Öffentliches Recht

Standort: Europarecht Problem: Frauen in Kampfverbänden der Bundeswehr

EUGH, URTEIL VOM 11.01.2000, C-285/98 (KREIL)
(BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Mit den nachstehenden Urteilen nimmt der EuGH zur Frage Stellung, ob und inwieweit Frauen einen Anspruch auf Zugang zu Kampfeinheiten der Streitkräfte ihres Landes haben. In der Bundesrepublik Deutschland können Frauen nur im Rahmen des Sanitäts- und Militärmusikdienstes in der Bundeswehr Beschäftigung finden; Art. 12 a IV GG schließt den Dienst an der Waffe für Frauen kategorisch aus. Dies ist nach Auffassung des EuGH mit der Richtlinie 76/207/EWG des Rates der EG vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen unvereinbar.

Demgegenüber sollen Frauen nach dem Tenor der hinter diesem Urteil abgedruckten Sirdar-Entscheidung aufgrund ihres Geschlechts von bestimmten Einheiten ausgeschlossen werden können, in denen körperliche Anforderungen gestellt werden, denen Frauen nach Ansicht des Gerichts nicht genügen können (im Fall: "Allseitige Verwendbarkeit" der Royal Marines).

Prüfungsrelevanz:

Das "Kreil-Urteil" des EuGH hat hierzulande hohe Wellen geschlagen und verdient schon deshalb besondere Beachtung für die mündliche Prüfung, aber auch für die Klausur (Konstellation etwa: Frau wird von der Bundeswehr abgewiesen und klagt auf Einstellung zur Kampftruppe). In der Entscheidung nimmt der EuGH vielfach auf die kurz zuvor ergangene Sirdar-Entscheidung Bezug, weshalb hier beide Entscheidungen wiedergegeben werden. Juristisch sind vor allem zwei Punkte festzuhalten:

Zum einen geht der EuGH stillschweigend davon aus, dass die einschlägige EG-Gleichstellungsrichtlinie höherrangiges Recht darstellt als der ihr entgegenstehende Art. 12 a GG. Der EuGH bleibt damit seiner in st. Rspr. vertretenen Ansicht treu, wonach sowohl primäres als auch sekundäres Gemeinschaftsrecht jedem nationalen Recht, also auch nationalem Verfassungsrecht, vorgehen (vgl. grundlegend EuGH, Slg. 1964, 1251; Slg. 1970, 1125). Das BVerfG hat sich seinerseits in der sogen. "Solange"-Rechtsprechung zur Frage der Normenkollision von GG und Europarecht geäußert; danach soll EG-Recht jedenfalls solange nationalem Verfassungsrecht vorgehen, wie auf europäischer Ebene ein den nationalen Grundrechten vergleichbarer Grundrechtsschutz existiert (BVerfGE 73, 339 -"Solange II"-).

Zum anderen steht die einschlägige Gleichbehandlungs-Richtlinie nach deren § 2 II explizit nicht der Befugnis der Mitgliedstaaten entgegen, solche beruflichen Tätigkeiten und gegebenenfalls die dazu jeweils erforderliche Ausbildung, für die das Geschlecht auf Grund ihrer Art oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine unabdingbare Voraussetzung darstellt, von ihrem Anwendungsbereich auszuschließen, d.h. nur Männern oder nur Frauen zugänglich zu machen. Ein Beispiel für eine solche Tätigkeit bieten nach der vorliegenden Sirdar-Entscheidung die "Royal Marines", eine spezielle Kampftruppe der britischen Streitkräfte.

Leitsatz:

Die Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen steht der Anwendung nationaler Bestimmungen entgegen, die wie die des deutschen Rechts Frauen allgemein vom Dienst mit der Waffe ausschließen und ihnen nur den Zugang zum Sanitäts- und Militärmusikdienst erlauben.

Sachverhalt:

Das Verwaltungsgericht Hannover hat mit Beschluss vom 13. Juli 1998, beim Gerichtshof eingegangen am 24. Juli 1998, gemäß Artikel 177 EG-Vertrag (jetzt Artikel 234 EGV) eine Frage nach der Auslegung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen (im folgenden: Richtlinie), insbesondere Artikel 2, zur Vor-

abentscheidung vorgelegt. Diese Frage stellt sich im Rahmen eines Rechtsstreits, den Frau Kreil gegen die Bundesrepublik Deutschland angestrengt hat, weil ihr die Bundeswehr eine Verwendung in der Instandsetzung (Elektronik) verweigert hat.

Artikel 2 Absätze 1 bis 3 der Richtlinie lauten:
(1) Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Sinne der nachstehenden Bestimmungen beinhaltet, dass keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts - insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand - erfolgen darf.
(2) Diese Richtlinie steht nicht der Befugnis der Mitgliedstaaten entgegen, solche beruflichen Tätigkeiten und gegebenenfalls die dazu jeweils erforderliche Ausbildung, für die das Geschlecht auf Grund ihrer Art oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine unabdingbare Voraussetzung darstellt, von ihrem Anwendungsbereich auszuschließen.
(3)Diese Richtlinie steht nicht den Vorschriften zum Schutz der Frau, insbesondere bei Schwangerschaft und Mutterschaft, entgegen."

Nach Artikel 9 Absatz 2 der Richtlinie prüfen "die Mitgliedstaaten ...in regelmäßigen Abständen die unter Artikel 2 Absatz 2 fallenden beruflichen Tätigkeiten, um unter Berücksichtigung der sozialen Entwicklung festzustellen, ob es gerechtfertigt ist, die betreffenden Ausnahmen aufrechtzuerhalten. Sie übermitteln der Kommission das Ergebnis dieser Prüfung."

Artikel 12a des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland bestimmt:
(1) Männer können vom vollendeten achtzehnten Lebensjahr an zum Dienst in den Streitkräften, im Bundesgrenzschutz oder in einem Zivilschutzverband verpflichtet werden. (...)
(4)Kann im Verteidigungsfalle der Bedarf an zivilen Dienstleistungen im zivilen Sanitäts- und Heilwesen sowie in der ortsfesten militärischen Lazarettorganisation nicht auf freiwilliger Grundlage gedeckt werden, so können Frauen vom vollendeten achtzehnten bis zum vollendeten fünfundfünfzigsten Lebensjahr durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes zu derartigen Dienstleistungen herangezogen werden. Sie dürfen auf keinen Fall Dienst mit der Waffe leisten."

Die Möglichkeiten des Zugangs von Frauen zu militärischen Verwendungen in der Bundeswehr sind insbesondere in § 1 Absatz 2 des Soldatengesetzes (SG) und § 3a der Soldatenlaufbahnverordnung (SLV) geregelt, wonach Frauen nur aufgrund freiwilliger Verpflichtung und nur in Laufbahnen des Sanitäts- und Militärmusikdienstes eingestellt werden können.
Frau Kreil, die als Elektronikerin ausgebildet ist, bewarb sich 1996 für den freiwilligen Dienst in der Bundeswehr mit dem Verwendungswunsch Instandsetzung (Elektronik). Ihr Antrag wurde vom Zentrum für Nachwuchsgewinnung und danach vom Personalstammamt der Bundeswehr mit der Begründung abgelehnt, es sei gesetzlich ausgeschlossen, dass Frauen Dienst mit der Waffe leisteten. Sie erhob daraufhin Klage beim Verwaltungsgericht Hannover und trug u. a. vor, die Ablehnung ihrer Bewerbung allein aus geschlechtsspezifischen Gründen sei gemeinschaftsrechtswidrig. Da das Verwaltungsgericht Hannover der Ansicht war, dass für die Entscheidung des Rechtsstreits eine Auslegung der Richtlinie erforderlich sei, hat es das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:
Liegt ein Verstoß gegen die Richtlinie des Rates vom 9. Februar 1976 (76/207/EWG) - insbesondere auch im Hinblick auf Artikel 2 Absatz 2 dieser Richtlinie - in der Regelung des § 1 Absatz 2 Satz 3 des Soldatengesetzes in der Fassung vom 15. Dezember 1995 (BGBl. I S. 1737), zuletzt geändert durch Gesetz vom 4. Dezember 1997 (BGBl. I S. 2846) und § 3a der Soldatenlaufbahnverordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 28. Januar 1998 (BGBl. I S. 326), wonach Frauen aufgrund freiwilliger Verpflichtung nur für Verwendungen im Sanitäts- und Militärmusikdienst berufen werden können, vom Dienst mit der Waffe jedoch in jedem Falle ausgeschlossen sind?
Das vorlegende Gericht möchte mit dieser Frage im wesentlichen wissen, ob die Richtlinie der Anwendung nationaler Bestimmungen entgegensteht, die wie die des deutschen Rechts Frauen vom Dienst mit der Waffe ausschließen und ihnen nur den Zugang zum Sanitäts- und Militärmusikdienst erlauben. Frau Kreil trägt vor, ein solcher Ausschluss stelle eine unmittelbare Diskriminierung dar, die gegen die Richtlinie verstoße. Nach ihrer Ansicht ist es gemeinschaftsrechtlich nicht zulässig, dass einer Frau durch Gesetz oder Verordnung der Zugang zu einem von ihr gewünschten Beruf verwehrt werde.
Die deutsche Regierung vertritt dagegen die Auffassung, dass das Gemeinschaftsrecht den fraglichen Bestimmungen des SG und der SLV nicht entgegensteht, die mit dem verfassungsrechtlichen Gebot des Ausschlusses von Frauen vom Dienst mit der Waffe im Einklang stünden. Zum einen gelte das Gemeinschaftsrecht grundsätzlich nicht für Fragen der Verteidigung, die zur gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik gehörten und in der Souveränität der Mitgliedstaaten verblieben seien. Zum anderen könnten, auch wenn man davon ausgehe, dass die Richtlinie im Bereich der Streitkräfte Anwendung finde, die fraglichen nationalen Be-

stimmungen über die Beschränkung des Zugangs von Frauen auf bestimmte Verwendungen in der Bundeswehr nach Artikel 2 Absätze 2 und 3 der Richtlinie gerechtfertigt sein.

Die italienische Regierung und die Regierung des Vereinigten Königreichs, die in der mündlichen Verhandlung Stellung genommen haben, weisen im wesentlichen darauf hin, dass Entscheidungen über Organisation und Kampfkraft der Streitkräfte nicht in den Anwendungsbereich des Vertrages fielen. Hilfsweise machen sie geltend, dass Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie unter bestimmten Umständen den Ausschluss von Frauen vom Dienst in Kampfeinheiten rechtfertigen könne.

Nach Ansicht der Kommission findet die Richtlinie, die für öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse gelte, auf Beschäftigungsverhältnisse in den Streitkräften Anwendung. Sie vertritt die Auffassung, Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie könne einen stärkeren Schutz von Frauen gegenüber Gefahren, die Männer und Frauen in gleicher Weise beträfen, nicht rechtfertigen. Die Frage, ob die von Frau Kreil angestrebte Beschäftigung zu den Tätigkeiten gehöre, für die es aufgrund ihrer Art oder der Bedingungen ihrer Ausübung unabdingbare Voraussetzung im Sinne von Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie sei, dass sie von Männern und nicht von Frauen ausgeübt würden, sei vom vorlegenden Gericht zu beantworten; es habe dabei den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten und müsse sowohl dem Ermessensspielraum, der dem einzelnen Mitgliedstaat nach Maßgabe der nationalen Besonderheiten belassen sei, als auch dem Prozeßcharakter der fortschreitenden Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen Rechnung tragen.

Gründe:

15. Wie der Gerichtshof in Randnummer 15 des Urteils vom 26. Oktober 1999 in der Rechtssache C-273/97 (Sirdar, Slg. 1999, I-0000) ausgeführt hat, ist es Sache der Mitgliedstaaten, die die geeigneten Maßnahmen zur Gewährleistung ihrer inneren und äußeren Sicherheit zu ergreifen haben, die Entscheidungen über die Organisation ihrer Streitkräfte zu treffen. Daraus ergibt sich jedoch nicht, dass derartige Entscheidungen vollständig der Anwendung des Gemeinschaftsrechts entzogen wären.

16. Der Vertrag sieht nämlich, wie der Gerichtshof bereits festgestellt hat, Ausnahmen aus Gründen der öffentlichen Sicherheit nur in den Artikeln 36, 48, 56, 223 (nach Änderung jetzt Artikel 30 EG, 39 EG, 46 EG und 296 EG) und 224 (jetzt Artikel 297 EG) vor; diese betreffen ganz bestimmte außergewöhnliche Fälle. Aus ihnen läßt sich kein allgemeiner, dem Vertrag immanenter Vorbehalt ableiten, der jede Maßnahme, die im Interesse der öffentlichen Sicherheit getroffen wird, vom Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts ausnimmt. Würde ein solcher Vorbehalt unabhängig von den besonderen Tatbestandsmerkmalen der Bestimmungen des Vertrages anerkannt, so könnte das die Verbindlichkeit und die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts beeinträchtigen (vgl. Urteile vom 15. Mai 1986 in der Rechtssache 222/84, Johnston, Slg. 1986, 1651, Randnr. 26, und Sirdar, Randnr. 16).

17. Der Begriff der öffentlichen Sicherheit im Sinne der in vorstehender Randnummer genannten Artikel des Vertrages umfaßt aber sowohl die innere Sicherheit eines Mitgliedstaats, um die es in dem Verfahren ging, das dem Urteil Johnston zugrunde lag, als auch seine äußere Sicherheit, die Gegenstand des Verfahrens war, das zum Urteil Sirdar geführt hat (vgl. Urteile vom 4. Oktober 1991 in der Rechtssache C-367/89, Richardt und Les Accessoires Scientifiques", Slg. 1991, I-4621, Randnr. 22, vom 17. Oktober 1995 in der Rechtssache C-83/94, Leifer u. a., Slg. 1995, I-3231, Randnr. 26, und Sirdar, Randnr. 17).

18. Außerdem betreffen einige der im Vertrag vorgesehenen Ausnahmen nur die Bestimmungen über den freien Waren-, Personen- und Dienstleistungsverkehr und nicht die Sozialvorschriften des Vertrages, zu denen der von Frau Kreil geltend gemachte Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen gehört. Es entspricht ständiger Rechtsprechung, dass dieser Grundsatz allgemeine Geltung hat und dass die Richtlinie auf öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse anwendbar ist (vgl. Urteile vom 21. Mai 1985 in der Rechtssache 248/83, Kommission/Deutschland, Slg. 1985, 1459, Randnr. 16, vom 2. Oktober 1997 in der Rechtssache C-1/95, Gerster, Slg. 1997, I-5253, Randnr. 18, und Sirdar, Randnr. 18).

19. Folglich ist die Richtlinie in einem Fall wie dem des Ausgangsverfahrens anwendbar.

20. Nach Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie haben die Mitgliedstaaten die Befugnis, solche beruflichen Tätigkeiten, für die das Geschlecht aufgrund ihrer Art oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine unabdingbare Voraussetzung darstellt, vom Anwendungsbereich der Richtlinie auszuschließen, wobei jedoch daran zu erinnern ist, dass diese Bestimmung als Ausnahme von einem in der Richtlinie verankerten individuellen Recht eng auszulegen ist (vgl. Urteile Johnston, Randnr. 36, und Sirdar, Randnr. 23).

21. So hat der Gerichtshof z. B. festgestellt, dass das Geschlecht für Beschäftigungsverhältnisse wie die eines Aufsehers und Chefaufsehers in Haftanstalten (Urteil vom 30. Juni 1988 in der Rechtssache 318/86, Kommission/Frankreich, Slg. 1988, 3559, Randnrn. 11 bis 18), für bestimmte Tätigkeiten wie die der Polizei bei schwe-

ren inneren Unruhen (Urteil Johnston, Randnrn. 36 und 37) oder auch für den Dienst in speziellen Kampfeinheiten (Urteil Sirdar, Randnrn. 29 bis 31) eine unabdingbare Voraussetzung darstellen kann.

22. Ein Mitgliedstaat kann solche Tätigkeiten und die hierauf vorbereitende Berufsausbildung je nach Lage des Falles Männern oder Frauen vorbehalten. Die Mitgliedstaaten sind, wie sich aus Artikel 9 Absatz 2 der Richtlinie ergibt, in einem solchen Fall verpflichtet, die betreffenden Tätigkeiten in regelmäßigen Abständen zu prüfen, um unter Berücksichtigung der sozialen Entwicklung festzustellen, ob die Ausnahme von der allgemeinen Regelung der Richtlinie noch aufrechterhalten werden kann (vgl. Urteile Johnston, Randnr. 37, und Sirdar, Randnr. 25).

23. Bei der Festlegung der Reichweite der Ausnahme von einem Grundrecht wie dem auf Gleichbehandlung ist außerdem, wie der Gerichtshof in Randnummer 38 des Urteils Johnston und Randnummer 26 des Urteils Sirdar ausgeführt hat, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten, der zu den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts gehört. Danach dürfen Ausnahmen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des verfolgten Zieles angemessen und erforderlich ist; ferner ist der Grundsatz der Gleichbehandlung soweit wie möglich mit den Erfordernissen der öffentlichen Sicherheit, die für die Bedingungen der Ausübung der jeweiligen Tätigkeiten bestimmend sind, in Einklang zu bringen.

24. Die nationalen Stellen verfügen jedoch je nach den Umständen über einen bestimmten Ermessensspielraum, wenn sie die für die öffentliche Sicherheit eines Mitgliedstaats erforderlichen Maßnahmen treffen (vgl. Urteile Leifer u. a., Randnr. 35, und Sirdar, Randnr. 27).

25. Daher ist, wie der Gerichtshof in Randnummer 28 des Urteils Sirdar ausgeführt hat, zu prüfen, ob unter den Umständen des konkreten Falles die Maßnahmen, die die nationalen Stellen in Ausübung des ihnen zuerkannten Ermessens getroffen haben, tatsächlich das Ziel verfolgen, die öffentliche Sicherheit zu gewährleisten, und ob sie angemessen und erforderlich sind, um dieses Ziel zu erreichen.

26. Wie in den Randnummern 5, 6 und 7 des vorliegenden Urteils festgestellt, stützt sich die Weigerung, die Klägerin des Ausgangsverfahrens in den Dienst der Bundeswehr einzustellen, in dem sie beschäftigt werden wollte, auf die Bestimmungen des deutschen Rechts, wonach Frauen vollständig vom Dienst mit der Waffe ausgeschlossen sind und ihnen nur der Zugang zum Sanitäts- und Militärmusikdienst erlaubt ist.

27. In Anbetracht seiner Reichweite kann ein solcher Ausschluss, der für nahezu alle militärischen Verwendungen in der Bundeswehr gilt, nicht als eine Ausnahmemaßnahme angesehen werden, die durch die spezifische Art der betreffenden Beschäftigungen oder die besonderen Bedingungen ihrer Ausübung gerechtfertigt wäre. Die Ausnahmen im Sinne von Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie können aber nur spezifische Tätigkeiten betreffen (vgl. Urteil Kommission/Frankreich, Randnr. 25).

28. Im übrigen kann schon im Hinblick auf das Wesen der Streitkräfte die Tatsache, dass deren Angehörige zum Einsatz von Waffen verpflichtet sein können, für sich allein nicht den Ausschluss von Frauen vom Zugang zu militärischen Verwendungen rechtfertigen. Wie die deutsche Regierung erklärt hat, gibt es auch in den Diensten der Bundeswehr, zu denen Frauen Zugang haben, eine Ausbildung an der Waffe, die dem Personal dieser Dienste die Selbstverteidigung und Nothilfe ermöglichen soll.

29. Somit konnten die nationalen Stellen auch unter Berücksichtigung des ihnen zustehenden Ermessens hinsichtlich der Möglichkeit, den betreffenden Ausschluss aufrechtzuerhalten, nicht ohne Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit allgemein davon ausgehen, dass sämtliche bewaffneten Einheiten der Bundeswehr weiterhin ausschließlich aus Männern bestehen müssen.

30. Was schließlich eine Anwendung von Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie betrifft, auf den sich die deutsche Regierung ebenfalls berufen hat, so soll diese Bestimmung, wie der Gerichtshof in Randnummer 44 des Urteils Johnston ausgeführt hat, zum einen die körperliche Verfassung der Frau und zum anderen die besondere Beziehung zwischen Mutter und Kind schützen. Danach können also Frauen nicht mit der Begründung von einer Beschäftigung ausgeschlossen werden, sie müssten im Verhältnis zu Männern stärker gegen Gefahren geschützt werden, die sich von den besonderen, in der Richtlinie ausdrücklich erwähnten Schutzbedürfnissen der Frau unterscheiden.

31. Der vollständige Ausschluss von Frauen vom Dienst mit der Waffe gehört demnach nicht zu den Ungleichbehandlungen, die nach Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie zum Schutz der Frau zulässig sind.

32. Auf die Vorlagefrage ist somit zu antworten, dass die Richtlinie der Anwendung nationaler Bestimmungen entgegensteht, die wie die des deutschen Rechts Frauen allgemein vom Dienst mit der Waffe ausschließen und ihnen nur den Zugang zum Sanitäts- und Militärmusikdienst erlauben.

Standort: Europarecht Problem: Frauen bei den "Royal Marines"

EUGH, URTEIL VOM 26.10.1999, C-273/97 (SIRDAR)
(EUZW 2000, 27 = DVBL 2000, 37)

Leitsätze:

1. Entscheidungen der Mitgliedstaaten, die den Zugang zur Beschäftigung, die Berufsbildung und die Arbeitsbedingungen in den Streitkräften betreffen und zur Gewährleistung der Kampfkraft erlassen worden sind, sind nicht allgemein vom Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts ausgenommen.

2. Der Ausschluss von Frauen vom Dienst in speziellen Kampfeinheiten wie den Royal Marines kann aufgrund der Art und der Bedingungen der Ausübung der betreffenden Tätigkeiten nach Art. 2 II Richtlinie 76/207/EWG des Rates vorn 9. 2. 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen gerechtfertigt sein.

Sachverhalt:

Die Klägerin des britischen Ausgangsverfahrens begehrte ihre Einstellung als Köchin bei den Royal Marines, einer speziellen Kampfeinheit der britischen Streitkräfte. Dies wurde ihr unter Verweisung auf eine seit 1994 praktizierte Politik, Frauen von dieser Kampfeinheit auszuschließen, verweigert. Hintergrund ist, dass Angehörige der Royal Marines ohne Rücksicht auf ihre berufliche Spezialisierung "allseitig verwendbar" sein müssen, d. h. in Krisenzeiten Dienst in der Kampftruppe leisten müssen. Der Gerichtshof wurde im Wege der Vorabentscheidung um Auslegung der Reichweite des Art. 224 EGV (Art. 297 EG) i. V. mit der Richtlinie 76/207/EWG ersucht. Der EuGH (Plenum) stellt fest, dass nationale Maßnahmen zur Organisation der Streitkräfte nicht allgemein dem Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts entzogen sind. In Bezug auf die vorliegende Fallgestaltung wird eine Diskriminierung von Frauen jedoch verneint.

Gründe:

Zur ersten und zur zweiten Vorlagefrage:

11. Mit seinen ersten beiden Fragen möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Entscheidungen der Mitgliedstaaten, die den Zugang zur Beschäftigung, die Berufsbildung und die Arbeitsbedingungen in den Streitkräften, insbesondere in Marinekommando-Einheiten, betreffen und zur Gewährleistung der Kampfkraft erlassen worden sind, vom Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts ausgenommen sind.

12. Frau Sirdar schlägt dem Gerichtshof vor, die Frage zu verneinen. Sie ist der Auffassung, dass keine Bestimmung die Streitkräfte ausdrücklich vom Anwendungsbereich des Vertrages ausnehme und sich ein solcher allgemeiner Ausschluss auch nicht aus den speziellen Ausnahmen herleiten lasse, die aus verschiedenen Gründen im Vertrag oder in der Richtlinie vorgesehen seien.

13. Die französische und die portugiesische Regierung sowie die Regierung des Vereinigten Königreichs tragen demgegenüber vor, die Entscheidungen über Organisation und Führung der Streitkräfte, insbesondere diejenigen, die bei der Vorbereitung auf einen Krieg zur Gewährleistung der Kampfkraft erlassen würden, fielen nicht in den Anwendungsbereich des Vertrages. Die Regierungen stützen sich u. a. auf allgemeine Erwägungen im Zusammenhang mit dem Zweck des Vertrages oder auf spezielle Vertragsbestimmungen wie Art. 48 IV EGV (nach Änderung jetzt Art. 39 IV EG) und Art. 224 EGV.

14. Die Kommission ist der Ansicht, die Entscheidungen über Organisation und Führung der Streitkräfte seien nicht vom Anwendungsbereich des Vertrages ausgenommen, könnten aber unter die in Art. 224 vorgesehene Ausnahme fallen.

15. Es ist Sache der Mitgliedstaaten, die die geeigneten Maßnahmen zur Gewährleistung ihrer inneren und äußeren Sicherheit zu treffen haben, die Entscheidungen über die Organisation ihrer Streitkräfte zu erlassen. Daraus ergibt sich jedoch nicht, dass derartige Entscheidungen vollständig der Anwendung des Gemeinschaftsrechts entzogen wären.

16. Wie der Gerichtshof bereits festgestellt hat, sieht der Vertrag Ausnahmen aus Gründen der öffentlichen Sicherheit nur in den Art. 36, 48, 56, 223 (nach Änderung jetzt Art. 30 EG, 39 EG, 46 EG und 296 EG) und 224 vor; diese betreffen ganz bestimmte außergewöhnliche Fälle. Aus ihnen lässt sich kein allgemeiner, dem Vertrag immanenter Vorbehalt ableiten, der jede Maßnahme, die im Interesse der öffentlichen Sicherheit getroffen wird, vom Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts ausnimmt. Würde ein solcher Vorbehalt unabhängig von den besonderen Tatbestandsmerkmalen der Bestimmungen des Vertrages anerkannt, so könnte das die Verbindlichkeit und die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts beeinträchtigen (in diesem Sinne EuGH, Slg. 1986, 1651 Rdnr. 26 - Johnston-).

17. Der Begriff der öffentlichen Sicherheit im Sinne der

genannten Artikel des Vertrages umfasst aber sowohl die innere Sicherheit eines Mitgliedstaats, um die es in dem Verfahren ging, das dem Urteil Johnston zugrunde lag, als auch seine äußere Sicherheit (vgl. EuGH, EuZW 1996, 17 Rdnr. 26 - Leiter-).

18. Außerdem betreffen einige der im Vertrag vorgesehenen Ausnahmen nur die Bestimmungen über den freien Waren-, Personen- und Dienstleistungsverkehr und nicht die Sozialvorschriften des Vertrages, zu denen der von Frau Sirdar geltend gemachte Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen gehört. Es entspricht ständiger Rechtsprechung, dass dieser Grundsatz allgemeine Geltung hat und dass die Richtlinie auf öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse anwendbar ist (vgl. EuGH, NZA 1997, 1277 Rdnr. 18 - Gerster-).

19. Folglich gibt es für Maßnahmen zur Organisation der Streitkräfte, die mit dem Schutz der öffentlichen Sicherheit begründet werden, keinen allgemeinen Vorbehalt gegenüber dem Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen. Etwas anderes mag für die Anwendung von Art. 224 EGV gelten, der einen ganz besonderen Ausnahmefall regelt und Gegenstand der dritten und der vierten Frage ist (vgl. Urteil Johnston, Rdnr. 27).

20. Auf die erste und die zweite Frage ist daher zu antworten, dass Entscheidungen der Mitgliedstaaten, die den Zugang zur Beschäftigung, die Berufsbildung und die Arbeitsbedingungen in den Streitkräften betreffen und zur Gewährleistung der Kampfkraft erlassen worden sind, nicht allgemein vom Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts ausgenommen sind.

Zur fünften und zur sechsten Vorlagefrage:

21. Mit diesen Fragen, die vor der dritten und der vierten Frage zu prüfen sind, möchte das vorlegende Gericht wissen, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen der Ausschluss von Frauen vom Dienst in Kampftruppen wie den Royal Marines nach Art. 2 II Richtlinie gerechtfertigt sein kann.

22. Frau Sirdar und die Kommission sowie, hilfsweise, die Regierungen, die Erklärungen abgegeben haben, sind der Meinung, dass die Rechtfertigungsgründe für einen solchen Ausschluss unter Bezugnahme auf die vom Gerichtshof im Urteil Johnston herausgearbeiteten Kriterien und insbesondere im Hinblick auf die Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu beurteilen seien. Die Regierung des Vereinigten Königreichs meint jedoch, dass die gerichtliche Nachprüfung in diesem Bereich notwendigerweise begrenzt sei und sich auf die Frage beschränken müsse, ob die nationalen Stellen vernünftigerweise davon hätten ausgehen können, dass die betreffende Politik erforderlich und angemessen sei.

23. Nach Art. 2 II Richtlinie haben die Mitgliedstaaten die Befugnis, solche beruflichen Tätigkeiten, für die das Geschlecht aufgrund ihrer Art oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine unabdingbare Voraussetzung darstellt, vom Anwendungsbereich der Richtlinie auszuschließen, wobei jedoch daran zu erinnern ist, dass diese Bestimmung als Ausnahme von einem in der Richtlinie verankerten individuellen Recht eng auszulegen ist (vgl. Urteil Johnston, Rdnr. 36).

24. So hat der Gerichtshof z.B. festgestellt, dass das Geschlecht für Beschäftigungsverhältnisse wie die eines Aufsehers und eines Chefaufsehers in Haftanstalten (EuGH, Slg. 1988, 3559 Rdnrn. 11 bis 18 - Kommission/Frankreich-) oder für bestimmte Tätigkeiten, wie die der Polizei bei schweren inneren Unruhen (Urteil Johnston, Rdnr. 37) eine unabdingbare Voraussetzung darstellen kann.

25. Ein Mitgliedstaat kann solche Tätigkeiten und die hierauf vorbereitende Berufsausbildung je nach Lage des Falles Männern oder Frauen vorbehalten. Die Mitgliedstaaten sind, wie sich aus Art. 9 II Richtlinie ergibt, in einem solchen Fall verpflichtet, die betreffenden Tätigkeiten in regelmäßigen Abständen zu prüfen, um unter Berücksichtigung der sozialen Entwicklung festzustellen, ob die Ausnahme von der allgemeinen Regelung der Richtlinie noch aufrechterhalten werden kann (Urteil Johnston, Rdnr. 37).

26. Bei der Festlegung der Reichweite der Ausnahme von einem Individualrecht wie dem auf Gleichbehandlung ist ferner, wie der Gerichtshof in Randnummer 38 des Urteils Johnston ausgeführt hat, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten, der zu den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts gehört. Danach dürfen Ausnahmen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des verfolgten Zieles angemessen und erforderlich ist; ferner ist der Grundsatz der Gleichbehandlung soweit wie möglich mit den Erfordernissen der öffentlichen Sicherheit, die für die Bedingungen der Ausübung der jeweiligen Tätigkeiten bestimmend sind, in Einklang zu bringen.

27. Die nationalen Stellen verfügen jedoch je nach den Umständen über einen bestimmten Ermessensspielraum, wenn sie die für die öffentliche Sicherheit eines Mitgliedstaats erforderlichen Maßnahmen treffen (vgl. Urteil Leifer, Rdnr. 35).

28. Es ist daher zu prüfen, ob unter den Umständen des vorliegenden Falles die Maßnahmen, die die nationalen Stellen in Ausübung des ihnen zuerkannten Ermessens getroffen haben, tatsächlich das Ziel verfolgen, die öffentliche Sicherheit zu gewährleisten, und ob sie angemessen und erforderlich sind, um dieses Ziel zu erreichen.

29. Wie in Randnummer 7 des vorliegenden Urteils ausgeführt, wurde die Weigerung, die Klägerin des Aus-

gangsverfahrens als Köchin bei den Royal Marines einzustellen, damit begründet, dass wegen der zur Gewährleistung der Kampfkraft aufgestellten Regel der so genannten "allseitigen Verwendbarkeit" Frauen von diesem Truppenteil vollständig ausgeschlossen seien.

30. Insoweit geht aus den Akten hervor, dass sich die Organisation der Royal Marines nach den bereits vom vorlegenden Gericht getroffenen Feststellungen grundlegend von der der übrigen Einheiten der britischen Streitkräfte, deren "Speerspitze" sie bilden, unterscheidet. Es handelt sich um eine Truppe von geringer Personalstärke, deren Angehörige an vorderster Front eingreifen müssen. Es steht fest, dass in dieser Einheit die Köche tatsächlich auch als Angehörige eines Kampftrupps zu dienen haben, dass alle Mitglieder der Einheit zu diesem Zweck eingestellt und ausgebildet werden und dass es im Zeitpunkt der Einstellung keine Ausnahme von dieser Regel gibt.

31. Somit konnten die zuständigen Stellen bei Ausübung des Ermessens, über das sie im Hinblick auf die Möglichkeit verfügen, unter Berücksichtigung der sozialen Entwicklung den betreffenden Ausschluss aufrechtzuerhalten, ohne Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit davon ausgehen, dass die speziellen Bedingungen in Kampfeinheiten, die die Royal Marines darstellen, und insbesondere die Regel der "allseitigen Verwendbarkeit", der sie unterworfen sind, es rechtfertigten, dass diese Einheiten ausschließlich aus Männern bestehen.

32. Auf die fünfte und die sechste Frage ist daher zu antworten, dass der Ausschluss von Frauen vom Dienst in speziellen Kampfeinheiten wie den Royal Marines aufgrund der Art und der Bedingungen der Ausübung der betreffenden Tätigkeiten nach Art. 2 II Richtlinie gerechtfertigt sein kann.

Standort: Gefahrenabwehrrecht Problem: Zustandsverantwortlichkeit nach BBodSchG

VG FRANKFURT A. M., BESCHLUSS VOM 23.7.99
- 14 G 212/99 (NVwZ 2000, 107)

Problemdarstellung:

Der ASt. des vorliegenden Rechtsstreits wurde als Eigentümer eines mit Altlasten verseuchten Grundstücks im Rahmen seiner Zustandsverantwortlichkeit nach dem BBodSchG zur weiteren Gefahrerforschung und -beseitigung bzw. Erstattung der Kosten für selbige herangezogen. Er wehrte sich u.a. mit der Behauptung, dass das BBodSchG wegen fehlender Gesetzgebungskompetenz des Bundes unwirksam sei. Das VG Frankfurt a. M. nimmt zu diesem Einwand und zu weiteren möglichen Einschränkungen der Zustandsverantwortlichkeit - etwa im Hinblick auf Art. 14 GG, einen gutgläubigen Erwerb des Grundstücks sowie fehlende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit - ausführlich Stellung.

Prüfungsrelevanz:

Das am 1.3.99 in Kraft getretene Bundes-Bodenschutzgesetz erfreut sich in Rechtsprechung und Literatur großer Beliebtheit (vgl. schon RA 1999, 237). Insbesondere die in der nachstehenden Entscheidung zusammengefassten Problemkreise Gesetzgebungskompetenz des Bundes (vgl. dazu v. Buch, NVwZ 1998, 822 m.w.N.; Brandt, DÖV 1996, 675) und Grenzen der Zustandsverantwortlichkeit (vgl. dazu VGH Mannheim, NVwZ-RR 1999, 167; ferner dazu und zum BBodschG insgesamt Kobes, NVwZ 1998, 786) sollten zur Kenntnis genommen werden, da landesrechtliche Vorschriften über die Gefahrenabwehr seit Inkrafttreten des insoweit abschließenden BBodSchG nicht mehr anwendbar sind, die sogen. “Altlasten”-Fälle also nach dem BBodSchG gelöst werden müssen.

Leitsatz (der Redaktion):

Zur Zustandsverantwortlichkeit für schädliche Bodenveränderungen nach dem Bundesbodenschutzgesetz.

Sachverhalt:

Der Ast. ist Eigentümer eines Grundstücks, bei dem es sich um das frühere Betriebsgrundstück der Firma T-GmbH handelt, die darauf in den Jahren 1952 bis 1986 Anlagen zur Produktion von Reinigungs- und Pflegemitteln betrieb. Der ASt. hatte das Grundstück 1989/90 von der T-GmbH erworben; nach § 4 des Kaufvertrages verpflichtete sich die T-GmbH, dem ASt. alle Kosten einer infolge möglicher Kontaminierung des Grundstücks notwendigen Entsorgung zu erstatten. Tatsächlich war das Grundstück erheblich mit Schadstoffen belastet, die eine Entsorgung des Bodens notwendig machten. Nachdem zunächst die T-GmbH zur Beseitigung der Altlasten in Anspruch genommen worden war, stellte der Ag. gegenüber dem ASt. mit Bescheid vom 15.4.98 fest, dass dieser als zustandsverantwortlicher Eigentümer seinerseits sanierungsverantwortlich sei, und zog ihn unter Anordnung der sofortigen Vollziehung und Androhung der Ersatzvornahme auf der Grundlage des HessAltlastG zu ergän-

zenden Untersuchungsmaßnahmen heran, um das Ausmaß der Bodenverunreinigung feststellen zu können. Gegen diesen Bescheid erhob der Ast. am 20.5.98 Widerspruch, den er im Wesentlichen damit begründete, dass er als Eigentümer nicht sanierungsverantwortlich sei, weil er das Grundstück hinsichtlich der Verunreinigungen gutgläubig erworben habe. Mit Bescheid vom 13.6.98 forderte der Ag. vom Ast. die vorläufig veranschlagten Kosten der Ersatzvornahme an, wobei er auf der Grundlage neuer Feststellungen zur Kostenhöhe einen Betrag von 50.000 DM in Ansatz brachte. Auch gegen diesen Bescheid erhob der Ast. - am 16.7.98 - Widerspruch. Beide Widersprüche wies der Ag. mit Widerspruchsbescheid vom 22.10.98 als unbegründet zurück. Der Ast. hat am 31. 10. 1998 Klage erhoben, mit der er die Aufhebung der ergangenen Bescheide und des Widerspruchsbescheids begehrt. Am 25.1.99 hat der Ast. die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes beantragt. Er wendet sich insbesondere ergänzend gegen die Heranziehung des am 1.3.99 in Kraft getretenen Bundes-Bodenschutzgesetzes für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der ergangenen Bescheide und erhebt im übrigen verfassungsrechtliche Einwände gegen das Bundes-Bodenschutzgesetz insgesamt. Der Antrag hatte teilweise Erfolg.

Gründe:

Maßgebend ist sonach, ob der noch unter der Geltung des Hessischen Altlastengesetzes ergangene Bescheid vom 15. 4. 1998 eine tragfähige Rechtsgrundlage in dem zum 1. 3. 1999 in Kraft getretenen Bundes-Bodenschutzgesetz vom 17. 3. 1998 (BGBl I, 502) - BBodSchG - findet.

Soweit der Ast. in verfassungsrechtlicher Hinsicht bereits Bedenken gegen das Bundes-Bodenschutzgesetz erhebt, die aus seiner Sicht im schon anhängigen Hauptsacheverfahren zur Aussetzung und Vorlage an das BVerfG sowie damit zum Erfolg im vorliegenden Verfahren auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes führen müssten, werden diese von der erkennenden Kammer nicht geteilt. Dies gilt zunächst hinsichtlich der vom Ast. bezweifelten Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die im Bundes-Bodenschutzgesetz nunmehr geregelte Materie. Nach Auffassung der Kammer ist Anknüpfungspunkt für die hier gegebene Gesetzgebungskompetenz des Bundes Art. 74 I Nr. 18 GG, wonach sich die konkurrierende Gesetzgebung erstreckt auf den Grundstücksverkehr, das Bodenrecht (ohne das Recht der Erschließungsbeiträge) und das landwirtschaftliche Pachtwesen, das Wohnungswesen und das Siedlungs- und Heimstättenwesen. Da ein einschränkender Zusatz nicht enthalten ist, führt zunächst einmal eine am Wortlaut und Wortsinn orientierte Betrachtung dazu, dass das "Recht des Bodens" i. S. von Art. 74 I Nr. 18 GG auch Regelungen zum Schutz der Bodenqualität umfasst, wie sie im Kern Gegenstand der Regelungsmaterie des Bundes-Bodenschutzgesetzes sind. Durchgreifende Gesichtspunkte, die bei systematischer, historischer und/oder teleologischer Auslegung zu einer abweichenden Bestimmung des Gehalts dieses Regelungsgegenstands führen würden, vermag die Kammer nicht zu erkennen (vgl. dazu Brandt, DÖV 1996, 675, 677ff.).

Nicht erfasst von Art. 74 I Nr. 18 GG wird zwar die Regelung in § 4 BBodSchG über die Handlungspflichten bei durch schädliche Bodenverunreinigungen verursachten Gewässerverunreinigungen. Insoweit gilt aber, dass der Bund nach Art. 75 I Nr. 4 GG die Kompetenz für den Erlass von Rahmenvorschriften für die Gesetzgebung der Länder über den Wasserhaushalt hat. Voraussetzung wäre allerdings, dass wegen der in § 4 III 1 BBodSchG enthaltenen - letztlich abschließenden - Regelung über die Gewässersanierung der Bund hier gem. Art. 75 II GG eine Vollregelung auf dem Gebiet der Rahmengesetzgebungskompetenz treffen durfte. Dies ist zu bejahen. In quantitativer Hinsicht gilt, dass der Regelungsbereich des § 4 III 1 BBodSchG eine enge Begrenzung nur auf die von einer schädlichen Bodenverunreinigung oder Altlast ausgehende Gewässerverunreinigung erfahren hat. Im übrigen trifft der Hinweis von Brandt zu (DÖV 1996, 675, 682), dass Boden- bzw. Altlasten- und Gewässersanierungen in der Praxis für die Gefährdungsabschätzung, die Festlegung von Sanierungszielen und die Durchführung der Sanierung regelmäßig eine untrennbare Einheit bildeten. Um Sanierungsverfahren überhaupt handhabbar gestalten zu können, sowie aus Gründen der Rechtssicherheit, müsse hier ein Nebeneinander unterschiedlicher Standards für die Boden- und Gewässersanierung verhindert werden. Unter Berücksichtigung dieser Umstände sieht auch die Kammer die Voraussetzungen für die Vollregelung der Gewässersanierung in § 4 III 1 BBodSchG als gegeben an.

Soweit das Bundes-Bodenschutzgesetz insbesondere hinsichtlich seiner Regelungen über die Altlastensanierung auch ordnungsrechtlichen Charakter hat, stellt dies die Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Verhältnis zu den Ländern ebenfalls nicht in Frage. Dazu gilt, dass nach der Rechtsprechung des BVerfG das Recht der Gefahrenabwehr im Rahmen der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern keinen selbständigen Sachbereich darstellt, der generell der Gesetzgebungskompetenz der Länder überantwortet wäre. Es ist vielmehr so, dass die Ordnungsgewalt ein

Annex des Sachbereichs ist, auf dem sie tätig wird, so dass die Zuständigkeit zur Gesetzgebung in einem Sachbereich auch die Regelung der Ordnungsgewalt (Polizeigewalt) in diesem Sachgebiet umfasst (so BVerfGE 3, 407, 433; BVerwGE 84, 247, 250 f.). Das bedeutet, dass der Bundesgesetzgeber hier befugt war, insbesondere auch die gefahrenabwehrenden Regelungen über die Altlastensanierung zum Gegenstand der Gesetzgebung im Bereich des Bodenrechts zu machen.

Die Feststellung der Sanierungsverantwortlichkeit des Ast. unter Nr. 1 des Bescheids vom 20. 5. 1998 ist rechtlich nicht zu beanstanden. Die zur Sanierung Verantwortlichen bestimmt § 4 III BBodSchG. Nach Satz 1 dieser Regelung sind der Verursacher einer schädlichen Bodenveränderung oder Altlast sowie dessen Gesamtrechtsnachfolger, der Grundstückseigentümer und der Inhaber der tatsächlichen Gewalt über ein Grundstück verpflichtet, den Boden und Altlasten sowie durch schädliche Bodenveränderungen oder Altlasten verursachte Verunreinigungen von Gewässern so zu sanieren, dass dauerhaft keine Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen für den Einzelnen oder die Allgemeinheit entstehen.

Hier liegt - dies ist unstreitig - hinsichtlich des in der Gemarkung W. gelegenen Grundstücks eine schädliche Bodenveränderung im Sinne dieser Vorschrift und eine dadurch verursachte in ihrer Ausdehnung noch nicht genau erfasste Grundwasserverunreinigung vor. Der Ast. ist als Eigentümer dieses Grundstücks Sanierungsverantwortlicher. Die in dem Bescheid vom 15. 4. 1998 angeordneten Maßnahmen, die im Rahmen des Bundes-Bodenschutzgesetzes in §§ 9, 10 eine tragfähige Grundlage haben, geben der Kammer nach derzeitigem Erkenntnisstand keinen greifbaren Anlass, an deren Erforderlichkeit, Geeignetheit und Angemessenheit zu zweifeln. Sie dienen insbesondere der notwendigen Vorbereitung der weiteren Sanierung und der Eingrenzung der Kontaminationsfahne im abströmenden Grundwasser.

Die vom Ast. demgegenüber erhobenen Einwände gegen die festgestellte Sanierungsverantwortlichkeit und seine darauf gründende Heranziehung zu den im Bescheid vom 15. 4. 1998 angeordneten Maßnahmen greifen nicht durch. Dies gilt zunächst im Blick auf das Vorbringen zu seiner wirtschaftlichen Leistungsunfähigkeit, die aus seiner Sicht der Aufbringung der Mittel für die Durchführung der angeordneten Maßnahmen entgegenstehe und deshalb seine Heranziehung ausschließe. Denn wirtschaftliches Unvermögen in Form von Zahlungsunfähigkeit ist nicht geeignet, von einer Ordnungspflichtigkeit - wie sie hier im Rahmen des Bodenschutzes besteht - zu befreien, zumal es sich dabei nicht um einen Fall objektiver Unmöglichkeit handelt (VGH Kassel, UPR 1995, 198 f.; BVerwG, Buchholz 445.5 § 28 WaStrG Nr. 3; VGH Mannheim, VBlBW 97, 110). Soweit bei entsprechender Fallgestaltung die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit unter dem Blickwinkel der Effektivität der Gefahrabwehr bei der Auswahl eines unter mehreren in Betracht kommender Einstandspflichtigen als Gesichtspunkt bei der Ermessensausübung in Betracht kommen kann, stellt sich diese Frage hier nicht, weil der Ast. nach dem Konkurs der Firma T-GmbH allein noch als Sanierungsverantwortlicher zur Verfügung steht. Wenn der Ast. in diesem Zusammenhang unter Hinweis auf den nunmehr eine gesellschaftsrechtliche Durchgriffshaftung regelnden § 4 III 4 BBodSchG demgegenüber die Auffassung vertritt, der frühere Geschäftsführer der in Konkurs gefallenen Firma T-GmbH sei damit (ebenfalls und vorrangig) sanierungsverpflichtet, lässt sich dem nicht folgen. Abgesehen davon, dass bereits nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut von § 4 III 4 BBodSchG diese Vorschrift nicht zurückwirkt, die Durchgriffshaftung überdies endet, sobald die beherrschte juristische Person das Eigentum - durch Aufgabe oder Übertragung - verliert (vgl. dazu Kobes, NVwZ 1998, 786, 790), als Adressat der Durchgriffshaftung zudem nur ein Gesellschafter und nicht ein Geschäftsführer in Betracht kommt, gibt es hier auch keinen greifbaren Anhaltspunkt für das notwendige Vorliegen einer auf handelsrechtlichem oder gesellschaftsrechtlichem Rechtsgrund beruhenden Einstandspflicht (s. dazu etwa Spieth/Wolfers, NVwZ 1999, 355; Vierhaus, NJW 1998, 1262; Bender, DVBl 1999, 134; Droese, UPR 1999, 86).

Soweit der Ast. überdies weitergreifend verfassungsrechtliche Überlegungen anstellt, die die nach dem Wortlaut des § 4 III 1 BBodSchG - auch im Unterschied zu der Rechtslage unter Geltung des Hessischen Altlastengesetzes und insbesondere des dortigen § 12 I Nr. 5 - unbeschränkte Einstandspflicht des Zustandsverantwortlichen zum Anknüpfungspunkt nehmen, lässt sich daraus nichts herleiten, was seiner Heranziehung hier entgegenstünde. Die zunächst vom Ast. dazu vertretene Auffassung, § 12 I Nr. 5 AltlastG beanspruche neben der Regelung der Zustandspflichtigkeit in § 4 III BBodSchG weiterhin Geltung, ist nicht haltbar. Die Sichtweise des Ast. könnte sich nämlich nur dann als tragfähig erweisen, wenn es sich bei § 4 BBodSchG nicht um eine abschließende Regelung des Bundesgesetzgebers über die Haftung für schädliche Bodenverunreinigungen und Altlasten handeln würde. Hier hat der Bundesgesetzgeber indessen von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz zu dieser Frage abschließend Gebrauch machen wollen, wie sich

schon daraus ergibt, dass er es nicht dabei belassen hat, nur die herkömmliche Verhaltens- und Zustandsverantwortlichkeit niederzulegen. Er hat vielmehr darüberhinausgehende Wertentscheidungen getroffen, die in verschiedener Hinsicht eine Erweiterung der Sanierungsverantwortlichkeit darstellen. Dies gilt vornehmlich für die Ausdehnung auf den Gesamtrechtsnachfolger (§ 4 III 1) und den aus handelsrechtlichem oder gesellschaftsrechtlichem Rechtsgrund Einstandspflichtigen (§ 4 III 4) sowie die Einbeziehung des früheren Eigentümers (§ 4 VI). Das lässt erkennen, dass der Bundesgesetzgeber eine eigenständige und abschließende Regelung hat treffen wollen, so dass durch § 4 BBodSchG die landesrechtlichen Bestimmungen - und damit auch § 12 I Nr. 5 HessAltlastG - über die Verantwortlichkeit zur Sanierung von Altlasten oder schädlichen Bodenveränderungen im Sinne des Bundes-Bodenschutzgesetzes mit Wirkung ab dem 1. 3. 1999 umfassend verdrängt worden sind (vgl. auch Spieth/Wolfers, NVwZ 1999, 355, 360). Allerdings wirft dann die allein maßgebende Regelung des § 4 BBodSchG die berechtigte Fragt auf, ob von Verfassungs wegen Art. 14 I 1 GG Anlass zu einer verfassungskonformen Auslegung gibt, die die Einstandspflicht des Zustandspflichtigen i. S. des § 4 III 1 BBodSchG auf der Primär- oder Sekundärebene der Heranziehung unter bestimmten Voraussetzungen beschränkt. Einer abschließenden Festlegung bedarf es dazu in diesem Eilverfahren aber nicht; denn keiner der insoweit nach Auffassung der Kammer allein in Betracht zu ziehenden Ansätze würde dem Ast. hier weiterhelfen. Dies gilt zunächst für die Annahme einer von Verfassungs wegen anzuerkennenden Opferposition des zustandsverantwortlichen Grundstückseigentümers, dessen Grundstück allein durch Fremdeinwirkung in Mitleidenschaft gezogen und damit eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung geworden ist. Die aus verfassungsrechtlichen Gründen dann teilweise als geboten angesehene Begrenzung der Zustandsverantwortlichkeit, wenn andernfalls die von Art. 14 I 1 GG unbeschränkbar garantierte Privatnützigkeit des Eigentums an der konkreten Sache aufgehoben würde, weil eine Aufhebung der Privatnützigkeit eines konkreten Eigentumsobjekts mit Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Eigentums nicht erreicht werden könne, müsste jedenfalls im Rahmen des Gesetzesvollzugs auf der Sekundärebene bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit der Heranziehung zwar Berücksichtigung finden. Dabei wäre aber maßgeblich darauf abzustellen, ob durch die kostenmäßige Inanspruchnahme eine Belastung eintritt, die den privatnützigen Gebrauch - mit der Folge einer gleichsam faktischen Entziehung des Eigentums - aufhebt. Dies würde jedenfalls regelmäßig aber nur dann der Fall sein, wenn die kostenmäßige Inanspruchnahme sich nicht mehr im Rahmen des Verkehrswerts des Grundstücks hält. Bei der dann notwendig auf das konkrete Objekt bezogenen Betrachtung ist jedoch nicht ansatzweise zu erkennen, dass hier die Heranziehung des Ast. im Umfang einer durch die Anordnungen des Bescheids vom 15. 4. 1998 ausgelösten Kostenbelastung von 50.000 DM im Hinblick auf Art. 14 GG unverhältnismäßig sein könnte. Denn der Verkehrswert des Grundstücks beläuft sich - wie der vom Ast. vorgelegten Stellungnahme der Revisionsgesellschaft und Wirtschaftsprüfungsgesellschaft zu seinen Vermögensverhältnissen und Einkommensverhältnissen vom 22. 6. 1999 zu entnehmen ist - auf 3,1 Mio. DM.

Unerheblich wäre für die hier anzustellende Beurteilung der Umstand, dass das Grundstück in erheblichem Maße mit Grundpfandrechten belastet ist; denn andernfalls hätte es der Zustandspflichtige in der Hand, sich durch entsprechende Bestellung von derartigen Pfandrechten in eine Opferposition zu bringen und von der Sanierungsverpflichtung zu Lasten der Allgemeinheit zu befreien. Ebensowenig ließe sich etwas daraus herleiten, dass die Anordnungen des Bescheids vom 15. 4. 1998 nur den Einstieg in zukünftig voraussichtlich weitere kostenmäßige Belastungen darstellen. Denn einerseits bleibt dies bezogen auf einen konkreten Erkenntnisgewinn dazu derzeit spekulativ; im Übrigen würde zum gegebenen Zeitpunkt bei einer zukünftig weiteren Heranziehung dann deren fortbestehende Verhältnismäßigkeit zu prüfen sein.

Soweit überdies noch daran gedacht werden könnte, zur Begrenzung der Einstandspflicht des Nur-Zustandsverantwortlichen Überlegungen fruchtbar zu machen, die hinsichtlich bestehender Verunreinigungen an eine diesbezügliche Gutgläubigkeit beim Erwerbsvorgang anknüpfen, könnte der Ast. auch daraus nichts zu seinen Gunsten herleiten. Dazu gilt zunächst, dass der Bundesgesetzgeber die Gutgläubigkeit hinsichtlich einer schädlichen Bodenveränderung oder Altlast beim Grundstückserwerb ausdrücklich nur als Maßstab bei der Einführung einer Einstandspflicht des früheren Eigentümers im Rahmen des § 4 VI BBodSchG verwendet hat. Dies lässt - bei einer am Willen des Gesetzgebers orientierten Betrachtung - erkennen, dass hinsichtlich eines aktuellen Eigentümers nicht eine § 12 I Nr. 5 HessAltlastG vergleichbare Regelung eingeführt werden sollte, wonach auch dieser für den Fall, dass er eine beim Erwerb bestehende Verunreinigung weder kannte noch kennen musste, von der Pflicht zur Sanierung freigestellt sein sollte. Der abschließenden Vertiefung bedarf dies allerdings hier nicht, denn der Ast. würde bereits nicht die Vor-

aussetzungen für eine wie auch immer geartete Privilegierung durch gutgläubigen Erwerb erfüllen. Die Kammer folgt dabei den Maßstäben, die das BVerwG in seiner bisherigen Rechtsprechung zur Frage einer eventuellen Haftungsbeschränkung der polizei- und ordnungsrechtlichen Zustandsverantwortlichkeit des Grundstückseigentümers für die Sanierung von Altlasten aufgestellt hat. Es hat zuletzt dahingehend entschieden und seine bisherige Rechtsprechung dabei zusammengefasst (NVwZ 1991, 475; NVwZ 1992, 1902), dass die Annahme einer "Opferposition" und einer daraus folgenden Haftungsbegrenzung von vornherein ausscheide, wenn der Zustandsverantwortliche bei Begründung des Eigentums bzw. der Sachherrschaft vom ordnungswidrigen Zustand der Sache wusste oder doch zumindest Tatsachen kannte, die auf das Vorhandensein eines solchen Zustandes schließen lassen konnten; wer dieses Risiko eingehe, müsse auch die gesetzliche Folge der ordnungsrechtlichen Verantwortlichkeit tragen. Nichts anderes könne jedoch in Fällen gelten, in denen zwar nicht feststehe, ob der Erwerber eines Altlastengrundstücks von Hinweisen auf den ordnungswidrigen Zustand des Grundstücks gewusst habe, in denen es insbesondere wegen der wirtschaftlichen Bedeutung des Objekts naheliege, Erkundigungen über dessen Beschaffenheit einzuholen, der Erwerber aber gleichwohl leicht zugängliche Informationsmöglichkeiten über die frühere Verwendung und die derzeitige Beschaffenheit des Grundstücks nicht nutze und bewusst das Risiko auf sich nehme, dass sich Altlasten ergeben und Sanierungsfragen stellten. Hier war dem Ast. zum Zeitpunkt des Erwerbs des Grundstücks bekannt, dass dieses das Betriebsgelände einer chemischen Fabrik darstellte. Dies wird jedenfalls durch § 4 Nr. 4 des notariellen Kaufvertrages vom 30. 8. 1989 dokumentiert, der diesen Tatbestand zunächst feststellt, um daran eine Haftungsfreistellung für den Fall einer Altlastensanierung regelt. Gerade wegen der dort die bisherige Nutzung des Grundstücks ausdrücklich aufgreifenden Haftungsregelung handelt es sich hier nicht etwa um eine nur allgemeine, nicht anlassbezogene Haftungsklausel. Es bestand vielmehr offensichtlich Problembewusstsein gerade wegen der bisherigen Nutzung des Grundstücks. Dabei mag der Ast. gedacht haben, sich zivilrechtlich mit der verwendeten Klausel gegenüber der Firma T-GmbH als Verkäuferin hinreichend abgesichert und deshalb das Risiko einer eventuellen Kontamination und daraus sich ergebender Folgen in wirtschaftlicher Hinsicht von sich abgewandt zu haben. Soweit es aber um die maßgebliche Frage des zumindest Kennenmüssens von Tatsachen geht, die auf einen ordnungswidrigen Zustand schließen lassen konnten, hätte es für den Ast. angesichts auch der wirtschaftlichen Bedeutung des Objekts naheliegen müssen, sich weitere Kenntnis zu verschaffen. Dies hätte auch durch Nachfrage bei der für Bodenverunreinigungen zuständigen unteren Wasserbehörde geschehen können. Dort wäre in Erfahrung zu bringen gewesen, dass Anlass bestand, wegen befürchteter Verunreinigungen mit insbesondere chlorierten Kohlenwasserstoffen ein eingehendes Untersuchungsprogramm auf dem Grundstück durchzuführen und insoweit zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vom 30. 8. 1989 die Anhörung der Firma T nach § 28 HessVwVfG bereits erfolgt war [...]. Wenn der Ast. nach alledem den Erwerb des Grundstücks ungeachtet eines an sich gegebenen weiteren Aufklärungsbedarfs durchgeführt hat, hat er die mögliche Kenntniserlangung der Verunreinigungen bewusst - möglicherweise "beruhigt" durch die Haftungsfreistellungsklausel - unterlassen. Wer das damit verbundene Risiko auf sich nimmt, erfüllt aber unter der Voraussetzung des "Kennenmüssens" nicht die Anforderungen an einen im Blick auf das Bestehen von Verunreinigungen gutgläubigen Erwerb. Eine andere Betrachtungsweise würde nach Auffassung der Kammer im Rahmen der hier letztlich stattfindenden Abwägung zwischen dem Verantwortlichkeitsprinzip des Grundstückseigentümers und dem Gemeinlastprinzip zu einer bei der gegebenen Fallgestaltung nicht gerechtfertigten Inanspruchnahme und Belastung der Allgemeinheit führen.

Auch gegen die Anordnung der sofortigen Vollziehung im Blick auf das erforderlich Eilbedürfnis ist rechtlich hier nichts zu erinnern [wird ausgeführt].

Kommt demgemäß die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes hinsichtlich des Bescheids vom 15. 4. 1998 nicht in Betracht, so stellt sich dies hinsichtlich des Bescheids vom 13. 6. 1998 teilweise anders dar. In Konsequenz der vorstehenden Ausführungen zur maßgebenden Sach- und Rechtslage ist auch hier auf den Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung abzustellen. Ausgehend davon ist die Anforderung der veranschlagten Kosten für die Ersatzvornahme hier nach derzeitigem Erkenntnisstand weitgehend offensichtlich rechtswidrig.

Nach § 74 III 2 HessVwVG kann zwar die Vollstreckungsbehörde von dem Pflichtigen die Zahlung vorläufig veranschlagter Kosten fordern. Bei dieser im Ermessen der Behörde stehenden Verfahrensweise ist jedoch gegebenenfalls dem Umstand Rechnung zu tragen, dass der Pflichtige aus wirtschaftlichen Gründen die Kosten nicht aufbringen kann. Von einer dementsprechenden Sachverhaltsgestaltung ist hier weitgehend auszugehen. Denn nach der vom Ast. vorgelegten Stellungnahme der Revisions- und Wirt-

schaftsprüfungsgesellschaft vom 22. 6. 1999 zu seinen Vermögens- und Einkunftsverhältnissen unter dem Blickwinkel seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit einerseits und des etwaigen Einflusses der Aufbringung der angeforderten 50.000 DM auf seine Zahlungsfähigkeit andererseits, besteht hinsichtlich des 5.000 DM übersteigenden Betrags, dessen Aufbringung als möglich angesehen werden kann, derzeit wirtschaftliches Unvermögen in Form einer durch den Restbetrag mit hoher Wahrscheinlichkeit verursachten Zahlungsunfähigkeit. Durchgreifende Anhaltspunkte dafür, dass die wirtschaftlichen Verhältnisse in der vorgenannten Stellungnahme unzutreffend hinsichtlich der tatsächlichen Grundlagen und der Folgerungen insbesondere für die Zahlungsfähigkeit dargestellt sein könnten, vermag die Kammer im Rahmen der notwendigerweise summarischen Beurteilung im vorläufigen Rechtsschutzverfahren nicht zu erkennen. Dies bedeutet, dass über den Betrag von 5.000 DM hinaus derzeit die Anforderung der vorläufig veranschlagten Kosten für die Durchführung der Ersatzvornahme als unverhältnismäßig nicht in Betracht kommt.

Dabei leitet sich aus einem derartigen wirtschaftlichen Unvermögen jedoch nicht etwa ein zur Einstellung der Vollstreckung führendes Hindernis ab; die Behörde ist vielmehr befugt, anstelle des Verpflichteten von dem angedrohten Zwangsmittel der Ersatzvornahme Gebrauch zu machen, wobei sie allerdings zunächst die Kosten vorleisten muss (vgl. BVerwG, NVwZ 1992, 164). Es bleibt ihr dann gleichwohl vorbehalten, mittels Leistungsbescheids die jeweils von ihr aufgewendeten Kosten gegenüber dem Pflichtigen in Rechnung zu stellen, wobei sich zur Wahrung der finanziellen Interessen der Allgemeinheit hier als risikomindernd der Umstand darstellt, dass der bei Einsatz öffentlicher Mittel zur Erfüllung der Pflichten nach § 4 BBodSchG an den öffentlichen Kostenträger zu leistende Wertungsausgleichsbetrag in Höhe der maßnahmenbedingten Wertsteigerungen (§ 25 I 1 BBodSchG) als öffentliche Last auf dem Grundstück ruht (§ 25 VI BBodSchG).

Standort: Verwaltungsrecht AT — Problem: § 71 VwGO

BVERWG, BESCHLUSS VOM 19.05.1999 - 8 B 61.99 (BAYVBL. 2000, 55)

Problemdarstellung:

Das BVerwG nimmt vorliegend zur isolierten Anfechtbarkeit eines verbösernden Widerspruchsbescheids (sogen. reformatio in peius) in einem Fall Stellung, in dem die gem. § 71 VwGO erforderliche Anhörung vor Erlass der verbösernden Entscheidung unterblieben war. Gem. § 79 II 2 VwGO kann in diesen Fällen der Widerspruchsbescheid isoliert angefochten und vom Gericht aufgehoben werden, sofern er auf diesem Verfahrensfehler "beruht". Dies wird von der Lit. überwiegend in den Fällen verneint, in denen eine gebundene Entscheidung vorliegt, also kein Ermessen eröffnet ist und damit ohnehin kein Spielraum für eine Berücksichtigung eventuell im Rahmen einer Anhörung vorgebrachter Gegenargumente besteht. Das BVerwG verweist demgegenüber darauf, dass eine Anhörung vor der reformatio in peius dem Betroffenen gleichwohl als "Warnung" dienen könne, so dass er seinen Widerspruch möglicherweise zurücknehmen und sich einer Verböserung entziehen könne. Werde ihm diese Gelegenheit genommen, könne eine Kausalität i.S.d. § 79 II 2 VwGO ("beruhen") auch bei gebundenen Entscheidungen gegeben sein. Diese gelte allerdings wiederum dann nicht, wenn die Behörde den rechtswidrigen (weil zu niedrigen) Ausgangs-VA über § 48 VwVfG zurücknehmen *müsse*, weil dessen Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen und das der Behörde im Rahmen des § 48 VwVfG eröffnete Ermessen auf null reduziert sei, mithin der Bürger die Verböserung ohnehin (zwar nicht im Widerspruchsbescheid, aber doch in einem neuen Bescheid unter Zurücknahme des Ausgangs-VAs) hinnehmen müsse.

Prüfungsrelevanz:

Das Urteil beschäftigt sich mit der sogen. "reformatio in peius", die wegen vieler formeller und materieller Probleme beliebter Prüfungsstoff ist. Das BVerwG geht in der vorliegenden, die formelle Frage der Anhörung betreffenden Entscheidung wie selbstverständlich davon aus, dass eine reformatio in peius als solche zulässig ist. Es folgt damit seiner bisherigen Rspr. und der h.M., wenngleich eine starke Gegenansicht die Zulässigkeit der reformatio in peius weiterhin verneint (vgl. zum Streitstand Klindt, NWVBl 1996, 452; Schildheuer, NVwZ 1997, 637). Die früher umstrittene Frage, ob vor der reformatio in peius eine weitere Anhörung überhaupt erforderlich ist, ist nun durch § 71 VwGO geklärt. Dabei findet die Vorschrift - wie in der vorliegenden Entscheidung explizit klargestellt - nicht nur dann Anwendung, wenn neue Tatsachen vorliegen, die eine reformatio in peius notwendig erschei-

nen lassen, sondern auch dann, wenn die Behörde aufgrund bereits bekannter Tatsachen zu neuen, abweichenden Rechtsansichten gelangt.

Leitsatz:

Die durch die verfahrensfehlerhaft unterbliebene Anhörung abgeschnittene Möglichkeit zur Rücknahme des Widerspruchs berechtigt das Gericht bei gebundenen Verwaltungsakten - hier: Festsetzung von Ablösebeträgen gemäß § 18 VermG - nicht zur isolierten Aufhebung des Widerspruchsbescheids, wenn auch im Hinblick auf § 48 VwVfG keine andere Entscheidung in der Sache möglich gewesen wäre.

Sachverhalt:

Die Kläger wandten sich mit ihrem Widerspruch gegen die Festsetzung eines Ablösebetrags gemäß § 18 VermG in Höhe von 1.947 DM. Ohne vorherige Anhörung wies das Landesamt den Widerspruch zurück und erhöhte den Ablösebetrag wegen der fehlerhaften Berechnung einer Aufbaugrundschuld durch die Ausgangsbehörde auf 8.567 DM. Die dagegen erhobene Klage hat das Verwaltungsgericht abgewiesen, weil auch ohne den Verfahrensfehler keine andere Entscheidung in der Sache möglich gewesen wäre. Die Beschwerde der Kläger gegen die Nichtzulassung der Revision blieb erfolglos.

Gründe:

Die Beschwerde der Kläger ist unbegründet. Die allein erhobene Verfahrensrüge (§ 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO) greift nicht durch. [...] Die Beschwerde sieht die Gehörsverletzung darin, dass die Widerspruchsbehörde die Kläger vor dem Erlass des verbösernden Widerspruchsbescheids nicht angehört, ihnen dadurch die Möglichkeit der Rücknahme ihres Widerspruchs genommen und damit einen wesentlichen Verfahrensfehler begangen habe.

Ob dieser dem Widerspruchsverfahren anhaftende Anhörungsmangel im Rahmen der erhobenen Verfahrensrüge überhaupt beachtlich ist, bedarf keiner abschließenden Entscheidung. § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO setzt zwar grundsätzlich voraus, dass der Mangel das gerichtliche Verfahren betrifft. Ausnahmsweise sind aber auch Fehler des Verwaltungsverfahrens beachtlich, wenn sie sich unmittelbar auf das gerichtliche Verfahren auswirken (BVerwG, Buchholz 310 § 132 Abs. 2 Ziff. 3 VwGO Nr. 7; Buchholz 316 § 26 VwVfG Nr. 1). Ob hier - wie die Beschwerde meint - ein derartiger Ausnahmefall anzuerkennen ist, kann dahinstehen. Denn die Abweisung der isolierten Anfechtungsklage gegen den Widerspruchsbescheid (vgl. § 79 Abs. 2 Satz 2 VwGO) ist jedenfalls deshalb nicht zu beanstanden, weil den Klägern hierfür unter den gegebenen Umständen - wie das Verwaltungsgericht im Ergebnis zutreffend erkannt hat - kein schutzwürdiges Interesse zusteht.

Zu Recht ist das Verwaltungsgericht zunächst insoweit von einem Verstoß gegen § 71 VwGO ausgegangen. Diese Vorschrift gilt auch für das vermögensrechtliche Widerspruchsverfahren. Sie wird wie das Verwaltungsgericht zutreffend erkannt hat - nicht durch § 36 Abs. 2 VermG verdrängt [wind ausgeführt].

§ 71 VwGO begründet - abgesehen von atypischen Sachverhalten - mit der Anordnung, eine Unterrichtung des Betroffenen über die beabsichtigte Verböserung solle vor Erlass des Widerspruchsbescheides erfolgen, eine Pflicht zur Anhörung. Dies gilt nach der Neufassung des § 71 VwGO nicht nur für den Fall der Heranziehung neuer Tatsachen, sondern auch für die aufgrund bekannter Tatsachen erfolgende rechtliche Neubewertung (vgl. auch § 367 Abs. 2 Satz 2 AO). Die somit gebotene Anhörung der Kläger ist unstreitig unterblieben. Der darin liegende Verfahrensfehler mag auch für die Widerspruchsentscheidung in dem von § 79 Abs. 2 Satz 2 VwGO geforderten Sinne kausal geworden sein. Zwar scheidet bei gebundenen Verwaltungsakten - um die es bei der streitigen Festsetzung eines Ablösebetrages gemäß §§ 18 ff. VermG geht - ebenso wie bei Anwendung des § 46 VwVfG regelmäßig die rechtliche Relevanz eines Verfahrensfehlers für die inhaltliche Sachentscheidung aus (Pietzcker, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 79 RdNrn. 14 f.; BVerwG, Beschluss vom 13.1.1999 - 8 B 266.98; zweifelnd: Kopp/Schenke, VwGO, 11. Aufl., § 79 RdNr. 14). Allerdings zeichnet sich der hier zu beurteilende wesentliche Verfahrensfehler dadurch aus, dass durch die verfahrensfehlerhaft unterbliebene Anhörung den Klägern die Möglichkeit der Rücknahme des Widerspruchs und damit der Herbeiführung der Bestandskraft des Ausgangsbescheides genommen worden ist. Ohne den Verfahrensfehler wäre deshalb bei Rücknahme des Widerspruchs eine andere Entscheidung der Widerspruchsbehörde, nämlich die Einstellung des Widerspruchsverfahrens ohne Verböserung, ergangen. Nach dem Erlass des Widerspruchsbescheids ist eine Rücknahme des Widerspruchs durch die Kläger - die ihnen bei vorheriger Anhörung möglich gewesen wäre - hingegen ausgeschlossen (vgl. BVerwGE 44, 64, 66; a.A. Kopp, VwVfG, 6. Aufl., § 22 RdNr. 35).

Der isolierten Aufhebung des Widerspruchsbescheids gemäß § 79 Abs. 2 Satz 2 VwGO steht jedoch entgegen, dass die Festsetzung des höheren Ablösebetrages durch Rücknahme des insoweit rechtswidrigen Ausgangsbescheides - sei es im Wege der fachauf-

sichtlichen Weisung, sei es durch eigenen Entschluss der Ausgangsbehörde gemäß § 48 VwVfG - nach den tatsächlichen Verhältnissen des vorliegenden Falles angesichts der zwingenden vermögensgesetzlichen Vorschriften unabweisbar gewesen wäre. Einer derartigen Zwangsläufigkeit der Festsetzung desselben höheren Ablösebetrages steht zwar in der Regel das durch § 48 Abs. 1 VwVfG eröffnete Ermessen bei der Rücknahmeentscheidung entgegen. Da angesichts der im öffentlichen Interesse liegenden zwingenden vermögensgesetzlichen Vorschriften über die Bemessung der Ablösebeträge (§ 18 VermG) allenfalls Vertrauensschutzgesichtspunkte zugunsten der Kläger gegen die Rücknahme sprechen könnten, diese Vertrauensschutzgesichtspunkte aber ersichtlich bei derartigen Sachverhalten allenfalls finanzieller Natur sein können und insoweit im Rahmen des an die Rücknahme anschließenden Entschädigungsanspruchs gemäß § 48 Abs. 3 VwVfG zu berücksichtigen sind, fehlt es im vorliegenden Fall an Anhaltspunkten aus dem persönlichen Bereich der Kläger, die bereits bei der Rücknahmeentscheidung im Rahmen des Ermessens Bedeutung erlangen könnten (vgl. BVerwG, NVwZ 1992, 565, 566 zu § 49 VwVfG).

Eine andere Beurteilung wäre auch dann nicht gerechtfertigt, wenn in der Festsetzung des Ablösebetrages durch den mit dem Widerspruch angefochtenen Ausgangsbescheid neben der belastenden Regelung zugleich eine begünstigende Regelung des Inhalts zu sehen sein sollte, "mehr" werde von den Klägern nicht verlangt. Gemäß § 48 Abs. 1 VwVfG stünde der Rücknahme nämlich auch unter dieser Prämisse nur das schutzwürdige Vertrauen des Betroffenen auf den Bestand des Verwaltungsakts entgegen. Daran fehlt es aber, wenn der Betroffene - wie hier - durch die Einlegung des Widerspruchs selbst die Unanfechtbarkeit des Ausgangsverwaltungsakts zunächst verhindert hat. Unter diesen Umständen muss er mit der Möglichkeit einer reformatio in peius rechnen; ein Vertrauen auf den Bestand des Verwaltungsakts konnte sich bis zum Abschluss des Vorverfahrens nicht schutzwürdig bilden (BVerwGE 67, 129, 134). Angesichts dessen kann auch dahinstehen, ob die Festsetzung des richtig berechneten höheren Ablösebetrages überhaupt die Rücknahme des Ausgangsbescheides erfordert oder ob nicht auch ohne dessen Aufhebung eine bloße "Nacherhebung" des Differenzbetrages möglich wäre (vgl. BVerwG, DVBl.1996, 1046).

Standort: § 80 a VwGO Problem: Vollziehungsaussetzung von Amts wegen

OVG NW, BESCHLUSS VOM 30.7.1999 - 10 B 961/99 (NWVBL 2000, 25)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall hatte die zuständige Baugenehmigungsbehörde die Vollziehung einer von ihr erteilten Baugenehmigung gem. § 80 IV VwGO ausgesetzt, nachdem Nachbarn Widerspruch gegen das Bauvorhaben eingelegt hatten, obwohl seitens der Nachbarn kein entsprechender Aussetzungsantrag gestellt wurde, wie dies § 80 a I Nr. 2 VwGO vorsieht. Das Gericht hält dies mit der h.M. für zulässig.

Prüfungsrelevanz:

Baurechtliche Nachbarrechtsstreitigkeiten spielen in Examensklausuren oft im Rahmen des § 80 a VwGO, da Rechtsbehelfe gegen eine Baugenehmigung in aller Regel nach §§ 80 II Nr. 3 VwGO, 212 a BauGB keine aufschiebende Wirkung mehr haben, der Nachbar also im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes verhindern muss, dass der Bauherr noch während des laufenden Widerspruchs- bzw. Klageverfahrens seine Baugenehmigung vollzieht und so faktische Verhältnisse schafft. Gem. § 80 a I Nr. 2 VwGO kann er bei der Behörde, über § 80 a III 1 VwGO auch bei Gericht die Aussetzung der Vollziehung der Baugenehmigung beantragen. Streitig ist, ob die Behörde daneben auch von sich aus, also ohne einen Antrag des Nachbarn nach § 80 a I Nr. 2 VwGO, die Vollziehung aussetzen kann. Dies wird z.T. mit Blick auf die objektive Gesetzeslage - § 80 a I Nr. 2 VwGO fordert ja explizit einen Antrag - verneint (Schoch in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 80 a Rz. 31 und 36; Schmitt Glaeser, Verwaltungsprozessrecht, Rz. 266). Die wohl herrschende Gegenansicht (Puttler in: Sodan/Ziekow, NK-VwGO, § 80 a RdNr. 9; Kopp/Schenke, VwGO, 11. Auflage, § 80 a RdNr. 7; Schmaltz, Probleme des vorläufigen Rechtsschutzes im Baunachbarrecht, DVBl 1992, 230, 232) beruft sich auf die Motive des Gesetzgebers sowie § 80 a III 2 VwGO, welcher auf § 80 IV VwGO verweist, wo gerade nicht von einem Antrag die Rede ist.

Leitsatz:

Legen Dritte als Nachbarn Widerspruch gegen eine gemäß § 212 a Abs. 1 BauGB sofort vollziehbare Baugenehmigung ein, kann die Bauaufsichtsbehörde auch ohne Antrag der Dritten nach § 80 a Abs. 1 Nr. 2 VwGO von Amts wegen die Vollziehung der

Baugenehmigung im überwiegenden Drittinteresse gemäß § 80 Abs. 4 Satz 1 VwGO aussetzen.

Sachverhalt:

Auf einen Bauantrag der Antragstellerinnen erteilte der Antragsgegner ihnen eine Baugenehmigung für die Errichtung eines SB-Marktes. Die Beigeladenen legten gegen die Baugenehmigung Widerspruch ein. Auf Weisung der Bezirksregierung setzte der Antragsgegner die Vollziehung seiner Baugenehmigung aus. Der daraufhin gestellte Antrag der Antragstellerinnen, die Aussetzung der Vollziehbarkeit der Baugenehmigung aufzuheben, blieb auch im Beschwerdeverfahren erfolglos.

Gründe:

Der Antrag ist darauf gerichtet, die Anordnung des Antragsgegners aufzuheben, durch die dieser die Vollziehung der von ihm erteilten Baugenehmigung ausgesetzt hat, mit der Folge, daß die sofortige Vollziehbarkeit der Baugenehmigung gemäß § 212 a Abs. 1 BauGB wieder eintritt. Dieser Antrag ist unbegründet. Der Antragsgegner hat mit Recht die Vollziehung seiner Baugenehmigung ausgesetzt.

Der Antragsgegner war zu einer solchen Anordnung befugt. Hierfür bedurfte es keines Antrags der Beigeladenen. Legen Dritte - wie hier die Beigeladenen - einen Rechtsbehelf - wie hier den Widerspruch - gegen den an einen anderen gerichteten, diesen begünstigenden Verwaltungsakt - hier die den Antragstellerinnen erteilte Baugenehmigung - ein, kann die Behörde auf Antrag des Dritten nach § 80 Abs. 4 VwGO die Vollziehung aussetzen (§ 80 a Abs. 1 Nr. 2 VwGO). Zwar erwähnt § 80 a Abs. 1 Nr. 2 VwGO, daß die Behörde auf Antrag handelt. Damit wird jedoch nicht ausgeschlossen, daß sie daneben gemäß § 80 Abs. 4 Satz 1 VwGO von sich aus tätig werden und die Vollziehung im überwiegenden Drittinteresse von Amts wegen aussetzen darf.

§ 80 a Abs. 1 begründet selbst keine Befugnis der Behörde. Deren Befugnisse ergeben sich vielmehr aus § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO, soweit es um die Anordnung der sofortigen Vollziehung geht, und aus § 80 Abs. 4 VwGO, soweit es um die Aussetzung der Vollziehung geht. § 80 a Abs. 1 VwGO zeigt nur auf, welche verfahrensrechtlichen Möglichkeiten die Betroffenen, der Begünstigte oder der Dritte, gegenüber der Behörde haben. Die Vorschrift stellt klar, daß der Begünstigte und der Dritte auch gegenüber der Behörde um vorläufigen Rechtsschutz nachsuchen und mit einem Antrag darauf hinwirken können, daß die Behörde zu ihren Gunsten von den ihr eingeräumten Befugnissen Gebrauch macht. Die Entstehungsgeschichte bietet keine Anhaltspunkte dafür, der Gesetzgeber habe mit der Neuregelung des vorläufigen Rechtsschutzes bei Verwaltungsakten mit Doppelwirkung die bislang unbestrittene Befugnis der Behörde, die sofortige Vollziehung eines Verwaltungsakts oder dessen Aussetzung von Amts wegen auszusetzen, einschränken und von einem Antrag des Begünstigten oder des Dritten abhängig machen wollen (vgl. die Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung BT-Drs. 11/7030 S. 25).

§ 80 a Abs. 1 VwGO hat hingegen nicht den Zweck zu verhindern, daß die Behörde dem Begünstigten oder dem Dritten eine "Wohltat aufdrängt". Es kann durchaus im öffentlichen Interesse liegen, nach Eingang eines Nachbarwiderspruchs gegen eine Baugenehmigung die Schaffung vollendeter Tatsachen zu verhindern, wenn der Nachbarwiderspruch und seine Begründung Anlaß geben, die erteilte Baugenehmigung nochmals zu überdenken.

Die Anordnung des Antragsgegners, die Vollziehung seiner Baugenehmigung auszusetzen, kann der Sache nach ebenfalls nicht beanstandet werden (wird ausge-führt).

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 Schmülling (*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 MwSt. 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

Zivilrecht

Standort: Gesellschaftsrecht

Problem: Nachhaftung des Gesellschafters

BGH, URTEIL VOM 27.9.99 - II ZR 356 / 98
(NJW 2000, 208)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall hatte der BGH zu Inhalt, Umfang und Grenzen der Nachhaftung eines ausgeschiedenen Gesellschafters für noch bestehende Verbindlichkeiten der Personen(handels)gesellschaft Stellung zu nehmen. Eine solche Nachhaftung unterliegt den Verjährungsregeln der §§ 159 f. HGB, 736 II BGB, die 1994 durch das Nachhaftungsbegrenzungsgesetz novelliert worden sind.

Von den Nachhaftungsregeln der vorgenannten Vorschriften werden alle Arten von Verbindlichkeiten gegenüber der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern erfasst. Gesetzeszweck dieser Regeln ist es, einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Anliegen des ausgeschiedenen Gesellschafters an einer Haftungsgrenze und dem Interesse des Gläubigers am Fortbestand seiner Ansprüche zu schaffen. Für diesen Ausgleich kann es auf die Art der Schuld - einmaliges oder dauerhaftes Schuldverhältnis - daher nicht ankommen. Wichtig ist nur, dass die Rechtsgrundlage für das einzelne Schuldverhältnis vor dem Ausscheiden des Gesellschafters angelegt und damit bereits entstanden ist.

Des weiteren gibt der BGH infolge der Novellierung die sog. Kündigungstheorie auf, die er zu den alten Regeln entwickelt und damit eine über den Gesetzeswortlaut hinausgehende Begrenzung der Nachhaftung zugestanden hatte. Durch die Novellierung wollte der Gesetzgeber die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters stärker begrenzen, so dass sich infolgedessen der Sinn und Zweck der Kündigungstheorie überholt hat.

Letztlich hatte der BGH die Frage zu klären, unter welchen Bedingungen ein Gläubiger erst auf seinen Nachhaftungsanspruch gegenüber dem ausgeschiedenen Gesellschafter verzichtet.

Prüfungsrelevanz:

In gesellschaftsrechtlichen Klausuren ist neben Aspekten der Geschäftsführung und der Vertretung der Gesellschaft nach außen vor allem die Haftungsfrage ein immer wiederkehrendes Thema.

Die Haftung eines ausscheidenden Gesellschafters für noch bestehende Verbindlichkeiten der Personengesellschaft unterliegt den Verjährungsregeln der §§ 159 f. HGB, 736 II BGB. Die alten Verjährungsregeln für die Nachhaftung eines ausgeschiedenen Gesellschafters kamen insbesondere bei bestehenden Dauerschuldverhältnissen zu Problemen in ihrer Anwendung. Nach § 159 I HGB a.F. verjährten Ansprüche gegen einen Gesellschafter aus Verbindlichkeiten der Gesellschaft in fünf Jahren nach seinem Ausscheiden; gem. § 159 III HGB a.F. begann diese Verjährungsfrist aber erst mit dem Zeitpunkt der Fälligkeit, wenn der Anspruch des Gläubigers gegen die Gesellschaft erst nach der Eintragung des Ausscheidens im Handelsregister fällig wurde. Im Falle einer Dauerschuld folgte daraus, dass nicht der Gesamtanspruch schon in fünf Jahren, sondern der Anspruch auf jede einzelne Rate erst nach deren Fälligkeit in fünf Jahren verjährte. Diese führte zu einer Endloshaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters. Um diesen Gesellschafter zu schützen, entwickelte der BGH die sog. Kündigungstheorie. Danach griff die Nachhaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters für Dauerschulden nur bis zum ersten ordentlichen Kündigungstermin nach dem Ausscheiden, unabhängig davon, ob der Gläubiger von dieser Kündigungsmöglichkeit Gebrauch machte oder nicht. Nach § 160 I HGB n.F. tritt nunmehr eine Haftungsgrenze für alle Ansprüche gegenüber der Gesellschaft, auch aus Dauerschulden, ein, wenn sie erst fünf Jahre nach dem Ausscheiden des Gesellschaft fällig werden (vgl. Übergangsvorschriften gem. §§ 35 f. EGHGB.

Leitsätze:

1. Zur Frage des Verzichts eines Gesellschaftsgläubigers auf die Nachhaftung eines ausgeschiedenen Gesellschafters.

2. Dauerschuldverhältnisse sind ohne Differenzierung nach gewissem oder ungewissem Verlauf in der Zukunft als Verbindlichkeiten i. S. von § 160 I n. F. HGB anzusehen.

3. Bei der Auslegung des § 160 I n. F. HGB hält der Senat an der so genannten Kündigungstheorie nicht mehr fest.

Sachverhalt:

Der Bekl. zu 2 und der am Revisionsverfahren nicht beteiligte Bekl. zu 1 schlossen als Gesellschafter der B-GbR am 21. 2. 1996 mit dem Kl. einem mit dreimonatiger Kündigungsfrist kündbaren Steuerberatungsvertrag auf unbestimmte Zeit; außerdem trafen sie Honorarvereinbarungen über die Lohn- und Finanzbuchhaltung und sonstige vom Kl. zu erledigende steuerliche Angelegenheiten. Am 31. 8. 1996 erwarb der Bekl. zu 1 vom Bekl. zu 2 durch einen als "Auseinandersetzungsvertrag" bezeichneten Vertrag dessen Gesellschaftsanteile. Der Bekl. zu 1 führte das Geschäft der B-GbR als Alleininhaber fort. Mit seiner Klage begehrt der Kl. von dem Bekl. zu 2 gesamtschuldnerisch neben dem durch Teilversäumnisurteil vom 22. 12. 1997 bereits verurteilten Bekl. zu 1 Zahlung seiner Vergütung für die Erledigung der Finanzbuchhaltung im Oktober 1996, der Lohnbuchhaltung in der Zeit vom November 1996 bis März 1997 nach Rechnungen vom 21. 1. bis 5. 6. 1997 in Höhe von insgesamt 15.296,38 DM. Der Bekl. zu 2 ist der Auffassung, dass er im Hinblick auf sein Ausscheiden aus der B-GbR nicht zur Zahlung der streitbefangenen Vergütungsforderungen verpflichtet sei.

Das LG hat der Klage stattgegeben, das OLG hat die Berufung des Bekl. zu 2 zurückgewiesen. Mit der - zugelassenen - Revision verfolgt der Bekl. zu 2 seinen Antrag, die Klage abzuweisen, weiter. Die Revision hatte keinen Erfolg.

Gründe:

Das BerGer. ist der Auffassung, dass die streitbefangenen Vergütungsansprüche des Kl. aus §§ 611, 675 BGB auf dem zwischen den Parteien am 21. 2. 1996 geschlossenen Steuerberatungsvertrag beruhten, dass der Bekl. zu 2 (im Folgenden: Bekl.) aus diesem Vertrag über den Zeitpunkt seines Ausscheidens aus der B-GbR hinaus verfllichtet geblieben sei, und dass der Kl. den Bekl. aus dieser Verpflichtung nicht entlassen habe. Diese Beurteilung hält im Ergebnis den Angriffen der Revision stand.

Das BerGer. geht zutreffend davon aus, dass der Kl. auf seine Vergütungsansprüche gegenüber dem Bekl. nicht verzichtet habe. Die Revision greift dies ohne Erfolg mit dem Hinweis auf die Behauptungen des Bekl. in den Vorinstanzen an, der Kl. habe ihm bereits im August 1996 zu dem Auseindersetzungsvertrag geraten, den beide Bekl. tatsächlich am 31 . 8. 1996 vereinbart haben; er habe dem Kl. bei einem Telefonat im Oktober 1996 zu verstehen gegeben, dass er nicht mehr Gesellschafter sei, der Kl. habe ihn daraufhin gebeten, sich bei dem früheren Bekl. zu 1 für die weitere Bezahlung und das Fortbestehen des Beratungsverhältnisses zu verwenden; in einem weiteren Telefonat im Oktober 1996 sei nochmals sein Ausscheiden aus der Gesellschaft erörtert worden. Diese von dem Bekl. behaupteten Umstände, die mangels gegenteiliger Feststellungen des BerGer. im Revisionsverfahren zugrunde zu legen sind, ergeben weder einzeln noch in ihrer Gesamtheit ein Verhalten des Kl., dem der Erklärungswert eines Verzichts auf die streitbefangenen Vergütungsansprüche beigemessen werden könnte.

Die Beratung eines Gesellschafters einer GbR durch den Steuerberater zu der Frage, ob und gegebenenfalls auf welche Weise er aus der Gesellschaft ausscheiden kann, steht nicht ohne weiteres im Zusammenhang mit der hier maßgeblichen Frage der Nachhaftung des Gesellschafters für Verbindlichkeiten, die vor seinem Ausscheiden begründet worden sind. Auch bei bestehen bleibender Nachhaftung kann es eine Reihe von Gründen geben, die ein Ausscheiden aus der Gesellschaft für den betreffenden Gesellschafter als ratsam erschienen lassen. Dass das Ausscheiden aus der Gesellschaft für den Bekl. nur bei einem Entfallen der Nachhaftung sinnvoll gewesen wäre, hat dieser selbst nicht behauptet. Zudem ist weder von dem Bekl. vorgetragen worden noch sonst ersichtlich, dass die Frage der Nachhaftung anlässlich der Beratung durch den Kl. zur Sprache gekommen wäre.

Auch die Ausführungen des BerGer. zu der Bitte des Kl. an den Bekl. anlässlich des ersten Telefonats im Oktober 1996 sind nicht zu beanstanden. Sie stellen entgegen der Auffassung der Revision insbesondere keine Spekulation, sondern eine vor dem Hintergrund der gesamten von dem Bekl. dargelegten Äußerungen und dem übrigen Sachverhalt mögliche Auslegung dar, die weder Verstöße gegen Denkgesetze noch sonstige Rechtsfehler erkennen lässt. Entgegen der Meinung der Revision schließt insbesondere die Bitte des Kl., sich gegenüber dem früheren Bekl. zu 1 für die Zahlung zu verwenden, keineswegs aus, dass der Kl. den Bekl. ebenfalls weiter für verpflichtet hielt. Insoweit wäre ohne weiteres denkbar, dass der Kl. lieber den früheren Bekl. zu 1 als den Bekl. in Anspruch nehmen wollte. Die Motivation des Kl. könnte der eines Gläubigers vergleichbar gewesen sein, der den Bürgen bittet, sich bei dem Hauptschuldner für die Schuldtilgung zu verwenden; ohne weiteres könnte in einer solchen Bitte ein Verzicht auf die Bürgenverpflichtung nicht zu sehen sein. Auch die Bitte, sich für die Fortsetzung des Steuerberaterverhältnisses einzusetzen, lässt entgegen der Auffassung der Revision keinen Schluss auf die Vorstellungen des Kl. zu der Frage zu, ob er von einer weiteren Nachhaftung des Bekl. ausging oder nicht. Diese Bitte ist vielmehr auch ohne Verzicht des Kl. gegenüber dem Bekl. nachvollziehbar. Das BerGer. konnte sie frei von Rechtsfehlern auf den Zeitpunkt

nach einer eventuell von beiden Gesellschaftern ausgesprochenen Kündigung des Steuerberatungsverhältnisses beziehen.

Auch bei einer Gesamtwürdigung aller Verhaltensweisen und Äußerungen des Kl. lässt sich keine Aussage des Kl. herausfiltern, die unmissverständlich und hinreichend klar als Verzicht auf seine Vergütungsansprüche gegen den Bekl. gewertet werden könnte. Die entsprechende Beurteilung des BerGer. ist nicht zu beanstanden.

Die Revision meint zu Unrecht, dem Kl. sei es nach Treu und Glauben verwehrt, den Bekl. in Anspruch zu nehmen, weil er zum einen den Eindruck hervorgerufen habe, nach dem Ausscheiden bestanden Ansprüche aus dem Vertrag nur noch gegenüber dem Bekl. zu 1, und weil er zum anderen nach dem Zahlungsverzug noch weiter gearbeitet habe und so ohne Not zu Lasten des Bekl. die Vergütungsansprüche habe anwachsen lassen. Die Inanspruchnahme des Bekl. durch den Kl. könnte im Hinblick auf die Äußerungen des Kl. allenfalls dann unter dem Gesichtspunkt widersprüchlichen Verhaltens als treuwidrig anzusehen sein, wenn der Kl. bei seinem Rat an den Bekl., die Gesellschaft zu verlassen, auf das Entfallen der Nachhaftung oder einen entsprechenden Verzicht hingewiesen hätte und das Ausscheiden des Bekl. unter Berücksichtigung dieses Hinweises erfolgt wäre. Entsprechende Umstände hat aber der Bekl. selbst nicht behauptet. Ein eventuelles Weiterarbeiten des Kl. nach dem Eintritt des Zahlungsverzugs könnte der Inanspruchnahme des Bekl. unter dem Gesichtspunkt treuwidrigen Verhaltens allenfalls entgegenstellen, wenn und soweit dem Bekl. gegen den Kl. eine entsprechende Gegenforderung auf Zahlung von Schadensersatz wegen Verletzung seiner Pflichten aus dem Steuerberatungsvertrag zustünde. Ein solcher Schadensersatzanspruch wäre jedoch nur dann in Betracht zu ziehen, wenn hinreichend präzise vorgetragen worden wäre, dass und gegebenenfalls in welchem konkreten Umfang der Kl. seine Arbeiten zur Reduzierung von Vergütungsansprüchen hätte einstellen können, ohne dadurch seine Pflichten aus dem Steuerberatungsvertrag gegenüber dem früheren Bekl. zu 1 zu verletzen. Hierzu aber hat der insoweit darlegungs- und beweispflichtige Bekl. nichts Konkretes vorgetragen.

Die somit bestehende Zahlungsverpflichtung des Bekl. gegenüber dem Kl. ist nach Auffassung des BerGer. nicht im Wege der Nachhaftungsbegrenzung entfallen. Diese Beurteilung hält im Ergebnis revisionsrechtlicher Überprüfung stand.

Ohne Erfolg beruft sich die Revision darauf, dass eine Nachhaftung des Bekl. von Gesetzes wegen bereits vom Ansatz her nicht in Betracht käme, da es sich bei den streitbefangenen Vergütungsforderungen um Ansprüche aus einem Dauerschuldverhältnis handele, dessen Verlauf in der Zukunft allein wegen der Kündigungsmöglichkeit ungewiss sei, und die deshalb nicht als "bis zu seinem Ausscheiden begründete Verbindlichkeiten" (§ 736 II BGB i. V. mit § 160 I HGB) angesehen werden könnten.

Bei diesen Ausführungen verkennt die Revision - ebenso wie die vereinzelten, von der Revision herangezogenen Stimmen in der Literatur (Honsell/Harrer, ZIP 1986, 341 [342, 344]; Heymann/Emmerich, HGB, 2. Aufl., § 128 Rdnr. 39) die Bedeutung und den Gehalt des Merkmals "bis zu seinem Ausscheiden begründete Verbindlichkeiten". Sinn von § 160 I HGB ist es in erster Linie zu vermeiden, das ein ausgeschiedener Gesellschafter zu lange Zeit mit einer Haftung für Verbindlichkeiten belastet wird, obwohl er wegen seines Ausscheidens weder weiteren Einfluss auf die Gesellschaft nehmen noch von den Gegenleistungen und sonstigen Erträgen profitieren kann (statt vieler: Habersack, in: GroßKomm. z. HGB, 4. Aufl § 160 Rdnr. 1). Sinn von § 160 I HGB ist es aber zugleich, einen Ausgleich zwischen diesem Anliegen und den Interessen der Gesellschaftsgläubiger zu schaffen. Allein schon im Hinblick auf diese Zweckrichtung sind Dauerschuldverhältnisse ohne Differenzierung nach gewissem oder ungewissem Verlauf in der Zukunft als Verbindlichkeiten i. S. von § 160 I HGB anzusehen (BGHZ 55, 267 [269 f.] = NJW 1971, 1268 = LM § 15 HGB Nr. 3 [L], st. Rspr.; Baumbach/Hopt, HGB, 29. Aufl., § 28 Rdnr. 29; Habersack, in: GroßKomm. z. HGB, § 160 Rdnr. 10 i. V. mit § 128 Rdnrn. 63 ff.; Koller, in: Koller u.a., HGB, 2. Aufl., § 128 Rdnr. 10; Schlegelberger, HGB, 5. Aufl., § 128 Rdnr. 50; Stuhlfelner, in: Heidelberger Komm.z. HGB, 5. Aufl., § 128 Rdnr. 11; v. Gerkan, in: Röhricht/Graf v. Westphalen, HGB, § 128 Rdnr. 24). Bei Dauerschuldverhältnissen ist nämlich die Rechtsgrundlage für die einzelnen Schuldverpflichtungen bereits in dem Vertrag selbst angelegt mit der Folge, dass diese Schuldverpflichtungen mit dem Vertragsschluss als entstanden anzusehen sind, auch wenn einzelne Verpflichtungen erst später fällig werden (BGHZ 55, 267 [269 f.] = NJW 1971,1268 = LM § 15 HGB Nr. 3 [L], st. Rspr.; Habersack, in: Großkomm. z. HGB, § 160 Rdnr. 10 i.V. mit § 128 Rdnrn. 63ff.; Koller in: Koller u.a., § 128 Rdnr. 10; Scblegelberger, § 128 Rdnrn. 50f.). So verhält es sich auch bei dem hier streitbefangenen Dauerschuldverhältnis: Aus dem Steuerberatervertrag vom 21. 2. 1996 war der Kl. bis zur Beendigung durch Kündigung oder auf sonstige Weise fortlaufend zur Leistung von Buchhaltungs- oder sonstigen steuerlichen Arbeiten verpflichtet, die Gesellschafter ihrerseits

waren auf der Grundlage des Steuerberatungsvertrags fortlaufend zu den vereinbarten Honorarzahlungen verpflichtet, wobei diese Verpflichtungen jeweils fällig wurden, wenn und soweit der Kl. seine Leistungspflichten voll erfüllt hatte.

Die Frist des § 160 1 HGB ist gewahrt. Die streitbefangenen Vergütungsansprüche wurden innerhalb der Fünf-Jahres-Frist fällig und gerichtlich geltend gemacht.

Die Revision meint, dass auch bei grundsätzlichem Bestehen einer Nachhaftung des Bekl. diese jedenfalls für diejenigen Vergütungsansprüche ausgeschlossen sei, die Leistungen des Kl. in der Zeit ab Anfang Dezember 1996 zum Gegenstand haben; dies ergebe sich aus der vom Senat entwickelten so genannten Kündigungstheorie, nach der bei kündbaren Dauerschuldverhältnissen eine Nachhaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters nur bis zu dem Zeitpunkt besteht, zu dem der Gläubiger der Gesellschafter frühestens kündigen konnte; dieser Zeitpunkt sei hier im Hinblick auf die vertraglich vorgesehene dreimonatige Kündigungsfrist das Ende des Monats November 1996. Auch mit diesem Vorbringen bleibt die Revision ohne Erfolg.

Zum einen hätte die Anwendung der so genannten Kündigungstheorie entgegen der Auffassung der Revision allenfalls zur Folge, dass ein kleiner, die Zeit ab Februar 1997 betreffender Teil der Vergütungsforderung erfasst würde. Auch nach der so genannten Kündigungstheorie entfiele nämlich die Nachhaftung erst ab dem Zeitpunkt, zu dem der Vertragspartner Kenntnis von dem Ausscheiden des Gesellschafters erlangt hat. Diese Kenntnis lag aber frühestens Ende Oktober 1996 vor. Für eine Kenntnis des Kl. vor diesem Zeitpunkt hat der insoweit darlegungs- und beweispflichtige Bekl. nichts vorgetragen.

Zum anderen beruft sich die Revision aber auch im Hinblick auf den kleinen, die Zeit ab Februar 1997 betreffenden Teil der streitbefangenen Vergütungsforderung ohne Erfolg auf eine Enthaftung nach der so genannten Kündigungstheorie.

Der Senat hat diese Theorie vor dem Hintergrund der alten Rechtslage, entwickelt (BGHZ 70, 132 = NJW 1978, 636 = LM § 128 HGB Nr. 24 [L]). § 159 a. E HGB führte nicht zuletzt durch die Anknüpfung an die Verjährung dazu, dass bei langfristigen Schuldverhältnissen ein ausscheidender Gesellschafter unter Umständen zeitlich unbegrenzt weiter haften musste. Dies bedeutete für den betroffenen Gesellschafter ein unüberschaubares und damit nicht zumutbares Risiko. Deshalb musste die Rechtsprechung korrigierend eingreifen und die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters in den jeweils zur Entscheidung anstehenden Fällen unabhängig von der Verjährungsfrage in vernünftiger Weise begrenzen. Für ein solches Korrektiv besteht nach Inkrafttreten des Nachhafiungsbegrenzungsgesetzes keine Veranlassung mehr. Entgegen vereinzelten Stimmen in der Literatur (Baumbach/Hopt, § 160 Rdnr. 1) hat der Gesetzgeber mit § 160 n. E HGB ein umfassende Regelung des Problems der Nachhaftungsbegrenzung vorgenommen. Er hat dabei die Rechtsprechung zu dem alten Recht gesehen sowie berücksichtigt und wollte dabei auch die Dauerschuldverhältnisse einbezogen wissen (BT-Dr 12/1868, S. 8). Damit hat der Gesetzgeber im Interesse der Rechtssicherheit für alle Verbindlichkeiten einheitlich den Weg einer klar festgelegten Ausschlussfrist gewählt. Mit diesem Weg hat er zugleich die Interessen der Beteiligten in einer Weise berücksichtigt und ausgeglichen, die zwar fraglos gewisse Härten mit sich bringt, aber letztlich für keinen der jeweils Beteiligten als unzumutbar anzusehen ist. Vor diesen Hintergrund hält der Senat bei der Auslegung des § 160 1 n. F. HGB an der so genannten Kündigungstheorie nicht mehr fest (im Ergebnis ebenso: OLG Dresden, NJW-RR 1997, l62 = ZIP 1996, 1868 [1870 f.]; Funke, DB 1999, 2177 [2178]; Habersack, in: GroßKomm. z. HGB, § 160 Rdnr. 34; Hornung, Rpfleger 1994, 488 [491 f.]; Nitsche, ZIP 1994, 1919 [1921]; Reichold NJW 1994, 1617 [1619]; Karsten Schmidt. GesellschaftsR, 3. Aufl. [1997], § 51 II 1, S. 1485; Seibert, DB 1994, 461; Stuhlfelner, in: Heidelberger Komm. z. HGB. § 128 Rdnr. 14, v. Gerkan, in: Röhricht/Graf. v. Westphalen, § 160 Rdnr. 7; Waldner, WiB 1994, 297).

Für eine zweigliedrige GbR, deren Betrieb von einem Gesellschafter nach Übernahme der Gesellschaftsanteile des anderen Gesellschafters als Alleininhaber fortgeführt wird, gelten keine Besonderheiten. Die Interessen des ausscheidenden Gesellschafters einerseits und der Gläubiger andererseits sind der Interessenlage bei Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer mehrgliedrigen Gesellschaft vergleichbar. Hier wie dort hat der betroffene Gläubiger ein Interesse an der Nachhaftung, der ausscheidende Gesellschafter ein Interesse an Nachhaftungsbegrenzung.

Standort: § 273 BGB Problem: Leistungsverweigerung bei vorheriger Zession

BGH, URTEIL VOM 1.10.99 - V ZR 162 / 98 (MDR 2000, 21 = NJW 2000, 278 = ZIP 1999, 2156)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall war ein wegen Zahlungsverzug gescheiterter Grundstückskaufvertrag nach § 326 I BGB rückabzuwickeln. Dabei setzten die Bekl. der Klageforderung nach Verzugszinsen und Einwilligung in die Löschung einer Vormerkung im Grundbuch ein Zurückbehaltungsrecht entgegen, weil sie in der Zwischenzeit aufgrund weiterer Parteiabreden umfangreiche Baumaßnahmen auf dem Grundstück getätigt hatten und dafür Verwendungsersatz von der Kl. forderten. Dabei hatten die Bekl. diese Verwendungsersatzansprüche zu Sicherungszwecken schon zuvor an eine Dritte abgetreten und waren nur zur Einziehung zugunsten der Zessionarin ermächtigt.

Das Gericht hatte in diesem Verfahren die Rechtsfrage zu klären, ob ein Schuldner das Zurückbehaltungsrecht gem. § 273 BGB geltend machen kann, obwohl er bezüglich des geltend gemachten Gegenrechts nicht mehr Inhaber, sondern nur noch einziehungsermächtigt (§ 185 I BGB) ist. Der BGH hat diese Frage im Hinblick auf die bestehende Einziehungsermächtigung des Schuldners bejaht; ob seitens des Schuldners die Geltendmachung des abgetretenen Anspruchs im Klagewege oder als Zurückbehaltungsrecht erfolgt, rechtfertigt keinen Unterschied.

In diesem Zusammenhang hatte der BGH das Problem zu lösen, dass die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts gem. § 273 BGB wegen des Vorrangs der Aufrechnung grundsätzlich ausgeschlossen ist, wenn sich gleichartige Ansprüche gegenüber stehen. Dieser Ausschluss - so der BGH - greift in diesem Fall aber nicht ein, da eine vorrangig zu beachtende Aufrechnungslage nicht besteht. Infolge der Abtretung fehlt es an der für die Aufrechnungslage erforderlichen Gegenseitigkeit der Forderungen gem. § 387 BGB.

Prüfungsrelevanz:

Die Geltendmachung der Aufrechnung gem. §§ 387 ff. BGB oder von Zurückbehaltungsrechten gem. §§ 273, 320, 1000 BGB mit Gegenansprüchen des Schuldners gehört - vor allem in der Praxis - zu den wichtigsten Verteidigungsmitteln. Dabei gebührt bei gleichartigen Leistungen der Aufrechnung der Vorrang, denn eine Zug - um - Zug - Verurteilung infolge eines Zurückbehaltungsrechts ist i.d.R. wenig sinnvoll und daher entsprechend umzudeuten (Staudinger/Selb, BGB, 13. Aufl., § 273 BGB, Rd. 6). Gemeinsame Voraussetzung beider Verteidigungsmittel ist dabei die Gegenseitigkeit, d.h. zwischen wechselseitig erhobenen Anspruch und Gegenanspruch muss persönliche Kongruenz bestehen. Jede Partei muss sowohl Gläubiger als auch Schuldner der anderen sein.

Mit Gegenrechten von Dritten kann der Schuldner also mangels eines derartigen Gegenseitigkeitsverhältnisses grundsätzlich weder aufrechnen noch ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen. Gibt der Dritte dem Schuldner jedoch eine Einziehungsermächtigung für die Gegenforderung (§ 185 BGB), so soll der Schuldner zumindest zur Zurückbehaltungsausübung befugt sein. Aufrechnen kann er zum Schutze des Gläubigers auch mit Einwilligung des Dritten nicht.

(vgl. RGZ 78, 382 [383])

Leitsätze:

1. Die Sicherungsabtretung eines Gegenanspruchs steht der Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts durch den Schuldner nicht entgegen, soweit der Schuldner vom Zessionar zur klageweisen Geltendmachung des, abgetretenen Anspruchs ermächtigt ist.

2. Scheidet eine Aufrechnung wegen fehlender Gegenseitigkeit aus, ist aber der Schuldner berechtigt, Leistung an den Zessionar zu verlangen, besteht ein Leistungsverweigerungsrecht auch bei beiderseits gleichartigen Leistungen.

3. Verlangt der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines Grundstückskaufvertrages und ergibt die Abrechnung (ausnahmsweise) ein Guthaben zugunsten des Schuldners, so kann dieser wegen seines Erstattungsanspruchs dem Grundbuchberichtigungsanspruch ein Zurückbehaltungsrecht entgegensetzen.

Sachverhalt:

Die Beklagten beabsichtigten, in B. D. ein Einkaufszentrum zu errichten. Hierzu kauften sie mit notariell beurkundetem Vertrag vom 19. Januar 1994 von der Klägerin mehrere teilweise mit landwirtschaftlichen Gebäuden bebaute Grundstücke. Der Gesamtkaufpreis von 800 000 DM war am 2. Februar 1994 fällig. Mit seiner Zahlung sollte der Besitz übergehen. Zur Sicherung des Anspruchs der Beklagten auf den Erwerb des Eigentums bewilligte und beantragte die Klägerin die Eintragung von Vormerkungen in das Grundbuch.

Ohne Zahlung geleistet zu haben, begannen die Beklagten mit dem geplanten Umbau. Bis zum Abschluss der Arbeiten im März 1995 und der Aufnahme des

Betriebs des Zentrums investierten sie nach ihrer Behauptung etwa 4 Mio. DM.
Durch Vertrag vom 25. Juli 1994 änderten die Parteien die im Vertrag vom 19. Januar 1994 zur Fälligkeit des Kaufpreises getroffene Regelung. Fälligkeit sollte nunmehr 30 Tage nach der Mitteilung der Urkundsnotarin eintreten, dass die zugunsten der Beklagten bewilligten Vormerkungen in das Grundbuch eingetragen seien. Durch Vertrag vom 26. Juli 1995 änderten die Parteien den Kaufvertrag erneut. Fälligkeit des Kaufpreises trat hiernach in Höhe eines Teilbetrages von 270 000 DM am 10. August 1995 ein. Für die Zeit bis zu dem im Vertrag vom 19. Januar 1994 vereinbarten Übergang der Nutzungen und Lasten sollten die Beklagten für die bereits außerhalb und unabhängig von den Notarverträgen durchgeführte Nutzung ein Nutzungsentgelt zu bezahlen haben.
Am 14. November 1995 erfolgte die Eintragung der Vormerkungen. Mit Schreiben vom 24. November 1995 forderte die Klägerin die Beklagten zur Zahlung von 270 000 DM auf. Mit Schreiben vom 4. März 1996 setzte sie ihnen hierzu Frist bis zum 21. März 1996 und erklärte, die Annahme des Kaufpreises nach Ablauf dieser Frist abzulehnen; das Nutzungsverhältnis gelte für diesen Fall als gekündigt. Die Beklagten zahlten weiterhin nicht. Mit Anwaltsschreiben vom l. April 1996 erklärten sie, das Vertragsverhältnis sei auch aus ihrer Sicht mit Wirkung zum 21. März 1996 beendet und befinde sich in der"Rückabwicklungsphase'. Gegenüber dem Anspruch der Klägerin auf Herausgabe der Grundstücke nähmen sie wegen ihrer Aufwendungen ein Zurückbehaltungsrecht in Anspruch.
Dem Verlangen der Klägerin nach Räumung und Herausgabe der Grundstücke sind die Beklagten während des Rechtsstreits unter dem Vorbehalt von Verwendungsersatzansprüchen nachgekommen. Gegenüber dem Anspruch der Klägerin auf Zahlung von 6 960 DM Verzugszinsen auf den Kaufpreis und Einwilligung in die Löschung der Vormerkungen machen sie ein Zurückbehaltungsrecht wegen ihrer Baumaßnahmen geltend. Ihre - zwischenzeitlich abgetretenen - Ansprüche beziffern sie auf 2,3 Mio. DM.
Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Soweit das Verfahren nicht hinsichtlich der Ansprüche auf Räumung und Herausgabe übereinstimmend für erledigt erklärt ist, hat das Oberlandesgericht die auf die Versagung eines Zurückbehaltungsrechts beschränkte Berufung zurückgewiesen.
Dagegen richtet sich die Revision der Beklagten. Die Revision hat Erfolg.

Gründe:

Das Berufungsgericht verneint ein Zurückbehaltungsrecht. Es hat ausgeführt: Ob die Aufwendungen der Beklagten Verwendungen auf die Grundstücke bedeuteten, könne dahingestellt bleiben. Sie seien weder notwendig gewesen, noch hätten sie im Interesse der Klägerin gelegen oder seien von ihr genehmigt worden. Eine Haftung wegen ungerechtfertigter Bereicherung scheide aus, weil die Vorschriften der §§ 994 ff. BGB eine abschließende Regelung träfen. Ein Anspruch aus § 242 BGB komme nur in Ausnahmefällen in Betracht. Die Voraussetzungen dafür seien nicht gegeben.
Die Beklagten haben ihre Berufung zulässig auf die Versagung eines Zurückbehaltungsrechts beschränkt (BGHZ 45, 287, 289; BGH, Urt. v. 21.6.1999 - II ZR 47/98, ZIP 1999, 1352 m. Anm. Altmeppen = WM 1999, 1565, 1567, dazu EWiR 1999, 835 (Wilhelm)). Das Bestehen der ausgeurteilten Ansprüche ist mithin der Nachprüfung entzogen.
Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts nicht daran scheitert, dass die Beklagten ihre Ansprüche wegen der Bebauung der Grundstücke an die I. AG abgetreten haben. Das Leistungsverweigerungsrecht gemäß §273 BGB setzt allerdings grundsätzlich die Gegenseitigkeit der beiderseitigen Ansprüche voraus. Diese entfällt, wenn der Schuldner seinen Gegenanspruch abtritt (BGHZ 92, 194, 196; Erman/Kuckuk, BGB, 9. Aufl., § 273 Rz. 12; Soergel/Wolf, BGB, 12. Aufl., § 273 Rz. 12). Gleichwohl ist der Schuldner zur Zurückbehaltung berechtigt, wenn er auf Leistung an den neuen Gläubiger klagen kann. So verhält es sich hier: Die Zessionarin hat die Beklagten ermächtigt, die ihr abgetretenen Ansprüche im eigenen Namen zur Zahlung an sie geltend zu machen. An einer Durchsetzung der abgetretenen Ansprüche haben die Beklagten ein eigenes Interesse. Ob dies seitens der Beklagten im Wege der Klageerhebung oder dadurch erfolgt, dass sie die Klägerin durch die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts zur Zahlung an die Zessionarin veranlassen, rechtfertigt keinen Unterschied. Das ist anerkannt für die Forderungspfändung (OLG Braunschweig JR 1955, 342, 343 m. zust. Anm. Blomeyer; zur Klagebefugnis des Schuldners vgl. BGHZ 114, 138, 141), hat aber auch für den hier gegebenen Fall der Sicherungsabtretung zu gelten (vgl. Staudinger/Selb, BGB, 13. Bearb., 1995, § 273 Rz. 6).
Ein Zurückbehaltungsrecht kommt im vorliegenden Fall auch gegenüber dem Zahlungsanspruch der Klägerin in Betracht. Allerdings ist die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts grundsätzlich ausgeschlossen, wenn sich Ansprüche gegenüberstehen, die beiderseits gleichartige Leistungen, insbesondere Geldleistungen, zum Gegenstand haben. Sind die beiderseitigen Lei-

stungen verrechenbar, ist eine zur Zug-um-Zug-Verurteilung führende Zurückbehaltung im Allgemeinen weder sinnvoll noch angebracht und deshalb regelmäßig in eine Aufrechnung umzudeuten (Staudinger/Selb, aa0, Rz. 2). Das ist hier jedoch nicht möglich, weil es infolge der Abtretung an der für die Aufrechnung seitens der Beklagten erforderlichen Gegenseitigkeit der Forderungen fehlt (§387 BGB). Mit der Forderung eines Dritten kann der Schuldner auch mit dessen Einwilligung nicht aufrechnen (BGH, Urt. v. 17.5.1988 - IX ZR 5/87, NJW-RR 1988, 1146, 1150). Scheidet eine Aufrechnung wegen fehlender Gegenseitigkeit aus, ist aber der Schuldner berechtigt, Leistung an den Zessionar zu verlangen, besteht dieses Leistungsverweigerungsrecht auch bei beiderseits gleichartigen Leistungen. Denn es wäre nicht gerechtfertigt, den Schuldner einer gleichartigen Leistung schlechter zu stellen als den einer ungleichartigen.

Entgegen der Meinung des Berufungsgerichts kann auf der Grundlage des bisherigen Vorbringens der Parteien das Bestehen eines Anspruchs wegen der Aufwendungen der Beklagten auf die Grundstücke nicht ausgeschlossen werden.

Wie die Revision in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat zutreffend geltend gemacht hat, ist die Annahme des Berufungsgerichts, die Klägerin sei vom Kaufvertrag zwischen den Parteien zurückgetreten, nicht frei von Rechtsfehlern. Die getroffenen Feststellungen tragen diese Auffassung nicht. Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, dass und zu welchem Zeitpunkt die Klägerin den Rückritt erklärt hat. Die Parteien gehen zwar übereinstimmend davon aus, dass das Vertragsverhältnis gescheitert ist. Das allein rechtfertigt aber nicht die Annahrne, der Vertrag sei in ein von §§ 346 ff. BGB bestimmtes Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt worden.

Liegt eine Rücktrittserklärung der Klägerin nicht vor, könnten die Rücktrittswirkungen nur durch eine einvernehmliche Regelung der Parteien ausgelöst worden sein. Auch hierzu enthält das Berufungsurteil keine Feststellungen. Das Berufungsgericht hat lediglich ausgeführt, zwischen den Parteien sei unstreitig, dass die Klägerin ein Rücktrittsrecht gehabt habe. Das vom Berufungsgericht zitierte Schreiben der Klägerin vom 4. März 1996, dessen Zugang beim Beklagten zu 2) bestritten ist, enthält außer der mit einer Ablehnungsandrohung verbundenen Fristsetzung die Erklärung, dass das Nutzungsrecht bei nicht fristgemäßer Zahlung als gekündigt gelte. In dem vom Berufungsgericht erwähnten Antwortschreiben der Beklagten vom 1. April 1996 ist ausgeführt, das Vertragsverhältnis sei “mit Wirkung zum 21. März 1996 beendet” und befinde sich seither in der “Rückabwicklungsphase". Dies konnte die Klägerin, die den Rücktritt bis dahin nicht erklärt hatte, nur so verstehen, dass auch die Beklagten nicht länger an dem Ver-trag festhalten wollten. Ein Angebot, die Rückabwicklung des Kaufvertrages nach den für das Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften zu vereinbaren, lag darin aus der Sicht der Klägerin nicht. Ohne Aussagekraft ist, dass in dem Schreiben von einer "Rückabwicklungsphase” die Rede ist. Dieser Begriff findet sich überdies im Zusammenhang mit der Äußerung der Rechtsansicht, das Vertragsverhältnis sei beendet. Er lässt nicht den Schluss auf eine einverständliche Aufhebung des Kaufvertrages und Vereinbarung der Abwicklung der beiderseitigen Ansprüche nach den Regeln des Rücktrittsrechts zu.

Am 1. April 1996 war lediglich die mit der Ablehnungsandrohung verbundene Frist zur Bezahlung des Kaufpreises abgelaufen. Damit waren der Anspruch der Klägerin auf dessen Bezahlung und der Anspruch der Beklagten auf den Erwerb des Eigentums an den Grundstücken erloschen (BGHZ 20, 338, 344; BGHZ 54, 214, 216). Die Eintragung der Vormerkungen ließ das Grundbuch unrichtig sein. Die Klägerin hatte fortan die Wahl, entweder vom Vertrag zurückzutreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen (§ 326 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1 BGB). Wofür sie sich entschieden hat, ist nicht festgestellt. Zustimmung zur Löschung der Vormerkungen und Rückgabe der Grundstücke kann sie gemäß § 894 bzw. § 985 BGB auch verlangen, wenn sie im Übrigen Schadensersatz geltend macht (vgl. BGHZ 87, 156, 159 = ZIP 1983, 691, 692; Senatsurt. v. 13. 3.1981 - V ZR 46/80, ZIP 1981, 742 = NJW 1981, 1834 m. w. N.).

Verlangt die Klägerin Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so wird das Vertragsverhältnis in ein einseitiges Abrechnungsverhältnis umgewandelt, innerhalb dessen die einzelnen "Ansprüche" nur noch unselbstständige Abrechnungsposten bilden (Senat, BGHZ 87, 156, 159 = ZIP 1983, 691; RGZ 141, 259, 262). Zur Berechnung des Schadens ist die Differenz zwischen der Vermögenslage, die sich bei ordnungsgemäßer Vertragserfüllung durch die Beklagten ergeben hätte, derjenigen gegenüberzustellen, die sich infolge der Nichterfüllung tatsächlich ergeben hat. Haben die Baumaßnahmen der Beklagten zu einer Wertsteigerung der Grundstücke geführt, so kann das infolge der vorzunehmenden Vorteilsausgleichung zu eine Überschuss zugunsten der Beklagten führen. Diesen können sie wie ein sich aus der Verrechnung der beiderseitigen Leistungen ergehendes Guthaben nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung ersetzt verlangen (vgl. RGZ 135, 167, 172; RGZ 149, 135, 137; RGRK-Ballhaus, BGB, 12. Aufl., § 325 Rz.

16; Staudinger/Otto, BGB, 13. Bearb., 1995, § 325 Rz. 50; a. M. MünchKomm-Emmerich, BGB, 3. Aufl., § 325 Rz. 74, 77) und wegen dieses Anspruchs ein Recht zur Zurückbehaltung geltend machen.

Ist die Klägerin vom Kaufvertrag zurückgetreten, so schließt das ein Zurückbehaltungsrecht ebenfalls nicht zwingend aus. Die in § 347 Satz 2 BGB bestimmte Verweisung auf §§ 994 ff. BGB beschränkt den Anspruch des Rückgewährschuldners wegen Verwendungen auf die zurückzugewährende Sache nur, sofern er diese zur Erfüllung oder teilweisen Erfüllung des gescheiterten Austauschvertrages vom Gläubiger erhalten hat. Die Rechtslage ist anders, wenn der Käufer den Besitz an der Kaufsache nicht in Erfüllung des Kaufvertrages, sondern aus einem anderen Rechtsgrund - z.B. auf Grund eines Miet- oder Pachtvertrages - erhalten hat. In diesem Fall ist die Besitzverschaffung, da sie nicht auf Grund des rückabzuwickelnden Vertrages erfolgt ist, nicht der in § 347 Satz 2 BGB vorausgesetzte Empfang der Leistung.

So liegt der Fall hier. Als die Beklagten die Baumaßnahmen vornahmen, waren sie nicht auf Grund des Kaufvertrages im Besitz des Grundstücks. Gemäß § 5 des Vertrages vom 19. Januar 1994 sollte der Besitzübergang vielmehr mit Eingang der Zahlung des Kaufpreises erfolgen. Dazu ist es nicht gekommen. In § 4 des Änderungsvertrages vom 26. Juli 1995 haben die Parteien diese Regelung bestätigt und für die Zeit bis zu dem im Kaufvertrag vom 19. Januar 1994 vereinbarten Übergang der Nutzungen und Lasten die Zahlung eines Nutzungsentgelts vereinbart. Der genannten Vertragsbestimmung ist zu entnehmen, dass das Nutzungsentgelt rückwirkend ab dem 1. Januar 1994 entrichtet werden sollte. Die Formulierung "zahlt der Käufer ... für die bereits außerhalb und unabhängig von den Notarverträgen durchgeführte Nutzung" macht deutlich, dass die Parteien die bereits vorgenommene Grundstücksnutzung der Beklagten nicht als Besitzverschaffung in Erfüllung des Kaufvertrages angesehen haben. Sie wollten nicht die im Kaufvertrag zur Besitzübergabe getroffenen Vereinbarungen der tatsächlichen Grundstücksnutzung anpassen, sondern ein eigenständiges Nutzungsrecht begründen. Dieses Verhältnis sollte nach der Erklärung der Klägerin im Schreiben vom 4. März 1996 als gekündigt gelten, sofern die ausstehende Zahlung der Beklagten auf den Kaufpreis für die Grundstücke nicht bis zum Ablauf des 21. März 1996 erbracht sei.

Haben die Beklagten den Grundstücksbesitz auf Grund eines selbstständigen Nutzungsvertrages ausgeübt, wird auch durch § 547 oder § 591 BGB ein Anspruch auf Ersatz ihrer Aufwendungen nicht notwendig ausgeschlossen. Diese Vorschriften sehen eine Ersatzpflicht des Vermieters oder Verpächters nur für solche Aufwendungen vor, die Verwendungen im Sinne der §§ 994 ff. BGB bedeuten (BGHZ 115, 162, 167). Es ist jedoch anerkannt, dass Ansprüche auf Ersatz von Aufwendungen, die einer gemieteten Sache zugute gekommen sind, nicht auf dem Mietvertrag zu beruhen brauchen und in diesem Fall rechtlich selbstständig zu beurteilen sind (BGHZ 108, 256, 262, dazu EWiR 1989, 1183 (Sonnenschein)). In Betracht kommen namentlich bereicherungsrechtliche Ansprüche (Emmerich, JuS 1990, 143, 144). So können die Voraussetzungen von § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB z. B. erfüllt sein, wenn der Mieter seine Aufwendungen nicht im Hinblick auf das Mietverhältnis, sondern in der nicht erfüllten Erwartung erbracht hat, seine Ehefrau werde das Hausgrundstück erben (BGHZ 108, 256, 263 ff.). Entsprechend können die Aufwendungen der Beklagten zu beurteilen sein.

Zur abschließenden Entscheidung bedarf es der Feststellung, ob und in welcher Weise die Klägerin von dem ihr nach § 326 Abs. 1 BGB zustehenden Wahlrecht Gebrauch gemacht hat. Verlangt sie Schadensersatz wegen Nichterfüllung, ist festzustellen, ob ihr ein Schaden entstanden ist, oder ob ein Überschuss auf Seiten der Beklagten besteht. Ist die Klägerin vom Vertrag zurückgetreten, ist festzustellen, ob die Parteien bei der Vereinbarung der Berechtigung der Beklagten, die Grundstücke außerhalb und unabhängig von den Notarverträgen zu nutzen, übereinstimmend von ihrer Bebauung durch die Beklagten im Sinne von § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB ausgegangen sind und um welchen Betrag der Verkehrswert der Grundstücke hierdurch gestiegen ist.

Standort: GoA Problem: Geschäftsführung durch Erbensucher

BGH, URTEIL VOM 23.9.99 - III ZR 322/98
(NJW 2000, 72)

Problemdarstellung:

Ein professioneller Erbensucher begibt sich auf die Suche nach für das Nachlassgericht bis dahin unbekannten Erben und bietet diesen gegen eine Honorarzahlung Informationen und Mitteilungen über den angefallenen Nachlass an. Der BGH musste in diesem Rechtsstreit eines Erbensuchers die Frage klären, ob demselben auch ohne eine entsprechende Honorarvereinbarung Vergütungsansprüche zustehen, wenn der ermittelte Erbe aufgrund der offen gelegten Informationen den Nachlass selbst feststellt.

Der BGH hat gesetzliche Vergütungsansprüche gegenüber dem ermittelten Erben aus GoA oder ungerechtfertigter Bereicherung abgelehnt. Im Gegensatz zu den Vorinstanzen, die ihre ablehnende Haltung mit dem Fehlen des erforderlichen Fremdgeschäftsführungswillen begründeten, geht der BGH noch weiter und lehnt bereits das Vorliegen eines fremden Geschäfts ab. Der Erbensucher verschafft sich durch seine Ermittlungstätigkeit das Material, das er den Erben gegen Entgelt überlassen will. Eigene Aufwendungen im Vorfeld eines Vertragsabschlusses bleiben aber, sofern es nicht zu einem Abschluss kommt, nach den Regeln des Privatrechts unvergütet; jede Seite trägt das Risiko des Scheiterns der Vertragsverhandlungen selbst. Damit betreffen Aufwendungen im Vorfeld eines Vertrages stets nur den eigenen Rechtskreis, nicht aber den des anvisierten, zukünftigen Vertragspartners.

Aufgrund dieser Rechtsansicht hat der ermittelte Erbe auch kein “vermögenswertes Etwas” i.S.d. § 812 I BGB erlangt, als der Erbensucher mit ihm in Vertragsverhandlungen trat.

Prüfungsrelevanz:

Der Vergütungsanspruch gem. §§ 677, 683 S.1, 670 BGB bzw. gem. §§ 687 II, 684 S.1, 818 BGB verlangt das Vorliegen einer Geschäftsbesorgung für einen anderen. Für einen anderen wird derjenige tätig, wer ein Geschäft nicht nur als eigenes, sondern zumindest auch als fremdes besorgt, also mit dem Bewußtsein, der Erkenntnis und dem Willen, im Interesse eines anderen zu handeln. Das ausgeführte Geschäft muss zum Rechtskreis eines anderen gehören, eine bloß mittelbare Beziehung dazu reicht nicht aus.

Dabei schadet es nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht, wenn der Handelnde zugleich ein eigenes und fremdes Geschäft besorgt, wenn also die Übernahme zugleich im eigenen und im Interessen eines anderen liegt. Die Wahrung eigener Interessen schließt einen Fremdgeschäftsführungswillen nicht aus. Die Abgrenzung zu ausschließlich eigenen Geschäften kann im Einzelfall problematisch ausfallen. Rein vorbereitende Tätigkeiten vor Vertragsschluss gehören auf jeden Fall nicht in den Anwendungsbereich der GoA (vgl. OLG Nürnberg NJW-RR 1987, 405).

Leitsatz:

Wer gewerblich als "Erbensucher” unbekannte Erben ermittelt, hat gegen diese, sofern es nicht zu einer Honorarvereinbarung kommt, Vergütungsansprüche weder aus Geschäftsführung ohne Auftrag noch aus ungerechtfertigter Bereicherung.

Sachverhalt:

Der Kl. wird gewerblich als “Erbensucher” tätig. Auf die im Bundesanzeiger veröffentlichte Aufforderung des Nachlassgerichts zur Anmeldung von Erbrechten nach dem am 29. 6. 1995 verstorbenen M ermittelte er den Bekl. und dessen Schwester P - beide Halbgeschwister des Erblassers - als gesetzliche Erben. Mit Schreiben vom 10. 7. 1997 teilte er dem Bekl. den Erbfall mit und bot diesem nach dem Abschluss einer Honorarvereinbarung über 20% des ihm zufallenden Nachlasses zuzüglich Mehrwertsteuer an, die Nachlassangelegenheit vollständig offen zu legen. Der Bekl. lehnte einen Vertragsschluss ab und ermittelte aufgrund der Informationen des Kl. den Nachlass selbst. Ihm fiel dadurch ein Vermögen von 95.500 DM zu.

Mit der Klage begehrt der Kl. das im Schreiben vom 10. 7. 1997 verlangte Honorar in einer Höhe von 21.965 DM nebst Zinsen aus dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag oder ungerechtfertigten Bereicherung. Er hat behauptet, ein Anteil von 20% des Nachlaßvermögens sei als Vergütung für einen Erbenermittler angemessen und üblich.

LG und OLG haben die Klage abgewiesen. Die Revision blieb ebenso erfolglos.

Gründe:

Das BerGer. nimmt an, der Kl. habe zwar objektiv ein fremdes und auch im mutmaßlichen Interesse des Bekl. liegendes Geschäft geführt, indem er ihn als Erben ermittelt habe. Es habe ihm jedoch der für § 677 BGB erforderliche Fremdgeschäftsführungswille gefehlt.

Nach den eigenen - zutreffenden - Angaben des Kl. "verkaufe" er seine erlangten Kenntnisse. Derart auf den Abschluss eines Vertrags zielende Tätigkeiten seien aber, falls der Vertrag nicht zustande komme, entweder kein Geschäft für den potentiellen Vertragspartner oder nicht in dessen Interesse, blieben jedenfalls unvergütet. Dass der Kl. in solchen Fällen kein fremdes Geschäft besorgen wolle, erweise sich auch darin, dass er keinerlei Verpflichtungen gegenüber dem noch nicht gefundenen Erben übernehmen wolle, insbesondere keine Sorgfaltspflichten oder die Verpflichtung, diesem ohne Rücksicht auf das Zustandekommen einer Honorarvereinbarung Auskunft zu erteilen (§§ 681 S. 2, 666 BGB). Andere Ansprüche aus dem Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag, vor allem nach den §§ 684 S. 1, 812 oder 687 II, 812 BGB, kämen ebenso wenig in Betracht wie eine direkt auf ungerechtfertigte Bereicherung gestützte Entgeltforderung. Ein Anspruch des Kl. auf Aufwendungsersatz gem. §§ 687 II, 812 BGB setze voraus, daß der Bekl. Ansprüche nach den §§ 677, 678, 681, 682 BGB geltend mache. Bei einem Rückgriff unmittelbar auf Bereicherungsrecht hingegen würde der in § 687 II 1 BGB erkennbare Gesetzeszweck, dem Geschäftsführer Aufwendungsersatz zu versagen, umgangen.

Diese Ausführungen, die wesentlich auf dem eine vergleichbare Fallgestaltung betreffenden Nichtannahmebeschluss des erkennenden Senats vom 26. 4. 1990 beruhen (BGHR BGB § 677 Erbensucher 1 sowie BGB § 687 Abs. 2 Bereicherung 1; ähnl. OLG Frankfurt a. M., OLG-Report 1998, 375 [376]; Gutbrod, ZEV 1994, 337; abw. Hoppe/Spoerr/Niewerth, StAZ 1998, 65 [70]), halten den Angriffen der Revision im Ergebnis stand.

Einen vertraglichen Vergütungsanspruch des Kl. hat bereits das LG mit Recht verneint. Wegen der Weigerung des Bekl., den vom Kl. vorbereiteten Vertragsentwurf zu unterschreiben, ist eine Honorarvereinbarung zwischen den Parteien nicht zustande gekommen, ungeachtet dessen, dass der Bekl. die vom Kl. erlangten Informationen gleichwohl anschließend verwertet hat. Eine Treuwidrigkeit gegenüber dem Kl. lag hierin nicht, da die vom Kl. gewählte Art der Kontaktaufnahme keinen Vertrauenstatbestand zwischen den Parteien geschaffen hat. Es kann deswegen offen bleiben, inwieweit aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) überhaupt eine vertragliche Forderung auf Zahlung eines Entgelts hergeleitet werden könnte (ebenso für einen Anspruch auf Maklerprovision: BGHZ 95, 393 [399 f.] = NJW 1986, 177 = LM § 653 BGB Nr. 9).

Im Ergebnis ebenso wenig zu beanstanden ist die Auffassung des BerGer., der geltend gemachte Honoraranspruch lasse sich auch nicht auf eine Geschäftsführung des Kl. ohne Auftrag (§§ 683 S. 1, 670 oder 684 S. 1, 812 BGB) stützen. Auf die vom BerGer. tatrichterlich geprüfte (und verneinte) Frage, ob unter den besonderen Umständen des Streitfalles ein Fremdgeschäftsführungswille des Kl. festgestellt werden könne, kommt es nicht an. Die Vorschriften über eine Geschäftsführung ohne Auftrag sind nach der Risikozuordnung des Privatrechts auf derartige Fallgestaltungen von vornherein unanwendbar. Soweit der Senat in dem erwähnten Beschluss vom 26. 4. 1990 (BGHR BGB § 677 Erbensucher 1 sowie BGB § 687 Abs. 2 Bereicherung 1) noch eine andere Auffassung vertreten hat, hält er hieran nicht fest.

Geschäftsführung ohne Auftrag setzt voraus, daß der Geschäftsführer ein Geschäft "für einen anderen" besorgt. Das ist der Fall, wenn er das Geschäft nicht (nur) als eigenes, sondern (auch) als fremdes führt, also in dem Bewusstsein und mit dem Willen, zumindest auch im Interesse eines anderen zu handeln (BGHZ 16, 12 [13] = NJW 1955, 257 = LM § 20 Preuß. PVG Nr. 3; BGHZ 65, 354 [357] = NJW 1976, 619 = LM § 683 BGB Nr. 33; BGHZ 114, 248 [249 f.] = NJW 1991, 2638 = LM H. 4/1992 UStG 1980 Nr. 5; Senat, VIZ 1998, 401 = WM 1998, 1356 [1358]). Hierbei unterscheidet der BGH zwischen objektiv und subjektiv fremden Geschäften. Bei objektiv fremden Geschäften, die schon ihrem Inhalt nach in einen fremden Rechts- und Interessenkreis eingreifen (z. B. Hilfe für einen Verletzten, BGHZ 33, 251 [254 ff.] = NJW 1961, 359 = LM § 683 BGB Nr. 8; Abwendung der von einem unbeleuchteten Fahrzeug drohenden Gefahren, BGHZ 43, 188 [191 f.] = NJW 1965, 1271 = LM 680 BGB Nr. 1; Tilgung fremder Schulden, BGHZ 47, 370 [371] = NJW 1967, 1959 = LM § 683 BGB Nr. 21; Veräußerung einer fremden Sache, RGZ 138, 45 [48 f.]), wird der Fremdgeschäftsführungswille vermutet. Dasselbe gilt für den Willen, ein fremdes Geschäft mit zu besorgen, falls es sich auch um ein objektiv fremdes Geschäft handelt, wozu genügt, dass das Geschäft seiner äußeren Erscheinung nach nicht nur dem Besorger, sondern auch einem Dritten zugute kommt (BGHZ 40, 28 [31] = NJW 1963, 1825 = LM § 683 BGB Nr. 15; BGHZ 65, 354 [357] = NJW 1976, 619 = LM § 683 BGB Nr. 33; BGHZ 82, 323 [330 f.] = NJW 1982, 875 = LM § 398 BGB Nr. 41; BGHZ 98, 235 [240] = NJW 1987, 187 = LM § 558 BGB Nr. 35; BGHZ 140, 102 = NJW 1999, 858 [860]). Das hat der BGH etwa für das Eingreifen der Feuerwehr bei einem Waldbrand (BGHZ 40, 28 [30 f.] = NJW 1963, 1825 = LM § 683 BGB Nr. 15) und der Bergung eines verunglückten Fahrzeugs (BGHZ 63, 167 [169 f.]), der Beseitigung verkehrsgefährdender Straßenverschmut-

zungen durch die Straßenbaubehörde (BGHZ 65, 354, 357), von Ölverunreinigungen durch den Zustandsstörer (BGHZ 98, 235 [240 f.] = NJW 1987, 187 = LM § 558 BGB Nr. 35) oder von Rückständen eingelagerten Milchpulvers durch den Grundstückseigentümer (BGHZ 110, 313 [314 ff.]) angenommen oder zumindest für möglich gehalten (so im Fall BGHZ 98, 235 [240 ff.] = NJW 1987, 187 = LM § 558 BGB Nr. 35). Hingegen erhalten objektiv eigene oder neutrale Geschäfte ihren Fremdcharakter erst durch den Willen des Geschäftsführers (auch) zu einer Fremdgeschäftsführung. Dafür besteht grundsätzlich keine tatsächliche Vermutung; der Wille, ein solches Geschäft zugleich für einen anderen zu führen, muß vielmehr hinreichend nach außen in Erscheinung treten (BGHZ 40, 28 [3l]; 82, 323 [330 f.]; 114, 248 [250]; Senat, WM 1998, 1356 [1358]).

Nach diesen Grundsätzen könnte es sich bei der Erbensuche des Kl. allenfalls um ein auch-fremdes Geschäft handeln (hierfür Hoppe/Spoerr/Niewerth, StAZ 1998, 65 [70]). Die zur Ermittlung der gesetzlichen Erbfolge erforderliche Feststellung der Verwandtschaftsverhältnisse ist nicht derart allein dem Rechts- und Interessenkreis der Verwandten des Erblassers zugewiesen, dass ein Dritter mit eigenen Nachforschungen unberechtigt (vgl. § 687 II BGB) in deren Persönlichkeitsrechte eingreifen würde (so auch Gutbrod, ZEV 1994, 337 [338]). Das gilt jedenfalls insoweit, als die Erbenermittlung nicht Einsicht in die Personenstandsbücher bedingt, die § 61 I 3 PStG aus Datenschutzgründen von einem rechtlichen Interesse abhängig macht. Hiernach käme es darauf an, ob die bei auch-fremden Geschäften gleichfalls geltende tatsächliche Vermutung für eine Fremdgeschäftsführung im Streitfall widerlegt wäre. Eine solche Fragestellung verkennt indes im Ansatz die aus den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts folgende Risikoverteilung. Sie ließe zudem bei denkbarer Bejahung eines Fremdgeschäftsführungswillens Ergebnisse zu, die weder sach- noch interessengerecht wären.

Es geht hier, worauf das BerGer. zutreffend hinweist, um die Vorbereitung und Anbahnung von Vertragsverhandlungen. Der Erbensucher verschafft sich durch seine Ermittlungstätigkeit das Material, das er den Erben gegen Entgelt überlassen, mit den Worten des Kl. "verkaufen" will. Eigene Aufwendungen im Vorfeld eines Vertragsschlusses bleiben aber, sofern es nicht zu einem Abschluss kommt, nach den Regeln des Privatrechts unvergütet; jede Seite trägt das Risiko eines Scheiterns der Vertragsverhandlungen selbst. Diese im Gefüge der Vertragsrechtsordnung angelegte und letztlich auf die Privatautonomie zurückzuführende Risikoverteilung würde durch Zulassung von Aufwendungsersatzansprüchen aus Geschäftsführung ohne Auftrag unterlaufen. Insofern liegt es anders als bei der Erfüllung unerkannt nichtiger Verträge, auf die die Revision hinweist und bei der in der Tat eine Geschäftsführung ohne Auftrag regelmäßig zu bejahen ist (vgl. etwa BGHZ 37, 258 [262 f.]; 101, 393 [399]; 111, 308 [311]; Senat, NJW 1997, 47, 48). Hier entspricht der Leistungsaustausch dem geäußerten tatsächlichen Willen der Vertragschließenden. An diesem Ergebnis vermag auch der Umstand, dass der Kl. seine Erkenntnisse bereits bei der ersten Kontaktaufnahme dem Erben (teilweise) übermittelt hat, nichts zu ändern. Aus den genannten Gründen kennt die Privatrechtsordnung grundsätzlich auch keine Pflicht zur Vergütung ungefragt überlassener, nicht durch Ausschließlichkeitsrechte (z. B. Patentrecht) geschätzter Informationen; ein Entgelt dafür ist vielmehr lediglich auf vertraglicher Grundlage zu zahlen (vgl. für die Maklerprovision Schwerdtner, in: MünchKomm, 2. Aufl., § 652 Rdnr. 98 a.E.; s. ferner BGHZ 95, 393 [399]; Roth, in: MünchKomm, 3. Aufl., § 652 Rdnr. 25; Staudinger/Reuter, 13. Bearb., § 652 Rdnr. 53).

Die Annahme einer (berechtigten) Geschäftsführung ohne Auftrag in derartigen Fällen wäre schließlich auch deswegen nicht interessengerecht, weil sich der Erbe bei Bemühungen mehrerer Erbensucher unabhängig voneinander Ansprüchen aller dieser Erbenermittler auf Aufwendungsersatz ausgesetzt sähe, ohne dass er sich ihnen gegenüber - wie bei mehreren Maklern - aufgrund der ersten Information über sein Erbrecht etwa auf Vorkenntnis berufen könnte. Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag setzen schon einen Erfolg der Geschäftsbesorgung grundsätzlich nicht voraus. Ebenso wenig ließe sich ein Interesse des Erben an der Übernahme einer Geschäftsführung durch den ersten, zweiten oder weiteren Erbensucher nur deswegen (ex post) verneinen, weil diese erst später ans Ziel gelangt oder gar erfolglos geblieben sind. Entsprechend kämen bei objektiv werthaltiger Erbschaft Ansprüche aus berechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag selbst dann in Betracht, wenn der zunächst berufene Erbe, in dessen Interesse die Geschäftsführung erfolgt wäre, die Erbschaft ausschlüge (vgl. OLG Frankfurt a.M., OLG-Report 1998, 375 [376]; s. auch Gutbrod, ZEV 1994, 337 [338]). Beide Konsequenzen wären gleichermaßen unannehmbar.

Für alle sonstigen gesetzlichen Ansprüche (§ 687 II BGB z. B. mit §§ 684 S. 1, 812 BGB oder §§ 812 I 1 bzw. 2 Alt. 2, 818 II BGB) gelten die vorstehenden Ausführungen entsprechend. Im Übrigen müssten Ansprüche des Kl. nach §§ 687 II 2, 684 S. 1, 812 BGB auch deswegen ausscheiden, weil er nicht (unberechtigt) ein dem Bekl. vorbehaltenes ausschließlich frem-

des Geschäft geführt hätte, sondern allenfalls neben dem eigenen zugleich objektiv auch ein Geschäft für diesen. Derart auch-fremde Geschäfte können aber grundsätzlich nicht, wie § 687 II BGB es voraussetzt, angemaßt sein; auf sie ist diese Vorschrift daher nicht anwendbar (vgl. hierzu Staudinger/Wittmann, BGB, 13. Bearb., § 687 Rdnrn. 5 ff.).

Standort: Werkvertrag — Problem: Verjährung des Schadensersatzes

BGH, URTEIL VOM 30.9.99 - VII ZR 162/97
(NJW 2000, 133)

Problemdarstellung:

Vorliegend sah sich der BGH der Rechtsfrage gegenüber gestellt, in welcher Frist ein Schadensersatzanspruch gem. § 635 BGB bei einem nicht nachbesserungsfähigem Mangel eines Architektenwerkes verjährt, wenn eine Abnahme weder erfolgt noch ernsthaft vom Besteller verweigert worden ist.

Zur Beantwortung dieser Frage geht der BGH davon aus, dass der Besteller seine Gewährleistungsrechte gem. §§ 634 f. BGB sogleich geltend machen kann, wenn sich ein Mangel im Werk verwirklicht hat und dafür eine Nachbesserung nicht mehr möglich ist. Eine Abnahme setzen diese Ansprüche nicht voraus, wie § 634 I 2 BGB zeigt. Der Zeitpunkt der Abnahme oder ihrer ernsthaften und endgültigen Verweigerung ist hingegen relevant für den Beginn der kurzen Verjährungsfrist für die werkvertraglichen Gewährleistungsrechte gem. § 638 I 2 BGB. Folgerichtig kommt der BGH zu dem Schluss, dass der Schadensersatzanspruch aus § 635 BGB zunächst der regulären 30-jährigen Verjährungsfrist unterliegt, wenn die Abnahme bzw. deren Verweigerung noch nicht erfolgt ist.

Prüfungsrelevanz:

Im Gewährleistungsrecht ist die Beachtung der gegenüber dem allgemeinen Verjährungsrecht gem. §§ 194 ff. BGB stets kürzeren Verjährungsfristen von Bedeutung (z.B. §§ 477, 638, 558, 651 g BGB). Dabei setzen all diese Verjährungsfristen für die vertraglichen Gewährleistungsrechte in ihrem Beginn ein objektiv eindeutiges Ereignis voraus (z.B. Ablieferung der Kaufsache - § 477 I BGB, Abnahme des Werks - § 638 I 2 BGB, Reiseende - § 651 g II 2 BGB). Desweiteren ermöglichen diese Regeln - wenn auch in unterschiedlichem Umfang - die Unterbrechung oder Hemmung dieser kurzen Verjährung (z.B. §§ 477 II, III, 639, 651 g II 3 BGB) In der Klausur hat der Examenskandidat aufzumerken, wenn ihm der Sachverhalt mehrere Daten zum Vertragsabschluss, Leistungsvornahme, Auftreten des Mangels, usw. mitteilt. Er hat dann auf das Vorliegen einer etwaigen Verjährungsproblematik zu achten.

Leitsatz:

Liegt ein nicht mehr nachbesserungsfähiger Mangel eines Architektenwerks vor, kann der Besteller des Architektenwerks Schadensersatz nach § 635 BGB geltend machen. Dieser Anspruch setzt eine Abnahme nicht voraus. Er unterliegt der 30-jährigen Regelverjährung nach § 195 BGB.

Sachverhalt:

Der Kl. begehrt, soweit in der Revision von Interesse, Feststellung weiterer Schadensersatzpflichten des bekl. Architekten. Die Parteien sind Mitglieder einer früheren Bauherren- und jetzigen Wohnungseigentümergemeinschaft. Die Mitglieder erwarben 1982 ein Fachwerkhaus, um es zu sanieren und anschließend in Wohnungseigentum aufzuteilen. Der Bekl. erbrachte Architektenleistungen, andere Mitglieder die Bauausführung. Einen schriftlichen Architektenvertrag gab es nicht, der Bekl. sollte die Planungsleistungen einschließlich der Leistungsphasen 8 und 9 des § 15 HOAI erbringen. Die Bauarbeiten wurden im Sommer 1984 fertiggestellt. Eine Abnahme der Architektenleistungen fand nicht statt. Der Bekl. plante eine der Fassade des Fachwerkhauses vorgesetzte Balkonanlage und überwachte ihre Errichtung. Die Fußböden der Balkone bestanden aus in einem Fugenabstand von 1,5 cm verlegten Bohlen; eine Entwässerung der Balkone war nicht vorgesehen. Die Wohnungseigentümergemeinschaft, die Feuchtigkeitsschäden am Gebäude befürchtete, sah hierin einen Planungs- und Bauaufsichtsmangel. Ein auf ihren Antrag 1987 erstelltes Beweissicherungsgutachten bestätigte ihre Ansicht. Der Kl. hat aufgrund eines Beschlusses der Wohnungseigentümergemeinschaft im Mai 1988 Klage auf Zahlung eines Vorschusses von 40.000 DM erhoben. Nach Hinweis des LG, ein Vorschussanspruch gegen den Bekl. bestehe aus Rechtsgründen nicht, hat sich der Kl. durch weiteren Beschluss der Wohnungseigentümergemeinschaft vom Juni 1989 zur Umstellung des Klageantrags auf Schadensersatz ermächtigen lassen.

Das LG hat der Schadensersatzklage in Höhe von 7.900 DM stattgegeben; im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Mit seiner Berufung hat der Kl. sein Zah-

lungsbegehren im Wesentlichen weiterverfolgt; ferner hat er klageerweiternd die Feststellung begehrt, der Bekl. sei verpflichtet, der Wohnungseigentümergemeinschaft sämtliche Kosten zu ersetzen, die infolge fehlerhafter Planung und Bauüberwachung an der Balkonanlage und an dem Gebäude entstanden seien und künftig entständen. Die Berufung hat nur in Höhe von 900 DM Erfolg gehabt; dem Antrag auf Feststellung hat das BerGer. nicht stattgegeben, weil der Schadensersatzanspruch verjährt sei. Die hiergegen gerichtete Revision des Kl. hat der Senat hinsichtlich des abgewiesenen Feststellungsantrags angenommen. Die Revision hatte Erfolg. Sie führt im Umfang der Annahme zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das BerGer.

Gründe:

Das BerGer. führt aus, der Feststellungsantrag sei zulässig; er sei hinreichend bestimmt. Der Antrag sei jedoch nicht begründet, da der Schadensersatzanspruch, dessen Feststellung der Kl. begehrt, verjährt sei. Die fünfjährige Verjährung habe spätestens Mitte 1989 begonnen. Nach den Gesamtumständen habe die Bauherrengemeinschaft zu diesem Zeitpunkt die Abnahme des Architektenwerks endgültig verweigert. Mithin sei die Verjährungsfrist bei Erhebung der Feststellungsklage im Mai 1995 abgelaufen gewesen. Die im Mai 1988 erhobene, auf Vorschuss gerichtete Klage habe die Verjährung nicht unterbrochen. Dabei könne offen bleiben, ob diese Klage den nunmehr festzustellenden Schadensersatzanspruch umfasst habe. Der Kl. sei nämlich im ersten Rechtszug von einer Vorschuss auf eine Schadensersatzklage übergegangen, letztere habe sich auf einen Teil des Schadens beschränkt, zu dem die Kosten für die Beseitigung der Feuchtigkeitsschäden in der Hauswand nicht gehörten. Da der Kl. den Vorschussanspruch nicht weiter verfolgt habe, gelte eine etwaige Unterbrechung als nicht erfolgt.

Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Der Schadensersatzanspruch, dessen Feststellung der Kl. begehrt, ist nicht verjährt.

Bedenken gegen die Unzulässigkeit der Feststellungsklage bestehen nicht. Das BerGer. legt das Feststellungsbegehren des Kl. mit zutreffenden Erwägungen dahin aus, der Bekl. sei zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der infolge der fehlerhaften Planung des Randanschlusses der Balkonbohlen und der unterlassenen Planung eines Spritzwasserschutzes durch das Eindringen von Niederschlagwasser in die Gebäudewand verursacht worden sei. Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung musste der Kl. im Klageantrag nicht im Einzelnen Art und Anzahl der Mängel sowie deren Lage bezeichnen.

Der Kl. kann einen Schadensersatzanspruch wegen fehlerhafter Planung und Bauaufsicht gegen den Bekl. nach § 635 BGB geltend machen. Dieser Anspruch war im Zeitpunkt der Erhebung der auf Feststellung gerichteten Klage nicht verjährt.

Nach ständiger Senatsrechtsprechung hat der umfassend beauftragte Architekt als Werkerfolg die mangelfreie Errichtung des geplanten Bauwerks zu bewirken. Er hat für Mängel seines Werks nach den §§ 633 f. BGB einzustehen. Wenn sich ein Mangel seiner Planung oder seiner Bauaufsicht im Bauwerk verwirklicht hat und damit eine Nachbesserung nicht mehr in Betracht kommt, kann der Besteller die Gewährleistungsansprüche gem. §§ 634, 635 BGB geltend machen (Senat, VersR 1963, 881, und BGHZ 48, 257 [261 f.]). Diese Gewährleistungsansprüche setzen eine Abnahme nicht voraus (BGH, NJW 1997, 50; NJW 1999, 2046).

Nach diesen Grundsätzen steht dem Kl. der Schadensersatzanspruch zu. Der Bekl. hat nach den Feststellungen des BerGer. die von ihm geschuldete Bauplanung und Bauaufsicht nicht vertragsgerecht erbracht. Die Balkone sind an den Randanschlüssen zum Gebäude fehlerhaft geplant; die Planung eines Spritzwasserschutzes fehlt vollständig. Dadurch kann Niederschlagswasser in die Gebäudewand eindringen und Feuchtigkeitsschäden verursachen. Da eine Beseitigung der Mängel nach Errichtung des Gebäudes nicht mehr möglich ist, kann der Kl. ohne Fristsetzung und Ablehnungsandrohung Schadensersatz nach § 635 BGB geltend machen.

Liegt ein nicht mehr nachbesserungsfähiger Mangel eines Architektenwerks vor, kann der Besteller vor Abnahme des Architektenwerks Schadensersatz nach § 635 BGB geltend machen. Dieser Anspruch unterliegt der 30-jährigen Verjährungsfrist. Die fünfjährige Verjährungsfrist des § 638 I 1 BGB greift hier nicht ein. Sie beginnt nach § 638 I 2 BGB mit der Abnahme oder, soweit eine Abnahme ausgeschlossen ist, mit der Vollendung des Werks (§ 646 BGB) zu laufen. Beim Architektenvertrag ist eine Abnahme regelmäßig nicht ausgeschlossen, da Architektenleistungen jedenfalls ganz überwiegend billigungsfähig sind (vgl. BGHZ 37, 341 [345f.]; BGH NJW 1992, 2759; NJW 1992, 2759). Nach den in der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des BerGer. ist die Werkleistung des Bekl. nicht abgenommen worden.

Die Verjährung kann nach ständiger Rechtsprechung des BGH nicht nur mit der Abnahme oder der Vollendung, sondern auch mit der ernsthaften und endgültigen Ablehnung der Abnahme durch den Besteller beginnen; dies gilt auch, wenn die Abnahme zu Recht verweigert wird (BGH, VersR 1963, 881 [884], BGHZ 79, 180 [182] = NJW 1981, 822 = LM § 16 [C]

VOB/B 1973 Nr. 8, und BGH, NJW-RR 1998, 1028 [1028]). Zur Begründung wird angeführt, andernfalls könnten Ansprüche ohne zeitliche Begrenzung erhoben werden, obwohl die Vertragsbeziehungen beendet sind und der Besteller den Mangel kennt (vgl. auch Glanzmann, in: RGRK, 12. Aufl., § 638 Rdnrn. 18 und 20). Einen solchen Verjährungsbeginn hat der Senat beispielsweise in Fällen der Kündigung eines Werkvertrags angenommen (vgl. BGH, VersR 1963, 881 [884]).

Das BerGer. hat rechtsfehlerhaft eine endgültige Verweigerung der Abnahme durch die Wohnungseigentümergemeinschaft angenommen. Eine solche Erklärung liegt hier nicht vor. Das Beweissicherungsverfahren diente allein der Feststellung von Mängeln. Mit der Vorschussklage hat der Kl. die Kosten für eine vermeintlich geschuldete Nachbesserung begehrt und gerade keinen Schadensersatz geltend gemacht. Zu Unrecht misst das BerGer. schließlich der Ankündigung, der Klageantrag solle von der Vorschusszahlung auf Schadensersatz umgestellt werden, einen materiellrechtlichen Erklärungswert zu. Die Wohnungseigentümergemeinschaft kam mit dieser Erklärung lediglich dem Hinweis des Gerichts nach, ein Nachbesserungsanspruch gegen den Bekl. sei aus Rechtsgründen nicht gegeben, so dass allenfalls ein Schadensersatzanspruch geltend gemacht werden könne. Damit liegt eine endgültige Verweigerung der Abnahme nicht vor. Der Bekl. hatte seine vertraglich geschuldeten Leistungen frühestens im Sommer 1989 mit Abschluß der Leistungsphase 9 erbracht. Dass die Wohnungseigentümergemeinschaft vor diesem Zeitpunkt auf eine Vertragserfüllung durch den Bekl. verzichtet oder später die Abnahme seiner erbrachten Leistungen endgültig abgelehnt hätte, ist nicht ersichtlich. Nach alledem kann das angefochtene Urteil im Umfang der Annahme keinen Bestand haben. Es ist insoweit aufzuheben.

Standort: GbR Problem: Darlegungs- und Beweislast bei der "actio pro socio"

BGH, URTEIL VOM 8. 11. 99 - II ZR 197 / 98
(WM 2000, 33)

Problemdarstellung:

In diesem Rechtsstreit um unberechtigte Entnahmen einzelner Gesellschafter einer GbR hatte der BGH die Gelegenheit, zu den Grenzen und dem Inhalt des nicht geregelten Rechtsinstituts actio pro socio Stellung zu nehmen. Durch die actio pro socio erhält jeder Gesellschafter, unabhängig von der konkreten, gesellschaftsvertraglichen Verteilung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis, die Rechtsmacht eingeräumt, Ansprüche der Gesamthand gegen einzelne Gesellschafter im eigenen Namen für die Gesellschaft einzufordern. Ansprüche der Gesamthand gegenüber einzelnen Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsvertrag (sog. Sozialansprüche) sind z.B. die Ansprüche auf Rückzahlung zuviel entnommener Entnahmen bzw. Gewinne.

Im Rahmen der Darlegungs- und Beweislastverteilungsfrage hatte der BGH die Frage zu beurteilen, was der Gesellschafter, der von den anderen unberechtigte Entnahmen im Wege der actio pro socio zurückfordert, an Tatsachen darzulegen und zu beweisen hat. Der BGH begnügt sich damit, dass der klagende Gesellschafter den Akt der Entnahme vorbringt, während er die Frage nach der Berechtigung durch die Beklagten beantworten lässt.

Des weiteren stellt der BGH fest, dass sich ein Gesellschafter selbst dann auf die Grundsätze zur actio pro socio berufen kann und darf, wenn ihm selbst gegenüber ähnliche Sozialansprüche seitens der Gesellschaft bestehen. Das Rechtsinstitut der actio pro socio, das zum Schutze der Gesellschaft und der Durchsetzbarkeit ihrer Sozialansprüche geschaffen worden ist, verlangt keine absolute Rechtstreue des klagenden Gesellschafters.

Prüfungsrelevanz:

Zur Zulässigkeit einer zivilprozessualen Klage gehört die Prozessführungsbefugnis, also das Recht, den eingeklagten Anspruch im eigenen Namen geltend zu machen. Diese Zulässigkeitsvoraussetzung ist dann problematisch, wenn es sich um fremde Rechte handelt (sog. Prozessstandschaft). Im Gesellschaftsrecht ist eine solche Prozessstandschaft für die Sozialansprüche einer Gesellschaft durch das Rechtsinstitut der actio pro socio anerkannt. Sozialansprüche, also Ansprüche der Gesamthand der Gesellschafter gegenüber einzelnen Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsvertrag, berechtigen die Gesamthand der übrigen und verpflichten den einzelnen Gesellschafter. Die gesamthänderische Gebundenheit des Anspruchs zeigt sich darin, dass der verpflichtete Gesellschafter in das Gesellschaftsvermögen zu leisten hat. So hat auch der Klageantrag zu lauten. Dabei ist sicher zu stellen, dass die Verfolgung und Durchsetzung solcher Sozialansprüche stets gewährleistet ist, unabhängig von den Geschäftssführungs- und Vertretungsverhältnissen. Das Interesse der Gesamthand erfordert es daher, dass

unter gewissen Umständen jeder Gesellschafter berechtigt ist, auch alleine im eigenen Namen auf Leistung an die Gesellschaft zu klagen. Derartige Umstände liegen z.B. vor, wenn der wegen des Sozialanspruchs verpflichtete Gesellschafter die alleinige Geschäftsführungs- und Vertretungsmacht hat.

Leitsätze:

1. Ein BGB-Gesellschafter, der im Wege der actio pro socio von dem anderen Gesellschafter die Rückzahlung angeblich eigenmächtiger Entnahmen verlangt, hat zunächst das Vorliegen von Entnahmen darzutun und nachzuweisen. Stehen solche Entnahmen fest, obliegt dem Beklagten die Darlegungs- und Beweislast dafür, daß er hierzu berechtigt war.

2. Der gerichtlichen Geltendmachung von Sozialansprüchen steht nicht der Einwand entgegen, der Kläger selbst sei Schuldner vergleichbarer Forderungen der Gesamthand.

Sachverhalt:

Die Parteien sind - der Kläger mit einem Anteil von 75%, die beklagten Eheleute mit einem solchen von zusammen 25% - Gesellschafter einer im Jahre 1980 gegründeten Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die zunächst auf einem käuflich erworbenen Grundstück in Genf eine Wohnanlage errichtete und seit der Fertigstellung im Jahre 1983 deren Vermietung betreibt. Nachdem die Parteien bis zum Jahre 1987 trotz der Erzielung von Mieterträgen keine Jahresabschlüsse und Gewinnverteilungen vorgenommen hatten, bewirkten die Beklagten am 1. Dezember 1987 über die Hausverwaltungsgesellschaft B.S.A. in Genf eine Entnahme von 85 969,- CHF an sich; ferner ließen sie sich in den Jahren 1988 und 1989 pro Quartal 5 000,- CHF und im Jahr 1990 zwei weitere Quartalszahlungen von je 5 000,- CHF auszahlen, während der Kläger erstmals 1989 insgesamt 149 020,- CHF entnahm. Der Kläger hat die Beklagten im Wege der actio pro socio zunächst auf Rückzahlung der seiner Ansicht nach unberechtigten Entnahme aus dem Jahre 1987 in Höhe von 85 969,- CHF in Anspruch genommen. Auf Hinweis des Landgerichts hat er eine Gesamtabrechnung der Einnahmen und Ausgaben der Gesellschaft einschließlich der Entnahmen beider Parteien bis zum Jahr 1990 erstellt und dementsprechend die Klage auf umgerechnet 153 740,61 DM nebst Zinsen erhöht. Das Landgericht hat die Klage wegen fehlender Nachvollziehbarkeit der Abrechnungen des Klägers abgewiesen. In der Berufungsinstanz hat der Kläger nach weiteren gerichtlichen Hinweisen eine erweiterte Abrechnung bis zum Jahr 1993 einschließlich vorgelegt und seine Klageforderung auf 126 016,19 CHF nebst Zinsen umgestellt, während die Beklagten Hilfswiderklage auf Zahlung von 175 000,- DM sowie 95 000,- CHF in das Gesellschaftsvermögen erhoben haben. Das Oberlandesgericht hat nach Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Richtigkeit der Aufstellung die Berufung zurückgewiesen. Die Revision des Klägers führte zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Gründe:

Das Oberlandesgericht meint, der Kläger könne die von ihm beanstandeten Entnahmen unabhängig von einer Klärung der umstrittenen Frage eines Entnahmerechts der Beklagten nicht uneingeschränkt in das Gesellschaftsvermögen zurückfordern. Da ihm seinerseits von den Beklagten unberechtigte Entnahmen in der Zeit von 1994 bis 1997 vorgeworfen würden, sei - über ein den Beklagten zustehendes Zurückbehaltungsrecht hinaus - vom Kläger nach Treu und Glauben eine Gesamtabrechnung der Einnahmen und Ausgaben der Gesellschaft unter Einschluß aller Entnahmen der Parteien bis zum Schluß der mündlichen Berufungsverhandlung für die Schlüssigkeit einer "saldierten Rückforderung" zu verlangen; dem entspreche bereits der vom Kläger in seiner Aufstellung K 69 zugrunde gelegte Stichtag - Ende 1993 - nicht.

Diese Beurteilung verkennt die Anforderungen an die Darlegungslast des klagenden Gesellschafters einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, der Sozialansprüche auf Rückführung von - seiner Behauptung nach unberechtigten - Entnahmen durch seine Mitgesellschafter in das Gesellschaftsvermögen geltend macht. Nach allgemeinen Darlegungs- und Beweislastregeln war es zwar zunächst Sache des Klägers, die rechtlichen Grundlagen darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, aus denen sich der von ihm geltend gemachte Anspruch der Gesamthand auf Rückzahlung von - zuletzt - insgesamt 126 016,19 CHF ergab. Diese Anforderungen sind indessen bereits dadurch erfüllt worden, daß die vom Kläger zunächst in der Klageschrift für das Jahr 1987 und anschließend - auf Veranlassung des Landgerichts - in Anlage K 23 für die Folgejahre bis 1990 behaupteten Entnahmen der Beklagten im Sinne selbständiger Verfügung über Gesellschaftsmittel zu ihren Gunsten (Sen.Urt, v. 30. Mai 1994 = WM 1994, 1798 = NJW-RR 1994, 996) in einem die Klageforderung übersteigenden Umfang unstreitig geworden sind; spätestens seit der von den Beklagten zu den Akten gereichten Aufstellung vom 7. Juli 1994 über eigene Entnahmen stellen diese nicht mehr in Abrede, daß sie die Auszahlung der entsprechenden Beträge aus dem Gesellschaftsvermögen von der Genfer Hausverwaltung B.S.A. verlangt und erhalten haben. Steht aber eine Entnahme im Rechtssinne fest, so hat nach

ständiger Senatsrechtsprechung der entnehmende Gesellschafter seine Berechtigung hierzu - die sich bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts nur aus einer Vereinbarung der Gesellschafter ergeben kann - darzutun und gegebenenfalls zu beweisen, weil er sich sonst durch eine solche Eigenmächtigkeit in eine günstigere Beweislage setzen könnte (Senat a.a,O., S. 996 m.w.N.).

Jährliche Rechnungsabschlüsse und Gewinnverteilungen der Parteien gemäß § 721 Abs. 2 BGB, die die Entnahmen der Beklagten in den betreffenden Jahren rechtfertigen könnten (vgl. BGHZ 80, 357, 358 = WM 1981, 1074), hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Von einer Beweisaufnahme über die von den Beklagten behauptete Vereinbarung eines sonstigen selbständigen Entnahmerechts hat das Berufungsgericht zu Unrecht abgesehen. Sie erübrigte sich nicht deshalb, weil dem Kläger seinerseits für gewisse Zeiträume unberechtigte Entnahmen vorgeworfen werden. Es gibt keinen allgemeinen Grundsatz, daß nur derjenige Rechte geltend machen kann, der sich selbst rechtstreu verhalten hat (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 58. Aufl., § 242 Rdn. 46 m. Rsprnw.). Ebensowenig stellt sich unter dem Blickwinkel der gesellschafterlichen Treuepflicht die Geltendmachung von Sozialansprüchen zugunsten der Gesamthand als mißbräuchliche Rechtsausübung im Sinne des § 242 BGB dar, falls der Kläger selbst vergleichbaren Sozialansprüchen der Gesamthand ausgesetzt ist. Eine derartige eigene Gesamthandsverbindlichkeit des Klägers gegenüber der Gesellschaft führt - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - mangels Gegenseitigkeit schon nicht zu einer Beschränkung der vom Kläger geltend gemachten Sozialansprüche unter dem Gesichtspunkt eines Zurückbehaltungsrechts der Beklagten gemäß § 273 BGB; um so weniger läßt sich aus § 242 BGB allein wegen des Bestehens einer Sozialverbindlichkeit des einen Gesellschafters ein vollständiger Ausschluß des Sozialanspruchs gegen den anderen Gesellschafter, der zu Lasten des Gesellschaftsvermögens gehen würde, ableiten. Sofern der Kläger einer eigenen Rückzahlungspflicht wegen ihm angelasteter unberechtigter Entnahmen nicht freiwillig nachkommt, können die Beklagten ihrerseits im Wege der actio pro socio deren Erfüllung einfordern - wie sie dies mit ihrer Hilfswiderklage bereits getan haben. Ein unzumutbarer Nachteil ist damit für sie nicht verbunden, weil das etwaige Insolvenzrisiko hinsichtlich der Durchsetzbarkeit der Sozialansprüche für Klage und Widerklage gleichgelagert ist. Die Darlegungs- und Beweislast bei einer solchen Widerklage entspricht spiegelbildlich derjenigen für die Klage, so daß hier der Kläger gegebenenfalls in seiner Stellung als Widerbeklagter seinerseits seine Entnahmeberechtigung nachweisen muß. Vor dem Hintergrund dieser gleichartigen Risikoverteilung bietet auch der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) keine Handhabe, einseitig vom Kläger eine Gesamtabrechnung aller Einnahmen und Ausgaben sowie der beiderseitigen Entnahmen für die Zeit seit Gründung der Gesellschaft bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung und damit die Darlegung einer "saldierten Rückforderung" zu verlangen. Da es abgesehen von der praktischen Undurchführbarkeit der Aufstellung einer Gesamtbilanz für den Zeitpunkt der stets in der Zukunft liegenden (letzten) mündlichen Verhandlung - nicht um eine Gesamtabrechnung des Rechtsverhältnisses wie bei der Auseinandersetzung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts geht, konnte der Kläger seine Gesamthandsklage auf einzelne Entnahmen aus bestimmten Geschäftsjahren der Vergangenheit, die noch nicht abgerechnet im Sinne des § 721 Abs. 2 BGB waren, beschränken - wie er dies im Ausgangspunkt seiner Klage für das Geschäftsjahr 1987 und später in teilweiser Erweiterung auf die Zeiträume bis Ende 1993 getan hat.

Strafrecht

Standort: §§ 263, 27 StGB Problem: Beihilfe durch neutrale Handlungen

BGH, BESCHLUSS VOM 20. 9.1999 - 5 STR 729198 (NSTZ 2000, 34)

Problemdarstellung:

Der BGH hatte über die Strafbarkeit eines angeklagten Rechtsanwaltes zu entscheiden, der den Geschäftsführern einer GmbH eine von ihm erstellte Werbebroschüre überlassen hat, die den mitangeklagten Geschäftsführern zur Durchführung betrügerischer Geschäfte diente. Das Gericht hatte zu klären, ob es sich bei dem Verhalten des Angekl. um eine straflose "neutrale" anwaltliche Rechtsberatung oder eine strafbare Beihilfe zum Betrug bzw. um Insolvenzvergehen (§§ 283 ff. StGB, 84 I Nr. 2 i.Vm. 64 I GmbHG) handelt. Entsprechend seiner bisherigen Rechtsprechung geht der BGH davon aus, dass sich die Strafbarkeit von berufstypischen Verhaltensweisen maßgeblich nach der Vorstellung des Handelnden richtet: Weiß der Hilfeleistende, dass der Haupttäter eine strafbare Handlung begehen will, so ist sein Beitrag als Beihilfe i.S. des § 27 I StGB zu werten, da er in diesem Fall seinen "Alltagscharakter" verliert und als "Solidarisierung" mit dem Täter anzusehen ist. Für den vorliegenden Fall hält der BGH die entsprechende Beweiswürdigung des LG für nicht ausreichend und hebt das Urteil insoweit auf.

Prüfungsrelevanz:

Die Ausführungen des BGH zu möglichen Insolvenzvergehen besitzen keine Prüfungsrelevanz, so dass auch von ihrem Abdruck abgesehen worden ist. Das Problem der Beihilfe durch "neutrale Handlungen" zählt indessen zu den in den letzten Jahren am häufigsten diskutierten Fragen des Allgemeinen Teils (vgl. zur Übersicht Geppert, Jura 1999, 269; Hillenkamp, AT-Probleme, S. 207 ff.). Es geht dabei regelmäßig um die Bewertung von berufsbedingtem und berufstypischem Alltagsverhalten etwa von Bankenmitarbeitern oder Rechtsanwälten. Während die Literatur überwiegend Kriterien der objektiven Zurechenbarkeit ("soziale Adäquanz", "professionelle Adäquanz", "mißbilligte Risikoschaffung") heranzieht, um solche Verhaltensweisen angemessen zu beurteilen, arbeitet die - uneinheitliche - Rechtsprechung vorwiegend mit dem subjektiven Kriterium des sog. Tatförderungswillen (vgl. zur Vertiefung: Tag, JR 1997, 49; Roxin, Stree/Wessels-FS, S. 378 ff.; Otto, Lenckner-FS, S. 193 ff.). So führt etwa das LG Wuppertal in einer aktuellen Entscheidung zur Strafbarkeit eines Bankangestellten, der an einem anonymisierten Kapitaltransfer nach Luxemburg mitgewirkt hat, aus (s. LG Wuppertal, wistra 1999, 473): "Die Strafbarkeit wegen Beihilfe zur Steuerhinterziehung (§§ 370 AO, 27 I StGB) entfällt nicht wegen berufstypischen Verhaltens des Angeklagten. Eine dahingehende Einschränkung der Beihilfestrafbarkeit auf objektiver Ebene ist abzulehnen. Ein an sich erlaubtes Verhalten kann - bei entsprechendem Wissen und Wollen des Gehilfen - strafbar sein. Die Verteidigung hat wie ein Teil der Literatur die Auffassung vertreten, daß sogenanntes "berufstypisches Verhalten" grundsätzlich sozial adäquat oder als "professionelle Adäquanz" nicht tatbestandsmäßig i.S. des § 27 StGB sei. Solange der Bankenmitarbeiter sich innerhalb seines typischen Aufgabenbereichs bewege, sei sein Verhalten nicht strafbar, selbst wenn er von der strafbaren Absicht des Kunden wisse.

Eine Einschränkung der Beihilfestrafbarkeit im Wege der "professionellen Adäquanz" in dem dargestellten weiten Ausmaß führte in nicht hinnehmbarer Weise dazu, daß weite Bereiche typischen Beihilfeverhaltens auch bei einer entsprechenden Kenntnis des Gehilfen nicht strafbar wären. Als objektiver Tatbeitrag kommt grundsätzlich jedes Verhalten in Betracht. Die Grenze der Strafbarkeit überschreitet der Gehilfe, wenn er dem Haupttäter mit wenigstens bedingtem Vorsatz bei der Verwirklichung seines Plans hilft. Ein Gehilfe setzt oft erlaubte Verhaltensweisen ein, um den Haupttäter zu unterstützen, etwa wenn er für ihn Gegenstände erwirbt. Solche nicht zwingend notwendigen Aufgaben helfen dem Haupttäter, sein Vorhaben besser zu planen, arbeitsteilig zu begehen und sein Entdeckungsrisiko zu verringern. Ferner ist der Haupttäter häufig auf das Sonderwissen und die berufstypische Stellung des Gehilfen, die Mitwirkung im Rahmen seiner berufstypischen Tätigkeit angewiesen, um sein Vorhaben risikoarm durchführen zu können."

In ähnlichem Zusammenhang steht eine aktuelle Entscheidung des OLG Hamburg (Beschluss vom 6.1.2000 - 2 WS 185/99; noch nicht in der Fachpresse veröffentlicht), welches über die Strafbarkeit eines

Strafverteidigers zu entscheiden hatte, der von seiner Mandantin einen Honorarvorschuss von 5.000 DM erhielt, wobei diese Mittel offensichtlich aus einem Drogengeschäft stammten. Das Gericht verneint eine Strafbarkeit wegen (leichtfertiger) Geldwäsche (§ 261 StGB), weil ein umfassendes Verbot, rechtswidrig erlangtes Geld von den Mandanten entgegenzunehmen, die Rechte des Beschuldigten und die Stellung des Strafverteidigers in unangemessener Weise beschränken würde. Das Hanseatische OLG nimmt i.E. eine Einschränkung des § 261 StGB über das Kriterium der Sozialadäquanz vor, die allerdings dann nicht gelten soll, wenn es einen konkreten Verletzten der Vortat gebe (vgl. FAZ vom 14.1.2000; S. 1/2; s. zum Problem auch Barton, StV 1993, 156; Hartung AnwBl 1994, 440).

Leitsätze (der Redaktion):

Für den Beihilfevorsatz eines herangezogenen firmenexternen Beraters sind grundsätzlich die allgemein für berufstypische "neutrale" Handlungen geltenden Grundsätze zu beachten: Zielt das Handeln des Haupttäters ausschließlich darauf ab, eine strafbare Handlung zu begehen, und weiß dies der Hilfeleistende, so ist sein Tatbeitrag als Beihilfehandlung zu werten. In diesem Fall verliert sein Tun stets den "Alltagscharakter"; es ist als "Solidarisierung" mit dem Täter zu deuten und dann auch nicht mehr als "sozialadäquat" anzusehen. Weiß der Hilfeleistende dagegen nicht, wie der von ihm geleistete Beitrag vom Haupttäter verwendet wird, hält er es lediglich für möglich, dass sein Tun zur Begehung einer Straftat genutzt wird, so ist sein Handeln regelmäßig noch nicht als strafbare Beihilfehandlung zu beurteilen, es sei denn, das von ihm erkannte Risiko strafbaren Verhaltens des von ihm Unterstützten war derart hoch, dass er sich mit seiner Hilfeleistung "die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein" ließ.

Sachverhalt:

Die - nicht revidierenden - Mitangeklagten W und M hat das LG wegen Betruges - jeweils unter Einbeziehung von Strafen aus anderweitiger Verurteilung - zu Gesamtfreiheitsstrafen von 3 Jahren (W) und 2 Jahren mit Bewährung (M) verurteilt. W war Alleingesellschafter und Geschäftsführer der Firma WI - Beratung und Vermittlung von Kapitalanlagen (im folgenden WI-GmbH). M war sein engster Mitarbeiter; er kontrollierte die für die Firma tätigen Telefonverkäufer und war selbst als solcher tätig. Den Mitangeklagten wurde angelastet, von Januar 1991 bis August 1993 bei der Vermittlung von Warentermingeschäften (in Form von Optionen) durch die WI-GmbH die Anleger über die faktische Chancenlosigkeit ihrer Geldanlage getäuscht zu haben. Der Angekl. war spätestens seit Anfang 1990 als Rechtsanwalt für die WI - GmbH tätig. Er hat eine für die Kundenwerbung bestimmte Broschüre mit der Darstellung der wirtschaftlichen Zusammenhänge und Risiken von Warentermingeschäften erarbeitet und diese den Mitangeklagten zur Weiterleitung an ihre Kunden überlassen. Das LG hat den Angekl. wegen Beihilfe zum Betrug, wegen Bankrotts und Konkursverschleppung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 9 Monaten verurteilt und die Vollstreckung der Strafe zur Bewährung ausgesetzt. Die Revision des Angekl. führte mit der Sachrüge zur Aufhebung des Urteils, soweit es diesen betrifft.

Gründe:

Die Verurteilung des Angekl. wegen Beihilfe zum Betrug hält sachlichrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

1. Allerdings ist die Erstellung der Broschüre durch den Angekl. - entgegen der Auffassung des Bf. - nicht von vornherein lediglich als (strafloser) Rechtsrat eines Rechtsanwalts im Rahmen seiner Berufsausübung anzusehen. Die Tätigkeit des Angekl. ging über eine nur "neutrale" anwaltliche Rechtsberatung hinaus (vgl. zur Tätigkeit eines Notars BGHR StGB § 266 I Beihilfe 3). Das LG konnte davon ausgehen, dass der Angekl. durch die Überlassung der Broschüre an die Mitangeklagten deren Betrug zum Nachteil der Anleger objektiv förderte. Sein Handeln kann nicht losgelöst von dem der Mitangeklagten betrachtet werden. Die konkrete Verwendung der Broschüre ist vielmehr bei der Würdigung des Tatbeitrags des Angekl. mitzuberücksichtigen.

Der Angekl. hat für die WI-GmbH, deren alleiniger Unternehmenszweck in der betrügerischen Erlangung von Anlagegeldern bestand, eine für die Kundenwerbung bestimmte Broschüre mit der Darstellung der wirtschaftlichen Zusammenhänge und Risiken von Warentermingeschäften erarbeitet und diese den Mitangeklagten zur Weiterleitung an ihre Kunden überlassen. Er hat sich somit nicht darauf beschränkt, im Rahmen seiner Beratungstätigkeit als Rechtsanwalt etwa nur abstrakt und intern die Rechtslage zu Warentermingeschäften darzustellen bzw. ein Gutachten hierzu zu fertigen. Abgesehen davon, dass von einer spezifisch-anwaltlichen Tätigkeit des Angekl., der den Prospekt als Geschäftsführer eines Wirtschaftsunternehmens geliefert hat, ohnehin nicht die Rede sein kann, diente die konkrete Verwendung der Broschüre durch die WI - GmbH den Mitangeklagten dazu, ihre betrügerischen Geschäfte zu fördern. Indem den Anlegern die Broschüre übersandt wurde, sollte diesen von vornherein der später nach einem Verlust mit gewisser Wahr-

scheinlichkeit zu erwartende Einwand genommen werden, nicht ausreichend über die Risiken des Optionsgeschäfts aufgeklärt worden zu sein. Darüber hinaus gab die Verwendung der Broschüre der GmbH den Anschein der Seriosität.

2. Für den Beihilfevorsatz eines herangezogenen firmenexternen Beraters wie des Angekl. sind grundsätzlich folgende - allgemein für berufstypische "neutrale" Handlungen geltende - Grundsätze zu beachten: Zielt das Handeln des Haupttäters ausschließlich darauf ab, eine strafbare Handlung zu begehen, und weiß dies der Hilfeleistende, so ist sein Tatbeitrag als Beihilfehandlung zu werten (vgl. BGHR StGB § 27 I Hilfeleisten 3). In diesem Fall verliert sein Tun stets den "Alltagscharakter"; es ist als "Solidarisierung" mit dem Täter zu deuten (LK-Roxin 11. Aufl., § 27 Rn 19) und dann auch nicht mehr als "sozialadäquat" anzusehen (vgl. Löwe-Krahl wistra 1995, 201, 203). Weiß der Hilfeleistende dagegen nicht, wie der von ihm geleistete Beitrag vom Haupttäter verwendet wird, hält er es lediglich für möglich, dass sein Tun zur Begehung einer Straftat genutzt wird, so ist sein Handeln regelmäßig noch nicht als strafbare Beihilfehandlung zu beurteilen, es sei denn, das von ihm erkannte Risiko strafbaren Verhaltens des von ihm Unterstützten war derart hoch, dass er sich mit seiner Hilfeleistung "die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein" ließ (vgl. BGHR StGB § 266 I Beihilfe 3; LK-Roxin a.a.O.).

Im vorliegenden Fall kommt es deshalb darauf an, ob der Angekl. bei Überlassung der Broschüre an die Mitangeklagten Kenntnis von dem ausschließlich betrügerischen Zweck der WI-GmbH hatte oder diesen hochgradig wahrscheinlich hielt und ob er damit zum organissatorischen Rahmen der GmbH beitrug, sich so ihre betrügerischen Geschäfte "angelegen sein" ließ. Grundsätzlich ist zwar davon auszugehen, dass Bewußtsein und Wille eines Rechtsanwalts bei Erteilung eines Rechtsrats in der Regel darauf gerichtet sind, pflichtgemäß Rat zu erteilen, und nicht etwa darauf, eine Straftat zu fördern (BGHR StGB § 27 I Hilfeleisten 6). Die Annahme, der Angekl. habe lediglich (straflosen) Rechtsrat erteilen und das betrügerische Verhalten der Mitangeklagten nicht unterstützen wollen, ist hier hingegen nicht derart naheliegend; denn der Angekl. hat die Broschüre im Rahmen seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der "P-Unternehmensberatung GmbH" erstellt, sein Handeln ging damit schon im Ansatz über eine bloße Rechtsberatung hinaus.

3. Gleichwohl ist die Beweiswürdigung, mit der das LG den Beihilfevorsatz des Angekl. - der sich nicht zur Sache eingelassen hat - belegt, nicht ausreichend. Aus der Kenntnis um die Preisgestaltung der WI-GmbH ("Anlagemodell 60% zu 40%") und um den Einsatz von Telefonverkäufern sowie aus der Gestaltung des Prospekts lassen sich für eine Kenntnis des Angekl. von den betrügerischen Zielen der GmbH und selbst für einen Kenntnisstand, welcher den Rahmen eines erlaubten Risikos sprengte, noch keine insgesamt tragfähigen Indizien herleiten.

a) Das LG nimmt eine "weitgehende Chancenlosigkeit des Anlagemodells der WI-GmbH an. Es leitet dies daraus ab, dass ein Gewinn des Anlegers erst dann möglich war, wenn der Marktwert der Ware, für die der Anleger eine Option erwarb, die vom Markt bei der Preisbildung für die Option zugrunde gelegte Gewinnerwartung noch um rund 67% überschritt (dazu BGHSt 30, 177, 179 f.; 32, 22, 23f.). Dieses hohe konkrete Verlustrisiko für das ohnehin hochgradig riskante Anlagegeschäft war - wie in dem vom Angekl. verfaßten Prospekt theoretisch offengelegt - Folge des hohen Anteils der Vermittlungskosten (40%) an den Kundenzahlungen, von denen nur ein Anteil von 60% an der Warenterminbörse angelegt wurde. Gewinn, auf welche die Kunden bei ihren Anlagen spekulierten, waren danach selten, indes nicht etwa ausgeschlossen. Die hohen Verluste der Kunden (konkret bezogen auf die über 250 betrogenen Kunden mit einer Gesamteinzahlungssumme von mehr als 10 Mio. DM nach Abzug der festgestellten - zu mehr als einem Drittel zudem erst nach dem Entschluss zur Geschäftsaufgabe erfolgten - Rückzahlungen: über 87% der Einzahlungsbeträge) waren maßgeblich auch Folge der von den Mitangeklagten geförderten Werbepraxis der Telefonverkäufer, Kunden mit Gewinnen oder erheblichen Restguthaben zu Folgegeschäften zu überreden, wodurch letztlich deren Verlustrisiko potentziert wurde.

Dass insbesondere diese Geschäftsstrategie dem Angekl. bekannt gewesen wäre, ist nicht festgestellt und belegt, versteht sich auch nicht ohne weiteres von selbst. Ebensowenig kann vorausgesetzt werden, dass auch jenseits davon das Maß der Chancenlosigkeit der - von vornherein ohnehin überaus riskanten - Anlagen so hoch gewesen wäre, dass deren Wertlosigkeit sich für jeden in diesem Bereich Kundigen von selbst verstand - mit der Folge, dass ein Geschäft mit solchen Anlagen bei normalem Geschäftsablauf anders als durch ein Hinwegtäuschen der Kunden über ihre Chancen- und Wertlosigkeit kaum denkbar war. ... Insoweit weist die Revision zutreffend darauf hin, dass auch von der Rechtsprechung Fälle mit entsprechend riskanter Preisgestaltung nicht ohne weiteres allein deshalb als Betrug gewertet worden sind (vgl. BGHSt 32, 22; BGH wistra 1989, 19; Lackner/Imo MDR 1983, 969; vgl. zur Chancenminderung aber auch BGHSt 30, 177, 181).

b) Es ist daher bedenklich, allein aus der Kenntnis um die besondere Risikohaftigkeit des Anlagemodells der

WI-GmbH auf eine Kenntnis oder sichere Erwartung wahrheitswidriger Angaben der eingesetzten Telefonverkäufer gegenüber den Kunden zu schließen, zumal da die Kunden durchweg den vom Angekl. verfassten, inhaltlich richtigen Prospekt erhielten. Da bislang nicht nachgewiesen ist, dass der Angekl. eng mit allen Interna der Firma vertraut war, musste sich ihm die Wertlosigkeit der Anlage - ungeachtet seiner Kenntnis um die Preisgestaltung der Firma und seiner Sachkunde - nicht ohne weiteres aufdrängen; allein seine weitere Kenntnis um eine Provisionsabhängigkeit der Telefonverkäufer gestattete noch nicht den Rückschluss auf sein Wissen oder seine sichere Erwartung von deren betrügerischer Kundenwerbung....

c) Die Bedenken gegen die Beweisführung des LG zum Beihilfevorsatz müssen jedenfalls deshalb durchgreifen, weil die für eine Bösgläubigkeit des Angekl. herangezogenen negativen Indizien aus der Prospektgestaltung nicht tragfähig sind. Angesichts vom LG angenommener sachlicher Richtigkeit und sprachlicher Klarheit des Broschürentextes kann einem aussenstehenden Verfasser, der die sonstige Werbung der Firma nicht zu verantworten hat, nicht unterstellt werden, er müsse davon ausgegangen sein, dass Interessenten den verhältnismäßig komplizierten Text nicht vollständig zur Kenntnis nehmen würden. Dem Kunden, der in eine - vermeintlich - gewinnbringende Anlage eine große Summe Geldes investieren will**,** darf grundsätzlich ein höheres Maß an Sorgfalt zum, Selbstschutz zugemutet werden. Eine fast unglaubliche Leichtfertigkeit, mit der begüterte Anleger in Fällen der vorliegenden Art erfahrungsgemäß häufig große Geldbeträge aufs Spiel setzen, muss derjenige, der im Wirtschaftsleben für Maßnahmen zu ihrer hinreichenden Aufklärung eingesetzt wird, nicht notwendig in Rechnung stellen; eine über die Vermittlung zutreffender Fakten hinausgehende regelrecht plakative Form der Warnung ist ihm nicht abzuverlangen. Daraus, dass der Prospekt neutral - einerseits ohne reisserische Werbung, andererseits ohne plakative Warnung - gefasst war und keine konkrete Bezugnahme auf die WI-GmbH enthielt, lässt sich - sofern deren Preisgestaltung nicht jenseits des Prospekts verschleiert wurde - nichts Negatives herleiten (vgl. auch BGH wistra 1989, 19, 20 f.).

Standort: § 267 StGB Problem: Reflektierende Mittel auf Kfz-Kennzeichen

BGH, BESCHLUSS VOM 21. 9. 1999 - 4 STR 71/99 (NJW 2000, 229)

Problemdarstellung:

Der nachstehende Beschluss des BGH betrifft die in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte kontrovers beurteilte Frage, ob sich wegen Urkundenfälschung gem. § 267 I, 2. Fall StGB strafbar macht, wer das amtliche Kennzeichen eines Kraftfahrzeugs mit einem reflektierenden Mittel versieht, so dass die Erkennbarkeit bei Blitzlichtaufnahmen beeinträchtigt ist. Während das OLG Düsseldorf (NJW 1997, 1793) davon ausging, dass die Zulassungsstelle durch das Abstempeln der Kennzeichen mit beweiserheblicher Bedeutung bescheinige, dass die Kennzeichenschilder den technischen Vorschriften entsprechen und diese Erklärung durch das Anbringen der reflektierenden Mittel verfälscht werde, lehnte das BayObLG (NZV 1999, 213) eine Verurteilung wegen Urkundenfälschung ab und hat daher die Sache gem. § 121 II GVG dem BGH zur Entscheidung vorgelegt (vgl. zum Streit: RA 1999, S. 356 ff.). Der BGH verneint mit dem vorlegenden Gericht die Annahme einer Urkundenfälschung insbesondere mit der Erwägung, dass, selbst wenn die Abstempelung durch die Zulassungsstelle die Ordnungsgemäßheit des Kennzeichens beweisen sollte, dieser Beweis sich naturgemäß nur auf den Zeitpunkt der Abstempelung, nicht aber auf die fortwährende Übereinstimmung des Kennzeichens mit den technischen Vorschriften beziehen könne.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung ist als äußerst examensrelevant einzustufen, da sie eine aktuelle und kontrovers diskutierte Konstellation im Bereich der klausurbeliebten Urkundsdelikte betrifft. Während der BGH aufgrund der Vorlegungsfrage nur zum Verfälschungstatbestand (§ 267 I, 2. Fall StGB) Stellung zu nehmen hatte, ist im Rahmen einer Fallbearbeitung auch auf die Strafbarkeit wegen Urkundenunterdrückung (§ 274 I Nr. 1 StGB) und wegen des im Ergebnis einschlägigen Kennzeichenmissbrauchs gem. § 22 StVG einzugehen (vgl. dazu RA 1999, S. 356 ff.).

Hinzuweisen ist noch auf einen ähnlich gelagerten Fall, in dem der Angekl. eine sog. Gegenblitzanlage verwendet und damit erreicht hatte, dass die zunächst ordnungsgemäße Aufzeichnung auf dem Lichtbild einer Radaranlage bis zur Unkenntlichkeit beeinflusst und so die Datengewinnung verhindert wurde. Nach Ansicht des AG Tiergarten (vgl. NStZ-RR 2000, 9)

hat der Angekl. eine unechte technische Aufzeichnung hergestellt, indem er störend auf den Aufzeichnungsvorgang eingewirkt hat (vgl. § 268 I Nr. 1, III StGB).

Leitsatz:

Keine Urkundenfälschung liegt vor, wenn das amtliche Kennzeichen eines Kraftfahrzeugs mit einem reflektierenden Mittel versehen wird, so dass die Erkennbarkeit der Buchstaben und Ziffern bei Blitzlichtaufnahmen beeinträchtigt ist.

Sachverhalt:

Das AG hat den Angekl. wegen Kennzeichenmissbrauchs zu einer Geldstrafe verurteilt und ein Fahrverbot angeordnet. Auf die Berufung der StA hat das LG ihn der Urkundenfälschung schuldig gesprochen. Nach den Feststellungen übersprühte der Angekl. die Kennzeichenschilder seines auf ihn zugelassenen Pkw mit einer farblosen Flüssigkeit, wodurch bei Blitzlicht-Fotoaufnahmen eine so starke Reflektion auftrat, dass die schwarzen Buchstaben und Zahlen "überblendet" wurden und auf dem Lichtbild ohne lichtbildtechnische Nachbehandlung nicht erkennbar waren. Er wollte damit bei etwaigen Geschwindigkeitskontrollen die Ermittlung seiner Personalien anhand der Kennzeichen des Fahrzeugs unmöglich machen. Als der Angekl. das Fahrzeug am 29. 8. 1997 mit überhöhter Geschwindigkeit fuhr, wurden die mit dem Spray behandelten amtlichen Kennzeichen bei einer Verkehrskontrolle entdeckt. Das BayObLG als RevGer. möchte den Schuldspruch dahin abändern, dass der Angekl. nicht der Urkundenfälschung, sondern des Kennzeichenmissbrauchs schuldig ist. An der beabsichtigen Entscheidung sieht es sich durch den Beschluss des OLG Düsseldorf (NJW 1997, 1793, m. abl. Anm. Krack, NStZ 1997, 602) gehindert. Dieser Entscheidung liegt zugrunde, dass amtliche Kraftfahrzeugkennzeichen nachträglich mit "Antiblitzbuchstaben", bei denen es sich um reflektierende Folien handelte, versehen wurden. Sie führten dazu, dass bei polizeilichen Geschwindigkeitskontrollen oder Rotlichtüberwachungen die Identifizierung des fotografierten Fahrzeugs anhand der Kennzeichen jedenfalls wesentlich erschwert wurde. Das OLG Düsseldorf vertritt die Auffassung, dass die Kraftfahrzeug-Zulassungsstelle durch das Abstempeln der Kennzeichen mit beweiserheblicher Bedeutung bescheinige, dass die Kennzeichenschilder den technischen Vorschriften entsprechen und uneingeschränkt ablesbar sind. Diese Beweisrichtung sei "durch Beibehaltun der Anbrinnung" der Kennzeichen nach dem Versehen mit "Antiblitzbuchstaben" verändert worden. Da die Manipulation vorgenommen worden seien, um polizeilichen Feststellungen zu entgehen, sei zur Täuschung im Rechtsverkehr gehandelt worden. Es liege daher Urkundenfälschung (§ 267 StGB) vor. Das BayObLG hat die Sache gem. § 121 II GVG dem BGH zur Entscheidung über folgende Rechtsfrage vorgelegt: "Liegt eine Urkundenfälschung vor, wenn das amtliche Kennzeichen eines Kraftfahrzeugs mit einem reflektierenden Mittel versehen wird, so dass die Erkennbarkeit der Buchstaben und Ziffern bei Blitzlichtaufnahmen beeinträchtigt ist?"

Der BGH hat die Annahme einer Urkundenfälschung verneint.

Gründe:

Bei dem mit einer Stempelplakette der Zulassungsstelle versehenen, an dem Kraftfahrzeug, für das es zugeteilt ist, angebrachten Kraftfahrzeugkennzeichen (§§ 18 I, 23 StVZO) handelt es sich um eine (zusammengesetzte) Urkunde i. S. des § 267 I StGB (vgl. BGHSt 16, 94 [95];18, 66 [70];34, 375 [376];Tröndle/Fischer, StGB, 49. Aufl., § 267 Rdnr. 4 in. w. Nachw.). Das Kennzeichen verkörpert die Erklärung der Zulassungsstelle als Ausstellerin, dass das Fahrzeug unter diesem Kennzeichen für einen bestimmten, im Fahrzeugregister eingetragenen Halter (§ 33 StVG) zum öffentlichen Verkehr zugelassen worden ist (vgl. BGHSt 34, 375 [377]).

Es enthält - entgegen der Auffassung des OLG Düsseldorf (NJW 1997, 1793, m. abl. Anm. Krack, NStZ 1997, 602) jedoch nicht die zusätzliche beweisbestimmte und beweisgeeignete Erklärung, dass das Kennzeichen - fortwährend - uneingeschränkt ablesbar ist: Bei der Abstempelung des amtlichen Kennzeichens prüft die Zulassungsstelle die nach § 23 StVZO erforderlichen Zulassungsvoraussetzungen, auch, ob die Ausgestaltung des Kennzeichens der Vorschrift des § 60 StVZO entspricht (§ 23 III, IV 6 StVZO). Danach müssen Kennzeichen normgerecht (§ 60 I 5, 1 lit. a, 1 lit. b StVZO) und so ausgestaltet sein, dass nur der Kennzeichenhintergrund, nicht jedoch die Buchstaben-Ziffern-Kombination reflektiert (§ 60 I 1, lit. a StVZO; vgl. Lampe, JR 1998, 304 [305]). Außerdem dürfen sie nicht spiegeln, "weder verdeckt noch verschmutzt" noch "mit Glas, Folien oder ähnlichen Abdeckungen" versehen sein (§ 60 I 4 StVZO). Diese Prüfung erfolgt durch Inaugenscheinnahme der Kennzeichen. Es erscheint bereits zweifelhaft, bedarf hier aber keiner Entscheidung, ob das Anbringen der Stempelplakette auf dem Kennzeichen beweist, dass ein ordnungsgemäßes Kennzeichen verwendet wurde, soweit es dessen Ablesbarkeit unter besonderen Voraussetzungen betrifft (vgl. OLG Hamm, VRS 7, 390; Lampe, JR 1998, 304 [305]; Tröndle/Fischer, § 267 Rdnr. 19). Jedenfalls soll und kann das abgestempelte Kennzei-

chen keinen Beweis über seine fortdauernde Ablesbarkeit nach der Zulassung des Fahrzeugs erbringen (Krack, NStZ 1997, 602). Das ergibt sich - wie der Generalbundesanwalt zu Recht ausgeführt hat - schon daraus, dass etwa die nach § 23 IV 6 i. V. m. § 60 I 4 StVZO durch die Zulassungsstelle bei der Abstempelung vorzunehmende Prüfung, dass das Kennzeichen nicht verschmutzt ist, naturgemäß keine weitergehende Bedeutung haben kann als die, dass das Kennzeichen bei der Zulassung nicht verunreinigt war (vgl. dazu § 23 I 3 StVO).

Die Voraussetzungen der - hier allein in Betracht kommenden - Tatbestandsalternative des Verfälschens einer echten Urkunde (§ 267 I Alt. 2 StGB) liegen nicht vor: Eine echte Urkunde wird verfälscht, wenn unbefugt nachträglich ihr Gedankeninhalt verändert wird, so dass sie etwas anderes als zuvor zum Ausdruck bringt (vgl. Lackner/Kühl, StGB, 23. Aufl., § 267 Rdnr. 20 m. w. Nachw.). Entscheidend ist, dass die Urkunde infolge der Verfälschung einen irreführenden Beweisgehalt vermittelt, der vom angeblichen Urheber herzurühren scheint (vgl. Tröndle, in: LK-StGB, 10. Aufl., § 267 Rdnr. 144). Hier wurde - wie das BayObLG zutreffend annimmt - der Erklärungsinhalt der Urkunde durch das Besprühen des Kennzeichens mit dem farblosen Speziallack nicht verändert. Das Kennzeichen entsprach zwar danach nicht mehr den Anforderungen des § 60 StVZO, der Erklärungsinhalt blieb aber derselbe. Durch die Maßnahme des Angekl. wurde lediglich die Ablesbarkeit des Kennzeichens unter bestimmten Voraussetzungen (Blitzlichtaufnahmen) - also der Beweisinhalt der Urkunde in seiner Erkennbarkeit - beeinträchtigt. Darin liegt kein Verfälschen einer Urkunde (vgl. RGSt 62, 11 [12]; Fahl, JA 1997,925 [926]; Geppert, JK 1997, StGB § 267/ 22; Tröndle/Fischer, § 267 Rdnr. 19; Lackner/Kühl, § 267 Rdnr. 20). Das gilt auch dann, wenn die Abstempelung des Kennzeichens durch die Zulassungsstelle den Beweis dafür erbrächte, dass zu diesem Zeitpunkt das Kennzeichen den Vorschriften entsprach; denn in diesen Aussagegehalt wurde durch die spätere Manipulation nicht eingegriffen (vgl. Krack, NStZ 1993, 602 [603]; Lampe, JR 1998, 304 [305]; Hoyer, in: SK- StGB,§ 267 Rdnr. 36).

Standort: § 267 StGB — Problem: Urkundsqualität von Fotokopien

OLG DÜSSELDORF, BESCHLUSS VOM 29.7.99
-2B SS 60/99 - 32/99 I (VRS, BD. 97, S. 415)

Problemdarstellung:

Das OLG Düsseldorf hatte über die Strafbarkeit eines Angeklagten zu entscheiden, der von unechten Urkunden Kopien angefertigt hatte, um mit deren Hilfe seine - tatsächlich nicht vorhandene - Berechtigung zur Adoption eines vietnamesischen Kindes nachzuweisen. Das Gericht bestätigt die Verurteilung wegen Urkundenfälschung gem. § 267 I StGB, da der Angeklagte durch die Vorlage der Kopie mittelbar von dem unechtem Original Gebrauch gemacht habe. Zwar sei eine Fotokopie grundsätzlich keine Urkunde i.S. des § 267 I StGB, doch sei sie ausnahmsweise "als Urschrift anzusehen und zu behandeln", wenn der Täter die Kopie von einer unechten Originalurkunde in Kenntnis der Unechtheit und zur Täuschung des Rechtsverkehrs anfertige.

Prüfungsrelevanz:

Die Frage der Urkundeneigenschaft von Fotokopien stellt ein klassisches Examensproblem dar (vgl. zur Übersicht Geppert, Jura 1990, 271 ff..; Engert u.a., JA 97, 31 ff.; zum Telefax s. OLG Zweibrücken, StV 1998, 382 m. Anm. Beckemper, JuS 2000, 123). Während eine abweichende Ansicht davon ausgeht, dass Kopien Urkundenqualität besitzen, wird ihnen von der h.M. diese Eigenschaft grundsätzlich abgesprochen: Da die Kopie wie eine einfache Anschrift lediglich die (bildliche) Wiedergabe der in einem anderen Schriftstück verkörperten Erklärung enthält, fehlt es an einer (menschlichen) Gedankenerklärung und der erforderlichen Ausstellererkennbarkeit. Allerdings erkennt die h.M. - mit Unterschieden im einzelnen - Ausnahmen von diesem Grundsatz an: So rückt eine Kopie dann zur Urkunde auf, wenn sie beglaubigt ist oder nach dem Willen des Ausstellers der Urschrift im Rechtsverkehr als Original gelten soll. Ferner soll einer Fotokopie auch dann Urkundenqualität zukommen, wenn sie den Anschein eines Originals erweckt (sog. Scheinurkunde). Schließlich soll nach einer in der Rechtsprechung vorherrschenden Ansicht die Vorlage - einer als solchen erkennbaren Fotokopie - das mittelbare Gebrauchen einer unechten oder verfälschten Urschrift darstellen können (vgl. BGHSt 24, 140, 142; BayObLG NJW 1992, 3311). Dem hält die Literatur allerdings entgegen, dass diese "Ausnahme" nicht mit dem von der Rechtsprechung geteilten Grundsatz im Einklang steht, dass eine Kopie gerade nicht den Inhalt des Originals aufweise. Wenn eine Kopie lediglich erkläre, dass eine Wiedergabe der Urschrift vorliegt, dann könne durch die Wahrnehmung des Abbildes kei-

ne Wahrnehmung der Urschrift vermittelt werden (vgl. etwa Küper, BT, S. 294). Das OLG Düsseldorf schließt sich mit der vorliegenden Entscheidung der Rechtsprechung der Obergerichte an, geht aber im Gegensatz zu diesen offensichtlich davon aus, dass die vorgelegte Kopie in den in Rede stehenden Fällen "als Urschrift anzusehen und zu behandeln" ist (vgl. a.a.O., S. 416 unten).

Leitsatz:

Urkundenfälschung liegt auch dann vor, wenn der Täter Kopien unechter Urkunden zur Täuschung über beweiserhebliche Tatsachen im Rechtsverkehr in Kenntnis der Unechtheit der Originale verwendet.

Sachverhalt:

Das AG - Strafrichter - hat den Angekl. wegen Urkundenfälschung "entweder durch Herstellung einer unechten Urkunde oder Gebrauchmachen von einer unechten Urkunde" zu einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu je 160,- DM verurteilt. Hiergegen wendet sich der Angekl. mit der form- und fristgerecht eingelegten, auf die Sachrüge gestützten Sprungrevision (§ 335 Abs 1 StPO).

Das AG hatte festgestellt: "Der Angekl. legte am 3. 11. 1997 im Generalkonsulat der Bundesrepublik Deutschland in H-C-M-Stadt einen "Sozialbericht" und eine "Adoptionserlaubnis" vor, aus denen sich das Jugendamt der Stadt N als Aussteller ergab und aus denen sich die Unbedenklichkeit der Adoption eines vietnamesischen Jungen von seiten der Verwaltungsbehörde ergab. Der Angekl. wollte dadurch seine Berechtigung zur Adoption nachweisen. Die Urkunde wurde entweder durch den Angekl. selbst hergestellt oder von ihm im Wissen, daß es eine gefälschte Urkunde war, der Botschaft vorgelegt."

Der Angekl. bestreitet die Tat. Er hat behauptet, er habe am 24. 9. 1997, nachdem er durch eigenes Bemühen ein mögliches Adoptivkind in Vietnam gefunden habe, bei der Stadt N einen Sozialbericht über sich selbst eingereicht bzw. durch einen Freund einreichen lassen. Am 24. 10. 1997 habe er sodann in seinem Briefkasten ein Schreiben der Stadt N vorgefunden, dem ein positiver Sozialbericht und eine Adoptionserlaubnis beigefügt gewesen seien. Diese ihm in Kopie zugeleiteten Urkunden habe er dann in H-C-M Stadt vorgelegt.

Das AG hat diese in den Urteilsgründen wiedergegebene Einlassung aufgrund der Aussagen der hierzu als Zeugen vernommenen, mit der Sache befaßten Mitarbeiter der Stadt N als widerlegt angesehen. Diese haben nach Überzeugung des Tatrichters glaubhaft bekundet, es sei weder ein positiver Sozialbericht über den Angekl. gefertigt noch sei ihm seitens der zuständigen Behörde die erforderliche Adoptionserlaubnis erteilt worden. Die Unterschriften auf den betreffenden Schriftstücken stammten nicht von ihnen oder anderen hierzu befugten Personen.

Im übrigen hat das AG zur Beweiswürdigung und zur rechtlichen Beurteilung u. a. ausgeführt:

"Nicht mit der notwendigen Sicherheit kann dem Angekl. nachgewiesen werden, daß er die Urkunde selber hergestellt hat. Dies liegt zwar aufgrund der detailreichen Schilderung des Lebenslaufes und des überschwenglich lobenden Charakters des "Sozialberichtes" nahe, kann jedoch nicht mit vollständiger Sicherheit bewiesen werden.

Die Tatsache, daß es sich bei den vom Angekl. in H-C-M-Stadt vorgelegten Dokumenten um Kopien handelte, tut deren Charakter als Urkunden keinen Abbruch. Es handelt sich um Schriftstücke, die zum Beweis einer erheblichen Tatsache im Rechtsverkehr vorgelegt wurden und entsprechend hat spätestens die Vorlage durch den Angekl. auch den Kopien den Urkundencharakter verliehen. Indem der Angekl. entweder eine unechte Urkunde herstellte oder im Wissen darum, daß es sich um eine unechte Urkunde handelte, diese dem Konsulat vorlegte, hat er sich des Verfälschens oder des Gebrauchmachens einer unechten Urkunde, mithin der Urkundenfälschung gemäß § 267 Abs 1 StGB strafbar gemacht."

Gründe:

Das angefochtene Urteil hat im Ergebnis Bestand. Die von der Revision nicht beanstandete Beweiswürdigung des AG läßt keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angekl. erkennen.

Die getroffenen Feststellungen tragen den Schuldspruch wegen Urkundenfälschung gemäß § 267 Abs 1 StGB rechtsbedenkenfrei.

Allerdings sind Kopien wie auch Fotokopien, falls sie nicht nach den maßgeblichen Vorschriften das Original im Rechtsverkehr vertreten, keine Urkunden im Sinne des § 267 Abs 1 StGB. Denn sie enthalten lediglich die Wiedergabe der in anderen Schriftstücken verkörperten beweiserheblichen Gedankenerklärungen, nicht aber diese selbst. Kopien und Fotokopien sind deshalb regelmäßig nicht die wesentlichen Merkmale einer Urkunde zu eigen. Eine Beweisbedeutung kommt ihnen nicht ohne weiteres zu. Da sie ihren Aussteller nicht erkennen lassen, kann ihnen - anders als der Urkunde - auch keine Garantiefunktion für die Richtigkeit des Inhalts schlechthin zuerkannt werden (vgl. BGH wistra 1993, 342 und 225; BGHSt 20, 18 f.; 24, 140, alle m. w. N.).

Jedoch sind Ausnahmen von diesem Grundsatz mög-

lich und anerkannt. Das gilt einmal für den Fall, daß der Täter mit Hilfe einer fotografischen Reproduktion die unechte Urkunde erst herstellt in der Absicht, damit im Rechtsverkehr den Eindruck einer Originalurkunde zu erwecken (vgl Tröndle/Fischer, StGB, 49. Aufl, § 267 Rdn 12 b). Diese Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt. Denn der Angekl. hat dem Generalkonsulat der Bundesrepublik Deutschland in H-C-M-Stadt offenbar Kopien vorgelegt, die als solche erkennbar waren, und nicht den Anschein zu erwecken versucht, es handele sich dabei um die Originale.

Ferner ist eine Kopie oder Fotokopie, die nach dem Willen des Ausstellers im Rechtsverkehr an die Stelle der Originalurkunde treten soll, als Urschrift anzusehen und zu behandeln.

Zwar lassen die Urteilsgründe ausdrücklich offen, wer der Aussteller der Originalurkunden - Sozialbericht betreffend den Angekl. und Adoptionserlaubnis - war bzw. ist. Wie das AG andererseits aber rechtsfehlerfrei festgestellt hat, sind die bezeichneten Originalurkunden, die schon deshalb vorhanden (gewesen) sein müssen, weil der Angekl. Kopien von ihnen bei dem Generalkonsulat in H-C-M-Stadt vorgelegt hat, nicht von den zuständigen Behörden der Stadt N ausgestellt und daher unecht. Wie den insoweit ebenfalls beanstandungsfreien Urteilsfeststellungen weiterhin zu entnehmen ist, war sich der Angekl. dessen auch bewußt. Gleichwohl hat er von den Kopien zur Täuschung im Rechtsverkehr, d. h. zur Vorspiegelung seiner tatsächlich nicht bestehenden Befugnis, einen vietnamesischen Jungen zu adoptieren, Gebrauch gemacht.

Bei dieser Fallkonstellation findet der obige Grundsatz Anwendung, mag der Angekl. auch nicht der Aussteller der zweifellos vorhandenen oder doch vorhanden gewesenen unechten Originalurkunden gewesen sein. Maßgebend ist, daß er die davon gefertigten Kopien in Kenntnis der Unechtheit der Urschriften zur Täuschung über beweiserhebliche Tatsachen im Rechtsverkehr verwendet hat. Von einer unechten Urkunde kann immer auch dadurch Gebrauch gemacht werden, daß von ihr angefertigte Kopien oder Fotokopien vorgelegt werden; denn auf diese Weise wird dem zu Täuschenden ebenfalls die sinnliche Wahrnehmung der in allen Einzelheiten abgebildeten falschen Urkunde ermöglicht (vgl BayObLG NStE Nr 16 zu § 267 StGB m. w. N.). Das Schutzgut des § 267 StGB - die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Rechtsverkehrs mit Urkunden - wird nicht nur gefährdet, wenn der Täter das unechte Original selbst hergestellt hat in der Absicht, Kopien davon zu Täuschungszwecken zu verwenden, sondern auch dann, wenn eine dritte Person in Kenntnis der Tatsache, daß das Original unecht ist, sich solcher Kopien im Rechtsverkehr bedient. Genau dies aber hat der Angekl. nach den Feststellungen des Tatrichters getan. Hiernach ist der Angekl. zu Recht der Urkundenfälschung schuldig gesprochen worden.

Standort: § 306b II Nr.2 StGB Problem: Versicherungsbetrug als zu ermöglichende Tat

BGH, URTEIL VOM 23. 9. 1999 - 4 STR 700/98
(NJW 2000, 226)

Problemdarstellung:

Im Rahmen der vorliegenden Entscheidung hatte sich der BGH u.a. mit der Auslegung des durch das 6. StrRG neu geschaffenen § 306 b II Nr. 2 StGB zu beschäftigen. Nach § 306 b II Nr. 2 StGB

wird der Täter bestraft, der in den Fällen des § 306 a StGB in der Absicht handelt, eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken. Da die Vorschrift anders als § 307 Nr. 2 StGB a.F. keine enumerative Aufzählung der zu ermöglichenden Taten enthält, wird in der Literatur die Ansicht vertreten, die Vorschrift müsse mit Blick auf ihren gemeingefährlichen Charakter eingeschränkt ausgelegt werden. Der BGH, der über die Strafbarkeit eines Angeklagten zu befinden hatte, der zum Zwecke des Versicherungsbetrugs ein in seinem Eigentum stehendes Firmengebäude angezündet hatte, folgt dieser Literaturansicht nicht. Er geht vielmehr davon aus, dass Wortlaut und Systematik keine einschränkende Auslegung des § 306 b II Nr. 2 StGB zulassen und daher auch der Täter, der die schwere Brandstiftung begeht, um seine Versicherung zu betrügen, wegen besonders schwerer Brandstiftung zu bestrafen ist. Neben dem zentralen Problem der Auslegung des § 306 b II Nr. 2 StGB enthält das Urteil Erörterungen zum prozessualen Tatbegriff, zu § 2 III StGB und dem Grundsatz der sog. strikten Alternativität sowie zu § 265 StGB.

Prüfungsrelevanz:

Die bereits in RA 1999, S. 634 angekündigte Entscheidung besitzt erhebliche Prüfungsrelevanz.

Die Auslegung von § 306 b II Nr. 2 StGB bereit insofern erhebliche Schwierigkeiten, als nach der weit gefassten Norm z.B. das Anzünden eines Kfz zum Zweck des Versicherungbetrugs mit einer Mindeststrafe von 5 Jahren (!) bedroht ist, wenn ein Mensch konkret an der Gesundheit gefährdet wird (vgl. Tröndl-

le/Fischer, § 306 b, Rn. 9). Daher bevorzugt ein großer Teil der Literatur eine dahingehende Restriktion des Tatbestandes, dass der Täter nach seiner Vorstellung die spezifischen Auswirkungen der gemeingefährlichen Situation zur Begehung der weiteren Tat "ausnutzen" muss (vgl. Hecker, GA 1999, 332 ff.). Danach sind nur solche Fallgestaltungen erfasst, in denen der Täter etwa die infolge einer Brandstifung eintretende Verwirrung oder Panik

zu einer weiteren Straftat ausnutzen will. Der insoweit erforderliche räumlich-zeitliche Zusammenhang wäre bei einem Versicherungsbetrug als geplanter Tat nicht gegeben (Tröndle/Fischer, § 306 b, Rn. 9). Der BGH hält dem jedoch den insoweit eindeutigen Wortlaut der Vorschrift sowie eine "gesicherte" Auslegung der wortlautidentischen §§ 211 II, 3. Gruppe;

315 III Nr. 1 b StGB entgegen: Der besondere Unwert des § 306 b II Nr. 2 StGB liegt darin, dass die schwere Brandstiftung der Begehung kriminellen Unrechts dienen soll, mithin in der Verknüpfung von Unrecht mit weiterem Unrecht.

Zur Nacharbeit der Thematik Brandstiftungsdelikte, Betrug (§ 263 I, III Nr. 5 StGB) und Versicherungsmissbrauch (§ 265 StGB) empfiehlt sich die in JA 2000, 124 veröffentlichte Klausur von Fisch und I. Sternberg-Lieben ("Brandstifter und Biedermann").

Leitsätze:

1. Die Brandstiftung und der darauf beruhende (versuchte) Betrug zum Nachteil der Versicherung sind regelmäßig eine prozessuale Tat i. S. d. § 264 StPO.

2. § 306 b Il Nr. 2 StGB ist auch dann erfüllt, wenn die schwere Brandstiftung zum Zweck eines Betrugs zum Nachteil der Versicherung begangen wird.

Sachverhalt:

Der Angekl. entnahm in den Jahren 1993, 1995 und 1996 dem Vermögen der einen Autohandel nebst einer Kfz-Werkstatt betreibenden Firma S-KG, an der er als persönlich haftender Gesellschafter zu 50% beteiligt war, entgegen den gesellschaftsvertraglichen Vereinbarungen wiederholt Geldbeträge zu privaten Zwecken, insgesamt 919191, 40 DM; davon standen ihm lediglich 270 000 DM als Vergütung zu. In der Nacht zum 19. 11. 1997 liess der Angekl. das in seinem Eigentum stehende, an die S-KG verpachtete Firmengebäude, in dessen erstem Stock sich die Wohnung seiner Mutter befand, anzünden, um Geldbeträge aus der Gebäude-, Inventar- und Betriebsunterbrechungsversicherung zu erlangen. Damit wollte der Angekl. zugleich unter das "Thema der Veruntreuungen" einen "Schlussstrich" ziehen. Durch das Feuer, das auf den Wohntrakt übergriff, wurde das Betriebsgebäude, dessen Dach durchbrannte und einstürzte, zerstört; die Türanlage zwischen dem Wohnzimmer der Mutter des Angekl. und dem davor befindlichen Wintergarten, der ebenfalls Feuer fing, verbrannte. Die Mutter des Angekl. bemerkte das Feuer und hatte, wie von ihm erwartet, genügend Zeit, das Gebäude unverletzt durch das Treppenhaus des Bürotraktes zu verlassen. Der Angekl. meldete den Brandschaden seinen Versicherungen, die allerdings keine Zahlungen leisteten.

Das LG hat den Angekl. wegen Untreue in drei Fällen und schwerer Brandstiftung in Tateinheit mit versuchtem Betrug zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und sechs Monaten verurteilt. Seine Revision blieb ohne Erfolg.

Gründe:

1. Die Verfahrensvoraussetzung einer zugelassenen Anklage liegt - entgegen der Auffassung der Revision - auch hinsichtlich des versuchten Betrugs zum Nachteil der Versicherungen vor. Zwar enthält, wie der Bf. zu Recht geltend macht, die unverändert zugelassene Anklage vom 27. 4. 1998 - auch bei der erforderlichen weiten Auslegung der konkret angeklagten Lebenssachverhalte - keine Angaben zu einer versuchten Täuschung der Versicherungen; dass die Anklage als anzuwendende Vorschriften ausdrücklich auch die §§ 263, 22 StGB aufführt und im abstrakten Anklagesatz deren gesetzliche Merkmale angibt, reicht für sich nicht aus. Die fehlenden Angaben zu den vom Angekl. versuchten Betrugstaten haben aber gleichwohl nicht zur Folge, dass diese nicht Gegenstand der Anklage wären und die Untersuchung sich nicht auf sie hätte erstrecken dürfen; denn sie bilden mit der in der Anklage beschriebenen, nach Ort und Zeit konkretisierten schweren Brandstiftung, die der Angekl. zum Zweck der Täuschung der Versicherungen vorgenommen hatte, eine Tat im prozessualen Sinn.

Die Tat als Prozessgegenstand ist nicht nur der in der Anklage umschriebene und dem Angekl. dort zur Last gelegte Geschehensablauf; vielmehr gehört zu ihr das gesamte Verhalten des Angekl., soweit es mit dem durch die Anklage bezeichneten geschichtlichen Vorkommnis nach der Auffassung des Lebens einen einheitlichen Vorgang bildet (vgl. BGHSt 13,320 [321]; 23,141 [145]; 32, 215 [216]). Ausgehend hiervon hat das LG im Ergebnis zu Recht auch den Betrug in seine Untersuchung und Urteilsfindung einbezogen. Zwar ist es fehlerhaft (vgl. BGHSt 11, 398; BGH, NStZ-RR 1998, 235; NStZ 1999, 556; a. A. allerdings Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, 25. Aufl., § 265 Rdnr. 16; Arzt/Weber, StrafR, BT, LH 2 Rdnr. 206: Bewertungseinheit) davon ausgegangen, zwischen der schweren Brandstiftung und dem versuchten Betrug

bestehe Tateinheit, so dass schon deshalb eine einheitliche prozessuale Tat vorliege (st. Rspr., vgl. nur BGHSt 29, 288; 38, 37 [39 f.]; 43,96 [98]). Auch sachlich-rechtlich selbständige Taten können aber prozessual eine Tat i. S. von § 264 StPO sein. Dabei kommt es im Einzelfall darauf an, ob die einzelnen Handlungen nicht nur äußerlich ineinander übergehen, sondern auch innerlich derart unmittelbar miteinander verknüpft sind, dass der Unrechts- und Schuldgehalt der einen Handlung nicht ohne die Umstände, die zu der anderen Handlung geführt haben, richtig gewürdigt werden kann und ihre getrennte Würdigung und Aburteilung in verschiedenen Verfahren einen einheitlichen Lebensvorgang unnatürlich aufspalten würde (BGHSt 29,288 [293]; 35, 14 [17]; 36,151 [154 f.]; 41, 385 [388,390]; 43,96 [99]; 43, 252 [255]). Dies kann nicht unabhängig von den verletzten Strafbestimmungen beurteilt werden, die notwendige innere Verknüpfung der mehreren Beschuldigungen muss sich vielmehr unmittelbar aus den ihnen zugrunde liegenden Handlungen und Ereignissen unter Berücksichtigung ihrer strafrechtlichen Bedeutung ergeben (vgl. nur BGHSt 35, 14 [17]; 41, 292 [297]; 43,96 [98]). Eine zeitliche und räumliche Trennung der Vorgänge hindert nicht, die mehreren Sachverhalte als eine prozessuale Tat aufzufassen. Ist nach diesen Maßstäben ein einheitlicher Vorgang gegeben, so sind die Einzelgeschehnisse, aus denen er sich zusammensetzt, auch insoweit Bestandteil der angeklagten Tat, als sie keine Erwähnung in der Anklage gefunden haben (BGHSt 41, 292 [298]; BGH, NStZ 1995, 46 [47]; NStZ 1996,243 [244]).

Der vom LG festgestellte Sachverhalt weist die erforderliche Verknüpfung des tatbestandsmäßigen Verhaltens des Angekl. auf. Seine Handlungen gingen äußerlich ineinander über, zumal der Versicherungsfall umgehend anzuzeigen war (vgl. § 92 VVG: Anzeigefrist von drei Tagen). Die strafbaren Handlungen des Angekl. sind auch innerlich - strafrechtlich - eng miteinander verknüpft, da der Unrechts- und Schuldgehalt des versuchten Betrugs zum Nachteil der Versicherungen nicht ohne Berücksichtigung der Umstände, unter denen es zum vorgetäuschten Versicherungsfall gekommen ist, beurteilt werden kann. Die Verurteilung wegen Betrugs setzt - in Fällen der hier zu entscheidenden Art - voraus, dass der Versicherer gem. § 61 VVG von seiner Leistungspflicht frei geworden ist. Schon eine solche Feststellung kann in der Regel nicht ohne Untersuchung der Umstände getroffen werden, die zum Inbrandsetzen - etwa durch den Versicherungsnehmer oder dessen Repräsentanten - geführt haben. Vor allem kann aber der Unrechts- und Schuldgehalt des (vollendeten oder versuchten) Betrugs nicht ohne Berücksichtigung dieser Gegebenheiten beurteilt werden; erst Art und Ausmaß der Brandstiftung konstituieren die Schwere des Betrugsvorwurfs.

Der Gesetzgeber des Sechsten Strafrechtsreformgesetzes hat das Bestehen prozessualer Tatidentität bestätigt. Nach dem neuen Recht setzt die zutreffende strafrechtliche Würdigung der Brandstiftungshandlung in den hier in Rede stehenden Fällen notwendigerweise voraus, dass die Prüfung darauf erstreckt wird, ob der Täter seine Absicht, sich Versicherungsleistungen zu verschaffen, umgesetzt und sich auch des Betrugs schuldig gemacht hat. § 265 StGB n. F. ordnet nämlich formelle Subsidiarität für den Fall an, dass "die Tat ... in § 263 mit Strafe bedroht ist". Da unter Tat hier nicht die Tat im materiell-rechtlichen Sinne gemeint sein kann, muss der Begriff prozessual verstanden werden (vgl. Mitsch, ZStW 111, 65 [118]; a. A. wohl Tröndle/Fischer, StGB, 49. Aufl., § 265 Rdnr. 11; Rönnau, JR 1998, 441 [442 Fußn. 17]). Dem entspricht die inhaltliche Umschreibung der in § 265 StGB n. F. angeordneten Subsidiarität durch die Rechtsprechung. Sie liegt vor, wenn die Handlung im weiteren Verlauf des einheitlichen Geschehens verschiedene Stadien durchläuft (BGHSt 44, 91 [95]). Die enge innere Verknüpfung der Handlungen des Täters kommt auch in § 263 III 2 Nr. 5 StGB zum Ausdruck, indem die Vorschrift für das Vortäuschen eines Versicherungsfalls als Regelbeispiel eines besonders schweren Falles des Betrugs einen erhöhten Strafrahmen vorsieht. Gegenstand der Urteilsfindung war daher das im engen sachlichen Zusammenhang mit der Brandlegung stehende, das Vermögen der Versicherungen gefährdende und einen bestimmten historischen abgrenzbaren Lebensvorgang bildende Verhalten des Angekl. (...)

2. Die Überprüfung des angegriffenen Urteils aufgrund der Sachrüge zeigt keinen durchgreifenden Rechtsfehler auf.

a) Die Verurteilung wegen Untreue gem. § 266 StGB in drei Fällen hält revisionsrechtlicher Kontrolle stand. Die Annahme des LG, die Anzahl der Fälle beschränkte sich auf die Zahl der Geschäftsjahre, in denen der Angekl. seine unberechtigten Entnahmen tätigte, beschwert ihn nicht. Das gleiche gilt für die eher pauschale Schilderung der Vorgehensweise des Angekl., die die Art seines Vorgehens in den Vordergrund stellt, sowie die damit verbundene generelle Berechnung der Differenz zwischen Entnahmen und Vergütung. Als Tathandlung des § 266 I StGB kommt zwar nur die einzelne vermögensmindernde Verfügung oder sonstige Verhaltensweise in Betracht (BGHSt 43, 293 [296]); da der Angekl. aber die Privatentnahmen auch der Höhe nach eingeräumt hat, dies zudem mit den Gutachten der gehörten Sachverständigen überein-

stimmt, liegt wegen des eindeutig festgestellten Schuldumfangs kein durchgreifender Rechtsfehler vor.

b) Auch die Verurteilung wegen schwerer Brandstiftung in Tateinheit mit versuchtem Betrug hält im Ergebnis revisionsrechtlicher Prüfung stand.

aa) Allerdings verstößt die gleichzeitige Anwendung des § 306 Nr. 2 StGB a.F. und des § 263 III 2 Nr. 5 StGB n. F. - nach für sich genommen rechtsfehlerfreier Ablehnung minder schwerer Fälle nach § 306 a III StGB n. F. und § 265 II StGB a. F. - gegen den Grundsatz strikter Alternativität (vgl. BGHSt 20, 22 [29 f.]; 24, 94 [97]; 37, 320 [322]; BGH, NJW 1995, 2861; NJW 1997, 951; Tröndle/Fischer, § 2 Rdnr. 9 m. w. Nachw.); in Fällen, in denen die Anwendung alten und neuen Rechts in Betracht kommt, ist ein Gesamtvergleich des früheren und des derzeit geltenden Rechts anzustellen; anzuwenden ist das Recht, das im konkreten Fall mit seinen Besonderheiten die mildeste Beurteilung zulässt (BGHSt 22, 25; BGH, NStZ-RR 1998, 103 [104]; NJW- RR 1998, 105 [106]; TröndIe/Fiscber, § 2 Rdnr. 10 m.w. Nachw.). Dies ist hier das alte Recht, da nach Inkrafttreten des Sechsten Strafrechtreformgesetzes eine besonders schwere Brandstiftung gem. § 306 b II Nr. 2 StGB mit einer Strafuntergrenze von fünf Jahren gegeben ist; diese Bestimmung ist in den Vergleich nach § 2 III StGB einzubeziehen (vgl. zu § 306 b I StGB BGH, NJW 1999, 299 [300]).

Der Grundtatbestand des § 306 a I Nr. 1 StGB ist erfüllt, da der Angekl. vorsätzlich ein nach seiner baulichen Beschaffenheit einheitliches - gemischt genutztes - Gebäude, das auch der Wohnung eines Menschen diente, in Brand gesetzt und - jedenfalls teilweise - zerstört hat. Er handelte auch in der Absicht, eine andere Straftat zu ermöglichen, nämlich den Betrug zum Nachteil der Versicherungen. Zwar wird in der Literatur zum Teil - mit Unterschieden im Detail - die Auffassung vertreten, nach der Vorstellung des Täters müssten die spezifischen Auswirkungen der gemeingefährlichen Situation die Begehung der anderen Tat begünstigen (Tröndle/Fischer, § 306 b Rdnrn. 8 f.; Lackner/Kühl, StGB, 23. Aufl., § 306 b Rdnr. 4; Geppert, Jura 1998, 597; Hecker, GA 1999, 332; Mitsch, ZStW 111, 65 [l14]; vgl. zu § 307 Nr. 2 StGB a. F. BGHSt 38, 309; 40, 251). Dem kann indes nicht gefolgt werden (so auch Radtke, Die Dogmatik der Brandstiftungsdelikte, 1998, S. 332 ff.; ders., ZStW 110, 848 [876 f.]; Stein, in: Dencker/Struensee/Nelles/Stein, Einf. in das 6. StrafrechtsreformG, 1998, 4. Teil Rdnr. 67; Maurach/Schroeder/Maiwald, StrafR, BT, Tb. 2, 8. Aufl., § 51 Rdnr. 30; Krey, StrafR, BT I, 11. Aufl., Rdnr. 765 a; Ellbogen, Jura 1998, 483 [488]; wohl auch Bayer, in: Schlüchter, Bochumer Erläuterungen zum 6. StrafrechtsreformG, § 306 b Rdnr. 4).

Wie der eindeutige Wortlaut und die Anknüpfung auch an den Absatz 2 des § 306 a StGB ergeben, setzt § 306 b II Nr. 2 StGB eine Steigerung und Ausnutzung der brandbedingten Gemeingefahr nicht voraus (Radtke, S. 335). Vielmehr erfordert die Bestimmung nur, dass der Täter bei seiner - in § 306 a StGB näher umschriebenen - Tathandlung des Ziel verfolgt, die Begehung der anderen Straftat, für die ihm die Brandstiftung nicht als notwendiges Mittel erscheinen muss, zumindest zu erleichtern. Der besondere Unwert der schweren Brandstiftung, "um eine andere Straftat zu ermöglichen", liegt darin, dass sie der Begehung kriminellen Unrechts dienen soll. Die erhöhte Verwerflichkeit ergibt sich aus der Bereitschaft, zur Durchsetzung krimineller Ziele ein abstrakt (§ 306 a I StGB) oder konkret (§ 306 a II StGB; vgl. BGH, NStZ 1999, 32 [33]) gefährliches Brandstiftungsdelikt zu begehen, mithin aus der Verknüpfung von Unrecht mit weiterem Unrecht durch den Täter (vgl. Wolters, JR 1998, 271 [274]). Auf diese Verknüpfung zwischen dem Handeln des Brandstifters und den von ihm verfolgten Zweck der Ermöglichung muss sich die Absicht des Täters beziehen; im Hinblick auf den tatbestandlichen Erfolg des Grunddelikts und der Folgetat genügt grundsätzlich dolus eventualis (Tröndle/Fischer, § 306 b Rdnr. 10).

Dies wird durch die ständige Auslegung der §§ 211 und 315 III Nr. 1 b StGB n. F. (§ 315 III Nr. 2 StGB a. F.) bestätigt. Der Wortlaut des § 306 b II Nr. 2 StGB entspricht vollständig diesen Vorschriften; auf deren Auslegung kann daher zurückgegriffen werden. Demgegenüber ist das Merkmal des "Ausnutzens" in § 307 Nr. 2 StGB a.F. entfallen, so dass eine einschränkende Auslegung nicht mehr möglich ist (so auch Stein, Rdnr. 67). Dem entspricht die Gesetzgebungsgeschichte: Der Gesetzentwurf der Bundesregierung verwies für das Verständnis des § 306 a Nr. 2 des Entwurfs auf § 315 III Nr. 2 StGB (a. F.) und begründete die Herabsetzung des Strafrahmens auf fünf Jahre damit, dass die - im weiteren Gesetzgebungsverfahren unverändert gebliebenen - Qualifikationsmerkmale weiter gefasst seien als in § 307 Nr. 2 StGB a. F. (BT-DR 13/8587, S. 49). Auf den Einwand des Bundesrats, die Mindeststrafe sei "unangemessen hoch", zumal der Tatbestand keine minder schweren Fälle vorsehe, hielt die Bundesregierung an ihrem Vorschlag fest, da sie die Wertung des Bundesrates nicht teilte (BT-DR 13/8587, S. 70 [88]). Dies hat sich der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages zu eigen gemacht (vgl. BT-DR 13/9064, S. 22); im Gesetzgebungsverfahren ist die Regelung sodann nicht mehr in Frage gestellt worden. Bei dieser Sachlage vermag der Hinweis auf die hohe Strafdrohung (Tröndle/Fischer, § 306 b Rdnr. 10) - zumal diese gegenüber

§ 307 Nr. 2 StGB a.F. deutlich abgesenkt ist - die geforderte restriktive Auslegung nicht zu tragen. Zudem verlangt die mit dem Sechsten Strafrechtsreformgesetz angestrebte Harmonisierung der Strafrahmen (BT-DR 13/8587, S.18) eine deutliche Anhebung gegenüber der in den §§ 315 III Nr. 1 b, 315 b III StGB vorgesehenen Strafuntergrenzen von einem Jahr, da diese Bestimmungen auch den Fall bloßer Sachgefahren einschließen.

Diese Auslegung des § 306 b II Nr. 2 StGB hat auch Gründe der Systematik für sich. Das Erfordernis eines nahen zeitlichen und räumlichen Zusammenhangs zwischen der Brandsituation und der anderen Straftat (so Tröndle/ Fischer, § 306 b Rdnr. 10; Lackner/Kühl, § 306 b Rdnr. 4 und Geppert, Jura 1998, 597) ließe für die gleichrangig in § 306 b II Nr. 2 StGB vorgesehene Verdeckungsabsicht nur einen außerordenlich schmalen Anwendungsbereich. Das zu § 307 Nr. 2 StGB a.F. vertretene - gegenläufige - systematische Argument, auch § 307 Nr. 1 StGB a. F. verlange einen solchen Zusammenhang (BGHSt 40, 251 [256]), hat keine Bedeutung mehr, weil § 306 c StGB die Voraussetzung eines räumlichen und zeitlichen Zusammenhangs hat entfallen lassen; auf eine entsprechende Einschränkung in § 306 b II Nr. 1 StGB ist bewusst verzichtet worden (BT-DR 13/8587, S. 11 f., 13/9064, S. 22). Die Anwendung des § 306 b II Nr. 2 StGB auf einen Fall wie den hier zu beurteilenden wird auch durch die Neuregelung der §§ 265 und 263 III 2 Nr. 5 StGB nicht ausgeschlossen; ein Vorrang dieser Tatbestände - etwa unter dem Gesichtspunkt der Exklusivität oder einer Gesetzeskonkurrenz - besteht nicht. Die in der vorbeschriebenen Verknüpfung nach Auffassung des Gesetzes liegende besondere Unrechtssteigerung wird nicht durch die §§ 263 III 2 Nr. 5, 265 StGB n.F. abschließend erfasst oder abgegolten. Dagegen spricht schon, dass § 263 III 2 Nr. 5 StGB keinen echten Straftatbestand, sondern nur eine Strafzumessungsgel enthält, die - und das auch nur für den Regelfall - zudem nur einen Strafrahmen von sechs Monaten bis zehn Jahren vorsieht; sie bleibt damit - in Umkehrung der gesetzgeberischen Wertung - noch hinter dem Grundtatbestand des § 306 a StGB zurück. Eine mildere Beurteilung des "Versicherungsbetrugs" bezweckt die Neuregelung ohnehin nicht (BGH, NStZ-RR 1998, 235; NStZ 1999, 32 [33]; NStZ 1999, 243 [244] und BGH, NStZ 1999, 556; a.A. Hecker, GA 1999, 332). Einem im Verhältnis zu diesen gesteigerten Unrecht solcher Handlungen, die eine Gemeingefahr auszulösen vermögen, ist durch Anwendung des jeweils einschlägigen gemeingefährlichen Delikts - hier §§ 306 a I Nr. 1, 306 b II Nr. 2 StGB - Rechnung zu tragen (so BT-DR 1.3/9064, S. 20).

cc) Die knappen Feststellungen zum versuchten Betrug zum Nachteil der Versicherungen gem. §§ 263 I, 22, 23 I StGB lassen keinen durchgreifenden Rechtsfehler erkennen. Dass das LG nicht geprüft hat, ob der Angekl. mehrere Täuschungshandlungen vorgenommen hat (vgl. BGH, NStZ-RR 1998, 234), beschwert ihn nicht. Auch die ungenauen Feststellungen zur Frage, wer Versicherungsnehmer hinsichtlich der verschiedenen Versicherungsverträge war, hat hier nicht die Aufhebung des Urteils zur Folge. Entweder war dies der Angekl. persönlich oder er handelte als (einziger) persönlich haftender Gesellschafter der S-KG; bei Gesamthandsverhältnissen führt bereits die vorsätzliche Herbeiführung des Versicherungsfalls durch einen Gesamthänder zum - vollständigen - Ausschluss der Zahlungspflicht des Versicherten gem. § 61 VVG (BGH, NStZ 1992, 437; NStZ 1996, 295; Tiedemann, in: LK, 11. Aufl., § 265 Rdnr. 29), so dass die in § 263 StGB vorausgesetzte Absicht nicht fraglich ist.

c) Bei der nach allem zutreffenden Anwendung des alten Rechts hat der Angekl. sich der schweren Brandstiftung in Tateinheit mit Versicherungsbetrug sowie des versuchten Betrugs gern. §§ 306 Nr. 2 a. F., 265 I a. F., 263 I, 22, 23 I StGB schuldig gemacht. Auf die von der Revision vertretene Auffassung, dass in Fällen des Übergangsrechts nach Inkrafttreten des Sechsten Strafrechtsreformgesetzes als Ergebnis des gem. § 2 III StGB erforderlichen "Mildevergleichs" entgegen der bisherigen Rechtsprechung (vgl. BGH, NStZ-RR 1998, 235; NStZ 1999, 32 [33]; NStZ 1999, 243 [244]) § 263 III 2 Nr. 5 StGB n. F. jedenfalls dann nicht Anwendung finden kann (vielmehr § 265 StGB n. F. anzuwenden sei), wenn es sich um zwei Taten im prozessualen Sinne handelt, kommt es hier nach allem nicht an. Zum einen bilden die Brandstiftung und der durch sie vorbereitete Betrug zum Nachteil einer Versicherung - wie dargelegt - eine prozessuale Tat; zum anderen wäre die Anwendung des § 263 III 2 Nr. 5 StGB n. F. bei dem gebotenen Gesamtvergleich hier ohnehin (wegen des hinzutretenden § 306 b II Nr. 2 StGB n. F.) ausgeschlossen.(...)

Standort: Öffentliches Recht Problem: Erhebung einer Kampfhundesteuer

BVERWG, ENTSCHEIDUNG VOM 19.01.00 - 11 C 8.99 (PRESSEMITTEILUNG NR. 1 VOM 19.01.2000)

Problemdarstellung:

Das BVerwG bejaht in der vorliegenden Entscheidung die Rechtmäßigkeit eines an den Halter eines sogen. Kampfhundes gerichteten Steuerbescheides und der diesem zugrundeliegenden Hundesteuersatzung, in welcher eine für Kampfhunde im Verhältnis zu sonstigen Hunden wesentlich höhere Steuer vorgesehen war. Dabei hält das Gericht im Gegensatz zu den Vorinstanzen das rückwirkende Inkrafttreten der Satzung ebenso für zulässig wie die Differenzierung zwischen Kampfhunden einerseits und sonstigen Hunden andererseits.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung sollte zum Anlass genommen werden, das Rückwirkungs- und das Willkürverbot zu wiederholen. Einzelheiten dazu finden sich in der nachstehenden Falllösung.

Die Haltung von Kampfhunden hat erhöhte Examensrelevanz durch zahlreiche "Kampf- oder Gefahrhundverordnungen" erhalten, mit denen die Behörden die Haltung solcher Tiere einzuschränken und zu überwachen versuchen. Deren rechtliche Zulässigkeit bzw. die Rechtmäßigkeit ihrer Anwendung waren bereits vielfach Gegenstand von Gerichtsentscheidungen (vgl. z.B. zur GefHuVO NW: OVG NW, NWVBl 1999, 30 f.; ferner die in NVwZ 1999, 322 veröffentlichte Entscheidung des OVG Magdeburg als Vorinstanz in der vorliegenden Sache) und Literaturbeiträgen (z.B. Karst, NVwZ 1999, 268; Hebrank, NVwZ 1999, 244). Auch zeichnet sich die Tendenz ab, dass der Gesetzgeber in naher Zukunft tätig werden und die Haltungsvoraussetzungen für Kampfhunde normieren wird (vgl. nur den Bericht in der FAZ vom 14. 2. 2000)

Leitsätze (der Redaktion):

1. Die Erhebung einer erhöhten Steuer von 720 DM/Jahr für die Haltung von sogen. "Kampfhunden" durch eine kommunale Hundesteuersatzung ist vom Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden gedeckt.

2. Die Erstreckung einer solchen Satzung auf vor ihrem Erlass angeschaffte Kampfhunde verstößt nicht gegen das Rückwirkungsverbot.

Sachverhalt:

Die nordrhein-westfälische Stadt S verabschiedete im Oktober 1999 formell ordnungsgemäß eine Hundesteuersatzung, nach deren § 3 für die Haltung eines Hundes ein Betrag von 90 DM/Jahr zu zahlen war. Für sogen. "Kampfhunde" fielen nach § 4 der Satzung hingegen monatlich 60 DM, mithin 720 DM/Jahr an. Die Hundesteuersatzung definiert Kampfhunde als Hunde, "bei denen nach ihrer besonderen Veranlagung, Erziehung und/oder Charaktereigenschaft die erhöhte Gefahr einer Verletzung von Personen besteht oder von denen eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit ausgehen kann". Zusätzlich nennt die Satzung in einer Liste 12 Hunderassen (darunter Bullterrier), die jedenfalls die Eigenschaft als Kampfhund begründen, ohne dass es auf den Nachweis der zuvor genannten Eigenschaften im Einzelfall ankommt. Die Satzung trat nach ihrem § 1 rückwirkend zum 1.1.1999 in Kraft und erfaßt als Veranlagungszeitraum das jeweilige Kalenderjahr.

Der Kläger K, Einwohner von S, hatte sich bereits im Januar 1999 einen Bullterrier zugelegt. Durch formell ordnungsgemäßen Bescheid wurde er als Halter eines Kampfhundes von der Stadt S zur Zahlung der Hundesteuer 1999 i.H.v. 720 DM herangezogen. Nach erfolglosem Vorverfahren klagt K vor dem VG gegen diesen Bescheid. Er ist der Ansicht, keine Hundesteuer zahlen zu müssen, da er seinen Hund schon vor Erlaß der Satzung angeschafft habe, so dass diese für diesen nicht gelten könne. Im übrigen sei die Erhöhung der Steuer für Kampfhunde auf 720 DM/Jahr willkürlich, so dass er allenfalls die für jeden anderen Hundebesitzer auch anfallenden 90 DM/Jahr entrichten müsse; dies ergebe sich schon daraus, dass Bullterrier im allgemeinen und sein Hund im speziellen nicht gefährlicher seien als alle anderen Hunde. Ganz abgesehen davon komme eine Steuer von 720 DM wegen ihrer Höhe praktisch einem Verbot der Haltung von Kampfhunden gleich, welches die Stadt nicht bzw. nicht durch Satzung regeln dürfe.

Ist die zulässige Anfechtungsklage des K gegen den Hundesteuerbescheid begründet?

Lösung:

Die Anfechtungsklage des K ist begründet, soweit der angegriffene VA rechtswidrig ist und den Kläger in seinen Rechten verletzt, § 113 I 1 VwGO. Mithin kommt es zunächst auf die Rechtswidrigkeit des von K angegriffenen Hundesteuerbescheides an.

A. Ermächtigungsgrundlage

Der von K angegriffene Bescheid stellt mit dem in ihm enthaltenen Zahlungsbefehl eine Belastung dar, die in Grundrechte des K - zumindest in Art. 2 I GG - eingreift; mit der auf dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 III GG basierenden sogen. "Wesentlichkeitstheorie"

des BVerfG ist aber die Regelung aller wesentlichen Maßnahmen, wozu insbesondere grundrechtsrelevante Eingriffe in die Sphäre des Bürgers gehören, dem Gesetzgeber vorbehalten. Der Hundesteuerbescheid bedarf daher wegen dieses "Vorbehalts des Gesetzes" zunächst einer gesetzlichen Grundlage. Diese könnte sich vorliegend aus §§ 1, 4 der kommunalen Hundesteuersatzung ergeben, welche die Behörden zur Erhebung einer Hundesteuer für Kampfhunde ermächtigen.
Als taugliche Ermächtigungsgrundlage kommen diese Vorschriften aber nur in Betracht, wenn sie ihrerseits wirksam sind. Dies setzt wiederum voraus, dass die Satzungsgeberin - die Stadt S - als Verwaltungsträgerin ihrerseits zu deren Erlass gesetzlich ermächtigt ist, und bei der Satzungsgebung die formellen und materiellen Voraussetzungen dieser Ermächtigung eingehalten worden sind..

I. Satzungsermächtigung
Als Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der Hundesteuersatzung insgesamt und damit auch für deren § 4 kommt nur die kommunale Satzungshoheit aus § 7 GO NW in Betracht. Diese umfasst als Ausfluss der kommunalen Selbstverwaltungshoheit aus Art. 28 II GG, Art. 78 I LVerf NW auch das sogen. "Steuerfindungsrecht" der Gemeinden. Das BVerwG formuliert:
"Die Hundesteuer ist eine örtliche Aufwandsteuer, die von den Gemeinden im Rahmen ihres Selbstverwaltungsrechts erhoben werden kann. Bei der Ausgestaltung dieser Steuer steht daher den Gemeinden ein gerichtlich nur begrenzt überprüfbarer Gestaltungsspielraum zu. Es ist seit jeher anerkannt, dass die Gemeinde mit der Hundesteuer auch außerfiskalische Zwecke verfolgen darf, so etwa die allgemeine Eindämmung der Hundehaltung. Auch der mit der so genannten Kampfhundesteuer verfolgte Lenkungszweck ist von der Steuerkompetenz der Gemeinde noch gedeckt. [Zudem] ist die Besteuerung eines Kampfhundes mit monatlich 60 DM - auch im Verhältnis zu den sonstigen Kosten einer Haltung von Kampfhunden - nicht so hoch, dass sie einem Verbot der Kampfhundehaltung im Ergebnis gleichkäme und damit eine unzulässige "erdrosselnde" Wirkung hätte."

II. Formelle Rechtmäßigkeit
Von der formellen Rechtmäßigkeit der Hundesteuersatzung ist nach dem Sachverhalt auszugehen.

III. Materielle Rechtmäßigkeit
Materiell rechtmäßig sind §§ 1, 4 der Hundesteuersatzung, sofern die Vorschriften nicht gegen höherrangiges Recht verstoßen.

1. Rückwirkungsverbot
Die in § 1 der Satzung geregelte Anwendung der Satzung auf alle am 1.1.1999 von den Einwohnern gehaltenen Hunde - also auch die vor diesem Zeitpunkt angeschafften - könnte gegen das Rückwirkungsverbot verstoßen.

a. Herleitung
Das Rückwirkungsverbot ist z.T. in speziellen Vorschriften normiert (vgl. Art. 103 II GG), folgt im übrigen aber schon aus dem Gebot der Rechtssicherheit, welches sich seinerseits unmittelbar auf das in Art. 20 III GG enthaltene Rechtsstaatsprinzip zurückführen lässt. Teilweise wird das Rückwirkungsverbot auch aus den Grundrechten abgeleitet; jedenfalls ist es verfassungsrechtlich verankert und damit im Verhältnis zur Satzung "höherrangiges Recht".

b. Umfang
Hinsichtlich des Umfangs des Rückwirkungsverbots ist nach dem 1. Senat des BVerfG zunächst zwischen der "echten" und der "unechten" Rückwirkung (mit den Begriffen des 2. Senats des BVerfG [E 72, 200, 241] zwischen der "Rückbewirkung von Rechtsfolgen" und der "tatbestandlichen Rückanknüpfung") zu unterscheiden:
aa. Die "echte" Rückwirkung belegt einen *bereits abgeschlossenen* Sachverhalt rückwirkend mit anderen Rechtsfolgen, was wegen des schützenswerten Vertrauens auf den Fortbestand eines bereits abgeschlossenen Sachverhalts grundsätzlich unzulässig ist. Lediglich dann, wenn ein solches Vertrauen nicht gebildet worden ist (z.B. bei unklarer Gesetzeslage oder der Ersetzung einer unwirksamen durch eine wirksame Norm) oder im Einzelfall übergeordneten Interessen nachstehen muss (z.B. Staatsnotstand), kann auch die "echte" Rückwirkung zulässig sein.
bb. Demgegenüber knüpft die "unechte" Rückwirkung an einen in der Vergangenheit begonnenen, aber *noch nicht abgeschlossenen* Tatbestand an. Die bloße Erwartung, an einem unter bestimmten Umständen begonnenen, aber noch andauernden Sachverhalt werde sich auch in Zukunft nichts ändern, ist zunächst nicht schützenswert, weshalb die "unechte" Rückwirkung grundsätzlich auch im Lichte der Rechtssicherheit unbedenklich ist. Aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls kann aber auch die "unechte" Rückwirkung unzulässig sein, z.B. dann, wenn die Rückwirkungsentscheidung willkürlich getroffen worden ist oder eine unbillige Härte für die Betroffenen darstellt.

c. Subsumtion
aa. Nach Ansicht des BFH (vgl. BFH, BStBl. II 1983, 259, 265) knüpft die Steuerpflicht an eine Vielzahl von Einzeltatbeständen an (z.B. bzgl. der Einkommensteuer jeder einzelne Erwerbsvorgang). Der BFH stuft es daher als (unzulässige) echte Rückwirkung ein, wenn an eine abgeschlossene, die Steuerpflicht auslösende Handlung nachträglich - wenn auch innerhalb des Ver-

anlagungszeitraums - eine steuerliche Belastung geknüpft wird. Nach dieser Ansicht wäre die steuerliche Belastung eines vor dem 1.7.1999, also vor dem Erlass der Satzung angeschafften Hundes unzulässig, auch wenn der Hund erst 1999, also innerhalb des Veranlagungszeitraumes angeschafft worden ist.

bb. Das BVerfG (E 72, 200, 252) verweist hingegen darauf, dass die Steuerschuld erst (und insgesamt) mit Abschluss des Veranlagungszeitraums fällig wird. Der Tatbestand "Hundesteuer 1999" ist danach erst mit Ablauf des Jahres 1999 abgeschlossen, so dass noch 1999 vorgenommene Veränderungen lediglich eine (zulässige) unechte Rückwirkung darstellen.

cc. Für die Ansicht des BVerfG spricht, dass es dem Gesetzgeber möglich bleiben muss, auf veränderte soziale Gegebenheiten zu reagieren. Zudem kann auch die grundsätzliche Zulässigkeit der unechten Rückwirkung durch Willkürverbot und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zur Vermeidung ungewollter Härten eingeschränkt werden, so dass der Bürger nicht gänzlich schutzlos ist.

dd. Danach ist hier von einer grundsätzlich zulässigen unechten Rückwirkung (bzw. "tatbestandlichen Rückanknüpfung") auszugehen. Für eine willkürliche Rückwirkungsentscheidung oder besondere Härten gerade für Hundebesitzer, die ihren Hund 1999 erworben haben, ist auch nichts ersichtlich, so dass das Rückwirkungsverbot der Wirksamkeit der Satzung nicht entgegensteht.

[Anm.: Dieser Ansicht hat sich auch das BVerwG angeschlossen, welches die Rückwirkungsproblematik - auf der Grundlage des Originalsachverhalts angemessen - in der Pressemitteilung nur in einem Nebensatz erwähnt. Das OVG Magdeburg (NVwZ 1999, 321) hatte als Vorinstanz gleichwohl einen Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot bejaht; diese Entscheidung sollte jedoch mit Vorsicht genossen werden, da dort zwar zunächst eine "unechte" Rückwirkung festgestellt wird, diese dann allerdings fälschlich mit der "Rückbewirkung von Rechtsfolgen" (richtig: tatbestandliche Rückanknüpfung) gleichgesetzt und im Folgenden auch an den Kriterien der "echten" Rückwirkung gemessen wird.]

2. Willkürverbot

Die in der Hundesteuersatzung vorgenommene Differenzierung zwischen Kampfhunden einerseits und sonstigen Hunden andererseits könnte jedoch willkürlich sein und damit gegen das in Art. 3 I GG enthaltene Gleichheitsgebot verstoßen. Dies setzt voraus, dass wesentlich Gleiches willkürlich ungleich oder wesentlich Ungleiches willkürlich gleich behandelt worden ist.

a. Wesentlich Gleiches ungleich

Mit der unterschiedlichen Höhe der Steuer für Kampfhunde liegt eine Ungleichbehandlung vor. Diese betrifft, da es sich beim Anknüpfungspunkt für die Steuererhebung jeweils um Hundehaltung handelt, auch einen im wesentlichen gleichen Sachverhalt.

b. Sachlicher Grund

Willkürlich wäre die vorgenommene Differenzierung jedoch nur dann, wenn kein sachlicher Grund zu ihrer Rechtfertigung vorläge. Das BVerwG sieht diesen jedoch in der abstrakten Gefährlichkeit von Kampfhunden:

"Die bloße Zugehörigkeit eines Hundes zu einer dieser Rassen mag zwar für sich gesehen noch nicht zu dessen akuter Gefährlichkeit führen, weil das aggressive Verhalten eines individuellen Hundes stets von mehreren Faktoren abhängen wird, wie seiner Veranlagung, seiner Aufzucht und den Verhaltensweisen seines Halters. Auf der anderen Seite sind bei den sog. Kampfhunderassen gezielt solche Eigenschaften gezüchtet worden, die die Kampfkraft erhöhen. Dieser Sachverhalt reicht für eine dem Gleichheitssatz entsprechende Differenzierung aus. Denn es ist nicht willkürlich, wenn eine Gemeinde durch eine erhöhte Steuer darauf Einfluss nehmen will, dass die Verbreitung von Hunden möglichst eingedämmt wird, deren Züchtungspotential für aggressives und gefährliches Verhalten besonders geeignet ist. Wegen dieser "abstrakten" Gefährlichkeit kommt es nicht darauf an, ob ein einzelnes Exemplar nach den Umständen auch als harmlos eingestuft werden kann. Hinzu kommt, dass bei anderen, von Natur aus ebenfalls abstrakt gefährlichen Rassen eine durch jahrzehntelange Erfahrung - auch der Halter und Züchter - begründete höhere Akzeptanz in der Bevölkerung angenommen werden kann. Dass auch Hunde anderer Rassen im Einzelfall gefährlich sein können, hat die Stadt rechtsfehlerfrei dadurch berücksichtigt, dass sie dann nach der Generalklausel der erhöhten Steuer unterliegen."

Mithin verstößt die erhöhte Steuer für Kampfhunde auch nicht gegen das Willkürverbot.

3. Verhältnismäßigkeit

Schließlich könnte die Steuer der Höhe nach unverhältnismäßig sein und damit gegen den ebenfalls im Rechtsstaatsprinzip verankerten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstoßen. Verhältnismäßig ist eine Maßnahme dann, wenn sie zur Erreichung eines legitimen Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen ist.

Der legitime Zweck liegt in der von der Stadt S verfolgten Eindämmung der Ausbreitung von Kampfhunden zum Schutz vor dem von diesen ausgehenden Gefährdungspotential.

Eine höhere Steuer wird die Haltung solcher Hunde für viele Einwohner finanziell so unattraktiv machen, dass diese auf die Anschaffung eines solchen Hundes

verzichten werden, so dass sie zur Zweckerreichung auch geeignet ist.
Mildere, gleich effektive Mittel zur Zweckerreichung sind auch nicht ersichtlich; insbesondere wäre ein generelles Verbot der Haltung solcher Hunde nicht milder, eine geringere Steuer nicht gleich effektiv. Aus diesem Grund war die Regelung auch erforderlich.
Berücksichtigt man schließlich, dass einerseits die Möglichkeit der Hundehaltung erhalten bleibt, die Höhe der Steuer auch für den Durchschnittsbürger zumindest nicht völlig unerschwinglich ist und andererseits, dass die von Kampfhunden bzw. deren unsachgemäßer Haltung ausgehenden Gefahren erfahrungsgemäß erheblich sind, erscheint die hier getroffene Regelung auch nicht unangemessen. Dies gilt umso mehr, als - wie oben erwähnt - dem Satzungsgeber ein gewisser richterlich nicht überprüfbarer Ermessensspielraum zuzubilligen ist.
Mithin ist auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt. Die Hundesteuersatzung ist damit insgesamt wirksam, so dass deren §§ 1, 4 als Ermächtigungsgrundlage für den angegriffenen Bescheid dienen können.

B. Formelle Rechtmäßigkeit
Von der formellen Rechtmäßigkeit des Bescheids ist nach dem Sachverhalt auszugehen.

C. Materielle Rechtmäßigkeit
In materieller Hinsicht müsste der Tatbestand der Ermächtigungsgrundlage erfüllt und die richtige Rechtsfolge gewählt worden sein.

I. Tatbestand
a. Tatbestandlich müsste K Halter zunächst eines "Kampfhundes" i.S. des § 4 der Satzung sein, was angesichts der Tatsache, dass er einen Bullterrier hält und diese Rasse laut Satzung explizit unter den Begriff des Kampfhundes fällt, ohne dass es auf die konkrete Gefährlichkeit des jeweiligen Tieres ankäme, der Fall ist.
b. Ferner müsste er diesen Hund 1999 für 11 Monate gehalten haben, da er für diesen Zeitraum zur Steuer herangezogen worden ist. K hat den Hund im Februar erworben und bis Jahresende gehalten, so dass auch diese Voraussetzung gegeben ist.
c. Schließlich kann zur Unbedenklichkeit des Bescheids mit Blick auf das Rückwirkungs- und Willkürverbot sowie den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auf das oben zur Satzung Gesagte verwiesen werden; diese stehen der materiellen Rechtmäßigkeit des Bescheids folglich ebensowenig entgegen wie der materiellen Rechtmäßigkeit der Satzung, auf dessen Grundlage er ergangen ist.

II. Rechtsfolge
Auf Rechtsfolgenseite sieht die Satzung eine Steuer i.H.v. 720 DM/Jahr vor; diese ist vorliegend auch erhoben worden, so dass sich die von der Behörde getroffene Rechtsfolge im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung hielt.

Ergebnis: Mithin ist der angegriffene Bescheid nicht rechtswidrig, sondern rechtmäßig; die Anfechtungsklage des K ist folglich unbegründet.

Standort: Maklerrecht — Problem: Vertragsabschluss durch Dritten

OLG FRANKFURT A.M., URTEIL VOM 3. 8. 99
- 17 U 123 / 96 (MDR 2000, 24)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Rechtsstreit hatte das Gericht die Frage zu klären, ob eine Maklerprovision schon dann erworben ist, wenn zwar nicht der Maklervertragspartner die nachgewiesene Gelegenheit zum Vertragsabschluss wahrnimmt, aber in vorheriger Absprache dessen Bruder. Das Gericht führt aus, dass zwar ein Makler grundsätzlich keine Provision verdient hat, wenn er mit dem späteren Vertragsgegner (Käufer oder Mieter) überhaupt nicht verhandelt hat, sondern dieser durch Mitteilungen eines Erstinteressenten zum Vertragsschluss motiviert worden ist, welchem der Makler das Objekt nachgewiesen hatte. Jedoch ist für den hier fraglichen Fall eine Ausnahme zu machen, insbesondere aufgrund der verwandtschaftlichen Verbindung zwischen dem Erstinteressenten und dem späteren Vertragsgegner. Bei Konstellationen wie diesen, nämlich gemeinsames Auftreten der Brüder vor dem Makler und dem späteren Verpächter sowie bei bewußtem Verschweigen, welcher von beiden der eigentliche Interessent ist, ist anzunehmen, dass der Makler auf den Erstinteressenten und dadurch zugleich auf den späteren Vertragsgegner selbst durch Vermittlung oder Nachweis eingewirkt hat, was den Provisionsanspruch auslöst.

Prüfungsrelevanz:

Maklerrecht gem. §§ 652 ff. BGB, 93 ff. HGB wird in der universitären Ausbildung nur marginal oder sogar überhaupt nicht behandelt. Dadurch wird dem Justizprüfungsamt durch Stellen einer Maklerrechtsklausur die Möglichkeit gegeben, den Examenskandidaten dahingehend zu prüfen, ob er in der Lage ist, in kurzer

Zeit sich einen fremden Vertragstyp allein anhand des Gesetzestextes zu erschließen.

Die Maklerprovision gem. § 652 I BGB ist ein Erfolgshonorar, d.h. der Lohn steht dem Makler i.d.R. nur zu, wenn zwischen seinem Auftraggeber und dem nachgewiesenen bzw. vermittelten Dritten der anvisierte Vertrag tatsächlich wirksam zustande kommt. Die Gefahr des Nichtzustandekommens trägt damit der Makler. Eine Ausnahme von diesem Erfordernis persönlicher Kongruenz bei dem vermittelten bzw. nachgewiesenen Vertrag gilt nach den Grundsätzen von Treu und Glauben gem. § 242 BGB, wenn eine andere Person anstelle des Auftraggebers den Vertrag abschließt und den Auftraggeber in Hinblick auf eine enge Beziehung zum späteren Erwerber die Berufung auf die Personenverschiedenheit versagt werden muss. Derartige enge Beziehungen sind von der höchstrichterlichen Rechtsprechung bei gesellschaftsrechtlichen Verhältnissen (z.B. GmbH - Geschäftsführer) und bei familiären Beziehungen (z.B. Ehegatten, Lebenspartner) anerkannt worden (vgl. OLG Dresden, MDR 2000, 25).

Leitsatz:

Strebt der Kunde unter Ausnutzung der Maklerleistung von vornherein - sei es auch ohne Wissen des Maklers - den Vertragsabschluß durch einen Dritten an, schuldet er bei aus seiner Sicht planmäßigem Zustandekommen des Hauptvertrages die vereinbarte Provision.

Sachverhalt:

Die Klägerin verlangte von dem Beklagten die Zahlung einer Provision für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Restaurant-Pachtvertrages.

Auf eine Anzeige der Klägerin hatte sich der Beklagte gemeldet. Es fand mit einem Vertreter der Klägerin und dem Beklagten sowie dessen Bruder eine Besichtigung des Objekts statt. Anschließend bekundete der Beklagte sein Interesse und trat in Verhandlungen mit dem Verpächter. Der Pachtvertrag wurde - wie von vornherein beabsichtigt - zwischen dem Verpächter und dem Bruder des Beklagten geschlossen.

Hat die Klage auf Zahlung der Maklerprovision Aussicht auf Erfolg?

Lösung:

Anspruch der Kl. auf Zahlung der Maklerprovision gem. § 652 I BGB

Die Kl. könnte gegen den Bekl. einen Anspruch auf Zahlung der Maklerprovision gem. § 652 I BGB haben.

[Anm.: Die handelsrechtlichen Vorschriften zum Maklerrecht gem. §§ 93 ff. HGB finden keine Anwendung, da gem. § 93 II HGB allein die Vorschriften für den Zivilmakler bei Vermittlung bzw. Nachweis von Geschäften über unbewegliche Sachen einschlägig sind.]

I. Abschluss eines gültigen Maklervertrages

Zwischen den Parteien muss ein Maklervertrag abgeschlossen worden sein. Dabei kann bei gewerblichen Maklern auch konkludent der Vertragsabschluss erzielt werden. Dafür ist bei jedem der Beteiligten ein Verhalten erforderlich, das den auf Abschluss eines Maklervertrages gerichteten Willen eindeutig erkennen lässt. Ausreichend ist, dass der andere Maklerdienste entgegennimmt und dabei weiß oder wissen muss, dass der Makler hierfür eine Vergütung von ihm verlangen wird.

Auf eine Anzeige der Kl. hin hatte sich der Bekl. auf der Suche nach einem geeigneten Pachtobjekt gemeldet und an einem Besichtigungstermin mit einem Vertreter der Kl. teilgenommen. Damit kam zumindest konkludent ein Maklervertrag zwischen den Beteiligten zustande.

Die Tatsache, dass der Bruder des Bekl. stets mit anwesend war, ist für den Vertragsabschluss zwischen Kl. und Bekl. irrelevant. Das Gericht führt dazu aus:

"Es ist davon auszugehen, daß der Beklagte mit der Klägerin nicht nur in eigenem Namen, sondern auch im eigenen Interesse einen Maklervertrag abschloß."

Gründe, die an der Wirksamkeit dieses Maklervertrages Zweifel aufkommen lassen könnten, sind nicht ersichtlich.

II. Erbringung der Maklerleistung

Auf der Grundlage dieses Vertrages müsste die Kl. nunmehr Maklerleistungen gegenüber dem Bekl. erbracht haben. Ein Makler ist Nachweis- oder Vermittlungsmakler oder beides. Welche Art von Maklerleistung im Einzelfall geschuldet wird, ist ggf. durch Auslegung des Vertrages zu ermitteln. Dabei besteht der Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrages in einer Mitteilung des Maklers an seinen Auftraggeber, durch die dieser in die Lage versetzt wird, in konkrete Verhandlungen über den von ihm angestrebten Hauptvertrag einzutreten.

Die Kl. ist im vorliegenden Fall als Nachweismaklerin tätig geworden. Auf ihre Veranlassung hin fand ein Besichtigungstermin für das Pachtobjekt statt, anlässlich dessen der Bekl. sein Interesse an dem Objekt bekundete und konkrete Vertragsverhandlungen mit dem Verpächter aufnahm.

III. Rechtsgültiges Zustandekommen des avisierten Vertrages

Gem. § 652 I BGB muss zur Entstehung des Maklerlohnanspruchs zwischen dem Auftraggeber und dem nachgewiesenen bzw. vermittelten Dritten der anvi-

sierte Vertrag zustande kommen. Dabei darf der aufgrund des Nachweises oder der Vermittlung abgeschlossene Vertrag von dem nach dem Maklerauftrag beabsichtigten in inhaltlicher und persönlicher Hinsicht nicht wesentlich abweichen (sachliche und personelle Kongruenz). Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Fall insofern problematisch, da nicht der Bekl. als Maklervertragspartner, sondern sein Bruder die nachgewiesene Pachtmöglichkeit wahrgenommen hat. Jedoch ist an dieser Stelle eine Ausnahme vom Erfordernis der persönliche Identität zu machen, wie das Gericht ausführt:

"Zwar hat ein Makler grundsätzlich keine Provision verdient, wenn er mit dem Vertragsgegner (Käufer oder Mieter) überhaupt nicht verhandelt hat, sondern dieser durch - im Verhältnis zum Makler vertragswidrige - Mitteilungen eines Erstinteressenten zum Vertragsschluß motiviert worden ist, welchem der Makler aufgrund Maklervertrages das Objekt nachgewiesen hatte. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung wird wegen der besonderen Umstände eine Ausnahme von diesem Grundsatz nur dann zugelassen, wenn zwischen dem Vorinteressenten und dem späteren Vertragsgegner besonders enge persönliche, familiäre Beziehungen bestanden; in diesen Fällen wird angenommen, daß der Makler auf den Erstinteressenten und hierdurch zugleich auf den Vertragsgegner selbst (Käufer oder Mieter) durch Vermittlung oder Nachweis eingewirkt hat (vgl. BGH, Urt. v. 2.6.1976 - IV ZR 101/75, NJW 1976, 1844; BGH v. 12.10.1983 - IVa ZR 36/82, MDR 19841 208 = NJW 1984, 358; BGH, Urt. v. 10. 10. 1990 - IV ZR 280/89, MDR 1991, 418 NJW 1991, 490; Palandt/Sprau, BGB, 58. Aufl. 1999, § 652 Rz. 31; Dehner, NJW 1997, 18, 21). Eine solche feste familienrechtliebe Bindung ist im Verhältnis zwischen Lebenspartnern, Eheleuten sowie Vater und Sohn angenommen worden. Sie ist nach Auffassung des Gerichts auch für das Verhältnis zwischen Brüdern anzunehmen, jedenfalls bei einer Konstellation wie im vorliegenden Falle, nämlich gemeinsamem Auftreten beider Brüder sowohl gegenüber dem Makler, dem Vermieter als auch dem Vorpächter unter bewußtem Verschweigen, welcher von beiden tatsächlich der Mietinteressent ist."

IV. Kausalzusammenhang zwischen Maklerleistung und Vertragsabschluss

Die vom Makler entfaltete Nachweis- oder Vermittlungstätigkeit muss für den Abschluss des Hauptvertrages zumindest mitursächlich geworden sein. Beim Nachweismakler ist dazu erforderlich, dass dieser durch seine Leistung dem Auftraggeber den Anstoß gegeben hat, sich konkret um den Vertragsabschluss über das in Rede stehende Objekt zu bemühen und dass sich der erzielte Vertragsabschluss bei wertender Betrachtung als Verwirklichung der durch den Nachweis geschaffenen Gelegenheit darstellt. Das Gericht führt dazu aus:

"Die Klägerin hat durch den gegenüber dem Beklagten geführten Nachweis des Pachtobjekts jedenfalls mittelbar auch auf die Entschließung des Bruders des Beklagten zur Anmietung eingewirkt, so daß ihre Nachweistätigkeit gegenüber dem Beklagten auch für den tatsächlichen Vertragsabschluss mit dessen Bruder ursächlich war."

V. Kenntnis von der Maklertätigkeit

Der Auftraggeber muss grundsätzlich von der entfalteten Maklertätigkeit vor oder spätestens bei Abschluss des Hauptvertrages Kenntnis erlangt haben. An dem Besichtigungstermin für das Objekt nahm neben dem Bruder, dessen Entschluss zur Pacht aufgrund dieser Maklertätigkeit vornehmlich geweckt wurde, auch der Bekl. persönlich teil. Folglich wusste er um die vorgenommene Nachweistätigkeit der der Kl.

Ergebnis:

Die Kl. hat gegen den Bekl. einen Anspruch auf Zahlung der Maklerprovision gem. § 652 I BGB.

Standort: Strafrecht Problem: Abnötigen einer PIN-Nummer als Erpressung

BGH, URTEIL VOM 1. 9. 1999 - 2 STR 94/99
(NSTZ 2000, 29)

Problemdarstellung:

Die Angeklagten hatten ihr Opfer, dem sie zuvor eine vermeintliche ec-Karte gestohlen hatten, aufgesucht, um die zugehörige persönliche Geheimnummer aus ihm "herauszuprügeln". Die drei Täter haben dabei so schwere Misshandlungen vorgenommen, dass das Opfer an deren Folgen gestorben ist. Der BGH hatte sich in seiner Revisionsentscheidung in erster Linie mit den Fragen der Zurechenbarkeit von Verletzungshandlungen und des Konkurrenzverhältnis von erfolgsqualifizierten Delikten mit Todesfolge und einem nachfolgenden Totschlag durch Unterlassen zu befassen. Der der Entscheidung zugrunde liegende Sachverhalt enthält jedoch zahlreiche prüfungsrelevante Problemkonstellationen, die sich hervorragend als Grundlage für eine Examensklausur eignen. Insoweit liegt die zentrale rechtliche Problematik in der - vom BGH nicht explizit angesprochenen - Frage, ob das Abnötigen der zu einer ec-Karte gehörenden persönlichen Geheimnummer

den Tatbestand der Erpressung verwirklicht. Ferner bietet der Sachverhalt Anlass auf die Themenbereiche "erfolgsqualifizierter Versuch", "Begriff des gefährlichen Werkzeugs im Rahmen des § 250 StGB", "Freiwilligkeit des Rücktritts" und "Mittäterexzess" einzugehen.

Prüfungsrelevanz:

Die Prüfungsrelevanz der angesprochenen Themenkomplexe ist als erheblich einzustufen. Insbesondere die Problematik des Abnötigens der persönlichen Geheimnummer bietet sich als Gegenstand einer Examensklausur an, da sie Ausführungen zu den grundsätzlichen Voraussetzungen des zentralen Erpressungstatbestandes erforderlich macht. Eine lesenswerte Einführung in diese Problematik bietet Hecker, Die Strafbarkeit des Ablistens oder Abnötigens der persönlichen Geheimnummer, JA 1998, 300 ff..

Hinzuweisen ist auf eine weitere prüfungsrelevante Entscheidung zum Bereich "Raub und Erpressung":

Das LG Gera hat sich in einer in NJW 2000, 159 veröffentlichen Entscheidung mit dem Gewaltbegriff beim räuberischen Diebstahl (§ 252 StGB) beschäftigt und ist zu der Ansicht gelangt, dass "wegen des hohen Strafniveaus und zur Wahrung der normativen Äquivalenz mit dem anderen Nötigungsmittel "Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben" im Rahmen des Verbrechenstatbestandes des Räuberischen Diebstahls ein restriktiver Gewaltbegriff zugrunde zu legen ist und als Gewalt nur körperbezogene Eingriffe von einigem Gewicht anzuerkennen sind". Der Angeklagte, der einen ihn verfolgenden Kaufhausdetektiv wegstieß, um sich im Besitz einer zuvor erbeuteten Flasche Whisky zu erhalten, hat nach Ansicht des LG Gera keine Gewalt i.S. des § 252 StGB verübt, "weil es sich bei dem Stoß mit den Händen, der nur unerheblich auf den Körper des Opfers einwirkte, lediglich um eine ganz vorübergehende und geringfügige körperliche Beeinträchtigung handelte". Die Entscheidung des LG Gera verdient auch insofern Beachtung, als sie das Standardproblem der "Vollendung der Wegnahme trotz Beobachtung" anspricht.

Leitsatz (der Redaktion):

Zur Frage, ob das Abnötigen der persönlichen Geheimzahl den Tatbestand der (versuchten) Erpressung verwirklicht.

Sachverhalt:

Die Angeklagten G und W begleiteten den ihnen flüchtig bekannten, schwer betrunkenen V in das von ihm als Schlafstätte benutzte Abrisshaus, nahmen ihm zunächst seine Brieftasche weg und schlugen und traten ihn dann aus Ärger über eine von ihm angeblich begangene Vergewaltigung. Nachdem sie in der Wohnung des Angekl. G gemeinsam mit dem Mitangekl. O die Brieftasche des Tatopfers durchsucht und eine von ihnen fälschlich als Codekarte angesehene Kundenkarte einer Bank entdeckt hatten, kehrten sie zu dritt zu V zurück, um diesen zur Preisgabe der Geheimnummer zu der vermeintlichen Codekarte zu zwingen. Zunächst versetzte der Angekl. W ihm einige Faustschläge, sodann misshandelten die beiden anderen Angeklagten das Tatopfer weiter. Da das Tatopfer nur verschiedene Nummern nannte, bei denen es sich ersichtlich nicht um die PIN-Nummer handeln konnte, drehte der Angekl. O aus Wut und Verärgerung den V auf den Bauch, packte ihn an den Haaren und stieß seinen Kopf mehrfach mit Wucht auf den Holzfußboden, während ihm der Angekl. G mit Springerstiefeln, die er nur zu diesem Zweck angezogen hatte, auf den Rücken sprang. Während dieser Misshandlungen, in deren Folge V zu Tode kam, hatte W die Mitangeklagten zum Aufhören aufgefordert, "weil das Tatopfer die Geheimnummer sowieso nicht sagen werde".

G, W und O hatten bei Vornahme der Misshandlungen darauf vertraut, dass V nicht sterben werde; als sie ihn allerdings in dem Haus zurück ließen, ohne ihnen mögliche lebenserhaltende Hilfeleistungen vorzunehmen, hatten sich die Angeklagten mit dem Tod des Opfers abgefunden.

Strafbarkeit von G, W und O?

Bearbeitervermerk: Das Verhalten von G und W beim ersten "Besuch" bei V ist nicht zu prüfen!

Lösung:

1. Teil: Strafbarkeit von G und O

A. Strafbarkeit wegen mittäterschaftlich begangener versuchter schwerer räuberischer Erpressung gem. §§ 253, 255, 250 II Nr. 1, 3 a und b; 22, 23 I, 25 II StGB durch die Schläge und Tritte

I. Vorprüfung

V hat durch das Verhalten von G und O keine Vermögenseinbußen erlitten, so dass die Tat nicht vollendet ist. Gem. §§ 255, 250 II, 12 I, 23 I StGB ist der Versuch der schweren räuberischen Erpressung mit Strafe bedroht.

II. Tatentschluß

1. Qualifiziertes Nötigungsmittel

G und O wollten den V zur Preisgabe der PIN-Nummer zwingen. Indem O den Kopf des V mehrfach mit Wucht auf den Holzfußboden stieß und G ihm währenddessen mit Springerstiefeln in den Rücken sprang, haben sie vorsätzlich Gewalt verübt. Sie handelten dabei aufgrund eines gemeinsamen Tatplans und in der

Vorstellung von einem arbeitsteiligen Zusammenwirken, mithin mit einem gemeinschaftlichen Tatentschluss (§ 25 II StGB).

2. Abgenötigtes Opferverhalten

Sie müssten auch mit Tatentschluss hinsichtlich einer Handlung, Duldung oder Unterlassung des V gehandelt haben. G und O wollten den V zur Preisgabe der Geheimnummer der vermeintlichen Codekarte zwingen. Dass es sich tatsächlich lediglich um eine Kundenkarte handelte, V die geforderte Handlung objektiv also gar nicht vornehmen konnte, schadet aufgrund der grundsätzlichen Strafbarkeit des untauglichen Versuchs nicht. Fraglich ist jedoch, ob die - nach der Vorstellung der Täter mögliche - Preisgabe der PIN-Nummer den an das abgenötigte Opferverhalten zu stellenden Anforderungen genügen würde.

a) Rechtsprechung

Nach Ansicht der Rechtsprechung reicht in Anlehnung an § 240 StGB insoweit jedwedes Handeln, Dulden oder Unterlassen, insbesondere auch die nicht von einem freien Willen getragene duldende Preisgabe oder sonstige Mitwirkung des Opfers an der Vermögensschädigung, zur Tatbestandverwirklichung aus (vgl. etwa BGH, NStZ 1999, 350 = RA 1999, S. 393; RA 1999, S. 585). Die von G und O vorgestellte Preisgabe der persönlichen Geheimzahl stellt nach Ansicht der Rechtsprechung damit eine taugliche Opfermitwirkung dar.

b) Literatur

Nach der in der Literatur vorherrschenden Ansicht muss das Handeln, Dulden oder Unterlassen i.S. der §§ 253 I, 255 StGB hingegen die Qualität einer Vermögensverfügung besitzen (vgl. nur Küper, BT, S. 368). Danach erfordert die Anwendbarkeit der Erpressungstatbestände insbesondere eine willentliches Opferverhalten, welches bei Anwendung von vis absoluta ausgeschlossen ist. Welche Anforderungen im Übrigen an den Begriff der Vermögensverfügung zu stellen sind, ist im Rahmen der Literaturansicht allerdings umstritten.

aa) Vermögensverfügung i.S. des § 263 I StGB

Überwiegend wird der Begriff der Vermögensverfügung im Rahmen der §§ 253, 255 StGB genauso wie beim Betrug (§ 263 StGB) definiert: Vermögensverfügung ist danach jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen, welches sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt. An der erforderlichen Unmittelbarkeit der vermögensmindernden Wirkung fehlt es, wenn das Opfer durch sein Verhalten dem Täter lediglich die Möglichkeit eröffnet, einen schädigenden Angriff vorzunehmen. Durch das Offenbaren der persönlichen Geheimnummer wird dem Täter lediglich die Möglichkeit verschafft, an einem Bankomaten auf das fremde Konto eigenmächtig zuzugreifen. Insoweit fehlt es also an der erforderlichen Unmittelbarkeit (vgl. Hecker, JA 1998, 300 f.).

Demnach kann die Preisgabe der PIN nur dann als Vermögensverfügung angesehen werden, wenn schon die bloße Preisgabe eine Vermögensminderung in Form der konkreten Vermögensgefährdung darstellt. Eine hinreichend konkrete Vermögensgefährdung kann indessen nur angenommen werden, wenn das Vermögen aufgrund des bevorstehenden Eintritts einer realen Einbuße - bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise - bereits gemindert erscheint (vgl. Schönke/Schröder/Cramer, § 263, Rn. 143 ff.). Die bloße Kenntnis eines Dritten von der Geheimnummer begründet auch dann, wenn sich der Dritte im Besitz der Karte befindet, für sich betrachtet noch keine wirtschaftliche Verschlechterung der Vermögenslage, sondern eröffnet dem Täter lediglich eine faktische Zugriffsmöglichkeit (vgl. Hecker, JA 1998, 301).

Die Offenbarung der persönlichen Geheimzahl stellt danach keine Vermögensverfügung dar.

bb) Erpressungsspezifischer Verfügungsbegriff

Nach einer anderen Literaturansicht ist ein erpressungspezifischer Verfügungsbegriff zu bilden. Im Gegensatz zu § 263 StGB sei auf das Erfordernis der Unmittelbarkeit der vermögensmindernden Wirkung zu verzichten, da der entscheidende Gesichtspunkt in dem Bewusstein des Opfers liege, dass der Täter auf seine Mitwirkung angewiesen sei und dem Genötigten insofern eine “Schlüsselstellung” zukommt (vgl. Küper, BT, S. 376 m.w.N.). G und O haben erkannt, dass V sich Einfluss auf den Deliktserfolg zuschreibt, da die Tat ohne die Preisgabe der PIN-Nummer nicht vollendet werden kann. Nach dieser Ansicht liegt daher Tatentschluss hinsichtlich einer Vermögensverfügung vor.

cc) Stellungnahme

Der BGH nimmt in der vorliegenden Entscheidung zum Problem des abgenötigten Opferverhaltens zwar keine Stellung, doch ergibt sich aus den übrigen Ausführungen, dass das Gericht von einer Erpressungssituation ausgeht. Nach Ansicht des BGH liegt daher Tatentschluss hinsichtlich eines abgenötigten Opferverhaltens vor.

3. Vermögensschaden

G und O haben sich vorgestellt, mit der vermeintlichen Codekarte samt der erzwungenen PIN-Nummer Bargeldabhebungen vom Konto des V vorzunehmen und diesem so einen Vermögensschaden zuzufügen.

4. Bereicherungsabsicht

Sie handelten auch jeweils mit der erforderlichen Ab-

sicht, sich oder einem Dritten einen stoffgleichen Vermögensvorteil zu verschaffen.

5. Qualifkationsmerkmale (§ 250 StGB)

a) Verwenden eines gefährlichen Werkzeugs (§ 250 II Nr. 1 StGB)

Als G dem V vorsätzlich mit seinen Springerstiefeln auf den Rücken sprang, könnte er mit Tatentschluss hinsichtlich der Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs (§ 250 II Nr. 1 StGB) gehandelt haben. Nach der Rechtsprechung des BGH ist der Begriff des gefährlichen Werkzeugs jedenfalls im Rahmen von § 250 II Nr. 1 StGB - entsprechend der gesetzgeberischen Intention - in Anlehnung an § 224 I Nr. 2 StGB zu definieren (vgl. nur die Nachweise bei Boetticher/Sander, NStZ 1999, 292 f.). Danach ist gefährliches Werkzeug jeder bewegliche Gegenstand, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und konkreten Art der Verwendung geeignet ist, erhebliche Verletzungen hervorzurufen. Dem hält die Literatur entgegen, dass der Charakter von § 250 II Nr. 1 StGB als Qualifikation zu § 250 I Nr. 1 a StGB, der an das bloße Beisichführen anknüpft, nicht zum Ausdruck komme, wenn sich die Gefährlichkeit des Werkzeugs auch aus der konkreten Art der Verwendung ergeben könne. In der Literatur wird daher auch im Rahmen von Absatz 2 der Begriff des gefährlichen Werkzeugs nach der abstrakten Gefährlichkeit des Gegenstandes bzw. der konkreten Gebrauchsabsicht des Täters bestimmt (vgl. RA 1999, S. 270).

Als G dem V mit den absichtlich zu diesem Zweck getragenen Springerstiefeln auf den Rücken sprang, hat er nach allen Ansichten mit Tatentschluss hinsichtlich der Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs gehandelt. Es ist davon auszugehen, das dieses Verhalten vom gemeinsamen Tatplan umfasst war und daher auch dem O zuzurechnen ist.

b) Körperlich schwere Misshandlung (§ 250 II Nr. 3 a StGB)

Eine körperlich schwere Misshandlung liegt vor, wenn die körperliche Intergrität des Opfers mit erheblichen Folgen für die Gesundheit oder in einer Weise, die mit erheblichen Schmerzen verbunden ist, beeinträchtigt ist (BGH, NStZ 1998, 461). Die beabsichtigten schweren Schläge und Tritte auf den Rücken genügen diesen Anforderungen (vgl. BGH, a.a.O.), so dass G und O auch im Hinblick auf § 250 II Nr. 3 a StGB mit Tatentschluss gehandelt haben.

c) Herbeiführung einer konkrete Todesgefahr (§ 250 II Nr. 3 b StGB)

Der Versuch des § 250 II Nr. 3 b StGB erfordert Vorsatz (!) im Hinblick auf den Eintritt einer konkreten Todesgefahr; es handelt sich nicht um ein erfolgsqualifiziertes Delikt (vgl. Joecks, § 250, Rn. 27). Da G und O bei Vornahme der Misshandlungen darauf vertraut haben, dass V nicht sterben werde, ist zu ihren Gunsten davon auszugehen, dass sie auch ohne den entsprechenden Gefährdungsvorsatz gehandelt haben.

III. Unmittelbares Ansetzen

Indem G und O auf den V eingeschlagen und ihn getreten haben, haben sie das qualifizierte Nötigungsmittel i.S. der §§ 253, 255 StGB vorgenommen und damit unmittelbar zur Verwirklichung der schweren räuberischen Erpressung angesetzt.

IV. Rechtswidrigkeit und Schuld

Ihr Verhalten war auch rechtswidrig und schuldhaft.

V. Ergebnis

G und O haben sich wegen versuchter schwerer räuberischer Erpressung gem. §§ 253, 255, 250 II Nr. 1, 3 a, 22, 23 I, 25 II StGB strafbar gemacht. Die vom Tatentschluss mit umfassten Qualifikationsmerkmale des § 250 I StGB treten im Wege der Gesetzeskonkurrenz hinter § 250 II StGB zurück.

B. Strafbarkeit wegen versuchter räuberischer Erpressung mit Todesfolge gem. §§ 253, 255, 22, 23 I, 251, 25 II StGB durch die Schläge und Tritte

I. Tatbestand

1. Versuch des Grunddeliktes

Über den Verweis in § 255 StGB "gleich einem Räuber" kommt als Grunddelikt zu § 251 auch die von G und O mittäterschaftlich verwirklichte versuchte räuberische Erpressung in Betracht.

2. Eintritt der besonderen Folge

Der Tod des V ist eingetreten.

3. Kausalität und spezifischer Gefahrzusammenhang

Die Schläge und Tritte waren auch ursächlich i.S. der Äquivalenztheorie für den Tod des V. Darüber hinaus ist allerdings erforderlich, dass sich im Eintritt der besonderen Folge die spezifische Gefährlichkeit des Grunddeliktes realisiert hat. Das ist jedenfalls dann der Fall, wenn die Gewaltanwendung "unmittelbar" zum Tod des Opfers geführt hat; auf die Vollendung des Grundtatbestandes kommt es insoweit nicht an (sog. erfolgsqualifizierter Versuch; vgl. Joecks, § 251, Rn. 4 ff. i.V.m. § 18, Rn. 6). Der BGH führt dazu aus, dass eine Eskalation der Gewalttätigkeiten aus Wut und Enttäuschung bei einem Misslingen der Erpressung von vornherein so nahelag, dass die dadurch eingetretenen tödlichen Verletzungen des Todesopfers als tatbestandstypische Folge i. S. von § 251 StGB in Be-

tracht kommen.
V ist gerade infolge der schweren Misshandlungen gestorben, so dass der erforderliche Unmittelbarkeitszusammenhang gegeben ist.

4. Leichtfertigkeit
Jeder der Beteiligten muss den Todeserfolg in seiner Person wenigstens leichtfertig verwirklicht haben (§ 18 StGB). Nach h.M. ist insoweit erforderlich, dass der objektive Sorgfaltsmangel und die objektive Vorhersehbarkeit das Urteil grober Fahrlässigkeit rechtfertigen. Einem einsichtigen und besonnenen Dritten hätte es sich geradezu aufgedrängt, dass das wuchtige Stoßen des Kopfes auf den Holzfußboden und das mehrfache Springen mit schweren Stiefeln auf den Rücken des Opfers, den Tod des Opfers herbeiführen wird. Das Handeln sowohl von G als auch von O ist daher als objektiv leichtfertig zu bewerten.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld
Ihr Verhalten war auch rechtswidrig und schuldhaft, insbesondere auch subjektiv leichtfertig.

III. Ergebnis
G und O haben sich wegen mittäterschaftlich begangener versuchter räuberischer Erpressung mit Todesfolge strafbar gemacht.

C. Strafbarkeit wegen mittäterschaftlich begangenen erpresserischen Menschenraubes mit Todesfolge gem. §§ 239 a I, 1. Fall, III, 25 II StGB durch die Schläge und Tritte
Eine Strafbarkeit wegen erpresserischen Menschenraubes scheidet aufgrund der erforderlichen Einschränkung der Norm im Zwei-Personen-Verhältnis (vgl. nur BGH, NStZ 1999, 509 = RA 1999, S. 583) hingegen aus. Die die Bemächtigungslage begründenden Schläge und Tritte sollten nicht zu weiteren Erpressungshandlung ausgenutzt werden, sondern dienten zugleich unmittelbar der beabsichtigten schweren räuberischen Erpressung.

D. Mitverwirklichte Delikte
Die mitverwirklichten Delikte der Nötigung (§ 240 StGB), Freiheitsberaubung mit Todesfolge (§ 239 I, IV StGB), Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB), Aussetzung mit Todesfolge (§ 221 I Nr. 1, III StGB) und der fahrlässigen Tötung (§ 222 StGB) treten im Wege der Gesetzeskonkurrenz hinter der versuchten schweren räuberischen Erpressung mit Todesfolge zurück.

E. Strafbarkeit wegen Totschlags durch Unterlassen gem. §§ 212 I, 13 I StGB
Indem sie den V nach den Misshandlungen im Haus zurückließen, ohne die ihnen möglichen lebenserhaltenden Maßnahmen vorzunehmen, könnten sich G und O jeweils wegen Totschlags durch Unterlassen gem. §§ 212 I, 13 I StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand
Der Taterfolg ist durch die Nichtvornahme der möglichen und gebotenen Rettungshandlungen eingetreten. G und O haben durch ihre jeweiligen Tathandlungen pflichtwidrig und rechtswidrig die Todesgefahr geschaffen und damit eine rechtliche Erfolgsabwendungspflicht aus dem Gesichtspunkt der sog. Ingerenz. Sie haben sich auch mit für möglich gehaltenen Todeseintritt abgefunden und daher mit dolus eventualis gehandelt. Der Tatbestand ist damit verwirklicht.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld
Das Verhalten war auch rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis
G und O haben sich jeweils wegen Totschlags durch Unterlassen gem. §§ 212 I, 13 I StGB strafbar gemacht.

2. Teil: Strafbarkeit des W

A. Strafbarkeit wegen mittäterschaftlich begangener versuchter schwerer räuberischer Erpressung gem. §§ 253, 255, 250 II Nr. 1, 3 a; 22, 23 I, 25 II StGB durch die Faustschläge

I. Vorprüfung
Die Tat ist nicht vollendet (s.o.) und der Versuch der schweren räuberischen Erpressung ist mit Strafe bedroht.

II. Tatentschluss
Fraglich ist, ob sich W, der lediglich zu Beginn des Geschehens dem V einige Faustschläge versetzte und später G und O zum "Aufhören" aufforderte, an den weiteren schweren Misshandlungen durch G und O als Mittäter gem. § 25 II StGB beteiligen wollte oder ob es sich beim weiteren Tatgeschehen um einen ihm nicht zurechenbaren Exzess der Mitangeklagten handelt. Der BGH führt dazu aus:
"Das LG ist davon ausgegangen, daß der Angekl. W nur zu Beginn, nicht jedoch an den sich im Verlauf des Geschehens steigernden schweren Mißhandlungen des Tatopfers durch die Angeklagten G und O beteiligt war und sie auch nicht gebilligt hat. Sie seien ihm als Exzeß der Mitangeklagten nicht zuzurechnen. Bei diesen Ausführungen hat das LG nicht bedacht, daß die Angeklagten von vornherein vorhatten, die Geheimnummer aus dem Tatopfer "herauszuprügeln", der Angekl. W schon zuvor das Tatopfer geschlagen und ihm blutende Verletzungen zugefügt, der Angekl. G es fest

in die Rippen getreten und nunmehr sogar Springerstiefel angezogen hatte. Massive Gewalthandlungen zur Durchsetzung des Erpressungsziels lagen danach im gemeinsamen Tatplan der Angeklagten. In diesem Zusammenhang wäre zu würdigen gewesen, daß der Angekl W erst im Verlauf des Geschehens, bei dem das Tatopfer schon mehrfach mit dem Kopf auf den Boden geschlagen worden war, die Mitangeklagten zum Aufhören aufforderte, weil das Tatopfer die Geheimnummer sowieso nicht sagen werde. Daß der Angekl. nur zu Beginn selbst gewalttätig war, läßt seine Beteiligung an späteren Verletzungshandlungen, die nach seiner Vorstellung noch zur Durchführung des Tatplans dienten oder mit denen nach den Umständen zu rechnen war, nicht entfallen."
W handelte daher mit Tatentschluss hinsichtlich einer mittäterschaftlichen schweren räuberischen Erpressung.

III. Unmittelbares Ansetzen
G und O haben durch ihr Verhalten unmittelbar zur schweren räuberischen Erpressung angesetzt (s.o.). Nach der sog. Gesamtlösung ist ihr Verhalten dem W gem. § 25 II StGB zuzurechnen, so dass selbst dann ein unmittelbares Ansetzen anzunehmen ist, wenn man davon ausgeht, dass W mit seinen Faustschlägen noch nicht die Versuchsschwelle überschritten hat.

IV. Rechtswidrigkeit und Schuld
Das Verhalten des W war auch rechtswidrig und schuldhaft.

V. Rücktritt (§ 24 II StGB)
Durch die Aufforderung, G und O mögen mit den Misshandlungen aufhören, könnte W allerdings gem. § 24 II 2, 1. Fall StGB zurückgetreten sein. Dazu müßte er sich freiwillig und ernsthaft bemüht haben, die Vollendung der Tat zu verhindern, wenn sie ohne sein Zutun nicht vollendet wird. Unabhängig von der Frage, ob das Verhalten des W als "ernsthaftes Bemühen" angesehen werden kann, scheitert ein Rücktritt, wenn W nicht aus autonomen, sondern aus heteronomen Motiven und damit unfreiwillig gehandelt hat. W hat G und O nur deshalb zum Aufhören aufgefordert, weil er ein weiteres Vorgehen für sinnlos hielt. Daher war sein Verhalten durch die äußere Sachlage motiviert und somit unfreiwillig (nach a.A. ist der Versuch bei Sinnlosigkeit des Weiterhandelns fehlgeschlagen; vgl. Lackner/Kühl, § 24, Rn. 12).

VI. Ergebnis
W hat sich wegen mittäterschaftlich begangener versuchter schwerer räuberischer Erpressung strafbar gemacht.

B. Weitere Strafbarkeit des W
Auch an den sonstigen von G und O durch aktives Tun verwirklichten Delikten hat sich W im Wege der Mittäterschaft beteiligt. Insbesondere kann auch ihm hinsichtlich des Eintritts der Todesfolge leichtfertiges Handeln zur Last gelegt werden.
Schließlich hat W durch seine Faustschläge pflichtwidrig und rechtswidrig die nahe Todesgefahr geschaffen, so dass er ebenfalls eine Ingerenzgarantenstellung innehat und sich durch das Zurücklassen des V wegen Totschlags durch Unterlassen strafbar gemacht hat.

3. Teil: Gesamtergebnis
G, O und W haben sich wegen mittäterschaftlich begangener versuchter räuberischer Erpressung mit Todesfolge (§§ 253, 255, 22, 23 I, 251, 25 II StGB) in Tateinheit mit Totschlag durch Unterlassen (§§ 212, 13 I StGB) strafbar gemacht. Die versuchte schwere räuberische Erpressung nach §§ 253, 255, 250 II Nr. 1, 3 a; 22, 23 I, 25 II StGB tritt im Wege der Gesetzeskonkurrenz hinter der versuchten räuberischen Erpressung mit Todesfolge zurück.