nur in beschränkten, auf besonderen Gründen beruhenden Fällen die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage auszuschließen, geboten.

Die von der Antragsgegnerin angeführte Entscheidung des BVerfG vom 17. 4. 1991 (NJW 1991, 2005, 2006; so auch BVerwGE 25, 348, 349 f.) bezieht sich auf § 68 Abs. 1 Satz 2 VwGO, wonach es einer Nachprüfung des Verwaltungsakts in einem Vorverfahren nicht bedarf, wenn ein Gesetz dies für besondere Fälle bestimmt. Die Entscheidung des BVerfG ist aus den dargelegten Gründen nicht auf den Anwendungsbereich des § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO übertragbar. Der Ausschluß des Vorverfahrens führt nicht in gleichem Umfang zur Rechtsschutzverkürzung wie der Ausschluß der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs, der gerichtlichen Rechtsschutz wegen der Verfahrensdauer gänzlich hinfällig werden lassen kann. Mit der Vollziehung eines Verwaltungsakts werden nämlich häufig vollendete Tatsachen geschaffen, gegen die dann wirksamer Rechtsschutz nicht mehr zu erreichen ist.

Standort: VerwR BT Problem: Versammlungsteilnehmer als Notstandsverantwortliche

BVerwG, URTEIL VOM 23.3.99 - 1 C 12.97 -
(DVBL 1999, 1740 = BAYVBL 1999, 632)

Problemdarstellung:

Das BVerwG bejaht in der nachstehenden Entscheidung die grundsätzliche Möglichkeit, eine nichtöffentliche Versammlung auf der Grundlage der landesrechtlichen Generalklausel für das Gefahrenabwehrrecht unter Inanspruchnahme der Versammlungsteilnehmer als Notstandspflichtige (Nichtstörer) zu verbieten, wenn Ausschreitungen in Form von Gegendemonstrationen gewaltbereiter Dritter zu befürchten sind. Das Gericht nimmt dabei zu verfassungsrechtlichen Fragen (Gesetzgebungskompetenz des Landes trotz (Bundes-)Versammlungsgesetz; Einschränkung des Art. 8 I GG bei Veranstaltungen in geschlossenen Räumen) ebenso Stellung wie zu dem ordnungsrechtlichen Problem, ob tatsächlich die Versammlungsteilnehmer ordnungspflichtig sind, oder nicht vielmehr gegen die gewaltbereiten Gegendemonstranten als Verhaltensstörer eingeschritten werden muss.

Prüfungsrelevanz:

Wird eine nichtöffentliche, in geschlossenen Räumen abgehaltene Versammlung verboten oder aufgelöst, stellt sich die Frage nach der Ermächtigungsgrundlage für eine solche Maßnahme. Das VersG (§§ 5, 15) scheidet aus, da es nach ganz h.M. nur auf öffentliche Versammlungen Anwendung findet (vgl. § 1 VersG sowie die Überschriften des II. und III. Abschnitts). Der Rückgriff auf die polizei- und ordnungsrechtlichen Generalklauseln der Länder bereitet Probleme, da es im Lichte des VersG an der Gesetzgebungskompetenz der Länder fehlen könnte; ausserdem lässt Art. 8 II GG Einschränkungen durch Gesetz nur bei Versammlungen unter freiem Himmel - also gerade nicht für solche in geschlossenen Räumen - zu. Räumt man mit der vorliegenden Entscheidung des BVerwG die kompetenzrechtlichen Probleme aus, gilt es zu erkennen, dass die Generalklausel bei geschlossenen Veranstaltungen eben nicht als Ausprägung eines Gesetzesvorbehalts, sondern nur insoweit als Schranke des Art. 8 I GG herangezogen werden darf, als sie verfassungsimmanente Schranken, also insbes. Grundrechte Dritter, konkretisiert.

Der ordnungsrechtliche Teil der Entscheidung beschäftigt sich mit der Frage, ob und inwieweit die (friedlichen) Versammlungsteilnehmer angesichts der (unfriedlichen) Gegendemonstranten ordnungspflichtig sind. Das BVerwG kommt zu dem Ergebnis, dass eine

Inanspruchnahme nur - aber immerhin - unter dem Gesichtspunkt der Notstandsverantwortlichkeit (also nicht als Verhaltensstörer, auch nicht im Hinblick auf eine mögliche "Zweckveranlassung"), und dort auch nur unter strengen Anforderungen (keine Möglichkeit, gegen die Gegendemonstranten einzuschreiten; "ultima ratio") möglich sei.

Leitsätze:

- 1. Die Art des durch den erledigten Verwaltungsakt bewirkten Eingriffs, insbesondere im grundrechtlichen Bereich, kann im Hinblick auf den verfassungsrechtlich garantierten Anspruch auf effektiven Rechtsschutz das für einen Antrag nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO erforderliche Feststellungsinteresse begründen (im Anschluß an BVerwGE 61, 164, 166).**
- 2. Es ist weder unter dem Gesichtspunkt der Gesetzgebungskompetenz noch im Hinblick auf Art. 8 Abs. 1 GG verfassungswidrig, aufgrund des Art. 7 Abs. 2 des bayerischen Landesstraf- und Verordnungsgesetzes unter den Voraussetzungen des polizeilichen Notstands eine nicht-öffentliche Versammlung zu verbieten.**

Sachverhalt:

Die Kl., die NPD, plante für den 5. und 6. 6. 1993 die Durchführung ihres Bundesparteitags als geschlossene Veranstaltung und mietete zu diesem Zweck die Stadthalle der Stadt P. an. Mit Bescheid vom 3. 6. 1993 verbot das zuständige Landratsamt auf Weisung des Bayer. Staatsministeriums des Innern die Abhaltung des Bundesparteitags der Kl. in P., und zwar im wesentlichen aus folgenden Erwägungen: Der Parteitag sei eine nichtöffentliche Versammlung, die unter Heranziehung der sicherheitsrechtlichen Generalklausel des Art. 7 Abs. 2 des Landesstraf- und Verordnungsgesetzes - LStVG - verboten werden könne, wenn gewaltsame Auseinandersetzungen zwischen den Teilnehmern der Versammlung und Gegendemonstranten zu erwarten seien und die Polizei voraussichtlich nicht in der Lage sei, solche Auseinandersetzungen mit den ihr zu diesem Zeitpunkt verfügbaren Kräften wirksam zu unterbinden. Nach dem Mordanschlag von Solingen in der Nacht zum 30. 5. 1993 sei in größerem Umfang mit der Teilnahme auch gewaltbereiter Gruppen an der angekündigten Gegenveranstaltung zu rechnen, nachdem es aus Anlaß dieses Mordanschlags im gesamten Bundesgebiet zu einer Vielzahl demonstrativer Aktionen mit zum Teil erheblichen Ausschreitungen gekommen sei. Die Polizei sei vor dem Hintergrund der Ge-

samtsituation zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht in der Lage, einen störungsfreien Verlauf des Bundesparteitags sicherzustellen. Das Landratsamt P. ordnete die sofortige Vollziehung an.

Gegen den Bescheid legte die Kl. Widerspruch ein, über den nicht entschieden wurde. Ein Gesuch der Kl. um vorläufigen Rechtsschutz blieb in zweiter Instanz ohne Erfolg. Am 2. 7. 1993 hat die Kl. Fortsetzungsfeststellungsklage mit dem Begehren erhoben festzustellen, daß die Verbotsverfügung vom 3. 6. 1993 rechtswidrig gewesen sei. Die Klage blieb vor dem VG und OVG ohne Erfolg. Das BVerwG hat die Sache auf die Revision des Kl. zurückverwiesen.

Gründe:

Die Revision ist begründet. Das Berufungsurteil verletzt Bundesrecht (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO). Dies führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache an den VGH.

Die Klage ist zulässig. Das Berufungsurteil spricht der Kl. zu Unrecht das nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO für die Fortsetzungsfeststellungsklage notwendige berechnete Interesse an der Feststellung ab, daß der erledigte Bescheid vom 3. 6. 1993 rechtswidrig gewesen ist. In der Rspr. des BVerwG ist anerkannt, daß ein schutzwürdiges ideelles Interesse an der Rechtswidrigkeitsfeststellung nicht nur in Fällen in Betracht kommt, in denen abträgliche Nachwirkungen der erledigten Verwaltungsmaßnahme fortbestehen. Vielmehr kann auch die Art des Eingriffs, insbesondere im grundrechtlich geschützten Bereich, verbunden mit dem durch Art. 19 Abs. 4 GG garantierten Anspruch auf effektiven Rechtsschutz erfordern, das Feststellungsinteresse anzuerkennen (BVerwGE 61, 164, 166). Hierzu zählen namentlich Feststellungsbegehren, die polizeiliche Maßnahmen zum Gegenstand haben (vgl. Urteil vom 29. 4. 1997, Buchholz 310 § 43 VwGO Nr. 127 S. 8 m.w.N.). Nach der Rspr. des BVerfG ist es zwar mit dem Gebot, effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten, grundsätzlich vereinbar, wenn die Gerichte ein Rechtsschutzinteresse nur so lange als gegeben ansehen, als ein gerichtliches Verfahren dazu dienen kann, eine gegenwärtige Beschwerde auszuräumen, einer Wiederholungsgefahr zu begegnen oder eine fortwirkende Beeinträchtigung durch einen an sich beendeten Eingriff zu beseitigen. Das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz gebietet es aber, daß der Betroffene Gelegenheit erhält, in Fällen tiefgreifender, tatsächlich jedoch nicht fortwirkender Grundrechtseingriffe auch dann die Rechtmäßigkeit des Eingriffs gerichtlich klären zu lassen, wenn die direkte Belastung durch den angegriffenen Hoheitsakt sich nach dem typischen Verfahrensablauf auf eine Zeitspanne be-

schränkt, in welcher der Betroffene die gerichtliche Entscheidung kaum erlangen kann. Der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz darf nicht von der weiteren Voraussetzung abhängig gemacht werden, daß an dem Betroffenen ein Exempel statuiert oder sein Ansehen in der Öffentlichkeit herabgesetzt wurde (vgl. BVerfG, NVwZ 1999, 290, 291; BVerfGE 96, 27, 39). Die Anwendung dieser Grundsätze führt zur Bejahung eines berechtigten Interesses der Kl., die Rechtswidrigkeit des Bescheids vom 3. 6. 1993 feststellen zu lassen. Nach Art. 19 Abs. 3 GG gelten für die Kl. als inländische Personenvereinigung die Grundrechte, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind. Hierzu gehört die durch Art. 8 Abs. 1 GG geschützte Versammlungsfreiheit, die dem Grundrechtsträger das Selbstbestimmungsrecht über Ort, Zeitpunkt, Art und Inhalt der Versammlung gewährleistet (BVerfGE 69, 315, 341). Dabei kommt es in diesem Zusammenhang nicht darauf an, ob eine öffentliche oder nichtöffentliche Versammlung beabsichtigt war, da Art. 8 Abs. 1 GG auch für letztere gilt. In den Schutzbereich dieses besonders bedeutsamen Grundrechts greift das an die Kl. gerichtete Verbot ein, ihren Bundesparteitag wie vorgesehen am 5. und 6. 6. 1993 in P. abzuhalten. Das vorläufige Rechtsschutzverfahren, dessen Gegenstand die Vollziehbarkeit des Bescheids war, genügt insoweit nicht. Damit ist das erforderliche Feststellungsinteresse der Kl. gegeben, so daß offenbleiben kann, ob ein solches Interesse auch unter dem Gesichtspunkt fortdauernder diskriminierender Wirkung des Parteitageverbots oder aus anderen Gründen besteht.

Die tatsächlichen Feststellungen des VGH ermöglichen dem Senat keine abschließende Entscheidung, ob die Verbotsverfügung rechtswidrig gewesen ist. Da die Verbotsverfügung in das Grundrecht der Kl. aus Art. 8 Abs. 1 GG eingreift, bedarf sie einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage. Eine solche Ermächtigungsgrundlage besteht nach Bundesrecht nicht. Sie ist namentlich dem VersG nicht zu entnehmen. Dieses Gesetz trifft vor allem Regelungen für öffentliche Versammlungen. Hierzu gehört auch § 5 VersG, der unter bestimmten Voraussetzungen das Verbot der Abhaltung einer öffentlichen Versammlung in geschlossenen Räumen ermöglicht. Hingegen enthält das VersG nur wenige Vorschriften, die auch für nichtöffentliche Versammlungen gelten (vgl. z.B. §§ 3, 21). Eine Ermächtigung zu einem Versammlungsverbot fehlt insoweit. Die Öffentlichkeit einer Versammlung bestimmt sich danach, ob die Versammlung einen abgeschlossenen oder einen individuell nicht abgegrenzten Personenkreis umfaßt. Nach den tatsächlichen Feststellungen des VGH war der Bundesparteitag als geschlossene Veranstaltung in der Stadthalle von P., mithin als

nichtöffentliche Versammlung in geschlossenen Räumen, vorgesehen. [...] Betraf die Verbotsverfügung eine nichtöffentliche Versammlung, so fehlt es an einer bundesgesetzlichen Grundlage. Keiner Entscheidung bedarf, ob § 5 VersG auf nichtöffentliche Versammlungen entsprechend anwendbar ist (so Rühl, NVwZ 1988, 577, 581), da die Voraussetzungen dieser Vorschrift nach den Feststellungen des VGH nicht gegeben sind.

Wie der VGH dargelegt hat, kommt als Ermächtigungsgrundlage für den Bescheid vom 3. 6. 1993 Art. 7 Abs. 2 des bayerischen Landesstraß- und Verordnungsgesetzes - LStVG - unter den Voraussetzungen des polizeilichen Notstands in Betracht. Nach dieser Vorschrift können die Sicherheitsbehörden im Falle des Fehlens einer anderen Rechtsvorschrift, die zum Eingriff in Rechte anderer ermächtigt, zur Erfüllung ihrer Aufgaben für den Einzelfall Anordnungen nur treffen, um bestimmte näher bezeichnete rechtswidrige Taten oder verfassungsfeindliche Handlungen zu verhüten oder zu unterbinden (Nr. 1), durch solche Handlungen verursachte Zustände zu beseitigen (Nr. 2) oder Gefahren abzuwehren oder Störungen zu beseitigen, die Leben, Gesundheit oder die Freiheit von Menschen oder Sachwerte, deren Erhaltung im öffentlichen Interesse geboten erscheint, bedrohen oder verletzen (Nr. 3). Gegen die Heranziehung dieser Vorschrift als Grundlage für das in Rede stehende Verbot bestehen weder unter dem Gesichtspunkt der Gesetzgebungskompetenz noch im Hinblick auf Art. 8 Abs. 1 GG durchgreifende verfassungsrechtliche Bedenken.

Nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 3 GG erstreckt sich die konkurrierende Gesetzgebung u. a. auf das Versammlungsrecht. Hierunter fallen alle öffentlich-rechtlichen Regelungen für Versammlungen i. S. des Art. 8 GG, mithin auch für nichtöffentliche Versammlungen. Der Bund hat zwar von dieser Gesetzgebungszuständigkeit mit der Verabschiedung des VersG Gebrauch gemacht. Die wenigen auf nichtöffentliche Versammlungen anwendbaren Vorschriften dieses Gesetzes haben aber keinen abschließenden Charakter. Soweit dem Urteil des erkennenden Senats vom 6. 9. 1988 (BVerwGE 80, 158, 159) anderes zu entnehmen sein sollte, hält der Senat daran nicht fest. Dem Gesetzgeber ging es bei dem VersG in erster Linie um öffentliche Versammlungen, wie dies bereits in der Bezeichnung des RegE zum Ausdruck kam (RegE zum VersG BT-Drucks. 1/1102 vom 26. 6. 1950). Äußerungen zum (grundsätzlich) abschließenden Charakter des Gesetzes im Verlauf der parlamentarischen Beratungen bezogen sich ersichtlich auf öffentliche Versammlungen. Auf Verbotsnormen für nichtöffentliche Versammlungen hat der Gesetzgeber bewußt ver-

zichtet, da er deren Gefahrenpotential geringer eingestuft und den Eintritt der - noch zu erörternden - Voraussetzungen des polizeilichen Notstands insoweit offenbar nicht ins Auge gefaßt hat (vgl. Ketteler, DÖV 1990, 954, 956; Deger, NVwZ 1999, 265, 268). Deswegen kann nicht angenommen werden, daß der Gesetzgeber unter den Voraussetzungen des polizeilichen Notstands erfolgende Eingriffe in nichtöffentliche Versammlungen auf landesrechtlicher Grundlage ausschließen wollte. Die Gesetzgebungskompetenz der Bundesländer blieb mithin insoweit nach Art. 72 Abs. 1 GG unberührt. Zum gleichen Ergebnis führt die Auffassung, der Begriff des Versammlungsrechts i. S. des Art. 74 Abs. 1 Nr. 3 GG erfasse nur öffentliche Versammlungen (so Maunz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 74 Rdnr. 91 ff.). Danach liegt gemäß Art. 70 Abs. 1 GG die Gesetzgebungszuständigkeit für nichtöffentliche Versammlungen bei den Ländern.

Der Heranziehung der in Rede stehenden Ermächtigungsgrundlage steht auch nicht der Umstand entgegen, daß Art. 8 GG in seinem Abs. 2 einen Gesetzesvorbehalt lediglich für Versammlungen unter freiem Himmel vorsieht, während die Versammlungsfreiheit für eine friedliche und waffenlose Versammlung in geschlossenen Räumen nach Art. 8 Abs. 1 GG vorbehaltlos gewährleistet ist. Dieser Schutz reicht nämlich nicht so weit, daß er überhaupt keine Einschränkungen zuließe. Vielmehr darf der Staat unter dem Gesichtspunkt der Einheit der Verfassung selbst vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte einschließlich des Grundrechts aus Art. 8 Abs. 1 GG einschränken, wenn dies zum Schutz der Grundrechte Dritter oder anderer mit Verfassungsrang ausgestatteter Rechtswerte notwendig ist (vgl. z. B. BVerwGE 90, 112, 122; BVerfG, NJW 1989, 3269, 3270). Insbesondere findet die Versammlungsfreiheit dort ihre Grenzen, wo die Ausübung dieses Grundrechts durch den Grundrechtsträger auf das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit anderer Menschen trifft.

Der VGH hat dargelegt, ein polizeilicher Notstand, bei dessen Vorliegen der Rückgriff auf Art. 7 Abs. 2 LStVG als Ermächtigung für ein gegen den Veranstalter einer an sich friedlichen Versammlung gerichtetes Verbot zulässig sei, bedeute, daß es der Polizei nach gesicherten Erkenntnissen nicht möglich erscheine, eine gegenwärtige erhebliche Gefährdung der öffentlichen Sicherheit anders als durch Inanspruchnahme des Nichtstörers abzuwehren. Davon sei insbesondere auszugehen, wenn sie in der zur Verfügung stehenden Zeit die erforderlichen Kräfte nicht bereitstellen könne und der Veranstalter mit einer Verlegung der Veranstaltung nicht einverstanden sei. Ein derartiges Verbot setze als ultima ratio eine hohe Wahrscheinlichkeit in

der Gefahrenprognose und die Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit voraus, der das Ermessen der Behörde in der Auswahl der Mittel und im eigentlichen Entschluß eingrenze. Die grundrechtlich geschützte Versammlungsfreiheit habe nur dann zurückzutreten, wenn eine Güterabwägung ergebe, daß dies zum Schutz anderer gleichwertiger Rechtsgüter zwingend erforderlich sei. Diese Darlegungen halten sich im Rahmen der dargestellten verfassungsrechtlichen Vorgaben (vgl. auch BVerfGE 69, 315, 360 f. zu öffentlichen Versammlungen in Form von Demonstrationen). Sie ermöglichen eine Konkretisierung der verfassungsimmanenten Schranken des Art. 8 Abs. 1 GG. Damit besteht in dem bekl. Freistaat Bayern eine den Anforderungen des GG entsprechende Ermächtigungsgrundlage für ein Einschreiten gegen nichtöffentliche Versammlungen in geschlossenen Räumen.

Der erkennende Senat kann nicht entscheiden, ob der Bescheid vom 3. 6. 1993 gemessen an den dargestellten Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 2 LStVG und des polizeilichen Notstands rechtmäßig war. Es fehlt nämlich insoweit an hinreichenden tatsächlichen Feststellungen des VGH. Da die Verbotsverfügung - wie noch auszuführen sein wird - nicht mit anderen rechtlichen Erwägungen gerechtfertigt werden kann, ist die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an den VGH zurückzuverweisen (§ 144 Abs. 3 Satz 1 VwGO). Der VGH hat im Rahmen der Gefahrenprognose festgestellt, daß anlässlich des geplanten Bundesparteitags mit erheblichen Gegendemonstrationen auch unfriedlicher Art zu rechnen gewesen sei. Er wird bisher noch fehlende, für die Güterabwägung erforderliche Feststellungen hinsichtlich der Art und des Ausmaßes der erwarteten Ausschreitungen zu treffen haben, namentlich ob eine Gefährdung des Lebens und der Gesundheit von Menschen und von im öffentlichen Interesse zu erhaltenden Sachwerten zu erwarten war. Darüber hinaus fehlt es an hinreichenden Feststellungen, ob es aus damaliger Sicht nicht möglich war, die drohende Gefahr anders als durch Inanspruchnahme der Kl. abzuwehren, insbesondere ob die Versammlungsteilnehmer unter Ausschöpfung aller sinnvoll anwendbaren Mittel geschützt werden konnten. Dies gilt namentlich für die Frage, ob ausreichende Polizeikräfte in Bayern zur Verfügung standen bzw. vom Bundesgrenzschutz oder von anderen Bundesländern mit Erfolg hätten angefordert werden können. Die entsprechenden Feststellungen wird der VGH nunmehr zu

treffen haben.

Zu Unrecht nimmt der VGH an, es sei gerechtfertigt gewesen, die Kl. als "Quasi-Störerin" zu behandeln. Unabhängig von der im Berufungsurteil nicht beantworteten Frage nach der insoweit heranzuziehenden gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage steht höherrangiges Recht der Annahme des VGH entgegen, das Versammlungsverbot könne damit gerechtfertigt werden, daß die im Parteiprogramm der Kl. zum Ausdruck kommende Haltung zu Ausländerfragen zahlreiche Proteste und die Ankündigung von Gegendemonstrationen auch unfriedlicher Art hervorgerufen habe. Das Parteiprogramm einer nicht gemäß Art. 21 Abs. 2 GG vom BVerfG für verfassungswidrig erklärten Partei bzw. eine aus dem Parteiprogramm abgeleitete "Mitverantwortlichkeit" für Proteste und Gegendemonstrationen kann im Hinblick auf die durch Art. 21 Abs. 1 GG gewährleistete Betätigungs- und Programmfreiheit grundsätzlich nicht zum Anlaß genommen werden, einen Bundesparteitag dieser Partei unter dem Gesichtspunkt der Eigenschaft der Partei als "Quasi-Störerin" bzw. mittelbare Störerin der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu verbieten (vgl. auch Morlok, in: Dreier, GG, Art. 21 Rdnr. 62, 90 ff., 148 f.). Andernfalls könnte die Kl. schon durch die Ankündigung entsprechender Proteste an der Abhaltung eines Parteitags gehindert werden. Sie würde insoweit im praktischen Ergebnis wie eine nach § 21 Abs. 2 GG für verfassungswidrig erklärte Partei behandelt. Dabei bedarf es nicht der Klärung, ob die Kl. mit der freiheitlichen demokratischen Grundordnung unvereinbare Ziele verfolgt (vgl. dazu BVerwGE 61, 194, 197 ff.). Das Entscheidungsmonopol des BVerfG schließt ein mit deren verfassungsfeindlichem Verhalten begründetes administratives Einschreiten gegen den Bestand einer politischen Partei aus (vgl. auch BVerfGE 47, 198, 228). Ein anderes Ergebnis folgt auch nicht aus dem Hinweis des VGH auf die damals bestehende "Ausnahmesituation", deren rechtliche Bedeutung ohnehin nicht überzeugend erläutert wird. Kam eine Heranziehung der Kl. als mittelbare Störerin bzw. "Quasi-Störerin" bereits im Hinblick auf Art. 21 GG nicht in Betracht, so kann offenbleiben, ob die Eigenschaft des Veranstalters einer Versammlung als mittelbaren Störers einen Eingriff in das Grundrecht des Art. 8 Abs. 1 GG rechtfertigen kann und unter welchen rechtlichen Voraussetzungen dies ggf. zulässig ist.

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall begehrte eine verbeamtete Lehrerin vorläufigen Rechtsschutz gegen die ihr vom Schulleiter erteilte Weisung, diesem ihre Unterrichtsplanung vor Abhaltung des Unterrichts offenzulegen. Das Gericht geht davon aus, dass es sich bei dieser Maßnahme mangels Außenwirkung nicht um einen Verwaltungsakt handelte; da im Beamtenrecht gem. § 126 III BRRG aber auch vor Erhebung einer Leistungs- und Feststellungsklage in jedem Fall ein Vorverfahren durchgeführt werden muss, stellte sich die Frage, ob vorläufiger Rechtsschutz über § 80 V VwGO - Anordnung einer aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen die Maßnahme - oder § 123 I 1 VwGO - Sicherung des status quo der Lehrerin - in Betracht kommt. Das Gericht bestätigt die bisher einheitliche Rechtsprechung, nach der aufschiebende Wirkung nur gegen einen Verwaltungsakt in Betracht komme, § 80 V VwGO also unabhängig von der Notwendigkeit eines Vorverfahrens immer einen Verwaltungsakt voraussetze, so dass in Ermangelung eines solchen nur § 123 I VwGO in Betracht komme.

Prüfungsrelevanz:

Bei Maßnahmen in sogen. "besonderen Gewaltverhältnissen", d.h. solchen, in denen der Adressat der Maßnahme in einer besonderen Nähebeziehung zum Staat steht (Beamte, Richter, Schüler, Soldaten, Strafgefangene u.v.m.), ist im Hinblick auf die VA-Qualität der Maßnahme stets kritisch zu prüfen, ob diese Außenwirkung i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG entfaltet. Daran fehlt es, wenn es sich nur um eine Maßnahme im innerorganisatorischen Bereich handelt, es also um den Betrieb der Behörde geht (klassisch: das sogen. "Betriebsverhältnis"). Demgegenüber liegt Außenwirkung vor, wenn der Beamte nicht als Amtswalter, sondern als Bürger, also statusrechtlich (klassisch: in seinem Grundverhältnis) betroffen ist. Liegt Außenwirkung bzw. insgesamt ein VA vor, kann in der Hauptsache Anfechtungsklage gegen die Maßnahme erhoben und vorläufiger Rechtsschutz über § 80 V VwGO erlangt werden. Handelt es sich demgegenüber mangels Außenwirkung um ein schlichtes Verwaltungshandeln, kommt in der Hauptsache nur eine Leistungsklage (i.d.R. auf Unterlassen), im vorläufigen Rechtsschutz nur ein Antrag nach § 123 I VwGO in Betracht. Für die statthafte Antragsart im vorläufigen Rechtsschutz ist also allein die VA-Qualität der angegriffenen Maßnahme entscheidend; ob ein Widerspruch vorliegt (bzw. notwendig ist), spielt demgegenüber keine Rolle, da dieser über § 80 I VwGO nur gegen Verwaltungsakte Suspensiveffekt entfalten kann, folglich auch nur

bei Vorliegen eines solchen der Suspensiveffekt über § 80 V VwGO angeordnet bzw. wiederhergestellt werden kann.

Leitsätze:

- 1. Die Anweisung eines Schulleiters an eine Lehrerin, ihm für ein Fach in einer Klasse die von ihr gefertigte Unterrichtsplanung für die jeweilige Stunde, den Entwurf des ggf. geplanten Tafelbilds und ein Exemplar der Klassenarbeiten vorab zuzuleiten, ist kein Verwaltungsakt. Der Regelungsgehalt beschränkt sich auf den schulinternen Dienstbetrieb.**
- 2. Zur Bindung von Lehrkräften (jedenfalls) an Weisungen des Schulleiters zwecks Schaffung einer Entscheidungsgrundlage für ggf. weitere gebotene Maßnahmen (hier: Vorlage von Unterrichtsplanung).**
- 3. Keine aufschiebende Wirkung des gemäß § 126 Abs. 3 BRRG eingelegten Widerspruchs gegen einen Nicht-Verwaltungsakt.**

Sachverhalt:

Angeichts der vergleichsweise schlechten Bewertung schulischer Leistungen gab der Schulleiter der Antragsgegnerin der Antragstellerin auf, ihm ihre Unterrichtsvorbereitungen mit dem geplanten Unterrichtsentwurf für den Englischunterricht einer näher bezeichneten Klasse sowie die geplanten Klassenarbeiten rechtzeitig zukommen zu lassen. Gegen diese Maßnahme erhob die Antragstellerin Widerspruch und suchte vor dem VG ohne Erfolg um vorläufigen Rechtsschutz nach. Das OVG lehnte es ab, die Beschwerde gegen die erstinstanzliche Entscheidung zuzulassen.

Gründe:

Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der Auffassung des Verwaltungsgerichts, die Anweisung des Schulleiters der Antragsgegnerin im Schriftsatz vom 30. April 1999 an die Antragstellerin, ihm ab sofort ihre Unterrichtsvorbereitungen für den Englischunterricht in der Klasse EBF 1 mit geplantem Unterrichtsentwurf und ggf. geplantem Tafelbild sowie die geplanten Klassenarbeiten rechtzeitig zukommen zu lassen, sei rechtmäßig, bestehen nicht. Die Antragstellerin meint, durch diese Anweisung werde nach deren objektivem Sinngehalt ihre pädagogische Freiheit eingeschränkt, denn die konkrete Darstellung und Vermittlung von Kenntnissen und Fertigkeiten solle kontrolliert werden. Diese Unterrichtsinhalte seien aber Kernbestand der pädagogischen Freiheit, in den rechtswidrig eingegriffen werde.

In der Rechtsprechung des Senats ist geklärt, daß der Lehrer zwar in eigener pädagogischer Verantwortung erzieht und unterrichtet (§ 50 Abs. 1 Satz 1 NSchG); als Beamter hat der Lehrer gemäß § 63 Satz 3 NBG jedoch die Anordnungen seiner Vorgesetzten auszuführen und die allgemeinen Richtlinien zu befolgen. Dabei begründet die eigene pädagogische Verantwortung des Lehrers jedoch kein Abwehrrecht gegen eine ihm erteilte Weisung, denn § 50 Abs. 1 Satz 2 NSchG sieht ausdrücklich vor, daß der Lehrer an Rechtsvorschriften und Verwaltungsvorschriften sowie an Anordnungen der Schulaufsicht gebunden ist; um nichts anderes handelt es sich vorliegend. Im Rahmen seines gesetzlichen Auftrages gemäß § 43 Abs. 2 Nr. 1, 5, 7 NSchG muß der Schulleiter der Antragsgegnerin durch geeignete Maßnahmen und ggf. auch Weisungen (vgl. § 43 Abs. 2 NSchG) sicherstellen, daß die Antragsgegnerin ihren Lehrauftrag gleichmäßig und wirkungsvoll für alle Schüler in allen Fächern erfüllt. Die getroffene Maßnahme durch den Schulleiter greift gerade nicht in den Bereich der pädagogischen Freiheit der Antragstellerin ein, denn ihr wird weder vorgeschrieben, wie sie den Unterricht konkret gestalten soll, noch werden die Unterrichtsinhalte vorgegeben. Verlangt wird von ihr lediglich, daß sie dem Schulleiter das vorlegt, was jeder Lehrer, der seine Aufgabe pflichtgemäß erfüllt, an Unterrichtsvorbereitung zu leisten hat. Der ihr zugemutete Aufwand besteht somit lediglich darin, ein Zweitexemplar ihrer Unterrichtsplanung, ggf. eines geplanten Tafelbildes und ein Exemplar der von ihr geplanten Klassenarbeit, rechtzeitig, d.h. vor der abzuhaltenden Unterrichtsstunde bzw. der Ausgabe der Klassenarbeit, ihrem Schulleiter vorzulegen. Es ist auch nicht ansatzweise aus dem Vorbringen der Antragstellerin ersichtlich, in welcher Weise durch diese rein verwaltungs- bzw. ablauftechnisch zu sehende Anweisung in einen "Kernbestand" der pädagogischen Freiheit der Antragstellerin eingegriffen werden könnte. Die pädagogische Freiheit bzw. Eigenverantwortung des Lehrers ist weder ein Grundrecht, sie folgt insbesondere nicht aus Art. 5 Abs. 3 GG, sondern wird in ihrer Reichweite von der konkreten Ausgestaltung des Beamten- und Schulrechts bestimmt (vgl. OVG Lüneburg, NVwZ 1998, 94 f.). Die Maßnahme müßte schwerwiegend und offenkundig fehlerhaft sein, damit sich die Antragstellerin dagegen mit Erfolg wenden könnte. Die - von der Antragstellerin nicht bestrittene - zum Halbjahr des Schuljahres 1998/99 verheerend schlechte Benotung einer ihrer Englischklassen (von 20 Schülern hatten nach der Benotung der Antragstellerin 17 mangelhaft und schlechter) gibt hinreichend Anlaß zu der von der Antragstellerin beanstandeten Maßnahme, denn - wie bereits eingangs ausgeführt -

hat der Schulleiter durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, daß allen Schülern in allen Fächern ein pädagogischen Anforderungen hinreichend entsprechendes Lernangebot gemacht wird. Um überhaupt feststellen zu können, ob den Schülern der EBF 1 im Fach Englisch durch die Antragstellerin ein solchen Anforderungen genügendes Angebot gemacht wird, blieb dem Schulleiter der Antragsgegnerin keine mildere Möglichkeit, zumal die Antragstellerin sich bei Besprechungen mit dem Schulleiter wenig kooperativ gezeigt hat. Von einem Eingriff in die inhaltliche oder pädagogische Gestaltung des Unterrichts der Antragstellerin ist diese Maßnahme weit entfernt.

Die Maßnahme ist auch nicht deshalb als unzulässiger Eingriff anzusehen, weil sie im Schriftsatz vom 30. April 1999 nicht ausdrücklich befristet worden ist. Es versteht sich von selbst, daß ein angemessener Zeitraum verstreichen muß, in dem die Antragstellerin der Anweisung nachkommt, bevor sich der Schulleiter der Antragsgegnerin ein hinreichend sicheres Bild von Inhalt und Gestaltung des Unterrichts der Antragstellerin machen kann. Nach Auskunft der Antragsgegnerin vom 20. Juli 1999 ist die Antragstellerin der streitbefangenen Anweisung bisher nicht ein einziges Mal nachgekommen. Nachdem der Schulleiter der Antragsgegnerin zunächst mitgeteilt hatte, er sehe als angemessenen Zeitraum die verbleibende Zeit bis zu den (nunmehr beginnenden) Sommerferien an, versteht sich von selbst, daß sich der Zeitraum entsprechend verschiebt; in Betracht kommt der Zeitraum von Schuljahresbeginn bis zum Beginn der Herbstferien.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich zugleich, daß die Rechtssache nicht die grundsätzliche Bedeutung hat, die die Antragstellerin ihr beimißt. Die Antragstellerin hat kein Abwehrrecht gegen die ihr erteilte Weisung des Schulleiters, sie hat vielmehr gemäß § 63 Satz 3 NBG dessen Anordnung auszuführen. Wegen fehlender unmittelbarer rechtlicher Außenwirkung der schulorganisationsinternen Anordnung des Schulleiters der Antragsgegnerin ist diese Anordnung auch kein Verwaltungsakt, gegen den die Antragstellerin aus eigenem (Abwehr-)Recht vorgehen könnte (vgl. zuletzt BVerwG, NVwZ 1997, 72 f.). Aus den vorstehenden Darlegungen ergibt sich, daß objektiver Sinngehalt der Maßnahme, d. h. Ziel und Absicht der Anweisung des Schulleiters, ist, sich einen hinreichend tatsächlich fundierten Überblick über den Ablauf des Englischunterrichts der Antragstellerin in einer Klasse der Antragsgegnerin zu verschaffen. Der Regelungsgehalt beschränkt sich somit auf den schulinternen Dienstbetrieb.

Die Voraussetzungen des Zulassungsgrundes der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache sind auch

nicht im Hinblick auf § 126 Abs. 1 und 3 BRRG gegeben. Es ist obergerichtlich einheitlich entschieden (vgl. umfassende Zusammenstellung bei Schoch, VwGO, Stand: März 1999, § 80 Rdnr. 310 Fn. 1124), daß vorläufiger Rechtsschutz gegenüber verwaltungsinternen Maßnahmen des Dienstherrn im Wege der einstweiligen Anordnung gemäß § 123 VwGO und nicht durch eine über § 126 Abs. 3 BRRG auf Nicht-Verwaltungsakte erstreckte "aufschiebende Wirkung" des obligatorischen Widerspruchs im Wege des § 80 Abs. 1 VwGO gewährt werden kann. Diese Regelungsabsicht des Gesetzgebers ergab sich nicht zuletzt daraus, daß er in § 126 Abs. 3 Nr. 3 BRRG die aufschiebende

Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage gegen die Verwaltungsakte Abordnung und Versetzung nunmehr (G. v. 24. 2. 1997, BGBl. 1 S. 322) ausdrücklich ausgeschlossen hat und mithin in Kenntnis der Rechtsprechung als selbstverständlich davon ausgegangen ist, daß ein Widerspruch z. B. gegen eine in ihren Auswirkungen auf den Betroffenen vergleichbare Umsetzung als verwaltungsinterne Maßnahme ohne Verwaltungsaktqualität von vornherein keine aufschiebende Wirkung hat. Entsprechendes gilt hinsichtlich der vorliegend streitgegenständlichen Weisung des Schulleiters der Antragsgegnerin.

Standort: POR

Problem: "Verursachung" einer Gefahr / Kausalität

VGH KASSEL, URTEIL VOM 18.5.99 - 11 UE 343/98 (NJW 1999, 3650)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall hatte die zuständige Behörde ein auf einem öffentlichen Parkplatz abgestelltes, nicht mehr fahrbereites Auto abschleppen lassen. Zur Kostenerstattung zog sie den früheren Eigentümer des Pkw heran, da dieser beim Straßenverkehrsamt nicht die richtige Anschrift des neuen Eigentümers angezeigt hatte, so dass dieser nicht ermittelt werden konnte. Das Gericht verneint eine Kostentragungspflicht des Voreigentümers, da dieser zwar gegen Normen der StVZO verstoßen und damit eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit heraufbeschworen habe, diese aber nicht ursächlich für den eingetretenen Schaden - die Abschleppkosten - gewesen sei. Es nimmt dabei zu den verschiedenen Kausalitätstheorien im Polizei- und Ordnungsrecht sowie am Rande zum sogen. "Nachschieben von Gründen" gem. § 114 S. 2 VwGO Stellung.

Prüfungsrelevanz:

Im Polizei- und Ordnungsrecht der Länder sind sowohl die Inanspruchnahme zur Gefahrenabwehr (Primärebene) als auch die Pflicht zur Erstattung der Kosten für die Gefahrenabwehr durch die Behörde (Sekundärebene) an die Ordnungspflicht des Betroffenen geknüpft. Neben dem Notstandsverantwortlichen (vgl. §§ 19 OBG NW, 8 NGefAG usw.) trifft die Ordnungspflicht vor allem den Störer, wobei zwischen Verhaltens- und Zustandsstörern unterschieden werden muss. Verhaltensstörer ist, wer eine Gefahr "verursacht" hat (vgl. §§ 17 OBG NW, 6 NGefAG usw.); Zustandsstörer ist derjenige, von dessen Sache eine

Gefahr "ausgeht" (vgl. §§ 18 OBG NW, 7 NGefAG usw.). In beiden Fällen stellt sich also die Frage nach der *Kausalität* des Verhaltens bzw. der Sache für die entstandene Gefahr. Prüft man die Kausalität, gilt es zunächst zu erkennen, dass die Kausalitätslehren des Zivil- und Strafrechts, also Äquivalenz und Adäquanz, für das Recht der Gefahrenabwehr viel zu weit gefasst sind, da es hier im Gegensatz zu dort an einem Verschuldenskorrektiv fehlt (die Ordnungspflicht ist gerade nicht an Vorsatz oder Fahrlässigkeit geknüpft). Deshalb haben Lit. und Rspr. eigene Kausalitätstheorien entwickelt, von denen insbesondere die Theorie der Rechtswidrigkeit der Verursachung (m.M.) und die Theorie der unmittelbaren Verursachung (h.M.) zu nennen sind. Die m.M. bejaht die Kausalität, sobald der Betroffene seinen Rechtskreis verlassen, also rechtswidrig gehandelt hat (Pietzker, DVBl 1984, 457, 459; Herrmann, DÖV 1987, 666, alle m.w.N.). Diese Theorie ist aber jedenfalls dort abzulehnen, wo die Generalermächtigungen des Polizei- und Ordnungsrechts auch die "öffentliche Ordnung" schützen, da jedenfalls diese nur ungeschriebene, ethisch-moralische Verhaltensregeln zum Gegenstand hat, ein Verstoß gegen die "öffentliche Ordnung" also nie rechtswidrig sein kann (vgl. nur Wolfgang u.a., POR NW, Rz. 357). Im übrigen vermengt sie systemwidrig die Begriffe "Kausalität" und "Rechtswidrigkeit" und lässt sich sinnvoll nur auf den Verhaltensstörer anwenden. Sie wird deshalb von der h.M. abgelehnt, die nach der unmittelbaren Verursachung fragt, also danach, ob der Betroffene die *letzte* Ursache für den Gefahrentritt gesetzt hat (statt vieler Drews u.a., Gefahrenabwehr, S. 313 m.w.N.). Auf die von der h.M. zugelassenen Ausnahmen, in denen auch ein mittelbarer Verursacher Störer sein kann ("latenter Störer", "Zweckveranlasser"), kann hier nur hingewiesen werden (dazu Wolfgang

u.a., Rz. 361 ff; Knemeyer, POR Rz. 248 ff.). Entscheidend für den vorliegenden Fall ist, dass die Theorie der unmittelbaren Verursachung (ebenso wie die Theorie von der Rechtswidrigkeit der Verursachung) nach den überzeugenden Ausführungen des Gerichts nur dazu dient, die unangemessen weiten Folgen der Äquivalenztheorie einzugrenzen, weshalb das Verhalten (die Sache) also *jedenfalls äquivalent kausal* für den Gefahreneintritt gewesen sein müssen. Ist dies nicht der Fall, scheidet eine Ordnungspflicht als Verhaltens- oder Zustandsstörer von vornherein aus.

Leitsätze:

- 1. Das Abstellen eines Kraftfahrzeugs, dessen Zustand den Vorschriften der StVO oder der StVZO widerspricht, stellt einen Verstoß gegen § 16 StVZO dar und begründet deshalb eine polizeirechtliche Gefahr.**
- 2. Der Verkäufer eines Fahrzeugs verletzt seine Pflicht nach § 27 III 1 StVZO, der Zulassungsstelle unverzüglich die Anschrift des Erwerbers anzuzeigen, auch dann, wenn er fahrlässig eine falsche Adresse des Käufers mitteilt.**
- 3. Der frühere Eigentümer eines Kraftfahrzeugs ist nicht deshalb als Verhaltensstörer für die durch das rechtswidrige Abstellen eines Kraftfahrzeugs eintretende polizeirechtliche Gefahr verantwortlich, weil er nach dem Verkauf des Fahrzeugs unter Verstoß gegen § 27 III 1 StVZO der Zulassungsstelle die Adresse des Erwerbers nicht oder fahrlässig eine falsche Adresse mitgeteilt hat. Da sein Pflichtverstoß nicht kausal für den Eintritt der Gefahr ist, die durch das Abschleppen des Kraftfahrzeugs beseitigt wird, ist er nicht zum Ersatz der dadurch entstehenden Kosten verpflichtet.**

Sachverhalt:

Der Kl. begehrt die Aufhebung eines Kostenbescheids der Bkl., mit dem ihm die Kosten des Abschleppens und Verschrottens eines Kraftfahrzeugs in Rechnung gestellt wurden, dessen Eigentümer er bis zum November 1991 gewesen war. Das VG gab der Klage statt. Die Berufung der Bkl. hatte keinen Erfolg.

Gründe:

Der Kostenbescheid der Bkl. vom 11. 12. 1992 i. d. F. des Widerspruchsbescheids des Regierungspräsidiums Darmstadt vom 1. 8. 1995 ist rechtswidrig. Die Voraussetzungen für eine Verpflichtung des Kl., der Bkl. die Kosten für die unmittelbare Ausführung der durchgeführten Maßnahme zu ersetzen, nach § 8 I HessSOG liegen nicht vor.

Rechtsgrundlage für den Kostenbescheid ist § 8 II HessSOG, nach dem die nach den §§ 6 oder 7 HessSOG Verantwortlichen zum Ersatz der Kosten verpflichtet sind, die den Gefahrenabwehrbehörden durch die unmittelbare Ausführung einer Maßnahme entstehen. Die Gefahrenabwehrbehörden können eine Maßnahme selbst oder durch eine beauftragte dritte Person unmittelbar ausführen, wenn der Zweck der Maßnahme durch Inanspruchnahme der nach den §§ 6 oder 7 HessSOG Verantwortlichen nicht oder nicht rechtzeitig erreicht werden kann. § 8 HessSOG ist im vorliegenden Fall richtige Rechtsgrundlage für den Kostenbescheid, da die von der allgemeinen Ordnungsbehörde der Bkl. durchgeführte Maßnahme, das Abschleppen und Verschrotten des schrottreifen Kraftfahrzeugs wegen Verstoßes gegen ein unmittelbar in der Straßenverkehrszulassungsordnung normiertes Gebot erfolgte und zudem der in Anspruch genommene Kl. das Kraftfahrzeug an dem Ort, von dem es abgeschleppt wurde, nicht selbst abgestellt hatte. Da es insoweit an einer Grundverfügung fehlt, kommt eine Ersatzvornahme nach § 49 I HessSOG nicht in Betracht (vgl. zu dieser Abgrenzung zwischen § 8 HessSOG und § 49 I HessSOG grundsätzlich: VGH Kassel, NVwZ-RR 1999, 23). Die Inanspruchnahme eines Verhaltens- oder Zustandsstörers nach §§ 6 oder 7 HessSOG setzt voraus, daß der Tatbestand der Ermächtigungsgrundlage einer hier nicht möglichen Grundverfügung vorliegt. Ermächtigungsgrundlage ist im vorliegenden Fall § 11 HessSOG, nach dem die Gefahrenabwehrbehörde die erforderlichen Maßnahmen treffen kann, um eine im Einzelfall bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung abzuwehren. Eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit lag hier vor, da das Abstellen des nicht zugelassenen Kraftfahrzeugs einen Verstoß gegen § 16 I StVZO darstellte. Danach sind zum Verkehr auf öffentlichen Straßen alle Fahrzeuge zugelassen, die den Vorschriften der Straßenverkehrs-Zulassungsordnung und der Straßenverkehrsordnung entsprechen, soweit nicht für die Zulassung einzelner Fahrzeugarten ein Erlaubnisverfahren vorgeschrieben ist. Für Kraftfahrzeuge ist eine besondere Zulassung nach § 18 I StVZO vorgeschrieben. Danach dürfen Kraftfahrzeuge mit einer durch die Bauart bestimmten Höchstgeschwindigkeit von mehr als 6 km/h auf öffentlichen Straßen nur in Betrieb gesetzt werden, wenn sie durch Erteilung einer Betriebserlaubnis und durch Zuteilung eines amtlichen Kennzeichens zum Verkehr zugelassen sind. Diese Voraussetzung liegt hier nicht vor, denn das ohne amtliches Kennzeichen abgestellte Kraftfahrzeug wurde in dem Zustand, in dem es abgeschleppt wurde, nicht "in Betrieb gesetzt". Nach § 69 a StVZO ist ein im öffent-

lichen Verkehrsraum abgestelltes Fahrzeug noch nicht "in Betrieb genommen" (vgl. Jagusch/ Hentschel, Straßenverkehrsrecht, 34. Aufl. [1997], § 69a Rdnr. 9). Das Inbetriebsetzen eines Kraftfahrzeugs setzt wie das "Führen" gem. § 21 I Nr. 1 StVG voraus, daß das Kraftfahrzeug unter bestimmungsgemäßer Anwendung seiner Antriebskraft in Bewegung gesetzt wird. "Führen" bedeutet in diesem Zusammenhang nichts anderes als in Betrieb setzen in eigener Verantwortung. Da es an einem "In-Bewegung-Setzen" des Kraftfahrzeugs hier fehlt, liegt kein "Inbetriebsetzen" und damit kein Verstoß gegen die gegenüber § 16 StVZO speziellere Vorschrift des § 18 I StVZO vor.

Gleichwohl lag ein Verstoß gegen § 16 I StVZO vor, da das schrottreife Fahrzeug nicht den Vorschriften der Straßenverkehrs-Zulassungsordnung und der Straßenverkehrsordnung entsprach und trotzdem am Verkehr der öffentlichen Straßen teilnahm. Das den Straßenverkehrsvorschriften nicht entsprechende Fahrzeug war auch Teil des Verkehrs auf öffentlichen Straßen. Dem öffentlichen Straßenverkehr dienen alle Flächen, die der Allgemeinheit zu Verkehrszwecken offen stehen. Dazu gehören insbesondere auch öffentliche Parkplätze, wie im vorliegenden Fall der Park and Ride-Parkplatz. Zur Teilnahme am Verkehr gehörte deshalb auch das Abstellen eines Fahrzeugs auf einem Parkplatz (Jagusch/Hentschel, § 1 StVO Rdnr. 17). Das von der Bekl. abgeschleppte Kraftfahrzeug nahm somit unter Verstoß gegen § 16 I StVZO am öffentlichen Straßenverkehr teil. Dieser Verstoß begründete eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit, bei deren Vorliegen die Bekl. grundsätzlich berechtigt war, die erforderliche Maßnahme zur Abwehr der Gefahr, hier durch Abschleppen des Fahrzeugs, zu treffen. Auch die weitere Voraussetzung des § 8 I 1 HessSOG, daß der Zweck der Maßnahme durch Inanspruchnahme des verantwortlichen Verhaltens- oder Zustandsstörers nicht rechtzeitig erreicht werden konnte, lag unabhängig davon, wer als verantwortlicher Störer heranzuziehen war, offensichtlich vor. Da das Kraftfahrzeug keine amtlichen Zulassungsschilder mehr aufwies, hätte es längerer Ermittlungen bedurft, um den wirklichen Pflichtigen festzustellen. Zur Ermittlung des Fahrers, Halters oder Eigentümers eines rechtswidrig abgestellten Kraftfahrzeugs ist die Behörde zur Vermeidung unnötiger Verzögerungen der Beseitigung der praktischen Auswirkungen des Verkehrsverstößes grundsätzlich nicht verpflichtet, wenn der Pflichtige nicht ausnahmsweise leicht erreichbar ist (VGH Mannheim, DVBl 1991, 1370; VGH Kassel, NVwZ-RR 1999, 23). Damit liegen die Voraussetzungen für eine unmittelbare Ausführung der Maßnahme nach § 8 I 1 HessSOG vor.

Die Bekl. kann aber zum Ersatz dieser Kosten nicht den Kl. in Anspruch nehmen, da er kein nach §§ 6 oder 7 HessSOG verantwortlicher Störer ist. Während dem Kostenbescheid der Bekl. im Hinblick auf die notwendige Störerauswahl nicht zu entnehmen ist, ob der Kl. als Verhaltensstörer nach § 6 HessSOG oder als Zustandsstörer nach § 7 HessSOG in Anspruch genommen wurde, wird der Kl. ausweislich des Widerspruchsbescheids "als Verantwortlicher i. S. von § 7 HessSOG" in Anspruch genommen, weil davon auszugehen sei, daß der Kl. immer noch Eigentümer dieses Kraftfahrzeugs und deshalb i. S. des § 7 II HessSOG für dessen Zustand verantwortlich sei. Diese Bewertung des Sachverhalts ging davon aus, daß das unter Eigentumsvorbehalt verkaufte Kraftfahrzeug von dem Käufer noch nicht vollständig bezahlt und ihm nicht übergeben worden sei. Beide Voraussetzungen liegen aber, wie der Kl. glaubhaft in der mündlichen Verhandlung vor dem VG am 19. 8. 1996 bekundet hat, vor. Er hat am Tage des Verkaufs den vollen Kaufpreis von dem Käufer bar erhalten und ihm das Fahrzeug anschließend übergeben. Auch eine Verantwortlichkeit des Kl. nach § 7 III HessSOG, nach dem Maßnahmen gegen diejenige Person gerichtet werden kann, die das Eigentum an einer herrenlosen Sache aufgegeben hat, liegen nicht vor, da der Kl. das Eigentum an dem Kraftfahrzeug durch bestimmungsgemäße Übergabe des Fahrzeugs zur Erfüllung des Kaufvertrags an den Käufer übertragen hat.

Der Kl. kann auch nicht als Verhaltensstörer nach § 6 HessSOG in Anspruch genommen werden, wie die Bekl. erstmals im verwaltungsgerichtlichen Verfahren vorgetragen hat. Das Abstellen auf die Verantwortlichkeit des Kl. als Verhaltensstörer mit der Begründung, er sei verantwortlich für das illegale Abstellen des schrottreifen Fahrzeugs, weil er seine Pflicht nach § 27 III 1 StVZO unzureichend erfüllt habe, stellt eine zusätzliche, im Verwaltungsverfahren nicht vorgenommene Ermessensausübung dar. Dies ist nach § 114 S. 2 VwGO zulässig. Danach kann die Verwaltungsbehörde ihre Ermessenserwägungen hinsichtlich des Verwaltungsakts auch noch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ergänzen. Da die Bekl. schon im Kostenbescheid auch eine Verantwortlichkeit des Kl. als Verhaltensstörer nach § 6 HessSOG erwähnt hatte, können die Ausführungen dazu im verwaltungsgerichtlichen Verfahren als Ergänzung dieser Ermessenserwägung qualifiziert werden.

Auch diese Erwägungen können aber nicht zur Rechtmäßigkeit der angegriffenen Bescheide führen, da der Kl. nicht als Verhaltensstörer i. S. des § 6 HessSOG zu qualifizieren ist. Nach § 6 I HessSOG sind die Maßnahmen gegen die Person zu richten, die eine Gefahr

verursacht. Der Kl. hat die hier maßgebliche Gefahr für die öffentliche Sicherheit, die durch den Verstoß gegen § 16 StVZO begründet wurde, nicht verursacht. Zwar hat der Kl. seine Pflicht nach § 27 III 1 StVZO, nach der der Veräußerer eines Kraftfahrzeugs unverzüglich der Zulassungsstelle, die dem Fahrzeug ein amtliches Kennzeichen zugeteilt hat, die Anschrift des Erwerbers anzuzeigen hat, unzureichend erfüllt und damit seine entsprechende Pflicht verletzt. Denn der Kl. hat, worauf die Bekl. zu Recht hinweist, die Pflicht, der Zulassungsstelle die richtige Adresse des Käufers mitzuteilen; es reicht nicht aus, wenn der Verkäufer irgendeine, insbesondere auch falsche Adresse der Zulassungsstelle mitteilt. Da nach § 69a II Nr. 12 StVZO auch ordnungswidrig handelt, wer fahrlässig die Vorschrift über die Anzeigepflichten bei Veräußerungen des Fahrzeugs nach § 27 III 1 StVZO zuwiderhandelt, geht der Gesetzgeber ganz offensichtlich davon aus, daß den Veräußerer im Rahmen des § 27 III 1 StVZO eine Sorgfaltspflicht dahingehend trifft, daß er das ihm Zumutbare tun muß, um seiner Pflicht, der Zulassungsstelle die richtige Adresse des Erwerbers mitzuteilen, zu genügen. Dafür ist jedenfalls erforderlich, daß sich der Veräußerer ein Ausweispapier des Erwerbers, z. B. Personalausweis, Identitätskarte oder Reisepaß vorlegen läßt, das es ermöglicht, Nachforschungen nach dem Erwerber anzustellen, wenn dieser für den Veräußerer nicht erkennbar eine falsche Adresse angibt. Entgegen der Auffassung des VG spricht es selbstverständlich nicht gegen ein solches Erfordernis, daß Ausweispapiere auch gefälscht sein könnten. Im vorliegenden Falle hat der Kl. sich keinen Ausweis des Erwerbers vorlegen lassen. Der Erwerber hat dem Kl. nach seinen Bekundungen in der mündlichen Verhandlung am 19. 8. 1996 nur ein Papier vorgelegt, das der Kl. als "eine Meldebescheinigung angesehen" habe, ohne daß er noch wisse, von wem diese Bescheinigung ausgestellt gewesen sei. In der Anhörung vor dem Anhörungsausschuß Nr. 7 der Bekl. am 14. 12. 1994 hat der Kl. ausgeführt, auf dieser "Meldebescheinigung" sei eine Adresse nicht vermerkt gewesen. Danach kann insgesamt nicht davon ausgegangen werden, daß der Kl. seiner Pflicht, die richtige Adresse des Käufers zu erfahren und diese der Zulassungsstelle mitzuteilen, ausreichend genügt hat. Wenn das VG ausführt, der Kl. habe insoweit "etwas leichtfertig" gehandelt, ist dies rechtlich dahin zu qualifizieren, daß der Kl. fahrlässig die ihm obliegende Sorgfaltspflicht nach § 27 III 1 StVZO zur Übermittlung der richtigen Adresse des Erwerbers an die Zulassungsstelle verletzt hat.

Diese Sorgfaltspflichtverletzung, die nach § 69a II Nr. 12 StVO als Ordnungswidrigkeit mit einer Geldbuße

behandelt werden kann, war aber nicht ursächlich für die hier eingetretene Gefahr durch Abstellen des schrottreifen Fahrzeugs auf einem öffentlichen Parkplatz. Nach der im Polizeirecht von der h. M. zugrunde gelegten Theorie der unmittelbaren Verursachung verursacht nur die Person verantwortlich eine Gefahr, die mit ihrem Handeln selbst die Grenze zur konkreten Gefahr unmittelbar überschreitet (Hornmann, § 6 Rdnr. 28). Dies setzt in jedem Falle voraus, daß das Verhalten des vermeintlichen Störers, hier das Unterlassen des Kl., der Zulassungsstelle die richtige Adresse des Erwerbers mitzuteilen, jedenfalls äquivalent kausal für den Eintritt der Gefahr ist. Kausal ist danach nur die Ursache, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß der Erfolg entfiel. So liegt es aber im vorliegenden Falle nicht. Denn auch wenn der Kl. seine Mitteilungspflicht nach § 27 III 1 StVZO durch Mitteilung der richtigen Adresse an die Zulassungsstelle erfüllt hätte, hätte er zu der hier maßgeblichen Gefahr des illegalen Abstellens eines schrottreifen Kraftfahrzeugs kommen können. Das Verhalten des Kl. war somit für die eingetretene Gefahr nicht *conditio sine qua non*, d. h. die Gefahr ist unabhängig von dem Verstoß des Kl. gegen § 27 III 1 StVZO eingetreten. Die polizeiliche Gefahr realisierte sich nicht aufgrund des sorgfaltspflichtwidrigen Verhaltens des Kl., sondern durch die maßgebliche Handlung desjenigen, der das Fahrzeug ohne Zulassung auf dem öffentlichen Parkplatz abgestellt hat (Verhaltensstörer), oder desjenigen, der in diesem Zeitpunkt Halter oder Eigentümer des Kraftfahrzeugs war (Zustandsstörer). Beides war der Kl. jedenfalls nicht. Insoweit hat sich durch den Verstoß des Kl. gegen § 27 III 1 StVZO nicht die Gefahr realisiert, deren Beseitigung die unmittelbare Ausführung der Abschleppmaßnahme nach § 8 I HessSOG diente. Das Verhalten des Kl. war für diese Gefahr somit polizeirechtlich nicht ursächlich (vgl. zu der vergleichbaren Fallgestaltung, daß die Übermittlung der Adresse des Erwerbers an die Zulassungsstelle völlig unterlassen wurde: OVG Bautzen, NJW 1997, 2253).

Demgegenüber kann die Ursächlichkeit eines Verstoßes gegen § 27 III 1 StVZO für das spätere straßenrechtswidrige Abstellen eines Kraftfahrzeugs nicht rein "normativ" begründet werden (so VGH Mannheim, DVBl 1996, 1055). Auch wenn in diesem Urteil nicht verkannt wird, "daß der Kl. mit diesem Unterlassen keine Ursache im naturwissenschaftlichen Sinne für den später durch einen Dritten bewirkten straßenrechtswidrigen Zustand infolge des Abstellens des nicht zugelassenen Fahrzeugs im öffentlichen Verkehrsraum gesetzt" hat, kann diese Verursachungslücke nicht durch eine wertende Betrachtungsweise

überbrückt werden. Denn das Vorliegen der "naturwissenschaftlichen", jedenfalls äquivalenten Kausalität ist Voraussetzung auch für die Bejahung einer Verursachung in Polizeirecht. Die Theorie der unmittelbaren Verursachung dient ebenso wie die Theorie der rechtswidrigen Verursachung oder die Adäquanztheorie der Einschränkung der reinen Äquivalenztheorie, nach der nur Bedingungen, die für das Eintreten des Erfolgs nicht hinweggedacht werden können, als gleichwertig kausal für den Erfolg qualifiziert werden. Ist aber festzustellen, daß eine Bedingung im Sinne der Äquivalenztheorie gar nicht kausal war, weil sie hinweggedacht werden kann, ohne daß der Erfolg entfielen, kann auch polizeirechtlich eine Kausalität nicht bejaht werden. Andernfalls würde das Erfordernis der Ursächlichkeit des Verhaltens eines Störers für eine polizeirechtliche Gefahr aufgegeben. Zwar mag der Gesetzgeber in beschränktem Umfang normativ Zurechnungen ohne den Nachweis einer zumindest äquivalenten Kausalität regeln können. Dies hat er aber für den vorliegenden Zusammenhang des Verstoßes gegen § 27 III 1 StVZO und der Haftung für die Kosten des rechtswidrigen Abstellens eines nicht zugelassenen Kraftfahrzeugs im öffentlichen Verkehrsraum nicht getan. Dann kann die Kausalitätslücke nicht durch die normative Wertung eines Gerichts geschlossen werden.

Dies gilt im übrigen auch im Hinblick auf die von dem VGH Mannheim in dem oben genannten Urteil herangezogene Zurechnungsnorm des § 823 II BGB, nach der die Verpflichtung zum Schadensersatz auch denjenigen trifft, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Auch bei einem Verstoß gegen ein Schutzgesetz i. S. des § 823 II BGB muß der Geschädigte neben dem Verstoß des Schädigers gegen das Schutzgesetz den ursächlichen Zusammenhang zwischen Verstoß und Schaden beweisen (Palandt/Thomas, BGB, 58. Aufl. [1999], § 823 Rdnr. 174). Dementsprechend hat der BGH in dem auch von dem VGH Mannheim herangezogenen Urteil vom 21. 2. 1974 (NJW 1974, 1086) festgestellt, daß der frühere Halter eines Kraftfahrzeugs, wenn er schuldhaft ihm als Veräußerer obliegende Meldepflichten nach § 27 III 1 StVZO verletze, die der BGH in diesem Zusammenhang als Schutzgesetz qualifiziert

hat (a.A. BGH, NJW 1980, 1792), einem später beim Betrieb des veräußerten Fahrzeugs Geschädigten auf Schadensersatz hafte, soweit dieser seinen ihm durch den Zusammenstoß mit dem veräußerten Fahrzeug erwachsenen Schadensersatzanspruch aus § 7 StVG deshalb nicht verwirklichen könne, "weil infolge der Pflichtverletzung Name und Anschrift des Kfz-Halters unbekannt blieben". Insoweit ist also auch erforderlich, daß der Verstoß gegen das Schutzgesetz ursächlich gerade den Erfolg verursacht, dessen Eintritt durch Befolgung der Pflicht verhindert werden soll. In der der Entscheidung des BGH zugrundeliegenden Konstellation konnte dies bejaht werden, da der dortige Kl. gerade deshalb seinen Schadensersatzanspruch nicht verwirklichen konnte, weil der Veräußerer die ihm obliegende Meldepflicht nach § 27 III 1 StVZO nicht erfüllt hatte. Dies ist aber mit dem Vorliegen der für § 8 I HessSOG erforderlichen, polizeirechtlichen Kausalität nicht vergleichbar. Denn während bei Erfüllung der Meldepflicht dem Kl. in dem zivilrechtlichen Verfahren Name und Anschrift des Kfz-Halters bekannt wären, somit bei pflichtgemäßem Verhalten des dortigen Bekl. der "Erfolg" entfallen wäre, würde die hier maßgebliche polizeirechtliche "Gefahr" des rechtswidrigen Abstellens eines nicht zugelassenen Kraftfahrzeugs im öffentlichen Straßenraum auch bei Erfüllung der Meldepflicht eintreten können. Der Hinweis auf § 823 II BGB kann deshalb nicht bedeuten, daß in diesen Fällen keine äquivalente Kausalität zwischen dem Verstoß gegen das Schutzgesetz und dem eingetretenen Schaden bestehen müßte. Diese von dem VGH Mannheim zur Begründung seiner Auffassung von der rein "normativen" Kausalität angeführte Argumentation kann somit ebenfalls nicht zu dem Ergebnis führen, daß bei Fehlen äquivalenter Kausalität eine polizeirechtliche Verursachung einer Gefahr bejaht werden könnte.

Da somit die Verletzung der Meldepflicht nach § 27 III 1 StVZO durch den Kl. für die durch die unmittelbare Ausführung seitens des Bekl. behobene Gefahr nicht ursächlich war, kommt auch eine Verantwortlichkeit des Kl. als Verhaltensstörer nach § 6 I HessSOG nicht in Betracht. Der Kl. ist für diese Gefahr polizeirechtlich nicht verantwortlich. Die angegriffenen Bescheide sind deshalb rechtswidrig und von dem VG im Ergebnis zu Recht aufgehoben worden.

*Zivilrecht***Standort: Gesellschaftsrecht****Problem: Haftungsbeschränkung bei der GbR**

BGH, URTEIL VOM 27. 9. 99 - II ZR 371 / 98
(NJW 1999, 3483)

Problemdarstellung:

In diesem Rechtsstreit hatte der BGH die Frage zu beantworten, ob und, wenn ja, unter welchen Voraussetzungen eine Haftungsbeschränkung bei den Gesellschaftern einer GbR auf das Gesellschaftsvermögen erfolgen kann.

Der BGH knüpft dabei an seine bisherige Rechtsprechung an, wonach grundsätzlich die Möglichkeit besteht, nur die GbR mit ihrem gesamthänderisch gebundenen Gesellschaftsvermögen, nicht aber auch die einzelnen Gesellschafter persönlich mit ihrem Privatvermögen zu verpflichten (BGH ZIP 1990, 715, m.w.N.). Jedoch konkretisiert er seine bisherigen Ausführungen zu den Anforderungen an eine solche Haftungsbeschränkung. So soll eine einseitige Erklärung des geschäftsführenden Gesellschafters nicht ausreichen. Deshalb konnte im zu entscheidenden Fall die persönliche Gesellschafterhaftung nicht durch einen bloßen Namenszusatz "mbH" oder einen anderen, den Willen, nur beschränkt für die Verpflichtungen einzustehen, verdeutlichenden Hinweis ausgeschlossen werden. Vielmehr bedarf es für eine solche Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen einer individualvertraglichen Vereinbarung mit dem jeweiligen Vertragspartner.

Ein einseitiger Haftungsausschluss seitens der GbR ist nicht möglich, da sie der kraft Gesetzes eintretenden persönlichen und gesamtschuldnerischen Mithaftung der Mitglieder einer GbR widerspricht. Dabei lässt das Gericht die umstrittene Frage nach der Rechtsnatur der GbR - eigene Rechtsperson oder nur gesamthänderische Verbindung der Gesellschafter - offen, da auch bei der Annahme einer eigenen Rechtspersönlichkeit der GbR eine gesetzliche Mithaftung der Gesellschafter eintritt, die nur im Konsens mit dem jeweiligen Vertragspartner abbedungen werden kann. Zudem gibt es für eine Haftungsbeschränkung durch einseitigen Gesellschaftsakt die Möglichkeit zur Gründung einer GmbH, einer KG, etc., deren Voraussetzungen und Anforderungen bei der Zulassung einer GbRmbH unterlaufen würden.

Prüfungsrelevanz:

Bei gesellschaftsrechtlichen Klausuren ist vornehmlich nach der un- bzw. beschränkten Haftung des einzelnen Gesellschafters für Verbindlichkeiten aus der Gesellschaftstätigkeit gefragt. Nach § 714 BGB ist, soweit einem Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrag die Befugnis zur Geschäftsführung zusteht, derselbe im Zweifel auch ermächtigt, die anderen Gesellschafter Dritten gegenüber zu vertreten. Daher haben nach allgemein übereinstimmender Meinung für die eingegangenen Verbindlichkeiten grundsätzlich mit dem Gesellschafts- und ihrem Privatvermögen einzustehen. Dabei ist die Rechtsnatur dieser persönlichen Mithaftung der einzelnen Gesellschafter umstritten. Nach der herkömmlichen Auffassung ergibt sich dies daraus, dass das Handeln des Vertreters den Gesellschaftern unmittelbar zugerechnet wird (einheitliche Verpflichtung mit doppelter Wirkung); für diejenigen, die in der GbR ein besonderes Zuordnungsobjekt sehen, entweder daraus, dass der vertretende Gesellschafter für das Gesellschaftsvermögen und hinsichtlich des Privatvermögens der Mitgesellschafter mit Vollmacht handelt (Doppelverpflichtungstheorie) oder aus dem Grundsatz der akzessorischen Haftung (Akzessorietätstheorie).

Der BGH hat in dieser Entscheidung zu diesem Streit keine Stellung bezogen, sondern lediglich mehrfach betont hat, dass für die im Namen einer GbR begründeten Verpflichtungen die Gesellschafter kraft Gesetzes auch persönlich haften.

Leitsatz:

Für die im Namen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts begründeten Verpflichtungen haften die Gesellschafter kraft Gesetzes auch persönlich. Diese Haftung kann nicht durch einen Namenszusatz oder einen anderen, den Willen, nur beschränkt für diese Verpflichtungen einzustehen, verdeutlichenden Hinweis beschränkt werden, sondern nur durch eine individualvertragliche Vereinbarung ausgeschlossen werden.

Sachverhalt:

Die Kl. nimmt die Bkl. als Gesellschafter einer GbR persönlich auf Zahlung von Mietzins für die Überlas-

sung einer Betonbrecheranlage an die Gesellschaft in Anspruch. Mit Gesellschaftsvertrag vom 9. 5. 1994 schlossen sich die drei Bekl. zum Zwecke des gemeinsamen Betriebs einer Deponie- und Bauschuttrecyclinganlage und der Vermarktung von Recycling-Baustoffen zusammen. Sie leisteten Einlagen in Höhe von zusammen 12.500 DM in das Gesellschaftsvermögen. Die Gesellschaft sollte den Namen "Deponie- und Bauschuttrecycling Neupoderschau, Bauschutt - Beton - Stahlbeton Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit beschränkter Haftung" führen. Der Gesellschaftsvertrag enthält in § 1 IV die Bestimmung, daß Haftung der Gesellschaft nach außen auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt sei. In § 7 I des Vertrags heißt es:

§ 7. (1) Die Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft erfolgt durch die Gesellschafter je einzeln. Die Geschäftsführer müssen bei allen Geschäftsführungsmaßnahmen die Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen nach § 1 IV dieses Vertrags beachten und haben demgemäß Vertretungs- und Verpflichtungsbefugnis nur für das Gesellschaftsvermögen.

Unter dem 17. 6. 1994 schloß der Bekl. zu 1 mit der Kl. einen Mietvertrag über eine Betonbrecheranlage. Neben seine Unterschrift setzte der Bekl. zu 1 den Stempelaufdruck "Bauschutt Recycling Neupoderschau GbR mbH" auf das Vertragsformular. Die Rechnungslegung und ihre weitere Korrespondenz im Rahmen des Mietverhältnisse richtete die Kl. jeweils an die "GbRmbH M + B + L" (Nachnamen der Bekl.), die unter dieser Bezeichnung in der Rubrik "Mieter" des Mietvertragsformulars eingetragen war. Nachdem die Kl. nach Rückgabe der Betonbrecheranlage von der Gesellschaft nur einen Teil des geschuldeten Mietzinses erhielt und die Gesellschaft mit Gesellschafterbeschuß vom November 1995 zum 31. 12. 1995 aufgelöst wurde, macht die Kl. im vorliegenden Rechtsstreit - soweit für das Revisionsverfahren noch von Belang - einen Restbetrag in Höhe von 17.270 DM nebst Zinsen gegen die Bekl. geltend, welche ihrer Auffassung nach persönlich und gesamtschuldnerisch zur Zahlung verpflichtet sind.

LG und OLG haben der Klage stattgegeben. Mit der - zugelassenen - Revision verfolgen die Bekl. ihr Abweisungsbegehren weiter. Die Revision hatte keinen Erfolg.

Gründe:

Das BerGer. (NJW-RR 1998, 1 493 = ZIP 1998, 1797 m. Anm. Mutter) hat die persönliche Haftung der Bekl. für die noch offenen Mietschulden bejaht. Haftungsbeschränkungen auf das Gesellschaftsvermögen

könnten zwar bei der GbR von den Gesellschaftern vereinbart werden, müßten aber eindeutig und für die Geschäftspartner erkennbar sein. Diese Voraussetzung erfülle die Bezeichnung "GbR mbH" im Namen der Gesellschaft nicht, weil sie nicht auf eine anerkannte Rechtsform einer Personengesellschaft hinweise und im übrigen Assoziationen zur GmbH wecke. Diese Beurteilung hält im Ergebnis den Angriffen der Revision stand.

Mieterin der Betonbrecheranlage war unstreitig die aus den Bekl. bestehende GbR. Für die Mietschulden haben die Bekl. nicht nur mit dem Gesellschaftsvermögen, sondern auch persönlich mit ihrem Privatvermögen einzustehen. Daran ändert es nichts, daß im Gesellschaftsvertrag eine Haftungsbeschränkung vereinbart wurde, der durch das Auftreten der Gesellschaft im Rechtsverkehr mit der Bezeichnung "GbRmbH" Geltung verschafft werden sollte. Auf die von dem BerGer. erörterte Frage der Erkennbarkeit der Haftungsbeschränkung für die Kl. kommt es nicht an. Eine wirksame Beschränkung der Haftung der Gesellschafter einer GbR kann nicht durch einen entsprechenden Namenszusatz oder einen anderen, den Willen, nur beschränkt zu haften, verdeutlichenden Hinweis erreicht werden. Sie ist nur im Wege einer mit dem Vertragspartner individualvertraglich getroffenen Vereinbarung möglich. Daran fehlt es im vorliegenden Fall. Die Gesellschafter einer GbR haften kraft Gesetzes für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft auch persönlich und mit ihrem Privatvermögen.

Der Senat hat bisher die gesellschaftsvertraglich festgelegte Beschränkung der Vertretungsmacht der Geschäftsführer einer GbR darauf, nur die Gesellschaft mit ihrem gesamthänderisch gebundenen Gesellschaftsvermögen, nicht aber auch die Gesellschafter persönlich mit ihrem Privatvermögen zu verpflichten, für wirksam erachtet, wenn die eingeschränkte Vertretungsbefugnis für den Vertragspartner erkennbar ist, er insbesondere vor Vertragsschluß darauf hingewiesen wird (BGHZ 61, 59 [67] = NJW 1973, 1691 = LM § 128 HGB Nr. 19; BGHZ 113, 216 [219] = NJW 1991, 922 = LM § 171 HGB Nr. 27; BGH ZIP 1990, 715 [716] m. w. Nachw.). Soweit hieraus der Schluss gezogen werden konnte, eine Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen sei durch eine einseitige Erklärung des Geschäftsführers ohne eine dahingebende Vereinbarung mit dem Vertragspartner diesem gegenüber wirksam, hält der Senat daran nicht fest.

Dieser Schluß beruht auf der Annahme, zur Begründung einer persönlichen Verpflichtung der Gesellschafter einer GbR sei neben dem Vertragsschluß durch die Gesellschaft eine besondere rechtsgeschäftliche

Verpflichtung der Gesellschafter persönlich erforderlich. Dieser Verpflichtungsakt erfolge im Rechtsverkehr zwar regelmäßig zugleich mit dem rechtsgeschäftlichen Handeln namens der Gesellschaft, komme aber bereits bei einem Hinweis des für die Gesellschaft Handelnden auf eine anderweitige Regelung des Gesellschaftsvertrags nicht zustande, weil in diesem Falle die insoweit fehlende Vertretungsmacht des Handelnden für den Vertragspartner erkennbar sei, so daß auch der Rechtsschein einer persönlichen Verpflichtung der Gesellschafter nicht entstehe (vgl. Ulmer, in: MünchKomm, 3. Aufl., § 714 Rdnrn. 25 ff.; anders jetzt ders., ZIP 1999, 554 [559f.]; Hüffer, GesellschaftsR, 5. Aufl., S. 102; Grunewald, GesellschaftsR, 3. Aufl., 1 A Rdnrn. 56, 109; Hadding, in: Festschr. f. Rittner, 1991, S. 133 [138 f.]; Heermann, BB 1994, 2421 [2424 £]; Habersack, BB 1999, 61 [62]).

Diese Annahme widerspricht dem allgemeinen Grundsatz des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts, daß derjenige, der als Einzelperson oder in Gemeinschaft mit anderen Geschäfte betreibt, für die daraus entstehenden Verpflichtungen mit seinem gesamten Vermögen haftet, solange sich aus dem Gesetz nichts anderes ergibt oder mit dem Vertragspartner keine Haftungsbeschränkung vereinbart wird. Der möglicherweise aus dem Auftreten als "GbRmbH" oder einer ähnlichen Bezeichnung ersichtliche Wille der Gesellschafter, nur mit ihrem Anteil am Gesellschaftsvermögen zu haften, vermag angesichts dieses Grundgedankens der geltenden Rechtsordnung eine Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen ebenso wenig herbeizuführen wie das Auftreten für eine Vor-GmbH als "GmbH" oder "GmbH i.G." (BGHZ 134, 333 [335] = NJW 1997, 1507 = LM H. 7/1997 § 11 GmbHG Nr. 38).

Für den Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuchs war die persönliche und gesamtschuldnerische Haftung der Mitglieder einer GbR für rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten eine selbstverständliche Folge der gemeinsamen Verpflichtung der Gesellschafter. Aus dem "Wesen und Zwecke" des Gesellschaftsverhältnisses folge, daß durch ein Rechtsgeschäft, welches ein zur Vertretung bevollmächtigter Gesellschafter mit einem Dritten schließt, die Gesellschafter berechtigt und verpflichtet werden sollten (vgl. §§ 641 I, 642 des Entwurfs i. d. F. der Beratungen der zweiten Kommission; dazu Mugdan, Bd. II, Motive, S. 341). An eine Verselbständigung der GbR zu einer verpflichtungsfähigen Rechtsperson, welche zusätzlich oder an Stelle der Gesellschafter als Schuldner der in der Gemeinschaft begründeten Verbindlichkeiten betrachtet werden könnte, hat der Gesetzgeber nicht gedacht, wie beispielsweise § 714 BGB zeigt, der nur von einer Ver-

tretungsmacht für die Gesellschafter, nicht aber für die "Gesellschaft" spricht. Auch die Regelung in § 736 ZPO, wonach für die Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ein Titel gegen sämtliche Gesellschafter erforderlich ist, basiert ersichtlich auf diesem Verständnis. Problematisiert wurde anlässlich der Beratungen des zweiten Entwurfs des BGB allein, ob die Haftung der Gesellschafter zu gleichen Anteilen (so noch § 642 des Entwurfs i. d. F. der Beratungen der zweiten Kommission; vgl. Mugdan, Bd. II, Motive, S. 341 f.) oder gesamtschuldnerisch ausgestattet werden sollte. Letztlich hat sich durch die Streichung des § 642 (Mugdan, Bd. II, Protokolle, S. 987) und die Einfügung des § 320 II in den zweiten Entwurf (Mugdan, Protokolle, S. 603 f.) aus dem § 427 BGB hervorgegangen ist die gesamtschuldnerische Außenhaftung durchgesetzt (vgl. Mugdan, Materialien, Bd. II, S. 1260; Breuninger, Die BGB-Gesellschaft als Rechtssubjekt im Wirtschaftsverkehr, 1991, S. 4 f.).

Auf der Grundlage dieses Verständnisses ist ein einseitiger Haftungsausschluß durch einen Gesellschafter bei Vertragsschluß ohne Zustimmung der Vertragsgegenseite ebenso wenig möglich, wie etwa eine Einzelperson bei Abschluß eines Vertrags einseitig festlegen kann, sie verpflichte sich zwar zur Zahlung des vereinbarten Entgelts, hafte dafür aber nicht mit ihrem Vermögen oder nur mit einem Teil desselben. Die bereits vom RG (RGZ 63, 62 [65]; 90, 173 [176]; 155, 75 [87]) vertretene Auffassung, eine Haftungsbeschränkung sei bei der GbR durch eine Beschränkung der Vertretungsmacht der geschäftsführenden Gesellschafter "in einer Dritten erkennbaren Weise" möglich, läßt sich auf der Grundlage des traditionellen Verständnisses dogmatisch nicht begründen (Aderhold, JA 1980, 136 [141]; Heckelmann, in: Festschr. f. Quack, 1991, S. 243 [245 ff.]; Gummert, ZIP 1993, 1063 [1067]; Dauner-Lieb, Unternehmen in Sondervermögen, 1998, S. 522 f.; dies., DStR 1998, 2014 [2015]; Ulmer, ZIP 1999, 509 [514]; Reiff, ZIP 1999, 517 [525 Fuss. 78]; ferner Heil, MittRhNotK 1998, 348 [349 f.]; Hasselbach, MDR 1998, 1200 [1201 f.]). Zwar wäre es denkbar, daß die Gesellschafter im Rahmen des § 714 BGB eine Vertretungsregelung dergestalt treffen, daß der Handelnde nur insoweit berechtigt ist, die anderen Gesellschafter zu vertreten, als er mit dem Vertragspartner eine Haftungsbeschränkung auf das gesamthänderisch gebundene Vermögen der Gesellschafter vereinbart. Die Haftungsbeschränkung wird aber in diesem Fall nur dann dem Vertragspartner gegenüber wirksam, wenn es dem Handelnden gelingt, die Beschränkung in den individuell ausgehandelten Vertrag aufzunehmen.

Zu keinem anderen Ergebnis gelangt man von dem

Standpunkt aus, die GbR sei ein verpflichtungsfähige Rechtsperson und in dieser Eigenschaft primär aus den sie betreffenden Schuldverhältnissen berechtigt und verpflichtet, die Gesellschafter selbst hafteten aber kraft Gesetzes gegenüber Dritten generell für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft (vgl. Flume, AT des Bürgerlichen Rechts, 1977, S. 286 [327]; Schwark, in: Festschr. f. Heinsius, 1991, S. 753 [769]; Timm, NJW 1995, 3209 [3215]; Gummert, in: Münchener Hdb. des GesellschaftsR, I, 1995, § 12 Rdnr. 8; Bälz, in: Festschr. f. Zöllner, 1998, S. 35 [53]; Mülberr, AcP 1999, 38 [85]; neuerdings auch Ulmer, ZIP 1999, 554 [5591]. Insb. für unternehmenstragende Gesellschaften: Karsten Schmidt, GesellschaftsR, 3. Aufl., § 60 III, S. 1786; Wiedemann, WM 1994, Sonderbeil. 4, S. 15 [17]; Reiff, Die Haftungsverfassungen nicht rechtsfähiger unternehmenstragender Verbände, 1996, S. 191 [321, 345]; ders., ZIP 1999, 517 [520], und ders., ZIP 1999, 1329; Dauner-Lieb, S. 533 [541, 553]; dies., DStR 1998, 2014 [2018]). Die Annahme einer solchen gesetzlichen Haftung der Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden führt ebenfalls dazu, daß im Hinblick auf vertragliche Verbindlichkeiten die persönliche Haftung der Gesellschafter nur im Konsens mit dem Vertragspartner abbedungen werden kann (Flume, S. 328; Gummert, ZIP 1993, 1063 [1065 ff.]; Wiedemann, WM 1994, Sonderbeil. 4, S. 15 [19]; Dauner-Lieb, Unternehmen in Sondervermögen, S. 522; dies., DStR 1998, 2014 [2018 ff.]; Ulmer, ZIP 1999, 554 [559 f.]; Reiff, ZIP 1999, 517 [520 ff.]). Zwar besteht auch auf der Basis dieser Auffassung die Möglichkeit, die Vertretungsbefugnis der für die Gesellschaft Handelnden insoweit einzuschränken, daß sie nur solche Geschäfte abschließen dürfen, bei denen eine persönliche Haftung der Gesellschafter ausgeschlossen wird (vgl. Ulmer, ZIP 1999, 554 [561]). Ähnlich wie auf der Grundlage der traditionellen Auffassung kann aber über diese Konstruktion nicht erreicht werden, daß eine Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen ohne Zustimmung des Vertragspartners wirksam wird. Eine Haftungsbeschränkung durch einseitigen Akt der Gesellschaft würde entgegen dem System des geltenden Rechts im Ergebnis wie die Schaffung einer neuen Gesellschaftsform wirken, bei der den Gläubigern nur das - ungesicherte - Gesellschaftsvermögen haftet. Hierfür besteht für die GbR kein Bedürfnis (vgl. Schwark, in: Festschr. f. Heinsius, 1991, S. 753 [769]; Wiedemann, S. 18 f.; Dauner-Lieb, DStR 1998, 2014 [2019]; Hasselbach, MDR 1998, 1200 [1201]; Cordes, JZ 1998, 545 [548 f.]). Das Gesetz ermöglicht nämlich denjenigen, die unabhängig von einer Zustimmung ihrer jeweiligen Vertragspartner einen Ausschluß der persönlichen Haf-

tung erreichen möchten, dies durch Wahl der Rechtsform der GmbH zu erreichen. Deren Schaffung ist gerade dem Bedürfnis insbesondere der kleineren und mittleren Unternehmen nach einer Haftungsbeschränkung entsprungen (vgl. Lutter, in: Festschr. 100 Jahre GmbHG, S. 49 [50]). Für das Privileg der fehlenden persönlichen Gesellschafterhaftung ist bei Wahl der Rechtsform der GmbH aber der im Gesetz vorgesehene "Preis" in Form der Pflichten zur Aufbringung und Erhaltung eines Mindestkapitals und der Registerpublizität zu zahlen. Auch den kleingewerblichen und vermögensverwaltenden Gesellschaften stehen darüber hinaus nunmehr aufgrund des durch das Handelsrechtsreformgesetz neu gefaßten § 105 II HGB die Rechtsformen der Personalhandels-gesellschaften offen, also auch die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung durch Wahl der Rechtsform der KG. Freiberufliche Sozietäten können - wenn sie nicht die für sie mögliche GmbH wählen - mit Hilfe der Partnerschaftsgesellschaft eine Haftungsbeschränkung für die Folgen von beruflichen Fehlern der anderen Gesellschafter herbeiführen (§ 8 II, III PartGG). All diese speziellen Haftungsbeschränkungsmöglichkeiten, die das Gesetz jeweils nur unter spezifischen Voraussetzungen und Auflagen gestattet, würden unterlaufen, wenn man es den Gesellschaftern einer GbR ermöglichen würde, einseitig die Haftung auf das Gesellschaftsvermögen zu beschränken; dies würde nicht geringe Gefahren für den Rechtsverkehr bedeuten, denn mangels einschlägiger Vorschriften über die Aufbringung eines Mindestkapitals und mangels Kapitalerhaltungsregeln wären die Gesellschafter einer GbR nicht gehindert, die Gesellschaft mit nur minimalem oder gar ganz fehlendem Haftungsfonds zu betreiben. Sie können außerdem jederzeit Entnahmen aus dem Gesellschaftsvermögen beschließen, ohne zur Erstattung verpflichtet zu sein. Auch der Umstand, daß die Regeln über die Abwicklung einer aufgelösten GbR, insbesondere der Vorrang der Gläubigerbefriedigung (§ 733 I BGB) und die Nachschlußpflicht bei Verlust (§ 735 BGB) dispositiv sind (BGHZ 23, 307 [315] = NJW 1957, 750 = LM § 728 BGB Nr. 1; Ulmer, in: MünchKomm, § 731 Rdnr. 3, § 733 Rdnr. 4, § 735 Rdnr. 2 jew. m. w. Nachw.), ist letztlich nur mit der persönlichen Einstandspflicht der Gesellschafter zu rechtfertigen (vgl. Senat, NJW 1999, 2524 = ZIP 1999, 1173 [1175], zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen).

Die von der Bekl. bei dem Abschluß des Mietvertrags mit der Kl. beabsichtigte Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen wäre nach alledem nur dann wirksam geworden, wenn sie durch eine individuelle Absprache der Parteien in diesem Mietvertrag

einbezogen worden wäre. Das ist nicht geschehen. Deshalb haben die Bekl. persönlich für die der Kl. gegenüber bestehenden Mietschulden einzustehen. Der Bekl. zu 1 handelte mit Vertretungsmacht. Nach dem Willen seiner Mitgesellschafter sollte er im Rechtsverkehr so auftreten, wie er aufgetreten ist, und für die Gesellschaft den Mietvertrag abschließen. Die bloße

Fehlvorstellung der Gesellschafter, sie könnten ihre Verpflichtungen aus Geschäften der Gesellschaft durch einen auf diesen Wunsch hinweisenden Zusatz zum Namen der Gesellschaft auf das Gesellschaftsvermögen beschränken, ist, nicht geeignet, die dem Bekl. zu 1 eingeräumte Vertretungsmacht gegenüber Dritten in Frage zu stellen.

Standort: Vertragsabschluss

BGH, URTEIL VOM 24. 6. 1999 - VII ZR 196/98
(NJW 1999, 3554 = MDR 1999, 1438)

Problemdarstellung:

Der BGH hatte darüber zu entscheiden, ob durch die bloße Entgegennahme von Leistungen eines Architekten auch ein entsprechender Werkvertrag mit Vergütungspflicht gem. §§ 631, 632 BGB zustande gekommen ist. Das Gericht kommt zu dem Ergebnis, dass für die Annahme eines konkludenten Vertragsabschlusses es nicht genügt, wenn die entgegengenommenen Leistungen per Fax übermittelt worden sind, ohne dass weitere Umstände das Vorliegen einer entsprechenden Willenserklärung erkennen lassen.

Dabei ist auch nicht auf die Regelung von § 632 I BGB zu reflektieren, da sich diese Vermutungsregelung nicht auf die Erteilung des Auftrages, sondern nur auf die Entgeltlichkeit eines erteilten Auftrages erstreckt. Die Umstände, nach denen Architektenleistungen nur gegen Vergütung zu erwarten sind, muss der Architekt erst darlegen und beweisen.

Prüfungsrelevanz:

Gem. §§ 145 ff. BGB kommt ein Vertrag durch Angebot und Annahme, also dem Austausch zweier korrespondierender Willenserklärungen zustande. Dabei erfordert jede Willenserklärung auch einen nach außen gerichteten Erklärungsstatbestand als Anknüpfungspunkt für den Rechtsverkehr. Willenserklärungen können, soweit keine Formvorschriften entgegenstehen, auch durch schlüssiges Verhalten abgegeben werden. Bei Willenserklärungen dieser Art findet das Gewollte nicht unmittelbar in einer Erklärung seinen Ausdruck, der Erklärende nimmt vielmehr Handlungen vor, die mittelbar einen Schluss auf einen bestimmten Rechtsfolgenwillen zulassen. Eben diese mittelbare Schlussfolgerung auf das Vorliegen einer Willenserklärung ist bei der bloßen Inanspruchnahme von angebotenen Leistungen eine einzelfallbedingte Auslegungsfrage.

Dabei darf nicht davon ausgegangen werden, dass

Problem: Entgegennahme von Leistungen

allein schon die Inanspruchnahme von regelmäßig entgeltlichen Leistungen einen konkludenten Vertragsabschluss beinhaltet. Ansonsten wäre eine Abgrenzung zu unentgeltlichen Verträgen (z.B. Auftrag gem. §§ 662 ff. BGB) oder Gefälligkeitsverhältnissen nicht mehr möglich. Vielmehr müssen weitere Umstände hinzutreten, die einen Rückschluss auf die Abgabe einer entsprechenden Willenserklärung zulassen. So werden z.B. im modernen Massenverkehr vielfach Leistungen in Anspruch genommen, ohne dass ausdrücklich vertragliche Abreden getroffen werden (Straßenbahnfahrten, Parkplätze, Elektrizität, Gas, Wasser). Gleichwohl kommen auch hier durch schlüssiges Verhalten Vertragsabschlüsse zustande. Der Rückschluss auf einen entsprechenden Rechtsfolgenwillen des Inanspruchnehmenden liegt hier in der Üblichkeit solcher entgeltlichen Realofferten bzw. der Unzumutbarkeit für ausdrückliche Vertragsverhandlungen in jedem Einzelfall.

Leitsatz:

Aus der Entgegennahme von Architektenleistungen, die per Fax übermittelt worden sind, kann allein nicht auf den Willen des Empfängers geschlossen werden, ein entsprechendes Angebot anzunehmen. Erforderlich sind vielmehr weitere Umstände, die einen rechtsgeschäftlichen Willen erkennen lassen.

Sachverhalt:

Die Kl. verlangen von den Bekl. restliches Architektenhonorar für zwei Bauvorhaben in W. Im Dezember 1992 baten die - Bekl. die Kl., die Möglichkeiten zu prüfen, die für die Umgestaltung eines vorhandenen Geschäftsgrundstücks in der S-Straße in W. in ein modernes Autohaus bestehen. Die Kl. begutachteten die Umgebung des Grundstücks. Anschließend fertigten die Kl. einen Vorentwurf für ein Autohaus an diesem Standort mit Detailskizzen. Diesen Vorentwurf übermittelten die Kl. den Bekl. per Fax. Die Bekl. bestreiten den Eingang des Vorentwurfs. Am 7. 1. 1993 übersandten die Kl. den Bekl. eine Berechnung der bebau-

ten Fläche, des umbauten Raumes und eine Kostenschätzung über 4.710. 000 DM. Die Kl. rieten den Bekl. im Hinblick auf die Lage des Grundstücks und dessen möglicher wirtschaftlicher Entwicklung, das Autohaus nicht am Standort S-Straße, sondern am Ortsrand von W. zu realisieren. Daraufhin nahmen die Bekl. Abstand von den Plänen und teilten den Kl. mit, daß sie ein anderes mit einer Stahlbetonhalle bebautes Grundstück am Stadtrand erworben hätten, auf dem sie beabsichtigten, ein Autohaus zu errichten. Im Frühjahr 1993 beauftragten die Bekl. die Kl. mit der Planung eines Ausstellungs- und Verwaltungstraktes für ein Autohaus an dem neuen Standort im N-Weg in W. Die Parteien schlossen am 14./26. 10. 1993 einen Einheitsarchitektenvertrag über die Errichtung eines Autohauses gemäß Vorschlag vom Mai 1993. Gegenstand des Vertrags sind die sogenannten AVA. § 8 AVA enthält folgende Regelung:

8.1. Der Vertrag kann von beiden Teilen nur aus wichtigem Grund gekündigt werden.

8.2. Wird aus einem Grund gekündigt, den der Architekt zu vertreten hat, so steht dem Architekten ein Honorar nur für die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen zu.

8.3. In allen anderen Fällen behält der Architekt den Anspruch auf das vertragliche Honorar, jedoch unter Abzug ersparter Aufwendungen. Sofern der Bauherr im Einzelfall keinen höheren Anteil an ersparten Aufwendungen nachweist, wird dieser mit 40% des Honorars für die vom Architekten noch nicht erbrachten Leistungen vereinbart.

Bis zum Abschluß des schriftlichen Vertrags erstellten die Kl. insgesamt drei Planungsentwürfe. Für die letzte Planung übergaben die Kl. den Bekl. am 21. 10. 1993 eine Kostenschätzung über 3.630.000 DM zuzüglich Nebenkosten und Mehrwertsteuer. Mit Schreiben vom 29. 10. 1993 gaben die Bekl. den Kl. Baukosten in Höhe von 3,6 Mio. DM vor. Am 4. 11.1993 übergaben die Kl. den Bekl. eine weitere Baukostenermittlung über 3.825.000 DM. In welchem Umfang die Bekl. mit der Baukostenüberschreitung einverstanden waren, ist zwischen den Parteien streitig. Im August 1994 reichten die Kl. einen Bauantrag ein, der auf einer erneut geänderten Konzeption des Bauvorhabens beruhte. Im Juli 1994 hatten die Kl. eine weitere Kostenschätzung über 4.331.300 DM den Bekl. überreicht. Nach einer Besprechung am 6. 10. 1994, deren Inhalt zwischen den Parteien streitig ist, legten die Kl. eine Kostenberechnung über 5.450.000 DM vor. Wenige Tage später legten sie eine erneute Kostenberechnung in Höhe von 4.881. 000 DM vor und zogen die vorangegangene Kostenschätzung zurück. Nachdem die Bekl. am 24. 10. 1994 die Kl. unter Fristsetzung und Kündigungs-

androhung aufgefordert hatten, eine genehmigungsfähige Planung vorzulegen, überreichten die Kl. eine weitere Kostenberechnung in Höhe von 4.150.000 DM, in der das Ersatzteillager und die Annahmeplätze nicht berücksichtigt waren. Mit Schreiben vom 14. 11. 1994 kündigten die Bekl. den Architektenvertrag fristlos aus wichtigem Grund. Im April und Mai 1995 erteilten die Kl. Schlußrechnung für die beiden Vorhaben S-Straße und N-Weg.

Das LG hat der Klage nach einer Beweisaufnahme über das Gespräch im Oktober 1994 stattgegeben. Das BerGer. hat die Berufung der Bekl. zurückgewiesen. Die Revision der Bekl. hatte Erfolg, sie führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das BerGer.

Gründe:

Das BerGer. meint, hinsichtlich des Projektes S-Straße sei ein Architektenvertrag durch schlüssiges Verhalten über die Leistungsphasen 1 und 2 zustande gekommen:

Den Kl. stehe ein Architektenhonorar in Höhe von 66.431 DM für die von ihnen erbrachten Leistungen zu. Zwischen den Parteien sei ein Architektenvertrag durch schlüssiges Verhalten zustande gekommen. Da Architekten in der Regel entgeltlich tätig würden und das auch nach den Umständen in der Regel zu erwarten sei, sei die Entgegennahme entsprechender Leistungen durch den Auftraggeber in der Regel die stillschweigende Vereinbarung einer Honorarzahlpflicht. Im Hinblick auf den Vertragsumfang, die Prüfung der Möglichkeiten der Umgestaltung der vorhandenen Bebauung S-Straße, sei die darauf beschränkte Architektenleistung nur gegen eine Vergütung zu erwarten gewesen. Auch wenn Architekten in der Praxis häufig Leistungen zur Akquisition auf eigenes Risiko erbringen würden, gelte der Erfahrungssatz, daß Architekten üblicherweise nur entgeltlich tätig würden. In diesem Zusammenhang sei zu berücksichtigen, daß die Bekl. die Architektenleistungen als Entscheidungshilfe für die Frage verwendet hätten, ob sie das Bauvorhaben auf dem Grundstück der S-Straße hätten durchführen wollen. Die Leistungen der Kl. seien nach § 632 I BGB vergütungspflichtig, den Bekl. sei es nicht gelungen, den Nachweis dafür zu erbringen, daß die Kl. hätten unentgeltlich tätig werden sollen. Der Vertrag umfasse die Leistungen der Leistungsphasen 1 und 2. Die Kl. hätten unter Vorlage der Vorplanung bewiesen, daß sie die Leistungen erbracht hätten. Die Behauptung der Bekl., ihnen seien die Unterlagen nicht Der Fax zugegangen, sei unsubstantiiert, weil die Kl. die Empfangsmeldung ihres Faxgerätes vorgelegt hätten.

Diese Erwägungen halten einer revisionsrechtlichen

Überprüfung nicht stand. Die bisherigen Feststellungen des BerGer. rechtfertigen nicht die Annahme, daß die Parteien einen Architektenvertrag abgeschlossen haben, der neben der Leistungsphase 1 auch die Leistungsphase 2 umfaßt.

Aufgrund der Feststellungen des BerGer. läßt sich nicht beurteilen, welchen Umfang das Architektenwerk nach der Vereinbarung der Parteien haben sollte. Nach dem Vortrag der Bekl., der in der Revisionsinstanz als richtig zu unterstellen ist, war der Auftrag auf die Leistungen beschränkt, die zur Beurteilung der Frage erforderlich waren, ob das Bauvorhaben am Standort S-Straße realisierbar war. Dazu war es nach dem Vortrag der Bekl. ausreichend, daß die Kl. die der Leistungsphase 1 entsprechenden Leistungen erbrachten. Für die Beschränkung des Vertragsumfangs auf die Leistungsphase 1 spricht der Umstand, daß die Kl. die Bekl. beim ersten Treffen auf der Baustelle von der Durchführung des Projekts auf dem Grundstück S-Straße abgeraten und erst anschließend einen Vorentwurf für das Autohaus an diesem Standort mit Detail-Skizzen gefertigt haben. Die Erwägungen des BerGer., der Auftrag umfasse auch den Vorentwurf, weil die Bekl. die Leistung per Fax erhalten und entgegengenommen hätten, sind nicht geeignet, einen konkludenten Auftrag auch hinsichtlich des Vorentwurfs zu begründen. Die Übermittlung des Vorentwurfs per Fax ist selbst dann allein nicht geeignet, einen Auftrag hinsichtlich des Vorentwurfs zu begründen, wenn die Bekl. den Vorentwurf erhalten haben sollten. Allein aus der Entgegennahme derartiger Leistungen kann nicht auf den Willen geschlossen werden, ein entsprechendes Angebot anzunehmen. Erforderlich sind vielmehr weitere Umstände, die einen rechtsgeschäftlichen Willen erkennen lassen. Dazu fehlt es nach den bisherigen Feststellungen des BerGer. an jedem Anhaltspunkt.

Bei der erneuten Würdigung des Vertragsumfangs wird das BerGer. zu berücksichtigen haben, daß die Bekl. behauptet haben, der Vorentwurf sei für die Klärung der Standortfrage nicht erforderlich gewesen und ihnen seien der Vorentwurf und Detailunterlagen nicht zugegangen. Dieser Sachvortrag ist erheblich gegenüber der Behauptung der Kl., der Auftrag umfasse auch den Vorentwurf für das Projekt S-Straße. Da das BerGer. die Behauptung der Bekl., der Vorentwurf sei ihnen nicht per Fax übermittelt worden, zu Unrecht als nicht ausreichend gewürdigt hat, ist dieser Sachvortrag für die Revision als richtig zu unterstellen. Durch das von den Kl. vorgelegte Sendeprotokoll ihres Faxgerätes, das vom BerGer. unzutreffend als Empfangsprotokoll bezeichnet worden ist, wird lediglich der Absendevorgang belegt, nicht hingegen der Empfang

der Sendung (BGH, Beschl. v. 23. 10. 1995 - II ZB 6195, vollständig in Juris dokumentiert; BGH, NJW 1995, 665 = LM H. 5/1995 § 144 ZPO Nr. 12).

Nach den bisherigen Feststellungen des BerGer. umfaßt der erteilte Auftrag nicht den Vorentwurf. Den Umfang des Auftrags müssen die Kl. darlegen und beweisen. Erst wenn der Vertragsumfang feststeht, wird das BerGer. zu prüfen haben, ob die Umstände des Einzelfalls die Vermutung einer Vergütungsvereinbarung nach § 632 I BGB rechtfertigen. Die Vermutungsregelung des § 632 I BGB erstreckt sich nicht auf die Erteilung des Auftrags, sondern nur auf die Entgeltlichkeit eines erteilten Auftrags.

Eine Vergütung gilt nach § 632 I BGB als stillschweigend vereinbart, wenn die Herstellung des Werks nach den Umständen nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Die Umstände, nach denen Architektenleistungen nur gegen Vergütung zu erwarten sind, muß der Architekt darlegen und beweisen. Die Tatsachen, auf die der Auftraggeber eines Architektenvertrags seinen Einwand stützt, er habe sich mit dem Architekten darauf geeinigt, daß der Architekt seine Leistung unentgeltlich habe erbringen wollen, muß der Auftraggeber beweisen (BGH, NJW 1987, 2742 = LM § 632 BGB - Nr. 14 = BauR 1987, 454 = ZfBR 1987, 202; BGHZ 136, 33 = NJW 1997, 3017 = LM H. 4/1998 § 632 BGB Nr. 19).

Das BerGer. hat einen wichtigen Grund, der die Bekl. zur Kündigung des Vertrags über das Vorhaben N-Weg berechtigt hätte, mit folgenden Erwägungen verneint:

Die Voraussetzungen eines wichtigen Kündigungsgrundes für die Bekl. hätten nicht vorgelegen, obwohl die Kl. die von den Bekl. vorgegebenen Kosten erheblich überschritten hätten. Die Überschreitung der vorgeschriebenen Kosten von 3.600.000 DM auf 3.825.000 DM hätten die Bekl. gebilligt. Die erhebliche Kostenüberschreitung des von den Bekl. genehmigten Kostenrahmens von 3.825.000 DM durch die endgültigen Kosten in Höhe von 4. 881.000 DM beruhe nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme auf Änderungswünschen der Bekl. Die Behauptung der Bekl., für sie sei nicht erkennbar gewesen, daß ihre Änderungswünsche zu erheblichen Mehrkosten führen würden, sei "völlig lebensfremd".

Im Falle der Kündigung des Vertrags stehe den Kl. nur insoweit eine Vergütung zu, soweit die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen mangelfrei seien. Dafür trage vor der Abnahme der Architekt die Darlegungs- und Beweislast. Hinsichtlich des Projektes N-Weg sei den Bekl. aufgrund ihrer Kündigung die Berufung auf eine fehlende Abnahme versagt. Die Bekl. würden zu Unrecht einwenden, die erbrachte Planung der Kl. sei

für sie unbrauchbar, weil die Kosten erheblich überschritten worden seien. Die Kostenüberschreitung würde auf der von den Bekl. gewünschten Umplanung beruhen.

Den Kl. stehe nach der wirksamen AGB-Klausel der Nr. 8.3 der AVA ein Honorar für nicht erbrachte Leistungen in Höhe von 60 % zu. Die Klausel sei nach der Rechtsprechung des BGH wirksam, weil sie dem Bauherrn die Möglichkeit einräume, höhere ersparte Aufwendungen des Architekten darzulegen und zu beweisen. Die Bekl. hätten nicht vorgetragen, daß die Kl. mehr als 40% erspart hätten.

Diese Erwägungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand:

Nach der Rechtsprechung des BGH ist ein Architekt verpflichtet, auch in den Fällen, in denen die Parteien eine Kostengrenze nicht als Beschaffenheit des Architektenwerks vereinbart haben, die ihm bekannten Kostenvorstellungen des Auftraggebers bei seiner Planung zu berücksichtigen (BGH, NJW 1998, 1064 = LM H. 10/1998 § 634 BGB Nr. 37 = BauR 1998, 354 = ZfBR 1998, 149) und den Auftraggeber über etwaige Kostenmehrungen zu informieren (BGH, NJW-RR 1997, 850 = LM H. 9/1997 § 249 [Bb] BGB Nr. 66 = BauR 1997, 494 = ZfBR 1997, 195).

Verletzt der Architekt diese Verpflichtungen, dann können die Voraussetzungen eines vom Architekten zu vertretenden wichtigen Grundes vorliegen, der den Auftraggeber berechtigt, den Vertrag zu kündigen.

Die Annahme des BerGer., die Bekl. seien nicht berechtigt gewesen, den Architektenvertrag aus wichtigem Grund zu kündigen, beruhen auf einer unzureichenden Würdigung des Sachverhalts.

Die Feststellungen des BerGer. rechtfertigen schon nicht die Annahme, die Bekl. hätten eine Überschreitung der vorgegebenen Kosten von 3.600.000 DM auf 3.825.000 DM gebilligt. Nach dem Sachvortrag der Bekl., der in der Revision als richtig zu unterstellen ist, haben sie auf der Grundlage der dritten Kostenschätzung, die einen Kostenrahmen von 3.825.000 DM und für eine Position "Unvorhergesehenes" 300.000 DM ausweist, lediglich diese Position akzeptiert.

Die weitere Kostenerhöhung um 1.544.678 DM läßt sich nach den Feststellungen des BerGer. nicht mit Änderungswünschen der Bekl. begründen. Das BerGer. hat nicht gewürdigt, daß der Zeuge W die Mehrkosten für die Änderungswünsche auf etwa 300.000 DM bis 500.000 DM geschätzt hat. Es hat ferner außer acht gelassen, daß die Kostenschätzung der Kl. vom 10. 7. 1994, die vor dem Gespräch über die Änderungswünsche am 6. 10. 1994 von ihnen vorgelegt worden ist, bereits einen Kostenrahmen in Höhe von 4.326.972 DM vorsah. Danach kann die Kostenerhöhung von 3

.825.000 DM auf 4.326.972 DM nicht auf Änderungswünschen beruhen, die erst am 6. 10. 1994 erörtert worden sind.

Das BerGer. hat ferner die Behauptung der Bekl. nicht gewürdigt, die Änderungen hätten aus ihrer Sicht dazu gedient, die Kosten zu senken.

Für die These des BerGer., die Behauptung der Bekl., ihnen seien die Kostenfolgen ihrer Änderungswünsche nicht bekannt gewesen, sei realitätsfremd, fehlt es an einer hinreichenden Begründung. Führen Änderungswünsche des Auftraggebers zur Überschreitung seiner Kostenvorstellungen, die dem Architekten bekannt sind, ist der Architekt verpflichtet, seinen Auftraggeber über die Kostenerhöhung aufzuklären. Diese Verpflichtung entfällt ausnahmsweise nur dann, wenn eine Aufklärung über die möglichen Kostenfolgen deshalb nicht erforderlich ist, weil der Auftraggeber diese Folgen seiner Änderungswünsche kennt.

Das BerGer. wird folgendes zu berücksichtigen haben:

Sollte sich herausstellen, daß die Kündigung der Bekl. nicht auf einen von den Kl. zu vertretenden wichtigen Grund gestützt werden kann, sind die Kl. berechtigt, das gesamte Vertragsverhältnis nach § 649 S. 2 BGB abzurechnen (BGH, NJW 1996, 1751 = LM H. 8/1996 § 649 BGB Nr. 26 = BauR 1996, 412 = ZfBR 1996, 200). Für die Abrechnung des Architektenvertrags nach § 649 S. 2 BGB sind die in dieser Entscheidung und im Urteil vom 9. 6. 1994 (NJW-RR 1994, 1238 = LM H. 2/1995 § 649 BGB Nr. 24 = BauR 1994, 655 ZfBR 1994, 219) formulierten Grundsätze maßgeblich. Die Vertragsklausel 8.3 AVA kann der Berechnung nicht zugrunde gelegt werden (BGH, NJW-RR 1998, 1391 = LM H. 3/1999 § 9 [Bf] AGBG Nr. 32 = BauR 1998, 866 = ZfBR 1998, 236).

Falls die erneute Verhandlung ergeben sollte, daß die Bekl. berechtigt waren, aus wichtigem Grund zu kündigen, müssen die Kl. ihre Vergütung für erbrachte und nicht erbrachte Leistungen nach den gleichen Grundsätzen abrechnen, wie im Fall der Abrechnung nach § 649 S. 2 BGB. Haben die Kl. den wichtigen Grund zu vertreten, steht ihnen für die nicht erbrachten Leistungen kein Honorar zu. Für die erbrachten Leistungen können sie nur Honorar verlangen, soweit sie mangelfrei sind. Die Mangelfreiheit der bis zur Kündigung erbrachten Leistungen haben die Kl. darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen. Auch bei mangelfreier Leistung steht den Kl. ein Honorar für erbrachte Leistungen nicht zu, wenn die Bekl. darlegen und gegebenenfalls beweisen können, daß die erbrachte Leistung für sie nicht brauchbar oder ihnen deren Verwertung nicht zumutbar ist (BGHZ 136, 33 [39] = NJW 1997, 3017 = LM H. 4/1998 § 632 BGB Nr. 19).

Standort: Bürgschaft**Problem: Umwandlung der gesicherten Forderung**

BGH, URTEIL VOM 30.9.1999 - IX ZR 287/98
(NJW 1999, 3708)

Problemdarstellung:

In diesem Rechtsstreit hatte der BGH die streitige Frage zu klären, ob die für einen Kontokorrentkredit abgegebene Bürgschaft auch dann noch fortbesteht, wenn derselbe von einem Tilgungsdarlehen unter Verwendung eines anderen Kontos abgelöst wurde. Anknüpfungspunkt bildet dabei die Frage, ob mit der Ausgleichung des Kontokorrentkontos durch das Tilgungsdarlehenskonto die alte Kreditschuld untergegangen oder nur bankintern umgeschuldet wurde. Ob die Parteien ein neues Schuldverhältnis oder nur eine Abänderung der bisherigen Vertragsmodalitäten gewollt haben, ist Auslegungssache.

Der BGH kommt lediglich zu einer Änderung des schon bestehenden Kreditvertrages, so dass für den Schutz desjenigen, der sich für die vertraglich abgeänderte Kreditschuld verbürgt hat, nur § 767 I 3 BGB gilt. Für die Richtigkeit seines Auslegungsergebnisses verweist das Gericht u.a. auf die Interessen von Gläubigerin, die keinen Anlass zur Aufgabe ihrer Sicherheiten durch Beseitigung des ursprünglichen Schuldverhältnisses hat, und der Hauptschuldnerin, die kein berechtigtes Interesse daran hat, eine solche Aufgabe zu verlangen.

Die Bürgschaftsverpflichtung des Bekl. besteht somit auch nach der Umwandlung in dem Umfang fort, in dem sie durch den ursprünglichen Vertrag begründet worden ist.

Prüfungsrelevanz:

Nach § 767 I 3 BGB wird die Verpflichtung des Bürgen nicht erweitert durch ein Rechtsgeschäft, das der Hauptschuldner nach der Übernahme der Bürgschaft vornimmt. Zum Schutze des Bürgen, der i.d.R. auf Inhalt und Umfang der Hauptschuld keinen Einfluss hat, wird der Grundsatz der Akzessorietät durchbrochen. Hingegen kommen Rechtsgeschäfte des Hauptschuldners, die die Hauptschuld ändern, dem Bürgen ohne weiteres zugute, soweit sie seine Rechtsstellung verbessern.

Für die Frage der Anwendbarkeit von § 767 I 3 BGB muss aber die Identität zwischen Hauptschuld und verbürgter Schuld gewahrt bleiben. An dieser Identität fehlt es, wenn die Hauptschuld durch eine andere ersetzt oder inhaltlich so geändert wird, dass dies einer Ersetzung gleichkommt (BGH, NJW 1980, 2412). Im

Falle fehlender Identität haftet der Bürge mangels Akzessorietät seiner Bürgenhaftung zum neuen Schuldverhältnis nicht. Ob durch das fragliche Rechtsgeschäft eine Neubegründung oder nur eine Abänderung der bisherigen Vertragsverhältnisse gewollt ist, ist Auslegungsfrage, §§ 133, 157 BGB. Dabei ist der mit dem Rechtsgeschäft verfolgte Zweck und die bestehende Interessenlage von Bedeutung (BGHZ 21, 328; 109, 22). Zur Rechtsprechung des BGH zu § 767 I 3 BGB vgl. RA 12/99, S. 672.

Leitsatz:

Die Umwandlung eines Kontokorrentkredits in ein Darlehen ("bankinterne Umschuldung") unter Verwendung eines neuen Kontos bedeutet im Zweifel lediglich eine Vertragsänderung, mit der Folge, daß eine zur Absicherung des Rückzahlungsanspruchs aus dem Kontokorrentkreditvertrag eingegangene Bürgschaft bestehenbleibt.

Sachverhalt:

Der Bekl. war Gesellschafter und in der Zeit vom 10. 12. 1991 bis zum 31. 5. 1992 Geschäftsführer der I-GmbH (im folgenden: GmbH). Diese nahm am 20. 9. 1991 bei der klagenden Sparkasse einen Kontokorrentkredit bis zum Höchstbetrag von 100.000 DM auf dem zu diesem Zweck eingerichteten Girokonto mit der Nummer ... auf; der Kredit war mit 12,5% und ein etwaiger Überziehungsbetrag mit 16,5% zu verzinsen. Bereits am 16. 8. 1991 hatte der Bekl. formularmäßig die selbstschuldnerische Bürgschaft für "alle bestehenden und künftigen, auch bedingten oder befristeten Forderungen" der Kl. aus deren Geschäftsverbindung mit der GmbH übernommen. Am 31. 5. 1992 schied der Bekl. als Gesellschafter und Geschäftsführer aus der Gesellschaft aus. Nachdem die Kl. ihn mit Schreiben vom 7. 4. 1994 zum Ausgleich des zu diesem Zeitpunkt bestehenden Schuldsaldos von 128.082,91 DM aufgefordert hatte, schloss sie am 13. 9. 1994 mit der GmbH einen Vertrag, wonach dieser ein Tilgungsdarlehen von 110.000 DM zu einem Zinssatz von 9,75% gewährt wurde. Das Darlehen wurde auf einem Konto mit der Nummer ... gebucht und in Höhe eines Betrags von 109.562 DM zum Ausgleich des Girokontos verwendet. Im Darlehensvertrag vom 13. 9. 1994 waren als Sicherheiten die bereits für den Kontokorrentkredit erteilten Bürgschaften des Bekl. und der anderen Gesellschafter aufgeführt. Mit Schreiben vom 23. 9. 1994 informierte die Kl. den Bekl. "aufgrund der bestehenden selbstschuldnerischen unbeschränkten Bürgschaft"

unter Übersendung eines Exemplars des Vertrags vom 13. 9. 1994 über das "zur Umschuldung der Restverbindlichkeiten" der GmbH gewährte Darlehen und wies darauf hin, daß die Bürgschaft dadurch "keine Veränderung" erfahre.

Die Kl. verlangt vom Bekl. Zahlung eines Bürgschaftsteilbetrags von 10.000 DM. Der Bekl. hat demgegenüber Feststellung beantragt, daß der Kl. auch über den eingeklagten Betrag hinaus kein Anspruch aus dem Bürgschaftsvertrag zustehe. Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Die Revision der Kl. war erfolgreich und führte zur Abweisung der Feststellungswiderklage, soweit der Gesamtanspruch, dessen sich die Kl. rühmt, 100.000 DM nicht überschreitet, und zur Zurückverweisung wegen der restlichen Widerklage.

Gründe:

Das BerGer. hat ausgeführt, die Verpflichtung des Bekl. sei trotz der weiten Fassung des Bürgschaftsformulars auf den am 20. 9. 1991 eingeräumten Kontokorrentkredit, der Anlaß für die Bürgschaft gewesen sei, beschränkt gewesen. Dieser Kredit und damit auch die Haftung des Bekl. seien durch die im September 1994 durchgeführte Umschuldung erloschen.

Die Revision greift das Berufungsurteil bereits im zuletzt genannten Punkt mit Erfolg an. Das BerGer. hat seine Annahme, der verbürgte Kredit bestehe nicht mehr, mit der Erwägung begründet, das Tilgungsdarlehen sei seiner Art nach von dem Kontokorrentkredit verschieden; dies komme darin zum Ausdruck, daß für den neuen Kredit eine andere Kontonummer verwendet worden sei. Daraus ergibt sich indessen nicht, daß mit der Ausgleichung des Kontokorrentkreditkontos die Kreditschuld, die Anlaß für die Bürgschaftsübernahme war, getilgt worden ist. Richtig ist, daß mehrere Kontoeröffnungs- und Kreditverträge in der Regel auch mehrere Schuldverhältnisse begründen (BGH, ZIP 1982, 424 [425]; BGH, NJW-RR 1991, 562 = WM 1991, 495 [496]; BGH, NJW 1996, 924 = LM H. 6/1996 § 765 BGB Nr. 105 = ZIP 1996, 456 [458], insoweit in BGHZ 132, 6, nicht abgedr.). Daraus folgt aber noch nicht ohne weiteres, daß ein Kredit, den dasselbe Bankinstitut zur Ablösung eines früheren Kredits "gewährt" (bankinterne Umschuldung), Gegenstand eines neuen Schuldverhältnisses sein mußte. Die Umwandlung einer schon bestehenden Schuld in ein Darlehen ist nicht notwendigerweise eine Schuldumschaffung; es kann sich auch um eine bloße Vertragsänderung handeln, die das ursprüngliche Schuldverhältnis als solches bestehen läßt. Wenn bei einem Kreditverhältnis nur einzelne Vertragskonditionen wie insbesondere die Rückzahlungsweise geändert werden,

gilt für den Schutz desjenigen, der sich für die Kreditschuld verbürgt hat, § 767 I 3 BGB: Verbesserungen wirken sich zu seinen Gunsten aus; Verschlechterungen berühren seine Rechtsstellung nicht (BGH, NJW 1980, 2412 [2413] = LM § 767 BGB Nr. 15). Ob die Parteien eine Novation oder nur eine Abänderung der bisherigen Vertragsmodalitäten gewollt haben, ist durch Auslegung der getroffenen Vereinbarungen zu beantworten (OLG Hamm, WM 1985, 1223, u. OLG Hamm, WM 1992, 981; Palandt/Putzo, BGB, 58. Aufl., § 607 Rdnrn. 15 ff.). Bei Annahme einer Schuldumschaffung ist wegen der damit verbundenen einschneidenden Folgen Vorsicht geboten; im Zweifel ist nur eine Vertragsänderung gewollt (BGHZ 131, 228 [231 f.] = NJW 1996, 725 = LM H. 5/1996 § 16 WohnungseigentumsG Nr. 16; BGH, NJW 1994, 1866 [1867] = LM H. 8/1994 § 28 Wohnungseigentumsg Nr. 4 m. w. Nachw.).

Es kommt demnach darauf an, ob mit dem am 13. 9. 1994 geschlossenen Darlehensvertrag wirklich ein neues Schuldverhältnis begründet oder ob damit die aus dem Kontokorrentkredit entstandene Schuld lediglich den neuen Verhältnissen - das Kontokorrentkonto wurde offensichtlich nicht mehr benötigt - hinsichtlich Tilgungsweise und Verzinsung angepaßt werden sollte. Die insoweit erforderliche Auslegung hat das BerGer. unterlassen. Da weiterer Tatsachenvortrag nicht zu erwarten ist, kann der Senat diese Auslegung ohne Bindung an die Feststellungen des BerGer. selbst vornehmen. Sie führt zu dem Ergebnis, daß eine Schuldumschaffung nicht gewollt war, sondern lediglich der Kreditvertrag aus dem Jahre 1991 geändert werden sollte. Dabei ist davon auszugehen, daß Grund für die Neuordnung des Kreditverhältnisses die Beseitigung der Kontokorrentabrede unter Umstellung auf eine gleichmäßige Tilgung und einen ermäßigten Zinssatz war. Wie die Aufnahme der bisherigen Sicherheiten in den Vertrag vom 13. 9. 1994 zeigt, gingen die damaligen Vertragsparteien übereinstimmend davon aus, daß jene Sicherheiten bestehenblieben. Das zeigt sich auch in dem Schreiben der Kl. vom 23. 9. 1994,- in dem sie dem Bekl. die "Umschuldung" mitteilte und ihn auf das Fortbestehen der Bürgschaft hinwies. Dies entsprach der Interessenlage der Parteien des Kreditverhältnisses. Die Kl. hatte keinen Anlaß, durch Beseitigung des ursprünglichen Schuldverhältnisses ihre Sicherheiten aufzugeben; auf der anderen Seite bestand auch kein berechtigtes Interesse der Hauptschuldnerin daran, das zu verlangen. Unter diesen Umständen stellt die Umbuchung auf ein neues Konto lediglich eine Form der banktechnischen Abwicklung dar, die für die Frage, ob es sich um eine Schuldumschaffung oder nur um eine Änderung des

bestehenden Vertragsverhältnisses handelte, keine entscheidende Rolle spielt.

Das BerGer. hat sich für seine Annahme, die Eröffnung einer neuen Kontobeziehung im Zuge einer bank-internen Umschuldung sei immer als Begründung eines neuen Schuldverhältnisses anzusehen, auf das Urteil des erkennenden Senats vom 18. 5. 1995 (BGHZ 130, 19 [34] = NJW 1995, 2553 = LM H. 11/1995 § 765 BGB Nr. 99-101) gestützt. Mit den dortigen Ausführungen, die für die Entscheidung nicht tragend waren, sollte jedoch nicht gesagt werden, daß bei einer derartigen Neuordnung des Kreditverhältnisses eine Auslegung der getroffenen Vereinbarungen zur Feststellung dessen, was die Parteien damit bezweckt haben, entbehrlich wäre (zutr. OLG Köln, ZIP 1999, 1046 [1047]). Die Verwendung eines anderen Kontos schließt es jedenfalls für sich allein nicht aus, daß die Parteien lediglich eine Änderung des bestehenbleibenden Schuldverhältnisses herbeiführen wollen.

Die Bürgschaftsverpflichtung des Bekl. ist somit auch nach der Umwandlung des Kontokorrentkredits in ein Tilgungsdarlehen in dem Umfang bestehengeblieben, in dem sie durch den Vertrag vom 16. 8. 1991 begründet worden ist. Nach Ansicht des BerGer. war hiernach die Haftung des Bekl. auf den Kredit, der Anlaß für die Bürgschaftsübernahme war, begrenzt. Ist diese Annahme richtig, dann hat der Bekl. nur bis zu dem für den Kontokorrentkredit vom 20. 9. 1991 vereinbarten Höchstbetrag von 100.000 DM und nicht für den von der Kl. in der Klageschrift genannten Gesamtanspruch von 108.304,90 DM einzustehen, den der Bekl. mit der negativen Feststellungswiderklage bekämpft. Auch dies wird jedoch von den bisherigen Feststellungen nicht getragen.

Allerdings verstößt nach der neueren Rechtsprechung des BGH die formularmäßige Ausdehnung der Bürgenhaftung auf alle bestehenden und künftigen Forderungen des Gläubigers aus der Geschäftsverbindung mit dem Hauptschuldner nach dem Grundgedanken des § 767 I 3 BGB gegen § 9 AGBG, sofern der Bürge die Entstehung neuer Schulden nicht beeinflussen kann. In solchen Fällen hat er nur für die Verbindlichkeit einzustehen, die Anlaß der Verbürgung war. Handelt es sich dabei um einen limitierten Kontokorrentkredit, so haftet der Bürge grundsätzlich - nur - bis zur Höhe der bei Übernahme der Bürgschaft eingeräumten Kreditlinie (BGHZ 130, 19 [31 ff.] = NJW 1995, 2553 = LM H. 11/1995 § 765 BGB Nr. 99-101; BGHZ 137, 153 [158] = NJW 1998, 450 = LM H. 6/1998 § 765 BGB Nr. 124). In diesem Rahmen bleibt die Haftung bestehen, solange die Kontobeziehung nicht beendet worden ist (BGH, NJW 1996, 1470 = LM H. 8/1996 § 767 BGB Nr. 31/32 = ZIP 1996, 702 [705]).

Nach dem oben erwähnten, die Rechtsprechung zur weiten Zweckerklärung tragenden Grundgedanken besteht jedoch für die Anwendung des § 9 AGBG kein Bedürfnis, wenn der Bürge als Geschäftsführer oder Gesellschafter der Hauptschuldnerin auf die Erweiterung der Kreditverbindlichkeiten Einfluß nehmen kann. Für Gesellschafter, die nicht Geschäftsführer sind, ist das, wie der Senat mit dem nach Erlaß des Berufungsurteils ergangenen Urteil vom 15. 7. 1999 (WM 1999, 1761) entschieden hat, nur dann anzunehmen, wenn sie über die Mehrheit der Anteile verfügen. Ist das nicht der Fall, so kommt es darauf an, ob gesellschaftsrechtlich sichergestellt ist, daß Erweiterung und Neubegründung von Verbindlichkeiten nicht ohne Mitwirkung des bergenden Gesellschafters herbeigeführt werden können.

Der Bekl. war, als er am 16. 8. 1991 den Bürgschaftsvertrag schloß, nicht Geschäftsführer der GmbH. Daß er es später geworden ist, ist ohne Bedeutung; die Frage, in welchem Umfang ein Bürgschaftsvertrag wirksam ist, kann nur nach den Verhältnissen bei Abschluß des Vertrags beurteilt werden. Eine den Betrag von 100.000 DM übersteigende Haftung hängt deshalb davon ab, in welchem Umfang er an der GmbH beteiligt war. Hierüber haben die Parteien nichts Näheres vorgetragen. In einem vom Bekl. eingereichten Protokoll einer Gesellschafterversammlung vom 26. 5. 1992 ist festgehalten, daß neben dem Bekl. ein anderer Gesellschafter einen gleich hohen Geschäftsanteil hielt. Jene Gesellschafterversammlung betraf jedoch, was offenbar beide Parteien nicht bemerkt haben nicht die Hauptschuldnerin, sondern eine andere Gesellschaft: an der der Bekl. ebenfalls beteiligt war. Den Parteien muß Gelegenheit gegeben werden, zu den Beteiligungsverhältnissen in der GmbH bei Abschluß des Bürgschaftsvertrags und gegebenenfalls zum Inhalt des Gesellschaftsvertrags weiter vorzutragen; denn erst das Urteil des Senats vom 15. 7. 1999 (WM 1999, 1761) hat klargestellt, welche Bedeutung der Umfang der Beteiligung des Bürgen an der Gesellschaft, für die er sich verbürgt hat, für die Anwendbarkeit des § 9 AGBG auf die weite Zweckerklärung in einem formularmäßigen Bürgschaftsvertrag hat.

Das Berufungsurteil ist danach insgesamt aufzuheben. Soweit eine Bürgschaftsverpflichtung des Bekl. bis zu insgesamt 100.000 DM im Streit ist, hat der Senat, da keine weiteren Tatsachenfeststellungen zu treffen sind, in der Sache selbst zu entscheiden. Der auf Zahlung von 10.000 DM gerichteten Klage ist stattzugeben. Die Feststellungswiderklage ist abzuweisen, soweit es um einen Anspruch der Kl. bis zum Betrag von 100.000 DM geht. Wegen des Anspruchs, dessen sich die Kl. darüber hinaus berührt, ist die Sache an das

BerGer. zurückzuverweisen, damit dieses nach Ergänzung des Parteivorbringens die dazu erforderlichen

Feststellungen treffen kann.

Standort: Werkvertrag

Problem: Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung

BGH, URTEIL VOM 16.9.1999 - VII ZR 456/98
(NJW 1999, 3710)

Problemdarstellung:

Der BGH hatte darüber zu entscheiden, ob die Aufforderung des Bestellers, der Unternehmer möge die Mängel am Werk beseitigen und innerhalb einer Frist erklären, ob und in welchem Umfang er zur Mängelbeseitigung bereit sei, den Anforderungen von § 634 I BGB genügt oder nicht.

Das Gericht hat dies mangels Eindeutigkeit der Erklärung des Bestellers verneint, so dass die Rechtsfolgen von § 634 I 3 BGB nicht eintreten konnten. Zum Erfordernis der Eindeutigkeit einer solchen Erklärung führt der BGH aus, dass dieselbe dem Unternehmer zu der Entscheidung zwingen muss, ob er die Folgen einer Verweigerung der Nachbesserung auf sich nehmen oder ob er sie durch eine fristgerechte Nachbesserung abwenden will. Zudem soll durch diese Eindeutigkeit dem Besteller bewusst gemacht werden, dass er aufgrund einer derartigen Erklärung sein Nachbesserungsrecht verlieren kann.

Des weiteren führt der BGH aus, dass im Falle der Entbehrlichkeit der Fristsetzung gem. § 634 II BGB nicht allein die Verweigerung des Unternehmers den Werkvertrag ipso jure ins Stadium des gewährleistungsrechtlichen Abwicklungsverhältnis verbringt. Als ungeschriebene Voraussetzung ist erforderlich, dass der Besteller zunächst sein Wahlrecht, ob er Nachbesserung oder sekundäre Gewährleistungsrechte geltend machen will, ausübt und seine Entscheidung dem Unternehmer mitteilt. Dabei beruht diese Voraussetzung auf denselben Gründen wie das Erfordernis nach einer eindeutigen Erklärung des Bestellers gem. § 634 I 1 BGB.

Prüfungsrelevanz:

Die werkvertraglichen Gewährleistungsrecht gem. §§ 633 ff. BGB stehen in einem Exklusivitätsverhältnis zueinander, d.h. sie können nur alternativ geltend gemacht werden. Zur Abgrenzung des Nachbesserungsrechts gem. § 633 II BGB von Wandlung bzw. Minderung gem. § 634 I 3 BGB verlangt § 634 I 1 BGB seitens des Bestellers eine angemessene Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung für die Beseitigung des

Mangels sowie seitens des Unternehmers das ungenutzte Verstreichenlassen dieser Frist. Mit Fristablauf erlischt der Anspruch des Bestellers auf Nachbesserung dann, § 634 I 3, 2.HS BGB, und dem Besteller steht nunmehr das Wahlrecht zwischen Wandlung und Minderung zu. Wegen dieser einschneidenden Rechtsfolgen ist von der Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung erhöhte Eindeutigkeit daher zu verlangen, um den Parteien die Folgen ihres Handelns aufzuzeigen.

Nach § 634 II BGB bedarf es einer Fristsetzung u.a. dann nicht, wenn der Unternehmer eine Mängelbeseitigung verweigert. Auch an dieser Stelle darf wegen der einschneidenden Rechtsfolgen von § 634 BGB nicht einfach an die Verweigerung des Unternehmers angeknüpft werden, da dem Besteller nicht ohne Not sein Wahlrecht unter den einzelnen Gewährleistungsrechten genommen werden darf.

In der Klausur ist daher ein besonderes Augenmerk auf diese Voraussetzungen für werkvertragliche Gewährleistungsrechte zu richten.

Leitsätze:

- 1. Nach Ablauf der gem. § 634 I BGB vor Abnahme wirksam gesetzten Frist wird das Vertragsverhältnis in das Abwicklungsverhältnis umgewandelt, wenn der Unternehmer die gerügten Mängel nicht bis zum Fristablauf beseitigt hat. Mit der Umwandlung wird der Werklohn des Unternehmers fällig.**
- 2. Die Aufforderung des Bestellers, der Unternehmer möge die Mängel beseitigen und innerhalb einer Frist erklären, ob und in welchem Umfang er zur Mängelbeseitigung bereit sei, genügt den Voraussetzungen des § 634 I 1 BGB nicht.**
- 3. Ist eine Fristsetzung deshalb entbehrlich, weil der Unternehmer die Mängelbeseitigung nachhaltig und endgültig verweigert, treten die Rechtsfolgen des § 634 I 3 BGB erst dann ein, wenn der Besteller sich für die sekundären Gewährleistungsansprüche entschieden und dem Unternehmer seine Entscheidung mitgeteilt hat.**

Sachverhalt:

Der Kl. verlangt vom Bekl. Vergütung für ausgeführte Metallbauarbeiten in Höhe von 52.581,69 DM nebst Zinsen. Der Bekl. verteidigt sich vorrangig mit der Ein-

rede der Verjährung. Im Juni 1992 erteilte der Bekl. dem Kl. den Auftrag, an den 16 Balkonen der drei Mietshäuser in S. neue Balkongeländer nebst Verkleidung anzubringen. Nach Abschluß der Arbeiten verlangte der Kl. mit Rechnung vom 14. 12. 1992 insgesamt 65.166,69 DM. Mit Schreiben vom 16. 12. 1992 beanstandete der Bekl. die Arbeiten des Kl. und verweigerte die Zahlung sowie die Abnahme der Werkleistung. Durch Schreiben seines Rechtsanwalts vom 26. 1. 1993 übersandte er dem Kl. das Mängelgutachten des von ihm beauftragten Architekten. In dem Schreiben wurde der Kl. zur Beseitigung der Mängel aufgefordert und gebeten, sich bis zum 10. 2. 1993 darüber zu äußern, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang er bereit sei, die vorhandenen Mängel zu beseitigen; für den Fall, daß die Frist erfolglos ablaufen sollte, lehnte er, der Bekl., die Nachbesserung ab. Der Kl. äußerte sich nicht. Mit der am 10. 2. 1993 eingereichten Klage verlangte er die Abnahme seiner Werkleistung und Zahlung der Vergütung. Diese Klage nahm er später zurück. Mit Schreiben seines Rechtsanwalts vom 12. 9. 1994 forderte der Bekl. den Kl. zur Mängelbeseitigung bis zum 30. 10. 1994 auf und erklärte, nach erfolglosem Fristablauf werde er die Leistungen des Kl. ablehnen. Der Kl. führte keine Arbeiten aus. Er hat am 21. 12. 1996 die Klage auf Zahlung von 52.581,69 DM nebst Zinsen erhoben.

Das LG hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, der Vergütungsanspruch des Kl. sei verjährt. Die Berufung des Kl. hat keinen Erfolg gehabt. Das BerGer. hat die Revision zur Klärung der Frage zugelassen, ob bei Erhebung einer Zahlungsklage als Antwort auf die Fristsetzung zur Rückäußerung über die Bereitschaft zur Mängelbeseitigung die Rechtswirkung des § 634 I BGB angenommen werden könne. Die Revision des Kl. hatte Erfolg, sie führte zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das BerGer.

Gründe:

Das BerGer. hat die Verjährung der Vergütungsforderung des Kl. wie folgt begründet:

Die Vergütungsforderung des Kl. sei mit Ablauf des 10. 2. 1993 fällig geworden, weil das Erfüllungsverhältnis sich gem. § 634 I 3 i. V. mit II BGB in ein Abwicklungsverhältnis umgewandelt habe. Die dem Kl. bis zum 10. 2. 1993 gesetzte Frist zur Rückäußerung erfülle nicht die Voraussetzung des § 634 I 1 BGB, sie sei jedoch rechtlich nicht wirkungslos. Der Unternehmer sei nach Treu und Glauben gehalten, auf eine derartige Aufforderung zu reagieren. Die Reaktion des Kl., die Erhebung der Klage auf Abnahme und Zahlung der Vergütung, habe der Bekl. nur als endgültige Weige-

rung, die Mängel zu beseitigen, verstehen können. Die auf Abnahme und Zahlung gerichtete Klage sei die nachhaltigste Verweigerung der Nachbesserung.

Der Vergütungsanspruch des Kl. sei gem. § 196 I Nr. 1 BGB verjährt. Maßgeblich sei die zweijährige Verjährungsfrist, weil der Kl. seine Leistung nicht für den Gewerbebetrieb des Bekl. erbracht habe. Das Mietshausgrundstück sei nicht dem Dachdeckergerwerbe des Bekl. zuzurechnen, weil der Bekl. das Mietsgrundstück als Kapitalanlage für seine Alterssicherung erworben habe. Die Klage habe die Verjährungsfrist nicht mehr unterbrechen können, weil sie erst nach Ablauf der Verjährungsfrist eingereicht worden sei.

Die Erwägungen des BerGer. zur Fälligkeit und damit zum Beginn der Verjährungsfrist halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand.

Die Vergütungsforderung ist nicht verjährt. Sie ist nicht zum 10. 2. 1993 fällig geworden, weil das Vertragsverhältnis sich zu diesem Zeitpunkt noch nicht in ein Abwicklungsverhältnis umgewandelt hatte. Die Erklärung des Bekl. war nicht geeignet, die Umwandlung des Vertragsverhältnisses nach § 634 I 3 BGB herbeizuführen.

Die in § 634 I 3 BGB angeordnete Rechtsfolge führt dazu, daß das vertragliche Erfüllungsverhältnis auch vor der Abnahme in das Abrechnungs- und Abwicklungsverhältnis umgewandelt wird. Die Umwandlung des Vertragsverhältnisses bewirkt, daß der Erfüllungsanspruch des Bestellers sowie die Vorleistungspflicht des Unternehmers und dessen Nachbesserungsrecht entfallen (BGH, NJW 1979, 549 = LM VOB Teil B Nr. 102 = BauR 1979, 152; Thode, ZfBR 1999, 116 [119]). Die Umwandlung des Vertragsverhältnisses hat mittelbar zur Folge, daß die Werklohnforderung des Unternehmers auch ohne Abnahme fällig wird (BGH, NJW 1979, 549 = LM VOB Teil B Nr. 102 = BauR 1979, 152).

Die Rechtsfolgen des § 634 I 3 BGB sind nicht eingetreten, weil es an einer nach § 634 I 1 BGB erforderlichen Erklärung des Bestellers fehlt. Eine Erklärung i. S. des § 634 I 1 BGB liegt nur vor, wenn der Besteller den Unternehmer auffordert, die Mängel innerhalb der gesetzten Frist zu beseitigen und ankündigt, daß er nach fruchtlosem Ablauf der Frist die Nachbesserung ablehne. Diesen Anforderungen genügt die Erklärung des Bekl. nicht. Er hat die Frist nur zur Beseitigung der Mängel gesetzt und den Kl. lediglich dazu aufgefordert, innerhalb der Frist zu erklären, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang er bereit sei, die gerügten Mängel zu beseitigen. Die Ansicht des BerGer., aus der nachfolgenden Reaktion des Kl. als Unternehmer sei zu folgern, daß das Vertragsverhältnis in ein Ab-

wicklungsverhältnis übergegangen sei, ist nicht zutreffend.

Fehlt es an einer eindeutigen Erklärung des Bestellers i. S. des § 634 I 1 BGB, können die Rechtsfolgen des § 634 I 3 BGB nicht eintreten. Die Fristsetzung unter Ablehnungsandrohung soll den Unternehmer zur ordnungsgemäßen Vertragserfüllung anhalten und ihm das Risiko vor Augen führen, daß er nach fruchtlosem Ablauf der Frist sein Recht verliert, das Werk nachzubessern. Die Erklärung des Bestellers muß dem Unternehmer unmißverständlich verdeutlichen, daß er entscheiden muß, ob er die Folgen einer Verweigerung der Nachbesserung auf sich nehmen oder ob er sie durch eine fristgerechte Nachbesserung abwenden will (BGH, NJW 1983, 1731 = BauR 1983, 258 = ZfBR 1983, 123; BGH, NJW-RR 1995, 939). Das Erfordernis einer eindeutigen Aufforderung zur fristgerechten Beseitigung der gerügten Mängel und einer Ablehnungsandrohung dient zugleich dem Interesse des Bestellers. Ihm soll bewußt werden, daß er aufgrund einer derartigen Erklärung das verschuldensunabhängige Nachbesserungsrecht verlieren kann (§ 634 I 3 BGB).

Dem Erfordernis einer klaren und unmißverständlichen Aufforderung zur Mängelbeseitigung innerhalb der gesetzten Frist mit einer Ablehnungsandrohung genügt die Aufforderung des Bekl. nicht, der Kl. möge sich zu seiner Erfüllungsbereitschaft äußern. Die Reaktion des Unternehmers auf ein derartiges Aufforderungsschreiben ist im Rahmen des § 634 I BGB unerheblich, sie ist lediglich von Bedeutung für die Frage, ob der Unternehmer die Nachbesserung i. S. des § 634 II BGB nachhaltig verweigert hat (Staudinger/Peters, BGB, 1994, § 634 Rdnr. 17 II).

Der Vergütungsanspruch des Kl. ist auch nicht aus

anderen Gründen bereits im Februar 1993 fällig geworden. Nach § 634 II BGB ist eine Fristsetzung für die Mängelbeseitigung unter anderem dann nicht erforderlich, wenn der Unternehmer die Mängelbeseitigung ernsthaft verweigert. Hat der Unternehmer die Nachbesserung nachhaltig verweigert, dann wird der Werkvertrag nicht ohne weiteres vom Erfüllungsstadium in das Stadium der Abrechnung und der sekundären Gewährleistungsrechte des Bestellers übergeleitet (Staudinger/Peters, § 634 Rdnr. 24). Der Unternehmer verliert nicht sein Nachbesserungsrecht, die Vergütung wird nicht

fällig. Die Umwandlung des Vertragsverhältnisses mit ihren Rechtsfolgen in das Stadium der sekundären Gewährleistungsansprüche tritt nicht durch das Verhalten des Unternehmers ein, sondern erst durch das Verhalten des Bestellers. Er muß, wenn der Unternehmer die Nachbesserung nachhaltig verweigert hat, sein Wahlrecht ausüben, ob er Nachbesserung oder sekundäre Gewährleistungsansprüche geltend machen will, und seine Entscheidung dem Unternehmer mitteilen (BGH, NJW-RR 1990, 1300 = LM § 635 BGB Nr. 93 = ZfBR 1990, 275 = BauR 1990, 725; Staudinger/Peters, § 634 Rdnr. 24).

Das Vertragsverhältnis wurde erst in das Stadium der sekundären Gewährleistungsansprüche umgewandelt, als die Frist abgelaufen war, die der Bekl. in seinem Schreiben vom 21. 9. 1994 zur Beseitigung der Mängel und der damit verbundenen Ablehnungsandrohung gesetzt hatte. Da die Vergütungsforderung des Kl. erst am 31. 10. 1994 fällig geworden ist, war die Verjährungsfrist im Zeitpunkt der Erhebung der Klage nicht abgelaufen.

Standort: c.i.c.

Problem: Aufklärung über Scientology-Zugehörigkeit

OLG STUTTGART, URTEIL VOM 22.6.1999
12 U 3/99 (NJW 1999, 3640)

Problemdarstellung:

Vorliegend sah sich das Gericht der Frage gegenüber gestellt, unter welchen Voraussetzungen eine Vertragspartei die vorvertragliche Verpflichtung trifft, ihre Mitgliedschaft in oder enge Verbindung zur Scientology-Organisation offen zu legen. Zur Prüfung einer solchen Pflicht zieht das Gericht die Grundsätze zu Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung heran (§ 242 BGB) und bejaht im vorliegenden Fall eines Personalberatungsvertrages einen entsprechenden Aufklärungszwang, dem der Grundrechtsschutz aus Art. 4 I GG nicht entgegen-

steht.

Begründeterweise bildet die Personalberatung, also die Suche nach einer besonders qualifizierten Führungskraft im Betrieb der anderen Vertragspartei, eine Leistung, die ein erhöhtes Maß an Vertrauen erfordert. Die enge Verbindung zur Scientology-Organisation stellt einen wesentlichen Umstand dar, der geeignet ist, ein solches Vertrauen zu zerstören, da die andere Vertragspartei mit der Gefahr rechnen muss, dass ihm Führungskräfte mit möglicher Verbindung zur Scientology-Organisation untergeschoben werden. Eine solche Gefahr besteht insb. wegen des erklärten Ziels dieser Organisation, die Wirtschaft der gesamten Welt zu übernehmen bzw. zu unterwandern. Außerdem stellt die Verbindung zur Scientology-Organisation

deshalb einen vorvertraglich aufzuklärenden Umstand dar, weil jeder Kontakt zu dieser Organisation die Reputation des anderen Vertragsteils in der Öffentlichkeit erheblich belasten kann. Denn in der Öffentlichkeit wird die Scientology-Organisation als eine unlautere Ziele verfolgende Sekte betrachtet bzw. sogar als Bedrohung für die Gesellschaft empfunden.

Bei schuldhafter Unterlassung einer entsprechenden Aufklärung hat die andere Vertragspartei einen Schadensersatzanspruch aus c.i.c..

Prüfungsrelevanz:

Bereits im Vorfeld eines Vertrages, insb. bei den konkreten Vertragsverhandlungen besteht zwischen den zukünftigen Parteien ein gesteigertes Vertrauensverhältnis, das Rechte und Pflichten schon auslöst und dessen Verletzung mit Schadensersatzpflichten aus c.i.c. sanktioniert wird.

Dabei sind die wenigsten vorvertraglichen Pflichten gesetzlich geregelt, vielmehr finden sie Grundlage regelmäßig in den Grundsätzen von Treu und Glauben gem. § 242 BGB. Nach der ständiger Rechtsprechung besteht z.B. bei Vertragsverhandlungen, in denen die Beteiligten entgegengesetzte Interessen verfolgen, die Pflicht, den anderen Teil über solche Umstände aufzuklären, die den Vertragszweck des anderen vereiteln können und daher für seinen Entschluß von wesentlicher Bedeutung sind, sofern er die Mitteilung nach der Verkehrsauffassung erwarten durfte. Es ist somit eine Abwägung der vorvertraglichen, widerstreitenden Interessen der Parteien nach dem jeweiligen Einzelfall vorzunehmen. In diesem Fall stand für die Frage nach einer entsprechenden Aufklärungspflicht auf Seiten der Bekl. ihr Grundrechtsschutz aus Art. 1 I, 2 I, 4 I, II GG, der im Wege der mittelbaren Drittwirkung bei Auslegung und Anwendung von § 242 BGB zu beachten ist, gegenüber den Interessen des Kl., seine betriebliche Führungsebene sowie seinen Ruf frei von Kontakten zur Scientology-Organisation zu halten.

Sofern man eine entsprechende vorvertragliche Aufklärungspflicht bejaht, führt deren Verletzung zu einer Schadensersatzpflicht aus c.i.c., wobei dieser Anspruch in seiner Rechtsfolge auf Ersatz des Vertrauensschadens gerichtet ist (§ 249 S. 1 BGB). Ist infolge des pflichtwidrigen Verhaltens des einen Teils ein Vertrag zustande gekommen, hat der Geschädigte Anspruch auf Rückgängigmachung des Vertrages.

Bei solchen Schadensersatzansprüchen aus c.i.c. besteht keine Konkurrenzsituation zur Möglichkeit einer Anfechtung gem. §§ 123 I, 142 I BGB (BGH, NJW 1997, 254).

Leitsatz:

Die eigene Mitgliedschaft in oder enge Verbindung zur Scientology-Organisation stellt bei Abschluß eines Personalberatungsvertrags einen wesentlichen Umstand dar, über den der Vertragspartner bei Meidung einer Schadensersatzpflicht aus culpa in contrahendo aufzuklären ist.

Sachverhalt:

Die Bekl. hatte mit der Kl. einen Personalberatungsvertrag geschlossen. Danach sollte sie eine besonders qualifizierte Fach- und Führungskraft für die Position eines Architekten/Bauleiters, also eine Führungsposition, bei der Kl. suchen. Sie verschwieg, daß sie Mitglied der Scientology Church ist oder war und deren Ziele jedenfalls zeitweise aktiv gefördert hat. Nachdem die Kl. hiervor, Kenntnis erlangt hat, hat sie den mit der Bekl. geschlossenen Vertrag gekündigt. Ihre Forderung auf Rückzahlung des bereits geleisteten Honorars von 12.266,67 DM harte in zweiter Instanz Erfolg.

Gründe:

Der Kl. steht jedoch ein Anspruch auf Ersatz des ihr entstandenen Schadens von 12.266,67 DM aus culpa in contrahendo zu. Die Bekl. hat die Kl. bei Vertragschluß arglistig getäuscht, indem sie ihre Mitgliedschaft in der und ihre enge Verbindung zur Scientology Church verschwiegen hat. Hierüber hätte die Bekl. die Kl. als ihre Vertragspartnerin aufklären müssen.

Nach der gefestigten Rechtsprechung des BGH besteht auch bei Vertragsverhandlungen, in denen die Beteiligten entgegengesetzte Interessen verfolgen, die Pflicht, den anderen Teil über solche Umstände aufzuklären, die den Vertragszweck des anderen vereiteln können und daher für seinen Entschluß von wesentlicher Bedeutung sind, sofern er die Mitteilung nach der Verkehrsauffassung erwarten durfte (BGH, NJW 1971,1795 [1799] = LM § 123 BGB Nr. 42; NJW 1979, 2243 = LM § 123 BGB Nr. 54; NJW 1980,2460 [2461] = LM § 123 BGB Nr. 57). Das Verschweigen von Tatsachen begründet also nur dann eine Haftung, wenn der andere Teil nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung redlicherweise Aufklärung erwarten durfte (Palandt/Heinrichs, BGB, 58. Aufl. [1999], § 276 Rdnr. 78). Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Angesichts der konkreten Umstände des hier zu beurteilenden Falls bestand eine Pflicht der Bekl., die Kl. darüber aufzuklären, daß sie Scientology-Mitglied ist, sie enge Verbindungen zu der Scientology-Organisation hat, insbesondere sich der dem Vertrag zugrunde liegende Dienstleistungsablauf an der von World Institute of Scientolo-

gy Enterprises (WISE) herausgegebenen detaillierten Vorgehensweise orientiert.

Gegenstand des Vertrags der Parteien war die Suche der Bekl. nach einer besonders qualifizierten Fach- und Führungskraft für die Position eines Architekten/Bauleiters, also eine Führungsposition bei der Kl. Die Suche nach einem geeigneten Bewerber für die hervorgehobene Stelle im Betrieb der Kl. stellt eine Leistung dar, bei der besonderes Vertrauen gefordert ist. Die enge Verbindung der Bekl. zur Scientology Church stellt einen wesentlichen Umstand dar, der geeignet ist, den Vertragszweck der Kl. zu vereiteln, eine fachlich qualifizierte, vertrauenswürdige Person, die nicht mit einer möglichen Verbindung zur Scientology Church belastet ist, auszuwählen und einzustellen. Sie ist für den Vertragsschluß von wesentlicher Bedeutung. Dies wird auch dadurch belegt, daß die Kl. nach Kenntniserlangung auf eine weitere Durchführung des Vertrags, eine weitere Tätigkeit der Bekl. - eine geeignete Person war von der Bekl. noch nicht präsentiert worden - verzichtet und den Vertrag gekündigt hat.

Die Bekl. steht jedenfalls den Gedanken der Scientology-Organisation sehr nahe: Die Bekl. ist Mitglied von Scientology. Der für die Kl. zuständige Mitarbeiter der Bekl. ist ebenfalls Mitglied von Scientology; nach eigenen Angaben der Bekl. ist die Mehrheit ihrer Mitarbeiter Mitglied. Die Bekl. hat auch einen namhaften Betrag, nämlich mindestens 40.000 \$, in die sogenannte Kriegskasse (für Aktionen gegen Kritiker von Scientology) einbezahlt; denn sie ist in der Zeitschrift "Impact", die von der International Association of Scientology (ISA) herausgegeben wird, als Patron erwähnt. Ein Patron ist eine Person, die einen Mindestbetrag von 40.000 \$ in die sogenannte Kriegskasse einbezahlt hat. Dies steht aufgrund der in erster Instanz erfolgten Vernehmung der Zeugin L fest. Durch die Unterzeichnung der Beitrittserklärung in Verbindung mit der nicht unerheblichen finanziellen Unterstützung der Scientology Church hat die Bekl. ihre Übereinstimmung mit deren Zielen zum Ausdruck gebracht (so auch LG Bonn, NJW 1997, 2958 [2961]). Die Bekl. war darüber hinaus unstreitig jedenfalls bis 1993 Mitglied im Verband WISE. Sie hat an diesen Verband Lizenzgebühren bezahlt, hierfür Fragebögen, für welche das Urheberrecht bei WISE liegt, erhalten und ihre Firma nach den Verwaltungsdaten von Hubbard, dem Begründer der Scientology-Bewegung, organisiert. Zielsetzung von WISE ist, Scientology und Scientology-Ethik in der Geschäftswelt zu etablieren. Die Franchisegebühr wird für die Verwendung von Unterlagen von Scientology bezahlt. Dies hat die Vernehmung der Zeugin L in erster Instanz ergeben. Er-

klärtes Ziel der Scientology-Organisation ist die Übernahme der Wirtschaft auf der gesamten Welt. Hubbard hat hierzu die Handlungsmaxime für Scientologen ausgegeben: "Erobern Sie, egal wie, die Schlüsselpositionen, die Position als Vorsitzende des Frauenverbands, als Personalchef einer Firma, als Leiter eines guten Orchesters, Sekretärin des Direktors, als Berater der Gewerkschaft - irgendeine Schlüsselposition." Für die Umsetzung dieser Strategie in der Wirtschaft ist WISE zuständig (Bauer/Baeck/Merten, BB 1997, 2534, mit Fundstellennachweisen). Aufgrund der Aussagen der Zeugin L steht auch fest, daß in den älteren Veröffentlichungen von WISE die Bekl. als Mitarbeiterin der Organisation geführt wird. Die Bekl. hat ihre Firma X, unter welcher sie den Vertrag mit der Kl. am 28. 2. 1994 noch abgeschlossen hat, etwa im Mai 1994 umfirmiert, nachdem sie, wie sie im Termin vor dem LG bekundet und in der Anhörung in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat bestätigt hat, praktisch drei Monate lang mit ihrem Unternehmen unter dem Druck von Presse und Fernsehkameras stand und sie mit dem Logo daher nicht mehr bestehen konnte. Unstreitig entspricht auch der "Dienstleistungsablauf" der Bekl., welcher Bestandteil des Vertrages zwischen den Parteien vom 28. 2. 1994 ist, den Grundsätzen von WISE. Ob die Bekl. tatsächlich, wie sie behauptet, im Jahr 1993 ihre Mitgliedschaft beim Verband WISE gekündigt hat, kann dahinstehen.

Daß diese alle feststehenden Umstände für den Vertragsschluß von wesentlicher Bedeutung sind, folgt vor allem aus dem engen Zusammenhang zwischen dem Vertragsgegenstand, eine Führungsposition im Betrieb der Kl. zu besetzen, und dem insbesondere dem Verband WISE angelasteten Ziel der Unterwanderung. Hinzu tritt, daß schon die Einschaltung der mit der Scientology-Organisation eng verbundenen Bekl. geeignet ist, die Reputation der Kl. in der Öffentlichkeit erheblich zu beeinträchtigen. Wegen der sich aus den Publikationen der Scientology Church objektiv ergebenden Geisteshaltung empfinden Teile der Bevölkerung eine Bedrohung durch diese Organisation (LG Bonn, NJW 1997, 2958 [2961]) und wird der Scientology Church in der Öffentlichkeit verbreitet der Charakter einer unlauteren Ziele verfolgenden Sekte beigemessen (BVerfG, NJW 1997, 2669 [2670]; vgl. auch AG Hannover, zit. bei: Abel, NJW 1996, 91 [93 Fußn. 24]).

Da, wie der Bekl. durch die Belagerung ihres Büros durch Presse und Fernsehen vor Vertragsschluß mit der Kl. bekannt war, die Arbeit sehr kritisch betrachtet wird und der Organisation von der Öffentlichkeit, wie dargelegt, der Charakter einer unlauteren Ziele verfolgenden Sekte verbreitet beigemessen wird (BVerfG,

NJW 1997, 2669 [2670]; LG Bonn, NJW 1997, 2958 [2961]; BAG, NJW 1996, 143), mußte es sich der Bekl. aufdrängen, daß es sich bei ihrer Mitgliedschaft in der Scientology-Organisation um einen bei ihrer Vertragspartnerin, die mit ihrer Hilfe eine Führungsposition in ihrem Unternehmen besetzen wollte, wesentlichen Umstand handelt. Und auch der Umstand, daß die Kl. in eine geschäftliche Verbindung - zudem im Bereich Personalberatung mit einem Mitglied der Scientology-Organisation, das sich in der Vergangenheit auch noch als Patron hervorgetan hatte, getreten ist, wirkt sich auf deren Erscheinungsbild in der Öffentlichkeit negativ aus, was sich der Bekl. aufdrängen mußte.

Es ist davon auszugehen, daß bei Aufklärung die Kl. den Vertrag nicht abgeschlossen hätte. Da die Bekl. schuldhaft diese Aufklärung unterlassen hat, hat die Kl. einen Anspruch auf Rückgängigmachung des Vertrags. Sie kann Rückzahlung des von ihr bei der Auftragserteilung bezahlten Teilbetrags der Gesamtvergütung, nämlich von 12.266,67 DM, verlangen.

Der auf der Täuschung durch Verschweigen trotz Aufklärungspflicht beruhende Anspruch der Kl. aufgrund von culpa in contrahendo wird durch den Ablauf der Frist des § 124 BGB nicht berührt (BGH, NJW 1997, 254 = LM § 675 BGB Nr. 233; Palandt/Heinrichs, § 123 Rdnr. 27).

Der Bejahung der Aufklärungsverpflichtung der Bekl. steht Art. 4 I, II GG nicht entgegen. Zwar hat das BVerfG (NJW 1997, 2669 [2670]) ausgesprochen, daß die Zugehörigkeit zu einer umstrittenen Organisation, der in der Öffentlichkeit verbreitet der Charakter einer unlauteren Ziele verfolgenden Sekte beigemessen wird, die aber nach dem Selbstverständnis der betroffenen

Person eine Religions- bzw. Weltanschauungsgemeinschaft ist, jedenfalls in den gegen beliebige öffentliche Darstellung geschätzten Persönlichkeitsbereich fällt. Die Zugehörigkeit zu einer Gemeinschaft, die jedenfalls nach dem eigenen Verständnis der betroffenen Person weltanschaulich oder religiös geprägt ist, rechnet ebenso wie die finanzielle Unterstützung einer solchen Organisation prinzipiell zur privaten Lebensgestaltung also zu dem der Öffentlichkeit abgewandten Bereich (BVerfG, NJW 1997, 2669 [2670]). Jedoch war Gegenstand der Entscheidung des BVerfG die Frage, ob die Veröffentlichung der Mitgliedschaft und des Umstandes einer Spende in die Kriegskasse der Scientologen-Organisation einen Eingriff in die Privatsphäre darstellt. Hier liegt der Sachverhalt anders. Die Bekl. selbst war es, die den Bereich der Privatsphäre verlassen hat. Sie ist selbst aktiv an die Kl., die eine Stellenanzeige aufgegeben hatte, mit dem Wunsch zum Abschluß eines Personalberatungsvertrags herantreten. Durch ihr Engagement im Geschäftsverkehr gerade im Bereich der Besetzung hervorgehobener Positionen in Unternehmen, also in dem Bereich, in welchem die Scientology-Organisation in der Öffentlichkeit besonders kritisch wegen der erklärten Zielsetzung von WISE, die Wirtschaft zu unterwandern, betrachtet wird, hat sie den Bereich der Privatsphäre verlassen, so daß ihr insoweit kein durch Art. 4 GG geschützter Bereich zustehen kann. Es kann daher dahingestellt bleiben, ob es sich bei der Scientology Church um eine Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft i.S. der Art. 140 GG, Art. 137 WRV handelt, was das BAG (NJW 1996, 143) für die "Scientology Kirche Hamburg e.V." verneint hat.

IMPRESSUM

Herausgeber: 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. **Verantwortliche Redakteure:** RA Frank Schildheuer (*Öffentliches Recht*); RA Carsten Scheen (*Zivilrecht*); Markus Schmölling (*Strafrecht*). Die Redakteure sind postalisch erreichbar unter der Adresse der Herausgeber.

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 Schriftleitung 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.

Erscheinungsweise: ohne Zusicherung eines festen Veröffentlichungstermins monatlich (12 Hefte pro Jahr). Nicht eingegangene Exemplare können nur schriftlich innerhalb von 2 Wochen nach Ablauf des Erscheinungsmonats reklamiert werden.

Druck: Fa.: UWZ Schnelldruck GmbH, Oderstr. 40, 48155 Münster, Tel.: 0251/284850 Fax: 0251/2824529

Standort: § 263 a StGB**Problem: Missbrauch einer Mobilfunkcodekarte**

LG BONN, BESCHLUSS VOM 18.6.99 - 32 QS 144/99 (NJW 1999,3726)

Problemdarstellung:

Das LG Bonn hatte als Beschwerdegericht (vgl. § 73 GVG) zu entscheiden, ob das AG zu Recht die Eröffnung des Hauptverfahrens gem. § 204 StPO gegen einen Angeschuldigten (vgl. § 157 StPO) abgelehnt hat, der eine ihm zum dienstlichen Gebrauch überlassene Mobilfunkcodekarte zu privaten Zwecken missbraucht hat. Das LG geht davon aus, dass der Angeschuldigte insoweit nicht tatbestandsmäßig i.S. der allein in Betracht kommenden Norm des Computerbetrugs gem. § 263 a StGB gehandelt hat, da keine unbefugte Verwendung von Daten vorliege. "Unbefugt" i.S. der 3. Variante sei ein Verhalten nach der herrschenden sog. betrugsnahen Auslegung, der sich die Kammer anschließt, nämlich nur dann, wenn ein Nichtberechtigter in den Besitz der Daten durch verbotene Eigenmacht gelangt ist.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung betrifft mit § 263 a StGB die wohl examensrelevanteste Norm des sog. Computerstrafrechts und mit der Frage der "Unbefugtheit" der Verwendung von Daten die insoweit umstrittenste Problematik, die vor allem für die Lösung der Fälle des sog. Bankomatenmissbrauchs von besonderer Bedeutung ist (vgl. dazu zur Übersicht Meier, JuS 1992, 1017): Während eine subjektivierende Auslegung jedes Verhalten als unbefugt ansieht, was dem Willen des über die Datenverarbeitungsanlage Verfügungsberechtigten zuwiderläuft, geht eine sog. computerspezifische Lösung davon aus, dass der entgegenstehende Wille des Betreibers nur dann beachtlich ist, wenn er im Programmablauf seinen Niederschlag gefunden hat. Nach h.M. ist dagegen auch die 3. Variante des § 263 a StGB in Anlehnung an § 263 StGB und damit betrugspezifisch auszulegen. Danach ist ein Verhalten nur dann tatbestandsmäßig i.S. des § 263 a StGB, wenn ein entsprechendes Verhalten gegenüber einem Menschen einen Betrug darstellen würde. Die insoweit erforderliche Täuschungsäquivalenz fehlt dann, wenn eine bloß interne Vertragsverletzung im Verhältnis zum Berechtigten gegeben ist (vgl. zum Meinungsstreit die Übersicht bei Wesselss/Hillenkamp, BT 2, Rn. 609 ff.). Das LG Bonn nimmt in Anlehnung an die Fälle der absprachewidrigen Verwendung einer vom Berechtigten überlassenen ec-Karte an, dass der Angeschuldigte, der die Mobilfunkkarte mit dem Willen sei-

nes Dienstherrn erhalten hatte, gegenüber einem Menschen keine Täuschung begehen würde: Da er die Befugnis zur Verfügung über die Karte besitzt, kann er sie niemandem vortäuschen (in diese Richtung etwa OLG Düsseldorf, StV 1998, 266; OLG Köln, JR 1992, 249 m. Anm. Otto). Allerdings ist diese Lösung innerhalb der h.M. nicht unbestritten; z.T. wird einem solchen Verhalten Täuschungswert zugesprochen, da über eine nach außen nicht bestehende Befugnis getäuscht werde (vgl. etwa Lackner/Kühl, § 263 a, Rn. 14).

Leitsatz (der Redaktion):

Der Mißbrauch einer zum dienstlichen Gebrauch überlassenen Mobilfunkcodekarte zu privaten Gesprächen stellt keine "unbefugte" Verwendung von Daten i. S. des § 263 a I, 3. Variante StGB dar.

Sachverhalt:

Dem Angeschuldigten wird von der StA Computerbetrug gem. § 263 a StGB in 114 Fällen vorgeworfen. Er soll in der Zeit vom 15. 3. bis 4. 4. 1998 als Fahrer des technischen Werkleiters der Stadtwerke B. eine auf seine Arbeitgeberin angemeldete und zu deren Lasten abgerechnete Mobilfunkcodekarte mit Hilfe der in dem von ihm gefahrenen Dienstwagen installierten Mobileinrichtung oder mit Hilfe seines privaten Handys mißbräuchlich unter Verwendung der auf der Karte gespeicherten Daten gegenüber der Datenverarbeitungsanlage der T-GmbH benutzt haben, um neben den ihm gestatteten Dienstgesprächen Privatgespräche, insbesondere zur Inanspruchnahme kommerzieller Telefondienste, zu führen. Die jeweiligen Telefonate wurden den Stadtwerken B. in Rechnung gestellt. Mit Beschluß vom 15. 5. 1999 hat das AG die Eröffnung des Hauptverfahrens gem. § 204 StPO mit der Begründung abgelehnt, der Angeschuldigte habe nicht i. S. des § 263 a StGB "unbefugt" Daten verwendet. Eine unbefugte Verwendung von Daten läge nur dann vor, wenn der Täter durch verbotene Eigenmacht in den Besitz der Daten gelangt ist, nicht aber schon dann, wenn - wie hier - die Daten dem Täter vom Berechtigten überlassen worden sind und dieser hiermit lediglich absprachewidrig umgehe. Die StA hat gegen diesen Beschluß sofortige Beschwerde eingelegt. Das LG wies die Beschwerde zurück.

Gründe:

Zu Recht hat das AG die Eröffnung des Hauptverfahrens aus Rechtsgründen gem. § 204 StPO abgelehnt.

Die Handlungen des Angeschuldigten stellen zwar einen zivilrechtlich zum Schadensersatz verpflichtenden groben Vertragsbruch gegenüber der Arbeitgeberin dar, strafbare Handlungen liegen allerdings nach Ansicht der Kammer nach der derzeitigen Gesetzeslage nicht vor. Im einzelnen: Der Angeschuldigte handelte nicht tatbestandsmäßig i. S. des § 263 a StGB. Nach Ansicht der Kammer hat er Daten nicht "unbefugt" verwendet. Dieser Begriff ist allerdings umstritten. Die in der Literatur und - soweit erkennbar - in der Rechtsprechung vorherrschende Meinung befürwortet eine einschränkende Auslegung des Begriffs "unbefugt" (vgl. Cramer, in: Schönke/Schröder, StGB, 25. Aufl. [1997], § 263 a Rdnr. 2 m. w. Nachw.; OLG Köln, NStZ 1991, 586). § 263 a StGB wolle nur Fälle erfassen, die mangels einer intellektuellen Beeinflussung einer Person und deren irrumsbedingter Reaktion nicht durch den Betrugstatbestand gem. § 263 StGB erfaßt würden. Daher scheide § 263 a StGB immer dann aus, wenn ein entsprechendes Täuschungsverhalten gegenüber einer Person nicht zum Betrug führen würde. Eine unbefugte Verwendung etwa einer Kreditkarte sei nur dann tatbestandsmäßig, wenn dabei nicht lediglich eine das Innenverhältnis zwischen Bank und Codekarteninhaber betreffende Befugnis überschritten würde. Eine unbefugte Verwendung von Daten liege demnach nur dann vor, wenn der Nichtberechtigte in den Besitz der Daten durch eine verbotene Eigenmacht gelangt sei.

Der herrschenden Meinung schließt sich die Kammer an. In der Tat legt die Entstehungsgeschichte der Norm und die für § 263 a StGB gewollte Symmetrie zu § 263 StGB eine dementsprechende Auslegung nahe. Eine einschränkende Interpretation des Auffangtatbestands der unbefugten Verwendung von Daten ist auch deshalb geboten, weil eine weite Auslegung zu einer nicht unerheblichen Ausdehnung der Strafvorschrift führen würde, an die im Gesetzgebungsverfahren nicht gedacht war (vgl. Cramer, in: Schönke/Schröder, § 263 a Rdnr. 9). Der Gesetzgeber wollte gerade nicht jede Vertragswidrigkeit pönalisieren. Die einzige Vertragswidrigkeit, die als strafwürdig angesehen wurde, ist die Überziehung des Kreditrahmens, und hierfür wurde eigens der § 266 b StGB geschaffen. Denn wird eine fremde Kredit- oder EC-Karte in

Einverständnis mit deren Inhaber gebraucht, so liegt jedenfalls nach der herrschenden Meinung § 263 a StGB nicht vor, und zwar auch dann nicht, wenn diese Codekarte absprachewidrig benutzt wird. Diese insbesondere zum EC-Kartenmißbrauch entwickelten Fälle sind auch auf den vorliegenden Mißbrauch einer Mobilfunkcodekarte ohne weiteres entsprechend anwendbar.

Der Ansicht, das Merkmal "unbefugt" sei subjektiv auszulegen und auf das vertraglich vereinbarte Dürfen bezogen, kann nach alledem nicht gefolgt werden (so aber Maurach/Schröder/Maiwald, StrafR, BT, Bd. 1, 7. Aufl., § 41 Rdnr. 2.2). Ob das private Telefonieren von einem dienstlich zur Verfügung gestellten Mobilfunktelefon aus strafbar ist oder nicht, kann nicht nur von dem erkennbaren, ausdrücklichen oder sogar mutmaßlichen Willen des über die Datenverarbeitungsanlage und die Daten Verfügungsberechtigten abhängen. Mangels einer detaillierten Dienstweisung Privatgespräche betreffend wäre beispielsweise ungeklärt, ob im Falle einer Krankheit eines Familienangehörigen des Arbeitnehmers es noch dem mutmaßlichen Willen entspreche, hier vom Diensthandy aus zu telefonieren. Wird etwa ein Gespräch von fünf Minuten Dauer oder ein solches von zehn Minuten Dauer noch (mutmaßlich) geduldet? Ist ein Gespräch bei Krankheit lediglich eines entfernten Angehörigen noch geduldet, oder muß es ein naher Angehöriger sein? Wie soll ein Gericht im nachhinein den erkennbaren, aber mutmaßlichen Willen des über die Daten Verfügungsberechtigten eigentlich feststellen? Schon diese nicht erschöpfenden Fragen zeigen nach Ansicht der Kammer die Schwierigkeiten mit einem Begriff der unbefugten Verwendung von Daten, wenn man diesen subjektiv verstanden wissen will. Im übrigen sei nochmals betont, daß insbesondere die Existenz des § 266 b StGB zeigt, daß nicht jede Vertragswidrigkeit im Umgang mit überlassenen Daten durch § 263 a StGB pönalisiert werden sollte. Nach alledem kann das Argument der StA und des Bay-ObLG (NJW 1991, 438) nicht mehr von entscheidender Bedeutung sein. Es ist nicht zwingend, daß gleichlautende Tatbestandsmerkmale in verschiedenen Normen (hier § 263 a StGB und § 17 UWG) in gleicher Weise ausgelegt werden müssen.

Standort: § 265 a StGB**Problem: Vergessen der Monatskarte**

OLG KOBLENZ, BESCHLUSS VOM 11. 10. 1999
2 SS 250/99 (NJW 2000, 86)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte war als Inhaber einer Monatskarte

zur Benutzung eines öffentlichen Verkehrsmittels grundsätzlich berechtigt, bemerkte aber anlässlich einer Kontrolle, dass er seine Karte zu Hause vergessen und vertragswidrig nicht beisichgeführt hat. Neben der zivilrechtlichen Frage, ob der Fahrgast insoweit zur Zahlung eines erhöhten Beförderungsentgeltes verpflichtet ist, stellt sich die strafrechtliche Problematik der Strafbarkeit wegen des Erschleichens von Beförderungsleistungen gem. § 265 a StGB. Das OLG Koblenz verneint die Strafbarkeit, da es sich bei § 265 a StGB um ein Vermögensdelikt handele, sodass der objektive Tatbestand nicht verwirklicht sei, wenn der Fahrgast die Leistung tatsächlich bezahlt hat und es nur vertragswidrig unterlässt, die Karte bei sich zu führen.

Prüfungsrelevanz:

§ 265 a StGB gehört zum Pflichtfachstoff und besitzt wegen seines Auffangcharakters im Verhältnis zu § 263 StGB Prüfungsrelevanz (vgl. zur Übersicht Jo-ecks, § 265 a, Rn. 1 ff.). Dabei zählt das Erschleichen der Beförderung durch ein Verkehrsmittel (Schwarzfahren) zu den am heftigsten diskutierten Problem-bereichen (vgl. zu den Grundproblemen Ranft, Jura 1993, 87 f.; Schall, JR 1992, 1 ff.). Nach wohl h.M. erschleicht sich der Schwarzfahrer eine Beförderungsleistung, wenn und soweit er unter dem Anschein der Ordnungsgemäßheit seines Verhaltens das Verkehrsmittel benutzt, ohne im Besitz eines gültigen Fahrscheins zu sein und ohne seine fehlende Befugnis offenzulegen. Nach a.A. ist das Schwarzfahren nur dann tatbestandsmäßig i.S. des § 265 a StGB, wenn es Täuschungsäquivalenz besitzt, d.h. ein auf die Ausschaltung oder Umgehung von Kontrollen gerichtetes Verhalten darstellt (vgl. SK-Günther, § 263 a, Rn. 18). Von diesen Fällen des Fahrens ohne Fahrausweis sind solche Fallkonstellationen zu unterscheiden, in denen der Fahrgast das geschuldete Entgelt zwar entrichtet hat, aber die Beförderungsleistung deshalb zivilrechtlich nicht beanspruchen darf, weil er zusätzliche Anforderungen, wie etwa das Beisichführen des Fahrausweises, nicht erfüllt. Es besteht im Ergebnis Einigkeit, dass in solchen Fällen der Tatbestand des § 265 a StGB nicht verwirklicht ist. Während eine Ansicht insoweit erst den subjektiven Tatbestand verneint (vgl. Lackner/Kühl, § 263 a, Rn. 7), geht die wohl vorherrschende Ansicht davon aus, dass bereits der objektive Tatbestand des Erschleichens von Leistungen voraussetzt, dass der Fahrgast die Beförderungsleistung unentgeltlich in Anspruch nimmt, da anderenfalls dem Charakter des § 265 a StGB als Vermögensdelikt und dem damit einhergehenden Erfordernis eines Vermögensschaden nicht Rechnung getragen wird (vgl. Bay-

ObLG, JZ 1985, 960; AG Lübeck, NJW 1989, 467; SK-Günther, § 265 a, Rn. 2; Schönke-Schröder/Lenckner, § 265 a, Rn. 2). Der letztgenannten Ansicht hat sich das OLG Koblenz mit der vorliegenden Entscheidung angeschlossen.

Leitsätze (der Redaktion):

- 1. Der Tatbestand des Erschleichens von Leistungen gem. § 265 a StGB setzt den Eintritt eines Vermögensschaden voraus, der bei der Beförderungserschleichung darin liegt, dass der Täter die Leistung eines Transportunternehmens in Anspruch nimmt, ohne diese bezahlt zu haben.**
- 2. Wenn ein Verkehrsbetrieb einem Kunden ermöglicht, nach Bezahlen einer Monatskarte innerhalb ihres zeitlichen und räumlichen Geltungsbereichs beliebige Fahrten zu unternehmen, erleidet es nicht dadurch einen Vermögensschaden, dass der Fahrgast, der die Karte zuvor tatsächlich bezahlt hat, sie bei einer Kontrolle lediglich nicht bei sich führt und es - gegebenenfalls vertragswidrig - unterlässt, erneut eine Fahrkarte zu kaufen.**

Sachverhalt:

Der Angekl. benutzte am 19.10.1998 gegen 9.30 Uhr die Stadtbuslinie 34 der Verkehrsbetriebe M, um von seiner Arbeitsstelle nach Hause zu fahren. Während einer dabei durchgeführten Fahrscheinkontrolle war er nicht im Besitz eines gültigen Fahrausweises. Der vom AG hingenommenen Einlassung des Angekl. zufolge stellte dieser bei der Kontrolle fest, dass er seine Geldbörse, in der sich die von ihm am 1.10.1998 für 90 DM erworbene und ab dem 2. 10. 1998 gültige übertragbare Monatskarte befand, vergessen hatte. Er zeigte die Karte zwar nach der Kontrolle bei dem Verkehrsbüro der Stadtwerke vor und war auch bereit, einen Betrag von 7 DM zu bezahlen. Dort bestand man indes auf einem erhöhten Beförderungsentgelt von 70 DM, woraufhin der Angekl. nichts zahlte. Die besagte Monatskarte wurde später von dem Verteidiger zu den Akten gereicht. Das AG hat den Angekl. wegen Erschleichens von Leistungen nach § 265 a StGB zu einer Geldstrafe verurteilt. Die Revision des Angekl. hatte Erfolg und führte zum Freispruch.

Gründe:

Nach der vom AG nicht in Zweifel gezogenen und damit der Entscheidung zugrunde gelegten Einlassung des Angekl. war bereits der objektive Tatbestand des Erschleichens von Leistungen nicht erfüllt. Bei dem Vergehen nach § 265 a StGB handelt es sich nach der herrschenden Auffassung um ein Vermögensdelikt

(vgl. Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, 25. Aufl., § 265 a Rdnr. 1 m.w. Nachw.). Die Strafbarkeit setzt demzufolge einen Vermögensschaden voraus, der darin liegt, dass der Täter die Leistung eines Transportunternehmens in Anspruch nimmt, ohne diese bezahlt zu haben. Wenn es ein Verkehrsbetrieb aber - wie hier - einem Kunden ermöglicht, nach Bezahlen einer Monatskarte innerhalb ihres zeitlichen und räumlichen Geltungsbereichs beliebige Fahrten zu unternehmen, erleidet er nicht dadurch einen Vermögensschaden, dass der Fahrgast, der die Karte zuvor tatsächlich bezahlt hat, sie bei einer Kontrolle lediglich nicht bei sich führt und es - gegebenenfalls vertragswidrig - unterlässt, erneut eine Fahrkarte zu kaufen (vgl. Lenckner, in: Schönke/Schröder, § 265 a Rdnr. 2; Tröndle/Fischer, StGB, 49. Aufl., § 265 a Rdnr. 3). Der hierin möglicherweise liegende Verstoß gegen die Beförderungsbedingungen mit der Folge einer nach diesen nicht ordnungsgemäß durchgeführten Fahrt ist von den Voraussetzungen der Strafbarkeit nach § 265 a StGB zu trennen. Sinn der Pflicht zum Beisichführen des Fahrausweises ist die Beweiserleichterung, die darin liegt, dass nicht der Verkehrsbetrieb die Nichtzahlung, sondern der Fahrgast durch Mitführen des Fahrscheins

die Zahlung des Entgelts nachzuweisen hat. Hingegen kann die bloße Nichteinhaltung einer derartigen Regelung eine Vermögensstraftat nicht begründen (vgl. BayObLG, NJW 1986, 1504). Anders als die Generalstaatsanwaltschaft in ihrer Antragsschrift vom 27.9.1999 sieht der Senat keinen überzeugenden Grund, bei der Beurteilung der objektiven Rechtslage zwischen der Übertragbarkeit und der Nichtübertragbarkeit eines bezahlten und lediglich nicht mitgeführten Fahrscheins zu differenzieren. Mithin kam es auf die von der Generalstaatsanwaltschaft vermissten "Feststellungen zu der Frage, welche Regelungen die allgemeinen Beförderungsbedingungen bezüglich der übertragbaren Monatskarte treffen, insbesondere das Beisichführen einer Monatskarte Voraussetzung für die Inanspruchnahme der Beförderungsleistung ist", nicht an. Eine Verurteilung des Angekl. durfte aber auch aus subjektiven Gründen nicht erfolgen. Den Urteilsfeststellungen zufolge bemerkte der Angekl. nämlich erst bei der Kontrolle, dass er die Monatskarte vergessen hatte. Mithin handelte er bei Inanspruchnahme der Transportleistung - ungeachtet der objektiven Rechtslage - jedenfalls nicht in der in § 265 a StGB geforderten Absicht, das Entgelt nicht zu entrichten.

Standort: § 274 I Nr. 1 StGB

Problem: Vorenthalten eines "Unfallzettels"

AG KARLSRUHE, URTEIL VOM 20. 9. 1999
6 CS 43 JS 13667/99 (NJW 2000, 87)

Problemdarstellung:

Das AG Karlsruhe hatte über die Strafbarkeit eines Angeklagten zu entscheiden, der einen von einem Unfallzeugen angefertigten Zettel, auf dem das Kennzeichen des unfallflüchtigen Fahrzeugs sowie die Anschrift und die Telefonnummer des Unfallzeugen notiert waren, entgegen seiner Bestimmung nicht an den Unfallgeschädigten gelangen ließ, um etwaige Schadensersatzansprüche gegen seinen Sohn als Unfallfahrer bzw. gegen ihn selbst als Halter des unfallflüchtigen Fahrzeugs abzuwehren. Das Gericht vertritt die Ansicht, dass sich der Angeklagte wegen Urkundenunterdrückung gem. § 274 I Nr. 1 StGB strafbar gemacht hat. Der Umstand, dass die Urkunde nicht "in den Machtbereich" des Unfallgeschädigten gelangt ist, hindere die Bestrafung nicht.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung betrifft die prüfungsrelevante Fallkonstellation der Unterdrückung von Schriftstücken, die nach einem Verkehrsunfall zur Schadensabwick-

lung angefertigt bzw. hinterlegt (Visitenkarten) worden sind. Dass sich gem. § 274 I Nr. 1 StGB strafbar macht, wer einen an der Windschutzscheibe unter dem Scheibenwischer befestigten "Unfallzettel" entfernt, um die Geltendmachung von Ersatzansprüchen zu vereiteln oder zu erschweren, wird von der ganz h.M. anerkannt (vgl. BayObLG, NJW 1968, 1896; OLG Celle, NJW 1966, 557; Wessels/Hettinger, BT 1, Rn. 885, Fall 53). Die Besonderheit des vorliegenden Falles besteht jedoch darin, dass der Zettel von einem Zeugen angefertigt worden und noch nicht in den Machtbereich des Geschädigten gelangt war. Unter Berufung auf einige Entscheidungen des RG zum Tatbestandsmerkmal des Unterdrückens (!) erklärt das AG diesen Umstand für unbeachtlich. Das erscheint insofern bedenklich, als die vom RG zu entscheidenden Fälle dadurch gekennzeichnet waren, dass ein Dritter an den Urkunde bereits ein Beweisführungsrecht erlangt hatte, obwohl er nicht im Besitz der Urkunde war (vgl. RGSt 49, 144 ff. zur Ersatzzustellung). Der vom AG Karlsruhe zu entscheidende Fall wirft die Frage auf, ob dem Unfallgeschädigten der Adressenzettel, den er zu keinem Zeitpunkt in seinem Besitz oder Gewahrsam hatte, i.S. des § 274 I Nr. 1 StGB "gehört" und er insofern beweisführungsberechtigt war. Zieht

man die Stellungnahmen in Rechtsprechung und Literatur zu den o.g. herkömmlichen Fällen heran, so liegt der Schluss nahe, dass der Geschädigte mit der blossen Ausfertigung des Zettels und der Übergabe an den Angeklagten noch kein nicht mehr entziehbares Recht erworben hat. So formuliert etwa Tröndle in LK, § 274, Rn. 5 a.E.: "Urkundenunterdrückung begeht auch der Unfallbeteiligte, der nach einem Verkehrsunfall an der Windschutzscheibe des fremden beschädigten Wagens eine Visitenkarte anbringt, um sich dem Geschädigten als Unfallbeteiligtem zu erkennen zu geben, und sie zu einem späteren Zeitpunkt wieder entfernt. Denn er hat den Zettel in den Machtbereich des Geschädigten gelangen lassen und ihm ein nicht mehr entziehbares Recht eingeräumt, die Visitenkarte als Beweismittel zu gebrauchen. Die Urkunde gehört daher nicht mehr ihm, er darf sie nicht mehr allein über sie verfügen" (Hervorhebung hier; ähnliche Stellungnahmen finden sich bei BayObLG, NJW 1968, 1896 f. und OLG Celle, NJW 1966, 557 f.).

Leitsätze (der Redaktion):

Es macht sich wegen Urkundenunterdrückung nach § 274 I Nr. 1 StGB strafbar, wer einen Zettel mit dem Autokennzeichen und der Anschrift des Schädigers in dem Bewusstsein zurückhält, dadurch die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen durch den Geschädigten zu vereiteln. Es ist nicht erforderlich, dass die Urkunde zunächst "in den Machtbereich" des Geschädigten gelangt ist.

Sachverhalt:

Am 9. 2. 1999 gegen 16.45 Uhr beobachtete der Zeuge E, wie der Fahrer des Pkw Marke Renault beim Rückwärtsausparken aus einer Parklücke in der M.-Straße in K. ein anderes Fahrzeug beschädigte und anschließend die Unfallstelle verließ. Der Zeuge E notierte auf einem Zettel das Kennzeichen des wegfahrenden Pkw sowie seine eigene Anschrift und Telefonnummer. Diesen Zettel wollte der Zeuge E dem Geschädigten zukommen lassen, einen zweiten Zettel, auf dem er ebenfalls das Kennzeichen des wegfahrenden Pkw notiert hatte, behielt er für sich. In der Absicht, den Geschädigten zu finden und ihm den Zettel zu geben, klingelte der Zeuge E zunächst an mehreren Häusern. Als niemand öffnete, begab er sich in einen nahegelegenen Computerladen, in dem der Angekl. arbeitete. Der Zeuge E fragte den Angekl., ob er den Besitzer des beschädigten Fahrzeugs kennen würde, und gab ihm im Laden den erwähnten Zettel. Nachdem der Angekl. den Zettel gelesen hatte, erkannte er, dass es sich bei dem unfallver-

ursachenden Fahrzeug um sein eigenes Fahrzeug und bei dem Fahrer um seinen Sohn handelte. Ohne hierüber auch nur ein Sterbenswörtchen zu verlieren, besah sich der Angekl. alsdann zusammen mit dem Zeugen E draußen vor dem Laden den Schaden am beschädigten Pkw. Obschon der Zeuge E mindestens einmal - möglicherweise mehrmals - zum Angekl. sagte, er solle den Zettel unter den Scheibenwischer des beschädigten Pkw legen, tat dies der Angekl. nicht, sondern behielt den Zettel mit dem Bemerkten, dass er (Angekl.) sich um die Sache kümmern werde. Der Angekl. ließ den Zettel jedoch weder an den Geschädigten, den Zeugen D, gelangen, noch übergab er ihn der etwa eine Stunde später - nach Verständigung durch den Zeugen E, dem Bedenken in Bezug auf die Ehrlichkeit des Angekl. gekommen waren - bei ihm im Computerladen eingetroffenen Polizei. Gegenüber dem Zeugen, Polizeiobermeister G, spielte der Angekl. vielmehr ebenfalls den Ahnungslosen, gab sich total verblüfft und ließ sich das Fahrzeug, das beschädigt war, von ihm zeigen, obschon er es zuvor zusammen mit dem Zeugen E bereits besichtigt hatte. Der Angekl. ließ den Zettel absichtlich nicht an den Geschädigten gelangen, weil er verhindern wollte, dass der Geschädigte einen Schadensersatzanspruch gegen ihn und seinen Sohn geltend machen kann. Er hat den Zettel entweder weggeworfen oder bei sich im Verborgenen aufbewahrt. Am beschädigten, im Eigentum des Zeugen D stehenden Pkw entstand am Kotflügel ein Sachschaden von 1200 DM. Zwischenzeitlich wurde der Schaden durch die Haftpflichtversicherung des Angekl. reguliert. Das AG verurteilte den Angekl. wegen Urkundenunterdrückung nach § 274 I Nr. 1 StGB.

Gründe:

In Rechtsprechung und Schrifttum ist anerkannt, dass sich wegen Urkundenunterdrückung nach § 274 I Nr. 1 StGB strafbar macht, wer einen an der Windschutzscheibe eines beschädigten Fahrzeugs unter dem Scheibenwischer steckenden Zettel mit dem Autokennzeichen und der Anschrift des Schädigers in dem Bewusstsein entfernt, dadurch die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen durch den Geschädigten zu vereiteln (OLG Celle, NJW 1966, 557; BayObLG, NJW 1968, 1896; Tröndle/Fischer, StGB, 49. Aufl., § 274 Rdnr. 5; Lackner, StGB, 22. Aufl., § 274 Rdnr. 2).

Der vorliegende Fall wies demgegenüber die Besonderheit auf, dass der Zettel, den der Zeuge E für den Geschädigten geschrieben hatte und den der Zeuge E - was dem Angekl. bekannt war - deshalb an den Geschädigten gelangen lassen wollte, nie unter dem Scheibenwischer des beschädigten Fahrzeugs klemm-

te. Der Angekl. tat vorliegend vielmehr die Aufforderung des Zeugen E, den Zettel hinter dem Scheibenwischer anzubringen, mit dem wahrheitswidrigen Bemerkungen ab, er kümmere sich um die Sache, und behielt den Zettel für sich. Infolgedessen war der Zettel nicht in den "Machtbereich" des Geschädigten, des Zeugen D, gelangt. Der Angekl. hat sich jedoch ungeachtet dessen nach § 274 I Nr. 1 StGB strafbar gemacht. Denn für eine Strafbarkeit wegen Urkundenunterdrückung ist es nicht erforderlich, dass die Urkunde zunächst "in den Machtbereich" des Geschädigten gelangt war. Das hat bereits das RG mehrfach entschieden (RGSt 10, 391, u. RGSt 49, 144 [145 ff.]).

Das erkennende Gericht sah keinen Grund, von dieser reichsgerichtlichen Rechtsprechung abzuweichen. Danach genügt es, dass jemand ein Schriftstück, das von einem anderen stammt und für einen Dritten bestimmt ist, in Kenntnis dieser Umstände nicht an den Dritten als seinen Adressaten gelangen lässt, sondern für sich behält, wenn er dabei das Bewusstsein hat, dass sein Handeln als notwendige Folge die Vereitelung der Beweisführung für den Dritten, an den das Schriftstück gelangen sollte, nach sich zieht. Diese Voraussetzungen waren im vorliegenden Fall erfüllt. Der Zettel mit dem Kennzeichen des Schädigers, der Anschrift und der Telefonnummer des Zeugen E stellt eine "Urkunde" i. S. des § 274 I Nr. 1 StGB dar. Diese war für

den Halter/Eigentümer des beschädigten Personenkraftwagens bestimmt, damit dieser seinen Schadensersatzanspruch sollte geltend machen können. Der Aussteller der Urkunde, der Zeuge E, wollte diese Urkunde an den Geschädigten gelangen lassen, indem er, als sie gemeinsam vor dem beschädigten Fahrzeug standen, den Angekl. aufforderte, den Zettel hinter dem Scheibenwischer anzubringen. Der Angekl. kam dem nicht nach und behielt den Zettel in Kenntnis aller Umstände bei sich und wollte damit dem Geschädigten die Möglichkeit abschneiden, seinen Schadensersatzanspruch ihm gegenüber und/oder gegenüber seinem Sohn geltend zu machen. Deshalb hat sich der Angekl. einer Urkundenunterdrückung nach § 274 I Nr. 1 StGB schuldig gemacht.

Eine Straflosigkeit trat auch nicht deswegen ein, weil der Angekl. im Verhältnis zu seinem Sohn ein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 I Nr. 3 StPO besitzt. Dieses Recht gibt dem Angekl. die Befugnis, die Aussage gegenüber staatlichen Behörden und Gerichten zu verweigern, nicht aber, ein ihm nicht gehörendes und für eine andere Privatperson bestimmtes Schriftstück für sich zu behalten. Auch handelt es sich bei dem Zettel nicht um Schriftverkehr zwischen dem Angekl. und seinem Sohn, weswegen dem Angekl. auch die Vorschrift des § 97 I Nr. 1 StPO nicht weiterhilft.

Standort: §§ 98 II 2, 304 StPO

Problem: Überprüfung des Durchsuchungsvollzugs

BGH, BESCHLUSS VOM 25. 8. 1999 - 5 AR (VS) 1/99 (NJW 1999, 3499);

BGH, BESCHLUSS VOM 13. 10. 1999 - STB 7, 8/99 (NJW 2000, 84).

Problemdarstellung:

Der BGH hatte sich in den beiden nachstehenden Entscheidungen mit dem Rechtsschutz gegen Art und Weise des Vollzugs einer richterlich angeordneten Durchsuchung zu befassen. Die Entscheidung vom 25.8.1999 ist auf den Vorlagebeschluss des OLG Stuttgart vom 26.2.1999 (abgedruckt in RA 1999, S. 396) ergangen. Das OLG Stuttgart hatte dem BGH die Frage vorgelegt, ob für die Überprüfung der Art und Weise des Vollzugs einer nach §§ 105 I 1, 103 I 1 StPO richterlich angeordneten abgeschlossenen Durchsuchung weiterhin der Rechtsweg nach §§ 23 ff. EGGVG eröffnet ist. Der Senat hat im Anschluss an die Rechtsauffassung des vorlegenden OLG entschieden: "Für die Überprüfung der Art und Weise des Vollzugs einer nach § 105 I 1 StPO richterlich angeordneten abgeschlossenen Durchsuchung kann der

Betroffene die richterliche Entscheidung entsprechend § 98 II 2 StPO jedenfalls dann beantragen, wenn die beanstandete Art und Weise des Vollzugs nicht ausdrücklicher und evidenter Bestandteil der richterlichen Anordnung war. Der subsidiäre Rechtsweg nach §§ 23 ff. EGGVG ist in diesem Fall nicht eröffnet."

Die Entscheidung vom 13.10.1999 betrifft eine vom Ermittlungsrichter des BGH angeordnete, abgeschlossene Durchsuchung. Das Gericht beschließt im Anschluß an die Entscheidung vom 25.8.1999, dass der Betroffene Einwendungen, welche die Art und Weise einer von dem Ermittlungsrichter des BGH angeordneten Durchsuchung betreffen, entsprechend § 98 II 2 StPO jedenfalls dann bei diesem geltend machen kann, wenn die beanstandete Art und Weise nicht ausdrücklicher und evidenter Bestandteil der richterlichen Anordnung war. Eine Beschwerde gegen eine solche Entscheidung des Ermittlungsrichters des BGH oder eines im ersten Rechtszug zuständigen Oberlandesgerichts ist nach Auffassung des BGH jedoch unzulässig, und zwar auch dann, wenn gleichzeitig die Rechtmäßigkeit der Durchsuchung selbst und die Art und

Weise ihres Vollzugs angegriffen werden. Im Beschwerdeverfahren vor dem BGH sei in einem solchen Fall in der Sache nur über die Rechtmäßigkeit der Durchsuchung selbst zu entscheiden (vgl. § 304 V StPO). Neben diesen Ausführungen zum Rechtsschutz enthält der Beschluss Erörterungen zu den allgemeinen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen einer Durchsuchung.

Prüfungsrelevanz:

Nachdem das Bundesverfassungsgericht gerügt hatte, dass die Rechtsbehelfe und Rechtsmittel gegen Durchsuchungsanordnungen und -maßnahmen nach geltendem Recht in schwer zu durchschauender Weise mehrfach gespalten waren und von den Fachgerichten unterschiedlich gehandhabt wurden, haben die Obergerichte das Rechtsschutzsystem gegen abgeschlossene Zwangsmittelanordnungen neu geordnet. Aufgrund seiner Aktualität eignet sich das Thema insbesondere als Gegenstand einer mündlichen Prüfung. Vgl. zur Übersicht die Skizze bei Jahn/ Eckhardt, JA 1999, 776 und die Darstellung in RA 1999, S. 161.

A. Die Entscheidung des BGH vom 25.8.1999

Leitsatz:

Für die Überprüfung der Art und Weise des Vollzugs einer nach § 105 I 1 StPO richterlich angeordneten abgeschlossenen Durchsuchung kann der Betroffene die richterliche Entscheidung entsprechend § 98 II 2 StPO jedenfalls dann beantragen, wenn die beanstandete Art und Weise des Vollzugs nicht ausdrücklicher und evidenter Bestandteil der richterlichen Anordnung war.

Sachverhalt:

Die Vorlegungssache betrifft die Frage des Rechtswegs für die Überprüfung von Art und Weise des Vollzugs einer abgeschlossenen richterlich angeordneten Durchsuchung. In einem Ermittlungsverfahren in einer Wirtschaftsstrafsache ordnete das AG Stuttgart mit Beschl. v. 28. 9. 1998 gem. §§ 105 I 1, 103 I 1 StPO die Durchsuchung der Geschäftsräume einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft an. Zu den Modalitäten des Vollzugs dieser Durchsuchung enthielt der Beschluß keine Hinweise. Noch am selben Tag wurde der Durchsuchungsbeschluß vollzogen. Der Geschäftsführer der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft wurde von zwei Polizeibeamten, welche die Durchführung der unmittelbar bevorstehenden Durchsuchung sichern sollten, am Verlassen der Kanzleiräume zur Wahrnehmung eines auswärtigen Termins gehindert. Mit seinem an das OLG Stuttgart gerichteten Schreiben vom

15. 10. 1998 begehrte der Geschäftsführer gem. §§ 23 ff. EGGVG die Feststellung, daß es rechtswidrig gewesen sei, ihn am Verlassen der Kanzleiräume zu hindern. Nach Auffassung des OLG ist für die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Art und Weise des Vollzugs einer nach §§ 105 I 1, 103 I 1 StPO richterlich angeordneten Durchsuchung der Ermittlungsrichter beim AG (§ 98 II 2 StPO analog) zuständig. Der subsidiäre Rechtsweg nach § 23 EGGVG scheide deshalb aus. Das OLG ist ferner der Meinung, daß jedenfalls in einem Fall wie dem vorliegenden, in welchem die richterliche Durchsuchungsanordnung keinerlei Hinweise zu den Modalitäten ihrer Vollziehung enthält, bei nachträglicher Beanstandung der Rechtmäßigkeit der Art und Weise des Vollzugs zunächst der mit dieser Frage befaßte Ermittlungsrichter gem. § 98 II 2 StPO analog und nicht sogleich das BeschwGer. gem. §§ 304 ff. StPO über den Antrag zu befinden hat. Es möchte die Sache deshalb - unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung (vgl. OLG Stuttgart, StV 1993, 235 [236]) - an den Ermittlungsrichter des AG entsprechend § 17 a GVG verweisen. An der Rückgabe der Akten an das AG zur Entscheidung über den Antrag sieht sich das OLG jedoch durch die entgegengesetzte Rechtsprechung des OLG Hamm (NSTZ 1983,232; NSTZ 1986,326; NSTZ 1989, 85), des OLG Karlsruhe (NSTZ 1991, 50) und des OLG Celle (StV 1985,137) gehindert, die in Fällen der vorliegenden Art (Feststellung der Rechtswidrigkeit der Art und Weise einer erledigten Vollziehung einer richterlichen Durchsuchungsanordnung) den Rechtsweg nach § 23 EGGVG für eröffnet halten. Das OLG hat deshalb die Sache nach § 29 I 2 EGGVG dem BGH zur Entscheidung folgender Rechtsfrage vorgelegt (der Beschluß ist abgedruckt in NSTZ 1999, 374): Ist für die Überprüfung der Art und Weise des Vollzugs einer nach §§ 105 I 1, 103 I 1 StPO richterlich angeordneten abgeschlossenen Durchsuchung weiterhin der Rechtsweg nach §§ 23 ff. EGGVG eröffnet? Der Generalbundesanwalt hält die Rechtsauffassung des OLG im Ergebnis für zutreffend. Er verneint jedoch die Vorlegungsvoraussetzungen nach § 29 I 2 EGGVG, weil der rechtliche Ansatz der abweichenden Entscheidungen durch die neuere Rechtsprechung des BVerfG überholt sei, und verweist dazu unter anderem auf den Beschluß des BGH vom 5. 8. 1998 (BGHSt 44, 171). Er hat deshalb beantragt, die Sache an das OLG Stuttgart zurückzugeben. Der BGH hat wie aus dem Leitsatz ersichtlich entschieden.

Gründe:

1. Die Vorlegungsvoraussetzungen sind gegeben. Das OLG würde mit der beabsichtigten Entscheidung min-

destens von Entscheidungen des OLG Hamm (NStZ 1983, 232; NStZ 1986, 326) und des OLG Celle (StV 1985, 137) abweichen.

Eine (abweichende) Entscheidung des BGH zu der Vorlegungsfrage liegt - soweit ersichtlich nicht vor. Die Entscheidung des 3. Strafsenats (BGHSt 28, 206) betraf eine bereits vollzogene Durchsuchungsanordnung des Generalbundesanwalts. Soweit in BGHSt 28, 206 [208] die Zuständigkeit des OLG nach §§ 23 ff. EGGVG generell - also ohne Differenzierung zwischen richterlicher und nicht-richterlicher Anordnung - für die Überprüfung der Art und Weise einer bereits abgeschlossenen Vollziehung angesprochen ist, geht der Senat davon aus, dass sich das tragend nur auf die entschiedene Fallgestaltung - Anordnung durch den Generalbundesanwalt - bezieht, was sich auch durch den auf die Anfrage des 5. Strafsenats (wistra 1998, 353) ergangenen Beschluß des 3. Strafsenats (wistra 1999, 66) ergibt. Die Auffassung des vorlegenden OLG Stuttgart, die Entscheidungen der genannten OLG seien nicht eindeutig durch die höchstrichterliche Rechtsprechung überholt ist zumindest vertretbar. Zwar wäre es ebenso vertretbar, mit dem OLG Hamburg (StV 1999, 301) von einer Überholung, namentlich durch die neue Rechtsprechung des BVerfG auszugehen (vgl. BGHSt 44, 265). Insbesondere im Hinblick auf die zwischenzeitlich ergangene Entscheidung BGHSt 44, 265, in der die Frage der Überprüfung von Art und Weise des Vollzugs einer richterlich angeordneten Durchsuchung ausdrücklich offengelassen wurde, konnte das OLG Stuttgart davon ausgehen, daß Zweifel über die Reichweite der späteren Entscheidung des BGH bestehen. In einem solchen Fall ist die Vorlage - abweichend von der Senatsentscheidung BGHSt 44, 171 - zulässig.

2. Der Senat hält die Rechtsansicht des vorlegenden OLG für zutreffend.

a) Vom Senat zu entscheiden ist allerdings nur die hier vorliegende Fallgestaltung, bei der die Art und Weise des beanstandeten Vollzugs nicht schon in der richterlichen Anordnung ausdrücklich geregelt ist. Soweit die Art und Weise des Vollzugs bereits in der richterlichen Anordnung ausdrücklich und eindeutig geregelt ist - etwa die Zuziehung von Angestellten bei der Durchsicht von EDV-Anlagen oder die Bezeichnung der zu durchsuchenden Räume (vgl. BGHSt 44, 265; Nack, in: KK-StPO, 4. Aufl., § 105 Rdnrn. 3 f., 13) - könnte sich die Frage stellen, ob gegen eine solche Anordnung sogleich die Beschwerde gegeben ist (vgl. dazu mit beachtlichen Argumenten Fezer, NStZ 1999, 151 [152] und Eisele, StV 1999, 299 [300]). Hierüber hat der Senat ebensowenig zu entscheiden wie über die Frage der Rechtsbehelfe bzw. Rechtsmittel gegen Entsch-

cheidungen eines erstinstanzlich zuständigen OLG oder des Ermittlungsrichters des BGH (vgl. dazu BGHSt 44, 265).

b) Bezüglich der Gründe, welche ausschlaggebend dafür sind, daß der Betroffene bei Vorliegen eines Rechtsschutzbedürfnisses die richterliche Entscheidung entsprechend § 98 II 2 StPO beantragen kann, verweist der Senat auf seine Entscheidung BGHSt 44, 265. Die dort genannten Gründe gelten im wesentlichen auch - wie das OLG Stuttgart und das OLG Hamburg (StV 1999, 301) zu Recht annehmen - für die vorliegende Fallgestaltung. Auch hier gilt: Der vom BVerfG (BVerfGE 96, 44) den Fachgerichten auferlegten besonderen Verpflichtung aus Art. 19 IV GG, eine unübersichtliche Rechtslage zu klären, ist gerade auch in Fällen der vorliegenden Art nachzukommen. Sie ist dadurch gekennzeichnet, daß die Rechtsmittel und Rechtsbehelfe gegen Durchsuchungsanordnungen und Durchsuchungsmaßnahmen in schwer zu durchschauender Weise mehrfach gespalten sind. Das machen insbesondere die vom OLG Stuttgart zitierten Entscheidungen des OLG Hamm (NStZ 1983, 232) und des OLG Celle (StV 1985, 137) deutlich. Ein Zuständigkeitsstreit, insbesondere begründet in der Abgrenzung von Rechtmäßigkeit der Anordnung und Rechtmäßigkeit des Vollzugs, und das Ergehen divergierender Entscheidungen wären so schwerlich zu vermeiden. Das Argument aus § 100 d VI StPO (vgl. BGHSt 44, 265) gilt bei der richterlich angeordneten Durchsuchung noch in stärkerem Maße, denn bei dieser § 33 a StPO nachgebildeten Regelung kann der Betroffene das anordnende Gericht anrufen.

3. Um Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen der richterlichen Entscheidung nach § 98 II 2 StPO und einer etwaigen Beschwerdemöglichkeit gegen richterliche Anordnungen über die Modalitäten des Vollzugs - die allerdings wegen § 306 II StPO weniger gewichtig sind - möglichst auszuschließen, ist der Senat der Ansicht, daß der Weg des § 98 II 2 StPO stets dann zu beschreiten ist, wenn zumindest zweifelhaft ist, ob die beanstandete Art und Weise des Vollzugs in der richterlichen Durchsuchungsanordnung geregelt ist. Der Senat entscheidet daher: Für die Überprüfung der Art und Weise des Vollzugs einer nach § 105 I 1 StPO richterlich angeordneten abgeschlossenen Durchsuchung kann der Betroffene die richterliche Entscheidung entsprechend § 98 II 2 StPO jedenfalls dann beantragen, wenn die beanstandete Art und Weise des Vollzugs nicht ausdrücklicher und evidenter Bestandteil der richterlichen Anordnung war. Der subsidiäre Rechtsweg nach §§ 23 ff. EGGVG ist in diesem Fall nicht eröffnet.

B. Die Entscheidung vom 13.10.1999**Leitsätze:**

1. Der von einer vom Ermittlungsrichter des BGH angeordneten, abgeschlossenen Durchsuchung Betroffene kann für die Überprüfung der Art und Weise des Vollzugs der Durchsuchung die richterliche Entscheidung entsprechend § 98 II 2 StPO jedenfalls dann beantragen, wenn die beanstandete Art und Weise des Vollzugs nicht ausdrücklicher und evidenter Bestandteil der richterlichen Anordnung war.

2. Entscheidungen des Ermittlungsrichters des BGH oder eines erstinstanzlich zuständigen OLG über Einwendungen gegen die Art und Weise des Vollzugs einer Durchsuchung sind - anders als die Anordnung der Durchsuchung selbst - nicht mit der Beschwerde anfechtbar.

Sachverhalt:

Der Generalbundesanwalt führt gegen die Bf. ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung, so genannten "Autonomen Gruppen", die verdächtig sind, sich auf Dauer zusammengeschlossen zu haben, um so genannte Castor-Transporte der Deutschen Bahn AG durch militante Aktionen wie Hakenkrallenanschläge auf die elektrischen Oberleitungen der Bahn und Zersägen von Schienen zu verhindern. Diese "Autonomen Gruppen" übernahmen in einem Selbstbezeichnungsschreiben die Verantwortung für Anschläge mit Hakenkrallen an zwölf verschiedenen Bahnstrecken im Bundesgebiet in der Nacht zum 7. 10. 1996. Nach dem Inhalt des Schreibens und mehrerer an den Tatorten gefundener Plakate wendeten sich die Anschläge gegen den Transport abgebrannter Brennelemente durch Castor-Behälter in das Zwischenlager Gorleben. Die Bf stehen in dem Verdacht, zu den Führungskadern der "Autonomen Gruppen" für den Bereich Niedersachsen zu gehören und als solche an der Koordination der Anschläge beteiligt gewesen zu sein. Mit dem angefochtenen Beschluss hat der Ermittlungsrichter des BGH die Durchsuchung der Wohnung der Bf. mit den dazugehörigen Nebenräumen, der Bf. selbst und der ihnen gehörenden Sachen sowie die Beschlagnahme beweiserheblicher Gegenstände angeordnet. Die Durchsuchung ist am 6.7.1999 durchgeführt worden. Dabei wurden zahlreiche Gegenstände beschlagnahmt. Darunter befanden sich etwa hinter Strohbällen in einer Scheune des Anwesens der Beschuldigten versteckte Steck- und Maulschlüssel der Übergröße 41, die geeignet sind, die Schrauben von Schienenbefestigungen zu lösen. Auch wurden Teile von Eisenbahn-

schienen gefunden, welche thermische Schnitte aufweisen. Eine funktionstüchtige Pistole nebst dazugehöriger Munition hat die Bf. H freiwillig herausgegeben. Schließlich wurden mehrere Notiz- und Taschenkalender sichergestellt. Der Ermittlungsrichter des BGH hat die Beschlagnahme zahlreicher Gegenstände bestätigt. Die Beschwerden der beiden Bf. blieben erfolglos.

Gründe:

1. Die Beschwerden sind, soweit sie sich gegen die Rechtmäßigkeit der Durchsuchungsanordnung selbst wenden, wegen der mit der Wohnungsdurchsuchung verbundenen Eingriffe in die Grundrechte der Bf. und der Notwendigkeit eines effektiven Rechtsschutzes zulässig, obwohl die Durchsuchung bereits abgeschlossen ist. Die Rechtsmittel haben jedoch in der Sache keinen Erfolg. Die Voraussetzungen für die Anordnung einer Durchsuchung liegen für beide Bf. vor (§§ 102, 105 StPO). Der angefochtene Beschluss ist nicht zu beanstanden.

a) Beide Bf. sind der Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung in ausreichendem Maße verdächtig. Für die Zulässigkeit einer regelmäßig in einem frühen Stadium der Ermittlungen in Betracht kommenden Durchsuchung gem. § 102 StPO reicht der auf bestimmte tatsächliche Anhaltspunkte gestützte konkrete Verdacht, dass eine Straftat begangen worden ist und der Verdächtige als Täter oder Teilnehmer in Betracht kommt, aus. Eines hinreichenden oder gar - wovon die Verteidigung offenbar ausgeht - dringenden Tatverdachts bedarf es - unbeschadet der Frage der Verhältnismäßigkeit - nicht. Beide Bf. sind in dem dargestellten Sinne verdächtig, eine Straftat gem. §§ 129 a I Nr. 3, 315 I StGB begangen zu haben. Sie mussten die Durchsuchung dulden, weil aufgrund tatsächlicher Umstände, die den Ermittlungsbehörden insbesondere durch Maßnahmen nach § 100 a StPO bekannt geworden waren, anzunehmen war, dass sie zur Auffindung von Beweismitteln führen wird. So legen etwa die Umstände der Anschläge auf die Deutsche Bahn AG und der Inhalt des Bekennterschreibens nahe, dass es sich um koordinierte Aktionen der so genannten "Autonomen Gruppen" handelte. Beide Bf. haben intensiven Kontakt zu mehreren weiteren Beschuldigten. In ihrem Anwesen finden regelmäßig Treffen verschiedener Gruppen statt, die sich gegen den Transport von Castor-Behältern auf der Schiene wenden. Der Bf. U hat in einem mit einem Mitbeschuldigten geführten Telefongespräch geäußert, er habe "noch`nen ganzen Kasten voll von solchen Dingen", womit nach dem Gesprächszusammenhang ersichtlich Hakenkrallen gemeint waren. Diese hat er an anderer Stelle als "unser militantes Werkzeug" bezeichnet. Die Bf. H hat

in einem Telefonat geäußert, der Kampf der Beschuldigten richte sich nicht nur gegen die 9 Atommülltransporte, sondern gegen den Staat als solchen. Im Übrigen verweist der Senat auf die der Verteidigung mitgeteilten Ausführungen des Generalbundesanwalt in dessen Stellungnahme vom 16.8.1999. Danach ist der gegen die Bf. bestehende Tatverdacht nicht vage und beruht nicht lediglich auf bloßen Vermutungen.

b) Auch die Begründung der Durchsuchungsanordnung entspricht den an sie zu stellenden gesetzlichen und verfassungsrechtlichen Anforderungen. Das den Bf. im Sinne eines Anfangsverdachts zur Last gelegte strafbare Verhalten ist rechtlich als Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung (§ 129 a I StGB) ausreichend gekennzeichnet. Einer darüber hinausgehenden ausdrücklichen Erwähnung des § 315 I StGB, auf den in § 129 a I Nr. 3 StGB

verwiesen wird, bedurfte es nicht. Die tatsächlichen Umstände, aus denen sich der Tatverdacht gegen beide Beschuldigte ergibt, sind hinreichend dargestellt. In dem angefochtenen Beschluss ist entsprechend dem damaligen Erkenntnisstand und soweit es nach den bis dahin verdeckt geführten Ermittlungen ohne Gefährdung des Zweckes der zeitgleich an mehreren Orten durchgeführten Durchsuchungen möglich war, geschildert, dass aufgrund des Selbstbeziehungsschreibens die Anschläge auf die Deutsche Bahn AG in der Nacht zum 7. 10. 1996 so genannten "Autonomen Gruppen" zuzurechnen sind. In ihm findet sich auch der Hinweis auf die im Sinne eines Anfangsverdachts angenommene Beteiligung der Bf. an der Koordination der Anschläge als Mitglieder der Führungskader der "Autonomen Gruppen" für den Bereich Niedersachsen. Eine umfassendere Darstellung der Beweislage und eine weitergehende Konkretisierung des Tatvorwurfs waren nicht erforderlich. Der Generalbundesanwalt hat nachvollziehbar dargelegt, dass dies die weiteren Ermittlungen gefährdet hätte und deshalb den Zwecken der Strafverfolgung abträglich gewesen wäre. Angesichts der Gefährlichkeit der zu ermittelnden Straftaten, dem daraus folgenden Gewicht des Aufklärungsinteresses sowie der besonderen Ermittlungsschwierigkeiten im Bereich der terroristischen Kriminalität reichen die in dem angefochtenen Beschluss genannten Verdachtsgründe für die Durchsuchungsanordnung aus.

c) In dem angefochtenen Beschluss sind auch die zu durchsuchenden Objekte und die Gegenstände, die aufgrund ihrer potentiellen Beweisbedeutung beschlagnahmt werden sollen, hinreichend bestimmt bezeichnet. Damit ist für eine angemessene Begrenzung der Durchsuchungsmaßnahme Sorge getragen und sichergestellt, dass die Eingriffe in die Grundrechte der Bf.

messbar und kontrollierbar bleiben (vgl. BVerfGE 96,44 [51]).

d) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist ebenfalls gewahrt. Die Durchsuchungsanordnung war geeignet, zur Klärung des Tatverdachts beizutragen. Die Durchsuchung war erforderlich, da kein milderes Mittel zur Verfügung stand, durch das in gleich wirksamer Weise die auf dem Anwesen der Bf. befindlichen, teilweise versteckten Gegenstände gesichert werden konnten. Schließlich stand die Anordnung der Durchsuchung in einem angemessenen Verhältnis zur Stärke des bestehenden Tatverdachts (vgl. BVerfG, NJW 1999, 2176). Hierbei fällt insbesondere die telefonische Äußerung des Bf. U, er habe "noch`nen ganzen Kasten solcher Dinger", ins Gewicht. Auch im Hinblick auf die Bedeutung der Straftaten, deren Aufklärung die Durchsuchung diene, ist die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne gewahrt. Die Beschuldigten sind schwerer Straftaten verdächtig, an deren Aufklärung ein erhebliches Interesse besteht. Unter diesen Umständen mussten sie die mit der Durchsuchung verbundene Einschränkung ihrer Grundrechte hinnehmen.

e) Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs ist gleichfalls nicht verletzt. Der Generalbundesanwalt hat der Verteidigung in rechtlich unbedenklicher Weise bisher nur teilweise Akteneinsicht gewährt, § 147 II StPO. Die Ermittlungen, vor allem auch die Auswertung der bei den Durchsuchungen sichergestellten Gegenstände, dauern derzeit noch an. Ein vollständiges Akteneinsichtsrecht gem. § 147 StPO als Konkretisierung des Anspruchs auf rechtliches Gehör steht den Verdächtigen erst nach Abschluss der Ermittlungen zu. Ein vorläufig gegenüber dem Beschuldigten abgeschirmtes Ermittlungsverfahren der Strafverfolgungsbehörden ist wegen des Auftrags des Strafverfahrens, den Sachverhalt zu erforschen und die Wahrheit zu finden, grundsätzlich verfassungsrechtlich unbedenklich (vgl. BVerfG, NSTZ-RR 1998, 108). Eine differenzierende Bewertung kann sich wegen der Schwere und Bedeutung des Eingriffs in das Recht der Beschuldigten auf Freiheit der Person, Art. 2 II 2 GG, vor allem dann ergeben, wenn ein Haftbefehl vollstreckt wird (vgl. BVerfG, NSTZ-RR 1998, 108). Es fallen bei der erforderlichen Abwägung auch in diesem Zusammenhang die Schwere der zu ermittelnden Straftat, die daraus folgende Bedeutung des Aufklärungsinteresses sowie die besonderen Ermittlungsschwierigkeiten im Bereich der terroristischen Kriminalität ins Gewicht. Zudem hat die Verteidigung bereits mehrere Vermerke des Bundeskriminalamts, zwei Sachverständigengutachten sowie die ausführliche Stellungnahme des Generalbundesanwalts vom 16. 8. 1999 erhalten, in welcher die wesentlichen Gesichtspunkte zusammen-

gefasst und dargestellt sind. Hierdurch sind die Verteidiger der Beschuldigten noch über die Ausführungen der Durchsuchungsanordnung hinaus darüber informiert worden, auf welchen tatsächlichen Grundlagen der Durchsuchungsbeschluss beruht; es sind die Beweismittel benannt und zumindest nach ihrem wesentlichen Inhalt bezeichnet oder umschrieben worden. Damit haben die Verteidiger die erforderlichen Informationen erhalten, die sie benötigen, um die Interessen und Belange der Beschuldigten im Beschwerdeverfahren effektiv zu vertreten. Eine solche Form der Mitteilung von Tatsachen und Beweismitteln reicht unter den gegebenen Umständen aus. Dies gilt insbesondere mit Rücksicht darauf, dass die Ermittlungen den und die bei den Durchsuchungen aufgefundenen und beschlagnahmten Gegenstände noch nicht vollständig ausgewertet sind.

2. Soweit mit dem Hinweis der Verteidigung auf die Anzahl der bei der Durchsuchung eingesetzten Beamten die Art und Weise des Vollzugs der Maßnahme gerügt sein sollte, ist die Beschwerde unzulässig. Der Senat hat bereits mit dem auf eine Anfrage des 5. Strafsenats ergangenen Beschluss vom 14. 10. 1998 (Wistra 1999, 66) entschieden, dass er an seiner früheren Rechtsprechung, wonach zur Entscheidung über Einwände gegen die Art und Weise einer Durchsuchung gem. §§ 23 ff. EGGVG die zuständigen Oberlandesgerichte berufen sind (vgl. BGHSt 28, 206) mehr festhält. In der neueren Rechtsprechung des BVerfG (vgl. BVerfGE 96, 44) ist beanstandet worden, dass die Rechtsbehelfe und Rechtsmittel gegen Durchsuchungsanordnungen und Durchsuchungsmaßnahmen nach geltendem Recht in schwer zu durchschauender Weise mehrfach gespalten waren und von den Fachgerichten unterschiedlich gehandhabt wurden. Dem Rechnung tragend hat der 5. Strafsenat des BGH mittlerweile entschieden, dass der von einer Durchsuchung betroffene Verdächtige oder Dritte für die Überprüfung der Art und Weise des Vollzugs einer nach § 105 I 1 StPO nichtrichterlich angeordneten abgeschlossenen Durchsuchung die richterliche Entscheidung entsprechend § 98 II 2 StPO beantragen kann (vgl. BGHSt 44, 265). Dasselbe gilt nach einer weiteren Entscheidung des 5. Strafsenats (BGH, NJW 1999,

3499, zur Veröffentlichung in BGHSt bestimmt) für die Überprüfung der Art und Weise einer gem. § 105 I 1 StPO richterlich angeordneten abgeschlossenen Durchsuchung jedenfalls dann, wenn die beanstandete Art und Weise des Vollzugs nicht ausdrücklicher und evidenter Bestandteil der richterlichen Anordnung war. Der 5. Strafsenat hat dabei ausdrücklich offen gelassen, ob diese Grundsätze für Rechtsbehelfe bzw. Rechtsmittel gegen Entscheidungen des Ermittlungsrichters des BGH ebenfalls Anwendung finden. Dies ist zu bejahen. Der vom BVerfG den Fachgerichten auferlegten besonderen Verpflichtung aus Art. 19 IV GG, die bisher unübersichtliche Rechtslage zu klären, ist auch im Bereich der Staatsschutzdelikte nachzukommen. Deshalb kann der Betroffene Einwendungen, welche die Art und Weise einer von dem Ermittlungsrichter des BGH angeordneten Durchsuchung betreffen, entsprechend § 98 II 2 StPO jedenfalls dann bei diesem geltend machen, wenn die beanstandete Art und Weise nicht ausdrücklicher und evidenter Bestandteil der richterlichen Anordnung war.

Eine Beschwerde gegen eine solche Entscheidung des Ermittlungsrichters des BGH oder eines im ersten Rechtszug zuständigen Oberlandesgerichts ist jedoch unzulässig. Dies gilt auch dann, wenn gleichzeitig die Rechtmäßigkeit der Durchsuchung selbst und die Art und Weise ihres Vollzugs angegriffen werden. Im Beschwerdeverfahren vor dem BGH ist in diesem Fall in der Sache nur über die Rechtmäßigkeit der Durchsuchung selbst zu entscheiden. Gem. § 304 IV 1 StPO ist gegen Beschlüsse und Verfügungen des BGH grundsätzlich keine Beschwerde zulässig. § 304 V StPO stellt deshalb eine Ausnahmenvorschrift dar, in der die Beschwerde gegen solche Entscheidungen zugelassen wird, die aus bestimmten Gründen besonders nachteilig in die Rechtssphäre des Betroffenen eingreifen oder sonst von besonderem Gewicht sind (vgl. BGHSt 32, 365 [367]). Insoweit hält der Senat an seiner ständigen Rechtsprechung fest, wonach § 304 IV 2 und V StPO wegen des - auch im Gesetzgebungsverfahren hervorgehobenen (vgl. BT-DR V/ 4086, S. 11) - Ausnahmecharakters dieser Normen eng auszulegen sind (vgl. BGH, Wistra 1999, 66).

Urteile in Fallstruktur

BVERFG, BESCHLUSS VOM 11.8.99 - 1 BVR 2181/98 (NJW 1999, 3399)

Problemdarstellung:

Das BVerfG hatte vorliegend über eine Verfassungsbeschwerde gegen § 8 I 2 TPG zu entscheiden, welcher die Lebendspende von Organen, die sich nicht wieder bilden können, auf einen engen Kreis von Angehörigen und dem Empfänger Nahestehenden begrenzt. Spenden Fremder sind somit ausgeschlossen. Ziel der Vorschrift ist es, einen "Organhandel" zu verhindern. Interessant war, dass die Vorschrift sowohl von einem aus rein altruistischen Motiven handelnden Spender, als auch von einem potentiellen Empfänger eines Organs, als auch von einem Arzt angegriffen wurde, welcher eine entsprechende Operation durchführen wollte. Die Beschwerdeführer rügten im wesentlichen eine Verletzung ihrer allg. Handlungsfreiheit (Spender), Glaubens- und Berufsfreiheit (Arzt) sowie das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Empfänger). Das BVerfG hält die Vorschrift gleichwohl für verfassungsgemäss.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung könnte ohne weiteres als Examensklausur übernommen werden; es handelt sich um die schulmäßige Prüfung einer Rechtssatz-Verfassungsbeschwerde mit diversen Grundrechten (Artt. 2 I, II, 3, 4, 12 GG). Besondere Aufmerksamkeit verdienen die Ausführungen des BVerfG zum Zitiergebot, das vorliegend nicht verletzt sein soll, weil ein finaler Eingriff in Art. 2 II GG fehle. In der Literatur werden diese Ausführungen unter dem Hinweis kritisiert, das BVerfG verfolge mit seinen übersteigerten Anforderungen an die Finalität nicht mehr eine restriktive Auslegung des Art. 19 I 2 GG, sondern betreibe dessen Abschaffung (spöttisch Gutmann, NJW 1999, 3387, 3388: "Die Norm darf im Text des Grundgesetzes wohl künftig kursiv gesetzt werden.").

Gesteigerte Examensrelevanz besitzt das Thema "Organspende" auch in Bezug auf die nunmehr in § 4 TPG normierte sogen. "Widerspruchslösung", nach der eine Entnahme von Organen Verstorbener nur bei Widerspruch unzulässig sein, d.h. nicht von einem positiven Einverständnis des Verstorbenen (Organspenderausweis) oder seiner Angehörigen abhängen soll. Eine gegen § 4 TPG gerichtete Verfassungsbeschwerde hat das BVerfG (NJW 1999, 3403 mit Anm. Rixen, NJW 1999, 3389) in aller Kürze zurückgewiesen. Zum TPG im Lichte des GG vgl. ferner Gutmann, NJW 1999, 3387, Deutsch, NJW 1998, 777 und die gutachterliche Aufbereitung von Wolfgang/Ugowski in Jura

1999, 593 ff.

Leitsatz:

§ 8 I 2 des Transplantationsgesetzes (TPG), welcher die Entnahme von Organen, die sich nicht wieder bilden können, nur zum Zweck einer Übertragung auf Verwandte, Ehegatten, Verlobte oder andere Personen, die dem Spender in besonderer persönlicher Verbundenheit offenkundig nahestehen, erlaubt, ist verfassungsgemäß.

Sachverhalt:

Der Bf. zu 1 ist 46 Jahre alt. Er leidet an einer terminalen Niereninsuffizienz und Diabetes und muß sich seit Anfang 1996 regelmäßig einer Dialysebehandlung unterziehen. Eine weitere lebenserhaltende Dialysebehandlung kommt für ihn jedoch nicht mehr lange in Frage, da seine Gefäßsituation erschöpft ist. Sein Allgemeinzustand verschlechtert sich derart rapide, daß er bald auch die für eine Organtransplantation notwendige Operation nicht mehr durchstehen kann. Er befindet sich in konkreter Lebensgefahr, wenn er nicht in Kürze eine Spenderniere erhält. Die Wahrscheinlichkeit, daß er eine postmortal entnommene Niere erhält, ist gering. Nur die Transplantation eines von einer lebenden Person gespendeten Organs kann die unmittelbare Lebensgefahr abwenden und seine Gesundheit langfristig herstellen. Im familiären Umfeld hat er keinen geeigneten Spender. Jedoch steht mit dem Bf. zu 2 eine Person zur Verfügung, die ihm aus ausschließlich altruistischen und humanitären Gründen die dringend benötigte Niere spenden will.

Der Bf. zu 2 ist 61 Jahre alt und möchte eine seiner beiden Nieren einem ihm nicht bekannten, an terminaler Niereninsuffizienz leidenden Patienten spenden. Er hat sich deshalb im Juli 1998 an den Leiter der Sektion Organtransplantation und Thoraxchirurgie der Klinik für Chirurgie an der Medizinischen Universität zu Lübeck, den Bf. zu 3, gewandt. Dieser hat ihn über die Art und den Umfang des Eingriffs und die möglichen Folgen einer Organentnahme aufgeklärt. Ebenso ist er darüber informiert worden, daß § 4 Transplantationsgesetz einer fremdgerichteten altruistischen Lebendspende entgegensteht. Gleichwohl hat er seine Bereitschaft zur Organspende aufrechterhalten. Er will, daß derjenige Patient von der Warteliste des Transplantationszentrums Lübeck sein Organ erhält, der dazu objektiv am besten geeignet sei. Dies ist der Bf. zu 1.

Der Bf. zu 3 ist Transplantationschirurg. Zahlreiche Menschen wenden sich an ihn mit dem Wunsch, aus altruistischen Motiven eine Niere zu spenden. Die Organentnahme sei ihm jedoch unter Strafandrohung durch §§ 8 I 2 i. V. mit 19 II TPG verboten. Der vor-

liegende Fall der Bf. zu 1 und 2 verdeutlicht nach seiner Auffassung, wie die genannten Vorschriften einer am Patientenwohl orientierten ärztlichen Berufsausübung zuwiderliefen.

Die Bf. zu 1, 2 und 3 erheben Verfassungsbeschwerden (Vb.) gegen § 8 I 2 TPG, welche vom BVerfG zur gemeinsamen Entscheidung verbunden werden. Haben die Verfassungsbeschwerden Erfolg?

§ 8 I 2 TPG:

“Die Entnahme von Organen, die sich nicht wieder bilden können, ist [...] nur zulässig zum Zwecke der Übertragung auf Verwandte ersten oder zweiten Grades, Ehegatten, Verlobte oder andere Personen, die dem Spender in besonderer persönlicher Verbundenheit offenkundig nahestehen.”

Lösung:

Die Vb. haben Erfolg, wenn sie zulässig und begründet sind.

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. sind als natürliche Personen “jedermann” i.S.d. Art. 93 I Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG und damit beteiligtenfähig.

III. Beschwerdegegenstand

Tauglicher Beschwerdegegenstand 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, Artt. 20 II, 1 III GG. Vorliegend wenden sich die Bf. gegen § 8 I 2 TPG. Das TPG ist ein Gesetz, mithin ein Akt der Legislative und somit tauglicher Beschwerdegegenstand.

IV. Beschwerdebefugnis

Die Bf. müssten 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

Vorliegend erscheint es zumindest nicht von vornhe-

rein ausgeschlossen, dass die Bf. durch das in § 8 I 2 TPG enthaltene Verbot altruistischer Organspenden in ihrem Grundrecht aus Artt. 4, 2 I und 3 I GG verletzt sind; für den Bf. zu 1 kommt darüber hinaus eine Verletzung in Art. 2 II GG, für den Bf. zu 3 in Art. 12 GG in Betracht.

2. Selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen

Fraglich ist hingegen, ob die Bf. von der angegriffenen Norm selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen sind. Das BVerfG bejaht dies für alle drei Bf.:

“Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz kann nur erheben, wer durch die angegriffene Vorschrift selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen ist (vgl. BVerfGE 90, 128, 135; st. Rspr.).

a. Selbst

Bezüglich der Selbstbetroffenheit ist zwischen den jeweiligen Bf. zu differenzieren:

aa. Hinsichtlich des Bf. zu 1 ist festzuhalten, dass § 8 I 2 TPG zwar nur die Entnahme von Organen regelt, so daß der Bf. zu 1, dem das entnommene Organ zugeordnet ist, nicht als Adressat der Regelung in Betracht kommt. Eine Selbstbetroffenheit kann aber auch dann vorliegen, wenn ein Bf. nicht selbst Adressat des Gesetzes ist, durch dieses jedoch in rechtlich erheblicher Weise betroffen wird (vgl. BVerfGE 51, 386). Das ist hier der Fall. Die Rechtssphäre des Bf. zu 1 wird durch § 8 I 2 TPG über eine reine Reflexwirkung hinaus berührt, weil die vorgesehene Organentnahme beim Bf. zu 2 gerade im Interesse der grundrechtlich geschützten Gesundheit des Bf. zu 1 erfolgen soll. Aufgrund der konkreten Umstände des Falls ist er folglich selbst von den angegriffenen Vorschriften betroffen.

bb. Hinsichtlich der Bf. zu 2 und 3, die das Organ spenden bzw. entnehmen wollen, ist die Selbstbetroffenheit durch das in § 8 I 2 TPG enthaltene, eben dies untersagende Verbot offensichtlich.

b. Gegenwärtig

aa. Die gegenwärtige Betroffenheit des Bf. zu 1 liegt darin, daß er aufgrund seiner terminalen Niereninsuffizienz auf eine Ersatzniere angewiesen ist. Die aktuelle Grundrechtsbetroffenheit wird nicht dadurch in Frage gestellt, daß es - wie die Äußerungsberechtigten teilweise vorgetragen haben - möglicherweise noch andere lebenserhaltende Maßnahmen, wie eine kombinierte Nieren-Pankreas-Transplantation, eine fortgesetzte Dialysebehandlung oder die Transplantation einer Leichenniere gibt. Dies gilt umso mehr, als diese Möglichkeiten im vorliegenden Fall aller Voraussicht nach ausscheiden.

bb. Die gegenwärtige Betroffenheit der Bf. zu 2 und 3 ergibt sich wiederum aus dem geltenden Verbot, das Organ altruistisch zu spenden (Bf. zu 2) bzw. die Spende durch eine entsprechende Operation zu ermöglichen (Bf. zu 3).

c. Unmittelbar

Schließlich liegt auch eine unmittelbare Betroffenheit vor. Das Gesetz wirkt ohne einen weiteren vermittelnden Akt, insbesondere ohne besonderen Vollzugsakt der Verwaltung, in den Rechtskreis des Bf. zu 1 ein (vgl. BVerfGE 90, 128). Gleiches gilt für die Bf. zu 2 und 3. Mithin sind die Bf. insgesamt beschwerdebefugt.

V. Rechtswegerschöpfung

Gegen ein Gesetz ist, wie § 93 III BVerfGG zeigt, kein Rechtsweg vorgesehen, 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. Die Bf. haben keine Möglichkeit, ihr Rechtsschutzziel vor den Fachgerichten zu erreichen. Es wäre für sie auch unzumutbar, die Organtransplantation zunächst durchzuführen und sich damit, soweit ihr Verhalten strafbewehrt ist, der Gefahr strafrechtlicher Sanktion auszusetzen. Da zur Entscheidung über die Erfolgsaussicht der Verfassungsbeschwerden im übrigen weder in tatsächlicher Hinsicht Aufklärungs- noch in Bezug auf das TPG Auslegungsbedarf besteht, erfordert auch der Gesichtspunkt einer sachgerechten Aufgabenverteilung zwischen BVerfG und Fachgerichten nicht, die Bf. zunächst an die Fachgerichte zu verweisen.

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 III BVerfGG.

B. Begründetheit

Die Vb. sind begründet, soweit die Bf. durch den angegriffenen § 8 I 2 TPG in ihren Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten i.S.d. Art. 93 I Nr. 4a GG verletzt sind.

I. Art. 2 II 1 GG - Bf. zu 1 -

Der Bf. zu 1 könnte in seinem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 II 1 GG verletzt sein. Dann müsste in verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigter Weise in den Schutzbereich des Grundrechts eingegriffen worden sein.

1. Schutzbereich betroffen

Art. 2 II 1 GG gibt jedermann das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Diese Verbürgung wird berührt, wenn staatliche Regelungen dazu führen, daß einem kranken Menschen eine nach dem Stand der medizinischen Forschung prinzipiell zugängliche Therapie, mit der eine Verlängerung des Lebens, mindestens aber eine nicht unwesentliche Minderung des Leidens verbunden ist, versagt bleibt. So liegt es hier. Der Bf. zu 1 leidet an einem Diabetes und einer terminalen Niereninsuffizienz. Er muß sich zur Lebenserhaltung einer Dialysebehandlung unterziehen. Mit der Dialysepflichtigkeit geht regelmäßig eine erhebliche Beeinträchtigung des physisch-körperlichen Wohlbefindens einher, die vielfach auch die sozialen Aktivitäten eines Menschen nachhaltig beeinträchtigt. Die Transplantation einer gesunden Niere könnte dem Bf. zu 1 jedenfalls zu einer erheblichen Schmerzlinderung, möglicherweise sogar zu einer längerfristigen Gesundung verhelfen. Auch der Gesetzgeber ist davon ausgegangen, daß "bei vielen schwerkranken Menschen heute durch eine Organtransplantation das Leben gerettet oder die Krankheit weitgehend geheilt oder gelindert und damit die Lebensqualität entscheidend verbessert werden kann" (BT-DR 13/4355, S. 10).

Das gilt unabhängig von der Frage, ob für den Bf. zu 1 im konkreten Fall eine isolierte Transplantation einer Niere oder eine kombinierte Nieren-Pankreas-Transplantation die medizinisch indizierte Therapie ist. Jedenfalls ist die Organtransplantation eine heute in der medizinischen Wissenschaft anerkannte und praktizierte Therapie, die die Gesundheit des Bf. zu 1 wiederherstellen oder jedenfalls verbessern kann. Das gilt auch, soweit das Organ einer lebenden Person entnommen ist. Die Erfolgsaussichten einer Nierentransplantation werden vielfach sogar für höher eingeschätzt, wenn das Organ von einem lebenden Spender stammt (vgl. BT-DR 13/4355, S. 14).

2. Eingriff

Die angegriffene Vorschrift stellt auch einen Eingriff in das Grundrecht dar. Der Gesetzgeber hat mit § 8 I 2 TPG zwar nicht zielgerichtet und final in Art. 2 II 1 GG eingegriffen. Als Abwehrrecht sichert das Grundrecht den Einzelnen aber grundsätzlich auch gegen staatliche Maßnahmen, die lediglich mittelbar zu einer

Verletzung des Lebens oder der körperlichen Unversehrtheit führen (vgl. BVerfGE 66, 39, 60). Die mittelbar hervorgerufene Verletzung muß allerdings das Maß einer als sozialadäquat eingestuften Beeinträchtigung übersteigen und bei einer normativen Betrachtung unter Berücksichtigung der Bedeutung des Schutzguts von Art. 2 II 1 GG als adäquate Folge der staatlichen Tätigkeit dieser normativ zurechenbar sein, darf also weder aus einer selbständig zu verantwortenden Tätigkeit Dritter resultieren noch auf einer schicksalhaften Fügung beruhen. Das ist hier der Fall.

Das Leben stellt einen "Höchstwert" innerhalb der grundgesetzlichen Ordnung dar und ist "die vitale Basis der Menschenwürde und die Voraussetzung aller anderen Grundrechte" (vgl. BVerfGE 39, 1). Auch das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit nimmt, wie schon der enge systematische Zusammenhang mit dem Grundrecht auf Leben zeigt, innerhalb der grundrechtlichen Ordnung einen besonderen Platz ein. In Anbetracht der Bedeutung der Schutzverbürgungen des Art. 2 II 1 GG erreichen die von § 8 I 2 TPG ausgehenden Beeinträchtigungen der Therapiemöglichkeiten von Patienten, die auf Ersatzorgane, insbesondere eine Ersatzniere, angewiesen sind, Eingriffsqualität. Der Gesetzgeber hat die Therapiemöglichkeiten dieser Patientengruppe kausal zurechenbar nachhaltig beeinträchtigt. Ohne die Regelung würde der Bf. zu 1 eine Ersatzniere erhalten. Unzutreffend ist demgegenüber die Argumentation des Bundesministeriums für Gesundheit, mit dem TPG seien die Möglichkeiten für eine Lebendspende von Organen erheblich erweitert worden. Das wäre nur dann richtig, wenn man die mit dem TPG geschaffene Rechtslage mit der bis zum Inkrafttreten des Gesetzes geübten Praxis vergliche, welche vornehmlich auf dem freiwilligen Transplantationskodex der deutschen Transplantationszentren beruhte. Rechtlich sind die Möglichkeiten der Organentnahme von lebenden Spendern durch § 8 I 2 TPG gegenüber der vor dem Inkrafttreten des TPG bestehenden Lage jedoch beschränkt worden. Bis dahin standen einer Organentnahme bei Lebenden nur die allgemeinen strafrechtlichen Vorschriften entgegen, die auch heute noch prinzipiell Anwendung finden. Eine darüber hinausgehende Restriktion gab es nicht. Insbesondere gab es kein Verbot einer ziel- und fremdgerichteten altruistischen Lebendspende, wie sie der Bf. zu 2 im vorliegenden Fall beabsichtigt. Die Beeinträchtigung des Bf. zu 1 liegt mithin darin, daß er eine Spenderniere nicht oder nur später erhält. Dies läßt sich in Anbetracht der betroffenen Rechtsgüter auch nicht mehr als nur schicksalhaftes Ereignis, das der Bf. zu 1 mit vielen anderen Patienten teilt, einstufen.

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Fraglich ist, ob der von § 8 I 2 TPG ausgehende Grundrechtseingriff gerechtfertigt ist.

a. Schranke

Das Grundrecht aus Art. 2 II 1 GG kann gem. Art. 2 II 2 GG auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden. § 8 I 2 TPG ist ein solches Gesetz; es kommt mithin als taugliche Schranke des Grundrechts in Betracht.

b. Schranken-Schranken

Wenn § 8 I 2 TPG taugliche Grundrechtsschranke sein soll, muss die Vorschrift jedoch auch im übrigen verfassungsgemäß, also wirksam sein. Dies ist in formeller und materieller Hinsicht fraglich.

aa. Formelle Verfassungsmäßigkeit

In formeller Hinsicht unterliegt die Verfassungsmäßigkeit des TPG keinen Bedenken. Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes ergibt sich aus Art. 74 I Nr. 26 GG; für Fehler im Gesetzgebungsverfahren bzw. Formfehler gibt es keinerlei Anhaltspunkte.

bb. Materielle Verfassungsmäßigkeit

In materieller Hinsicht ist insbesondere fraglich, ob die aus Artt. 19, 20 GG folgenden Verfassungsgrundsätze beachtet worden sind.

(1). Zitiergebot

Das Zitiergebot des Art. 19 I 2 GG verlangt, daß ein Gesetz, welches ein Grundrecht einschränkt, das Grundrecht unter Angabe des Artikels nennt. Es findet allerdings nur Anwendung auf Grundrechte, die aufgrund ausdrücklicher Ermächtigung vom Gesetzgeber eingeschränkt werden dürfen (vgl. BVerfGE 83, 130; st. Rspr.). Das BVerfG hat darüber hinaus stets betont, daß Art. 19 I 2 GG nur für Gesetze gilt, die darauf abzielen, ein Grundrecht über die in ihm selbst angelegten Grenzen hinaus einzuschränken. Als Formvorschrift bedarf die Norm enger Auslegung, wenn sie nicht zu einer leeren Förmlichkeit erstarren und den die verfassungsmäßige Ordnung konkretisierenden Gesetzgeber in seiner Arbeit unnötig behindern soll (vgl. BVerfGE 28, 36). Gemessen daran verstößt § 8 I 2 TPG nicht gegen Art. 19 I 2 GG. Zwar gehört das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit grundsätzlich zu denjenigen Grundrechten, auf die das Zitiergebot Anwendung findet. Ein zielgerichteter (finaler) Grundrechtseingriff, der notwendig wäre, um das Zitiererfordernis auszulösen, ist in § 8 I 2 TPG jedoch nicht zu sehen. Dagegen spricht schon, daß potentielle Organempfänger - wie der Bf. zu 1 - nicht Adressaten der Regelung sind. Sie sind zwar aufgrund

des dreipoligen Verhältnisses zwischen Organspender, Arzt und Organempfänger, die für eine erfolgreiche Organtransplantation zusammenwirken müssen, grundrechtlich betroffen (s.o.). Das allein begründet aber keinen zielgerichteten und unmittelbaren Eingriff in das Grundrecht. Gegen einen gezielten und gewollten Eingriff in das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit spricht ferner, daß die Regelungen des TPG eine Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit weder durch den Staat noch durch Dritte zu ermöglichen oder befördern, sondern im Gegenteil zu verhindern suchen. Dem Gesetzgeber ging es nicht darum, um bestimmter Ziele willen die durch Art. 2 II 1 GG geschützten Rechtsgüter zu beeinträchtigen. Im Gegenteil ist das TPG von dem letztlich lebens- und gesundheitsschützenden Ziel getragen, durch einen klaren rechtlichen Handlungsrahmen Rechtsunsicherheiten auszuräumen und die dadurch bedingte Zurückhaltung bei der Organspende zu überwinden (vgl. BT-DR 13/4355, S. 11).

(2). Bestimmtheitsgrundsatz

Aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 III GG bzw. für das Strafrecht aus Art. 103 II GG leitet sich der Bestimmtheitsgrundsatz ab. Fraglich ist, ob § 8 I 2 TPG den Anforderungen genügt, die dieser an eine Rechtsnorm stellt. Dies könnte hier insbesondere im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal "Personen, die dem Spender in besonderer persönlicher Verbundenheit offenkundig nahestehen" problematisch sein. Gesetzliche Regelungen müssen so gefaßt sein, daß der Betroffene seine Normunterworfenheit und die Rechtslage so konkret erkennen kann, daß er sein Verhalten danach auszurichten vermag. Dies bedeutet jedoch nicht, daß die Norm überhaupt keine Auslegungsprobleme aufwerfen darf. Generalklauseln und unbestimmte Begriffe sind jedenfalls dann verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn die Norm mit Hilfe der üblichen Auslegungsmethoden eine zuverlässige Grundlage für ihre Auslegung und Anwendung bietet oder sie eine gefestigte Rechtsprechung übernimmt und damit aus dieser Rechtsprechung hinreichende Bestimmtheit gewinnt (vgl. BVerfGE 96, 68). Gemessen daran genügen § 8 I 2 TPG und der darauf bezogene Straftatbestand des § 19 II TPG sowohl rechtsstaatlichen Erfordernissen als auch den Anforderungen des Art. 103 II GG. Den Bf. ist zwar zu konzедieren, daß das Tatbestandsmerkmal der "Personen, die dem Spender in besonderer persönlicher Verbundenheit offenkundig nahestehen", durch den Wortlaut allein noch nicht hinreichend bestimmt ist. Mit Hilfe der üblichen Auslegungsmethoden läßt sich der Inhalt der Norm jedoch feststellen. Insbeson-

dere finden sich im Gesetzentwurf zum TPG ausführliche Hinweise zur Auslegung des Begriffs der "besonderen persönlichen Verbundenheit" (vgl. BT-DR 13/4355, S. 20f.). Diese setzt danach sowohl innere als auch regelmäßig äußere Merkmale, wie eine gemeinsame Wohnung oder häufige Kontakte, voraus. Auch eine systematische und teleologische Auslegung legt es nahe, daß zwischen den Personen, die sich in besonderer persönlicher Verbundenheit offenkundig nahestehen, ein Assoziationsgrad in äußerer und innerer Hinsicht bestehen muß, bei dem sich - wie etwa bei Verwandten - typischerweise die Vermutung aufstellen läßt, daß der Entschluß zur Organspende ohne äußeren Zwang und frei von finanziellen Erwägungen getroffen wurde. Die gleichwohl verbleibenden Auslegungsschwierigkeiten übersteigen nicht das rechtsstaatlich hinnehmbare Maß an Unbestimmtheit oder die Grenzen des Art. 103 II GG.

(3). Verhältnismäßigkeit

Aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 III GG folgt schließlich auch das Übermaßverbot. Fraglich ist danach, ob § 8 I 2 TPG verhältnismäßig ist. Dies setzt voraus, daß die Regelung zur Erreichung eines legitimen Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen ist.

(a). Legitimer Zweck

Der Gesetzgeber hat die restriktive Regelung des § 8 I 2 TPG damit begründet, daß der Vorrang der postmortalen Organentnahme gegenüber der Entnahme eines Organs einer lebenden Person zum Ausdruck gebracht werden solle, da die Organentnahme für den lebenden Spender kein Heileingriff sei, sondern ihm grundsätzlich körperlich schade und ihn gesundheitlich gefährden könne. Außerdem verfolgt der Gesetzgeber mit der Regelung das Ziel, die Freiwilligkeit der Organspende sicherzustellen und jeder Form des Organhandels vorzubeugen (vgl. BT-DR 13/4355, S. 20). Alle drei Ziele beruhen auf vernünftigen Gründen des Allgemeinwohls, die den Gesetzgeber grundsätzlich zu einem Grundrechtseingriff berechtigen. Das ist unproblematisch und wird auch von den Bf. nicht bestritten, soweit es darum geht, die Freiwilligkeit der Organspende zu sichern und jeder Form des Organhandels vorzubeugen. Es gilt aber auch für das Ziel, den Vorrang der postmortalen Organspende deutlich zu machen. Zwar bedarf der Schutz des Menschen vor sich selbst als Rechtfertigungsgrund staatlicher Maßnahmen in Ansehung der durch Art. 2 I GG verbürgten allgemeinen Handlungsfreiheit grundsätzlich seinerseits einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Auch selbstgefährdendes Verhalten ist Ausübung grundrechtlicher

Freiheit. Das ändert aber nichts daran, daß es ein legitimes Gemeinwohlanliegen ist, Menschen davor zu bewahren, sich selbst einen größeren persönlichen Schaden zuzufügen -(vgl. BVerfGE 60, 123).

(b). Geeignetheit

§ 8 I 2 TPG müsste zur Erreichung der gesetzgeberischen Ziele geeignet sein.

Soweit die Vorschrift die Entnahme eines Organs bei lebenden Menschen verbietet, kann es weder unfreiwillige Organspenden noch einen Organhandel noch eine Gefährdung der Organspender geben. Die Erwägungen, mit denen die Bf. die Geeignetheit der Regelung anzweifeln, greifen demgegenüber nicht durch. Sie bezweifeln die Geeignetheit der Regelung mit dem Argument, die Gefahren, denen der Gesetzgeber begegnen wolle, seien gerade bei den Gruppen, bei denen eine Organspende nach § 8 I 2 TPG zulässig ist (Verwandte, Nahestehende), besonders groß. Eine solche Argumentation streitet allenfalls dafür, die Lebendspende generell zu untersagen, kann die Geeignetheit der Regelung als solche aber nicht in Frage stellen.

(c). Erforderlichkeit

Die Regelung müsste zur Zweckerreichung auch erforderlich sein. Erforderlich ist ein Gesetz, wenn der Gesetzgeber nicht ein anderes, gleich wirksames, aber das Grundrecht nicht oder weniger stark einschränkendes Mittel hätte wählen können (vgl. BVerfGE 90, 145). Insoweit kommt dem Gesetzgeber ein weiter Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum zu. Nach Ansicht der Bf. steht mit einer Prüfung der gesetzlichen Voraussetzungen der Lebendspende in jedem Einzelfall entsprechend dem Verfahren, das der Gesetzgeber in § 8 III 2 bis 4 TPG zur Voraussetzung einer Lebendspende unter Verwandten vorgesehen hat, ein gleich wirksames, aber weniger belastendes Mittel zur Verfügung. Dabei verkennen sie jedoch, daß die Freiwilligkeit der Spenderentscheidung, die der Gesetzgeber als unerläßliche Voraussetzung einer Lebendspende erachtet hat, als Willensentscheidung immer nur begrenzt für Dritte feststellbar ist. Unter diesen Umständen bleibt es stets eine Frage der Einschätzung, ob ein bestimmtes Verfahren tatsächlich geeignet ist, die Freiwilligkeit des Willensentschlusses zu verifizieren. Diese Frage hat der Gesetzgeber im Grundsatz verneint und ist davon ausgegangen, daß die Freiwilligkeit der Organspende grundsätzlich nur bei einem verwandtschaftlichen oder sonstigen Näheverhältnis vermutet werden kann. Die Kommission gem. § 8 III 2 bis 4 TPG soll die Freiwilligkeit der Spenderentscheidung demgemäß nicht positiv feststellen, sondern prüft allein, ob im konkreten Fall "tatsächliche Anhaltspunkte

dafür vorliegen, daß die Einwilligung in die Organspende nicht freiwillig erfolgt oder das Organ Gegenstand verbotenen Handeltreibens nach § 17 ist". Die darin liegende Einschätzung des Gesetzgebers ist in Ansehung seines weiten Beurteilungsspielraums von Verfassungen wegen nicht zu beanstanden. Der Gesetzgeber konnte sich dabei insbesondere darauf stützen, daß nach aller Erfahrung das Leiden eines anderen immer dann besonders intensiv empfunden wird, wenn es sich um einen Verwandten oder besonders nahestehenden Menschen handelt, und deshalb gerade in diesen Fällen Anlaß zu einer (freiwilligen) Organspende sein kann. Damit hat der Gesetzgeber nicht in Abrede gestellt, daß es auch unter Fremden im Einzelfall eine wirklich altruistische Organspende geben kann. Er ist aber davon ausgegangen, daß kein Verfahren, so ausgereift es auch sein möge, für sich genommen in der Lage wäre, die Freiwilligkeit der Spenderentscheidung und die Verhinderung eines Organhandels sicherzustellen. Damit hat er seinen Beurteilungsspielraum nicht überschritten. Unabhängig davon ist die Regelung erforderlich, um das Ziel, potentielle Organspender vor Gesundheitsgefährdungen möglichst weitgehend zu schützen und damit den Vorrang der postmortalen Organentnahme zu verdeutlichen, zu erreichen. Dieses vom Gesetzgeber legitimerweise verfolgte Anliegen wäre nicht zu verwirklichen, wenn die Organentnahme bei einer lebenden Person generell zulässig wäre und nur unter dem Vorbehalt der Prüfung der Freiwilligkeit der Spenderentscheidung durch ein entsprechendes Verfahren stünde.

(d). Angemessenheit

Fraglich ist schließlich, ob die Regelung auch im engeren Sinn verhältnismäßig ist. Dies ist unter Abwägung der geschützten mit den beeinträchtigten Rechtsgütern zu ermitteln. Auf Seiten des Bf. zu 1 stehen zwar herausragende Rechtsgüter auf dem Spiel. Auf der anderen Seite hat der Gesetzgeber aber zur Rechtfertigung seiner Regelung ebenfalls Gemeinwohlbelange von hoher Bedeutung angeführt. Dabei ist zu berücksichtigen, daß gerade die mit § 8 I 2 TPG verfolgten Ziele dazu beitragen, in einem sensiblen Bereich wie der Transplantationsmedizin ein Höchstmaß an Seriosität und Rechtssicherheit herzustellen. Das ist unabdingbare Voraussetzung, wenn um des Lebensschutzes willen die Bereitschaft der Menschen zur Organspende langfristig gefördert werden soll. Für die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn spricht ferner, daß die Lebendspende für den potentiellen Organempfänger in aller Regel nicht das einzige Mittel der Lebenserhaltung oder Gesundheitsverbesserung ist. Regelmäßig haben transplantationsbedürftige Patienten die Mög-

lichkeit, ihre lebensbedrohende Krankheit durch die Implantation eines postmortal gespendeten Organs zu kurieren. Zwar mag die Transplantation eines bei einem lebenden Menschen entnommenen Organs medizinisch vorzugswürdig sein; immerhin ist es aber möglich, ein postmortal entnommenes Organ zu transplantieren und dadurch eine wirkungsvolle Maßnahme der Lebenserhaltung und Gesundheitsförderung vorzunehmen. Für die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn spricht schließlich, daß der Gesetzgeber Aspekte des Gesundheitsschutzes auch auf Seiten des potentiellen Organspenders berücksichtigen durfte.

Mithin ist der Eingriff verfassungsrechtlich gerechtfertigt; der Bf. zu 1 ist nicht in seinen Grundrechten aus Art. 2 II 1 GG verletzt.

II. Art. 12 GG - Bf. zu 3 -

Hinsichtlich des Bf. zu 3 könnte eine Verletzung der Berufsfreiheit (Art. 12 I 1 GG) vorliegen.

1. Eingriff in den Schutzbereich

Die angegriffene Regelung greift offensichtlich in den Schutzbereich des Grundrechts ein. Transplantationschirurg ist ein von Art. 12 I 1 GG geschützter "Beruf", dessen Ausübung durch die Beschneidung seiner Ausübung (Verbot von Organtransplantationen in den von § 8 I 2 TPG genannten Fällen) unmittelbar eingeschränkt wird.

2. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Die Berufsfreiheit ist jedoch nicht vorbehaltlos gewährleistet. Sie unterliegt dem Regelungsvorbehalt des Art. 12 I 2 GG. Als einschränkende Regelung kommt § 8 I 2 TPG in Betracht, der seinerseits wiederum verfassungsgemäß sein müsste. Dies ist auch hier allenfalls im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Art. 20 III GG) fraglich.

Berufsausübungsregelungen wie § 8 I 2 TPG müssen nach der sogen. "3-Stufen-Theorie" des BVerfG durch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls gerechtfertigt sein, um das Grundrecht nicht unverhältnismäßig einzuschränken (vgl. BVerfGE 97, 228; st. Rspr.). Das ist hier - wie oben bereits aufgezeigt wurde - der Fall. Dabei ist ergänzend zu berücksichtigen, daß der Eingriff in die Berufsfreiheit nicht besonders schwer wiegt. Die ärztliche Tätigkeit wird durch die einschränkende Regelung der Organentnahme bei lebenden Personen nicht nachhaltig beeinträchtigt. Der Verweis des Bf. zu 3 auf seine standesethische Pflicht zu einer am Wohl des Patienten orientierten Berufsausübung steht insoweit - wie die Bundesärztekammer zu Recht betont hat - nicht entgegen. Denn auch die

Pflicht des Arztes zu einer am Wohl des Patienten orientierten Berufsausübung kann stets nur solche Behandlungsmethoden rechtfertigen, die andere, nach der grundgesetzlichen Ordnung ebenfalls geschützte Rechtsgüter nicht unverhältnismäßig beeinträchtigen.

III. Art. 4 GG - Bf. zu 3 -

§ 8 I 2 TPG könnte die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Bf. zu 3 verletzen.

1. Schutzbereich betroffen

Das Grundrecht aus Art. 4 I GG schützt über die glaubensbezogenen Handlungen im engeren Sinn hinaus auch das Recht des einzelnen, sein gesamtes Verhalten an den Lehren seiner religiösen oder weltanschaulichen Überzeugung auszurichten und dieser Überzeugung gemäß zu handeln (vgl. BVerfGE 33, 23). Die von der Verfassung gewährte Gewissensfreiheit umfaßt nicht nur die Freiheit, ein Gewissen zu haben, sondern grundsätzlich auch die Freiheit, von der öffentlichen Gewalt nicht verpflichtet zu werden, gegen Gebote oder Verbote des Gewissens zu handeln (vgl. BVerfGE 78, 391). Wenn der Bf. zu 3 also angibt, seine christlich-religiöse Überzeugung gebiete ihm den Schutz des Lebens jedes Menschen, soweit dies in seiner Macht stehe, fällt diese Überzeugung und das Verlangen, danach handeln zu können, unter den Schutz des Art. 4 I GG.

2. Eingriff

Indem § 8 I 2 TPG diesem Verlangen in Bezug auf altruistische Lebendspenden von Organen entgegensteht, verkürzt er den Schutzbereich des Grundrechts und greift somit in dieses ein.

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

a. Schranken

Das vorbehaltlos gewährleistete Grundrecht aus Art. 4 I GG hat seine Grenzen lediglich in den von der Verfassung selbst geschützten Rechtsgütern und Werten (sogen. "verfassungsimmanente Schranken", vgl. BVerfGE 32, 98). Die Ziele, denen § 8 I 2 TPG dient, finden in der Verfassung selbst ihren Grund. Es entspricht dem Bild des Grundgesetzes von der Würde und Selbstbestimmtheit des Menschen, daß eine so weitreichende Entscheidung wie die Spende eines Organs auf einem freiwilligen, von finanziellen Erwägungen unberührten Willensentschluß beruhen muß.

b. Schranken-Schranken

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebietet wiederum, den widerstreitenden Interessen im Wege der sogen.

“praktischen Konkordanz” Ausgleich zu verschaffen, d.h. jedem Interesse soweit als möglich Geltung zu verschaffen. Daß der Gesetzgeber dem Bestreben, die Freiwilligkeit der Spenderentscheidung zu sichern und jeder Form des Organhandels vorzubeugen, den Vorrang vor etwaigen Gewissenskonflikten der beteiligten Ärzte eingeräumt hat, begegnet nach den obigen Ausführungen von Verfassungen wegen keinen Bedenken.

IV. Art. 2 I GG - Bf. zu 1, 2 und 3 -

Fraglich ist, ob die Bf. in ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit aus art. 2 I GG verletzt sind.

1. Bf. zu 1 und 3

Hinsichtlich der Bf. zu 1 und 3 scheidet eine Verletzung von art. 2 I GG schon deshalb aus, weil die allgemeine Handlungsfreiheit als subsidiär zurücktritt, sobald der Schutzbereich eines spezielleren Grundrechts betroffen ist. Dies ist hier bzgl. der Bf. zu 1 (Art. 2 II 1 GG) und zu 3 (Artt. 12, 4 GG) der Fall.

2. Bf. zu 2

Der Bf. zu 2 greift § 8 I 2 TPG als unverhältnismäßige Einschränkung seiner allgemeinen Handlungsfreiheit an. Der von § 8 I 2 TPG ausgehende Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit ist jedoch - ebenso wie der Eingriff in Art. 2 II 1 GG - durch legitime Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt. Zur Begründung kann auf die obige Argumentation sowie darauf verwiesen werden, dass die allgemeine Handlungsfreiheit

dem Bf. zu 2 jedenfalls keine weitergehenden oder höherwertigen Rechte verleiht als das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit dem Bf. zu 1. Ist in Bezug auf diesen § 8 I 2 TPG verfassungsrechtlich gerechtfertigt, gilt dies erst Recht in Bezug auf Art. 2 I GG.

V. Art. 3 I GG - Bf. zu 1 -

Schließlich ist auch eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 I GG) nach Auffassung des BVerfG nicht ersichtlich:

“Der Bf. zu 1 sieht die Ungleichbehandlung darin, daß er gegenüber der Patientengruppe, die einen Spender i. S. des § 8 I 2 TPG zur Verfügung hat, benachteiligt werde. Bei den vom Bf. zu 1 zum Vergleich herangezogenen “Patientengruppen” handelt es sich jedoch nicht um einen solchermaßen festumrissenen Kreis von Personen, bei denen eine Prüfung der Regelung anhand des Gleichheitssatzes indiziert wäre (vgl. BVerfGE 98, 1). Tatsächlich werden alle Normadressaten von der einschränkenden Regelung des § 8 I 2 TPG in gleicher Weise betroffen. Soweit von der gesetzlichen Regelung für den Bf. zu 1 faktisch eine Benachteiligung gegenüber anderen Patienten ausgeht, findet diese ihre Rechtfertigung in der Einschätzung des Gesetzgebers, daß eine verwandtschaftliche oder entsprechende enge persönliche Beziehung grundsätzlich die einzige Gewähr für die Erreichung der gesetzgeberisch verfolgten legitimen Ziele ist.” Die Vb. sind mithin unbegründet und haben daher keinen Erfolg.

Standort: Zivilrecht

Problem: Bürgschaft und VerbrKrG

LG MAGDEBURG, URTEIL VOM 22. 12.99
10 O 899 / 97 (NJW 1999, 3496)

Problemdarstellung:

Bei dem vorliegenden Rechtsstreit hatte das Gericht zu entscheiden, ob vom sachlichen Anwendungsbereich des VerbrKrG auch Bürgschaften eines Verbrauchers erfasst werden. Diese Frage ist seit dem Inkrafttreten des VerbrKrG in Rechtsprechung und Literatur umstritten, da nach § 1 I VerbrKrG nur Kreditverträge i.S.d. Abs. 2 vom Schutzbereich dieses Gesetzes erfasst werden.

In diesem Fall hat das Gericht eine entsprechende Anwendung des VerbrKrG auf die abgegebene Bürgschaft angenommen und dieselbe wegen Formwidrigkeit gem. §§ 4 I, 6 I VerbrKrG als nichtig bewertet. Zur Begründung der analogen Anwendbarkeit führt es an, dass eine solche Analogie des VerbrKrG auf Bürgschaften zumindest dann geboten ist, wenn die zu sichernde Hauptschuld selbst wiederum dem sachlichen

Anwendungsbereich des VerbrKrG unterfällt. Aufgrund des Schutzzwecks des VerbrKrG sowie des engen wirtschaftlichen Zusammenhangs zwischen Bürgschaft und Hauptschuld muss eine verbraucherschutzrechtliche Gleichbehandlung von Hauptschuld und Bürgschaft erfolgen.

Des weiteren reflektiert das Gericht auf eine Entscheidung des BGH, wo die Anwendung des VerbrKrG auf eine Bürgschaft gerade deshalb verneint wurde, weil die gesicherte Forderung ihrerseits nicht dem VerbrKrG unterfiel, und eine Entscheidung des EuGH zum Anwendungsbereich des HWiG, der Bürgschaften miterfassen soll, wenn die gesicherte Schuld selbst in diesen Anwendungsbereich fällt.

Prüfungsrelevanz:

Nach § 1 I VerbrKrG unterfallen dem Schutzbereich des VerbrKrG nur Kreditverträge bzw. Kreditvermittlungsverträge. Nach § 1 II VerbrKrG ist ein Kredit-

vertrag ein Vertrag, durch ein Kreditgeber einem Verbraucher einen entgeltlichen Kredit in Form eines Darlehens, eines Zahlungsaufschubs oder einer sonstigen Finanzierungshilfe gewährt oder zu gewähren verspricht. Eine Bürgschaft ist aber kein Kreditmittel, sondern ein einseitiges, persönliches Kreditsicherungsmittel. Während beim Schuldbeitritt eine analoge Anwendung des VerbrKrG der gefestigten, höchstrichterlichen Rechtsprechung entspricht (BGHZ 133, 71; NJW 1997, 654 und 3169), ist eine solche entsprechende Anwendbarkeit für eine Bürgschaft umstritten.

Die herrschende Ansicht in der Lit. verneint eine solche Ausdehnung des Schutzbereichs des VerbrKrG, da insb. die §§ 765 ff. BGB bereits einen ausreichenden Bürgenschutz gewährleisteten (Palandt/Putzo, BGB, 59. Aufl., § 1 VerbrKrG, Rdnr. 5; Münch-Kom./Ulmer, BGB, 3. Aufl., § 1 VerbrKrG, Rdnr. 37; Staudinger/Kessal-Wulf, BGB, 13. Aufl., § 1 VerbrKrG, Rdnr. 23); eine Mindermeinung erkennt jedoch wegen der umfassenden Schutzfunktion des VerbrKrG und der Vergleichbarkeit zum Schuldbeitritt eine analoge Anwendung auf Bürgschaften an (Sölter, NJW 1998, 2192, m.w.N.). Aufbauend auf Entscheidungen des BGH und EuGH bildet sich nun eine dritte, vermittelnde Ansicht, die das VerbrKrG zumindest dann für anwendbar erachtet, wenn die gesicherte Schuld selbst in den Anwendungsbereich des VerbrKrG fällt.

Leitsatz (der Redaktion):

Das Verbraucherkreditgesetz ist auf Bürgschaften dann anwendbar, wenn die zu sichernde Forderung ihrerseits dem Schutzbereich des Verbraucherkreditgesetzes unterfällt.

Sachverhalt:

Die Kl. gewährte als Bank am 16. 2. 1993 der damaligen Lebensgefährtin des Bekl. einen Kredit von 35.000 DM für den Aufbau eines Lebensmittelgeschäfts in M. Der Kreditbetrag wurde ausgezahlt und sollte jeweils am 31. 3. und 30. 9. eines jeden Jahrs in 14 gleich hohen aufeinanderfolgenden Halbjahresraten von 2.500 DM getilgt werden. Am 17. 2. 1993 unterschrieb der Bekl. für die aus der Geschäftsbeziehung der Hauptschuldnerin mit der Kl. resultierenden Forderungen eine Höchstbürgschaft von 52.000 DM. Eine schriftliche Annahme der Bürgschaft durch die Kl. erfolgte nicht. Ende 1993 geriet die Hauptschuldnerin in finanzielle Schwierigkeiten. Auf den eingeräumten Kredit zahlte sie lediglich eine Rate von 2500 DM. Die Kl. kündigte schließlich mit Schreiben vom 9. 8. 1994 den Kredit wegen wesentlicher Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse. Das

Kreditkonto wies zu diesem Zeitpunkt einen Saldo von 33.025,51 DM auf. Die Kl. nahm daraufhin den Bekl. aus der von ihm übernommenen Höchstbürgschaft auf Zahlung in Anspruch. Dieser verweigerte unter Hinweis auf seine bereits am 18. 3. 1994 ausgesprochene Kündigung die Zahlung aus der Bürgschaft. Im Zeitpunkt der Kündigung betrug das Saldo auf dem Kreditkonto 35.000 DM. Hierauf wurden von der Hauptschuldnerin 2.500 DM am 28.11. 1994 und 2.600 DM am 1. 12. 1994 gezahlt.

Hat die auf Zahlung von 27.929,02 DM zzgl. Verzugszinsen gerichtete Klage Aussicht auf Erfolg?

Lösung:

Anspruch der Kl. auf Zahlung von 27.929,02 DM gem. §§ 765 I, 607 I BGB sowie auf Verzugszinsen gem. §§ 286 I, 288 I BGB

Die Kl. könnte gegen den Bekl. einen Anspruch auf Zahlung von 27.929,02 DM gem. §§ 765 I, 607 I BGB sowie auf Verzugszinsen gem. §§ 286 I, 288 I BGB haben.

Zur Entstehung eines solchen Bürgschaftsanspruchs nebst Verzugszinsen müsste zum einen ein wirksamer Bürgschaftsvertrag zwischen den Parteien zustande gekommen sein und zum anderen eine fremde, zu sichernde Hauptschuld bestehen. In diesem Fall ist bereits zu problematisieren, ob überhaupt der Bürgschaftsvertrag wirksam abgeschlossen worden ist.

I. Vertragsabschluss

Zunächst müssten die Parteien eine vertragliche Einigung gem. §§ 145 ff. BGB mit dem Inhalt einer Bürgschaft erzielt haben. Am 17. 2. 1993 unterschrieb der Bekl. für die aus der Geschäftsbeziehung der Hauptschuldnerin mit der Kl. resultierenden Forderungen eine Höchstbürgschaft von 52.000,- DM. In der formlosen Entgegennahme dieses Schreibens liegt auch eine konkludente Annahmeerklärung seitens der Kl., vertreten durch ihren jeweiligen Angestellten, § 164 I BGB.

II. Wirksamkeit

Allerdings könnte dieser Bürgschaftsvertrag gem. §§ 4 I, 6 I VerbrKrG wegen Formmangels nichtig sein.

1. Anwendbarkeit des VerbrKrG

Dafür müsste das VerbrKrG in sachlicher, persönlicher und zeitlicher Hinsicht auf den vorliegenden Bürgschaftsvertrag zur Anwendung kommen.

a) sachlicher Anwendungsbereich

Nach § 1 I VerbrKrG findet dieses Verbraucher-

schutzgesetz nur Anwendung auf Kreditverträge (§ 1 II VerbrKrG) und Kreditvermittlungsverträge (§ 1 III VerbrKrG). Da eine Bürgschaft keinen Kredit gewährt, sondern einen solchen nur persönlich sichert, kommt allenfalls eine entsprechende Anwendung des VerbrKrG in Betracht. Das Gericht führt dazu aus:

“Auf den vorliegenden Bürgschaftsvertrag findet das Verbraucherkreditgesetz und damit die besondere Formvorschrift des § 4 I VerbrKrG Anwendung. Es handelt sich um eine Bürgschaft für ein sogenanntes Existenzgründerdarlehen. § 1 I VerbrKrG schließt den Anwendungsbereich des Verbraucherkreditgesetzes nur für Kredite für eine bereits ausgeübte gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit aus, so daß Kredite zum Aufbau bzw. zur Aufnahme einer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit grundsätzlich erfaßt werden. Eine Einschränkung erfolgt jedoch über § 3 I Nr. 2 VerbrKrG für solche Existenzgründerkredite, deren Nettokreditbetrag oder Barzahlungspreis 100.000 DM übersteigt. Das der Hauptschuldnerin gewährte Darlehen überschreitet diesen Höchstbetrag nicht. Soweit aber die durch die Bürgschaft zu sichernde Forderung dem Verbraucherkreditgesetz unterfällt, muß auch das Verbraucherkreditgesetz aufgrund des Schutzzwecks des Gesetzes sowie aufgrund des engen wirtschaftlichen Zusammenhangs zwischen Bürgschaft und Hauptschuld dem Verbraucherkreditgesetz zumindest in entsprechender Anwendung unterfallen. Dieser Argumentation steht auch nicht die Entscheidung des BGH vom 21. 4. 1998 (NJW 1998, 1939 = EuZW 1998, 444) entgegen. Dort wurde die hier entscheidende Frage der Anwendbarkeit des Verbraucherkreditgesetzes auf Bürgschaften, die Forderungen sichern, die ihrerseits dem Schutzbereich des Verbraucherkreditgesetzes unterfallen, offengelassen.

Der EuGH hat in einer Entscheidung vom 17. 3. 1998 zur Anwendbarkeit der Richtlinie 85/577/EWG auf Bürgschaften im Rahmen von Haustürgeschäften die Bürgschaften nicht grundsätzlich vom Anwendungsbereich dieser verbraucherschützenden Norm ausgeschlossen. Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Richtlinie auf Bürgschaften sollte jedoch nach dieser Entscheidung sein, daß die Schuld, die die Bürgschaft sichert, selbst unter den Anwendungsbereich fällt. Neben dem Wortlaut der Richtlinie stellt der EuGH maßgebend auf den Schutzzweck des Gesetzes ab. Diesem Schutzzweck sollte der Vertrag nicht allein deshalb entzogen werden, weil die Leistung des Gewerbetreibenden nicht dem Vertragspartner, sondern einem Dritten zugute kommen sollte (EuGH, Slg. I-1998, 1199 = NJW 1998, 1295 [1296] = EuZW 1998, 252 - Dietzinger). In diesem Zusammenhang wies der EuGH auch auf die enge wirtschaftliche Verflechtung von

Kreditvertrag und Bürgschaft hin, die zumeist in der Praxis erst die Voraussetzung für den Abschluß des Hauptgeschäfts schaffen würde. Da die Richtlinie 87/162/EWG zum Verbraucherschutz den Verbraucherschutz erweitern sollte, ist im Hinblick auf die aus dem EuGH-Urteil erkennbare Tendenz zu einer erweiternden Auslegung der verbraucherschützenden Normen die Anwendung des Verbraucherkreditgesetzes dann gerechtfertigt, wenn - wie hier - eine Forderung aus einem Verbrauchergeschäft durch eine Bürgschaft gesichert werden soll.”

Demnach ist der sachliche Anwendungsbereich eröffnet.

b) persönlicher Anwendungsbereich

Nach § 1 I VerbrKrG müssen die Parteien eines solchen Vertrages jeweils Kreditgeber und Verbraucher sein. Kreditgeber ist jede Person, die in Ausübung ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit einen “Kreditvertrag” abschließt, was auf die Kl. als Bank zutrifft. Es gehört zu ihrer ständigen Geschäftspraxis, sich Bürgschaften für gewährte Darlehen als Sicherheit zu beschaffen. Verbraucher kann nur eine natürliche Person sein, es sei denn, dass der Kreditvertrag nach seinem Inhalt für ihre bereits ausgeübte gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit bestimmt. Der Bekl. ging die Bürgschaftsverpflichtung als damaliger Lebensgefährtin der Darlehensnehmerin, also aus privaten Gründen ein. Es entspricht weder seiner gewerblichen noch beruflichen Betätigung, für andere Bürgschaften zu übernehmen. Der persönliche Anwendungsbereich ist damit ebenfalls gegeben.

c) zeitlicher Anwendungsbereich

Mit dem Bürgschaftsvertragsabschluss am 17. 2. 1993 unterfällt derselbe dem zeitlichen Anwendungsrahmen des VerbrKrG, das für entsprechende seit dem 01.01.1991 gilt (vgl. Art. 9 I des Gesetzes über Verbraucherkredite, zur Änderung der ZPO und anderer Gesetze). Damit kommt das VerbrKrG im vorliegenden Fall zur Anwendung.

2. Schriftformerfordernis

Zum Schutze des Verbrauchers ist Transparenz bzgl. des Vertragsinhalts geboten, der durch das Schriftformerfordernis gem. § 4 I 1 VerbrKrG und die Pflicht zu bestimmten Mindestangaben gem. § 4 I 4 VerbrKrG Rechnung getragen wird. Fraglich ist, ob bei Abschluss des Bürgschaftsvertrages diese Formanforderung beachtet worden ist.

Das Gericht führt dazu aus:

“Gem. § 4 I 1 VerbrKrG bedarf der Vertrag insgesamt der schriftlichen Form. Dabei ist es, gem. § 4 I 2

VerbrKrG nicht erforderlich, daß Antrag und Annahme in derselben Urkunde erklärt werden. Eine schriftliche Annahmeerklärung der Kl. liegt nicht vor. Soweit ein Angestellter der Bank das Formular der Bürgschaftserklärung ebenfalls unterschrieben hat, stellt dies keine schriftliche Annahmeerklärung der Bürgschaft dar. Durch diese Unterschrift sollte gemäß dem darüberstehenden Text lediglich bestätigt werden, daß die Unterschrift des Bürgen in Gegenwart des Unterzeichnenden vollzogen wurde, von dem Bürgen als seine anerkannt wurde und daß dem Bürgen ein Duplikat ausgehändigt wurde.

Die Voraussetzungen des § 4 I 3 VerbrKrG sind ebenfalls nicht erfüllt. § 4 I 3 VerbrKrG verzichtet insofern lediglich auf die eigenhändige Unterzeichnung der Annahmeerklärung durch den Kreditgeber für den Fall, daß die Erklärung mit Hilfe automatischer Einrichtungen erfolgte. Damit wird aber gerade nicht auf das Erfordernis der schriftlichen Annahmeerklärung verzichtet, sondern nur auf die eigenhändige Unterschrift.

Das insoweit vorformulierte Bürgschaftsformular stellt aber - keine solche mit Hilfe einer automatischen Einrichtung erstellte Annahmeerklärung dar. Vor Unterzeichnung durch den Bürgen ist das Bürgschaftsformular der Bank lediglich eine invitatio ad offerendum, so daß § 4 I 3 VerbrKrG keine Anwendung findet.

Da es somit an einer schriftlichen Annahmeerklärung der Kl. fehlt, ist der Bürgschaftsvertrag gem. § 6 I VerbrKrG nichtig. Eine Heilung gem. § 6 II VerbrKrG ist nicht eingetreten, da sich diese Heilung nicht auf einen Formmangel gem. § 4 I 1 VerbrKrG bezieht, sondern nur auf die fehlenden Angaben nach § 4 I 4 Nr. 1 VerbrKrG. Eine Heilung gem. § 6 VerbrKrG ist schon mangels Zustellung an den Bekl. nicht eingetreten."

Demzufolge ist der Bürgschaftsvertrag mangels Schriftlichkeit nichtig, so dass keine Bürgenhaftung des Bekl. begründet worden ist. Mithin hat der Kl. keine Ansprüche gegen den Beklagten.

Standort: Strafrecht

Problem: Überlisten eines Geldwechselautomaten

OLG DÜSSELDORF, BESCHLUSS VOM 29. JULI 1999
- 5 SS 291/98 - 71/98 I (WISTRA 1999, 471)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte die Herausgabe von Geldmünzen aus einem Geldwechselautomaten bewirkt, indem er einen mit Tesafilmstreifen präparierten Geldschein in den Automaten eingeführt und diesen nach Freigabe der Geldmünzen mit Hilfe der Tesafilmstreifen wieder herausgezogen hat. Nachdem das AG den Angeklagten wegen Diebstahls in einem besonders schweren Fall gem. §§ 242, 243 I 2 Nr. 2 StGB verurteilt hatte, begehrte dieser mit seiner Sprungrevision (§ 335 I StPO) eine Verurteilung lediglich wegen Computerbetrugs. Das Rechtsmittel hat im Ergebnis keinen Erfolg, da das OLG Düsseldorf davon ausgeht, dass das AG zunächst zutreffend den Tatbestand des Computerbetrugs (§ 263 a StGB) verneint und im Ergebnis zu Recht einen Diebstahl in einem besonders schweren Fall bejaht hat. Das Revisionsgericht vertritt die Ansicht, dass aufgrund der bloß manuellen Einwirkung auf den Automaten durch das Zurückziehen des präparierten Geldscheins keine Beeinflussung des Ergebnisses eines Datenverarbeitungsvorgangs (vgl. § 263 a StGB) vorliegt. Da auf der anderen Seite der Automatenbetreiber allein mit der äußerlich ordnungsgemäßen Bedienung des Automaten einverstanden sei, habe der Angeklagte mit den Geldmünzen für ihn fremde Sachen weggenommen und damit den Tatbestand des

Diebstahls verwirklicht. Zwar habe das AG zu Unrecht die Verwirklichung des Regelbeispiels nach § 243 I 2 Nr. 2 StGB angenommen, doch ist nach Auffassung des OLG Düsseldorf vom Vorliegen eines unbenannten besonders schweren Falles auszugehen, wobei ausgeführt wird, dass insoweit keine Hinweispflicht gem. § 265 StPO besteht.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung ist insofern als besonders examensrelevant einzustufen, als sie Abgrenzungsfragen zwischen den wichtigen Vermögensdelikten des Diebstahls, des Computerbetrugs und des Erschleichens von Leistungen (§ 265 a StGB) anspricht. Entsprechend den ähnlich liegenden "Gelspielautomatenfällen" (vgl. dazu RA 1999, S.228) ist davon auszugehen, dass § 263 a StGB insoweit nur eingreift, wenn eine Computermanipulation gem. § 263 a I StGB vorliegt, die unmittelbar zu einem Vermögensschaden des Automatenbetreibers führt. In sonstigen Fällen der ordnungswidrigen Bedienung des Automaten ist regelmäßig eine Strafbarkeit wegen Diebstahls gegeben, weil aufgrund der bedienungswidrigen Einwirkung auf das Gerät weder von einem Übereignungswillen noch von einem den Gewahrsamsbruch ausschließenden Einverständnis ausgegangen werden kann (vgl. Schönke/Schröder/Eser, § 242, Rn. 36 m.N.). Im Hinblick auf das Vorliegen eines besonders schweren Falles gem. § 243 StGB ist zu beachten, dass im Rahmen

einer Fallbearbeitung lediglich zu den Regelbeispielen gem. § 243 I 2 Nr. 1 bis 7 StGB, nicht aber zu den unbenannten Fällen des Diebstahls in einem besonders schweren Fall Stellung bezogen werden muss. Die entsprechenden Ausführungen des OLG Düsseldorf werden daher in der nachfolgenden Lösung in Klammern gesetzt.

Schließlich sind die Darlegungen des Gerichts zu § 265 a StGB, wonach das Erschleichen von Leistungen eines Automaten lediglich bei den sog. Leistungs-, nicht aber bei den sog. Warenautomaten in Betracht kommt, insofern ergänzungsbedürftig, als eine im Vordringen befindliche Literaturansicht diese Unterscheidung zwischen den Automatentypen ablehnt, mithin grundsätzlich auch Warenautomaten als vom Schutzbereich des § 265 a StGB erfasst ansieht und § 265 a StGB regelmäßig erst aufgrund der gesetzlich angeordneten Subsidiarität zurücktreten lässt (vgl. etwa Mitsch, JuS 1998, 311 f.; Otto, BT, 52/14; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn. 674; SK-Günther, § 265 a, Rn. 11).

Leitsätze:

1. Bewirkt der Täter die Herausgabe von Geldmünzen aus einem Geldwechselautomaten dadurch, daß er einen mit Tesafilmstreifen beklebten Geldschein in den Automaten einführt und diesen nach Freigabe der Münzen mit Hilfe der Tesafilmstreifen wieder herauszieht, so erfüllt er den Tatbestand des Diebstahls, nicht jedoch den des Computerbetruges (§ 263 a StGB) und auch nicht den des Erschleichens von Leistungen. In diesem Fall ist jedoch nicht die Strafzumessungsregel des § 243 Abs. 1 Nr. 2 StGB erfüllt. Allerdings kommt die Annahme eines unbenannten besonders schweren Falles des Diebstahls in Betracht.

2. Es besteht keine Hinweispflicht nach § 265 StPO bei Annahme eines unbenannten besonders schweren Falles des Diebstahls.

Sachverhalt:

Nach den Feststellungen des Amtsgerichts war der Angeklagte A im Besitz eines für die unberechtigte Entnahme von Münzen aus Wechselgeldautomaten präparierten 100 DM-Scheins. An der kürzeren Seite dieses echten Geldscheins waren drei parallel verlaufende Tesafilmstreifen mit einer Länge von je 15 cm beidseitig angebracht, die am Ende miteinander verbunden waren. Der so präparierte Schein wurde in den Wechselautomaten eingeführt und an den Tesafilmstreifen wieder herausgezogen, nachdem er die Lichtschranke überschritten und dadurch das Umwechseln in Münzen und ihren Auswurf ausgelöst hatte.

A machte von dem präparierten 100,00 DM-Schein in der Spielhalle von S Gebrauch, indem er einem dort aufgestellten Geldwechselautomaten durch den beschriebenen Einsatz des "Tatwerkzeugs" einen Münzgeldbetrag von 6 000.00 DM entnahm.

Lösung:

A. Strafbarkeit wegen Computerbetrugs gem. § 263 a StGB durch das Einwirken auf den Geldwechselautomaten

I. Tatbestand

Zur Tatbestandsmäßigkeit des Verhaltens i.S. des § 263 a StGB führt das OLG Düsseldorf aus:

Das AG hat den Straftatbestand des Computerbetrugs mit folgender Begründung verneint: "Taterfolg bei allen Behebungsmöglichkeiten des § 263 a StGB ist die Beeinflussung des Ergebnisses eines Datenverarbeitungsvorgangs. In den Datenverarbeitungsvorgang des Geldwechselautomaten selbst hat der Angeklagte jedoch nicht eingegriffen. Der Geldwechselautomat hat nämlich genau seine eigentliche Funktion, das Wechseln eines 100,00 DM-Scheins in 5,00 DM-Stücke erfüllt. Gerade das ist Sinn und Zweck des Geldwechselautomaten bzw. des Computerprogramms, das den Arbeitsablauf dieses Automaten bestimmt. Allein mittels eines mechanischen Hilfsmittels in Form der Tesafilmstreifen war es dem Angeklagten möglich, den 100,00 DM-Schein zurückzuziehen. Es ist eben gerade nicht zu einer Beeinträchtigung des Computerprogramms bzw. des Datenverarbeitungsprogramms gekommen. Nur das manuelle Zurückziehen des präparierten Geldscheins hat dem A die Möglichkeit eröffnet, die Schutzvorrichtung in Form des gesicherten Automatengehäuses, in dem sich die 5,00 DM-Stücke befanden, zu überwinden".

Das angefochtene Urteil hält im Ergebnis rechtlicher Überprüfung stand.

Zutreffend ist das Amtsgericht zunächst davon ausgegangen, daß nach den getroffenen Feststellungen der Straftatbestand des Computerbetrugs nicht verwirklicht ist. Der objektive Tatbestand des § 263 a StGB setzt voraus, daß der Täter durch unrichtige Gestaltung des Programms, durch Verwendung unrichtiger oder unvollständiger Daten, durch unbefugte Verwendung von Daten oder sonst durch unbefugte Einwirkung auf den Ablauf des Datenverarbeitungsvorgangs dessen Ergebnis beeinflusst und dadurch das Vermögen eines anderen schädigt. Hierdurch sollen nach dem Zweck der Vorschrift alle Arten von Manipulationen erfaßt werden, durch die auf das Ergebnis eines Datenverarbeitungsvorgangs eingewirkt werden kann (vgl.

Schönke/Schröder/Cramer, StGB, 25. Aufl., § 263 a Rdn. 4).

Zwar hat das Amtsgericht die Konstruktion und die Funktionsweise des Geldwechselautomaten nicht im einzelnen beschrieben. Den Feststellungen ist jedoch zu entnehmen, daß der Angeklagte die Sperre für den Auswurf der Geldstücke durch Einsatz des präparierten 100,00 DM-Scheins "überlistet" und dadurch die Auszahlung in Gang gesetzt, nicht aber auf den möglicherweise durch ein Datenverarbeitungsprogramm gesteuerten Ablauf des Auszahlungsvorgangs durch Datenmißbrauch oder Programmveränderungen Einfluß genommen hat.

II. Ergebnis

A hat sich nicht wegen Computerbetrugs gem. § 263 a StGB strafbar gemacht, als er auf den Geldwechselautomaten eingewirkt hat.

B. Strafbarkeit des A wegen Diebstahls gem. § 242 I StGB durch das Ansichnehmen der Geldmünzen

I. Tatbestand

1. Wegnahme einer fremden beweglichen Sache

Bei den Geldmünzen handelt es sich um bewegliche Sachen. Fraglich ist, ob diese für den A fremd waren, als er sie an sich genommen hat und ob insoweit eine Wegnahme, d.h. ein Gewahrsamswechsel gegen oder ohne den Willen des Berechtigten gegeben ist. Dazu führt das Gericht aus:

Der Betreiber eines Geldwechselautomaten, also eines zum Zwecke der Geldauszahlung benutzten Warenautomaten, in dessen Eigentum und Gewahrsam die in ihm befindlichen Geldstücke stehen, ist mit deren Übereignung und Übergabe an den Entnehmer nur einverstanden, wenn dieser den Automaten ordnungsgemäß betätigt. Dazu gehört selbstverständlich, daß der einzuwechselnde Geldschein nach Einführung in den Automaten auf Dauer in ihm verbleibt und der Benutzer ihn nicht wiedererlangt, nachdem er den Auszahlungsmechanismus in Gang gesetzt hat und der Gegenwert in Münzen an ihn ausgezahlt worden ist. Weil aber diese Voraussetzung nach den Feststellungen hier nicht zutraf, der A den präparierten Geldschein vielmehr nach Auswurf der Münzen immer wieder aus dem Gerät hervorzog, ist der Betreiber des Automaten mangels Einverständnisses Eigentümer der Geldstücke und Inhaber des durch das Auswerfen allenfalls gelockerten Gewahrsams an ihnen geblieben. Durch das Ansichnehmen der Geldstücke hat der Angeklagte sodann den Gewahrsam des Betreibers gebrochen und an den diesem nach wie vor gehörenden

Münzen eigenen Gewahrsam begründet (vgl. OLG Celle, aaO.).

Der Auffassung der Generalstaatsanwaltschaft, der A habe sich nicht hinsichtlich des Wechsegeldes, sondern dadurch strafbar gemacht, dass er sich den präparierten 100.00 DM-Schein mehrfach wiederbeschafft habe, vermag der Senat nicht zu folgen. Der Angeklagte hat nämlich den eigenen Gewahrsam an dem Geldschein zu keiner Zeit auf den Betreiber des Automaten übertragen, wie es zur ordnungsgemäßen Betätigung des Geräts erforderlich gewesen wäre. Vielmehr hat er stets die tatsächliche Sachherrschaft über den Schein behalten und infolgedessen nicht dadurch wieder eigenen Gewahrsam daran begründet, daß er ihn nach Auswurf der Münzen aus dem Gerät hervorzog. Die von der Generalstaatsanwaltschaft in diesem Zusammenhang zitierte Entscheidung des OLG Celle in StV 1997, 79 f. betrifft einen anders gelagerten Fall. Im übrigen wurde die genannte Rechtsauffassung zu dem rechtlich unhaltbaren Ergebnis führen, daß selbst der Benutzer, der darauf verzichtet, die ausgeworfenen Geldstücke an sich zu nehmen, allein durch die Wiedererlangung des Geldscheins einen Diebstahl beginge.

2. Vorsatz und Zueignungsabsicht

A handelte vorsätzlich und mit der Absicht, unter Ausschluss des Berechtigten (Enteignung) die Münzen seinem eigenen Vermögen einzuverleiben (Aneignung). Die angestrebte Zueignung war objektiv rechtswidrig, was der A auch wusste.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

III. Strafzumessung: Besonders schwerer Fall gem. § 243 I 2 StGB

Im Rahmen der Strafzumessung könnte zu berücksichtigen sein, dass ein besonders schwerer Fall des Diebstahls gem. § 243 I 2 Nr. 2 StGB vorliegt. Während das AG das Überwinden einer Schutzvorrichtung i.S. der Nr. 2 angenommen hatte, vertritt das OLG folgende Rechtsansicht: Allerdings hat der Angeklagte durch die festgestellten Manipulationen an dem Geldwechselautomaten nicht die Voraussetzungen der Strafzumessungsregel (Diebstahl im besonders schweren Fall) nach § 243 Abs. 1 Nr. 2 verwirklicht. Allein der Umstand, daß sich die Geldstücke in einem verschlossenen Behältnis befanden, reicht hierfür nicht aus. Zwar dient die Ummantelung des Geräts neben der Aufnahme des Wechselmechanismus auch dem Schutz des Geldes, jedoch nur vor Wegnahme *ohne* Betätigung des Automaten. Diese durch das Behältnis

bestehende Sicherung hat der Angeklagte jedoch nicht überwunden. Vielmehr hat er den Wechselvorgang in Lauf gesetzt und die Münzen an sich genommen, nachdem das Gerät sie durch die dafür vorgesehene Öffnung ausgeworfen hatte. Nur wenn der Angeklagte bei der Wegnahme der Geldstücke eine besondere Schutzvorrichtung gegen das Ansichbringen der Münzen ohne Betätigung des Geräts überwunden hätte, wären die Voraussetzungen des § 243 Abs. 1 Nr. 2 StGB erfüllt gewesen (vgl. OLG Stuttgart, aaO.). Das ist nach den getroffenen Feststellungen hier nicht der Fall.

[Ergänzende Ausführungen des OLG zum Vorliegen eines unbenannten besonders schweren Falles: Gleichwohl hat das Amtsgericht im Ergebnis zu Recht Diebstahl in einem besonders schweren Fall bejaht. Die Aufzählung der benannten besonders schweren Fälle in § 243 Abs. 1 StGB ist nicht abschließend. Vielmehr ist anerkannt, daß auch sonst Diebstähle als besonders schwere Fälle angesehen werden können, wenn sich die Taten aufgrund ihrer Gesamtbewertung nach ihrem Gewicht von Unrecht und Schuld deutlich von dem Normalfall des einfachen Diebstahls gemäß § 242 StGB abheben (vgl. Schönke/Schröder/Eser, aaO., § 243 Rdn. 42 a m.w.N.) Das kommt u.a. in Betracht, wenn die Taten eine besondere kriminelle Energie offenbaren, ferner aber auch, wenn der Täter besonders listig vorgegangen ist und gerade dadurch eine erhebliche Beute gemacht hat. So liegt der Fall hier. Der festgestellte Einsatz des präparierten Geldscheins als "Tatwerkzeug" läßt ein außerordentlich hohes Maß an List bei der Ausführung der Diebstähle erkennen. Deshalb und unter weiterer Berücksichtigung der erzielten beträchtlichen Beute, hebt sich der Vorfall vom Normalfall des einfachen Diebstahls deutlich ab und rechtfertigt die Annahme eines - unbenannten - besonders schweren Falles.]

IV. Ergebnis

A hat sich wegen Diebstahls gem. § 242 I StGB straf-

bar gemacht, als er die Geldmünzen entwendet hat.

C. Strafbarkeit gem. § 265 a StGB wegen des Erschleichens von Leistungen eines Automaten durch das Einwirken auf den Geldwechselautomaten

I. Tatbestand

Durch sein Verhalten könnte sich A zudem die Leistung eines Automaten i.S. des § 265 a I StGB erschlichen haben. Das OLG Düsseldorf verneint die Tatbestandsmäßigkeit mit folgenden Erwägungen: Rechtsprechung und Schrifttum unterscheiden bei der Anwendung des § 265 a StGB zwischen Warenautomaten, die Waren oder Berechtigungs- oder Gutscheine aller Art abgeben (z.B. Zigaretten-, Getränke- oder Fahrkartenautomaten), und Leistungsautomaten, die sonstige, nicht in der Hergabe von Sachen bestehende Leistungen erbringen (wie z.B. Spiel-, Musik-, Fernsprech- und Gewichtsautomaten). Nur die zuletzt genannten Geräte unterfallen dem Auffangtatbestand

des § 265 a StGB, während die mißbräuchliche Benutzung von Warenautomaten seit jeher als Diebstahl gewertet wurde (vgl. OLG Celle OLGSt StGB § 242 Nr. 14; OLG Koblenz NJW 1984, 2424, OLG Stuttgart NJW 1982, 1659; OLG Köln OLGSt StGB § 242 Nr. 15; Schönke/Schröder/Lenckner, aaO., § 265 a Rdn. 4).

Der Geldautomat erbringt keine Leistungen in dem genannten Sinne, sondern gibt Geldmünzen, also Waren, ab. Er ist deshalb als ein Warenautomat zu behandeln. Dementsprechend sind vor Einführung des § 265 a StGB im Jahre 1986 von der Rechtsprechung ständig die Diebstahlsvorschriften angewendet worden, wenn der Täter in unbefugter Weise eine Geldausgabe aus dem Automaten erreichte (vgl. OLG Koblenz, aaO.; BayObLG 1955, 120), wie etwa durch Einführen eines Drahtes in den Geldausgabeschlitz, durch Verursachung eines Kurzschlusses oder durch Benutzung von Falschgeld oder Münzen ähnelnden Metallscheiben, um dadurch den Automaten in Gang zu setzen. A hat sich also nicht gem. § 265 a StGB strafbar gemacht, als er die Herausgabe der Geldmünzen bewirkte.