Öffentliches Recht

Standort: Art. 12 GG — Problem: Singularzulassung vor dem OLG

BVERFG, URTEIL VOM 13.12.2000
1 BVR 335/97 (NJW 2001, 353)

Problemdarstellung:

Das BVerfG hatte im Rahmen der Verfassungsbeschwerde (Vb.) eines Rechtsanwalts darüber zu entscheiden, ob die sogen. "Singularzulassung" in § 25 BRAO verfassungsgemäß ist. § 25 BRAO verbietet die Zulassung eines bei einem OLG zugelassenen Rechtsanwalts bei einem anderen Gericht. Gleichzeitig werden andere Rechtsanwälte, die nicht bei diesem OLG zugelassen sind, von der forensischen Tätigkeit bei diesem OLG in Verfahren mit Anwaltszwang ausgeschlossen.

Das BVerfG kommt zu dem Ergebnis, dass diese Regelung mit Art. 12 GG unvereinbar sei. Nach kurzer Feststellung, dass in den Schutzbereich des Grundrechts in Form einer Berufsausübungsregelung eingegriffen werde, prüft das Gericht ausführlich die verfassungsrechtliche Rechtfertigung dieses Eingriffs, insbes. seine Verhältnismäßigkeit. Nach Ansicht des Senats ist die Singularzulassung bereits nicht erforderlich, um den angestrebten legitimen Zweck (Sicherung des sogen. "Vier-Augen-Prinzips" und damit eine Verbesserung der Rechtsberatung) zu erreichen. Das BVerfG führt dabei aus, dass z.B. das Gebot eines Anwaltswechsels als milderes, gleich effektives Mittel zur Zweckerreichung genügt hätte, ohne einen Rechtsanwalt pauschal und für alle Fälle vom Zugang zu einer Instanz auszuschließen.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung ist zu Art. 12 GG ergangen, einem der für das Examen wichtigsten Grundrechte. Die sichere Beherrschung der hierzu vom BVerfG entwikkelten sogen. "Drei-Stufen-Theorie" (grundlegend: Apotheken-Urteil, BVerfGE 7, 377; ferner Pieroth/Schlink, Gundrechte, Rz. 846 m.w.N.) ist unabdingbare Voraussetzung für den Examenserfolg in diesem Bereich und das Verständnis der vorliegenden Entscheidung. Deren Prüfungsrelevanz wird zudem durch die Aktualität des Themas weiter gesteigert. So hat der Gesetzgeber selbst die Beschränkung der anwaltlichen Postulationsfähigkeit auf ein Landgericht durch Änderung des § 78 ZPO beseitigt. Nach Ablauf der Übergangszeit am 1.1.2000 ist es zudem mittlerweile auch allen Anwälten aus den alten Bundesländern gestattet, in den neuen Bundesländern im Zivilprozess uneingeschränkt aufzutreten (die hiergegen - und gegen den gleichwohl fortbestehenden Gebührenabschlag von 10% für Anwälte in den neuen Ländern - gerichteten Vb. hat das BVerfG (RA 2000, 468 = NJW 2000, 1939) zurückgewiesen).

In einem Gutachten wäre i.Ü. neben Art. 12 GG noch Art. 3 I GG zu prüfen gewesen, dessen Prüfung das BVerfG angesichts der bereits festgestellten Verletzung von Art. 12 I GG für entbehrlich hielt. Zudem dürfte die Examensarbeit nicht bzw. nur in seltenen Fällen der Ort sein, um - wie das BVerfG im vorliegenden Fall - Übergangsfristen einzuführen und unter Verweis auf selbige die Vb. gegen den Einzelakt zurückzuweisen. In aller Regel teilen Verwaltungs- und Gerichtsentscheidungen das rechtliche Schicksal der ihr zugrunde liegenden Normen und sind daher mit diesen aufzuheben.

Leitsatz:

Die Regelung über die Singularzulassung von Rechtsanwälten bei den Oberlandesgerichten in § 25 BRAO ist mit Art. 12 I GG unvereinbar.

Sachverhalt:

Mit seiner Verfassungsbeschwerde (Vb.) wandte sich der Bf., ein in NRW seit mehr als fünf Jahren niedergelassener Rechtsanwalt und Notar, dagegen, dass er gem. § 25 der BRAO nicht zugleich beim OLG Hamm zugelassen werden kann, weil die Ausnahmeregelung des § 226 II BRAO nicht für Nordrhein-Westfalen gilt. Der Bf. beantragte im Jahre 1995 beim Präsidenten des OLG Hamm simultane Zulassung bei dem OLG, nachdem er mehr als fünf Jahre als Rechtsanwalt tätig gewesen war. Der gegen den ablehnenden Bescheid gerichtete Antrag auf gerichtliche Entscheidung blieb vor dem AnwGH des Landes Nordrhein-Westfalen ohne Erfolg. Ebenso wie der AnwGH sah der diesen bestätigende BGH in seinem Beschluss vom 18. 11. 1996 (NJW-RR 1997, 1559) in der vom Bf. angegriffenen Regelung des § 25 BRAO keinen die Berufsfreiheit unverhältnismäßig einschränkenden Eingriff des Gesetzgebers. Die Berufsausübungsregelung sei verfassungskonform (unter Hinweis auf BVerfG, NJW 1994, 184). Die Singularzulassung diene dem Gemeinwohl insofern, als der Prozessstoff nach Abschluss der ersten Instanz für das Rechtsmittelverfahren durch einen neuen Prozessbevollmächtigten unbeeinflusst ge-

sichtet und beurteilt werde ("Vier-Augen-Prinzip"). Trotz der Ausnahmen in § 226 II BRAO verstoße das Gesetz auch nicht gegen Art. 3 I GG.

Mit seiner Vb. rügte der Bf. die Verletzung von Art. 12 I und von Art. 3 I GG durch die ihn belastenden Entscheidungen des Präsidenten des OLG Hamm, des AnwGH und des BGH sowie durch die ihnen zu Grunde liegenden §§ 25, 226 BRAO. Das BVerfG gab der Vb. gegen die Norm, wegen der notwendigen Übergangsfrist nicht aber gegen die Einzelakte statt.

Gründe:

Die Verfassungsbeschwerde ist im Wesentlichen begründet. Die in § 25 BRAO angeordnete Singularzulassung ist mit Art. 12 I GG unvereinbar. Einer Prüfung auch am Maßstab des Art. 3 I GG bedarf es daher nicht. Zurückzuweisen ist die Verfassungsbeschwerde, soweit sie sich gegen die angegriffenen Entscheidungen richtet, weil in einer Übergangszeit das bisher geltende Recht auf den Bf. weiter anwendbar ist.

I. Die angegriffenen Entscheidungen und die ihnen zu Grunde liegende Regelung beeinträchtigen die Berufsausübung des Bf. Ihm wird ein Teil der beruflichen Betätigung verschlossen, die Rechtsanwälten in anderen Bundesländern generell eröffnet und die unter anderem in Nordrhein-Westfalen den beim OLG zugelassenen Rechtsanwälten vorbehalten ist. § 25 BRAO verbietet die Zulassung eines bei einem OLG zugelassenen Rechtsanwalts bei einem anderen Gericht. In Verbindung mit § 78 I und II ZPO wird damit die Postulationsfähigkeit des bei einem OLG zugelassenen Rechtsanwalts im Zivilprozess auf Prozesse beschränkt, die bei diesem OLG geführt werden. Gleichzeitig werden andere Rechtsanwälte, die - wie der Bf. - nicht bei diesem OLG zugelassen sind, von der forensischen Tätigkeit bei diesem OLG in Verfahren mit Anwaltszwang ausgeschlossen.

Solche gesetzlichen Regelungen der Berufsausübung sind nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG zulässig, wenn sie durch hinreichende Gründe des gemeinen Wohls gerechtfertigt sind, wenn das gewählte Mittel zur Erreichung des verfolgten Zwecks geeignet und auch erforderlich ist und wenn bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt ist (BVerfGE 93, 362, 369; 85, 248, 259). Je empfindlicher die Berufsausübenden in ihrer Berufsfreiheit beeinträchtigt werden, desto stärker müssen die Interessen des Gemeinwohls sein, denen die Regelung zu dienen bestimmt ist (vgl. BVerfGE 30, 292, 316; st. Rspr.). Die angegriffene Regelung genügt diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht.

1. Das Institut der Singularzulassung ist ursprünglich auf eine Vielzahl von Gemeinwohlbelangen gestützt worden. Dazu zählten die Rechtstradition und eine Entsprechung dieses Instituts auch im System der Zivilprozessordnung (vgl. BR-DR 258/52, S. 23, 25 f.) sowie die Vorteile für die Rechtspflege durch eine bessere Erreichbarkeit der postulationsberechtigten Anwälte und durch die Erleichterung einer vertrauensvollen Zusammenarbeit zwischen Gericht und örtlich niedergelassener Anwaltschaft. Mit den letztgenannten Gründen hatte der Gesetzgeber auch § 78 ZPO a.F. während seiner Geltungsdauer gerechtfertigt: Die auf das Gericht der Zulassung erster Instanz beschränkte Postulationsfähigkeit sollte der zügigen Durchführung der Zivilprozesse, der Förderung der vertrauensvollen Zusammenarbeit von Gericht und Anwaltschaft und der Verbesserung der anwaltlichen Beratung durch Kenntnis örtlicher Gepflogenheiten dienen. Diese Belange hat der Gesetzgeber jedoch im Zuge der Reform des anwaltlichen Berufsrechts selbst nicht mehr für tragfähig erachtet, um eine Beschränkung der Postulationsfähigkeit vor den Landgerichten zu rechtfertigen (vgl. hierzu BVerfGE 93, 362, 370 unter Bezugnahme auf BT-DR 12/7868).

a) Nachteile, die sich aus der Wahrnehmung auswärtiger, Termine durch Anwälte für die Gerichtsbarkeit ergeben könnten, hat der Gesetzgeber angesichts des technischen Fortschritts als nicht mehr erheblich angesehen. Die gestiegene Mobilität als Folge einer verbesserten Verkehrsinfrastruktur sowie die Existenz von modernen Telekommunikationsmitteln (bspw. Handys, Faxgeräte, Laptops) und die Möglichkeit, per E-Mail auch umfangreiche Schriftsätze jederzeit an die Kanzlei und zunehmend auch an Gerichte befördern zu können, leisten Gewähr für eine Erreichbarkeit des Anwalts, solange ihm die Festlegung eines Kanzleisitzes am Ort der Zulassung vorgeschrieben bleibt. Die Abstimmung von Terminen wurde in allen anderen Gerichtsbarkeiten und in Strafsachen schon bisher und inzwischen auch bei den Amts- und Landgerichten in Zivilsachen ohne ortsgebundene Anwaltschaft bewältigt. Bei den Oberlandesgerichten gibt es keine Besonderheiten, die insoweit fortbestehende Gemeinwohlbelange belegen könnten. Die Häufigkeit von Reisen zu auswärtigen Terminen wird davon abhängen, wie wichtig für Mandant oder Rechtsanwalt die persönliche Wahrnehmung eines Termins ist, welche Verantwortung der Anwalt im konkreten Fall übernommen hat und inwieweit er unterschiedliche Aufgaben miteinander vereinbaren kann (vgl. BT-DR 12/4993, S. 42 f.). Auch mit simultan bei den Oberlandesgerichten zugelassenen Rechtsanwälten können Termine sachgerecht und zügig abgestimmt werden.

b) Auch von dem Ziel einer auf persönlichem Kontakt beruhenden vertrauensvollen Zusammenarbeit von Richtern und Anwaltschaft als einem Belang der Rechtspflege hat sich der Gesetzgeber in der Zivilgerichtsbarkeit für die Amts- und Landgerichte verabschiedet (BT-DR 12/4993, S. 43). Es ist nicht ersichtlich, dass dieser Gesichtspunkt als tragender Grund für die Singularzulassung bei den Oberlandesgerichten

aufrechterhalten worden ist.

c) Als Gemeinwohlbelang zur Rechtfertigung der Singularzulassung bei den Oberlandesgerichten kann auch nicht die Spezialisierung der dort tätigen Anwaltschaft herangezogen werden. Das gilt sowohl für die Spezialisierung in einzelnen Fachbereichen (bb) als auch für die vertiefte Kenntnis der Rechtsprechung eines bestimmten Gerichts (aa). Das Gewicht der genannten Gemeinwohlbelange ist in diesem Zusammenhang so geschwunden, dass sie zur Rechtfertigung der Singularzulassung bei den Oberlandesgerichten nicht mehr ins Feld geführt werden können. Sie beruhten historisch auf Voraussetzungen und Rahmenbedingungen, die entfallen sind. Zudem hat der Gesetzgeber mit der veränderten Ausgestaltung der Prozessordnungen und des Berufsrechts der Anwälte zu erkennen gegeben, dass diese Gesichtspunkte nicht mehr tragfähig sind.

aa) Zwar kann die Kenntnis der Rechtsprechung eines bestimmten Gerichts und eventueller örtlicher Besonderheiten dem Mandanten zugute kommen; in berufungsfähigen Rechtsstreitigkeiten sind solche Kenntnisse aber nicht erst vor dem BerGer., sondern schon in erster Instanz insofern von erheblichem Nutzen, als hierdurch die Durchführung eines Berufungsverfahrens vermieden werden kann. Solche Umstände wären überdies für die Verwaltungsgerichtsbarkeit, in der die zweite Instanz regelmäßig abschließend über Landesrecht befindet, von größerer Bedeutung als für die Zivilgerichtsbarkeit. Dort aber wurde die Postulationsfähigkeit in Berufungsverfahren nie auf einen kleinen Kreis zugelassener Rechtsanwälte beschränkt.

bb) Die Spezialisierung der Anwaltschaft ist inzwischen außerhalb des Bereichs der Singularzulassungen mit Unterstützung des Gesetzgebers (vgl. nur §§ 59 a, 59 b II Nr. 2 u. § 59 c BRAO) weit verbreitet. Soweit sich zuvor schon bei einigen Oberlandesgerichten frühzeitig eine spezialisierte Anwaltschaft herausgebildet hatte, war dies nicht Folge der Singularzulassung. Eine Spezialisierung an den Oberlandesgerichten setzt zunächst eine entsprechend ausdifferenzierte Geschäftsverteilung im jeweiligen OLG voraus, die sich nur bei großen Oberlandesgerichten findet. Die vom Präsidenten des OLG Hamm vorgetragenen Gesichtspunkte treffen insoweit beispielsweise für Braunschweig, Oldenburg, Rostock oder Zweibrücken nicht in gleicher Weise zu. Vor allem aber setzt die Spezialisierung regelmäßig voraus, dass Anwälte in größeren Kanzleien arbeitsteilig und daher spezialisiert arbeiten können. Solche Kanzleien haben sich infolge von Änderungen im anwaltlichen Berufsrecht inzwischen in weitaus größerem Umfang gebildet, als es bei In-Kraft-Treten der BRAO im Jahre 1959 vorstellbar gewesen ist. Anwälte schließen sich in unterschiedlichen Rechtsformen zusammen und werden orts- und länderübergreifend tätig unter Beteiligung von singular und simultan zugelassenen Rechtsanwälten sowie von Angehörigen sonstiger Berufsgruppen. Diese Entwicklung macht deutlich, dass die Spezialisierung zum Fachanwalt oder auf sonstige nachgefragte Teilgebiete des Rechts vielfach schon bei der Beratung und Vertretung der Mandanten in erster Instanz erwartet wird und nicht erst als Folge singularer Zulassung beim OLG in Erscheinung tritt.

2. Als einzige und auch vom Gesetzgeber noch als relevant eingeschätzte Gemeinwohlbelange verbleiben nach allem die qualitative Verbesserung der forensischen Rechtsberatung und die durch das Vier-Augen-Prinzip ermöglichte unabhängige Erfolgseinschätzung für die Berufung. Dieses Prinzip und die hiermit verbundenen Erwartungen vermögen jedoch den Eingriff in die Berufsfreiheit der Rechtsanwälte nicht zu rechtfertigen.

a) Es ist bereits nicht deutlich erkennbar, dass der Gesetzgeber die Singularzulassung noch als ein geeignetes und erforderliches Mittel zur Verbesserung der Rechtspflege ansieht.

aa) Zwar spricht viel dafür, dass der Gesetzgeber von 1959 auf der Grundlage der damals vorhandenen Erkenntnisquellen die Singularzulassung für besonders geeignet gehalten hat, um durch das Vier-Augen-Prinzip eine qualitativ hochstehende Rechtspflege zu gewährleisten. Das Prinzip der Singularzulassung war vor dem 2. Weltkrieg in der überwiegenden Zahl der OLG-Bezirke praktiziertes Recht und konnte dem Gesetzgeber in Verbindung mit den starken lokalen Beschränkungen der Postulationsfähigkeit in erster Instanz durch § 78 ZPO als tatsächlich bewährtes Prinzip erscheinen. Entscheidungen der Oberlandesgerichte wurden seltener veröffentlicht, so dass sich die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte tendenziell stärker voneinander unterschieden haben dürfte. Überdies waren die Sozietäten klein; überörtliche Sozietäten waren nicht gestattet. Die Anwaltsdichte war geringer. Die Rechtsanwälte waren viel weniger spezialisiert; es gab so gut wie keine Fachanwälte und keine verlautbarte Schwerpunktbildung. Erfahrungen mit der Arbeits-, Finanz-, Sozial- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, bei denen von vornherein auf Beschränkungen der Postulationsfähigkeit verzichtet worden war, lagen erst in geringem Maße vor.

bb) Es ist allerdings zweifelhaft, ob der Gesetzgeber 1994 seine Einschätzung unter Berücksichtigung der Veränderungen der tatsächlichen Verhältnisse beibehalten hat. Schon im Jahr 1972 zeigte die zügige und bereitwillige Erstreckung der Simultanzulassung auf Baden-Württemberg und Bayern, dass dem Gesetzgeber nach den gewonnenen Erfahrungen Belange der Rechtspflege nicht gefährdet schienen, wenn durch eine Rechtsänderung Wettbewerbsverzerrungen in der Anwaltschaft beseitigt werden konnten. Jedenfalls lassen sich aus der Gesetzgebungsgeschichte vor der Zulassung der Mischsozietäten im Jahr 1994 Zweifel dar-

an ablesen, dass die Singularzulassung weiterhin zur Erreichung der beabsichtigten Zwecke für geeignet gehalten wurde.

Bei den Vorarbeiten zur BRAO 1959 hatte der Gesetzgeber noch ein Verbot solcher Sozietäten als flankierende Maßnahme zum Erhalt des Vier-Augen-Prinzips für unverzichtbar gehalten. Zwar konnte ein solches Verbot letztlich nicht durchgesetzt werden; die überörtliche Sozietät wurde jedoch bis Ende der Achtziger Jahre als nicht zulässig angesehen (vgl. BGHZ 108, 290). […] Erst 1994 reagierte der Gesetzgeber mit § 59 a BRAO auf die tatsächlichen Veränderungen und die ihnen folgende Rechtsprechung des BGH. Zugleich gab er die Verknüpfung von Postulationsfähigkeit und berufsrechtlicher Lokalisation für die Zivilprozesse vor den Land- und Familiengerichten bundesweit für die Zukunft auf (§ 78 ZPO i. d. F. des Art. 3 Nr. 1 BRNOG). Nicht zuletzt deshalb ist gelegentlich der Beratungen zu dieser Gesetzesnovelle bezweifelt worden, dass das Vier-Augen-Prinzip das System der Singularzulassung voraussetze.

cc) Überdies hatte der Gesetzgeber in Art. 1 des Ersten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes zur Durchführung der Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 22. 3. 1977 zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte vom 14. 3. 1990 (BGBl I, 479; im Folgenden: RADG) ein anderes Mittel gefunden, ohne Singularzulassung das Vier-Augen-Prinzip verpflichtend vorzuschreiben. Nach § 3 I 3 RADG sind Rechtsanwälte aus einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft vor den Zivilsenaten eines OLG in Berufungssachen auch ohne eine Singularzulassung nach § 25 BRAO vertretungsberechtigt; es muss aber sichergestellt sein, dass sie nicht im ersten Rechtszug schon Prozessbevollmächtigte waren.

Damit hat der Gesetzgeber schon 1990 zu erkennen gegeben, dass das Vier-Augen-Prinzip auf andere Weise und für die freie Berufsausübung schonender verwirklicht werden kann, indem lediglich ein Bearbeiterwechsel vorgeschrieben wird. Diese Lösung, die Rechtsanwälte aus den Staaten der Europäischen Union begünstigt, fand indessen für die in Deutschland zugelassenen Rechtsanwälte bei den Beratungen zur Änderung der §§ 25, 226 BRAO keine Mehrheit, obwohl die Singularzulassung weniger geeignet ist, das Vier-Augen-Prinzip durchzusetzen. Danach hat der Gesetzgeber den Bearbeiterwechsel - anders als in § 3 RADG (heute: § 27 I EURAG) - nicht mehr für unabdingbar gehalten.

dd) Es ist demnach insgesamt festzustellen, dass sich der Gesetzgeber seit 1990 zunehmend und deutlicher von seiner ursprünglichen Einschätzung distanziert hat, die Singularzulassung sei für die Rechtspflege insgesamt förderlicher als die Simultanzulassung. […]

b) Diese Zweifel des Gesetzgebers an der Eignung und Erforderlichkeit der Singularzulassung als Mittel zu Gunsten einer qualitativen Verbesserung der Rechtspflege werden durch die in der Bundesrepublik insgesamt gewonnenen Erfahrungen bestärkt. Die Singularzulassung nach § 25 BRAO ist zur Erreichung der gesetzgeberischen Ziele nicht mehr erforderlich und verstößt gegen Art. 12 I GG.

Defizite in der Rechtspflege sind auch dort nicht in Erscheinung getreten, wo infolge von Simultanzulassung der Mandant selbst darüber entscheidet, ob er für die Berufungsinstanz einen Anwaltswechsel vornehmen will und welche Gesichtspunkte insoweit für ihn maßgeblich sind, beispielsweise Ortsnähe, Spezialisierung und Größe der Kanzlei, Vertrautheit mit der Rechtsprechung des zuständigen Senats oder auch nur die Unzufriedenheit mit der bisherigen Rechtsvertretung.

Zur Herausbildung einer spezialisierten Anwaltschaft, die vom Verein der Singularanwälte und auch vom Präsidenten des OLG Hamm als Gemeinwohlbelang genannt wird, ist das Prinzip ersichtlich nicht erforderlich. Fachanwälte gibt es für die Arbeits-, Finanz-, Sozial- und Verwaltungsgerichtsbarkeit; sie treten dort in allen Instanzen auf. Fachanwälte wirken auch in erheblichem Umfang in solchen Kanzleien mit, in denen einige Sozien vor den Oberlandesgerichten auftreten dürfen. Dabei spielt es keine Rolle, ob im jeweiligen Bereich die Simultan- oder die Singularzulassung gilt. An einem Teil der Oberlandesgerichte gehören die singular zugelassenen Anwälte ausnahmslos Mischsozietäten an, in denen auch Spezialisten auf einzelnen Rechtsgebieten tätig sind, die durch Fachanwaltsbezeichnungen oder Tätigkeitsschwerpunkte ausgewiesen sind. In den neuen Ländern mit Singularzulassung haben sich überdies reine oberlandesgerichtliche Sozietäten gar nicht erst ausgebildet. Für eine Fachanwaltschaft für Berufungsrecht allein hat kein nennenswerter Bedarf bestanden, was sich frühzeitig in den Stadtstaaten und auch sonst in den Ländern mit Simultanzulassung gezeigt hat.

Hinreichende Vorteile für die Rechtspflege, die sich auf die Singularzulassung zurückführen ließen, sind nicht erkennbar. Die vorgelegten Statistiken belegen zwar Abweichungen in der Häufigkeit und im Erfolg von Berufungen sowie nicht unerhebliche Schwankungen im Verlauf der Jahre und im Verhältnis einzelner Länder zueinander. Evidente Fehlentwicklungen lassen sich hieran jedoch ebenso wenig ablesen wie hervorstechende Vorteile des einen oder anderen Systems, zumal die Leistungen der Anwaltschaft in den Statistiken maßgeblich durch die Anzahl und das Ergebnis von Urteilen abgebildet worden sind. Die Urteile unabhängiger Gerichte lassen sich aber nicht gradlinig auf die Vorarbeit der Rechtsanwälte in der Berufungsinstanz oder gar auf das für sie geltende Zulassungsrecht zurückführen. Richter haben zwar zu allen Zeiten die Singularzulassung favorisiert, weil sie die richterliche Arbeit erleichtert. Mandanten hingegen gewinnen durch die Simultanzulassung eine größere Wahl-

freiheit. Dass sie in vielen Fällen keinen Anwaltswechsel wollen, belegen die häufigen, seit langem zu beobachtenden Umgehungen der Singularzulassung. Beschränkungen der Berufsausübung müssen dem Umstand Rechnung tragen, dass Rechtsanwälte vor allem ihren Mandanten als unabhängige Berater und Vertreter verpflichtet sind (vgl. BVerfGE 63, 266, 283 ff.). Beschränkungen der anwaltlichen Tätigkeit sind nicht allein deswegen erforderlich, weil sie dort, wo sie gelten, von den am OLG singular zugelassenen Rechtsanwälten oder auch von Richtern als sachdienlich empfunden werden.

Schränkt der Gesetzgeber über Jahre die berufliche Freiheit nur in einem Teilgebiet Deutschlands ein, ohne dass sich in Gebieten größerer Berufsausübungsfreiheit Fehlentwicklungen oder in Gebieten eingeschränkter Berufsausübungsfreiheit besondere Vorteile ergeben, so steht damit fest, dass die Einschränkung nicht erforderlich ist.

II. Obwohl § 25 BRAO mit Art. 12 I GG nicht in Einklang steht, ist die Vorschrift mit den aus dem Tenor ersichtlichen Maßgaben noch bis zum 30. 6. 2002 weiter anzuwenden. Die betroffenen Rechtsanwälte in den Ländern, die § 226 II BRAO nicht nennt, bedürfen einer gewissen Anpassungszeit. […] Als Folge der Übergangsregelung kann auch der Bf. mit seinem Begehren erst zur Jahresmitte 2002 Erfolg haben. Die Vb. ist daher zurückzuweisen, soweit sie sich gegen die Beschlüsse des BGH, des AnwGH und gegen den Bescheid des Präsidenten des OLG Hamm richtet. Für die Vergangenheit bleibt es bei diesen Entscheidungen. Der Bf. wird einen neuen Antrag stellen müssen.

Standort: VerwR AT — Problem: Widerruf eines Urteils durch eine Behörde

BVERWG, URTEIL VOM 23.11.1999
9 C 16.99 (BAYVBL. 2001, 56)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall hatte die Behörde ein rechtskräftiges Feststellungsurteil des Verwaltungsgerichts (VG) "widerrufen", nachdem sich die dem Verfahren zu Grunde liegende Sachlage nach Erlass des Urteils geändert hatte.

Das BVerwG stellt fest, dass ein solcher Widerruf offensichtlich rechtswidrig ist, weil eine Behörde bestenfalls ihre eigenen Verwaltungsakte, nicht aber Gerichtsurteile widerrufen könne. Das Gericht lässt offen, ob der Verwaltungsakt (VA) deswegen sogar nichtig i.S.d. § 44 I VwVfG ist, weil er gem. § 47 VwVfG jedenfalls in einen neuen, eigenständigen, rechtmäßigen Feststellungs-VA umgedeutet werden könne. Zwar sei die Behörde allein schon wegen der Gewaltenteilung - Art. 20 II GG - nicht befugt, Urteile zu widerrufen (schon gar nicht rechtskräftige); die Rechtskraft eines Urteils beziehe sich aber nur auf den diesem zu Grunde liegenden Sachverhalt. Ändere sich dieser anschließend, könne dies durch die Behörde in einem neuen VA festgestellt werden.

Prozessual bestätigt das BVerwG seine st. Rspr., dass eine solche Umdeutung von den Gerichten auch noch in der Revisionsinstanz vorgenommen werden könne.

Prüfungsrelevanz:

Die Prüfungsrelevanz des vorliegenden Urteils liegt nur am Rande in der Feststellung, dass eine Behörde nicht befugt ist, ein Gerichtsurteil zu widerrufen. Dies sollte eigentlich eine Selbstverständlichkeit sein, deren Nichtbeachtung so schwerwiegend und evident ist, dass sie zur Nichtigkeit gem. § 44 I VwVfG (vom BVerwG offen gelassen, aber gut vertretbar), jedenfalls aber zur Rechtswidrigkeit des entsprechenden VAs führen muss.

Interessanter ist die ebenfalls aufgeworfene Frage, ob die Behörde eine nach einem rechtskräftigen Urteil eingetretene Änderung der Sach- und Rechtslage in einem neuen Verwaltungsverfahren aufgreifen und in einem neuen VA feststellen kann. Dies ist keine Selbstverständlichkeit; immerhin sieht der Zivilprozess dafür in § 323 ZPO die Notwendigkeit einer Abänderungsklage vor. Diese hält das BVerwG jedoch wegen ihrer Besonderheiten im Verwaltungsprozess trotz § 173 VwGO nicht für anwendbar. Einem neuerlichen VA steht die Rechtskraft des bereits ergangenen Urteils (§ 121 VwGO) also nicht entgegen, wenn sich anschließend die Sach- und Rechtslage geändert hat.

Das vorliegende Urteil sollte ferner zum Anlass genommen werden, sich mit der Umdeutungsmöglichkeit nach § 47 VwVfG und deren Voraussetzungen vertraut zu machen. Zum feststellenden VA allgemein vgl. bereits RA 2000, 612.

Leitsätze:

1. Das Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge ist nicht befugt, die vom Verwaltungsgericht rechtskräftig getroffene Feststellung eines Abschiebungshindernisses nach § 53 AuslG zu widerrufen.

2. Der fehlerhafte Widerruf kann in einem solchen Fall - auch noch im Revisionsverfahren - in eine nach Änderung der Sachlage zulässige neuerliche Feststellung durch Verwaltungsakt, dass Abschiebungshindernisse nach § 53 AuslG nicht (mehr) vorliegen, umgedeutet werden.

3. Das Bundesamt ist zum Erlass einer Abschiebungsandrohung im Widerrufs- und Rücknah-

meverfahren nach § 73 AsylVfG nicht zuständig.

Sachverhalt:
Das VG hatte mit rechtskräftigem Feststellungsurteil im April 1994 festgestellt, dass der Abschiebung der Kl., einer Asylbewerberin, in ihr Heimatland Togo Abschiebungshindernisse entgegenstanden. Nachdem sich die politische Lage in Togo entspannt hatte, "widerrief" das Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge unter Nr. 1 seines angegriffenen Bescheids die vom VG getroffene Feststellung und drohte unter Nr. 2 des selben Bescheids die Abschiebung der Kl. nach Togo für den Fall an, dass diese die Bundesrepublik Deutschland nicht innerhalb der ihr gesetzten Frist verlasse. Rechtsbehelfe der Kl. hiergegen blieben erfolglos. Die Revision hat hinsichtlich der Abschiebungsandrohung Erfolg, ist jedoch i.Ü. unbegründet.

Gründe:
Die Revision ist lediglich zum Teil begründet. Sie hat nur mit dem Begehren Erfolg, die Abschiebungsandrohung in Nr. 2 des Bescheids des Bundesamts für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge (Bundesamt) aufzuheben (§ 144 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 VwGO). Im Übrigen - hinsichtlich des "Widerrufs" in Nr. 1 des Bescheids - erweist sich die Revision als unbegründet (§ 144 Abs. 4 VwGO).
Der Widerruf der verwaltungsgerichtlichen Feststellung ist rechtswidrig. Das Bundesamt ist nicht befugt, ein rechtskräftig gewordenes Feststellungsurteil in seinem Ausspruch zu ändern. Das ergibt sich bereits aus der äußeren Bindungswirkung eines rechtskräftigen Urteils nach § 121 VwGO und entspricht im Übrigen dem verfassungsrechtlichen Gewaltenteilungsprinzip. Eine Ermächtigung zum Widerruf lässt sich weder aus § 73 Abs. 3 AsylVfG noch aus § 113 Abs. 2 VwGO a. F. herleiten.
Dass mit der "Entscheidung" im Sinne von § 73 Abs. 3 AsylVfG über das Vorliegen eines Abschiebungshindernisses nach § 53 AuslG, welche "zurückzunehmen" oder "zu widerrufen" ist, nur ein Verwaltungsakt (vgl. § 35, § 48 und § 49 VwVfG) und nicht ein Gerichtsurteil gemeint sein kann, folgt bereits aus der Überschrift des § 73 AsylVfG ("Widerruf und Rücknahme") und den entsprechend durchgängigen Formulierungen im Gesetzestext. Davon ist auch das Berufungsgericht ausgegangen; es meint jedoch, Gegenstand des Widerrufs im Bescheid des Bundesamts sei nicht das Feststellungsurteil, sondern ein durch dieses lediglich modifizierter Verwaltungsakt. Diese vom Berufungsgericht unter Rückgriff auf § 113 Abs. 2 VwGO a. F. vorgenommene Auslegung des Feststellungsurteils vom April 1994 widerspricht nicht nur - worauf die Revision zutreffend hinweist - dem im vorliegenden Ausgangsverfahren vom Verwaltungsgericht selbst mitgeteilten Verständnis seines früheren Urteils, sondern ist auch deswegen nicht tragfähig, weil sie sich auf eine Vorschrift stützt, die bereits zum 1. 1. 1991 außer Kraft getreten ist. Während nach § 113 Abs. 2 VwGO a. F. das Gericht an sich jede durch Verwaltungsakt getroffene Feststellung "durch eine andere ersetzen" konnte, ist dies nach der Neufassung des § 113 Abs. 2 Satz 1 VwGO nur noch zulässig bei der Änderung eines Verwaltungsakts, der eine auf einen Geldbetrag bezogene Feststellung trifft. Daraus folgt, dass den Verwaltungsgerichten seither jegliche einen Verwaltungsakt modifizierende oder ersetzende Entscheidung, welche sich nicht auf eine Geldleistung bezieht, untersagt ist. Deshalb ist die Feststellung von Abschiebungshindernissen nach § 53 AuslG ausschließlich mit der Verpflichtungsklage zu erstreiten (vgl. BVerwG, DVBl. 1996, 1257).
Gegen die Auffassung des Berufungsgerichts spricht ferner, dass das Bundesamt tatsächlich nicht etwa seinen eigenen, gerichtlich nur veränderten Verwaltungsakt, sondern unmittelbar die rechtskräftige verwaltungsgerichtliche Feststellung in dem Urteil vom 29. 4. 1994 beseitigen wollte. Das ergibt sich aus dem unmissverständlichen Tenor der Nr. 1 des angegriffenen Bescheids. Dort heißt es, dass "die mit Urteil des Verwaltungsgerichts […] getroffene Feststellung von Abschiebungshindernissen […] widerrufen" wird. Dieser Ausspruch kann nur als Widerruf der rechtskräftigen Feststellung im Urteil selbst gedeutet werden; als solcher ist er aber eindeutig rechtswidrig.
Ob die Nr. 1 des Bundesamtsbescheids wegen dieses Übergriffs in die rechtsprechende Gewalt offensichtlich an einem besonders schwer wiegenden Fehler leidet und deshalb im Sinne von § 44 Abs. 1 VwVfG nichtig ist, lässt der Senat offen. Die Revision kann nämlich unabhängig davon, ob der Bescheid insoweit ursprünglich nur rechtswidrig oder gar nichtig gewesen ist, gleichwohl im Ergebnis keinen Erfolg haben. Die fehlerhafte ("Widerrufs"-)Entscheidung in Nr. 1 des Bundesamtsbescheids kann in eine nach Änderung der Sachlage zulässige (neuerliche) Feststellung durch Verwaltungsakt, dass für die Klägerin Abschiebungshindernisse nach § 53 AuslG hinsichtlich Togos nicht mehr vorliegen, umgedeutet werden.
Ein fehlerhafter - rechtswidriger oder nichtiger - Verwaltungsakt kann gemäß § 47 Abs. 1 VwVfG in einen anderen Verwaltungsakt umgedeutet werden, wenn er auf das gleiche Ziel gerichtet ist, von der erlassenden Behörde in der geschehenen Verfahrensweise und Form rechtmäßig hätte erlassen werden können und wenn die Voraussetzungen für dessen Erlass erfüllt sind. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sind unter diesen Voraussetzungen auch die Verwaltungsgerichte im Gerichtsverfahren ermächtigt, fehlerhafte Verwaltungsakte umzudeuten (vgl. zuletzt Urteil vom 24. 11. 1998, BVerwGE 62, 300, 306; 108, 30, 35; NVwZ 1993, 976; BayVBl. 1984, 217). Dies gilt auch im Revisionsverfahren, so-

fern die das Revisionsgericht bindenden tatrichterlichen Feststellungen (vgl. § 137 Abs. 2 VwGO) ausreichen, den Beteiligten hierzu rechtliches Gehör gewährt worden ist und sie in ihrer Rechtsverteidigung hierdurch nicht beeinträchtigt sind. Alle diese Voraussetzungen liegen - wie mit den Beteiligten in der Revisionsverhandlung ausführlich erörtert - hier vor.

Die neuerliche Entscheidung zu § 53 AuslG ist auf das gleiche Ziel wie der fehlerhaft verfügte Widerruf, nämlich darauf gerichtet, mit Bindungswirkung für die zur Durchführung der Abschiebung berufene Ausländerbehörde festzustellen, dass einer etwa notwendig werdenden Vollstreckung der Ausreisepflicht keine zielstaatsbezogenen Abschiebungshindernisse nach § 53 AuslG (mehr) entgegenstehen. Einen Verwaltungsakt dieses Inhalts hätte das Bundesamt in der geschehenen Verfahrensweise und Form rechtmäßig erlassen können; insbesondere war es hierfür in gleicher Weise sachlich zuständig wie es für den Widerruf seiner eigenen positiven Feststellung, die es aufgrund eines Verpflichtungsurteils des Verwaltungsgerichts hätte treffen müssen, bei Wegfall der Gefährdungslage nach § 73 Abs. 3 AsylVfG zuständig gewesen wäre. Der Umstand, dass wegen der inkorrekten, aber rechtskräftig gewordenen Feststellungsentscheidung des Verwaltungsgerichts vom 29. 4. 1994 ein Widerruf nicht möglich ist, sondern in anderer Weise über das Fortbestehen eines Abschiebungshindernisses nach § 53 AuslG zu entscheiden ist, lässt die Zuständigkeit des Bundesamts nicht entfallen. Sie ergibt sich vielmehr für den vorliegenden Sonderfall aus einer entsprechenden Anwendung der in § 73 Abs. 3 AsylVfG enthaltenen gesetzlichen Zuständigkeitsbestimmung.

Auch die weiteren Voraussetzungen für den Erlass einer neuen negativen Feststellungsentscheidung nach § 53 AuslG infolge einer Änderung der Sachlage liegen vor. Das ergibt sich zunächst hinsichtlich der Änderung der Gefährdungslage für togoische Asylbewerber in der Zeit zwischen April 1994 und der Entscheidung des Berufungsgerichts im Januar 1999 aus den mit Verfahrensrügen nicht angegriffenen und deshalb für das Revisionsgericht bindenden Feststellungen des Berufungsgerichts. Danach muss die Klägerin bei einer Rückkehr in ihr Heimatland heute nicht mehr mit unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung im Sinne von § 53 Abs. 4 AuslG i.V.m. Art. 3 EMRK rechnen, außerdem auch nicht mit sonstigen konkreten Leibes- oder Lebensgefahren im Sinne von § 53 Abs. 6 Satz 1 AuslG. Dies hat das Oberverwaltungsgericht vor allem aus Berichten über die Rückführung von etwa 35.000 Flüchtlingen aus den Nachbarstaaten Togos zwischen Ende 1995 und Mitte 1996 sowie von weiteren 120 Togoern geschlossen, die allein im Jahre 1995 aus Deutschland abgeschoben worden sind. Dabei hat sich das Berufungsgericht auch mit der neuesten - nach Auffassung der Klägerin wieder verschlechterten Menschenrechtslage in Togo seit den Präsidentschaftswahlen im Juni 1998 befasst. Soweit sich die Revision gegen die tatrichterliche Bewertung wendet, kann sie damit im Revisionsverfahren schon mangels Erhebung einer Verfahrensrüge, die sie unabhängig von der Umdeutung hätte anbringen müssen, nicht gehört werden. Im Übrigen ist auch nach dem Vortrag im Revisionsverfahren nicht erkennbar, weshalb das Berufungsgericht seine tatrichterliche Einschätzung fehlerhaft gebildet haben sollte. Fehlt es danach aber heute - im Gegensatz zur Lage im April 1994 - an tatsächlichen Anhaltspunkten dafür, dass die Klägerin bei ihrer Rückkehr nach Togo wegen ihres Asylantrags, ihres langen Auslandsaufenthalts oder aus sonstigen Gründen mit menschenrechtswidriger Behandlung oder einer Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit rechnen muss, ist die negative Feststellung, dass Abschiebungshindernisse nach § 53 AuslG für die Klägerin hinsichtlich Togos nicht bestehen, materiell rechtmäßig.

Dem Erlass eines entsprechenden negativen Feststellungsbescheids des Bundesamts gemäß § 53 AuslG - und einer entsprechenden Umdeutung nach § 47 VwVfG - steht schließlich auch nicht entgegen, dass das Feststellungsurteil des Verwaltungsgerichts vom 29. 4. 1994 rechtskräftig geworden ist. Allerdings hindert die zugunsten der Klägerin ergangene rechtskräftige Feststellung des entgegengesetzten Inhalts, dass ein Abschiebungshindernis nach § 53 Abs. 4 AuslG hinsichtlich Togos für sie besteht, grundsätzlich jede erneute und erst recht jede abweichende Verwaltungs- oder Gerichtsentscheidung. Das ergibt sich aus der materiellen Rechtskraft des verwaltungsgerichtlichen Urteils vom 29.4.94 (§ 121 VwGO). Jedoch stehen alle rechtskräftigen Urteile unter einem Geltungsvorbehalt des Fortbestehens der zugrunde gelegten Sach- und Rechtslage. Ändert sich - wie es hier nach den Feststellungen des Berufungsgerichts der Fall ist - in der Zeit nach Erlass des rechtskräftigen Urteils die Sachlage, so darf über das Rechtsverhältnis erneut entschieden werden; die Rechtskraft des Urteils steht dann einer erneuten - gleichen oder abweichenden - Sachentscheidung auf der Grundlage der veränderten Sachlage nicht entgegen (ständige Rechtsprechung; vgl. etwa BVerwG, NVwZ-RR 1994, 236; BVerwGE 91, 256, 258; BVerfG, NJW 1999, 2581). Ändert sich die entscheidungserhebliche Sachlage nach Eintritt der Rechtskraft, ist mit anderen Worten eine neue Entscheidung in der Sache und ein Rechtsstreit hierüber weder unzulässig noch präjudiziert.

In welchem Verfahren die neue Sachentscheidung zu ergehen hat, ist gesetzlich nicht besonders geregelt. Die Verwaltungsgerichtsordnung hält hierfür kein besonderes Verfahren bereit; insbesondere sind die zur Durchbrechung der Rechtskraft vorgesehenen Klagemöglichkeiten einschließlich der vom Verwaltungsgericht angeführten Abänderungsklage bei zukünftig wiederkehrenden Leistungen im Sinne des insofern

auch im Verwaltungsprozess nach § 173 VwGO entsprechend anwendbaren § 323 ZPO - dafür nicht geschaffen und wegen ihrer Besonderheiten unanwendbar. Es liegt daher nahe, dass in Fällen wie dem vorliegenden über die nach Änderung der Sachlage erforderliche Maßnahme zunächst (wieder) im Verwaltungswege durch Verwaltungsakt entschieden wird. Dagegen bestehen auch mit Rücksicht auf den Rechtsschutz keine Bedenken. Der Betroffene kann mit den üblichen Mitteln des Hauptsache- und Eilrechtsschutzes gegen den neuen Verwaltungsakt vorgehen. Effektiver Rechtsschutz ist auch dann umfassend gewährleistet, wenn die Verwaltung etwa zu Unrecht eine Änderung der Sachlage unterstellen oder sonst die Rechtskraft der früheren verwaltungsgerichtlichen Entscheidung missachten sollte.

Da sich im vorliegenden Fall nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Tatsachenlage, wie ausgeführt, seit Erlass des rechtskräftigen Urteils im April 1994 entscheidungserheblich verändert hat, war eine neue Entscheidung des Bundesamts grundsätzlich zulässig. Die fehlerhafte Widerrufsentscheidung in Nr. 1 des Bescheids des Bundesamts kann daher in eine neuerliche negative Feststellung nach § 53 AuslG aufgrund der geänderten Sachlage umgedeutet werden. Damit erweist sich das Berufungsurteil insoweit im Ergebnis als richtig und die Revision als unbegründet.

Hingegen kann die Abschiebungsandrohung in Nr. 2 des Bescheids keinen Bestand haben. Die vom Bundesamt in dem angegriffenen Bescheid und vom Berufungsgericht als Rechtsgrundlage für die Abschiebungsandrohung angegebene Bestimmung des § 34 Abs. 1 AsylVfG ermächtigt das Bundesamt zu Maßnahmen der Aufenthaltsbeendigung lediglich nach erfolgloser Durchführung eines Asylverfahrens (vgl. auch die amtliche Überschrift des Zweiten Abschnitts des AsylVfG). Im vorliegenden Sonderfall wäre das Bundesamt zum Erlass einer Abschiebungsandrohung daher nur zuständig gewesen, wenn es hierzu nach § 73 Abs. 3 AsylVfG auch im Falle des Widerrufs einer eigenen positiven Feststellung bei Wegfall der Gefährdungslage befugt gewesen wäre. Im Widerrufs- und Rücknahmeverfahren gemäß § 73 AsylVfG (geregelt im Sechsten Abschnitt des AsylVfG) ist § 34 I AsylVfG indessen weder aufgrund einer Verweisung noch analog anwendbar. Da § 73 AsylVfG auf diese Bestimmungen nicht Bezug nimmt, müsste eine planwidrige Regelungslücke vorliegen. Dafür ist - auch nach der Entstehungsgeschichte der Vorschrift (vgl. die Begründung zu § 71 des Regierungsentwurfs in BT-Drs. 12/2062, S. 39) - nichts ersichtlich. Im Übrigen spricht eher gegen eine Zuständigkeit des Bundesamts zum Erlass aufenthaltsbeendender Maßnahmen bei Widerruf oder Rücknahme von Anerkennungs- und Abschiebungsschutzentscheidungen, dass der Aufenthalt inzwischen häufig ausländerrechtlich genehmigt ist (vgl. § 5 AuslG). Der Ausländer besitzt nämlich bei vorausgegangener Asylanerkennung nach § 68 Abs. 1 AsylVfG stets, nach § 70 Abs. 1 AsylVfG regelmäßig, bei Abschiebungsschutz nach § 53 AuslG zwar nicht automatisch, aber nach längerem Aufenthalt faktisch nicht selten eine Aufenthaltsgenehmigung. Bei bestehender Aufenthaltsgenehmigung ist das Bundesamt auch nach § 34 Abs. 1 Satz 1 AsylVfG nicht ermächtigt, die Abschiebungsandrohung zu erlassen, vielmehr bleibt es bei der allgemeinen Zuständigkeit der Ausländerbehörde nach § 50 Abs. 1 AuslG.

Standort: POR — Problem: Kostenlast des Verdachtsstörers

OVG NRW, BESCHLUSS VOM 14.06.2000
5 A 95/00 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Das OVG hatte im vorliegenden Beschluss darüber zu entscheiden, ob dem sogen. "Verdachtsstörer" die Kosten der Gefahrenabwehr im Wege des Sofortvollzugs (hier: Abschleppen eines Pkw) auferlegt werden können. Das Gericht verneint dies jedenfalls für die Fälle, in denen der Verdachtsstörer den Verdacht nicht selbst durch sein Verhalten zurechenbar hervorgerufen hat. Hintergrund ist Folgender:

Nach ganz h.M. ist das Vorliegen einer "Gefahr" i.S.d. Polizei- und Ordnungsrechts aus Gründen der Effektivität der Gefahrenabwehr aus objektiver ex-ante-Sicht, d.h. aus der Sicht eines vernünftigen Dritten in der Situation des Handelnden zu beurteilen. Liegt für diesen die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts vor, ist eine zum Einschreiten befugende Gefahr gegeben, und zwar selbst dann, wenn sich später (ex-post) herausstellt, dass die Sachlage tatsächlich ungefährlich war. Man spricht in diesen Fällen von einer "Anscheinsgefahr". Gleiches soll gelten, wenn ex-ante zwar nicht die hinreichende Wahrscheinlichkeit, aber immerhin die Möglichkeit eines Schadenseintritts bestand. Dieser Zustand wird auch als "Gefahrenverdacht" bezeichnet, der immerhin zu sogen. Gefahrerforschungseingriffen berechtigt. Lediglich dann, wenn noch nicht einmal die Möglichkeit eines Schadenseintritts bestand, liegt keine "Gefahr" vor; nimmt der handelnde Beamte sie gleichwohl irrig an, liegt eine bloße "Scheingefahr" vor; das Einschreiten ist dann rechtswidrig. Die Kenntnis dieser Gefahrbegriffe gehört zum Basiswissen im Bereich des POR.

Vorliegend stellte sich nun die Besonderheit, dass unproblematisch ex-ante wie ex-post eine Gefahr vor-

lag (die Straße war zugeparkt), man jedoch nicht wusste, *wer* die Gefahr verursacht hatte, also als Verhaltensstörer (§ 17 OBG NW) in Anspruch zu nehmen war. Das OVG betont, dass die o.g. Gefahrbegriffe auch auf die Störerebene übertragbar sind, d.h. eine Person selbst bei tatsächlichem Vorliegen einer Gefahr "Anscheins-" oder "Verdachtsstörer" sein kann, mit der Folge, dass diese Person ordnungspflichtig ist und bleibt, selbst wenn sich ex-post herausstellt, dass in Wahrheit Dritte verantwortlich waren. Dies ist die Konsequenz der o.g., auf *Primärebene* (also im Bereich der Gefahrenabwehr) anzustellenden *ex-ante*-Sicht. Auf *Sekundärebene* (also bei der Frage der Kostentragung) komme es jedoch auf eine *ex-post*-Betrachtung an. Stelle sich also im Nachhinein heraus, dass Dritte die Gefahr verursacht haben, muss der als Verdachtsstörer in Anspruch Genommene jedenfalls dann keine Kosten tragen, wenn er nicht selbst den Verdacht hervorgerufen hat. Er hat - im Gegenteil - dann analog § 39 I a OBG NW einen Anspruch auf Erstattung seiner Kosten, weil er insoweit einem Notstandspflichtigen gleichsteht. § 39 I a OBG NW entsprechende Kostenerstattungsansprüche für Notstandspflichtige finden sich auch im Ordnungsrecht der anderen Bundesländer; hier gilt dasselbe. Die obigen Ausführungen zum "Verdachtsstörer" gelten i.Ü. auch für den "Anscheinsstörer".

Prüfungsrelevanz:

Das Abschleppen von Pkw und die diesem folgende Kostenlast sind der Examensklassiker im POR schlechthin. Die Kenntnis der o.g. besonderen Gefahrbegriffe, ihre Abgrenzung und ihre Folgen sind für die Lösung dieser Fälle, aber auch für zahlreiche andere Fallkonstellationen im POR unerlässlich. Gleiches gilt für die Trennung zwischen ex-ante-Sicht auf Primär- und ex-post-Sicht auf Sekundärebene. Auch die Analogie zum Kostenerstattungsanspruch des Notstandspflichtigen für den Anscheins- oder Verdachtsstörer, welcher den Anschein (bzw. den Verdacht) nicht selbst zurechenbar hervorgerufen hat, sollte sich der Examenskandidat einprägen.

Leitsätze:

1. Die Kosten für eine im Wege des Sofortvollzugs durchgeführte ordnungsrechtliche Maßnahme können nicht dem Verdachtsstörer auferlegt werden, wenn der Verursachungsverdacht nachträglich widerlegt wird und der Verdachtsstörer die den Verdacht begründenden Umstände nicht zu verantworten hat.

2. Wird eine Straße durch auf beiden Seiten parkende Fahrzeuge blockiert, so ist der Fahrer und Eigentümer des zuerst abgestellten, ordnungsgemäß geparkten Fahrzeugs ordnungsrechtlich nicht verantwortlich.

Sachverhalt:

Der Kläger stellte anlässlich einer Großveranstaltung sein Fahrzeug ohne Verstoß gegen straßenverkehrsrechtliche Vorschriften auf einer Straßenseite so ab, dass eine Restfahrbahnbreite von mehr als 5 m verblieb. Später parkten weitere Besucher der Veranstaltung ihr Fahrzeug auf der gegenüber liegenden Straßenseite mit der Folge, dass die Durchfahrt für Linienbusse versperrt wurde. Die Beklagte ließ das Fahrzeug des Klägers abschleppen. Für sie war im Zeitpunkt der Anordnung der Abschleppmaßnahme nicht erkennbar, welcher Autofahrer die Störung verursacht hatte. Das VG gab der Klage des Klägers auf Erstattung der von ihm gezahlten Abschleppkosten statt. Der Antrag der Beklagten auf Zulassung der Berufung hatte keinen Erfolg.

Gründe:

1. Der Rechtssache kommt die ihr von der Beklagten beigemessene grundsätzliche Bedeutung nicht zu (§ 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO).

a) Die von der Beklagten aufgeworfenen Fragen im Zusammenhang mit der Kostentragungspflicht für das Abschleppen von Fahrzeugen an Engstellen sind in der Rechtsprechung des erkennenden Gerichts geklärt oder lassen sich auf der Grundlage dieser Rechtsprechung ohne weiteres beantworten. Im Kern sieht die Beklagte sinngemäß die Frage als klärungsbedürftig an, ob ein so genannter Verdachtsstörer für die Kosten der Verwaltungsvollstreckung in Anspruch genommen werden kann. Der erkennende Senat hat bereits für die mit dem vorliegenden Sachverhalt - Verkehrsbehinderung durch auf beiden Seiten parkende Fahrzeuge vergleichbare Konstellation, dass ein Fahrzeug von zwei Seiten zugeparkt wird, entschieden, dass allein derjenige, der als Letzter rechtswidrig das Fahrzeug blockiert, für die Kosten der notwendig werdenden Abschleppmaßnahme in Anspruch genommen werden kann (OVG NRW, NJW 1993, 2698). Die dort dargelegten Grundsätze finden auch im vorliegenden Fall Anwendung. Die Verhaltens- und Zustandsverantwortlichkeit nach §§ 17 und 18 OBG NRW treffen nur denjenigen, dessen Verhalten oder dessen Sache die Gefahrengrenze überschritten und damit die unmittelbare Ursache für den Eintritt der Gefahr gesetzt haben (vgl. BVerwG, NJW 1986, 1626, 1627; OVG NRW, a.a.O.). Allein verantwortlich für die in Rede stehende Verkehrsbehinderung sind danach Fahrer und Eigentümer der zuletzt abgestellten Fahrzeuge auf der gegenüber liegenden Straßenseite, weil erst durch ihr verkehrswidriges Verhalten und durch die Lage ihrer Fahrzeuge im Raum die polizeiliche Gefahrengrenze überschritten worden ist. Das Abstellen des klägerischen Fahrzeugs stand hingegen im Einklang mit den straßenverkehrsrechtlichen Bestimmungen. Vom Zustand dieses Fahrzeugs, auch bezogen auf seinen Standort, ging nach Abschluss des Parkvorgangs keinerlei Gefahr aus. Dem Fahrzeug wohnte auch keine

im Verhältnis zum Normalmaß erhöhte Gefahrentendenz inne. Dass das Parken eines zuerst abgestellten Fahrzeugs mittelbar dazu beitragen kann, dass durch verkehrswidriges Verhalten anderer Verkehrsteilnehmer eine Verkehrsbehinderung entsteht, ist kein dem Parkvorgang immanentes Risiko. Ein ordnungsgemäß parkender Autofahrer muss ein verkehrswidriges und rücksichtsloses Verhalten anderer grundsätzlich nicht in Rechnung stellen.

Dem steht vorliegend nicht der Vortrag der Beklagten entgegen, bei der jährlich stattfindenden Großveranstaltung habe man auf Grund der Erfahrungen in der Vergangenheit mit chaotischen Verkehrsverhältnissen rechnen müssen. Liegen solche Erfahrungen vor, wäre es Sache der Verkehrsbehörde gewesen, durch Aufstellen von entsprechenden mobilen Verkehrszeichen das Parken auf einer der beiden Straßenseiten zu untersagen (vgl. auch OLG Düsseldorf, VM 1973, 78). Den Autofahrer trifft demgegenüber keine Pflicht, zulässige Parkmöglichkeiten ungenutzt zu lassen, weil andere Verkehrsteilnehmer sich rechtswidrig verhalten könnten.

Eine Kostentragungspflicht folgt entgegen der Auffassung der Beklagten nicht daraus, dass der Kläger als Verdachtsstörer im Wege des Sofortvollzugs (Abschleppen seines Fahrzeugs) in Anspruch genommen werden durfte. Wird der Verursachungsverdacht - wie hier - nachträglich widerlegt und hat der Verdachtsstörer die den Verdacht begründenden Umstände nicht zu verantworten, so bleibt es bei der Maßnahmen- und Kostenlast der Behörde. Dem Verdachtsbetroffenen stünde, wäre er selbst in Anspruch genommen worden, ein polizeirechtlicher Entschädigungsanspruch wie einem Nichtstörer in analoger Anwendung des § 39 Abs. 1 Buchst. a) OBG NRW zu (vgl. BGH, DVBl. 1992, 1158; NJW 1994, 2355). Entsprechend kann der Verdachtsstörer nicht für die Kosten der im Sofortvollzug ausgeführten behördlichen Maßnahmen in Anspruch genommen werden, weil ihm zugleich ein Entschädigungsanspruch wegen eben dieser Kostenbelastung zuwüchse (OVG NRW, DVBl. 1996, 1444, 1445).

Geklärt ist in der Rechtsprechung des Senats ferner, dass die Frage der Entschädigung und damit der endgültigen Kostentragungspflicht nach den tatsächlichen Umständen, wie sie wirklich vorlagen, also nach einer objektiven Betrachtungsweise ex post zu entscheiden ist (OVG NRW, a.a.O.).

Diese Ablösung der ex-ante-Perspektive auf der Ebene der Gefahrbeseitigung durch eine ex-post-Betrachtung bei der (endgültigen) Kostentragungspflicht durchbricht nicht den Zusammenhang von Ordnungs- und Kostentragungspflicht. Eingriffe gegen Verdachtsstörer sind einstweilige oder vorläufige Regelungen, die sich nur auf die Zeitspanne bis zur abschließenden Sachverhaltsaufklärung und endgültigen Entscheidung über die Kostentragungspflicht beziehen. Weder wird die vorläufige Inanspruchnahme zur Gefahrenbeseitigung durch die späteren Erkenntnisse nachträglich rechtswidrig, noch bedarf es im Hinblick auf den begrenzten Regelungsgehalt des vorläufigen Verwaltungsakts einer Aufhebung desselben, um über die endgültige Kostentragungspflicht befinden zu können (OVG NRW, a.a.O.).

In der Rechtsprechung des erkennenden Senats ist auch geklärt, dass der vermeintliche Störer nur dann von den Vollstreckungskosten freigestellt wird, wenn er die den Verdacht oder Anschein der Gefahrenverursabhung begründenden Umstände nicht zu verantworten hat (OVG NRW, a.a.O.). Eine derartige Verantwortung des Verdachtsstörers ist im vorliegenden Fall - wie sich aus den obigen Ausführungen ergibt - zu verneinen.

b) Die ferner aufgeworfene Frage, ob die Kostenhaftung von "Zustandsstörern, auf deren Risikosphäre die Entstehung der Gefahr nicht zurückzuführen ist, eingeschränkt werden könne, ist nicht entscheidungserheblich. Diese Fragestellung stellt sich nicht bei Verdachtsstörern, die - wie hier - wegen Widerlegung des Verursachungsverdachts von den Vollstreckungskosten freigestellt werden.

2. Die Berufung ist auch nicht wegen der geltend gemachten Abweichung von der Rechtsprechung des Senats (§ 124 Abs. 2 Nr. 4 VwGO) zuzulassen. Die angegriffene Entscheidung des VG steht nicht im Widerspruch zum Urteil des Senats vom 23.5.1995 (DVBl. 1996, 575). Der dort aufgestellte Rechtssatz, dass die Kostentragungspflicht grundsätzlich mit der Ordnungspflicht korrespondiere, bezieht sich nicht auf die hier in Rede stehende Fallkonstellation des Verdachtsstörers oder - vergleichbar - des Gefahrenverdachts. Wie der Senat bereits in seinem Urteil vom 26. 3. 1996 und nochmals in seinen obigen Ausführungen dargelegt hat, wird der grundsätzliche Zusammenhang von Ordnungs- und Kostentragungspflicht nicht dadurch in Frage gestellt, dass der Verdachtsstörer zwar vorläufig in Anspruch genommen werden darf, aber im Falle der Widerlegung des Gefahren- oder Verursachungsverdachts eine Entschädigung wie ein Nichtstörer beanspruchen kann bzw. von der Kostenbelastung freigestellt wird. Die Situation des Verdachtsstörers ist insoweit derjenigen des Nichtstörers angenähert.

Standort: § 80 V VwGO Problem: “Abgaben und Kosten” i.S.d. § 80 II 1 Nr. 1 VwGO

BAYVGH, BESCHLUSS VOM 06.09.2000
10 CS 99.2280 (BAYVBL 2001, 55)

Problemdarstellung:

Der BayVGH hatte sich anlässlich eines auf der Grundlage des § 82 Abs. 4 AuslG ergangenen Kostenbescheids mit dem Begriff der "öffentlichen Abgaben und Kosten" in § 80 II 1 Nr. 1 VwGO zu beschäftigen. Das Gericht geht - unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung - davon aus, dass die Kostenerhebung nach § 82 Abs. 4 AuslG nicht dazu gehört. Diese diene weder (zumindest auch) der allgemeinen Finanzmittelbeschaffung (wie die "Abgabe" i. S. d. § 80 II 1 Nr. 1 VwGO), noch handele es sich um im förmlichen Verfahren erhobene Gebühren oder Auslagen (wie die "Kosten" i. S. d. § 80 II 1 Nr. 1 VwGO).

Prüfungsrelevanz:

Der Begriff der "öffentlichen Abgaben und Kosten" in § 80 II 1 Nr. 1 VwGO spielt z.B. in der sehr examensrelevanten Konstellation eine Rolle, in der Kosten für Maßnahmen des Verwaltungszwangs (Klassiker: Abschleppen eines PkW im Wege der Ersatzvornahme) in Rechnung gestellt werden. Diese fallen nach h. M. auch nicht unter § 80 II 1 Nr. 1 VwGO, da sie ebensowenig der allgemeinen Finanzbeschaffung dienen bzw. förmlich erhoben werden wie die hier in Rede stehenden Abschiebekosten nach dem AuslG. Anfechtungsklage und Widerspruch entfalten daher in aller Regel aufschiebende Wirkung.

Prozessual interessant ist sodann die - vorliegend ebenfalls einschlägige - Variante, dass die Behörde dies nicht erkennt und Anstalten macht, die Kosten gleichwohl beizutreiben, sie sich also über den bestehenden Suspensiveffekt hinwegsetzt. Die h.M. hält in diesen Fällen (man spricht vom sogen. "faktischen Vollzug") einen Antrag analog § 80 V VwGO auf *Feststellung* der aufschiebenden Wirkung für statthaft (BVerwG, NVwZ 1986, 638; Erichsen, Jura 1984, 478, 480; diesen Weg sind offenbar auch der BayVGH und das VG als Vorinstanz im vorliegenden Fall gegangen), während eine m.M. eine Sicherungsanordnung gem. § 123 I 1 VwGO für statthaft hält (OVG Bremen, NVwZ 1986, 59, 61; Tiedemann, MDR 1979, 717, 718). Für letztere spricht, dass ein Feststellungstenor in § 80 V VwGO nicht vorgesehen ist und es angesichts der Regelung in § 123 I 1 VwGO an einer für die Analogie notwendigen Regelungslücke fehlen könnte. Führt man sich jedoch vor Augen, dass im Verfahren nach § 80 V VwGO lediglich *behauptet* werden muss, während bei § 123 VwGO alle Tatsachen *glaubhaft* zu machen sind (§§ 123 I, III VwGO i.V.m. 920 II, 294 ZPO), würde der ASt. bei bestehender aufschiebender Wirkung durch die m.M. schlechter gestellt, als wenn sein Rechtsbehelf keine aufschiebende Wirkung hätte. Dieses sinnwidrige Ergebnis lässt sich nur über die von der h.M. gezogene Analogie zu § 80 V VwGO vermeiden, zumal diese Vorschrift auf die Fälle zugeschnitten ist, in denen der Vollzug eines belastenden Verwaltungsakts in Rede steht.

Leitsatz (der Redaktion):

Die Kosten der Abschiebung gem. § 82 Abs. 4 AuslG fallen nicht unter § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 VwGO. Widerspruch und Anfechtungsklage dagegen haben deshalb aufschiebende Wirkung.

Sachverhalt:

Der ASt. wandte sich mit seinem Widerspruch gegen die an ihn als Arbeitgeber gerichtete Anforderung der durch die Abschiebehaft und die Abschiebung eines illegal beschäftigten bulgarischen Staatsangehörigen entstandenen Kosten. Das VG hat die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs festgestellt. Die hiergegen gerichtete Beschwerde hatte keinen Erfolg.

Gründe:

Zutreffend hat das Verwaltungsgericht in seinem angefochtenen Beschluss vom 15. 4. 1999 festgestellt, dass der Widerspruch des Antragstellers vom 8. 1. 1999 gegen den Bescheid der Polizeiinspektion in M. vom 31. 12. 1998 gemäß § 80 Abs. 1 VwGO aufschiebende Wirkung hat. Die durch die Abschiebehaft und die Abschiebung selbst entstandenen Kosten eines illegal beschäftigten bulgarischen Staatsangehörigen im streitgegenständlichen Bescheid sind nämlich weder "öffentliche Abgaben" noch "Kosten" i. S. von § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 VwGO.

§ 80 Abs. 2 VwGO versucht zwischen dem Interesse am Schutz der Individualsphäre und dem öffentlichen Interesse an sofortiger Vollziehung einen tragfähigen Ausgleich zu finden (vgl. die Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drs. III/55, S. 39). Der Ausschluss der aufschiebenden Wirkung bei der Anforderung öffentlicher Abgaben und Kosten dient den Interessen einer überschaubaren öffentlichen Finanzwirtschaft. Er soll verhindern, dass den öffentlichen Haushalten durch zahlreiche Rechtsbehelfe, die sich später als unbegründet erweisen, auf unabsehbar lange Zeit Einnahmen entzogen werden. Denn dadurch würde eine ordnungsgemäße Haushaltsplanung unmöglich gemacht. Bliebe es im Regelfall bei der aufschiebenden Wirkung, wäre die Finanzierung notwendiger öffentlicher Aufgaben gefährdet (vgl. hierzu Pietzner/Ronellenfitsch, Das Assessorexamen im öffentlichen Recht, 10. Aufl. 2000, § 54 RdNr. 2 m.w.N.). Zudem soll eine Gleichstellung mit der Steuergesetzgebung, die eine aufschiebende Wirkung nicht kennt, erreicht werden (vgl. BT-Drs., a.a.O., S. 40). Der Begriff der öffentlichen Abgabe wird dabei von § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 VwGO nicht näher definiert, sondern vorausgesetzt. Der Begriff der öffentlichen Kosten bezieht sich inhaltlich auf die Verwaltungskostengesetze. Die streitgegenständlichen Abschiebungskosten i. S. von § 82 Abs. 4 AuslG zählen nach nunmehriger Auffassung des Senats nicht hierzu.

Nach herrschender Meinung sind öffentliche Abgaben im Sinne dieser Bestimmung nicht nur Steuern, Gebüh-

ren und Beiträge i. S. von § 1 AO, sondern auch alle sonstigen, dem Einzelnen von der öffentlichen Hand auferlegten öffentlich-rechtlichen Geldleistungen, sofern diese zur Deckung des Finanzbedarfs der öffentlichen Hand bestimmt sind. Die Finanzierungsfunktion muss zwar nicht der ausschließliche oder vorrangige Zweck der Geldleistung sein, darf aber auch nicht von nur ganz untergeordneter Bedeutung, gewissermaßen unerhebliche Nebenfolge sein. Erforderlich ist, um die Vergleichbarkeit mit der Steuer zu wahren, dass der Zweck der Einnahmeerzielung zumindest gleichrangiger Nebenzweck mit anderen mit der Abgabe verfolgten Zwecken ist (vgl. Finkelnburg/Jank, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 4. Aufl. 1998, RdNrn. 678 ff.). Gemessen hieran ist nicht erkennbar, dass der Antragsgegner und die für ihn tätig gewordene zuständige Behörde auf die streitgegenständliche Erstattung der Abschiebungskosten im Interesse einer geordneten Haushaltsführung derart dringend angewiesen wären, dass die Finanzierungsfunktion im Vordergrund stünde. Vielmehr wird die Haftung des Arbeitgebers für die Kosten des von ihm illegal beschäftigten ausländischen Arbeitnehmers mit der generalpräventiven Zielsetzung des Gesetzes begründet (vgl. BVerwGE 59, 13 zur Vorgängervorschrift des § 24 Abs. 6 a AuslG 1965; HessVGH vom 27.2.1998, AuAS 1998, 135).

Die "Abschiebungskosten" i. S. von § 82 Abs. 4 AuslG sind aber auch keine *Kosten* i. S. von § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 VwGO, denn hierunter versteht man bei enger Auslegung lediglich die Verfahrenskosten, d.h. die Gebühren und Auslagen, die in einem förmlichen Verwaltungsverfahren entstehen (vgl. Finkelnburg/Jank, a.a.O., RdNr. 687; Schoch, Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht 1988, S. 1215; ders., in: Schoch/ Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 80 RdNrn. 118 f.; Redeker/von Oertzen, VwGO, 12. Aufl. 1997, § 80 RdNr. 15). Für sie ist typisch, dass sie nach allgemein gültigen Regeln, Tarifen mit festen Sätzen und dergleichen erhoben werden (HessVGH, a.a.O.). Nach der Systematik der §§ 81 ff. AuslG ist in § 81 Abs. 1 AuslG zwar grundsätzlich geregelt, dass für Amtshandlungen nach diesem Gesetz und den zur Durchführung dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnungen Kosten (Gebühren und Auslagen) erhoben werden. Nach § 81 Abs. 2 AuslG wird auch die Bundesregierung ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates die gebührenpflichtigen Tatbestände und die Gebührensätze zu bestimmen. § 82 AuslG regelt, wer unter welchen tatbestandlichen Voraussetzungen Kosten zu tragen hat, während § 83 AuslG Regelungen über den Umfang der Kostenhaftung enthält. Ausweislich der Gebührenordnung zum Ausländergesetz (AuslGV) vom 19. 12. 1990 (BGBl. I, S. 3002) hat die Bundesregierung für aufenthaltsbeendende Maßnahmen jedoch keine Gebühren festgesetzt (vgl. Urteil des Senats vom 18. 5. 1999, Az. 10 B 98.2564). Die streitgegenständlichen "Abschiebungskosten" in Höhe von 3.684 DM werden somit nicht in einem förmlichen Verwaltungsverfahren - i. S. von § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 VwGO - erhoben, sondern isoliert als Aufwendungsersatz geltend gemacht. Dass das Gesetz gleichwohl von "Kosten" spricht, ändert nichts daran, dass es sich hierbei tatsächlich um Aufwendungen handelt.

Mit dieser Entscheidung hält der Senat nicht mehr an seiner im Beschluss vom 21. 12. 1994 (Az. 10 CS 94.2970) vertretenen Rechtsauffassung fest, wonach "Abschiebungskosten" i.S. von § 82 Abs. 4 AuslG unter § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 VwGO fallen. Sie ergeht damit in Übereinstimmung mit der Mehrheit der (bekannten) Rechtsprechung anderer Obergerichte (z.B. OVG Hamburg, ZAR 2000, 183; HessVGH, a.a.O.; a.A.: VG Meiningen, AuAS 1996, 127). Auch die einschlägige Literatur verneint, soweit sie das Problem überhaupt anspricht, überwiegend die Zugehörigkeit der "Abschiebungskosten" zu den Kosten i. S. von § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 VwGO (Kopp/Schenke, VwGO, 11. Aufl. 1998, § 80 RdNr. 63; Funke-Kaiser, in: GK-AuslR, § 82 RdNr. 29; a.A. Hailbronner, Ausländerrecht, § 82 RdNr. 14; Renner, Ausländerrecht, 7. Aufl. 1999, § 82 RdNr. 12 ohne weitere Begründung). Für den Senat war letztlich auch maßgebend, dass sich das aus Art. 19 Abs. 4 GG abgeleitete Gebot effektiven Rechtsschutzes in § 80 Abs. 1 VwGO niederschlägt und nur in eng begrenzten und klar umrissenen Fällen (vgl. § 80 Abs. 2 VwGO: "entfällt nur") durchbrochen werden darf. Eine extensive Auslegung der dort aufgeführten Fallgruppen verbietet sich somit unter dem verfassungsrechtlichen Blickwinkel.

Standort: § 4 VwZG Problem: “Zustellung” per Einwurf-Einschreiben

BVERWG, URTEIL VOM 19.09.2000
9 C 7/00 (NJW 2001, 458)

Problemdarstellung:

Seit 1997 bietet die Deutsche Post AG unter dem Oberbegriff “Einschreiben” zwei Arten der Übermittlung von Schriftstücken an, das Einwurf-Einschreiben und das Übergabe-Einschreiben. Das *Einwurf-Einschreiben* wird in den *Hausbriefkasten* geworfen; der Unterschied zum normalen Brief besteht lediglich darin, dass der Postbote sich einen *internen Vermerk* über den Einwurf macht. Das *Übergabe-Einschreiben* hingegen wird - wie das “klassische“ Einschreiben vor 1997 - dem *Empfänger persönlich* ausgehändigt; dieser

quittiert die Übergabe mit seiner *Unterschrift*. Während das Übergabe-Einschreiben also mit dem "klassischen" Einschreiben identisch ist und somit zweifellos den Anforderungen der §§ 2 I, 4 VwZG an eine förmliche Zustellung entspricht, wird dies für das Einwurf-Einschreiben ganz überwiegend - so vorliegend auch vom BVerwG - verneint. Das Einwurf-Einschreiben ist demzufolge kein Einschreiben i.S.d. VwZG; es kann weder eine wirksame Zustellung bewirken, noch die 3-Tages-Fiktion des § 4 VwZG auslösen.

Prüfungsrelevanz:

Die förmliche Zustellung eines Verwaltungsakts ist an zahllosen Stellen des öffentlichen Rechts vorgeschrieben; prominentestes Beispiel ist vielleicht die Zustellung des Widerspruchsbescheids gem. § 73 III VwGO. Mit der Zustellung beginnen in aller Regel Fristen (im Beispiel des § 73 III VwGO die Klagefrist des § 74 I 1 VwGO - ein Monat seit *Zustellung* des Widerspruchsbescheids) zu laufen, für deren korrekte Berechnung der exakte Zustellungszeitpunkt zu ermitteln ist. In der Examensarbeit wird sich also oftmals in der Zulässigkeit eines Rechtsbehelfs unter "Frist" die Frage stellen, ob überhaupt - und ggf. wann genau - zugestellt worden ist. Dies richtet sich nach dem jeweils anwendbaren Verwaltungszustellungsgesetz (VwZG), i.d.R. dem des Bundes (notfalls über den "Umweg" eines Verweises im jeweiligen VwZG des Landes). Hier sind die Möglichkeiten einer förmlichen Zustellung geregelt, wozu u.a. die Zustellung per Post durch Einschreiben (§ 4 VwZG) gehört. Hat die Behörde aber nur ein Einwurf-Einschreiben gewählt, ist dies nach der vorliegenden Entscheidung in Wahrheit kein "Einschreiben" i.S.d. § 4 VwZG, so dass auch keine wirksame Zustellung vorliegt, was wiederum zur Folge hat, dass keine Frist in Lauf gesetzt wird.

Man könnte darüber hinaus auf die Idee kommen, dass die Zustellung ja nur eine besondere Form der Bekanntgabe (§ 41 VwVfG) ist, und, da jeder Verwaltungsakt erst mit Bekanntgabe wirksam wird (§ 43 I VwVfG), bereits anzweifeln, ob bei unwirksamer Zustellung überhaupt ein wirksamer VA erlassen worden ist. Zur Bekanntgabe genügt es jedoch bereits, dass der VA mit Willen der zuständigen Behörde dergestalt in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, dass bei normalem Geschehensablauf mit dessen Kenntnisnahme zu rechnen ist (Erichsen/Martens-Badura, VerwR AT, § 41 II 6). Diese Voraussetzung ist auch beim Einwurf-Einschreiben im Briefkasten des Adressaten erfüllt; der so übermittelte VA ist also jedenfalls - unabhängig von der tatsächlichen Kenntnisnahme des Betroffenen - wirksam.

Zur sogen. "inneren" und "äußeren" Wirksamkeit eines VA vgl. bereits RA 2000, 122 f.; zur Beweislast für den Zugang eines Einwurf-Einschreibens vgl. LG Potsdam, NJW 2000, 3722 einerseits, AG Paderborn, NJW 2000, 3722 f. andererseits.

Leitsatz:

Das so genannte Einwurfeinschreiben der Post erfüllt nicht die Anforderungen an eine förmliche Zustellung nach dem Verwaltungszustellungsgesetz.

Sachverhalt:

Dem Kl., ein aus dem Nordirak stammender irakischer Staatsangehöriger kurdischer Volkszugehörigkeit, erhob unter Überschreitung der Frist des § 74 AsylVfG von zwei Wochen seit Zustellung der Entscheidung Klage vor dem VG u.a. gegen den Widerruf der Gewährung von Abschiebungsschutz. Der streitgegenständliche Bescheid war seinen Prozessbevollmächtigten mit sogen. "Einwurfseinschreiben" zugestellt worden. Das BVerwG hält im Anschluss an die Vorinstanzen die Klage für zulässig.

Gründe:

Das BerGer. ist ebenso wie das VG zutreffend davon ausgegangen, dass die Klage nicht verspätet erhoben worden ist, obgleich zwischen Zugang des Widerrufsbescheids und Klageerhebung mehr als zwei Wochen lagen (vgl. § 74 I AsylVfG). Nach § 73 V AsylVfG ist die Widerrufsentscheidung des Bundesamts dem Ausländer bzw. seinem Bevollmächtigten "zuzustellen" (vgl. auch §§ 31 I 2, 74 I AsylVfG). Die vom Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge (Bundesamt) gewählte Art der Bekanntgabe des Widerrufsbescheids wahrt die gesetzlich abschließend bestimmte Form der Zustellung nach den Vorschriften des Verwaltungszustellungsgesetzes nicht.

Der Widerspruchsbescheid ist den (früheren) Prozessbevollmächtigten des Kl. in der Form des 1997 von der Deutschen Post AG eingeführten Einwurfeinschreibens übermittelt worden. Diese Form des Einschreibens genügt nicht den Anforderungen, die § 2 I VwZG an die Zustellung eines Schriftstücks stellt. Das Einwurfeinschreiben wird, anders als das frühere Einschreiben, dem das seit 1997 von der Deutschen Post AG angebotene so genannte Übergabeeinschreiben entspricht, dem Empfangsberechtigten (Adressat oder gesetzlich zugelassener Ersatzempfänger) nicht übergeben, sondern wie normale Briefpost in den Hausbriefkasten des Empfängers eingeworfen oder in sein Postfach gelegt. Der Postbedienstete vermerkt lediglich intern den Einwurf des Einschreibens (zu den verschiedenen Einschreibenarten vgl. Sadler, VwVG/VwZG, 4. Aufl., § 4 VwZG Rdnrn. 1, 14, 18 ff.). Damit bleibt das Einwurfeinschreiben in seinen Formerfordernissen entscheidend hinter denen des früheren Einschreibens - dem heutigen Übergabe-Einschreiben - zurück, von dem die gesetzliche Einordnung als anerkannte Zustellungsart in § 2 I VwZG und die daran anknüpfende Zustellungsfiktion nach § 4 I VwZG ausgehen. Zum einen sieht das Einwurfein-

schreiben, anders als das Übergabeeinschreiben, nicht die schriftliche Empfangsbestätigung des Empfangsberechtigten vor. Es entspricht damit auch nicht den Anforderungen an ein Einschreiben, wie sie in § 1 II Nr. 1 PUDLV vom 15. 12. 1999 (BGBl I, 2418) umschrieben sind (v. Danwitz, in: Badura u. a., PostG-Komm., Anh. § 11 § 1 PUDLV Rn. 9), in der die Universaldienstleistungen i. S. des § 11 PostG festgelegt werden. Das Einwurfeinschreiben verzichtet zum anderen auf die in § 2 I VwZG grundsätzlich für die Zustellung eines Schriftstücks geforderte Übergabe an den Empfangsberechtigten, wie sie das Übergabeeinschreiben sicherstellt. Das Einwurfeinschreiben führt demzufolge auch nicht zur Zustellungsfiktion des § 4 I VwZG (ebenso Sadler, § 4 VwZG Rdnrn. la, 1b m.w.N.). Danach fehlt es an einer wirksamen Zustellung des Widerrufsbescheids; eine Heilung des Mangels kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil die Zustellung den Beginn der Klagefrist betrifft (§ 9 II VwZG).

In der Sache hat das BerGer. die Aufhebung des angefochtenen Widerrufsbescheids durch das VG zu Recht bestätigt. Der Widerruf der Gewährung von Abschiebungsschutz nach § 51 I AuslG durch das Bundesamt ist rechtswidrig und verletzt den Kl. in seinen Rechten, denn die Entscheidung kann nicht auf eine tragfähige Aufhebungsbestimmung gestützt werden [wird ausgeführt].

IMPRESSUM

HERAUSGEBERIN:	JURA INTENSIV VERLAGS-GMBH & CO. KG, Salzstraße 18, 48143 Münster Tel.: 0251/48246-0; Fax: 0251/48245-45 http://www.jura-intensiv.de
CHEFREDAKTION:	RA Frank Schildheuer
REDAKTEURE:	RA Frank Schildheuer (*Öffentliches Recht*); RA Carsten Scheen (*Zivilrecht*); Markus Schmülling (*Strafrecht*) Die Redakteure sind postalisch erreichbar unter der Adresse der Herausgeberin.
ABONNEMENT:	Abonnement-Vertrag befindet sich im Heft und/oder wird auf Wunsch zugeschickt. Einmalige Anforderung eines Probeheftes jederzeit formlos und ohne weitere Verpflichtung möglich. Bestellwünsche und Bestellungen bitte an die Anschrift der Herausgeberin oder via Internet unter der o.g. Adresse.
BEZUGSPREISE:	Jahresabonnement (12 Hefte) DM 84,- einschließlich USt. und Versandkosten. Lieferung nur gegen Einzugsermächtigung. Der Lieferbeginn erfolgt zum nächstmöglichen Termin nach Gutschrift der Lastschrift.
VERSAND:	Ohne Zusicherung eines festen Veröffentlichungstermins monatlich per Post. Nicht eingegangene Exemplare können nur schriftlich innerhalb von 2 Wochen nach Ablauf des Erscheinungsmonats reklamiert werden.
DRUCK:	UWZ Schnelldruck GmbH, Oderstr. 40, 48155 Münster, Tel.: 0251/284850; Fax: 0251/2848529

Zivilrecht

Standort: Zivilprozessrecht Problem: Abtretung des Klageanspruchs

BGH, URTEIL VOM 19.10.2000
IX ZR 255/99 (NJW 2001, 231)

Problemdarstellung:

In diesem Rechtsstreit hatte der BGH die Gelegenheit, erneut zu einem zwangsvollstreckungsrechtlichen Streitstand Stellung zu nehmen. Im Kern geht es um die Frage, ob ein Schuldner, der erst nachträglich erfährt, dass der Gläubiger den titulierten Anspruch schon vor dem Schluss der mündlichen Verhandlung an einen Dritten abgetreten hat, diese nachträgliche Kenntnis über die fehlende Aktivlegitimation durch eine Vollstreckungsgegenklage geltend machen kann. Im Schrifttum wird dazu fast übereinstimmend die Meinung vertreten, die nachträgliche Kenntnis des Schuldners von der Zession stelle eine beachtliche Tatsache gem. § 767 II ZPO dar, weil der Schuldner dadurch den ihm von § 407 BGB gewährten Schutz, schuldbefreiend an den alten Gläubiger leisten zu können, verloren habe (Baumbach/Lauterbach, § 767 ZPO, Rd. 23; Thomas/Putzo, § 767 ZPO, Rd. 22).

Der BGH lässt sich davon allerdings aus dreierlei Gründen nicht überzeugen. Der Entstehungszeitpunkt des Einwandes gem. § 767 ZPO ist allein nach objektivem Recht zu bestimmen; auf eine etwaige Kenntnis der Partei kommt es daher nicht an. Des weiteren begründet § 407 BGB für den Schuldner nur einen Einwand gegenüber dem neuen Gläubiger. Auf die Rechtsbeziehung zum alten Gläubiger, der aus dem Titel vollstreckt, hat diese Vorschrift aber keinen Einfluss. Im Übrigen habe der Schuldner die Möglichkeit, aufgrund seiner Ungewissheit über die Identität seines Gläubigers schuldbefreiend seine Leistung zu hinterlegen gem. §§ 372 ff. BGB. Die Hinterlegung zwecks Schuldbefreiung ist damit ein einfacherer, billigerer und schnellerer Weg als eine Vollstreckungsgegenklage.

Prüfungsrelevanz:

Die Vollstreckungsgegenklage als zwangsvollstreckungsrechtlicher Rechtsbehelf eignet sich schon für das Erste Staatsexamen als Klausurthema, da inhaltlich eine materiellrechtliche Überprüfung des titulierten Anspruchs aufgrund der veränderten Sachlage erfolgt. Neben der Prüfung, ob der titulierte Anspruch infolge geänderter Umstände nicht, nicht mehr, nicht mehr in der Höhe oder nicht mehr ohne Zug-um-Zug-Leistung besteht oder durchsetzbar ist, kommt als zweiter Prüfungspunkt die Präklusion gem. § 767 II ZPO. Die Klage gem. § 767 ZPO kann nur auf solche Gründe gestützt werden, die erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung entstanden sind, so dass sie im Vorprozess erst gar nicht hätten geltend gemacht werden können. Zum Schutze der Vollstreckbarkeit eines Titels stellt die Rechtsprechung für die Frage nach dem Entstehungszeitpunkt allein auf die objektive Rechtslage ab, nicht auf die Kenntniserlangung der Parteien vom Bestehen der Einwände (vgl. BGHZ 139, 214 [215 ff.]). Die Literatur hingegen will zum Schutze des Schuldners den Anwendungsbereich der Vollstreckungsgegenklage erweitern, z.B. im Falle des § 407 BGB (s.o.).

Leitsätze:

1. Allein die nachträgliche Kenntnis des Schuldners davon, dass der Gläubiger den titulierten Anspruch vor dem Schluss der mündlichen Verhandlung in der Tatsachen-instanz an einen Dritten abgetreten hat, begründet grundsätzlich keinen Einwand, auf den eine Vollstreckungsabwehrklage gegen den aus dem Titel vorgehenden Zedenten gestützt werden kann.

2. Verlangt der Titelgläubiger Zahlung, obwohl er den geltend gemachten Anspruch während des Rechtsstreits abgetreten hat, und erhält der Schuldner, der davon erfährt, auf Anforderung keine inhaltlich übereinstimmenden Erklärungen des alten und des neuen Gläubigers, an wen er leisten soll, kann er mit schuldbefreiender Wirkung hinterlegen.

Sachverhalt:

Der Kl. wurde durch Urteil des OLG München vom 8. 7. 1997 wegen eines vom E e.V. abgetretenen Schadensersatzanspruchs verurteilt, an die jetzigen Bekl. als Zessionare 308 687 DM zuzüglich Zinsen zu zahlen. Die Revision gegen dieses Urteil wurde nicht angenommen. Der Kl., der erst nach Rechtskraft dieser Entscheidung erfuhr, dass die Bekl. ihre Ansprüche bereits im März 1996 an ihren Prozessbevollmächtigten zediert hatten, wendet sich gegen die Vollstreckung aus dem Urteil des OLG München sowie aus zwei auf der Grundlage dieses Urteils ergangenen Kostenfestsetzungsbeschlüssen. Weiter verlangt er Herausgabe einer Bürgschaft, die er zur Abwehr der Zwangsvollstreckung aus dem Urteil vor Rechtskraft

gestellt hat. Er hat eine gegen den Bekl. zu 1 gerichtete Bürgschaftsforderung von 600 000 DM im Wege der Abtretung erworben und damit aufgerechnet. Das LG hat die Klage abgewiesen. Das BerGer. hat ihr nur, soweit sie sich gegen die Kostenfestsetzungsbeschlüsse richtet, zur Hälfte stattgegeben. Mit der Revision verfolgt der Kl. den nicht zuerkannten Teil seiner Anträge weiter; das Rechtsmittel hatte keinen Erfolg.

Gründe:

Die revisionsrechtliche Prüfung hat davon auszugehen, dass die Bekl. nicht mehr berechtigt sind, den titulierten Schadensersatzanspruch geltend zu machen.

Die Bekl. haben zwar vorgetragen, bei der Abtretung an ihren Prozessbevollmächtigten habe es sich um eine stille Sicherungszession gehandelt. Der Zessionar habe sie zur Einziehung ermächtigt. Trifft dies zu, scheitert der Einwand der fehlenden Aktivlegitimation schon aus diesem Grund. Der Titelgläubiger behält trotz Abtretung die Legitimation, den Anspruch im Wege der Zwangsvollstreckung durchzusetzen, wenn er auf Grund einer Einziehungsermächtigung materiell weiterhin befugt bleibt, Leistung an sich zu verlangen. Von einer solchen Sachlage ist bei einer so genannten stillen Sicherungsabtretung grundsätzlich auszugehen, wenn keine Tatsachen vorgetragen sind, die im Einzelfall auf eine von der Regel abweichende Abrede hindeuten (BGHZ 120, 387 [395] = NJW 1993, 1396 = LM § 387 BGB Nr. 87; NJW 1980, 2527 [2528] = LM § 717 ZPO Nr. 14; WM 1982, 1313).

Der Kl. hat den von den Bekl. behaupteten Sachverhalt jedoch bestritten. Das BerGer. hat dazu keine tatrichterlichen Feststellungen getroffen. Daher ist für die rechtliche Beurteilung zu unterstellen, dass die Bekl. nicht einziehungsermächtigt sind.

Das BerGer. ist der Ansicht, der Kl. sei mit dem Einwand, den Bekl. fehle infolge der Abtretung die Aktivlegitimation, gem. § 767 II ZPO präkludiert, weil dieser Einwand schon im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Tatrichter begründet gewesen sei und es nur auf dessen objektiven Bestand, nicht dagegen dessen Kenntnis ankomme. Eventuelle Unbilligkeiten seien durch § 826 BGB auszugleichen, dessen Voraussetzungen im Streitfall nicht erfüllt seien. Diese Auffassung verdient trotz der besonderen Umstände des Streitfalls im Ergebnis Zustimmung.

Die Vollstreckungsabwehrklage kann gem. § 767 II ZPO nur auf solche Gründe gestützt werden, die erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung entstanden sind, in der sie im Vorprozess spätestens hätten geltend gemacht werden müssen, um in den Tatsacheninstanzen berücksichtigt werden zu können (vgl. BGHZ 139, 214 [215, 220ff.] = NJW 1998, 2972 = LM § 767 ZPO Nr. 33). Der Entstehungszeitpunkt des Einwands ist allein nach objektivem Recht zu bestimmen; es kommt daher nicht darauf an, ab wann die Partei die entsprechenden Tatsachen kannte oder hätte erkennen können (BGHZ 34, 274 [279]; BGHZ 61, 25 [27] = NJW 1961, 1067 = LM § 767 ZPO Nr. 19; BGHZ 100, 222 [225] = NJW 1987,1691 = LM § 387 BGB Nr. 74; B GHZ 131, 82 [88] = NJW 1996, 57 = LM HWiG Nr. 20). Danach stellt der Gläubigerwechsel keine neue Tatsache i. S. des § 767 II ZPO dar; denn die Bekl. haben ihre materielle Rechtszuständigkeit auf Grund der Abtretung schon vor dem Schluss der mündlichen Verhandlung im Berufungsrechtszug des Vorprozesses verloren.

Hat der Gläubiger die ihm zustehende Forderung schon vor dem Schluss der mündlichen Verhandlungen im Vorprozess abgetreten, der Schuldner davon jedoch erst später erfahren, so soll nach einer im Schrifttum im Anschluss an RGZ 84, 286 (292) nahezu einhellig vertretenen Auffassung die nachträgliche Kenntnis des Schuldners von der Zession eine i. S. des § 767 II ZPO beachtliche Tatsache darstellen, weil der Schuldner dadurch den ihm von § 407 I BGB gewährten Schutz, schuldbefreiend an den alten Gläubiger leisten zu können, verloren habe (Baumbach/Lauterbach/Albers/ Hartmann, ZPO, 58. Aufl., § 767 Rdnr. 23; K. Schmidt, in: MünchKomm, ZPO, § 767 Rdnr. 77; Musielak/Lackmann, ZPO, 2. Aufl., § 767 Rdnr. 39; Rosenberg/Gaul/Schilken, ZwangsvollstreckungsR, 10. Aufl., § 40 V la a.E.; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 21. Aufl., § 767 Rdnr. 30; Thomas/Putzo, ZPO, 22. Aufl., § 767 Rdnr. 22; Wieczorek/Schütze/ Salzmann, ZPO, 3. Aufl., § 767 Rdnr. 54; Zöller/Herget, ZPO, 21. Aufl., § 767 Rdnr. 14; ebenso OLG Koblenz, JurBüro 1989, 704; a. A. Karst, MDR 1995, 559; OLG Dresden, NJW-RR 1996, 444). Diese Ansicht vermag nicht zu überzeugen. Sie ist mit Wortlaut und Inhalt des § 767 ZPO nicht zu vereinbaren. Die von ihr vorgenommene Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Vollstreckungsabwehrklage ist auch nicht unter dem Gesichtspunkt des Schuldnerschutzes gerechtfertigt.

§ 407 BGB begründet für den Schuldner nur einen Einwand gegenüber dem neuen Gläubiger, also dem Zessionar. Auf die Rechtsbeziehung zum Abtretenden (Zedenten), der aus dem Titel vollstreckt, hat die Vorschrift keinen Einfluss. Nach § 767 I ZPO sind nur solche Einwendungen bedeutsam, die den titulierten Anspruch selbst betreffen. Hat der Zedent ein rechtskräftiges Urteil zu seinen Gunsten erwirkt, lässt sich aus der nachträglichen Kenntnis von der Abtretung ihm gegenüber schon deshalb kein gem. § 767 II ZPO zulässiger Einwand herleiten, weil der Schuldner damit nach Schluss der mündlichen Verhandlung lediglich eine Verteidigungsmöglichkeit gegenüber dem Zessionar verloren hat, in dem Rechtsverhältnis zum Zedenten dagegen keine Änderungen eingetreten sind.

Eine analoge Anwendung von § 767 II ZPO käme allerdings in Betracht, wenn die wortlaut- und inhaltsgetreue Auslegung der Vorschrift zu einer mit Sinn

und Zweck der §§ 404ff. BGB nicht vereinbarten Rechtsschutzlücke beim Schuldner führen würde. Das ist indessen nicht der Fall.

Zwar wird der Kl. infolge der Kenntnis von der Abtretung durch eine Leistung an die Bekl. nunmehr dem Zessionar gegenüber nicht von seiner Verbindlichkeit frei. Die Rechtskraftwirkung nach § 325 I ZPO beschränkt sich auf den ausgeurteilten Anspruch. § 325 I ZPO verdrängt die Vorschrift des § 407 I BGB nicht; der Schuldner kann sich dem neuen Gläubiger also nicht mit Erfolg auf eine an den Zedenten als Titelgläubiger nach Kenntnis von der Abtretung erbrachte Leistung berufen (BGHZ 86, 337 [340] = NJW 1983, 886 = LM § 135 BGB Nr. 4). § 407 II BGB erstreckt lediglich die Rechtskraftwirkung des § 325 ZPO auf die Fälle, in denen die Abtretung schon vor Rechtshängigkeit erfolgt ist (vgl. BGHZ 35, 165 [168] = NJW 1961, 1457 = LM § 322 ZPO Nr. 29; BGHZ 86, 337 [339] = NJW 1983, 886 = LM § 135 BGB Nr. 4). Um einen solchen Fall geht es hier nicht.

Der Kl. kann jedoch seine berechtigten Belange auf einem einfacheren Wege wahren als mittels einer Klage aus § 767 ZPO, die sich auf die dem Titelgläubiger fehlende Aktivlegitimation stützt.

Verlangt in einem Fall, wie er hier gegeben ist, der Titelgläubiger Zahlung, obwohl er den geltend gemachten Anspruch abgetreten hat, verdient der Schuldner lediglich Schutz vor der Gefahr, dass seine Zahlung keine Erfüllung der Verbindlichkeit bewirkt und er ein zweites Mal leisten muss. Weist der Titelgläubiger nicht nach, dass ihm eine Einziehungsermächtigung erteilt wurde, und erhält der Schuldner auf entsprechende Anforderung auch keine inhaltlich übereinstimmenden Erklärungen des alten und des neuen Gläubigers, an wen er leisten soll, besitzt er nicht die notwendige Gewissheit über die Person des Gläubigers. Diese Unsicherheit hat er nicht zu vertreten; denn gerade bei Abtretungsvorgängen, die außerhalb seines Einflussbereichs liegen, können von ihm grundsätzlich keine weiteren Anstrengungen zur Ermittlung des Sachverhalts verlangt werden (vgl. BGH, NJW 1997, 1501 = LM § 372 BGB Nr. 13 = WM 1997, 515 [517]). Der Schuldner hat dann die Möglichkeit, seine Verbindlichkeit im Wege der Hinterlegung (§§ 372 S. 2, 378 BGB) zu erfüllen. Dass er auch nach § 409 BGB von seiner Schuld hätte frei werden können, schließt die Befugnis zur Hinterlegung nicht aus; denn § 409 BGB begründet lediglich ein Recht und keine Pflicht zur Leistung an die von dem Zedenten bezeichnete Person (BGH, NJW 1997, 1501 = LM § 372 BGB Nr. 13). Solange der Schuldner bereits auf diese Weise verhindern kann, dass der Titelgläubiger gegen ihn vorgeht, gibt es keinen anzuerkennenden Grund, ihm die Vollstreckungsabwehrklage zu eröffnen. Erst dann, wenn die Vollstreckung trotzdem fortgesetzt wird, steht dem Schuldner die Klage aus § 767 ZPO zur Verfügung, die dann auf die erfolgte Hinterlegung als nachträgliche Tatsache gestützt werden kann (vgl. Zöller/Herget, § 767 Rdnr. 12; allg. Meinung). Der Kl. hat nicht behauptet, dass er auf dem beschriebenen Weg seine berechtigten Interessen gegenüber den Bekl. und dem neuen Gläubiger nicht hat wahren können.

Der Schuldner, dem der Titelgläubiger mitgeteilt hat, der Anspruch sei abgetreten, wird zudem durch eine Leistung an den ihm benannten neuen Gläubiger zugleich vor einer Inanspruchnahme durch den Zedenten geschätzt; denn dieser muss eine solche Leistung gegen sich gelten lassen (§ 409 I BGB). Mit diesem Einwand kann anschließend einer eventuellen Fortsetzung der Vollstreckung ebenfalls wirksam nach § 767 ZPO begegnet werden. Auch auf diesem Weg werden die berechtigten Belange des Schuldners gewahrt; denn durch Zahlung an den ihm bezeichneten neuen Gläubiger wird er von der Verbindlichkeit befreit und erwirbt gleichzeitig einen dem Zedenten gegenüber durchgreifenden Einwand. Unterlässt es der Schuldner dagegen aus von ihm zu vertretenden Gründen, die Möglichkeiten zu nutzen, mit denen er die Gefahr einer doppelten Zahlung ausschließen kann, ist er im Verhältnis zum vollstreckenden Gläubiger nicht schutzwürdig. In diesem Falle wird er daher durch die strikte Anwendung des § 767 II ZPO nicht unangemessen benachteiligt.

Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung bindet die Vorschrift des § 407 I BGB den Schuldner nicht in dem Sinne, dass er dem Zedenten die Leistung, die er ihm in Unkenntnis der Abtretung erbracht hat, belassen muss und sich dem Zessionar gegenüber nur auf die Erfüllung an den Altgläubiger berufen kann. Vielmehr hat der Schuldner auch die Möglichkeit, stattdessen vom Zedenten die Leistung aus ungerechtfertigter Bereicherung zurückzufordern (BGHZ 52, 150 [153] = NJW 1969, 1479 = LM § 407 BGB Nr. 10; BGHZ 102, 68 [71 f.] = NJW 1988, 700 = LM § 407 BGB Nr. 20; LM § 407 BGB Nr. 3; a. A. OLG Dresden, NJW-RR 1996, 444). Zu dieser Rechtsprechung steht die hier aufgezeigte Lösung nicht in Widerspruch; denn sie eröffnet dem Schuldner gerade die Möglichkeit, ohne Leistung an den Zedenten als Titelgläubiger seine schutzwürdigen Belange zu wahren.

Der hier aufgezeigte Weg führt ebenfalls zu einem interessegerechten Ergebnis, wenn der Schuldner erst nach dem gern. § 767 II ZPO maßgeblichen Zeitpunkt eine Forderung gegen den Zedenten erworben hat. In diesem Falle ist er berechtigt, auch dem neuen Gläubiger gegenüber aufzurechnen, wenn ihm die Forderung gehörte, bevor er von dem Gläubigerwechsel erfuhr, und sie zu diesem Zeitpunkt bereits fällig war (§ 406 BGB). Mit einer solchen Aufrechnung kann eine weitere Zwangsvollstreckung durch den Altgläubiger erfolgreich bekämpft werden; denn insoweit sind alle Voraussetzungen des § 767 II ZPO erfüllt.

Die Literatur beruft sich für die von ihr vertretene Auffassung zu Unrecht auf das Urteil des BGH vom 21. 4. 1980 (NJW 1980, 2527 [2528] = LM § 717 ZPO Nr. 14). Im dort entschiedenen Fall scheiterte der Einwand aus § 767 ZPO bereits deshalb, weil der Zessionar dem Altgläubiger im Vorprozess eine Einziehungsermächtigung erteilt hatte. Die hier erörterte Frage wurde daher nicht entscheidungserheblich; das Urteil ist auf sie auch nicht eingegangen.

Den Aufrechnungseinwand hat das BerGer. nicht gelten lassen, weil es an einer Aufrechnungslage gegenüber beiden Bekl. fehle. Die titulierte Forderung habe den Bekl. nicht als Gesamtgläubigem zugestanden; vielmehr seien die Bekl. insoweit Mitgläubiger (§ 432 BGB) gewesen. Dem ist zuzustimmen; die vom Kl. erklärte Aufrechnung scheitert, weil es an der von § 387 BGB geforderten Gegenseitigkeit fehlt. Entgegen der Meinung des Kl. waren die Bekl. hinsichtlich der titulierten Forderung keine Gesamtgläubiger. Die Bekl. waren Vorstandsmitglieder des Vereins, der ihnen seinen Regressanspruch gegen den Kl. abgetreten hat. Gesamtgläubigerschaft (§ 428 BGB) liegt nur dann vor, wenn mehrere eine Leistung in der Weise zu fordern berechtigt sind, dass jeder die ganze Leistung an sich fordern kann, der Schuldner aber die Leistung nur einmal zu bewirken braucht. Eine solche Berechtigung muss sich entweder aus dem Gesetz oder auf Grund einer vertraglichen Regelung ergeben. Entsprechende Voraussetzungen sind in der Regel weder bei einer zum Vermögen einer Personengesellschaft gehörenden Forderung (BGH, NJW 1996, 2859 [2860] = LM § 428 BGB Nr. 24) noch bei Forderungen einer Gemeinschaft i. S. des § 741 BGB gegeben (vgl. BGHZ 106, 222 [226] = NJW 1989, 1091 = LM § 43 WEG Nr. 10; BGHZ 121, 22 [25] = NJW 1993, 727 = LM § 13 WEG Nr. 2). Im letzteren Fall handelt es sich grundsätzlich um eine gemeinschaftliche Berechtigung i. S. des § 432 BGB, mit der Folge, dass jeder Gläubiger nur die Leistung an alle fordern kann. Davon ist auch im Streitfall auszugehen. Der Kl. hat keine Tatsachen vorgetragen, die darauf hindeuten, dass die Beteiligten bei Übertragung des Anspruchs etwas anderes als eine einfache Forderungsgemeinschaft zwischen den Abtretungsempfängern begründen wollten.

Ein Anspruch des Kl. aus § 826 BGB kommt, wie das BerGer. zu Recht angenommen hat, nicht in Betracht. Allein daraus, dass, die Bekl. dem Kl. im Prozess die Abtretung nicht mitgeteilt haben und die Vollstreckung aus dem Urteil trotz der Zession betreiben, lässt sich ein Schädigungsvorsatz nicht herleiten.

Der Kl. kann schließlich auch nicht Rückgabe der Bürgschaftsurkunde verlangen. Die Bürgschaft ist zur Sicherung der titulierten Ansprüche erteilt worden. Die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil ist weiterhin zulässig. Solange der titulierte Anspruch nicht erfüllt oder die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt ist, steht dem Kl. kein Anspruch auf Rückgabe der Bürgschaft zu. Ob der von ihm gestellte Antrag schon aus prozessrechtlichen Gründen scheitert, weil der nach § 109 ZPO vorgesehene Weg vorrangig ist (vgl. Senat, NJW 1994, 1351 = LM § 108 ZPO Nr. 7 = ZIP 1994, 654), kann dahingestellt bleiben.

Standort: Zivilprozessrecht — Problem: Antragsbindung gem. § 308 ZPO

BGH, URTEIL VOM 26.09.2000
VI ZR 279/99 (NJW 2001, 157)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Rechtsstreit begehrte die Kl. im Wege der Unterlassungsklage (§§ 1004, 823 I, 824 BGB), dass die Bekl. von einer beabsichtigten negativen Bewertung in ihrer Verbraucherzeitschrift über zwei von der Kl. vertriebene Mehrfruchtsäfte absehe. Im Laufe des Verfahrens änderte die Kl. den Namen der Produkte für den Vertrieb. Die Neubezeichnung der fraglichen Fruchtsäfte hat das BerGer. ohne weiteres übernommen. Hiergegen wendete sich die Bekl. mit der Revision erfolgreich.

Zu Recht rügt die Revision, dass das BerGer. von einem unzutreffenden Streitgegenstand, ausgegangen ist und deshalb mit dem Urteilsausspruch gegen § 308 I ZPO verstoßen hat. Streitgegenstand des vorliegenden Rechtsstreits ist nicht die Veröffentlichung eines Testberichts über die derzeit unter der neuen Bezeichnung auf dem Markt befindlichen Säfte der Kl., sondern die Publizierung der früheren Testergebnisse der fraglichen Mehrfruchtsäfte unter deren damaliger Bezeich-

nung. Mit seiner abweichenden Auffassung hat das BerGer. den Streitgegenstand verkannt und sich deshalb schon vom Ansatz her eine zutreffende Beurteilung des Rechtsstreits verstellt. Nur die Parteien dürfen im Rahmen einer Klageänderung gem. §§ 263 ff. ZPO den Streitgegenstand ändern, aber nicht das Gericht von sich aus.

Prüfungsrelevanz:

In § 308 ZPO ist die Bindung des Zivilgerichts an die Parteianträge als Ausfluss der Dispositionsmaxime angeordnet. Das Gericht darf nicht mehr und nichts anderes zusprechen als beantragt ist und nichts aberkennen, was nicht (mehr) zur Entscheidung gestellt ist (BGH NJW 1991, 1683). Jedoch darf das Gericht weniger zusprechen als beantragt; in diesem Fall ist die Klage im übrigen abzuweisen (BGHZ 117, 1). Auf eine andere Anspruchsgrundlage gestützt, also unter einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt darf das Gericht das Beantragte aber zusprechen. Die Parteien können insoweit keine Bindungswirkung erzeugen; die Verfügungsbefugnis der Parteien über den Streitgegenstand kann nicht auch die dahinter stehenden materiellrechtlichen Anspruchsgrundlagen erfassen.

Ein Verstoß gegen § 308 ZPO rechtfertigt Rechtsmittel gegen das Urteil. Ist ein Rechtsmittel nicht (mehr) zulässig, ist umstritten, wie weiterhin verfahren werden soll (Vollstreckungsgegenklage, Nichtigkeitsklage, Verfassungsbeschwerde, Analogie zu § 321 ZPO; vgl. zum Streitstand: Thomas/Putzo, § 308 ZPO, Rd. 5 m.w.N.)

Leitsatz:

Richtet sich eine vorbeugende Unterlassungsklage gegen die Veröffentlichung eines Testberichts über ein im Klageantrag namentlich bezeichnetes Produkt, so stellt es einen Verstoß gegen § 308 ZPO dar, wenn das Berufungsgericht das Verbot von sich aus auf ein nunmehr unter anderer Bezeichnung auf dem Markt befindliches Produkt bezieht.

Sachverhalt:

Die Kl. ist Herstellerin von Mehrfruchtsäften, mit denen sie eine bedeutende Einzelhandelskette beliefert. Die bekl. Stiftung Warentest - eine von der Bundesrepublik Deutschland als Stiftung des privaten Rechts errichtete Institution - beabsichtigte, im Heft 10/97 ihrer Zeitschrift "Test" unter dem Titel "Gesundheit aus dem Glas?" einen Bericht über einen Test von 20 Mehrfruchtsäften zu veröffentlichen. In diesem Bericht sollten zwei von der Kl. hergestellte Säfte mit der Gesamtnote "mangelhaft" bewertet werden, obwohl die Einzelbewertungen zwischen "sehr gut" und "zufriedenstellend" lagen und nur die chemische Qualität mit "mangelhaft" eingestuft wurde. Zur Erläuterung hieß es in dem beabsichtigten Testbericht, dass bei den betreffenden Säften sowohl in den ursprünglich als auch später gekauften Proben hohe Maltosewerte gefunden worden seien, wie sie bei Produkten der hier angetroffenen Zusammensetzung nicht vorkämen. Die gefundenen Maltosewerte seien nur durch einen (unerlaubten) Zuckerzusatz erklärbar. Bestätige das Ergebnis sich an mehreren Proben mit unterschiedlichen Mindesthaltbarkeitsdaten, führe dies zu einem "mangelhaft" im Test-Qualitätsurteil. Die Bekl. hatte zur Durchführung des Warentests jeweils drei Chargen aus der Produktion der Kl. mit Mindesthaltbarkeitsdaten zum 31. 1. 1998, 30. 6. 1998 und 31. 7. 1998 untersucht. Auf Grund einer von der Kl. erwirkten einstweiligen Verfügung unterließ die Bekl. im veröffentlichten Testbericht die Erwähnung der Säfte der Kl. Nach Aufhebung der einstweiligen Verfügung auf den Widerspruch der Bekl. hin untersagte das BerGer. auf die Berufung der Kl. mit Urteil vom 30. 1. 1998 der Bekl. im Wege der einstweiligen Verfügung die Äußerung, die namentlich bezeichneten Multivitaminsäfte enthielten Maltose in einer Menge, die nur durch einen (unerlaubten) Zuckerzusatz erklärbar sei, sofern diese Säfte deswegen mit dem Qualitätsurteil "mangelhaft" bewertet würden. Die Kl. verfolgt ihr Unterlassungsbegehren im Hauptsacheverfahren weiter. Sie hat beantragt, die Bekl. zu verurteilen, die Äußerung zu unterlassen, dass die Multivitaminsäfte der Kl. "A Fruchtoase" und "A Multifit" Maltosewerte enthielten, die nur durch einen (unerlaubten) Zuckerzusatz erklärbar seien, und es zu unterlassen, die genannten Säfte aus diesem Grund mit dem Testqualitätsurteil "mangelhaft" zu bewerten. Die Parteien streiten mit umfangreichen Darlegungen darüber, ob den für den Test untersuchten Säften im Produktionsbetrieb Zukker zugesetzt worden sei oder ob, wie die Kl. behauptet, die gefundenen Maltosewerte bei einem zulässigen Zusatz von Enzymen zum Abbau der in den Früchten enthaltenen Stärke entstanden seien. Insbesondere besteht Streit darüber, ob die von der Bekl. gewählten Untersuchungsverfahren wissenschaftlich anerkannt seien und ob es wissenschaftlich vertretbar sei, von dem Maltosegehalt in Säften auf einen Zuckerzusatz zu schließen. Unstreitig sind in sämtlichen von der Bekl. nach dem hier in Rede stehenden Test eingekauften Proben keine auffällig erhöhten Maltosewerte mehr vorhanden, wobei die Säfte von der Kl. inzwischen unter den Bezeichnungen "Fruchtoase Multivitamin Mehrfruchtsaft" und "Rio. Multivitamin 12 Fruchtsaft" vertrieben werden. Die Bekl. hat im zweiten Rechtszug erklärt, dass gleichwohl noch eine Veröffentlichung des streitigen Testberichts erfolgen solle, sich hierbei jedoch zur Form einer solchen Veröffentlichung nicht näher geäußert.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Kl. hat das OLG die Bekl. mit dem angefochtenen Urteil verurteilt, die Äußerung zu unterlassen, die Multivitaminsäfte der Kl. "A Fruchtoase" (heute: "Fruchtoase Multivitamin Mehrfruchtsaft") und "A

Multifit" (seit Juni 1997: "Multivitamin Mehrfruchtsaft", heute: "Rio. Multivitamin 12 Fruchtsaft") enthielten Maltosewerte, die nur durch einen (unerlaubten) Zuckerzusatz erklärbar seien, und es zu unterlassen, die genannten Säfte aus diesem Grund mit dem Test-Qualitätsurteil "mangelhaft" zu bewerten. Die Revision der Bekl. war erfolgreich und führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Gründe:

Das BerGer. ist der Auffassung, dass die auf §§ 1004, 823 I, 824 BGB gestützte vorbeugende Unterlassungsklage "zumindest nunmehr" begründet sei. Streitgegenstand sei nämlich das Begehren der Kl., für die Zukunft die in dem beabsichtigten Testbericht enthaltenen Äußerungen der Bekl. hinsichtlich der heute im Vertrieb befindlichen, von der Kl. produzierten Säfte zu verhindern.

Äußerungen über konkrete in der Vergangenheit untersuchte und von der Kl. hergestellte Säfte seien der Bekl. weder durch die Entscheidungen im einstweiligen Verfügungsverfahren noch durch dieses Urteil untersagt. Folglich bedürfe es keiner Klärung der Streitfrage, ob die in den ursprünglich getesteten Proben gefundenen Maltosewerte nur durch eine Fremdzuckerung erklärbar seien, weil Streitgegenstand des Rechtsstreits keine Äußerung über die alten Proben sei. Vorliegend wolle die Kl. lediglich unterbinden, dass die beabsichtigten Äußerungen in dem Testbericht Wirkung für die Zukunft entfalteten und mit den derzeit am Markt gehandelten Produkten der Kl. in Verbindung gebracht würden.

Der solchermaßen verstandene Anspruch der Kl. auf Unterlassung sei begründet, weil der verständige Leser eines Berichts über einen vergleichenden Warentest davon ausgehe, dass dieser sich auf noch am Markt erhältliche Waren beziehe und der Testbericht insoweit eine Zukunftswirkung entfalte.

Der Verbraucher werde zwar möglicherweise erkennen, dass die Fruchtsäfte nicht mehr unter den ursprünglichen Bezeichnungen erhältlich seien, gleichwohl jedoch die weiterhin bei der betreffenden Einzelhandelskette erhältlichen gleichen Produkte auch unter dem neuen Namen erkennen. Er werde deshalb den Testbericht auch auf die nunmehr erhältlichen Multivitaminsäfte beziehen, da in dem Testbericht gerade der Hinweis enthalten gewesen sei, dass die hohen Maltosewerte sowohl in den ursprünglich als auch den später gekauften Proben gefunden worden seien. Unstreitig seien jedoch die damaligen Beanstandungen bei den derzeit vertriebenen Produkten nicht mehr gerechtfertigt. Eine jetzige Veröffentlichung mit der Bewertung "mangelhaft" sei daher irreführend und unzulässig weil sie das Recht der Kl. an ihrem eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb verletze.

Entsprechendes gelte für die Tatsachenbehauptung, dass die von der Kl. produzierten Säfte Maltosewerte enthielten, die nur durch einen (unerlaubten) Zuckerzusatz erklärbar seien. Die Unwahrheit dieser Behauptung stehe fest, da unstreitig sei, dass die zeitlich nach dem Test untersuchten Säfte keine aus Sicht der Bekl. auffälligen Maltosewerte aufgewiesen hätten. Deshalb könne die Kl. gem. §§ 824, 1004 BGB die Unterlassung der angegriffenen Behauptung verlangen, wobei auch hinsichtlich dieser Tatsachenbehauptung Streitgegenstand nur das Verhindern einer entsprechenden Äußerung für die Zukunft sei.

Das Berufungsurteil hält den Angriffen der Revision nicht stand.

Zu Recht rügt die Revision, dass das BerGer. von einem unzutreffenden Streitgegenstand, ausgegangen sei und deshalb mit dem Urteilsausspruch gegen § 308 I ZPO verstoßen habe. Streitgegenstand des vorliegenden Rechtsstreits ist nämlich entgegen der Auffassung des BerGer. nicht die Veröffentlichung eines Testberichts über die derzeit unter der neuen Bezeichnung auf dem Markt befindlichen Säfte der Kl., sondern die Publizierung der Testergebnisse der im Jahre 1997 untersuchten Mehrfruchtsäfte unter deren damaliger Bezeichnung. Mit seiner abweichenden Auffassung hat das BerGer. den Streitgegenstand verkannt und sich deshalb schon vom Ansatz her eine zutreffende Beurteilung des Rechtsstreits verstellt.

Nach der heute herrschenden prozessrechtlichen Auffassung vom zweigliedrigen Streitgegenstand im Zivilprozess, der sich der BGH angeschlossen hat (vgl. BGHZ 34, 337 [339] = NJW 1961, 917 = LM § 322 ZPO Nr. 28; BGHZ 36, 365 [367] = NJW 1962, 1109 = LM § 322 ZPO Nr. 38; BGHZ 117, 1 [5] = NJW 1992, 1172 = LM H. 4/1992 § 322 ZPO Nr. 133), wird mit der Klage nicht ein bestimmter materiell-rechtlicher Anspruch geltend gemacht. Vielmehr ist Gegenstand des Rechtsstreits der als Rechtsschutzbegehren oder Rechtsfolgenbehauptung aufgefasste eigenständige prozessuale Anspruch. Dieser wird bestimmt durch den Klageantrag, in dem sich die vom Kl. in Anspruch genommene Rechtsfolge konkretisiert, und den Lebenssachverhalt (Anspruchsgrund), aus dem der Kl. die begehrte Rechtsfolge herleitet.

Danach bildeten im Verfahren über den Erlass der einstweiligen Verfügung die beabsichtigten Äußerungen über die 1997 konkret getesteten Säfte den Streitgegenstand. Entgegen der nunmehr in dem angefochtenen Urteil geäußerten Ansicht des BerGer. ist es der Bekl. durch die Entscheidung in jenem Verfahren untersagt worden, die beabsichtigten Äußerungen über die damals untersuchten Säfte der Kl. aufzustellen. Das ergibt sich bereits aus den dortigen Anträgen und dem Urteilstenor, wonach ausdrücklich nur die Äußerungen über die Säfte "A Fruchtoase" und "A Multifit" untersagt werden. Der zur Begründung herangezogene Lebenssachverhalt betraf ebenfalls nur die damals von der Bekl. getesteten Säfte, wobei der Schwerpunkt

des Streits in der Frage lag, wodurch die vorgefundenen hohen Maltosewerte entstanden sind. Auch aus dem Zeitablauf ergibt sich, dass es in jenem Verfahren nicht um Äußerungen zu den nunmehr unter anderem Namen auf dem Markt befindlichen Säften der Kl. gehen konnte. Nachdem bereits im September 1997 der Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung gestellt worden war, ist die das Verfahren abschließende Entscheidung des BerGer. vom 30. 1. 1998 zu einem Zeitpunkt ergangen, in dem eine Veröffentlichung nur mit Bezug auf die konkret getesteten Säfte in Rede stand. Schließlich zeigen auch die Entscheidungsgründe jenes Urteils, dass das BerGer. damals seine Unterlassungsverfügung in diesem Sinne verstanden hat. Es hat sie nämlich ausschließlich auf eine Interessenabwägung gestützt, nach der der Bekl. ein vorübergehendes Zuwarten mit der noch ausstehenden Veröffentlichung bis zur Klärung des Vorwurfs einer unerlaubten Zukkerung in einem normalen Erkenntnisverfahren eher zugemutet werden könne als der Kl. eine irreparable Schädigung ihrer Geschäftsbeziehungen. Der Bekl. sollten durch die einstweilige Verfügung die Äußerungen über die konkret getesteten Säfte mithin nur vorübergehend, nämlich bis zur Entscheidung in der Hauptsache, verboten werden.

Schon von daher wird deutlich, dass der vorliegende Rechtsstreit denselben Streitgegenstand wie das einstweilige Verfügungsverfahren betrifft. Die Kl. hat die Klage nach Fristsetzung auf Antrag der Bekl. zur Vermeidung der Aufhebung der einstweiligen Verfügung erhoben (§§ 926, 936 ZPO). Um dieses Ziel zu erreichen, muss die Klage den Anspruch betreffen, den die erlassene einstweilige Verfügung sichern soll, wobei entscheidend ist, dass sie zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Eilmaßnahme führt (BGHZ 122, 172 [176] = NJW 1993, 2685 = LM H. 2/1994 § 945 ZPO Nrn. 30, 31). Folgerichtig hat die Kl. bereits in der Klageschrift ausdrücklich erklärt, dass sie mit den Klageanträgen ihr Begehren, das bereits Gegenstand des einstweiligen Verfügungsverfahrens gewesen sei, weiterverfolgen wolle. Ihre mit der Klageschrift angekündigten und im Berufungsverfahren unverändert gebliebenen Anträge betreffen denn auch nur die Säfte "A Fruchtoase" und "A Multifit" und entsprechen mithin der einstweiligen Verfügung. Unverändert geblieben ist auch ihr Sachvortrag, der sich auf die damals untersuchten Säfte bezieht und weiterhin die Richtigkeit der Schlussfolgerungen der Bekl. in Frage stellt.

Es kann auch nicht zu einer anderen Beurteilung führen, dass die Kl. sich im Verlauf des Rechtsstreits auf die zwischen den Parteien unstreitige Tatsache berufen hat, dass in den nunmehr unter anderer Bezeichnung vertriebenen Säften bei späteren Untersuchungen der Bekl. keine auffällig hohen Maltosewerte mehr gefunden worden seien. Die Kl. hat nämlich diesen Umstand ersichtlich nur zur Unterstützung ihrer Argumentation vorgetragen, dass die unterschiedlichen Maltosewerte durch natürliche Schwankungen des Stärkegehalts der Früchte entstanden seien. Sie hat jedoch in keiner Weise erkennen lassen, dass sie nunmehr eine Veröffentlichung (auch) bezüglich dieser Säfte verbieten lassen und insoweit die Klage ändern oder erweitern wolle. Zwar ist es bei Unterlassungsanträgen denkbar, mit demselben Klageantrag verschiedene Streitgegenstände zu verfolgen (vgl. BGH, NJW-RR 1992, 1069 = LM H. 10/1992 RabattG Nr. 52 = BGHR ZPO § 253 Abs. 2 Nr. 2 Unterlassungsurteil 2). Hierfür hätte es jedoch unter den Umständen des Streitfalls einer eindeutigen und zweifelsfreien Klarstellung durch die Kl. bedurft (vgl. BGH, NJW-RR 1992, 1069 = LM H. 10/1992 RabattG Nr. 52 = BGHR ZPO § 253 Abs. 2 Nr. 2 Unterlassungsurteil 2). Insbesondere kann entgegen der Auffassung des BerGer. nicht angenommen werden, dass die Kl. an Stelle des bisherigen Streitgegenstands nunmehr nur noch den vom BerGer. zu Grunde gelegten Streitgegenstand verfolgen wolle, weil sie in diesem Fall Gefahr gelaufen wäre, die Aufhebung der einstweiligen Verfügung - über deren Rechtmäßigkeit dann keine Entscheidung mehr hätte ergehen können - hinnehmen zu müssen. Angesichts dieser einschneidenden Rechtsfolge kann ein solcher Wille der Kl. nicht ohne ausdrückliche Erklärung unterstellt werden. Von einer solchen Klarstellung kann jedoch nicht die Rede sein. Auch mit der Revisionserwiderung weist die Kl. lediglich auf den allgemeinen Grundsatz hin, dass es den Parteien eines Verfügungsverfahrens freistelle, im Hauptsacheverfahren den Streitgegenstand zu erweitern, ohne jedoch vorzutragen, dass dies im vorliegenden Fall geschehen oder auch nur von ihr beabsichtigt worden sei.

Beziehen sich mithin bereits die Anträge eindeutig nur auf die damals getesteten Fruchtsäfte, so reicht auch das übrige Vorbringen der Kl. nicht aus, um mit dem BerGer. eine Änderung des Streitgegenstands anzunehmen. Dieses Vorbringen steht vielmehr in deutlichem Gegensatz zur Auffassung des BerGer., die beabsichtigte Äußerung der Bekl. über die früheren Proben sei nicht Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits. Im Berufungsurteil des einstweiligen Verfügungsverfahrens hatte das BerGer. darauf hingewiesen, dass die Kl. in einem künftigen Klageverfahren zu beweisen habe, dass die von der Bekl. beanstandeten Maltosemengen durch eine Enzymatisierung der Fruchtrohstoffe und nicht durch Zuckerzusatz entstanden seien. Folgerichtig hat die Kl. im vorliegenden Hauptsacheverfahren versucht, die Unwahrheit der von der Bekl. behaupteten Tatsache zu beweisen und ist damit im ersten Rechtszug unterlegen, weil sie nach Auffassung des LG die Zusammensetzung der Säfte nicht hinreichend genau mitgeteilt habe. Mit der Berufung hat die Kl. ihren erstinstanzlichen Vortrag vertieft und für die konkreten, nämlich von der Bekl. getesteten Produkte dargelegt und unter Beweis gestellt, dass die zu hohen Maltosewerte durch enzymatische

Veränderungen der Rohwaren erklärbar seien. Dem ist die Bekl. mit der Behauptung entgegengetreten, dass die - unstreitige - Verringerung der Maltosewerte in den nunmehr vertriebenen Säften auf eine Produktionsänderung bzw. die Auswechslung des verantwortlichen Lieferanten der Kl., zurückgehe. Angesichts dieses Parteivorbringens ist der Revision darin zuzustimmen, dass die Parteien bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung darüber gestritten haben, ob die Maltosewerte bei den von der Bekl. getesteten Proben nur durch einen Zuckerzusatz verursacht sein könnten oder ob hierfür auch ein Enzymierungsvorgang ursächlich sein könne.

Bei dieser Sachlage handelt es sich bei dem vom BerGer. vorgenommenen Zusatz im Tenor des angefochtenen Urteils hinsichtlich der Bezeichnung der Säfte nicht lediglich um eine redaktionelle Klarstellung ohne Änderung des sachlichen Gehalts. Vielmehr stellt sich dieses Vorgehen in prozessualer Hinsicht als eigenmächtige Änderung des Streitgegenstands dar, die vom Antrag der Kl. nicht gedeckt ist und deshalb gegen § 308 ZPO verstößt.

Daneben erweist es sich in materiell-rechtlicher Hinsicht als fehlerhaft, dass der Bekl. eine Äußerung verboten wird, die sie mit diesem Inhalt - nämlich in Bezug auf die jetzt von der Kl. vertriebenen und im Tenor des Berufungsurteils im Klammerzusatz aufgeführten Produkte - nicht aufgestellt hat und hinsichtlich derer die Kl. auch nicht dargetan hat, dass die Bekl. eine solche Äußerung veröffentlichen wolle. Vielmehr bezieht sich die von der Kl. als unwahr beanstandete Äußerung, die hohen Maltosewerte seien nur durch einen (unerlaubten) Zuckerzusatz erklärbar, ausschließlich auf die von der Bekl. für den betreffenden Warentest untersuchten und im Antrag der Kl. namentlich erwähnten Säfte. Deshalb spielt es beim derzeitigen Verfahrensstand auch keine Rolle, ob es sich - wie das BerGer. meint - um die "gleichen" Säfte handelt und die Kl. nur die Bezeichnung geändert hat, was die Bekl. im Übrigen bestreitet. Maßgeblich ist vielmehr, dass der Testbericht als Gegenstand des Unterlassungsanspruchs die konkret getesteten Säfte unter deren früherer Bezeichnung betraf.

Da das angefochtene Urteil schon wegen des aufgezeigten durchgreifenden Verfahrensfehlers der Aufhebung unterliegt, kann dahinstehen, ob das BerGer. für den von ihm angenommenen Streitgegenstand mit Recht eine Erstbegehungsgefahr bejaht hat, die die Kl. konkret nachzuweisen hätte (Senat, NJW 1987, 2222 = LM § 823 [Ai] BGB Nr. 66, sowie NJW 1997, 2593 = LM H. 11/1997 § 823 [Ai] BGB Nr. 71). Für das weitere Verfahren ist vorsorglich darauf hinzuweisen, dass der Kl. der Beweis dafür obliegt, dass die von der Bekl. ursprünglich zur Veröffentlichung vorgesehenen Tatsachenbehauptungen unwahr sind und die beabsichtigte Veröffentlichung des Berichts über den Warentest auf der Grundlage der Rechtsprechung des erkennenden Senats aus diesem Grund unzulässig wäre (vgl. hierzu Senat, NJW 1997, 2593 = LM H. 11/1997 § 823 [Ai] BGB Nr. 71 m. w. Nachw.). Insofern müsste die Zulässigkeit einer Veröffentlichung der früheren Testergebnisse nicht bereits am Zeitablauf und auch nicht daran scheitern, dass die Kl. möglicherweise die Produkte inzwischen verändert hat. Die Bekl. wäre jedoch nach den Grundsätzen des Senatsurteils vom 17. 6. 1997. (Senat, NJW 1997, 2593) jedenfalls zu dem deutlichen Hinweis gehalten, dass ihre Beanstandung sich nicht auf die derzeit unter geänderter Bezeichnung vertriebenen Produkte der Kl. bezieht.

Standort: Kaufrecht Problem: Abgrenzung von Sach- und Rechtsmangel

BGH, URTEIL VOM 13.10.2000
V ZR 430/99 (NJW 2001, 65)

Problemdarstellung:

In diesem Fall war die Rechtsfrage zu klären, ob die Tatsache, dass eine im Gewerbegebiet gelegene Eigentumswohnung nur von einem bestimmten Personenkreis benutzt werden darf, einen Sach- oder einen Rechtsmangel begründet. Im angegriffenen Urteil war das bauordnungsrechtliche Verbot zur Eigennutzung der Wohnung durch die Kl. als Rechtsmangel gem. § 434 BGB bewertet worden. Im Revisionsverfahren. sieht der BGH die Frage aber anders. Für einen Sachmangel gem. § 459 BGB ist entscheidend, ob der zu beurteilende Mangel aus der Beschaffenheit der Sache erwächst. Dabei ist der Sachmangel nicht auf solche Fehler beschränkt, die der Sache selbst in ihrer natürlichen Beschaffenheit unmittelbar anhaften. Er kann auch in Eigentümlichkeiten bestehen, die in der Beziehung der Sache zur Umwelt begründet sind, wenn sie nach der Verkehrsanschauung für die Brauchbarkeit oder den Wert der Sache bedeutsam sind. Diese Beziehungen können tatsächlicher, wirtschaftlicher oder rechtlicher Natur sein; sie müssen nur in der Beschaffenheit der Sache selbst ihren Grund haben. Dies ist für öffentlich-rechtliche Baubeschränkungen auf der Grundlage entsprechender Vorschriften regelmäßig der Fall.

Prüfungsrelevanz:

Die rechtliche Behandlung von Sach- bzw. Rechtsmängeln am Vertragsgegenstand wird von Vertragstyp zu Vertragstyp unterschiedlich geregelt. Im Kaufrecht werden Sach- und Rechtsmangel unterschiedlich be-

handelt (§§ 434, 440 I, 320 ff. BGB bzw. §§ 459 ff. BGB), im Mietrecht werden sie gleichgestellt (§ 541 BGB) und im Werkvertragsrecht findet sich erst gar keine Rechtsmängelhaftung. Damit ist die Frage, ob im Einzelfall ein Sach- oder ein Rechtsmangel vorliegt entscheidend für die gesamte weitere Bearbeitung. Für die Unterscheidung, ob an einer Kaufsache ein Sach- oder Rechtsmangel besteht, ist nach höchstrichterlicher Rechtsprechung die Frage zu klären, ob der zu beurteilende Mangel aus der Beschaffenheit der Sache als solche selbst erwächst oder von außen kraft des Rechts eines Dritten auf die Sache einwirkt (vgl. BGH NJW 1979, 949; BGHZ 67, 134).

Leitsatz:

Die Tatsache, dass eine im Gewerbegebiet gelegene Eigentumswohnung nur von einem bestimmten Personenkreis benutzt werden darf, kann einen Sachmangel begründen.

Sachverhalt:

Mit notariellem Vertrag vom 14. 10. 1994 kaufte die Kl. von dem Bekl. den Miteigentumsanteil an einem Grundstück verbunden mit dem Sondereigentum an einer Wohnung zum Preis von 350 000 DM unter Ausschluss der Gewährleistung für Größe, Güte und Beschaffenheit des Grundstücks. Das Grundstück liegt im Geltungsbereich eines qualifizierten Bebauungsplans, der es als Gewerbegebiet ausweist. Das Objekt, in dem sich die verkaufte Eigentumswohnung befindet, war mit Bescheid der Kreisverwaltung vom 31. 10. 1990 als gewerblich genutztes Gebäude mit einer Druckerei im Erdgeschoss und zwei darüber liegenden, betriebsbezogenen Wohnungen baurechtlich genehmigt worden. Die Kl. bezog die Wohnung. Mit Bescheid der Kreisverwaltung vom 4. 11. 1996 wurde ihr gem. § 78 LBO/Rheinland-Pfalz i.V. mit § 8 III BauNVO die Nutzung der Wohnung zu eigenen Wohnzwecken untersagt, weil sie keine betriebsbezogene Tätigkeit ausübe und deshalb nicht zu dem Personenkreis zähle, der ausnahmsweise eine solche Wohnung selbst nutzen dürfe. Die Anfechtungsklage gegen den Bescheid und der Antrag auf Zulassung der Berufung blieben ohne Erfolg. Nach vergeblicher Aufforderung, das Eigentum an der Wohnung frei von diesen baurechtlichen Beschränkungen zu übertragen, hat die Kl. Klage erhoben, mit der sie vom Bekl. die Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 350 000 DM Zug um Zug gegen Rückübereignung der Wohnung verlangt und die Feststellung des Annahmeverzugs des Bekl. begehrt.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Kl. hat das OLG dem Zahlungsantrag - unter Abzug einer Nutzungsentschädigung von 36 000 DM und Klageabweisung insoweit - in Höhe von 314 000 DM sowie dem Feststellungsantrag stattgegeben. Die Revision des Bekl. hatte Erfolg und führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Gründe:

Das BerGer. sieht in dem baurechtlichen Verbot der Eigennutzung der Wohnung durch die Kl. einen Rechtsmangel i. S. von § 434 BGB.

Die Kl. könne deshalb vom Bekl. nach §§ 434, 440, 326, 346 BGB die Rückabwicklung des Kaufvertrags verlangen, denn der Verkäufer habe den verkauften Gegenstand frei von Rechten Dritter zu verschaffen. Der in dem Kaufvertrag vereinbarte Gewährleistungsausschluss stehe dem nicht entgegen, weil er nur die Haftung für Sachmängel, nicht aber für Rechtsmängel betreffe. Dagegen wendet sich die Revision mit Recht.

Ein Rechtsmangel nach § 434 BGB kann sich zwar nicht nur aus dem privaten Recht eines Dritten, sondern auch aus dessen Bindung kraft öffentlichen Rechts ergeben (Senat, NJW 1979, 949 = LM § 434 BGB Nr. 5). So hat der Senat, worauf das BerGer. abhebt, die bestehende Sozialbindung einer Wohnung nach dem Wohnungsbindungsgesetz stets als Rechtsmangel gewertet (BGHZ 67, 134 = NJW 1976, 1888 = LM § 459 BGB Nr. 41; zuletzt noch BGH, NJW 2000, 1276). Zu Recht verweist die Revisionserwiderung auch darauf, dass die Kl. hier, wie in den Fällen der Wohnungsbindung, in ihren rechtlichen Befugnissen eingeschränkt ist und zwar sowohl, was die Eigennutzung, als auch was die Fremdnutzung angeht.

Das BerGer. hat jedoch verkannt, dass nach der ständigen Rechtsprechung des Senats für die Unterscheidung, ob ein Rechts- oder ein Sachmangel i. S. des § 459 BGB vorliegt, die Frage ausschlaggebend ist, ob der zu beurteilende Mangel aus der Beschaffenheit der Sache erwächst und damit einen Sachmangel darstellt (vgl. insb. Senat, NJW 1979, 949 = LM § 434 BGB Nr. 5, und BGHZ 67, 134 = NJW 1976, 1888 = LM § 459 BGB Nr. 41). Öffentlich-rechtliche Beschränkungen, die auf bauordnungs- oder planungsrechtlichen Bestimmungen beruhen, hat der Senat deshalb im Anschluss an das RG in seinen späteren Entscheidungen (z. B. RGZ 131, 343 [348]; RGZ 137, 294 [295]) als Sachmängel angesehen, für die der Verkäufer nur unter den Voraussetzungen der §§ 459 ff. BGB haftet (BGHZ 96, 385 [387] = NJW 1986, 1605 = LM § 323 BGB Nr. 8 m. Nachw.). Denn der Sachmangel i. S. des § 459 BGB ist nicht auf solche Fehler beschränkt, die der Sache selbst in ihrer natürlichen Beschaffenheit anhaften. Vielmehr kann er auch in Eigentümlichkeiten bestehen, die in der Beziehung der Sache zur Umwelt begründet sind, wenn sie nach der Verkehrsanschauung für die Brauchbarkeit oder den Wert der Sache bedeutsam sind (BGHZ 34, 32 [41] = NJW 1961, 772 = LM § 459 BGB Nr. 9 L m. Nachw.; BGHZ 67, 134 = NJW 1976, 1888 = LM § 459 BGB Nr. 41; Senat, NJW 1979, 949 = LM § 434 BGB Nr. 5; BGH, NJW 2000, 803 = LM H. 6/2000 § 434 BGB Nr. 15). Diese Beziehungen können tatsäch-

licher, wirtschaftlicher oder rechtlicher Natur sein; sie müssen nur in der Beschaffenheit der Sache selbst ihren Grund haben (BGHZ 67, 134 [136] = NJW 1976, 1888 = LM § 459 BGB Nr. 41). Dies ist für öffentlich-rechtliche Baubeschränkungen, sofern sie ihre Grundlage in bauordnungs- und planungsrechtlichen Vorschriften haben, regelmäßig der Fall (vgl. Senat, NJW 1979, 949 = LM § 434 BGB Nr. 5 m. w. Nachw.); denn in diesen Fällen knüpft die Beschränkung, der die Nutzung der Immobilie unterliegt, regelmäßig an die Lage der Sache, also an ihre Beziehung zur Umwelt, an.

Dementsprechend hat der Senat auch in Fällen der nahezu oder gar vollständigen Unbenutzbarkeit des Kaufobjekts zu dem vertraglich vorausgesetzten Gebrauch einen Sachmangel bejaht, so zum Beispiel bei Versagung der Baugenehmigung aus bauplanungsrechtlichen Gründen (BGH, NJW 1979, 2200 [2201] m. Nachw.; BGH, NJW 1989, 2388 = LM § 467 BGB Nr. 11), bei der fehlenden öffentlichrechtlichen Bebaubarkeit wegen unwirksamen Bebauungsplans (BGH, NJW 1989, 2388 = LM § 467 BGB Nr. 11), bei der Unbenutzbarkeit einer Jagdhütte als Wochenendhaus (BGH, NJW 1986, 2824 = LM § 242 [A] BGB Nr. 66) oder bei einem ungenehmigten Wochenendhaus (BGH, WM 1985, 230 [231]). Dem liegt die Überlegung zu Grunde, dass der Käufer jedenfalls Grundstück und Eigentum dauerhaft erhält, es nur nicht vertragsgemäß nutzen kann (vgl. Hagen, WM 1986, Beil. 6, S. 2; Hagen/Brambring, Der Grundstückskauf, RWS Skript, 7. Aufl., S. 177 [Rdnr. 329]). Danach ist auch hier die eingeschränkte Benutzbarkeit der übereigneten Wohnung zu dem vertraglich vorausgesetzten Gebrauch als Sachmangel zu werten.

Angesichts des im notariellen Vertrag enthaltenen Gewährleistungsausschlusses könnten der Kl. auf dem Sachmangel beruhende Ansprüche gegen den Bekl. nur zustehen, wenn die Vereinbarung über den Gewährleistungsausschluss den hier vorliegenden Fehler nicht erfasst. Insoweit fehlt es jedoch an Tatsachenvortrag, aus dem sich ergeben könnte, die Vertragspartner hätten übereinstimmend den vorliegenden Fehler von dem, seinem Wortlaut nach umfassenden, Gewährleistungsausschluss ausnehmen wollen. Gleiches gilt für die Frage, ob hier die Grundsätze anwendbar wären, die der VII. Zivilsenat in seinem Urteil vom 5. 4. 1984 (NJW 1984, 2094 = LM § 633 BGB Nr. 49) zum Ausschluss der Gewährleistung für Sachmängel beim Erwerb neu errichteter oder noch zu errichtender Eigentumswohnungen aufgestellt hat.

Das Berufungsurteil kann danach mit der gegebenen Begründung nicht bestehen bleiben; es ist aufzuheben. Die Sache ist nicht entscheidungsreif. Die Revisionserwiderung hat in der mündlichen Verhandlung zutreffend auf Vortrag in der Berufungsinstanz verwiesen, aus dem sich ein arglistiges Verschweigen des Mangels durch den Bekl. i. S. des § 476 BGB ergeben könnte. Das BerGer. hat - aus seiner rechtlichen Sicht vom Vorliegen eines Rechtsmangels zu Recht - hierzu weder Beweis erhoben noch die notwendigen Feststellungen getroffen. Dies wird nachzuholen sein. Die Sache ist deshalb an das BerGer. zurückzuverweisen.

Standort: Bankrecht — Problem: ec-Karte und -geheimnummer

BGH, URTEIL VOM 17.10.2000
XI ZR 42/00 (NJW 2001, 286)

Problemdarstellung:

In diesem Rechtsstreit hatte der BGH die Frage zu klären, ob eine Bankkundin grob fahrlässig handelte, indem sie ihre EC-Karten und -geheimnummern in unverschlossenen Behältnissen, aber verschiedenen Zimmern ihrer Wohnung aufbewahrte, so dass sie von einem Dieb entwendet und benutzt werden konnten. Die Bank besteht darauf, dass die unbefugten Bargeldabhebungen durch den Dieb von der Kl. zu tragen sind, weil sie EC-Karten und -geheimnummern zusammen verwahrt habe und damit grobfahrlässig i.S.d. der AGB der Bank gehandelt habe; die räumliche Verteilung auf verschiedene Zimmer werde durch die Einheitlichkeit der Wohnung ausgeräumt.

Der BGH konnte eine grobe Fahrlässigkeit der Kl. nicht erkennen. Die abweichende Beurteilung durch die Bank und das Ausgangsgericht tragen dem Umstand nicht genügend Rechnung, dass die Wohnung für viele Bankkunden der einzige Ort ist, an dem sie EC-Karte und -geheimnummer verwahren können. Eine grobe Fahrlässigkeit durch gemeinsame Verwahrung von Karte und Nummer erfordert, dass es für den Dieb möglich ist, durch einen einzigen Zugriff sich beides zu verschaffen. Die räumliche Trennung durch die Verwahrung in verschiedenen Zimmern macht einen solchen einheitlichen Zugriff aber unmöglich.

Prüfungsrelevanz:

Die Erteilung von EC-Karte und -geheimnummer erfolgt im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Girovertrages, um dem Bankkunden die Möglichkeit zu geben, am bargeldlosen Zahlungsverkehr teilzunehmen (electronic-cash) oder Geldautomaten zu benutzen. Rechtlich handelt es sich beim Girovertrag um einen entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrag gem. §§ 675, 676 f BGB. In der Benutzung der EC-Karte und -geheimnummer z.B. an Bankautomaten liegt dann

eine Einzelanweisung des Bankkunden, das Girokonto zu seinen Ungunsten zu belasten, §§ 675, 670, 665 BGB. Voraussetzung dafür ist aber, dass es sich tatsächlich um eine wirksame Weisung des Bankkunden handelt. Daran fehlt es, wenn nicht berechtigter Dritter Karte und Nummer missbräuchlich benutzt. Um die Identität des Bankkunden als Anweisenden sicherzustellen, wird von den Banken der Einsatz von Karte und PIN-Nummer kombiniert. Fehlt es an einer Weisung durch den Bankkunden, dann darf die Bank das Girokonto nicht belasten, sofern ihr kein Schadensersatzanspruch gegenüber dem Kunden aus p.F.V. des Giroverhältnisses zusteht. Ein solcher Schadensersatzanspruch setzt Verschulden des Bankkunden voraus, das von der Bank zu beweisen und in den AGB der Banken grundsätzlich geregelt wird.

Leitsatz:

Zu den Voraussetzungen, unter denen die Art der Verwahrung von ec-Karte und Geheimnummer für ein Girokonto grob fahrlässig ist.

Sachverhalt:

Die Kl. begehrt von der bekl. Sparkasse die Erstattung unberechtigter Barabhebungen an Geldausgabeautomaten, die ihrem Girokonto belastet worden sind. Die Kl., eine Ärztin, unterhielt bei der Bekl. ein privat und ein beruflich genutztes Girokonto. Für beide Konten hatte die Bekl. ihr je eine ec-Karte und eine persönliche Geheimnummer (Pin) erteilt. Die zu Grunde liegenden AGB der Bekl. für die Verwendung der ec-Karte (i. d. F. vom 15. 10. 1997) enthielten unter Nr. A III 2.4 unter anderem folgende Regelungen:

"Für Schäden, die vor der Verlustanzeige entstanden sind, haftet der Kontoinhaber, wenn sie auf einer schuldhaften Verletzung seiner Sorgfalts- und Mitwirkungspflichten beruhen. […] Die Sparkasse übernimmt auch die vom Kontoinhaber zu tragenden Schäden, die vor der Verlustanzeige entstanden sind, sofern der Karteninhaber keine Sorgfalts- und Mitwirkungspflichten […] grob fahrlässig verletzt hat. Grobe Fahrlässigkeit des Karteninhabers liegt insbesondere vor, wenn

- die persönliche Geheimzahl auf der ec-Karte vermerkt oder zusammen mit der ec-Karte verwahrt war (z. B. der Originalbrief, in dem der Pin dem Karteninhaber mitgeteilt wurde),
- die persönliche Geheimzahl einer anderen Person mitgeteilt und der Missbrauch dadurch verursacht wurde,
- der Karteninhaber der Sparkasse oder dem Zentralen Sperrannahmedienst nach Feststellen des Kartenverlustes das Abhandenkommen nicht umgehend meldet, obwohl ihm dies ohne weiteres möglich war und der Schaden durch die Verspätung verursacht wurde.

Schäden, die nach der Verlustmeldung entstehen, werden von der Sparkasse erstattet. […] Eine Übernahme des vom Kontoinhaber zu tragenden Schadens durch die Sparkasse erfolgt nur, wenn der Kontoinhaber die Voraussetzungen der Haftungsentlastung glaubhaft darlegt und Anzeige bei der Polizei erstattet."

Vom 10. bis 25.4.1998 befand sich die Kl. auf einer Auslandsreise. Während ihrer Abwesenheit verwahrte sie die ec-Karten in ihrer Wohnung auf ihrem Schreibtisch in einem unverschlossenen Behältnis zwischen Briefen und Notizen. Die Originalmitteilung der Geheimnummer für das Privatkonto befand sich in einer Plastikhülle zusammen mit zahlreichen anderen Papieren, insbesondere Visitenkarten, in einer unverschlossenen Schublade eines Sekretärs in einem anderen Raum ihrer Fünf-Zimmer-Wohnung. Die Geheimnummer für das Geschäftskonto war, in einer Telefonnummer verschlüsselt, in einem Adressbuch verzeichnet. Nach Rückkehr aus dem Urlaub waren die ec-Karten unauffindbar. Die Geheimnummern befanden sich noch am jeweiligen Ort. Während der Abwesenheit der Kl. waren vom Geschäftskonto 28 000 DM und vom Privatkonto 14 500 DM an Geldausgabeautomaten abgehoben worden. Von den Abhebungen vom Geschäftskonto erstattete die Bekl. 12 000 DM, von denen vom Privatkonto 6000 DM. Die Kl. hat eine Freundin, die sie um Versorgung ihrer Katzen während der ersten Tage ihrer Abwesenheit gebeten hatte, verdächtigt, einem Bekannten Gelegenheit zum Diebstahl der ec-Karten gewährt zu haben. Sie hat behauptet, der Täter habe die Geheimnummern nicht in ihrer Wohnung gefunden, sondern selbst entschlüsselt. Das Sicherungssystem der Bekl. sei unzureichend.

Das LG hat die Bekl. zur vollen Erstattung der Abhebungen vom Geschäftskonto und zur teilweisen Erstattung der Abhebungen vom Privatkonto verurteilt. Das BerGer. hat die Berufung, mit der die Kl. auch die Erstattung der restlichen Abhebungen von ihrem Privatkonto in Höhe von 7750 DM erstrebt hat, zurückgewiesen. Hiergegen richtete sich die - zugelassene - Revision der Kl. Die Revision hatte Erfolg.

Gründe:

Das BerGer. hat Ansprüche gem. §§ 675, 677 (richtig: § 667) BGB sowie wegen schuldhafter Verletzung des Bankvertrags verneint und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt:

Die Kl. habe bei der Aufbewahrung der ec-Karten und der Geheimnummer für ihr Privatkonto ihre in den AGB der Bekl. festgelegte Sorgfaltspflicht grob fahrlässig verletzt, weil sie die Originalmitteilung der Geheimnummer zusammen mit der ec-Karte verwahrt habe. Der räumliche Zusammenhang werde durch die Einheit der Wohnung und die Art der offenen Verwahrung begründet. Der unbekannte Täter habe nicht nur die ec-Karten entwendet, sondern auch die Geheimnummer für das Privatkonto in der Wohnung der Kl. gefunden und für die Abhebungen benutzt. Diese Feststellung beruhe auf den von der Kl. vorgetragenen,

unstreitigen Tatsachen und werde nicht durch die Annahme erschüttert, der Täter könne die in einer Telefonnummer verschlüsselte Geheimnummer für das Geschäftskonto nicht in der Wohnung der Kl. gefunden, sondern mit technischen Hilfsmitteln selbst entschlüsselt haben. Deshalb komme es nicht darauf an, ob die Bekl. sich auf die Grundsätze des Beweises des ersten Anscheins berufen könne. Diese Beurteilung hält rechtlicher Überprüfung nicht stand.

Die Kl. hat gegen die Bekl. gem. §§ 667, 675 I BGB oder gem. §§ 700 I, 607 BGB Anspruch auf Zahlung weiterer 7750 DM. Ein Kunde, auf dessen Girokonto ohne seinen Auftrag oder sonstigen Rechtsgrund Belastungsbuchungen vorgenommen werden, kann die Rückbuchung und Auszahlung des sich nach der Berichtigung ergebenden Guthabens verlangen (BGHZ 121, 98 [106] = NJW 1993, 735 = LM H. 7/1993 § 690 ZPO Nr. 6; Schimansky, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, BankR-Hdb. 1, 1997, § 47 Rdnr. 28).

Die Bekl. hat das Konto der Kl. zu Unrecht mit den während ihres Urlaubs erfolgten Barabhebungen in Höhe des noch streitigen Betrags von 7750 DM belastet. Sie hat keinen Aufwendungsersatzanspruch gem. §§ 670, 675 I BGB, weil die Abhebungen nicht auf Grund wirksamer Weisungen der Kl. i. S. des § 665 BGB (vgl. BGHZ 130, 87 [91] = NJW 1995, 2483 = LM H. 1/1996 § 667 BGB Nr. 44; Gößmann, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, § 54 Rdnr. 11), sondern unbefugt erfolgt sind.

Der Bekl. steht gegen die Kl. auch kein Anspruch wegen positiver Vertragsverletzung in Höhe des noch streitigen Betrags zu, den sie dem Girokonto belasten und in das Kontokorrent einstellen könnte. Die Kl. hat ihre vertraglichen Sorgfaltspflichten im Zusammenhang mit der Verwahrung der ec-Karte und der Geheimnummer für ihr Privatkonto nicht grob fahrlässig verletzt und haftet gem. Nr. A III 2.4 der Bedingungen für die Verwendung der ec-Karte nicht für die unberechtigten Abhebungen.

Die Entscheidung, ob ein Verhalten als grob fahrlässig zu bewerten ist, obliegt grundsätzlich dem Tatrichter und ist mit der Revision nur beschränkt angreifbar (BGHZ 89, 153 [160] = NJW 1984, 789). Der Nachprüfung unterliegt aber, ob der Tatrichter den Rechtsbegriff der groben Fahrlässigkeit verkannt oder bei der Beurteilung des Grades der Fahrlässigkeit wesentliche Umstände außer Betracht gelassen hat (Senat, NJW 1992, 316 = LM H. 6/1992 Art. 16 WG Nr. 5 = WM 1991, 1946 [1948]). Ersteres ist hier der Fall.

Grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich hohem Maße verletzt wurde, wenn ganz nahe liegende Überlegungen nicht angestellt oder beiseite geschoben wurden und dasjenige unbeachtet geblieben ist, was im gegebenen Fall sich jedem aufgedrängt hätte (Senat, NJW 1992, 316 = LM H. 6/1992 Art. 16 WG Nr. 5 = WM 1991, 1946 [1948] m. w. Nachw.). Nach diesen Maßstäben hat die Kl. nicht grob fahrlässig gehandelt.

Die Kl. hat - anders als das BerGer. meint - ec-Karte und Geheimnummer i. S. von Nr. A III 2.4 der Bedingungen für die Verwendung der ec-Karte nicht zusammen verwahrt. Die Bewertung einer gemeinsamen Verwahrung von ec-Karte und Geheimnummer als grob fahrlässig trägt dem Umstand Rechnung, dass dadurch der besondere Schutz, den die für Abhebungen neben der ec-Karte zusätzlich benötigte Geheimnummer bietet, aufgehoben wird, weil ein Unbefugter, dem ec-Karte und Geheimnummer gemeinsam in die Hände fallen, ohne weiteres Abhebungen vornehmen kann. Entsprechend diesem Regelungszweck liegt eine gemeinsame Verwahrung nur vor, wenn ein Unbefugter ec-Karte und Geheimnummer in einem Zugriff erlangen kann und nicht nach dem Auffinden der einen Unterlage weiter nach der anderen suchen muss. Hingegen werden ec-Karte und Geheimnummer nicht zusammen verwahrt, wenn sie sich an verschiedenen Stellen der Wohnung des Kontoinhabers befinden und ein Unbefugter, der ec-Karte oder Geheimnummer gefunden hat, die Wohnung weiter nach der anderen Unterlage durchsuchen muss. Die abweichende Beurteilung des BerGer. trägt nicht hinreichend dem Umstand Rechnung, dass die Wohnung für viele Kontoinhaber der einzige Ort ist, an dem sie ec-Karte und Geheimnummer verwahren können.

Das Berufungsurteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 563 ZPO).

Die Verwahrung von ec-Karte und Geheimnummer kann nicht mit einer anderen als der vom BerGer. angeführten Begründung als grob fahrlässig angesehen werden. Nr. A III 2.4 der Bedingungen für die Verwendung der ec-Karte zählt die Fälle grober Fahrlässigkeit zwar nicht abschließend auf. Ein in dieser Aufzählung nicht erfasster Sorgfaltsverstoß des Karteninhabers kann aber nur dann als grob fahrlässig angesehen werden, wenn er ebenso schwer wiegend wie die Sorgfaltswidrigkeiten in den aufgezählten Fällen ist. Dies trifft hier nicht zu. Die von der Kl. gewählte Art der Verwahrung der Geheimnummer stellt nur eine einfache Fahrlässigkeit dar. Die Kl. hat sorgfaltswidrig gehandelt, weil sie nach dem in der Revisionsinstanz als richtig zu unterstellenden Vortrag der Bekl. die auf der Originalmitteilung der Geheimnummer befindliche Aufforderung, die Originalmitteilung nach Kenntnisnahme der Geheimnummer zu vernichten, missachtet hat. Dieser Sorgfaltsverstoß erleichtert Unbefugten zwar das Auffinden und Erkennen der Geheimnummer. Die hierdurch begründete Gefahr unbefugter Abhebungen ist aber wesentlich geringer als in den in Nr. A III 2.4 der Bedingungen für die Verwendung der ec-Karte ausdrücklich genannten Fällen grober Fahrlässigkeit.

Auch die Verwahrung der Originalmitteilung der Geheimnummer in einer Plastikhülle verborgen unter

zahlreichen Visitenkarten und sonstigen ungeordneten Papieren in einer unverschlossenen Schublade eines Sekretärs stellt keine grobe Fahrlässigkeit dar. Dasselbe gilt für die Verwahrung der ec-Karte in einem unverschlossenen Behältnis zwischen Briefen und Notizen. Dass die Kl. während ihrer Urlaubsabwesenheit eine Freundin um Versorgung ihrer Katzen gebeten und ihr zu diesem Zweck den Zugang zu ihrer Wohnung ermöglicht hatte, rechtfertigt keine andere Beurteilung, weil die Kl. keinen Anlass hatte, ihrer Freundin zu misstrauen.

Zu Gunsten der Bekl. spricht auch kein Beweis des ersten Anscheins dafür, dass entweder die Kl. als rechtmäßige Kontoinhaberin die Abhebungen selbst vorgenommen hat oder dass ein Dritter von der Geheimnummer , wegen ihrer unsachgemäßen Verwahrung Kenntnis erlangen konnte. Ob ein solcher Beweis des ersten Anscheins in Fällen anzunehmen ist, in denen an Geldausgabeautomaten mit der ec-Karte unter Verwendung der zutreffenden Geheimnummer Geld abgehoben wird (bejahend LG Darmstadt, WM 2000, 911, [914]; Werner, in: Hellner/Steuer, BankR u. Bankpraxis Rdnr. 6/1510; vgl. auch AG Bremen, WM 2000, 1639 [1640]; verneinend OLG Hamm, NJW 1997, 1711 = WM 1997, 1203 [1206] m. w. Nachw.), braucht nicht entschieden zu werden, weil das BerGer. rechtsfehlerfrei festgestellt hat, dass die Abhebungen nicht von der Kl., sondern von einem Unbefugten vorgenommen worden sind, der die Geheimnummer in der Wohnung der Kl. aufgefunden hat. Die vom BerGer. ebenfalls rechtsfehlerfrei festgestellte Art der Verwahrung von ec-Karte und Geheimnummer ist - wie dargelegt - zwar als unsachgemäß, aber nicht als grob fahrlässig anzusehen.

Standort: Deliktsrecht Problem: Mittelbare Drittwirkung von Grundrechten

OLG BRAUNSCHWEIG, BESCHLUSS VOM 18.10.2000
2 W 241-242/00 (NJW 2001, 160)

Problemdarstellung:

Im Rahmen einer Medienkampagne gegen Rechtsextremismus hatte die Bg. als Herausgeberin einer Zeitung den Bf. steckbriefartig dargestellt und wahrheitsgemäß als Aktivist einer rechtsradikalen Vereinigung bezeichnet. Im Wege einer einstweiligen Unterlassungsverfügung wollte der Bf. wegen Verletzung seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts dagegen vorgehen; Rechtsschutz wurde ihm jedoch verwehrt.

Der Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, insb. des Rechts am eigenen Bild wird im Zivilrecht allgemein durch § 823 BGB, speziell durch §§ 22 ff. KUG erzielt. Die auf diesen Normen beruhenden Unterlassungsansprüche erfordern aber einen rechtswidrigen Eingriff. Dieser hängt von einer Güter- und Interessenbewertung ab, die im Spannungsfeld zwischen dem Persönlichkeitsrecht des Bf. gem. Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG und dem Grundrecht auf Meinungs- und Pressefreiheit der Bg. gem. Art. 5 GG vorzunehmen ist. Im Rahmen dieser Abwägung ist festzustellen, dass der Bf. sich mit seinem politischen Wirken selbst in das Licht der Öffentlichkeit gestellt hat. Wer zudem in solch extremistischer Weise am politischen Meinungskampf beteiligt ist, muss grundsätzlich auch scharfe, auch abwertende Vorwürfe hinnehmen.

Prüfungsrelevanz:

Die Grundrechte bilden nicht nur Abwehrrechte des Bürgers gegenüber dem Staat, sondern auch eine objektive Wertordnung, die unserer gesamten Rechtsordnung zugrunde liegt und auf dieselbe Einfluss nimmt. Im Zivilrecht spricht man insofern von der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte, so dass auch in zivilrechtlichen Rechtsverhältnissen zwischen den Bürgern die Bedeutung der Grundrechte zu beachten ist. Eine solche mittelbare Drittwirkung der Grundrechte wird u.a. bei unbestimmten Rechtsbegriffen im Zivilrecht angenommen (z.B. Sittenwidrigkeit gem. § 138 BGB, sonstige Rechte gem. § 823 I BGB). Eine Drittwirkung entfalten die Grundrechte aber auch bei Interessenabwägungen zwischen zivilen Rechtssubjekten wie in diesem Fall, so dass die widerstreitenden Grundrechte der Beteiligten auf Meinungs- bzw. Pressefreiheit gem. Art. 5 GG einerseits und auf Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gem. Art. 2 i.V.m. Art. 1 GG andererseits in eine praktische Konkordanz zu bringen sind.

Leitsatz (der Redaktion)

Ohne Verstoß gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist es für eine Zeitung zulässig, einen aktiven Angehörigen der rechtsradikalen Szene anprangernd fotografisch abzubilden sowie steckbriefartig zu präsentieren, um die Bevölkerung zu mehr Zivilcourage gegenüber Rechtsradikalismus zu bewegen.

Sachverhalt:

Die Bg. gibt “Die T" heraus. In deren Ausgabe vom 19./20. 8. 2000 sind auf der Titelseite Fotografien von 22 namentlich und mit ihrer politischen Tätigkeit bezeichneten Rechtsextremisten unter der Überschrift "Gesicht zeigen" abgedruckt. Darunter befindet sich auch der Bf. Der ihn betreffende Text lautet: "L, Aktivist des Blood & Honour-Netzwerks, Kameradschaftsführer und im CD-Handel aktiv". Die Titelseite ist nach Art eines Steckbriefes aufgemacht. Hiergegen hat sich der Ast. unter Beantragung von Prozesskosten-

hilfe im Wege einstweiliger Verfügung mit folgenden Anträgen gewandt: […] der Ag. im Wege einer einstweiligen Verfügung, zu untersagen, (1) (Hauptsacheanspruch) ein Portrait des Ast. mit der Bildunterschrift "L, Aktivist des Blood & Honour-Netzwerks, Kameradschaftsführer und im CD-Handel aktiv" mit Portraitfotos anderer Personen auf der ersten Seite der von ihr herausgegebenen Zeitung und dem folgenden Text abzudrucken: "Die taz startet heute die Aktion Z. […] Z ist kein Bündnis, keine Kundgebung und kein Event. Z ist gegen das Wegsehen und für die Aktivierung der Zivilgesellschaft. Und für die Bereitschaft und den Mut zur Auseinandersetzung - nicht nur mit Auswüchsen, sondern mit den Ursachen jeder Art von Gewalt gegen und Diskriminierung von Minderheiten. Aus diesem Grunde zeigt die taz nicht bekannte Gesichter, die dagegen sind. Sondern die Gesichter, die man kennen muss, um reagieren zu können. Z will nicht, dass sie auch einen Baseballschläger in die Hand nehmen. Z ist eine Grundlage für eine Vernetzung." (II) (Hilfsanspruch) hilfsweise, öffentlich oder durch Schriften zu behaupten, der Ast. sei Aktivist des Blood & Honour-Netzwerks.

Das LG hat eine einstweilige Verfügung nach Maßgabe des Hilfsantrags erlassen und den Antrag auf Gewährung von Prozesskostenhilfe im Übrigen zurückgewiesen. Gegen die einstweilige Verfügung hat sich die Bg. mit einem Widerspruch gewandt. Insoweit ist das Verfahren noch beim LG anhängig. Soweit seine Anträge zurückgewiesen worden sind hat der Bf. hiergegen Beschwerde eingelegt. Diese hatten keinen Erfolg.

Gründe:

Dem Bf. steht kein Verfügungsanspruch zu. Mangels Erfolgsaussicht hat ihm das LG daher auch zu Recht keine Prozesskostenhilfe hierfür bewilligt. Jedenfalls die mit dem Hauptantrag angegriffene Presseäußerung ist durch die Meinungs- und Pressefreiheit (Art. 5 I und II GG) gedeckt. Hierbei hat sich der Senat mit dem Hauptantrag insoweit nicht zu befassen, als dem Bf. vorgeworfen wird, Aktivist des Blood & Honour-Netzwerks zu sein. Denn insoweit hat das LG die einstweilige Verfügung erlassen.

Die angegriffene Veröffentlichung greift allerdings in den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Bf., auch in dessen Ausprägung im Recht am eigenen Bild (§§ 22 ff. KUG), ein.

An der für die Veröffentlichung seines Bildes grundsätzlich erforderlichen Einwilligung (§ 22 KUG) fehlt es. Zu Gunsten der Bg. wirkt aber § 23 I Nr. 1 KUG, wonach Bildnisse aus dem Bereich der Zeitgeschichte veröffentlicht werden können. Hierunter werden Ereignisse verstanden, die aus irgendeinem Grund in das Blickfeld der Öffentlichkeit geraten sind. Dies setzt bei Personen voraus, dass sie bewusst in die Zeitgeschichte eingetreten sind, gegebenenfalls auch durch negativ zu bewertende Verhaltensweisen. Stets erfordert die Befugnis zur Veröffentlichung der Abbildung aber eine Interessenabwägung, in die das Informationsinteresse der Allgemeinheit und das Rücksichtnahmegebot auf den Abgebildeten einzufließen haben (Wenzel, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 4. Aufl., Rdnrn. 8.3, 8.4, 8.8, 8.9, 8.12; Soebring/Seelmann-Eggebert, NJW 2000, 2466 [2473]). Die Veröffentlichungsbefugnis geht bei so genannten absoluten Personen der Zeitgeschichte weiter als bei relativen Personen der Zeitgeschichte. Unter letzteren sind solche Personen zu verstehen, die lediglich in Bezug auf ein bestimmtes Geschehen in das Blickfeld der Öffentlichkeit treten und allein insoweit ein sachentsprechendes Informationsinteresse erwecken, während bei ersteren an allen Vorgängen, die ihre Teilnahme am öffentlichen Leben ausmachen, ein Informationsinteresse gegeben ist (Wenzel, Rdnr. 8.4). Diese Begriffe haben aber nur Orientierungscharakter, denn entscheidend ist stets eine Interessen- und Güterabwägung (BVerfG, NJW 2000, 1021 [1025] = GRUR 2000, 446 - Caroline v. Monaco).

Auch unabhängig von der Bildveröffentlichung ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Bf. berührt. Es umfasst auch den Schutz vor Äußerungen, die geeignet sind, sich abträglich auf sein Bild in der Öffentlichkeit auszuwirken (BVerfG, NJW 1999, 1322 [1323] - Helnwein). Die Bezeichnung des Bf. als Akteur der rechtsradikalen Szene, die steckbriefartige Aufmachung der Titelseite der "taz" und der Umstand, dass auch der Bf. textlich mit den Ursachen von Gewalt in Verbindung gebracht wird, sind geeignet, sein Ansehen bei der Leserschaft herabzuwürdigen.

Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass die Aufmachung und Gestaltung der Titelseite für gewaltbereite Leser des linken politischen Lagers Anlass sein kann, die abgebildeten Personen direkt und möglicherweise auch körperlich anzugehen. Allerdings kann dem Bf. nicht darin gefolgt werden, dass der Artikel hierzu unmittelbar aufruft. Denn wenn es darin heißt: "Z will nicht, dass Sie auch einen Baseballschläger in die Hand nehmen", wird damit gerade nicht zum Ausdruck gebracht, zu körperlicher Gewalt aufrufen zu wollen. Im Gegenteil: Die Aktion Z soll und will ausdrücklich zur Zivilcourage motivieren, also zur bürgerlichen Auseinandersetzung mit politischen Extremisten. Zur Gewalt ruft die Aktion gerade nicht auf. Deshalb kann der Bg. auch nicht unterstellt werden, derartiges zu beabsichtigen, zumal selbst bei mehreren möglichen Deutungen des Inhalts einer Äußerung der rechtlichen Beurteilung diejenige zu Grunde zu legen ist, die dem auf Unterlassung in Anspruch genommenen günstiger ist und den Betroffenen weniger beeinträchtigt (BVerfG, NJW 1998, 3047 [3048] - Stolpe).

Ob rechtswidrige Eingriffe gegeben sind, hängt von einer Güter- und Interessenbewertung ab, die im Spannungsfeld des den Bf. schützenden Art. 2 I GG i.

V. mit 1 I GG und der zu Gunsten der Bg. streitenden Grundrechte der Meinungs- und Pressefreiheit (Art. 5 I 1 u. 2 GG) vorzunehmen ist. Das Grundrecht der Pressefreiheit ist neben dem der Meinungsfreiheit einschlägig, weil dadurch grundsätzlich auch die Entscheidung geschützt ist, ob und wie ein Presseerzeugnis bebildert wird, und zwar einschließlich der Abbildung von Personen (BVerfG, NJW 2000, 1021 [1024] Caroline v. Monaco). In die Gesamtabwägung sind die berührten Rechtspositionen als solche und sämtliche Einzelfallumstände einzustellen (BVerfGE 35, 202 = NJW 1973, 1226 - Soldatenmord von Lebach; NJW 1998, 3047 [3048] Stolpe; NJW 1999, 1322 [1323 f.] - Helnwein). Hierzu führt der Senat aus: Im Rahmen des Beschwerdegegenstands geht es ausschließlich um wahre Aussagen und um Werturteile der Bg., jeweils in Zusammenwirkung mit der für die fotografische Abbildung des Bf. gewählten Form. Denn dass der Bf. der rechtsradikalen Szene angehört, Kameradschaftsführer und im CD-Handel aktiv ist, ist nicht bestritten, jedenfalls aber von der Bg. glaubhaft gemacht. Bei Werturteilen geht der Persönlichkeitsschutz regelmäßig der Meinungsfreiheit vor, wenn sich die Äußerung als Angriff auf die Menschenwürde, als Schmähkritik oder als Formalbeleidigung darstellt. Bei wahren Aussagen können ausnahmsweise Persönlichkeitsbelange überwiegen, wenn die Aussagen die Intim-, Privat- oder Vertraulichkeitssphäre betreffen und sich nicht durch ein berechtigtes Informationsinteresse der Öffentlichkeit rechtfertigen lassen (BVerfG, NJW 1999, 1322 [1324] - Helnwein). Von letzterem kann hier nicht die Rede sein, denn sowohl die Text- als auch die Bildveröffentlichung nimmt nur Bezug auf das teilweise öffentliche Auftreten des Bf. im politischen Kontext. Es stellt sich deshalb im Wesentlichen nur die Frage, ob die Zeitungsveröffentlichung sich als Angriff auf die Menschenwürde und als Schmähkritik durch Anprangerungswirkung darstellt.

Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die Bg. den Bf. in eine Art Steckbrief eingestellt hat und sich die sachliche Auseinandersetzung mit seinem politischen Wirken auf wenige Worte beschränkt. Die damit zweifellos einhergehende Prangerwirkung wird dadurch verstärkt, dass der Abdruck auf der Titelseite einer überregionalen Tageszeitung mit nicht ganz geringer Auflage erfolgt ist.

Dies für sich genommen führt indessen noch nicht aus dem Grundrecht der Meinungs- und Pressefreiheit heraus. Denn grundsätzlich ist auch die Form, in der eine bestimmte Meinung geäußert wird, durch das Grundrecht der Meinungsfreiheit geschätzt (BVerfG, NJW 2000, 2413 [2415] - MfS). Das gilt entsprechend auch für die Pressefreiheit (BVerfG, NJW 2000, 1021 [1024] - Caroline von Monaco). Der Betroffene muss es aber grundsätzlich nicht hinnehmen, wenn sich die Auseinandersetzung mit ihm in persönlicher Herabsetzung erschöpft und er gleichsam jenseits selbst polemischer und überspitzter Kritik persönlich an den Pranger gestellt wird (BVerfG, NJW 1991, 95 [96] - Zwangsdemokrat; NJW 1995, 3303 [3305] - Soldaten sind Mörder; NJW 2000, 1036 [1038] - Strafrechtliches Ermittlungsverfahren gegen Behördenbedienstete). Eine derartige Anprangerung muss nicht hingenommen werden, wenn nicht mehr die aktuelle Berichterstattung über diejenigen Themen im Mittelpunkt steht, die das öffentliche Interesse an dem Betroffenen geweckt haben, weil jenseits der Aktualität dem Schutz seiner Persönlichkeit jedenfalls der Vorrang zukommt (BVerfGE 35, 202 = NJW 1973, 1226 Soldatenmord von Lebach). Im Rahmen aktueller Berichterstattung freilich kann - abhängig von den Umständen des Einzelfalls - auch eine Prangerwirkung hinzunehmen sein (BVerfG, NJW 1999, 2358 [2359] - Alle reden vom Klima; NJW 2000, 2413 [24151 - MfS). Solche Umstände sind hier gegeben:

Der Bf. stellt sich mit seinem politischen Wirken fortdauernd selbst in das Licht der Öffentlichkeit und muss daher auch hinnehmen, dass man sich mit seiner Person wiederholt öffentlich auseinandersetzt (s. dazu BVerfG, NJW 2000, 1021 [1025] - Caroline v. Monaco). Zwar macht der Bf. geltend, seit dem Verbot der FAP im Jahre 1993, deren niedersächsischer Landesvorsitzender er war, keine Persönlichkeit des organisierten Rechtsextremismus mehr zu sein. Vielmehr bemühe er sich seit mehr als fünf Jahren mehr oder weniger erfolgreich, ein normales bürgerliches Leben zu führen. Indessen hat die Bg. Tatsachen vorgetragen und glaubhaft gemacht, die dies widerlegen. So ist über den Bf. auch in den letzten Jahren mehrfach in überregionalen Zeitungen im Zusammenhang mit seinen Aktivitäten betreffend den Vertrieb volksverhetzender Musik berichtet worden, teilweise auch unter Abdruck von Fotogafien des Bf. Er wird im Verfassungsschutzbericht Niedersachsen 1999 mehrfach erwähnt, wobei ihm eine Scharnierfunktion bei den Kontakten zwischen Skinheads und Neonazis zugewiesen wird. Er führt die so genannte Kameradschaft Northeim und ist in dieser Funktion mehrfach bei Aufmärschen hervorgetreten. Gleiches gilt für die Teilnahme an einer rechtsextremistischen Aktion in Budapest im Februar des vergangenen Jahres, die der Huldigung der Waffen SS diente.

Wer sich in dieser Weise öffentlich am politischen Meinungskampf beteiligt, muss grundsätzlich auch scharfe, nicht im Einzelnen begründete, auch abwertende Vorwürfe hinnehmen (BGHZ 45, 296 [308] = NJW 1966, 1617 = LM § 823 [Ai] BGB Nr. 42 - Höllenfeuer). Hierbei besteht auch ein Interesse an der öffentlichen Auseinandersetzung mit seiner Person, das die Bg. aufgegriffen hat. Denn Personalisierung bildet ein wichtiges publizistisches Mittel zur Erregung von Aufmerksamkeit. Sie weckt vielfach erst das Interesse an Problemen und begründet den Wunsch nach Sachinformationen. Auch Anteilnahme an Ereignissen

und Zuständen wird meist durch Personalisierung vermittelt. Die Auseinandersetzung mit Leitfiguren erfüllt solchermaßen auch eine Kontrastfunktion. Für Personen des politischen Lebens ist ein derartiges Interesse des Publikums unter dem Gesichtspunkt demokratischer Transparenz und Kontrolle stets als legitim anerkannt worden (BVerfG, NJW 2000, 1021 [1024] - Caroline v. Monaco). Gerade auch dem Umstand, dass sich der Bf. öffentlich über die Öffentlichkeit wesentlich berührende Fragen politischer Art geäußert hat, kommt hierbei wesentliche Wirkung für das Interesse an seiner Person zu (BVerfG, NJW 2000, 2413 [2415] - MfS). Anders als bei MfS-Mitarbeitern, die meist im Verborgenen gewirkt haben, kann nur von einer von vornherein geringeren Stigmatisierungswirkung der angegriffenen Veröffentlichung ausgegangen werden, weil sich der Bf. zuvor mit den Umständen, die Anlass hierfür gegeben haben, schon selbst ins Licht der Öffentlichkeit gestellt hatte und er im Zusammenhang damit auch bereits mehrfach in der Presse abgebildet war (s. dazu auch BGH, NJW 1999, 2893 [2894] = GRUR 1999, 1034 - Ernst August von Hannover).

Vorliegend kommt zu Gunsten der Bf. Folgendes hinzu: Gerade in den vergangenen Monaten ist das Interesse der Öffentlichkeit an Information über und Auseinandersetzung mit Straftaten aus dem rechtsextremen Bereich, möglichen Hintermännern, Ideologen und geistigen Hintergründen erheblich gestiegen. Denn aus dieser Szene heraus sind vielfach schwere Gewaltverbrechen verübt worden, nicht zuletzt vor dem Hintergrund, Minderheiten nicht nur ausgrenzen, sondern auch physisch beschädigen oder vernichten zu wollen. Dieses Informationsinteresse zu befriedigen, ist der angegriffene Artikel im Wesentlichen bemüht. Gleichzeitig geht damit der Aufruf zu mehr Zivilcourage und Schulterschluss in der Bevölkerung einher, um jenen radikalen Bestrebungen eine einheitliche Abwehrfront gegenüber zu stellen. Dies ist mit Blick auf die der Presse- und Meinungsfreiheit nicht zu beanstanden. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass sich die textile Auseinandersetzung mit den abgebildeten Personen und ihren Bestrebungen auf der Titelseite der "taz" in Grenzen hält. Denn für welche Geisteshaltung die dort abgebildeten Personen stehen, ist hinreichend dargelegt; welche Art von Gewalttaten mit welchen Wirkungen aus der rechtsradikalen Szene vor diesem Hintergrund verübt worden sind, ist hinlänglich bekannt, so dass es einer eingehenden Auseinandersetzung damit nicht erneut bedurfte. Was schließlich die steckbriefartige Aufmachung und die damit verbundene Anprangerungswirkung angeht, muss eine weitere Besonderheit politisch radikaler Lager, insbesondere auch der rechten Szene berücksichtigt werden: Parteien und Gruppierungen, die politische Willensbildung und Entscheidungen auf dem vom Grundgesetz vorgegebenen parlamentarischen Weg verfolgen und weniger durch Aktion denn durch Diskurs agieren, treten in der Öffentlichkeit vornehmlich durch ihre Repräsentanten in Erscheinung. Demgegenüber wirkt die rechtsradikale Szene in erster Linie durch Taten ihrer Basis, während führende Persönlichkeiten derselben weniger im Lichte der Öffentlichkeit stehen und mehr im Hintergrund bleiben. Gleichwohl und gerade auch deswegen besteht ein erhebliches öffentliches Interesse an der Auseinandersetzung auch mit Anführern und Hintermännern der Rechtsradikalen. Hierauf reagiert die angegriffene Aufmachung der Titelseite der Bg., indem sie in hervorgehobener Weise solche Persönlichkeiten in das Licht der Öffentlichkeit stellt.

Dies ist im Grundsatz ebenso wenig zu beanstanden wie die Veröffentlichung der Fotografie des Bf. und des ihn betreffenden Textes. Denn wie bereits oben ausgeführt, hat die Bf. hinreichende Tatsachen dafür dargelegt und glaubhaft gemacht, dass sich der Bf. noch immer als fahrender Kopf in der rechtsradikalen Szene betätigt, wenngleich auch nicht mehr in offizieller Funktion wie noch als Landesvorsitzender der verbotenen FAP. Alles in allem muss die auf ihn bezogene Anprangerungswirkung deshalb im Licht der Meinungs- und Pressefreiheit völlig anders bewertet werden als die vom OLG Jena in seiner Entscheidung vom 16. 8. 2000 - 3 W 486/00 beanstandete Anprangerung eines Gewerkschafters, dessen Bild Rechtsradikale ins Internet eingestellt hatten, um ihn solchermaßen als politischen Gegner zu individualisieren und - verdeckt - der Verfolgung durch seine politischen Gegner preiszugeben.

Strafrecht

Standort:§ 250 II Nr. 1 StGB Problem: Teppichmesser als gefährliches Werkzeug

BGH, BESCHLUSS VOM 16.05.2000
4 STR 89/00 (NSTZ-RR 2001, 41)

Problemdarstellung:

In der nachstehenden Entscheidung hatte sich der BGH im Rahmen der für Raub erforderlichen finalen Verknüpfung von qualifiziertem Nötigungsmittel und Wegnahme mit der Frage zu befassen, zu welchem Zeitpunkt die Wegnahme von unauffälligen, leicht beweglichen Sachen vollendet ist. Entsprechend seiner ständigen Rechtsprechung führt der Senat aus, dass insoweit bereits das Ergreifen und Festhalten des Gegenstandes genügt, und zwar auch dann, wenn die Sache sich noch im Gewahrsamsbereich eines anderen befindet und der Täter bei der Tatausführung beobachtet wird.

Des weiteren entschied das Gericht bezüglich der Voraussetzungen eines schweren Raubes gem. § 250 II Nr. 1 StGB, dass ein Werkzeug auch dann gefährlich i.S. der Vorschrift ist, wenn es nur eines kurzen Handgriffs bedarf, um seine Eignung, erhebliche Verletzungen zuzufügen, herbeizuführen. Ebenso wie eine kurzfristig schussbereite Waffe, die lediglich noch durchgeladen oder entsichert werden muss, stellt daher auch ein Teppichmesser, dessen Klinge noch herausgeschoben werden muss, ein gefährliches Werkzeug dar.

Prüfungsrelevanz:

Mit der vorliegenden Entscheidung präzisiert der BGH seine inzwischen umfangreiche Rechtsprechung zum Begriff des "gefährlichen Werkzeugs" im Rahmen des § 250 II Nr. 1 StGB (vgl. zur Übersicht etwa Boetticher/Sander, NStZ 1999, 292; Geppert, Jura 1999, 599; RA 1999, 270 ff/339 ff.). In Abgrenzung zu einigen Entscheidungen, in denen der BGH die Drohung mit einer ungeladenen Pistole auch dann nicht unter § 250 II Nr. 1 StGB subsumiert, wenn der Täter die Munition griffbereit bei sich führt (vgl. etwa BGH, StV 2000, 77 = RA 2000, 155), geht das Gericht davon aus, dass ein Tatmittel auch dann als gefährlich einzustufen ist, wenn "es nur eines kurzen Handgriffs bedarf", um es "gefährlich" zu machen. In ähnlicher Weise führt das BayObLG in einer aktuellen Entscheidung aus, dass ein Dieb ein gefährliches Werkzeug i.S. des § 244 I Nr. 1 a StGB bei sich führt, wenn er während der Tatausführung ein zusammengeklapptes Taschenmesser in seiner Hosentasche trägt (s. BayObLG, StV 2001, 17 m. Anm. Kindhäuser/Wallau; s. auch BayObLG, NStZ 1999, 460: kein Beisichführen wenn ein Messer im verschlossenen Rucksack mitgeführt wird).

Weiterhin enthält die Entscheidung des BGH immer wiederkehrende "Formeln" der Rechtsprechung zur Vollendung der Wegnahme in einen fremden Gewahrsamsbereich bzw. bei Beobachtung der Tatausführung durch einen Berechtigten (vgl. insbesondere BGH, NStZ 1987, 71 und zur Übersicht Küper, BT, 3. Auflage, S. 403 ff.). Nicht mit der Vollendung, sondern mit der Beendigung des Diebstahls hatte sich der BGH in einem weiteren aktuellen Beschluss vom 26.5.2000 zu befassen. Die Täter hatten sich mit einem gestohlenen Fahrzeug von Tatort entfernt und verursachten dann einen Verkehrsunfall. Der BGH geht davon aus, dass der Diebstahl im Unfallzeitpunkt bereits beendet war; daran ändere auch die Beobachtung der Wegnahme nichts (vgl. NStZ 2001, 88 [89]): "Ein Diebstahl ist dann abgeschlossen und damit beendet, wenn der Täter den Gewahrsam an den entwendeten Gegenständen gefestigt und gesichert hat. Wann eine ausreichende Sicherung der Beute erreicht ist, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Das wird zwar in der Regel nicht der Fall sein, solange der Täter seine Absicht, sich alsbald mit der Beute zu entfernen, noch nicht verwirklicht hat, sondern sich z.B. auf dem Tatgrundstück, also im unmittelbaren Herrschaftsbereich des Bestohlenen befindet, oder solange der Täter aus anderen Gründen einem erhöhten Risiko ausgesetzt ist, die Beute durch Nachteile zu verlieren. Hier war aber in dem Zeitpunkt, als es zu dem Unfall kam, die neue Sachherrschaft bereits gefestigt, da sich die Angeklagten mit dem entwendeten Fahrzeug vom Tatort weg in den Verkehr begeben hatten. Auch wenn sie "nur wenige Kilometer" mit dem Jaguar gefahren waren, als es zu dem Unfall kam, waren alle direkten Eingriffsmöglichkeiten eines bereiten Eigentümers zu diesem Zeitpunkt beendet. Die Angeklagten waren aus dem unmittelbaren Herrschaftsbereich des Eigentümers entkommen. Damit war die Beute gesichert. Dass die Angeklagten bei dem Eindringen in das Werkstattgebäude beobachtet worden waren und sie davon ausgingen, dass die Polizei benachrichtigt worden war, rechtfertigt entgegen der Auffassung des LG und des GBA schon deshalb keine andere Beurteilung, weil die Angeklagten gleichwohl ungehindert das Werkstattgelände verlassen und - ohne verfolgt zu werden - die Bundesstraße in Richtung…befahren konnten".

Leitsätze (der Redaktion):

1. Bei unauffälligen, leicht beweglichen Sachen, wie Geldscheinen und Geldstücken, genügt für die Vollendung der Wegnahme bereits ein Ergreifen und Festhalten der Sache, und zwar auch dann, wenn der erbeutete Gegenstand sich noch im Gewahrsamsbereich des Berechtigten befindet und der Täter bei der Tatausführung beobachtet wird.

2. Ein Tatmittel ist auch dann gefährlich i. S. des § 250 II Nr. 1 StGB, wenn es nur eines kurzen Handgriffs - hier: Hinausschieben der Klinge - bedarf, um seine Eignung, erhebliche Verletzungen zuzufügen, herbeizuführen.

Sachverhalt:

Der Angekl. hatte dem Zeugen K Geldscheine entwendet. Im unmittelbaren Anschluss kam es zu einer körperlichen Auseinandersetzung mit K und dessen Bedrohung mit einem Teppichmesser. Es konnte nicht festgestellt werden, ob der Angekl. zu diesem Zeitpunkt das an sich genommene Geld noch in den Händen hielt oder dieses schon in seine Hosentasche gesteckt hatte. Der Angekl. setzte das Teppichmesser, dessen Klinge noch nicht ausgefahren war, gegen den K ein, damit dieser "von ihm abließ und er so mit dem Geld entkommen konnte".

Das LG verurteilte den Angekl. wegen versuchten schweren Raubes zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren. Die hiergegen gerichtete Revision des Angekl. führte zu einer Abänderung des Schuldspruchs dahin, dass er eines (vollendeten) schweren räuberischen Diebstahls statt eines versuchten schweren Raubes schuldig ist. Im Übrigen erwies sich das Rechtsmittel als unbegründet i. S. des § 349 II StPO.

Gründe:

Der Tatbestand des Raubes setzt voraus, dass die Gewaltanwendung oder die Drohung als Mittel eingesetzt werden, um die Wegnahme der Sache zu ermöglichen (vgl. BGHR StGB § 249 Abs. 1 Gewalt 5 und 7 jew. m. w. Nachw.). An dieser finalen Verknüpfung zwischen Nötigungsmittel und Wegnahme fehlt es, wenn die Gewalt oder Drohung der bereits vollendeten Wegnahme nachfolgt. So verhält es sich hier: Der Angekl. hatte bereits eigenen Gewahrsam an den Geldscheinen begründet, als es zu der körperlichen Auseinandersetzung mit K und dessen Bedrohung mit dem Teppichmesser kam. Hierbei spielt es keine Rolle, ob der Angekl. zu diesem Zeitpunkt das an sich genommene Geld noch in den Händen hielt oder dieses schon in seine Hosentasche gesteckt hatte. Denn bei unauffälligen, leicht beweglichen Sachen, wie Geldscheinen und Geldstücken, genügt für die Vollendung der Wegnahme bereits ein Ergreifen und Festhalten der Sache (vgl. BGHSt 23, 254 [255]; BGH, NStZ 1987, 71), und zwar auch dann, wenn der erbeutete Gegenstand sich noch im Gewahrsamsbereich des Berechtigten befindet und der Täter bei der Tatausführung beobachtet wird (vgl. BGH, NStZ 1987, 71).

Das Verhalten des Angekl. erfüllt jedoch - wie der Generalbundesanwalt im Einzelnen zutreffend dargelegt hat - den Tatbestand des schweren räuberischen Diebstahls gem. §§ 252, 250 II Nr. 1 StGB, da der Angekl. nach vollendeter Wegnahme K mit dem Teppichmesser, einem gefährlichen Werkzeug, bedrohte, damit dieser "von ihm abließ und er so mit dem Geld entkommen konnte". Hierbei steht einer Anwendung des § 250 II Nr. 1 StGB nicht entgegen, dass nach den Urteilsfeststellungen die Klinge des Teppichmessers noch nicht ausgefahren war. Denn ein Tatmittel ist auch dann gefährlich i. S. dieser Vorschrift, wenn es nur eines kurzen Handgriffs - hier: Hinausschieben der Klinge - bedarf, um seine Eignung, erhebliche Verletzungen zuzufügen, herbeizuführen. Dies hat der BGH für den Fall der kurzfristig schussbereiten Waffe, die lediglich noch durchgeladen oder entsichert werden muss, bereits entschieden (BGH, NJW 2000, 1050). Der vorliegende Sachverhalt rechtfertigt keine andere Beurteilung. Der Senat ändert den Schuldspruch entsprechend ab. § 265 StPO steht dem nicht entgegen, da ausgeschlossen werden kann, dass der Angekl. sich gegen den Schuldvorwurf des schweren räuberischen Diebstahls anders als geschehen hätte verteidigen können. Der Strafausspruch kann bestehen bleiben. Trotz der nicht unbedenklichen Strafzumessungserwägungen zur Frage der Bestimmung der Ehefrau des Angekl. zu einer Falschaussage kann der Senat hier ausschließen, dass das LG bei unveränderter Strafandrohung und Verurteilung wegen einer vollendeten statt nur versuchten Tat auf eine niedrigere Strafe erkannt hätte.

Standort: § 315 b StGB — Problem: Gefährdung auf einem Privatgelände

OLG KÖLN, BESCHLUSS VOM 06.06.2000
SS 227/00 (VRS 99, 363)

Problemdarstellung:

Das OLG Köln hatte über die Strafbarkeit eines Angeklagten wegen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr gem. § 315 b I Nr. 3 StGB zu entscheiden. Der Angeklagte war von einer öffentlichen Straße aus mit seinem Pkw gezielt auf eine Person zugefahren, die sich auf einem privaten Garagenvorhof befand.

Während die Strafkammer darin eine Beeinträchtigung der Sicherheit des öffentlichen Straßenverkehrs sah, da der Angekl. von einer öffentlichen Verkehrsfläche aus losgefahren sei und die Tathandlung daher auch in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Straßenverkehr gestanden habe, hält es das OLG Köln demgegenüber für erforderlich, dass das Tatgeschehen nicht nur seinen Ausgang im öffentlichen Straßenverkehr nimmt, sondern die "Rammfahrt" selbst in diesem stattfindet. § 315 b StGB stelle den Eingriff in den Straßenverkehr und nicht den Angriff aus dem Straßenverkehr unter Strafe. Da das Opfer sich unzweifelhaft auf einem privaten Gelände befunden hat und auch im übrigen keine Verkehrsteilnehmer gefährdet worden sind, entfällt nach Ansicht des Senats eine Strafbarkeit gem. § 315 b StGB.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung betrifft aus dem prüfungsrelevanten Bereich der Straßenverkehrsdelikte die Frage des "räumlichen Anwendungsbereichs" des § 315 b StGB (vgl. zur Übersicht Tröndle/Fischer, § 315 b, Rn. 2). Die Besonderheit des Falles liegt darin, dass das Tatgeschehen seinen Ausgang im öffentlichen Straßenverkehr nimmt, die Gefährdung aber erst auf einem Privatgelände stattfindet, welches unzweifelhaft nicht dem öffentlichen Verkehrsraum zuzurechnen ist. Bemerkenswert ist, dass das OLG Köln Verhaltensweisen, die im unmittelbaren Zusammenhang mit der Teilnahme am Straßenverkehr stehen, zwar mit der wohl h.M. als von den Tatbeständen der §§ 315 c, 142 StGB erfasst ansieht, jedoch im Hinblick auf den Normzweck im Rahmen des § 315 b StGB nur ein Tatgeschehen, dass selbst im öffentlichen Straßenverkehr stattfindet, ausreichen lässt. Die h.M. geht demgegenüber - zumeist ohne nähere Erörterungen - davon aus, dass der "räumliche Anwendungsbereich" der §§ 315 b, 315 c, 142 StGB identisch ist (vgl. etwa Schönke/Schröder/Cramer, 25. Auflage, § 315 b, Rn. 2 i.V.m. § 142, Rn. 15 f.).

In diesem Zusammenhang ist auf zwei weitere Entscheidungen hinzuweisen, die sich mit Begriff des "Fahrzeugs" beschäftigen. Das BayObLG geht in seinem Beschluss vom 13.7. 2000 (DAR 2000, 532) davon aus, dass es sich bei einem motorisierten Krankenfahrstuhl um ein Fahrzeug i.S. des § 316 StGB handelt und bestätigt eine entsprechende Verurteilung eines Rollstuhlfahrers. Während die wohl h.M. die in § 24 StVO genannten Fortbewegungsmittel auch vom Fahrzeugbegriff i.S. der §§ 315 c, 316 StGB ausnimmt, sieht das BayObLG dazu keine Veranlassung. In einer zivilrechtlichen Entscheidung hat das OLG Oldenburg die Ansicht vertreten, auch Inline-Skates seien keine ähnlichen Fortbewegungsmittel i.S. des § 24 I StVO, sondern Fahrzeuge (s. DAR 2000, 528 ff.; anders die h.M., vgl. etwa OLG Karlsruhe, NZV 1999, 44; OLG Celle, NJW-RR 1999, 1187).

Leitsatz (der Redaktion):

Es liegt kein gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr vor, wenn der Täter vom öffentlichen Verkehrsraum aus eine Person auf einem Privatgelände bewußt anfährt.

Sachverhalt:

Das LG hat in tatsächlicher Hinsicht festgestellt, daß der Angekl. seinen Pkw zunächst auf der Fahrbahn der Burgstraße vor dem Garagenvorplatz des Wohnhauses der Zeugen E, B und R anhielt und sich an den auf diesem Garagenhof stehenden Zeugen E wandte, wobei sich eine verbale Auseinandersetzung zwischen ihm und diesem Zeugen entwickelte. Danach setzte er den Pkw auf der Burgstraße in der Weise zurück, daß dieser mit der Fahrzeugfront auf den auf dem Garagenvorplatz stehenden Zeugen E wies. Sofort nach dem Zurücksetzen fuhr er mit aufheulendem Motor und quietschenden Reifen mit nicht unerheblicher Geschwindigkeit in gerader Linie gezielt auf den zurückweichenden Zeugen zu, den er dabei mit der Stoßstange an den Beinen erfaßte und verletzte.

Das AG Siegburg hat den Angekl. wegen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr in Tateinheit mit vorsätzlicher Körperverletzung sowie wegen vorsätzlichen Fahrens ohne Fahrerlaubnis zu einer Gesamtgeldstrafe von 70 Tagessätzen zu je 30,00 DM verurteilt und ihm nachgelassen, die Geldstrafe in monatlichen Raten von 200,00 DM zu zahlen. Die Berufung des Angekl. ist durch Urteil des LG Bonn vom 1.3.2000 unter Aufrechterhaltung des Urteils im übrigen mit der Maßgabe verworfen (worden), daß der Angekl. wegen eines vorsätzlichen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr in Tateinheit mit vorsätzlicher gefährlicher Körperverletzung und wegen vorsätzlichen Fahrens ohne Fahrerlaubnis zu einer Gesamtgeldstrafe von 70 Tagessätzen zu je 25,00 DM verurteilt wird. Mit der Revision des Angekl. wird die Aufhebung dieses Urteils beantragt und die Verletzung materiellen Rechts gerügt.

Gründe:

Das Rechtsmittel hat insofern (vorläufigen) Erfolg, als es in entsprechender Anwendung der §§ 353, 354 Abs 1 StPO zu einer teilweisen Änderung des Schuldspruchs und im Rechtsfolgenausspruch gemäß §§ 353, 354 Abs 2 StPO zur Teilaufhebung des angefochtenen Urteils unter Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht führt.

1. Die auf umfassender Sachverhaltsaufklärung beruhenden Urteilsfeststellungen tragen den Schuldspruch wegen eines (tateinheitlich begangenen) gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr gemäß § 315 b Abs 1 Nr. 3 StGB nicht. […] In rechtlicher Hinsicht hat das Berufungsgericht ausgeführt, der Angekl. sei von der

öffentlichen Verkehrsfläche aus auf den sich außerhalb des öffentlichen Verkehrsraumes auf dem Garagenhof befindlichen Zeugen zugefahren und habe ihn dort verletzt. Diese Tathandlung habe in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Straßenverkehr gestanden, der "sozusagen als Ausgangsbasis für den Angriff genutzt worden sei. Dies reiche für eine Bestrafung nach § 315 b StGB aus (so schon LG Bonn NStZ 1983, 223). Dieser Auffassung kann aus Rechtsgründen nicht gefolgt werden.

Zutreffend geht das LG freilich davon aus, daß der Tatort sich außerhalb des öffentlichen Verkehrsraums befunden hat. Verkehrsflächen sind - ohne Rücksicht auf die Eigentumsverhältnisse - öffentlich im Sinne des Straßenverkehrsrechts, wenn sie entweder ausdrücklich oder mit stillschweigender Duldung des Verfügungsberechtigten jedermann oder zumindest einem nicht näher bestimmten Personenkreis zur verkehrsmäßigen Benutzung zur Verfügung stehen (BGH NZV 1998, 418; OLG Düsseldorf NJW 1988, 922; BayObLG NJW 1983, 129). Nicht öffentlich ist hingegen eine Grundfläche, wenn der Verfügungsberechtigte ihre Nutzung nur einem beschränkten Personenkreis gestattet, sofern dieser Kreis so eng gezogen ist, daß die Öffentlichkeit des Verkehrsraumes mit Recht als ausgeschlossen betrachtet werden kann. Dies setzt voraus, daß der Verfügungsberechtigte nur solchen Personen Zutritt dorthin gestattet, die in enger persönlicher Beziehung zu ihm stehen oder in eine solche treten wollen (vgl BGH VRS 12, 414 [415 f.] [öffentlich: Zufahrtsstraße];BGHSt 16, 7 [10 f.] [nicht öffentlich: Bedienstetenparkplatz; öffentlich: Gaststättenparkplatz]; BGH VRS 22, 185; OLG Hamm VRS 52, 369 [370] [offen gelassen für Kundenparkplatz eines Lernstudios]; BayObLG VRS 58,216 [217 ff.] [öffentlich: automatische Autowaschanlage]; BayObLG VRS 62, 133 [134] [öffentlich: Parkplatz eines Warenhauses o. Großmarkts] BayObLG VRS 66, 290 [Mitarbeiterparkplatz]; BayObLG VRS 73, 57 f. [Hofraum]; OVG Münster NJW 2000, 602 [öffentlich: Hinterhofparkplatz für Anwohner u. Kunden mehrerer Firmen]; ferner Jagusch/ Hentschel, 35. Aufl 1997, § 1 StVO Rdn 13 ff. m. w. N.). Der Umstand, daß auch andere Personen - widerrechtlich, weil ohne Gestattung - die Fläche tatsächlich anfahren und benutzen können, reicht nicht aus (BayObLG NJW 1983, 129 [nicht öffentlich: Parkbuchten vor einem Wohnhaus); BayObLG VRS 73, 57 f.). Bei der Prüfung der Frage, ob eine Duldung der Benutzung durch einen darüber hinausgehenden Personenkreis vorliegt, ist nicht auf den inneren Willen des Verfügungsberechtigten, sondern auf die für etwaige Benutzer erkennbaren äußeren Gegebenheiten abzustellen (OLG Düsseldorf a.a.O.). Dabei rechtfertigt das Fehlen einer Absperrung allein noch nicht die Annahme, daß die Benutzung von Flächen, die ersichtlich Wohngebäuden zugeordnet sind, nach dem Willen des Berechtigten nicht auf die zum Kreis der Hausbewohner gehörenden Personen beschränkt sein, sondern darüber hinaus der Allgemeinheit offen stehen soll (BayObLG NJW 1983, 129). Ausgehend von diesen Grundsätzen hat das LG zu Recht den Garagenvorplatz eines Wohnhauses nicht als öffentlichen Verkehrsgrund angesehen.

Ihm kann allerdings nicht darin gefolgt werden, daß der demzufolge außerhalb des öffentlichen Verkehrsraums begangene Angriff auf den Zeugen E gleichwohl den Tatbestand des § 315 b Abs 1 Nr 3 StGB erfüllt hat, weil er seinen Ausgang im öffentlichen Straßenverkehr genommen hatte (ebenso aber LG Bonn NStZ 1983, 223 L m. Anm Landsberg). Denn es genügt gerade nicht, daß die Tathandlung in unmittelbarem Zusammenhang mit der Teilnahme am Straßenverkehr begangen wird. Erforderlich ist vielmehr, daß in Fällen der vorliegenden Art ("Rammfahrten") das Tatgeschehen selbst im öffentlichen Verkehrsraum stattfindet und die Sicherheit des Straßenverkehrs beeinträchtigt (BGH NZV 1998, 418). § 315 b StGB stellt den Eingriff in den Straßenverkehr und nicht den Angriff aus dem Straßenverkehr heraus unter Strafe. Geschütztes Rechtsgut der Bestimmung ist die Sicherheit des öffentlichen Straßenverkehrs, der begriffsnotwendig nur in dem jedermann dauernd oder vorübergehend zugänglichen Verkehrsraum - und nicht außerhalb dieses Bereichs - stattfinden kann. Dementsprechend setzt der Tatbestand für alle in Abs 1 Nrn. 1 bis 3 umschriebenen Verhaltensweisen voraus, daß durch sie die Sicherheit des Straßenverkehrs gefährdet wird. Daran fehlt es, solange die - als solche noch ungefährliche - Teilnahme am Straßenverkehr lediglich als Ausgangsbasis für einen Angriff dient, der nicht dazu führt, daß anderen Verkehrsteilnehmern die gefahrlose Teilnahme am öffentlichen Straßenverkehr nicht mehr möglich ist (OLG Düsseldorf NJW 1982, 2391). Erwägungen, die im Zusammenhang mit den Tatbeständen der §§ 315 c, 142 StGB eine abweichende Betrachtung rechtfertigen und dazu führen, dort Vorgänge bereits aufgrund ihres unmittelbaren Zusammenhangs mit der Teilnahme am Straßenverkehr als tatbestandsmäßig gelten zu lassen (vgl dazu Landsberg a.a.O.), sind wegen der unterschiedlichen Normzwekke auf § 315 b StGB nicht übertragbar.

Da die tatsächlichen Urteilsfeststellungen eine abschließende rechtliche Beurteilung der Tat vom 18. 6. 1999 ermöglichen, war der Schuldspruch dahingehend abzuändern, daß der Angekl. lediglich wegen der - rechtsfehlerfrei festgestellten - gefährlichen Körperverletzung verurteilt wird und die Verurteilung wegen eines tateinheitlich begangenen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr entfällt.

2. Die Änderung des Schuldspruchs berührt den Schuldumfang der Tat und führt deshalb zur Aufhebung der insoweit erkannten Einzelstrafe. Damit entfällt die Grundlage der Gesamtstrafenbildung, die ebenfalls erneuter tatrichterlicher Entscheidung be-

darf.
3. Im übrigen, nämlich hinsichtlich der Verurteilung wegen vorsätzlichen Fahrens ohne Fahrerlaubnis und der insoweit erkannten Einzelstrafe, war die Revision zu verwerfen, weil die Nachprüfung des Urteils auf Grund der Revisionsbegründung keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angekl. ergeben hat (§ 349 Abs 2 StPO).

Standort: Art. 6 MRK Problem: Pflichtverteidiger für Ausländer

BGH, BESCHLUSS VOM 26.10.2000
3 STR 6/00 (NJW 2001, 309)

Problemdarstellung:

Der BGH hatte auf Vorlage des OLG Oldenburg zu entscheiden, ob einem Angekl., der die deutsche Sprache nicht beherrscht, unabhängig von der Bedeutung des strafrechtlichen Vorwurfs jedenfalls dann ein Pflichtverteidiger beizuordnen ist, wenn er mittellos ist und daher die Kosten für einen Dolmetscher (zur Verständigung mit einem Wahlverteidiger außerhalb der Hauptverhandlung) nicht aufzubringen vermag. Da das Kostenrecht in §§ 97 II, 126 BRAGO lediglich eine Kostenerstattung für die dem gerichtlich bestellten Anwalt entstandenen Auslagen im Zusammenhang mit der erforderlichen Zuziehung eines Dolmetschers vorsieht, war das BayObLG (StV 1990, 103) davon ausgegangen, dem Angekl. müsse ein Pflichtverteidiger beigeordnet werden, um ihn auch von Dolmetscherkosten zu befreien, die durch Gespräche mit dem Verteidiger außerhalb der Hauptverhandlung anfallen. Der BGH hält die Beiordnung eines Pflichtverteidigers dagegen nicht für geboten, da aus Art. 6 III lit. e MRK für den der Gerichtssprache nicht kundigen Angekl. ein umfassendes Recht zur unentgeltlichen Zuziehung eines Dolmetschers folge, dass auch eingreife, wenn kein Fall der notwendigen Verteidigung gem. § 140 II StPO vorliege. Die Kostennormen seien unter dem Gesichtspunkt der Einheit der Rechtsordnung "konventionskonform" auszufüllen, um dem Angekl. die Freistellung von den Dolmetscherkosten zu gewährleisten. Lägen keine sonstigen Umstände vor, die eine notwendige Verteidigung gem. § 140 II StPO begründen, sei es darüber hinaus aber nicht erforderlich, dem Angekl. einen Pflichtverteidiger beizuordnen.

Prüfungsrelevanz:

Fragen der notwendigen Verteidigung besitzen insofern erhebliche Prüfungsrelevanz, als im Rahmen einer staatsanwaltschaftlichen (Abschluss-)Verfügung häufig ein Antrag auf Beiordnung eines Pflichtverteidigers in Betracht zu ziehen ist (vgl. insb. § 141 III, 117 IV StPO). Neben den in § 140 I StPO enumerativ aufgeführten Fällen ist nach der Generalklausel des § 140 II StPO - vor dem AG und dem Berufungsgericht (§ 140 I Nr. 1 StPO) - auch dann ein Pflichtverteidiger zu bestellen, wenn wegen der Schwere der Tat oder wegen der Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage die Mitwirkung eines Verteidigers geboten erscheint oder wenn ersichtlich ist, dass sich der Beschuldigte nicht selbst verteidigen kann. Handelt es sich bei dem Angekl. um einen Ausländer, der die deutsche Sprache nicht oder nicht hinreichend beherrscht, ist die Anwendung von § 140 II 3. Variante StPO zu prüfen. Der BGH stellt mit der vorliegenden Entscheidung klar, dass die Verständigungsschwierigkeiten jedenfalls dann keine Beiordnung eines Pflichtverteidigers erforderlich machen, wenn die rechtlichen oder tatsächlichen Schwierigkeiten des Verfahrens bereits durch die Übersetzungsleistungen eines Dolmetschers ausgeräumt werden können.

In einer weiteren aktuellen Entscheidung hat der BGH ausgeführt, dass dann, wenn abzusehen ist, dass die Mitwirkung eines Verteidigers im gerichtlichen Verfahren notwendig sein wird, § 141 III StPO im Lichte des von Art. 6 III lit. d MRK garantierten Fragerechts dahin auszulegen ist, dass dem unverteidigten Beschuldigten vor der zum Zwecke der Beweissicherung durchgeführten ermittlungsrichterlichen Vernehmung des zentralen Belastungszeugen ein Verteidiger zu bestellen ist, wenn der Beschuldigte von der Anwesenheit bei dieser Vernehmung ausgeschlossen ist (BGH, NJW 2000, 3505 m. Anm. Eisele, JA 2001, 100). Zur Beiordnung eines vom Beschuldigten benannten Verteidigers trotz bestellten Pflichtverteidigers s. BGH, NJW 2001, 237.

Leitsätze:

1. Art. 6 III lit. e MRK räumt dem der Gerichtssprache nicht kundigen Angeklagten (Beschuldigten) unabhängig von seiner finanziellen Lage für das gesamte Strafverfahren und damit auch für vorbereitende Gespräche mit einem Verteidiger einen Anspruch auf unentgeltliche Zuziehung eines Dolmetschers ein, auch wenn kein Fall der notwendigen Verteidigung i.S. des § 140 II StPO oder des Art. 6 III lit. c MRK gegeben ist.
2. Einem Angeklagten ist daher nicht allein deswegen ein Pflichtverteidiger beizuordnen, weil er die deutsche Sprache nicht beherrscht und wegen seiner Mittellosigkeit nicht in der Lage ist, die Kosten für einen Dolmetscher aufzubringen.

Sachverhalt:

Das AG hat die Angekl. - der deutschen Sprache nicht mächtige, von Sozialhilfe in der Form von Warengut-

scheinen und Taschengeld lebende Asylbewerber - wegen "je eines gemeinschaftlichen Diebstahls und darüber hinaus zweier einzeln begangener Diebstähle" jeweils zu einem Dauerarrest von zwei Wochen verurteilt. Mit ihren Revisionen rügen die Angekl. übereinstimmend die Verletzung formellen und materiellen Rechts. Namentlich machen sie mit der Verfahrensrüge den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO geltend, weil ihnen unter Verstoß gegen § 68 Nr.1 JGG, § 140 II 1 StPO bzw. Art. 6 III lit. c EMRK kein Verteidiger beigeordnet worden sei. Das zur Entscheidung über die Revision berufene OLG möchte die Rechtsmittel verwerfen. Insbesondere hält es die Rüge der Angekl. für unbegründet, ihnen hätte allein schon deswegen ein Pflichtverteidiger beigeordnet werden müssen, weil sie die deutsche Sprache nicht beherrschen. Hieran sieht sich das OLG Oldenburg jedoch durch den Beschluss des BayObLG vom 20. 12. 1989 (StV 1990, 103) gehindert. Dieses hat dort entschieden, dass einem Angekl., der die deutsche Sprache nicht beherrscht, unabhängig von der Bedeutung des strafrechtlichen Vorwurfs jedenfalls dann ein Pflichtverteidiger beigeordnet werden muss, wenn er mittellos ist und daher die Kosten für einen Dolmetscher, ohne den er sich mit einem Wahlverteidiger nicht hinreichend verständigen könnte, nicht aufzubringen vermag.

Das OLG Oldenburg hat die Sache deshalb gem. § 121 II GVG zur Entscheidung folgender Rechtsfrage vorgelegt: Ist einem Angekl., der die deutsche Sprache nicht beherrscht, unabhängig von der Bedeutung des strafrechtlichen Vorwurfs jedenfalls dann ein Pflichtverteidiger beizuordnen, wenn er mittellos ist und daher die Kosten für einen Dolmetscher nicht aufzubringen vermag? Der BGH entschied wie aus den Leitsätzen ersichtlich.

Gründe:

I. Die Vorlage ist zulässig. Das OLG Oldenburg kann die Revisionen der Angekl. nicht wie beabsichtigt verwerfen, ohne von den die Entscheidung tragenden Erwägungen des genannten Beschlusses des BayObLG abzuweichen. Seine Auffassung, die aufgeworfene Rechtsfrage sei entscheidungserheblich, weil die Revisionen der Angekl. aus anderen Gründen weder mit der Sach- noch mit der Verfahrensrüge Erfolg haben könnten, ist rechtlich vertretbar. Sie ist daher bei der Prüfung der Vorlegungsvoraussetzungen durch den Senat zu Grunde zu legen (vgl. BGHSt 22, 94 [100]; 33, 183 [186]; 34, 101 [103 ff.]).

1. Dies gilt insbesondere für die Ansicht des vorlegenden Gerichts, den jugendlichen, strafrechtlich noch nicht in Erscheinung getretenen Angekl. habe wegen der denkbaren straf- und ausländerrechtlichen Rechtsfolgen, die im Hinblick auf die vorgeworfenen Taten in Betracht kamen, nicht schon unter dem Aspekt der Schwere der Tat i.S. des § 140 II 1 StPO beigeordnet werden müssen.

Ebenso ist seine Auffassung rechtlich vertretbar, dass weder wegen der Taten an sich (Ladendiebstähle) noch wegen der Beweislage (weit gehende Geständigkeit der Angekl.; ein Zeuge zu vernehmen) oder wegen Besonderheiten des Verfahrens (gleichzeitige Verhandlung gegen zwei Angekl.; Hinzuverbindung eines weiteren Verfahrens gegen den Angekl. A in der Hauptverhandlung unter Verzicht auf sämtliche Fristen) die Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage die Beiordnung von Verteidigern gebot. Bestehen beim Angeklagten sprachbedingte Verständigungsschwierigkeiten, so kann dies zwar dazu führen, dass die Bestellung eines Verteidigers unter dem Gesichtspunkt der Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage eher geboten sein kann, als dies sonst der Fall ist (BVerfGE 64, 135 [150]). Ausnahmslos trifft dies indessen nicht zu.

2. Die vom vorlegenden Gericht dem Senat zur Entscheidung unterbreitete Rechtsfrage ist auf die besondere Fallgestaltung beschränkt, dass die des Deutschen nicht mächtigen Angekl. nicht über die finanziellen Mittel verfügen, um die Kosten für einen Dolmetscher (gemeint: zur Verständigung mit einem Wahlverteidiger außerhalb der Hauptverhandlung) aufzubringen. Hierauf kommt es für die Entscheidung des OLG jedoch nur dann an, wenn nicht - unabhängig von der Tatschwere und der Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage - allein schon die Sprachunkundigkeit eines Angeklagten stets seine Fähigkeit, sich selbst gegen den Tatvorwurf zu verteidigen, ausschließt (§ 140 II 3 Alt. 3 StPO) und es daher in einem derartigen Fall, wenn ein Wahlverteidiger nicht mandatiert wurde, unabhängig von den finanziellen Verhältnissen des Angeklagten stets zur Beiordnung eines Pflichtverteidigers kommen muss (so teilweise das Schrifttum: Lüderssen, in: Löwe/Rosenberg 24. Aufl., § 140 Rdnrn. 80 f.). Auch dies hat das vorlegende Gericht indessen in vertretbarer Weise verneint.

Seine Auffassung, die Schwierigkeiten, die sich einem sprachunkundigen Angekl. im Strafverfahren stellen, könnten im Einzelfall allein schon durch die Teilnahme eines Dolmetschers an der Hauptverhandlung ausgeglichen werden, und ein derartiger Fall sei in vorliegender Sache gegeben, ist nachvollziehbar. Denn insbesondere im Bereich der Kleinkriminalität sind etwa bei geständigem Angeklagten oder einfacher Beweislage ohne weiteres Fallkonstellationen denkbar, in denen den Verteidigungsbedürfnissen des sprachunkundigen Angeklagten allein schon durch die Übersetzungsleistungen eines Dolmetschers in der Hauptverhandlung in vollem Umfang genügt werden kann (Basdorf, in: Gedächtnisschr. für Karlheinz Meyer, S. 19 [31]).

Die Ansicht des vorlegenden Gerichts weicht in diesem Punkt daher auch nicht von der Rechtsprechung der übrigen Obergerichte ab. Denn soweit dort nicht die finanzielle Unfähigkeit des Angeklagten, einen für

die Verständigung mit einem (Wahl-)Verteidiger außerhalb der Hauptverhandlung notwendigen Dolmetscher zu entlohnen, als allein entscheidender Umstand für die Notwendigkeit der Beiordnung eines Pflichtverteidigers angesehen wurde (vgl. KG, StV 1985, 184 [185]; StV 1986, 239; anders aber NStZ 1990, 402; OLG Zweibrücken, StV 1988, 379; BayObLG, StV 1990, 103), waren stets weitere Umstände neben den Verständigungsschwierigkeiten des Angeklagten maßgeblich dafür, dass im Einzelfall die Bestellung eines Pflichtverteidigers nach § 140 II 1 StPO als geboten angesehen wurde.

3. Die Vorlegungsfrage bedarf der Präzisierung. Während die Sprachunkundigkeit des Angekl. nach Ansicht des vorlegenden Gerichts für sich allein die Notwendigkeit der Beiordnung eines Pflichtverteidigers nicht zu begründen vermag, fordert sie nach Auffassung des BayObLG, wie sich aus dem Gesamtzusammenhang seiner Entscheidung ergibt, unabhängig von den sonstigen Umständen des Einzelfalls stets die Bestellung eines Verteidigers. Es kommt daher auf die Maßgeblichkeit oder Unmaßgeblichkeit der Bedeutung des strafrechtlichen Vorwurfs nicht an. Aus diesem Grund formuliert der Senat die zu beantwortende Frage wie folgt: Ist einem Angeklagten allein deswegen ein Pflichtverteidiger beizuordnen, weil er die deutsche Sprache nicht beherrscht und wegen seiner Mittellosigkeit die Kosten für einen Dolmetscher nicht aufzubringen vermag?

II. Diese Frage ist zu verneinen.

1. Wie bereits dargelegt, beruhen die unterschiedlichen Rechtsmeinungen des BayObLG und des vorlegenden Gerichts im Kern nicht auf einer abweichenden Auslegung der in § 140 II 1 StPO normierten tatbestandlichen Voraussetzungen einer notwendigen Verteidigung. Aus den Gründen des Beschlusses des BayObLG vom 20. 12. 1989 (StV 1990, 103) und insbesondere der dort als Beleg zitierten Entscheidung des KG (StV 1985, 184; aufgegeben durch KG, NStZ 1990, 402) ergibt sich vielmehr, dass das BayObLG unabhängig von den in § 140 II 1 StPO umschriebenen Voraussetzungen die Bestellung eines Pflichtverteidigers in analoger Anwendung dieser Vorschrift für geboten erachtete, um dem dortigen Angekl. ein faires, rechtsstaatliches Verfahren zu gewährleisten. Dem liegt ersichtlich die Auffassung zu Grunde, dass das durch Art. 6 III lit. e EMRK gewährleistete Recht eines der Gerichtssprache nicht kundigen Angeklagten, die unentgeltliche Beiziehung eines Dolmetschers zu verlangen, auch für vorbereitende Gespräche mit einem Wahlverteidiger gelte; da aber das deutsche Kostenrecht lediglich für den gerichtlich bestellten Anwalt über §§ 97 II 1 und 2, 126 BRAGO die Erstattung der notwendigen Auslagen ermögliche, die für die erforderliche Zuziehung eines Dolmetschers zu Gesprächen zwischen dem Verteidiger und dem Angeklagten außerhalb der Hauptverhandlung anfallen, sei die Bestellung eines Verteidigers geboten, um dem Angeklagten die durch Art. 6 III lit. e EMRK garantierte Unentgeltlichkeit auch dieser Dolmetschertätigkeit zu sichern (so auch Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, 44. Aufl., § 140 Rdnr. 32, und Art. 6 EMRK Rdnr. 25; Laufhütte, in: KK-StPO, 4. Aufl., § 140 Rdnr. 25; Pfeiffer, StPO, 2. Aufl., § 140 Rdnr. 7).

Demgegenüber ist das vorlegende Gericht der Ansicht, dass der Anspruch des sprachunkundigen Angeklagten auf unentgeltliche Zuziehung eines Dolmetschers zu vorbereitenden Gesprächen mit einem Verteidiger nicht weiter gehe als sein Anspruch auf Beiordnung eines Pflichtverteidigers. Sei eine solche nach § 140 StPO nicht geboten und damit auch nicht i. S. des Art. 6 III lit. c EMRK im Interesse der Rechtspflege erforderlich, bedürfe es der unentgeltlichen Zurverfügungstellung eines Dolmetschers für vorbereitende Gespräche mit einem Verteidiger auch dann nicht, wenn der Angeklagte mittellos sei (so auch OLG Düsseldorf, NJW 1989, 677 = StV 1992, 363 m. Anm. Wolf; OLG Hamm, NStZ 1990, 143 [144]; StV 1995, 64 [65]; OLG Köln, NJW 1991, 2223 [2224]; OLG Koblenz, MDR 1994, 113 7; Basdorf, S. 30 ff.).

2. Entgegen der Auffassung des vorlegenden Gerichts räumt Art. 6 III lit. e EMRK dem der Gerichtssprache nicht mächtigen Angeklagten (Beschuldigten) unabhängig von seiner finanziellen Lage für das gesamte Strafverfahren und damit auch für vorbereitende Gespräche mit einem Verteidiger einen Anspruch auf unentgeltliche Zuziehung eines Dolmetschers ein, auch wenn kein Fall der notwendigen Verteidigung i. S. des § 140 StPO oder des Art. 6 III lit. c EMRK gegeben ist (a); indessen ist es zur Gewährleistung der Unentgeltlichkeit nicht erforderlich, dem Angeklagten einen Pflichtverteidiger beizuordnen (b).

a) Der EGMR hat in seinem Urteil vom 23. 10. 1978 (NJW 1979, 1091) nicht nur festgestellt, dass das in Art. 6 III lit. e EMRK gewährleistete Recht auf unentgeltliche Beiziehung eines Dolmetschers für jedermann, der die Verbandlungssprache des Gerichts nicht spricht oder versteht, den Anspruch auf unentgeltlichen Beistand eines Dolmetschers einschließt, ohne dass im Nachhinein Zahlung der dadurch verursachten Kosten von ihm verlangt werden darf. Er hat darüber hinaus auch dargelegt, dass sich dieser Anspruch nicht nur auf den in der Hauptverhandlung tätigen Dolmetscher beziehe, sondern für das gesamte Verfahren gelte und sicherstelle, dass dem sprachunkundigen Angeklagten sämtliche Schriftstücke und mündliche Erklärungen in dem gegen ihn geführten Verfahren übersetzt werden, auf deren Verständnis er angewiesen ist, um ein faires Verfahren zu haben (NJW 1979, 1091 [1092]).

Den vom Gerichtshof aufgestellten Grundsätzen ist der allgemeine Gedanke zu entnehmen, dass nach den Maßstäben der EMRK der Anspruch des der Gerichtssprache nicht kundigen Angeklagten auf ein faires,

rechtsstaatliches Verfahren es gebietet, ihm nicht nur alle ihm gegenüber vorgenommenen, maßgeblichen schriftlichen und mündlichen Verfahrensakte kostenlos in einer ihm verständlichen Sprache bekannt zu geben, sondern es ihm auch zu ermöglichen, alle von ihm in Ausübung seiner strafprozessualen Rechte abgegebenen mündlichen und schriftlichen Erklärungen unentgeltlich in der Gerichtssprache übertragen zu lassen, soweit dies zur Wahrnehmung dieser Rechte erforderlich ist. Dies folgt aus dem Zweck des Art. 6 III lit. e EMRK, zur Gewährleistung eines fairen Verfahrens i. S. des Art. 6 I EMRK alle Nachteile auszuschließen, denen ein Angeklagter, der die Gerichtssprache nicht versteht oder sich nicht in ihr ausdrücken kann, im Vergleich zu einem dieser Sprache kundigen Angeklagten ausgesetzt ist (Vogler, EUGRZ 1979, 640 [643]; Meyer, ZStW 93, 507 [521]; s. auch Art. 14 EMRK, Art. 3 III GG). Er hat daher auch keine Kosten zu tragen, die auf einen der Gerichtssprache mächtigen Angeklagten nicht zukommen können; denn diese Mehrbelastung würde nicht nur zu einer Ungleichbehandlung bei der staatlichen Rechtsgewährung führen (Vogler, ZStW 89, 761 [790]; ders., EUGRZ 1979, 640 [643]), sondern wäre auch geeignet, das Verteidigungsverhalten des sprachunkundigen Angeklagten im Hinblick auf eventuelle Kostenfolgen nachteilig zu beeinträchtigen (EGMR, NJW 1978, 477; Vogler, EUGRZ 1979, 640 [643]).

Danach hat der sprachunkundige Angeklagte gem. Art. 6 III lit. e EMRK Anspruch darauf, dass alle seine schriftlichen und mündlichen Verfahrenserklärungen, die strafprozessual vorgesehen sind, für ihn unentgeltlich in die Gerichtssprache übersetzt werden, insbesondere wenn das nationale Recht, wie etwa § 184 GVG, die Wirksamkeit der Erklärung davon abhängig macht, dass sie in der Gerichtssprache abgegeben wird (vgl. dazu BGHSt 30, 182). Verfahrenserklärungen des Angeklagten sind nach deutschem Strafprozessrecht aber nicht nur im Rahmen mündlicher Vernehmungen und Verhandlungen vorgesehen, für die schon vom Gericht oder den Ermittlungsbehörden ein Dolmetscher zuzuziehen ist, wenn der Angeklagte die deutsche Sprache nicht beherrscht (§ 185 I 1 GVG). Vielmehr hat der Beschuldigte auch außerhalb mündlicher Verhandlungen oder sonstiger Termine das Recht, aus eigenem Entschluss schriftlich und mündlich verfahrensrelevante Erklärungen abzugeben. So hat er nach Zustellung der Anklage die Möglichkeit, die Vornahme einzelner Beweiserhebungen zu beantragen oder Einwendungen gegen die Eröffnung des Hauptverfahrens vorzubringen (§ 201 I StPO). Er kann bereits vor der Hauptverhandlung Beweisanträge stellen (§ 219 I 1 StPO). Wird er verurteilt, hat er die Befugnis, schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle Berufung einzulegen (§ 314 I StPO), und kann das Rechtsmittel auch begründen (§ 317 StPO). Ähnliches gilt für das Rechtsmittel der Revision mit der Einschränkung, dass die Revisionsbegründung von ihm nur zu Protokoll der Geschäftsstelle begründet werden kann, wenn er insoweit keinen Rechtsanwalt zuzieht (§§ 341 I, 344 I, 345 II StPO). Für all diese gesetzlich vorgesehenen Erklärungen garantiert Art. 6 III lit. e EMRK die unentgeltliche Übertragung in die Gerichtssprache, wenn der Beschuldigte diese nicht beherrscht.

Zu den strafprozessualen Rechten des Angeklagten zählt insbesondere seine Befugnis, sich in jeder Verfahrenslage des Beistands eines Verteidigers zu bedienen (§ 137 I 1 StPO, Art. 6 III lit. c EMRK). Ein des Deutschen nicht mächtiger Angeklagter kann dieses Recht in effektiver Weise nur wahrnehmen, wenn ihm eine Verständigung mit dem Verteidiger möglich ist. Abgesehen von dem besonderen Fall, dass der Verteidiger die Muttersprache des Angeklagten beherrscht, ist hierzu die Zuziehung eines Dolmetschers erforderlich. Mit den hierfür anfallenden Kosten darf der Angeklagte gem. Art. 6 III lit. e EMRK ebenfalls nicht belastet werden. Denn auch das Gespräch zwischen Angeklagtem und Verteidiger zur Vorbereitung der Verteidigung besteht aus Erklärungen, die im Rahmen des Strafverfahrens abgegeben werden. Soweit demgegenüber die Ansicht vertreten wird, Art. 6 III lit. e EMRK beschränke die Unentgeltlichkeit der Dolmetscherleistung auf "Prozesshandlungen des Beschuldigten oder gegenüber dem Beschuldigten" (Wolf, StV 1992, 364 [367]) oder auf die (durch Ermittlungsbehörden oder Gerichte) angeordnete Anwesenheit eines Dolmetschers (OLG Düsseldorf, NStZ 1986, 128), wird dies weder der Stellung des Angeklagten als Verfahrenssubjekt noch der des mit der Verteidigung beauftragten Rechtsanwalts als unabhängigem Organ der Rechtspflege (§ 1 BRAO) gerecht. Ebenso wenig wie dem Beschuldigten für Termine bei der StA Dolmetscherkosten überbürdet werden dürfen (vgl. die Regelungen in § 464 c StPO und Nr. 9005 Kostenverzeichnis zum GKG), darf er mit den Kosten belastet werden, die für die notwendige Zuziehung eines Dolmetschers zu Gesprächen mit dem Verteidiger anfallen, und zwar unabhängig von seiner finanziellen Lage (EKMR, NJW 1978,477).

b) Zur umfassenden Gewährleistung des Anspruchs des der Gerichtssprache nicht kundigen Angeklagten aus Art. 6 III lit. e EMRK ist es nicht erforderlich, ihm einen Pflichtverteidiger zu bestellen. Die Auffassung, die Beiordnung sei notwendig, weil nach §§ 97 II 1 und 2, 126 BRAGO eine Erstattung der Dolmetscherkosten nur für Gespräche zwischen Angeklagtem und Pflichtverteidiger gesetzlich vorgesehen sei, greift zu kurz. Sie vermag schon nicht zu erklären, wie der sprachunkundige Angeklagte von den Kosten freigestellt werden soll, die für die Übersetzung solcher Verfahrenserklärungen anfallen, die er unabhängig von der Zuziehung eines Verteidigers außerhalb mündlicher Verhandlungen oder sonstiger anberaumter Ter-

mine eigenständig abgeben kann (s. oben), und müsste daher insoweit einen Konventionsverstoß in Kauf nehmen, solange der Gesetzgeber nicht eingreift (vgl. Gollwitzer,in: Löwe / Rosenberg, Art. 6 EMRK Rdnr. 244).

Sie übersieht aber auch den Gesichtspunkt der Einheitlichkeit der Rechtsordnung. Die EMRK steht innerstaatlich im Rang eines einfachen Bundesgesetzes. Wenn sie in Art. 6 III lit. e dem Angeklagten die unentgeltliche Zuziehung eines Dolmetschers in dem dargestellten Umfang garantiert, kann die Erfüllung dieser Garantie nicht davon abhängen, dass daneben im anderweitigen Bundesrecht einfachgesetzliche kostenrechtliche Bestimmungen vorhanden sind, die die Freistellung des Angeklagten von den Dolmetscherkosten oder deren Erstattung ausdrücklich regeln (vgl. Gollwitzer, in: Löwe/Rosenberg, Vorb. Art. 1 EMRK Rdnr. 3). Vielmehr ist der entsprechende Anspruch des Angeklagten direkt aus Art. 6 III lit. e EMRK abzuleiten und durch eine konventionskonforme - ergänzende - Auslegung der bestehenden Kostennormen auszufüllen. Denn es ist nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber, sofern er dies nicht klar bekundet hat, von völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland abweichen oder die Verletzung solcher Verpflichtungen ermöglichen will (BVerfGE 74, 358 [370]).

Wie die Lücken des Kostenrechts bis zu einem Tätigwerden des Gesetzgebers im Einzelnen auszufüllen sind, braucht der Senat für die Beantwortung der Vorlegungsfrage nicht zu entscheiden. In Betracht kommt etwa die entsprechende Anwendung des § 2 IV GKG (so KG, NStZ 1990, 402 [404]), der §§ 3, 17 ZSEG (vgl. OLG Köln, StraFo 1999, 69 [70]), aber auch des § 126 BRAGO, um die Kostenfreistellung bzw. -erstattung auf die erforderlichen Kosten zu beschränken. Nach alledem ist es weder genügend noch erforderlich, auf eine innerstaatliche Kostenvorschrift zurückzugreifen, die für den besonderen Fall der Pflichtverteidigung die Erstattung von Dolmetscherkosten ausschließlich für Verteidigergespräche ermöglicht, und, um deren tatbestandlichen Voraussetzungen zu genügen, einen Pflichtverteidiger zu bestellen, obwohl ein Fall notwendiger Verteidigung nicht vorliegt.

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht — Problem: § 12 GBO im Lichte der Pressefreiheit

BVERFG, BESCHLUSS VOM 28.08.2000
1 BVR 1307/91 (NJW 2001, 503)

Problemdarstellung:

Das BVerfG hatte sich im vorliegenden Beschluss damit zu befassen, unter welchen Voraussetzungen einem Presseorgan Einsicht in das Grundbuch zu gewähren ist. Hierzu bestimmt § 12 GBO allgemein, dass jedermann Einsicht nehmen kann, der ein "berechtigtes Interesse" darlegt. Das Grundbuchamt und die Gerichte hatten es deshalb für notwendig befunden, dass einerseits die Beschwerdeführerin (Bf.) genau darlegt, für welche Recherche sie die Informationen benötigt, und andererseits der Eingetragene eine Stellungnahme abgeben kann, um dann im Rahmen einer "Gesamtschau" der widerstreitenden Interessen ermitteln zu können, ob das Einsichtnahmebegehren der Bf. "berechtigt" ist oder nicht. Die Bf. sah hingegen durch die beabsichtigte Anhörung der Eingetragenen ihren Rechercheerfolg gefährdet.

Das BVerfG bestätigt die Bf. in ihrer Auffassung, dass eine Anhörung des Eingetragenen verfassungsrechtlich regelmäßig nicht geboten sei und an die Darlegung des eigenen Interesses bei Presseorganen keine zu strengen Anforderungen gestellt werden dürfen. Ihnen müsse es nämlich möglich sein, auch bei vagen Verdachtsmomenten weitere Informationen beschaffen zu können; die Frage der "Berechtigung" dürfe weder zu einer Kontrolle der Presse bzgl. Sinn oder Unsinn ihrer Recherche, noch zur faktischen Vereitelung oder Gefährdung des Rechercheerfolges führen. Anderenfalls würde die grundrechtlich geschützte "freie Presse" unterlaufen.

Prüfungsrelevanz:

Der Beschluss ließe sich ohne weiteres in eine Verfassungsbeschwerde-Klausur zu Art. 5 I GG übernehmen. Das BVerfG setzt sich mit dem Inhalt der Pressefreiheit auseinander, grenzt diese zu anderen Grundrechten, namentlich Informationsfreiheit und Zensurverbot, ab und prüft im Rahmen der Verhältnismäßigkeit als "Schranken-Schranke" die praktische Konkordanz (dazu ausführlich: RA 2000, 414) zwischen Pressefreiheit auf der einen und dem allg. Persönlichkeitsrecht des Eingetragenen auf der anderen Seite. Diesbezüglich stellte sich übrigens das interes-

sante Randproblem, ob das allg. Persönlichkeitsrecht auch einer juristischen Person i.S.d. Art. 19 III GG zustehen kann, da Eingetragene hier eine KG war (Anm.: Dass OHG und KG als Personenhandelsgesellschaften "juristische Personen" i.S.d. Art. 19 III GG sind, ist - in den Grenzen ihrer Rechtsfähigkeit - allgemein anerkannt und wird vom BVerfG nicht einmal erwähnt). Während der BGH dies bejaht (vgl. BGHZ 81, 75, 78; NJW 1986, 2951), hat das BVerfG eine solche Neigung bereits vielfach angedeutet (vgl. z.B. BVerfGE 82, 76, 78), bisher aber nicht ausdrücklich bejaht. In der Literatur gibt es wegen der Herleitung des allg. Persönlichkeitsrechts aus der Menschenwürde (Art. 1 I 2 GG) auch kritische Stimmen (vgl. Sachs, GG, Art. 2 Rz. 77).

Zur Grundbucheinsicht gibt es eine Vielzahl weiterer Entscheidungen, vgl. BVerfG, NJW 1983, 2811; BGH, NJW 1981, 1563; LG Berlin, RPfleger 1981, 482; OLG Hamm, NJW-RR 1986, 824; OLG Rostock, DtZ 1995, 103.

Leitsätze (der Redaktion):

1. Das Grundrecht auf Pressefreiheit erstreckt sich auch auf den Zugang zu Datensammlungen und Registern (hier: des Grundbuchs), die nur in beschränktem Umfang zugänglich sind.

2. § 12 GBO ist auch unter diesem Aspekt der Pressefreiheit verfassungsgemäß.

3. Aus der Pressefreiheit folgt bei der Anwendung des § 12 GBO grundsätzlich keine Pflicht zur Anhörung des Eingetragenen vor der Einsichtnahme.

4. Zur Abwägung zwischen dem Informationsinteresse der Presse und dem Geheimhaltungsinteresse des im Grundbuch Eingetragenen.

Sachverhalt:

Die Bf. gibt das Wirtschaftsmagazin "Wirtschaftswoche" heraus. Sie beantragte ohne weitere Darlegungen beim Grundbuchamt, einer Redakteurin Einsicht in bestimmte Grundbuchblätter zu gewähren. Das AG wies sie unter Bezugnahme auf den Beschluss des OLG Hamm vom 14. 5. 1988 (NJW 1988, 2482) darauf hin, dass Voraussetzung für die Gewährung der Einsicht an einen Vertreter der Presse erstens die Anhörung des in den betreffenden Grundbüchern eingetragenen Eigentümers - im vorliegenden Fall einer KG - und zweitens die Abwägung der von der Presse wahrgenommenen öffentlichen Interessen mit dem Individualinteresse des Eigentümers sei.

Ersteres lehnte die Bf. ab: Das Grundbuchrecht kenne keine Verpflichtung zur Anhörung des Eigentümers. Einzige Voraussetzung nach § 12 GBO sei, dass der Einsicht Begehrende ein "berechtigtes Interesse" habe. Hierzu trage sie vor, über die mögliche Belastung oder Veräußerung des Grundstücks durch die KG im Rahmen eines Artikels berichten zu wollen. Dies und der durch Art. 5 I GG legitimierte öffentliche Auftrag der Presse seien Interesse genug.

Nachdem der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle des AG den Antrag der Bf. daraufhin zurückgewiesen hatte, verfolgte diese ihren Antrag im Wege des Beschwerdeverfahrens erfolglos weiter (das OLG Düsseldorf - RPfleger 1992, 18 - wies die weitere Beschwerde durch Beschluss vom 12. 6. 1991 letztinstanzlich zurück).

Ist die zulässige Verfassungsbeschwerde (Vb.) der Bf. gegen den letztinstanzlichen Beschluss des OLG, welcher die Ablehnung ihres Antrags auf Einsichtnahme in das Grundbuch durch das AG bestätigt hat, begründet?

Lösung:

Die Vb. ist begründet, wenn der angegriffene Akt der öffentlichen Gewalt die Bf. in einem Grundrecht oder grundrechtsgleichen Recht verletzt.

A. Pressefreiheit, Art. 5 I 2, 1. Fall GG

Die Bf. könnte zunächst in ihrem Grundrecht auf Pressefreiheit aus Art. 5 I 2, 1. Fall GG verletzt sein. Dann müsste in verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigter Weise in den Schutzbereich des Grundrechts eingegriffen worden sein.

I. Schutzbereich betroffen

Fraglich ist zunächst, ob der Schutzbereich des Grundrechts betroffen ist. Hier ist zwischen der personalen und sachlichen Betroffenheit zu differenzieren:

1. Personaler Schutzbereich

In personaler Hinsicht fallen in den Schutzbereich alle im Pressewesen tätigen Personen und Unternehmen (BVerfGE 20, 162, 175). Die Pressefreiheit ist also ihrem wesen nach unproblematisch auch auf juristische Personen anwendbar, Art. 19 III GG. Die Bf. ist eine Verlagsgesellschaft, welche u.a. das Magazin "Wirtschaftswoche" herausgibt. Bei diesem handelt es sich um ein Druckwerk, also ein Presseerzeugnis, bei der Bf. mithin um ein im Pressewesen tätiges Unternehmen.

2. Sachlicher Schutzbereich

Fraglich ist, ob das hier in Rede stehende Beschaffen von Informationen im Rahmen der Recherche für einen Zeitungsartikel unter die Pressefreiheit fällt. Das BVerfG bejaht dies in st. Rspr.:

”Prüfungsmaßstab ist das Grundrecht der Pressefreiheit gem. Art. 5 I 2 GG, dessen Schutzbereich durch den angegriffenen Beschluss berührt wird. Die in Art. 5 I 2 GG verbürgte Pressefreiheit gewährleistet nicht nur die Freiheit der Verbreitung von Nachrichten und Meinungen; sie schützt vielmehr auch den gesamten Bereich publizistischer Vorbereitungstätigkeit, zu der insbesondere die Beschaffung von Informationen gehört. Erst der prinzipiell ungehinderte Zugang zur Information versetzt die Presse in den Stand, die ihr in der freiheitlichen Demokratie eröffnete Rolle wirksam wahrzunehmen (vgl. BVerfGE 50, 234, 240). Das BVerfG hat dies für den Schutz der Informationsquelle oder der Informanten (vgl. BVerfGE 20, 162, 176; 36, 193, 204), aber auch bereits für den Zugang zu öffentlichen Gerichtsverhandlungen herausgestellt (vgl. BVerfGE 50, 234, 240). In gleicher Weise kann auch ein grundsätzlich schutzwürdiges Interesse der Presse am Zugang zu Datensammlungen oder Registern - hier: des Grundbuchs - bestehen, die nur in beschränktem Umfang zugänglich sind. Das Grundrecht der Pressefreiheit weist anerkanntermaßen auch objektivrechtliche Gehalte auf. […] Der Staat ist - unabhängig von subjektiven Berechtigungen Einzelner - verpflichtet, in seiner Rechtsordnung überall dort, wo der Geltungsbereich einer Norm die Presse berührt, dem Postulat ihrer Freiheit Rechnung zu tragen (vgl. BVerfGE 20, 162, 175). […] Bei § 12 GBO geht es um den Zugang zu Informationen, an deren Kenntnis grundsätzlich auch die Presse ein schutzwürdiges Interesse haben kann. Der Geltungsbereich des § 12 GBO berührt deshalb auch die Pressefreiheit.”

II. Eingriff

Unter einem ”Eingriff” ist mit der modernen Eingriffslehre jede Verkürzung des Schutzbereichs zu verstehen. Vorliegend wurde der Bf. der Zugriff auf das Grundbuch verwehrt, obwohl die Einsichtnahmemöglichkeit in den Schutzbereich der Pressefreiheit fiel (s.o.). Deren Schutzbereich wurde somit verkürzt.

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Nicht jeder Eingriff in ein Grundrecht stellt jedoch automatisch eine Verletzung desselben dar. Eine solche liegt nicht vor, soweit der Eingriff verfassungsrechtlich gerechtfertigt, d.h. von den Schranken des Grundrechts gedeckt ist. Fraglich ist mithin, welchen Schranken Art. 5 I 2 GG unterworfen ist, und ob diese den Eingriff decken.

1. Schranke

Gem. Art. 5 II GG findet die Pressefreiheit des Art. 5 I 2 GG ihre Schranken u.a. in den allgemeinen Gesetzen. Es besteht mithin ein Gesetzesvorbehalt. § 12 GBO, auf welchen sich das OLG vorliegend stützte, ist ein Parlamentsgesetz, welches hier den Gesetzesvorbehalt dergestalt konkretisiert, dass die Einsichtnahme in das Grundbuch von einem ”berechtigten Interesse” des Einsichtnehmenden abhängig gemacht wird.

2. Eingriff von Schranke gedeckt

Um den in der Verweigerung der Einsichtnahme liegenden Eingriff in die Pressefreiheit decken zu können, müsste § 12 GBO jedoch einerseits selbst verfassungsgemäß, andererseits verfassungsgemäß angewendet worden sein.

a. Verfassungsmäßigkeit der Norm

Das BVerfG bejaht zunächst kurz die Verfassungsmäßigkeit der Norm, wobei es die unzweifelhaft gegebene formelle Verfassungsmäßigkeit ganz ausspart und lediglich kurz auf die ”Allgemeinheit” des Gesetzes (vgl. die qualifizierte Anforderung des Art. 5 II GG an das einschränkende Gesetz) sowie die Verhältnismäßigkeit eingeht:

”Gemäß § 12 I GBO ist die Einsicht in das Grundbuch jedem gestattet, der ein berechtigtes Interesse darlegt. Wie das BVerfG bereits in anderem Zusammenhang festgestellt hat, bestehen gegen die Verfassungsmäßigkeit dieser Vorschrift keine Bedenken (vgl. BVerfGE 64, 229, 238). Auch unter dem Aspekt der Pressefreiheit ist die Vorschrift nicht zu beanstanden, da die Verwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs des "berechtigten Interesses" den Gerichten genügend Spielraum lässt, bei der Interpretation und Anwendung der Vorschrift der wertsetzenden Bedeutung der Pressefreiheit hinreichend Rechnung zu tragen. […] § 12 GBO ist ein allgemeines Gesetz nach Art. 5 II GG, das dem Schutz eines allgemein in der Rechtsordnung ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung verankerten Rechtsguts dient, das auch geschützt sein soll, wenn eine Verletzung durch Kommunikation, hier durch Presseinformation, zu gewärtigen ist.”

b. Verfassungsmäßigkeit der Anwendung

Das OLG müsste § 12 GBO auf den konkreten Fall jedoch auch verfassungskonform angewendet haben. Hier ist insbesondere fraglich, ob dem aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 III GG folgenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügt wurde. Dann müsste die Versagung der Einsichtnahme ggü. der Bf. zur Erreichung eines legitimen Zwecks geeignet, erforderlcih und angemessen gewesen sein.

aa. Legitimer Zweck

Das BVerfG arbeitet zunächst den Schutz der persönli-

chen Daten des Eingetragenen als legitimen Zweck des § 12 GBO (bzw. genauer: seiner Anwendung auf den konkreten Fall) heraus. Dieser Schutzzweck folge unmittelbar aus dem allg. Persönlichkeitsrecht des Art. 2 I i.V.m. 1 I GG in Ausprägung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, sei somit seinerseits verfassungsrechtlich abgesichert und insoweit "legitim":

"Im Ausgangspunkt hat das OLG die Vorschrift in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise dahingehend ausgelegt, dass auch der Presse auf Grund der Wahrnehmung öffentlicher Interessen grundsätzlich ein Recht auf Grundbucheinsicht zustehen kann (vgl. in diesem Sinne auch OLG Hamm, NJW 1988, 2482; LG Mosbach, RPfleger 1990, 60; LG Stuttgart, AfP 1984, 171; LG Frankfurt a. M. RPfleger 1978, 316; a.A. etwa Melchers, RPfleger 1993, 309, 312 f.). Von dieser Auslegung hat das BVerfG auszugehen. Der Maßgeblichkeit der Auslegung des § 12 GBO durch das OLG steht nicht entgegen, dass nach der Entstehungsgeschichte (vgl. KG, OLGRspr. 29, 391 = KGJ 45, 198) und dem ursprünglichen Regelungszweck der Vorschrift ein Einsichtsrecht nur wegen einer zu erwartenden Teilnahme am Rechtsverkehr im Zusammenhang mit im Grundbuch dokumentierten Rechtsverhältnissen ermöglicht werden sollte. Nach Erlass der Grundbuchordnung hat nämlich im Hinblick auf die Funktion der Presse in einer Demokratie eine Rechtsentwicklung stattgefunden, die bei der Interpretation des § 12 GBO nicht unberücksichtigt bleiben kann. […] Dass durch die erweiternde Auslegung des § 12 I GBO der Anwendungsbereich der Vorschrift über ihren ursprünglichen Regelungszweck ausgedehnt wird, bedeutet nicht, dass dem herkömmlichen Regelungsziel keinerlei Bedeutung zukommt. Die Eingrenzung des Einsichtnahmerechts dient - in moderner Terminologie - dem Persönlichkeitsschutz der Eingetragenen. Wird der Schutz anders als bei der üblichen Einsichtnahme nicht durch Begrenzung des Einsichtsrechts auf die Teilnahme am grundbuchbezogenen Rechtsverkehr erfüllt, muss ihm anderweitig bei der Ausgestaltung des Einsichtsrechts Rechnung getragen werden. […] Die Rechtsposition des im Grundbuch Eingetragenen genießt grundrechtlichen Schutz. Soweit es um Privatpersonen geht, folgt aus dem in Art. 2 I i. V. mit Art. 1 I GG gewährleisteten allgemeinen Persönlichkeitsrecht die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden (vgl. BVerfGE 65, 1, 42 f.). Das Grundbuch und die Grundakten enthalten eine Fülle von personenbezogenen Daten aus dem persönlichen, familiären, sozialen und wirtschaftlichen Bereich. Wenn Dritten eine Grundbucheinsicht gewährt wird, liegt darin ein Eingriff in das auf diese Daten bezogene informationelle Selbstbestimmungsrecht."

bb. Geeignetheit

Fraglich ist, ob die Verweigerung der Einsichtnahme gegenüber der Bf. im konkreten Fall geeignet war, diesen Zweck zu fördern. Dies setzt voraus, dass der Eingetragene - hier eine KG - überhaupt Träger des zu schützenden allg. Persönlichkeitsrechts ist. Bei juristischen Personen i.S.d. Art. 19 III GG ist dies zweifelhaft, weil sich das allg. Persönlichkeitsrecht auch auf die Menschenwürde zurückführen lässt (Art. 1 I GG). Das BVerfG hat diese Frage bisher nicht entschieden und lässt sie wiederum offen, weil die im Grundbuch eingetragenen Daten einer juristischen Person jedenfalls über die allg. Handlungsfreiheit des Art. 2 I GG geschützt seien:

"Auch juristische Personen genießen hinsichtlich einer Eintragung im Grundbuch grundrechtlichen Schutz, ohne dass es darauf ankommt, ob das allgemeine Persönlichkeitsrecht bzw. das Recht auf informationelle Selbstbestimmung seinem Wesen nach (Art. 19 III GG) auf juristische Personen anwendbar ist. Angesprochen ist nämlich bei einer gewährten Grundbucheinsicht betreffend juristische Personen die in Art. 2 I GG als Bestandteil der allgemeinen Handlungsfreiheit geschützte Freiheit im wirtschaftlichen Verkehr. Auch juristische Personen können insoweit eine Verletzung des Art. 2 I GG geltend machen, als ihr Recht auf freie Entfaltung im Sinne der wirtschaftlichen Betätigung betroffen ist (vgl. BVerfGE 10, 221, 225; 66, 116, 130; BVerfG, NJW 1994, 1784)."

cc. Erforderlichkeit

Ein im Verhältnis zur Versagung der Einsicht relativ milderes, d.h. bei gleicher Effektivität weniger belastendes Mittel ist vorliegend nicht ersichtlich, so dass die Maßnahme auch erforderlich war, um das allg. Persönlichkeitsrecht (bzw. mit dem BVerfG jedenfalls die allg. Handlungsfreiheit) der KG zu schützen.

dd. Angemessenheit

Fraglich ist jedoch, dass die Maßnahme angemessen war, d.h. die widerstreitenden Grundrechte richtig gewichtet und in Bezug gesetzt worden sind. Das BVerfG führt aus:

"Bei der Rechtsetzung und -Anwendung sind die widerstreitenden Grundrechtspositionen in einen angemessenen Ausgleich zu bringen. Keiner der beiden grundrechtlich geschützten Rechtspositionen kann im Rahmen des § 12 GBO nämlich grundsätzlich ein Vor-

rang zugesprochen werden. Es kommt insoweit maßgeblich auf das Informationsinteresse (hier der Öffentlichkeit) einerseits und das Geheimhaltungsinteresse der im Grundbuch Eingetragenen und von der Recherche Betroffenen andererseits an."

Es ist mithin eine "praktische Konkordanz" (zum Begriff Hesse, VerfR, 20. Aufl., Rz. 72, 317 ff.) zwischen den widerstreitenden Interessen herzustellen. Fraglich ist, ob die vom OLG vorgenommene Auslegung - Einsichtsrecht nur unter ausführlicher Darlegung der eigenen Interessen und nach vorheriger Anhörung des Eingetragenen - diesen Anforderungen genügt. Das BVerfG verneint dies:

(1). Darlegung des berechtigten Interesses

"Das OLG hat das Einsichtsrecht von einer Darlegung des Einsichtsinteresses abhängig gemacht, die auch im Regelfall der Einsichtnahme nach § 12 GBO vorgesehen ist. Dabei hat es die inhaltlichen Anforderungen an das öffentliche Interesse nicht näher spezifiziert, aber Zweifel an der hinreichenden Darlegung durch die Bf. geäußert. Die Beurteilung hat es aber offen gelassen, weil die Bf. einer Anhörung des Eingetragenen widersprochen habe, diese aber zu fordern sei, weil anderenfalls keine Abwägung der widerstreitenden Interessen möglich sei.

Das Erfordernis einer Darlegung des berechtigten Interesses, wobei Darlegung weniger ist als Glaubhaftmachen, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, soweit es sich auf die Darlegung eines Informationsinteresses der Presse begrenzt. Da § 12 GBO kein allgemeines Einsichtsrecht gewährt, ist das Erfordernis der Darlegung eines berechtigten (nicht etwa eines "rechtlichen") Interesses bei der Einsicht zum Zwecke des Rechtsverkehrs konsequent und gilt auch, wenn das Einsichtsrecht in erweiternder Auslegung für publizistische Zwecke der Presse geöffnet wird. Im letzteren Fall müssen allerdings die Anforderungen an das berechtigte Interesse selbst und an dessen Darlegung der Besonderheit einer freien Presse Rechnung tragen. Das Informationsinteresse der Presse ist verfassungsrechtlich begründet und mit ihrer öffentlichen Aufgabe verknüpft. Mit dem verfassungsrechtlichen Schutz der Presse wäre es nicht vereinbar, wenn die Durchsetzung des Informationsinteresses von einer staatlichen Bewertung des Informationsanliegens abhinge. Die Presse muss nach publizistischen Kriterien entscheiden dürfen, was sie des öffentlichen Interesses für wert hält und was nicht. Von der Eigenart und dem Niveau des Presseerzeugnisses oder der Berichterstattung im Einzelnen hängt der Schutz nicht ab (vgl. BVerfGE 101, 361, 389). Vielmehr muss das von der Presse dargelegte Informationsinteresse vom OLG als solches also nach Prüfung ihres Bestehens ohne eigene Bewertung dem weiteren Vorgehen zu Grunde gelegt werden.

Wird § 12 GBO für ein Einsichtsrecht der Presse geöffnet, dann ist die Überprüfungskompetenz des Grundbuchamts auf die Feststellung dieses Informationsinteresses bezogen. Die Pressefreiheit wirkt auch auf die Anforderungen an die Darlegung des Informationsinteresses der Einsichtnahme zurück. Verlangt werden können nur Konkretisierungen, die für die inhaltlich beschränkte Überprüfung des Informationsinteresses durch das Grundbuchamt bedeutsam sind. Dabei ist zu respektieren, dass die Presse regelmäßig auch auf einen bloßen, und sei es auch nur schwachen, Verdacht hin recherchiert, ja dass es geradezu Anliegen einer Recherche ist, einem Verdacht nachzugehen. Bloße Vermutungen sind häufig Ausgangspunkt des Auffindens erheblicher Tatsachen. Ist eine publizistisch geeignete Information zu erwarten, wenn sich die Vermutung als zutreffend erweist, dann ist mit der Darlegung dieser Vermutung auch das Informationsinteresse hinreichend belegt.

Das Grundbuchamt hat ferner zu prüfen, ob die Einsichtnahme geeignet ist, um dem Informationsanliegen Rechnung zu tragen. Dazu gehört die Prüfung, ob das Informationsinteresse sich auf Rechte der im Grundbuch Eingetragenen bezieht, für die Einsicht verlangt wird. Zum Prüfungsprogramm gehört ferner, ob die Presse sich bei der Einsichtnahme auf das zur Recherche Erforderliche begrenzt und ob sie in unproblematischer Weise andere Mittel nutzen könnte, um die von ihr erwünschten Informationen unter geringerer Beeinträchtigung des Persönlichkeitsschutzes der Eingetragenen zu erhalten. Auch dabei hat das Grundbuchamt das Gebot staatlicher Inhaltsneutralität zu beachten. Nicht etwa darf es der Presse vorschreiben, wie ein bestimmter Vorgang im Grundbuch zu bewerten ist. Auch ist zu berücksichtigen, dass die Pressefreiheit in ihrer Gestalt als Recherchefreiheit der Presse Spielraum bei der Entscheidung über die Art und Weise ihrer Recherchen einräumt.

Eine Abwägung mit dem Interesse der Eingetragenen an der Nichtzugänglichkeit der Daten kommt im Zuge der Prüfung der Eignung und Erforderlichkeit daher nicht in Betracht. Demgegenüber kann der beabsichtigte Verwertungszweck der Daten im Rahmen der Angemessenheitsprüfung bedeutsam werden. So hat das BVerfG verschiedentlich festgestellt, dass es bei der Abwägung mit kollidierenden Persönlichkeitsrechten darauf ankommen kann, ob Fragen, die die Öffentlichkeit wesentlich angehen, ernsthaft und sachbezogen erörtert oder lediglich private Angelegenheiten, die nur die Neugier befriedigen, ausgebreitet werden (vgl.

BVerfGE 101, 361 (391). Diese Gesichtspunkte können daher auch bei der Abwägung zwischen dem Informationsinteresse und dem Persönlichkeitsrecht bei der Grundbucheinsicht bedeutsam werden. Dabei hat das Zugangsinteresse der Presse Vorrang, wenn es um Fragen geht, die die Öffentlichkeit wesentlich angehen und wenn die Recherche der Aufbereitung einer ernsthaften und sachbezogenen Auseinandersetzung dient. Hierdurch werden die Interessen des Eigentümers nicht unverhältnismäßig beeinträchtigt."

Mithin war das Grundbuchamt berechtigt, von der Bf. die Darlegung eines "berechtigten Interesses" zu fordern, hätte das geäußerte Informationsbegehren im Rahmen einer Recherche aber genügen lassen müssen. Die Motive der Bf. für selbige hätte das Grundbuchamt nicht überprüfen, mithin auch nicht erfragen dürfen. Dies hat das OLG in seinem angegriffenen Beschluss verkannt.

(2). Anhörung des Eingetragenen

Darüber hinaus hält das BVerfG das Bestehen auf einer vorherigen Anhörung des Eingetragenen für unangemessen:

"Der Gesetzgeber hat für den Regelfall der Grundbucheinsicht einen angemessenen Ausgleich dadurch hergestellt, dass bei Privatpersonen, die etwa aus einem Zwangsvollstreckungsinteresse heraus die Einsicht begehren, Einsicht bei Darlegung eines berechtigten Interesses gewährt wird. Dieses Einsichtsinteresse hält sich in dem Rahmen des abstrakt-gesetzlich festgelegten Zwecks, den das Grundbuch erfüllt. Privatpersonen beanspruchen die Grundbucheinsicht im Zusammenhang mit Vorgängen des Rechtsverkehrs. Die Wirkungsweise der (Immobiliar-)Sachenrechte als gegenüber jedem wirkende Rechte bedingt es, dass die am Rechtsverkehr Beteiligten auch von diesen, möglicherweise auch ihnen gegenüber wirkenden Rechtspositionen Kenntnis erhalten. Hierauf kann sich der im Grundbuch Eingetragene auch einstellen.

Demgegenüber handelt es sich bei einer Einsichtnahme der Presse auf Grund eines öffentlichen Interesses um eine andere Situation. Die Einsichtnahme in die in das Grundbuch gelangten Daten durch die Presse und deren Nutzung zu publizistischen Zwecken liegt außerhalb des ursprünglichen Erbebungs- und Speicherungszwecks der Daten. Wenn es um die Veröffentlichung der Daten an einen unbestimmt großen Personenkreis geht, ist das Schutzbedürfnis des Eingetragenen ein anderes als im "Normalfall" der Grundbucheinsicht. [..] Das OLG hält [deshalb in diesen Fällen] - in Übereinstimmun mit dem OLG Hamm - eine Anhörung des Eigentümers des Grundstücks für geboten. Dieses Anhörungsrecht wird aus dem "informatorischen Selbstbestimmungsrecht" des Eigentümers (OLG Hamm, NJW 1988, 2482, 2483) bzw. - so das OLG in der angegriffenen Entscheidung - aus der Notwendigkeit einer Abwägung begründet. Dabei wird gesehen, dass die Grundbuchordnung ein solches Anhörungsrecht für den Regelfall der Einsicht nicht vorsieht und dem Eigentümer sogar ein Beschwerderecht verweigert. Der BGH begründet dies damit, dass die Grundbuchordnung eine Einsichtnahme bei berechtigtem Interesse erlaubt, ohne eine Abwägung mit gegenteiligen Interessen der im Grundbuch Eingetragenen vorzusehen (BGHZ 80, 126, 128 f.).

Dass im Fall der Einsicht durch die Presse dennoch ein Anhörungsrecht des Eigentümers bestehen soll, kann nicht schon damit begründet werden, dass das Grundbuchamt das berechtigte Einsichtsinteresse überprüfen muss. Dieses sowie die Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit hat es in eigener Verantwortung auf Grund der Darlegungen des Einsichtsbegehrenden zu prüfen. Dies geschieht auch im Regelfall der Einsichtnahme ohne Anhörung des Eigentümers. Seine Interessen finden in abstrakt-genereller Weise Berücksichtigung, also ohne Abstellen auf individuelle Besonderheiten. Ein Anhörungsrecht kann auch nicht darauf zielen, dem Eigentümer das Recht einzuräumen, das Informationsinteresse der Presse zu bewerten und zu dem Anliegen der Recherche Stellung zu nehmen.

Auch ist es nicht Aufgabe des Eigentümers, sondern die des Grundbuchamts, die Eignung und Erforderlichkeit der Einsichtnahme zu überprüfen. Eine Anhörung kann allenfalls dazu dienen, die gegenläufigen Interessen des Eigentümers zu artikulieren, soweit sie ausnahmsweise im Rahmen der Angemessenheitsprüfung bedeutsam werden können. Gegenstand der Anhörung können dabei aber nur Interessen sein, die abwägungserheblich sind. Dies sind nach der Systematik der Grundbuchordnung allgemeine Interessen der Eingetragenen, nicht aber solche, die aus ihrer spezifischen persönlichen Situation folgen. Für den Regelfall der Einsichtnahme hat der Gesetzgeber in grundsätzlicher Weise entschieden, dass es keine gegenläufigen Eigentümerinteressen gibt, wenn der Einsichtbegehrende ein berechtigtes Interesse an der Einsicht hat; eine Abwägung im Einzelfall soll also unterbleiben. Dass diese Grundentscheidung für den Fall erweiternder Auslegung des § 12 GBO nicht gelten soll, ist nicht zu erkennen. Der Gesetzgeber hat insoweit keine Regelung vorgenommen und insbesondere keine Kriterien vorgegeben, welche Interessen der Eingetragenen hier anders als bei der allgemeinen Einsichtnahme relevant sein sollen.

Gegen die unmittelbare Ableitung eines Anhörungs-

rechts aus der Verfassung spricht, dass ohne nähere gesetzliche Vorgaben ein Risiko der Vereitelung des Informationsinteresses der Presse besteht. Die Presse ist in ihren Recherchen häufig darauf angewiesen, mosaiksteinartig einzelne Teilinformationen in verschiedenen Feldern zusammenzutragen, und sie benötigt dafür Freiräume und Zeit. Ginge sie dem Verdacht eines missbilligten Verhaltens nach und müsste das Grundbuchamt den Adressaten des Verdachts von ihren Recherchen informieren, könnte der Rechercheerfolg nachhaltig gefährdet werden, da der Adressat ihrer Nachforschungen zu Gegenmaßnahmen, insbesondere zur Vernichtung von Beweismitteln und Ähnlichem, schreiten könnte. Dies könnte zwar die Eintragungen im Grundbuch nicht rückgängig machen, wohl aber für damit zusammenhängende und sonstige Umstände bedeutsam werden. Eine staatlich durchgeführte Anhörung würde damit zu einem Mittel, das sich nicht auf den Schutz des Eingetragenen bei der Zugänglichkeit zu den eingetragenen Daten begrenzt, sondern ihn vor Presserecherchen warnt und in der Folge die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe der Presse gefährden könnte.

Angesichts der mit solchen Kollisionslagen verbundenen Risiken ist es ausgeschlossen, ohne gesetzliche Konkretisierung aus der Verfassung eine grundsätzliche Anhörungsbefugnis des Eingetragenen abzuleiten. Es bedarf im vorliegenden Zusammenhang keiner Entscheidung, ob Situationen denkbar sind, in denen eine Anhörung ausnahmsweise geboten ist und ob dies auch ohne gesetzliche Grundlage unmittelbar aus der Verfassung abgeleitet werden kann. Eine solche Ausnahme besteht jedenfalls dann nicht, wenn der Einsichtsinteressent in einer die Öffentlichkeit wesentlich angehenden Frage einem gegen den Eingetragenen gerichteten Verdacht nachgeht und nicht ausgeschlossen ist, dass der Erfolg der Gesamtrecherche bei einer frühzeitigen Information des Eingetragenen gefährdet wird. Eine solche Lage aber hat die Bf. dargelegt, ohne dass das Gericht dem näher nachgegangen ist."

Folglich ist der Eingriff in die Pressefreiheit verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt. Die Bf. ist in ihrem Grundrecht aus Art. 5 I 2 GG verletzt.

B. Informationsfreiheit, Art. 5 I 1 GG a.E.

Fraglich ist, ob darüber hinaus die Informationsfreiheit der Bf. aus Art. 5 I 1 GG a.E. verletzt ist. Streitig ist, ob das Grundbuch eine "allgemein zugängliche Quelle" in diesem Sinn ist. Diese Frage kann jedoch offenbleiben, da das Informationsrecht der Presse bereits durch Art. 5 I 2 GG gewährleistet ist (s.o.), so dass die allg. Informationsfreiheit aus Art. 5 I 1 GG nach der h.L. hinter dieses zurücktritt (Jarass/Pieroth, GG, Art. 5 Rz. 18; Maunz/Dürig, GG, Art. 5 Rz. 153 f.). Das BVerfG formuliert zurückhaltender, dass die Informationsfreiheit der Presse jedenfalls "auch" durch die Pressefreiheit gesichert sei und lässt, da schon diese verletzt ist, die Konkurrenzfrage i.E. offen:

"Es kann dahinstehen, ob neben dem Grundrecht der Pressefreiheit auch das Grundrecht auf Informationsfreiheit gem. Art. 5 I 2 GG durch den angegriffenen Beschluss berührt wird. Das Grundbuch ist eine jedermann, wenn auch nur unter bestimmten Voraussetzungen, zugängliche Informationsquelle. Allgemein zugänglich ist eine Informationsquelle, wenn sie technisch geeignet und bestimmt ist, der Allgemeinheit, das heißt einem individuell nicht bestimmbaren Personenkreis, Informationen zu verschaffen (vgl. BVerfGE 27, 71, 83). Soweit der Staat in der Grundbuchordnung die Voraussetzungen der Einsichtnahme festlegt, wird die Zugänglichkeit konstituiert, aber nicht im Rechtssinne begrenzt. Das Einsichtsrecht hängt von den tatbestandlichen Voraussetzungen der Grundbuchordnung, namentlich von der Darlegung eines berechtigten Interesses, und in diesem Rahmen auch von staatlichen Rechtsanwendungsentscheidungen ab. Ob dies der Qualifizierung als allgemein zugängliche Informationsquelle entgegensteht, ist umstritten, braucht hier aber nicht geklärt zu werden, da das Recht der Informationsaufnahme durch die Presse auch durch die Pressefreiheit abgesichert ist."

C. Zensurverbot, Art. 5 I 3 GG

Das zensurverbot des Art. 5 I 3 GG ist demgegenüber laut BVerfG nicht betroffen:

"Eine Zensur nach Art. 5 I 3 GG steht nicht in Rede. Die Veröffentlichung einer Information wird nicht von einer vorherigen Kontrolle des Staats abhängig gemacht. Vielmehr geht es um die Vorfrage, ob etwas zum Inhalt einer Presseinformation werden kann."

Die Vb. der Bf. ist mithin begründet.

Standort: Zivilrecht — Problem: Wegfall des Sachmangels vor Vollzug

BGH, URTEIL VOM 20.10.2000
V ZR 207/99 (NJW 2001, 66)

Problemdarstellung:

Zur Entstehung eines Anspruchs auf Sachmängelgewährleistung muss gem. § 459 BGB der Mangel im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs (§§ 446, 447 BGB) vorliegen. Erst dann kann der Käufer vom Verkäufer den Vollzug von Wandlung bzw. Minderung gem. § 465 BGB verlangen. Im vorliegenden Fall war jedoch die fehlende zugesicherte Eigenschaft der Kaufsache nach Gefahrenübergang, aber noch vor Vollzug zugefallen.. Somit stellt sich die Frage, welchen Einfluss dieser nachträgliche Wegfall des Sachmangels auf den Gewährleistungsanspruch hat. Diese Frage ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten; teilweise wird der nachträgliche Wegfall des Sachmangels als unbeachtlich gewertet, teilweise soll der gesamte Gewährleistungsanspruch infolgedessen gleich mit wegfallen.

Der BGH, der diese Frage bis dato offen gelassen hatte, schließt sich für den vorliegenden Fall des zufälligen Wegfalls des Mangels vor Vollzugseintritt der ersten Ansicht an. Dafür bringt er zum einen den Gesetzeswortlaut als Argument. Nach § 459 BGB haftet der Verkäufer dafür, dass die Kaufsache im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs mangelfrei ist und nicht bis zum Vollzug mangelfrei wird. Des weiteren befürchtet der BGH, der Verkäufer könne versucht sein, durch ein Hinauszögern des Vollzugs auf einen Wegfall des Mangels zu hoffen. Zuletzt schränkt die gegenteilige Ansicht den Käufer bis zum Vollzug in seiner Dispositionsbefugnis ein, denn Deckungsgeschäfte, die er bis dahin tätigt (z.B. Ersatzkäufe), würde er auf eigenes Risiko vornehmen.

Prüfungsrelevanz:

Allein der Anspruch des Käufers wegen eines Sachmangels Wandlung oder Minderung zu verlangen, reicht nicht aus, um unmittelbar die Rückabwicklung des Kaufvertrages oder die Herabsetzung des Kaufpreises zu bewirken. Gem. § 465 BGB muss der Verkäufer zum Vollzug des Gewährleistungsrechts sein Einverständnis erklären. Auf diese Weise soll - so das Gesetzesziel - dem Käufer möglichst lange sein Wahlrecht zwischen den verschiedenen Gewährleistungsrechten erhalten bleiben. Erst mit dem Vollzug tritt Bindungswirkung gegenüber dem erhobenen Anspruch ein. Dogmatisch umstritten ist, wie das zum Vollzug erforderliche Einverständnis des Verkäufers erzwungen werden kann, wenn er nicht freiwillig dazu bereit ist (Vertragstheorie, Herstellungstheorie, Theorie des richterlichen Gestaltungsaktes). Die Praxis hat sich von diesem Streit nichts angenommen. Sie gestattet dem Käufer sofort die Klage auf die dem Wandlungs- oder Minderungsrecht entsprechenden Rechtsfolgen; das Urteil des Richters ersetzt dann inzident zugleich das fehlende Einverständnis des Verkäufers (BGHZ 29, 148).

Leitsatz:

Fehlt der gekauften Sache bei Gefahrübergang eine zugesicherte Eigenschaft, entfällt der Anspruch des Käufers auf Minderung nicht dadurch, dass der Sache bis zum Vollzug der Minderung die zugesicherte Eigenschaft zuwächst.

Sachverhalt:

Die Parteien streiten um die Minderung des Kaufpreises für ein Grundstück. Durch notariell beurkundeten Vertrag vom 23. 7. 1993 verkaufte die Kl. der Bekl. eine Teilfläche von 4250 qm ihres Grundstücks Flurstück Nr. 187 in W.-S. (im Folgenden: Kaufgrundstück) zur Errichtung eines SB-Markts. Die Gewährleistung für Mängel wurde im Vertrag ausgeschlossen. Der vereinbarte Kaufpreis betrug 637 500 DM (150 DM/qm). Die Kaufpreisfälligkeit war unter anderem von der Eintragung einer Vormerkung zu Gunsten der Bekl. und der für die Teilung des Grundstücks notwendigen Genehmigung abhängig. Der Besitz sollte mit der Zahlung des Kaufpreises auf die Bekl. übergehen. Die Kl. versicherte im Vertrag, das Kaufgrundstück sei in dem von der Gemeinde beschlossenen Flächennutzungsplan als Mischgebiet ausgewiesen. Tatsächlich war das Kaufgrundstück im Flächennutzungsplan als Wohngebiet ausgewiesen. Die Gemeinde versagte ihr Einverständnis zur Teilung. Mit Bescheid vom 28. 2. 1994 lehnte der zuständige Landkreis die beantragte Genehmigung ab. Diesen Bescheid focht die Kl. an. Durch Vertrag vom 30. 3. 1994 verkaufte sie die Restfläche ihres Grundstücks für 80 DM/qm an die Gemeinde. Daraufhin erklärte der Landkreis, dass es der zur Teilung des Grundstücks notwendigen Genehmigung nicht mehr bedürfe, und erteilte einen Negativbescheid. Im Juli 1994 stellte die Gemeinde einen Bebauungsplan auf, nach welchem das Kaufgrundstück in einem Mischgebiet liegt, beschloss im Juli 1996 jedoch, dass der SB-Markt auf dem Flurstück 195 zu errichten sei, das sich im Eigentum der Gemeinde befand. Hierauf forderte die Kl. die Bekl. auf, entweder der Löschung der zwischenzeitlich eingetragenen Vormerkung zuzustimmen oder den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen. Die Bekl. hielt am Vertrag fest und überwies der Kl. 382 500 DM mit dem Vermerk "Quadratmeter à 90 DM". Die Kl. widersprach der Minderung. Im Dezember 1996 vertauschte die Bekl. das Kaufgrundstück der Gemeinde gegen das Grundstück Flurstück 195, um auf diesem den Markt zu errichten. Im August 1997 trat der 1994 von der

Gemeinde beschlossene Bebauungsplan in Kraft. Mit der Klage verlangt die Kl. die Bezahlung der Differenz zwischen dem für das Kaufgrundstück vereinbarten Preis und dem von der Bekl. auf diesen gezahlten Betrag.

Wird die Klage auf Zahlung des restlichen Kaufpreises erfolgreich sein?

Lösung:

Anspruch auf Restkaufpreiszahlung gem. § 433 II BGB

Die Kl. könnte gegen die Bekl. einen Anspruch auf Restkaufpreiszahlung in Höhe von 255.000 DM gem. § 433 II BGB haben.

A. Anspruch entstanden

Zur Entstehung eines solchen Kaufpreisanspruchs müssten die Parteien zunächst einen wirksamen Kaufvertrag gem. §§ 145 ff., 433 BGB geschlossen haben. Durch notariellen Vertrag vom 23.07.93 verkaufte die Kl. der Bekl. eine Teilfläche von 4250 qm ihres Grundstücks Flurstück Nr. 187 in W.-S.; dabei betrug der vereinbarte Kaufpreis sogar 637.500 DM (150 DM/qm).

An der Wirksamkeit dieses Kaufvertrages bestehen keine Zweifel, insb. wurde die Form der notariellen Beurkundung gem. § 313 S. 1 BGB eingehalten. Die ausstehende Teilung des Grundstücks ist für den schuldrechtlichen Kaufvertrag ohne Bedeutung.

Damit ist für die Kl. ein Kaufpreiszahlungsanspruch i.H.v. 637.500 DM gem. § 433 II BGB entstanden.

B. Anspruch untergegangen

Dieser Kaufpreiszahlungsanspruch könnte jedoch inzwischen untergegangen sein.

I. Teilweise Erfüllung gem. § 362 I BGB

Die Kaufpreiszahlungsverpflichtung der Bekl. könnte jedoch teilweise durch Erfüllung gem. § 362 I BGB untergegangen sein. Im Jahre 1996 überwies die Bekl. an die Kl. einen Betrag von 382.500 DM (90 DM/qm). Gem. § 266 BGB ist der Schuldner zu Teilleistungen zwar nicht berechtigt; unberührt bleibt aber das Recht des Gläubigers Teilleistungen zu verlangen oder anzunehmen (Palandt/Heinrichs, § 266 BGB, Rd. 10). Durch die Annahme dieser Teilzahlung minderte sich der Kaufpreisanspruch der Kl. auf 255.000 DM.

II. Vollzug der Minderung gem. §§ 459 II, 462, 465, 472 BGB

Hinsichtlich des restlichen Kaufpreisanspruchs könnte ein Erlöschen durch vollzogene Minderung gem. §§ 459 II, 462, 465, 472 BGB anzunehmen sein.

1. Kaufvertrag über eine Sache

Zur Entstehung eines solchen Minderungsanspruchs der Bekl. müssten die Parteien einen wirksamen Kaufvertrag über eine Sache geschlossen haben. Das in Rede stehende Grundstück stellt als unbewegliche Sache ein taugliches Kaufobjekt i.S.d. Sachmängelgewährleistungsrecht dar.

2. Zusicherung einer Eigenschaft

Das erworbene Grundstück müsste mangelhaft gem. § 459 BGB sein, d.h. es müsste einen Fehler aufweisen oder ihm müsste eine zugesicherte Eigenschaft fehlen. Im vorliegenden Fall könnte aufgrund der Versicherung der Kl. im Vertrag, dass das Kaufgrundstück im Flächennutzungsplan als Mischgebiet ausgewiesen sei, die Zusicherung einer Eigenschaft vorliegen. Eigenschaft ist jedes der Kaufsache auf gewisse Dauer anhaftende Merkmal, das für deren Wert, ihren vertraglich vorausgesetzten Gebrauch oder aus sonstigen Gründen für den Käufer erheblich ist (BGHZ 87, 302; Palandt/Putzo, § 459 BGB, Rd. 20). Zu den Eigenschaften eines Grundstücks gehört auch die Art der Bebaubarkeit, die sich aus dem Bebauungsplan ergibt (Palandt/Thomas, § 459 BGB, Rd. 24).

Zugesichert ist eine Eigenschaft dann, wenn der Verkäufer durch eine ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung, die Vertragsinhalt geworden ist, dem Käufer zu erkennen gibt, dass er für den Bestand der betreffenden Eigenschaft und alle Folgen ihres Fehlens haften will; ein gesteigerter Haftungswille des Verkäufers ist daher erforderlich (Palandt/Putzo, § 459 BGB, Rd. 15). Durch die Versicherung im Kaufvertrag, bei dem Grundstück handle es sich um ein bauplanungsrechtliches Mischgebiet, will die Kl. eine bestimmte Bebaubarkeit - zur Errichtung eines SB-Markts - versprechen. Durch die ausdrückliche Versicherung über die Art der Bebaubarkeit gibt die Kl. damit eine Zusicherung ab.

3. Fehlen bei Gefahrenübergang

Die zugesicherte Eigenschaft müsste bereits im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs fehlen. Der Gefahrenübergang richtet sich gem. § 446 BGB bei einem Grundstück nach der Übergabe oder nach der Eintragung ins Grundbuch. Dabei ist diese Vorschrift abdingbar (BGH NJW 1982, 1278; Palandt/Putzo, § 459 BGB, Rd. 2). Laut Kaufvertrag sollte der Besitz mit der Zahlung des Kaufpreises auf die Bekl. übergehen. Im Jahre 1996 zahlte die Bekl. an die Kl. einen Teilbetrag in Höhe von 382.500 DM (90 DM/qm), im Übrigen berief sie sich auf Minderung. Der BGH führt dazu aus:

"Ebenso wenig wendet sie [*Anm. der Red.: die Revi-*

sion] sich gegen die weitere Auslegung des Vertrags durch das BerGer., dass die Gefahr auch dann übergehe, wenn die Zahlung auf den Kaufpreis zwar hinter dem vereinbarten Betrag zurückbleibe, der Zahlungsbetrag jedoch einem berechtigten Minderungsverlangen entspreche."

Damit ist im Jahre 1996 der Gefahrenübergang durch Besitzübertragung erfolgt. Im Jahre 1996 wies das verkaufte Grundstück nicht die Eigenschaft eines Mischgebiets aus, die für den Bau eines SB-Marktes erforderlich gewesen wäre. Im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs fehlte daher die zugesicherte Eigenschaft der Bebaubarkeit.

4. Wegfall der Sachmangels vor Vollzug

Im August 1997 trat der von der Gemeinde beschlossene Bebauungsplan in Kraft, der das Kaufgrundstück nunmehr als Mischgebiet auswies. Nachträglich war damit der Kaufsache die bis dato fehlende zugesicherte Eigenschaft doch noch angewachsen. Fraglich ist, welche Auswirkungen diese Anwachsung der zugesicherten Eigenschaft auf den Minderungsanspruch der Bekl. hat. Der BGH führt dazu aus:

"Die Revision wendet sich gegen die Meinung des BerGer., der Anspruch der Bekl. auf Minderung des Kaufpreises sei nicht dadurch entfallen, dass dem Kaufgrundstück bis zum Vollzug der Minderung die zugesicherte Eigenschaft zugewachsen sei. Damit kann sie nicht durchdringen. Seit In-Kraft-Treten des Bebauungsplans, in dem das Kaufgrundstück als Mischgebiet ausgewiesen ist, hat die Frage seiner Ausweisung im Flächennutzungsplan für die Bekl. an Bedeutung verloren. Planungsrechtlich ist die Situation des Grundstücks seither besser, als die Kl. zugesichert hat. Entscheidend für die Frage, ob die Bekl. von der Kl. das Einverständnis zur Minderung des Kaufpreises verlangen kann, ist jedoch nicht der Zeitpunkt des Vollzugs der Minderung, im vorliegenden Fall der Eintritt der Rechtskraft der Entscheidung über die Klage (vgl. BGH, NJW 1990, 2680 [2681] = LM § 465 BGB Nr. 8 m. w. Nachw., und NJW 1996, 2647 [2648] = LM H. 10/1996 § 462 BGB Nr. 8), sondern der Zeitpunkt des Übergangs der Gefahr.

Allerdings wird in Rechtsprechung und Literatur teilweise die Meinung vertreten, der die Minderung rechtfertigende Mangel müsse noch im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vorliegen, auf die das Urteil ergeht, in welchem über das Minderungsverlangen entschieden wird (OLG Düsseldorf, NJW-RR 1998, 265, und NJW-RR 1998, 1587 [1588]; Palandt/Putzo, BGB, 59. Aufl., § 462 Rdnr. 9). Das BerGer. und die überwiegende Meinung in Rechtsprechung und Literatur sind jedoch der Auffassung, maßgebend sei nach den gesetzlichen Gewährleistungsvorschriften lediglich, dass der Kaufgegenstand im Zeitpunkt des Gefahrübergangs einen Mangel aufweise (RGZ 55, 201 [206]; OLG Karlsruhe, NJW-RR 1999, 279 [280]; Erman/Grunewald, BGB, 10. Aufl., § 459 Rdnr. 31; Jauernig/Vollkommer, BGB, 9. Aufl., § 462 Rdnr. 7; Westermann, in: MünchKomm, 3. Aufl., § 459 Rdnr. 31; Soergel/Huber, BGB, 12. Aufl., § 459 Rdnr. 90; Reinicke/Tiedtke, KaufR, 6. Aufl., Rdnr. 282; Vollkommer/Teske, JZ 1984, 844 [845]; Peters, JR 1997, 102 [103]). Der BGH hat die Frage bisher offen gelassen (BGHZ 90, 198 [204] = NJW 1984, 2287 = LM § 242 [Cd] BGB Nr. 257; BGH, NJW 1996, 2647 [2648] = LM H. 10/1996 § 462 BGB Nr. 8).

Zumindest für die vorliegende Fallkonstellation, in welcher der Mangel weggefallen ist, ohne dass eine der Kaufvertragsparteien dazu beigetragen hat, ist der letztgenannten Auffassung zu folgen. Hierfür spricht zunächst der Wortlaut von § 459 BGB. Sowohl nach Absatz 1 als auch nach Absatz 2 der Vorschrift hat der Verkäufer Gewähr dafür zu leisten, dass die Sache im Zeitpunkt des Gefahrübergangs mangelfrei ist bzw. die zugesicherte Eigenschaft hat und nicht erst bis zum Vollzug der Wandlung oder Minderung fehlerfrei wird. Weiterhin kann es dem Verkäufer nicht zugute kommen, dass er sein Einverständnis zur Vollziehung der Wandlung oder Minderung hinauszögert, obwohl der Käufer wegen des Mangels oder des Fehlens der zugesicherten Eigenschaft berechtigt Wandlung oder Minderung verlangt (Soergel/Huber, § 459 Rdnr. 90). Die gegenteilige Auffassung schränkt zudem den Käufer bis zum Vollzug der Wandlung oder Minderung in seiner Dispositionsbefugnis ein. Tätigt der Käufer vor dem Vollzug der Wandlung oder Minderung ein Dekkungsgeschäft, wie es wirtschaftlich im vorliegenden Fall durch den Tausch zwischen der Bekl. und der Gemeinde geschehen ist, liefe der Käufer bei einem Wegfall des Mangels bis zum Vollzug der Wandlung oder Minderung Gefahr, trotz des Fehlers der Kaufsache das Deckungsgeschäft auf eigenes Risiko zu schließen (Reinicke/Tiedtke, § 459 Rdnr. 282; Vollkommer/Teske, JZ 1984, 844 [845])."

Folglich bleibt der Minderungsanspruch der Bekl. trotz der zwischenzeitlichen Veränderungen unberührt.

5. Kein Ausschluss der Minderung

Das Sachmängelgewährleistungsrecht, insb. die Haftung für zugesicherte Eigenschaften dürfte im vorliegenden Fall nicht ausgeschlossen sein.

Gesetzliche Ausschlussgründe sind nicht ersichtlich. Jedoch wurde die Gewährleistung für Mängel im Vertrag durch die Parteien ausgeschlossen. Welchen Um-

fang diese Ausschlussklausel hat, ob sie auch die Zusicherungshaftung erfasst, ist eine Frage der Auslegung. Der pauschale Ausschluss der Sachmängelhaftung durch Vertrag umfasst regelmäßig nur die Fehlerhaftung, aber nicht eine im Vertrag zugleich gewährte Zusicherung (Staudinger/Honsell, § 476 BGB, Rd. 29, 33; Palandt/Putzo, § 476 BGB, Rd. 3). Ansonsten würde sich der Verkäufer widersprüchlich verhalten, wenn er einerseits durch eine Zusicherung eine gesteigerte Haftung übernehmen will und andererseits dieselbe versucht auszuschließen.
Damit erfasst der vereinbarte Gewährleistungsausschluss nicht die hier in Rede stehende Zusicherungshaftung der Kl.

6. Keine Verjährung gem. § 477 I BGB
Der Anspruch auf Minderung dürfte noch nicht verjährt sein. Gem. § 477 I BGB verjährt der Anspruch auf Minderung bei Grundstücken in einem Jahr von der Übergabe an. Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte, insb. mangels einer Geltendmachung der Verjährung durch die Kl. steht diese Einrede dem Minderungsverlangen der Bekl. nicht entgegen.

7. Vollzug gem. § 465 BGB
Nach § 465 BGB muss sich der Verkäufer zur Vollziehung der Minderung mit derselben einverstanden erklären. Die Kl. widersprach jedoch der Minderung alsbald. Wie das fehlende Einverständnis eines Verkäufers zu ersetzen ist, ist in dogmatischer Hinsicht umstritten (Vertragstheorie, Herstellungstheorie, Theorie des richterlichen Gestaltungsaktes; Palandt/Putzo, § 465 BGB, Rd. 2 ff.). In der Praxis wird dem Käufer gestattet, sich im Prozess über die Kaufpreiszahlung unmittelbar auf den Einwand der Minderung zu berufen. Das Urteil über die Leistungsklage ersetzt dann zugleich inzident des fehlende Einverständnis des Verkäufers zur Minderung; dabei partizipiert die Minderungseinrede auch an der Rechtskraft des Urteils (Palandt/Putzo, § 465 BGB, Rdnr. 6 ff.).
Der Widerspruch der Kl. zur Minderung schadet insofern nicht.

8. Berechnung der Minderung
Gem. § 472 BGB ist nunmehr die Minderung zu berechnen. Dazu ist der Kaufpreis in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Verkaufs der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand zu dem wirklichen Wert gestanden hätte. Durch die Art der Minderungsberechnung durch die Bekl. wurden keine Einwände erhoben.

9. Ergebnis zur Minderungseinrede
Die Bekl. kann sich erfolgreich hinsichtlich des Restkaufpreises auf Minderung gem. §§ 459 II, 462, 465, 472 BGB berufen.

Endergebnis:
Die Kl. hat gegenüber der Bekl. keinen Anspruch auf Zahlung von 255.000 DM gem. § 433 II BGB. Sonstige Anspruchsgrundlagen sind nicht ersichtlich.
Die von der Kl. erhobene Zahlungsklage wird mangels Begründetheit keinen Erfolg haben.

Standort: Strafrecht Problem: Betrug durch Vorlage eines Überweisungsformulars

BGH, BESCHLUSS VOM 08.11.2000
5 STR 433/00 (NJW 2001, 453)

Problemdarstellung:
Der BGH hatte zu entscheiden, ob sich ein Bankkunde wegen Betrugs strafbar macht, wenn er durch die Vorlage von insgesamt 25 Überweisungformularen über eine - von ihm als solche erkannte - versehentliche Kontogutschrift verfügt. Das LG hatte jede einzelne Überweisung des Angekl. als selbstständige Betrugshandlung gewertet, weil in einem Überweisungsauftrag die schlüssige Erklärung liege, dass ein entsprechendes Guthaben vorhanden sei und dem Kontoinhaber der Betrag auch zustehe. Es hat den Angekl. wegen Betrugs in 25 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren verurteilt. Seine Revision war erfolgreich und führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.
Der BGH geht zunächst davon aus, dass in der Einreichung eines Überweisungsformulars nicht zwingend die Erklärung enthalten sei, dass dem Überweisenden ein entsprechender Betrag auch zustehe, sondern sich der Erklärungswert regelmäßig auf den Willen zur Durchführung der Transaktion beschränke. Ferner habe der Kunde auch bei einer Fehlbuchung (und nicht nur bei einer Fehlüberweisung) zunächst einen zivilrechtlichen Anspruch auf den gutgeschriebenen Betrag, so dass eine im Überweisungsauftrag möglicherweise liegende Behauptung jedenfalls nicht unwahr wäre. Schließlich verneint der BGH eine Unterlassungsstrafbarkeit, da den Überweisenden im Normalfall keine Offenbarungspflicht (§ 13 I StGB) treffe. Da der Senat im vorliegenden Fall nicht mit letzter Si-

cherheit ausschließen konnte, dass im Verhältnis der kontoführenden Bank zur Kontoinhaberin eine konkrete Vereinbarung bestand, auf Grund derer der Angekl. zu einer Aufklärung über die Fehlbuchung verpflichtet war, verweist er die Sache an das LG zurück.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung besitzt erhebliche Prüfungsrelevanz, insbesondere im Hinblick auf die Ausführungen des BGH zur konkludenten Täuschung und zur Täuschung durch Unterlassen. Entgegen der wohl h.L. geht der BGH davon aus, dass in der Vorlage eines Überweisungsformulares nicht auch die konkludente Erklärung enthalten ist, es bestehe ein entsprechendes Guthaben. Während man bisher überwiegend davon ausging, dass zwar nicht in der bloße Entgegennahme, wohl aber in der Forderung einer Leistung die Erklärung enthalten sei, diese sei vom Leistenden tatsächlich geschuldet, nimmt der BGH an, dass die Bank aufgrund des Girovertrages zur Kontoführung verpflichtet sei und damit auch das Risiko trage, dass die Schuld den Anspruch übersteigt. Neben dieser Abgrenzung nach Risikosphären argumentiert der Senat weiterhin mit der zivilrechtlichen Ausgangslage, wonach der Kunde nicht nur bei einer Fehlüberweisung (Transfer von Bank zu Bank), sondern auch bei einer Fehlbuchung (Transfer innerhalb einer Bank) aus dem Girovertrag einen durch das Stornorecht der Bank zunächst auflösend bedingten Anspruch auf das Guthaben erwirbt (vgl. zu den zivilrechtlichen Vorfragen Palandt/Sprau, BGB, § 676 f, Rn. 11 ff.). Die von BGHSt 39, 392 ausgesprochene Unterscheidung von Fehlüberweisung und Fehlbuchung wird damit aufgegeben (vgl. zum Betrug durch Vorlage eines gefälschten Überweisungsbelegs BGH, NStZ 2000, 375 = RA 2000, 425).

Im Rahmen der Ausführungen zum Betrug durch Unterlassen stellt der BGH klar, dass das Bestehen vertraglicher Beziehungen allein ebenso wenig eine Garantenstellung zu begründen vermag wie § 242 BGB. Erforderlich sei vielmehr ein “durch das Vertragsverhältnis begründetes besonderes Vertrauensverhältnis” (vgl. dazu auch BGH, NJW 2000, 3013 = RA 2000, 635).

In einer weiteren aktuellen Entscheidung hatte sich der BGH mit dem sog. subjektiven Schadenseinschlag zu befassen. Dazu führt der 3. Senat in der Entscheidung vom 6.9.2000 aus (s. NStZ-RR 2001, 41 f.): "Bedenken bestehen jedoch, soweit die StrK in den Fällen 46 und 48 der Anklage einen Vermögensschaden bejaht hat. Die Feststellungen der StrK tragen den diesbezüglichen Schuldspruch nicht. Auf Grund der - nicht widerlegten - Einlassung der Angekl. geht die StrK davon aus, dass die von den Zeugen R und B tatsächlich erworbenen Grundstücke auf der Parzelle Nr. 3 den vereinbarten Preis wert seien. Lediglich wegen der Berücksichtigung der individuellen Verhältnisse der genannten Zeugen sei ein Vermögensschaden anzunehmen, weil diese die erworbenen Immobilien nicht oder nicht in vollem Umfang zu dem vertraglich vorausgesetzten Zweck gebrauchen und sie auch nicht in anderer zumutbarer Weise verwenden können, namentlich nicht ohne besondere Schwierigkeiten wieder veräußern können (BGHSt 16, 220; Lackner/Kühl, StGB, 23. Aufl., § 263 Rdnr. 48 a m. w. Nachw.). Zwar hat die StrK festgestellt, dass die Grundstücke auf der Parzelle Nr. 3 auf Grund der geographischen Verhältnisse schlecht zu erreichen sind und darüber hinaus nicht in die von der Angekl. zu errichtende Altersresidenz integriert sind, dennoch ergibt sich allein hieraus nicht, dass diese Immobilien für den vertraglich vorausgesetzten Gebrauch, nämlich zu Wohnzwecken, nicht oder nicht in vollem Umfang brauchbar sind. Zudem bleibt die Einlassung der Angekl., dass die Zeugen das Land weit über den Preis, zu dem sie es erworben haben, verkaufen könnten, unwiderlegt. Ließe man diese Feststellungen genügen, würde der Betrug vom Vermögensschädigungsdelikt zum Vergehen gegen die Wahrheit im Geschäftsverkehr umfunktioniert.

Soweit die StrK im Fall 47 der Anklage ein Vergehen des Betrugs angenommen hat, der allerdings mit Fall 46 der Anklage als eine Betrugshandlung zu werten sie, ist auf Grund der Urteilsfeststellungen auf Freispruch zu erkennen. Die StrK konnte ausweislich der Urteilsgründe nicht feststellen, ob Herr R beim telefonischen Auftrag zur Vertragserweiterung die Vorstellung gehabt hatte, ebenfalls ein Grundstück aus der Parzelle Nr. 1 oder aus der Parzelle Nr. 3 zu erwerben. Da der Angekl. diesbezüglich eine Täuschung nicht nachweisbar ist, auch ausgeschlossen werden kann, dass auf Grund einer neuen Hauptverhandlung weiter gehende Feststellungen getroffen werden können, ist sie insoweit freizusprechen. Dem steht nicht entgegen, dass das Gericht von einer einheitlichen Handlung ausgegangen ist (Engelhardt, in: KK-StPO, § 260 Rdnr. 21 m.w.N.)."

Leitsätze (der Redaktion):

1. In der Einreichung eines Überweisungsauftrags liegt im allgemeinen nicht die Erklärung, dass für die zu überweisende Summe eine ausreichende Kontodeckung vorhanden sein werde. Der Erklärungswert eines Überweisungsauftrags erschöpft sich - jedenfalls wenn keine besonderen Umstände hinzutreten - in dem Begehren auf Durchführung der gewollten Transaktion.

2. Ungeachtet der Fehlerursache lässt auch die materiell unrichtige Gutschrift auf dem Konto einen Anspruch aus dem darin liegenden abstrakten Schuldversprechen nach § 780 BGB entstehen, und zwar unabhängig davon, ob es sich um einen Mangel in der Folge eines Überweisungsauftrags nach § 676 a BGB oder um eine sonstige Falschbuchung im Rahmen eines Girovertrags nach § 676 f BGB handelt.

3. Den Überweisenden trifft gegenüber der Bank grundsätzlich keine Pflicht zur Offenlegung von Fehlbuchungen.

Sachverhalt:

Die F-GmbH, deren Alleingesellschafter und Geschäftsführer der Angekl. F war, unterhält bei einer Zweigstelle der Deutschen Bank in Berlin ein Geschäftskonto. Auf dieses Konto erfolgte am 12. 2. 1999 im Wege einer Fehlbuchung eine Gutschrift in Höhe von 12 369 769,57 DM. Der noch am selben Tag vom Angekl. ausgedruckte Datensatz enthielt unter anderem die Angabe: "0001-12. 2. Überweisung 12 369 796,57 +"; weiterhin waren noch zwei Buchungsnummern und die Abkürzung: "Wert 27. l" aufgeführt. Infolge eines Tippfehlers hatte eine Sachbearbeiterin bei einer bankinternen Umbuchung eine falsche Filialnummer - an Stelle von Frankfurt (100 oder 001) diejenige von Berlin (700) - eingegeben, weshalb es bei ansonsten identischer Kontonummer zu der Gutschrift auf dem Konto der F-GmbH kam. Der Angekl., der nach den Feststellungen des LG erkannte, dass es sich um eine fehlerbehaftete Gutschrift handelte, verfügte über das Guthaben mit insgesamt 25 Überweisungen im Zeitraum vom 16. 2. bis 22. 2. 1999. Mit den Überweisungen tilgte er Verbindlichkeiten, wies Gelder an Firmen an, an denen er beteiligt war, und eröffnete bei einer anderen Bank ein neues Konto, auf das er am 25. 2. 1999 fünf Millionen DM einzahlte. Das Geschäftskonto der F-GmbH bei der Deutschen Bank wurde zum 18. 5. 1999 aufgelöst. Zwischen der Deutschen Bank und der F-GmbH bestanden keine individuellen Vereinbarungen bezüglich der Kontoführung.

Hat F sich strafbar gemacht, indem er die Überweisungen vorgenommen hat?

Lösung:

A. Strafbarkeit des F wegen Betrugs gem. § 263 I StGB zum Nachteil der Deutschen Bank durch die Vornahme der Überweisungen

I. Tatbestand

Als er die einzelnen Überweisungen tätigte, könnte F durch schlüssiges Verhalten über die Tatsache getäuscht haben, dass ihm bzw. der F-GmbH die Gutschrift tatsächlich zusteht. Dazu führt der BGH aus:

”Die Auffassung des LG, der Angekl. habe mit der Vorlage des Überweisungsformulars getäuscht und so einen Irrtum des sachbearbeitenden Bankangestellten erregt, hält rechtlicher Überprüfung nicht stand.

1. Mit der Annahme, in der Einreichung eines Überweisungsauftrags liege die Erklärung, dass dem Überweisenden ein entsprechendes Guthaben auch materiell zustehe, folgt das LG im Wesentlichen der ständigen Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (OLG Köln, JR 1961, 433; OLG Karlsruhe, Justiz 1978, 173; OLG Stuttgart, JR 1979, 471; OLG Celle, StV 1994, 188), die in der Abhebung von fehlgebuchten Gutschriften eine Täuschung durch positives Tun sehen. Dabei soll die maßgebliche Täuschungshandlung des Kontoinhabers darin bestehen, dass sein Überweisungswunsch die Erklärung einschließt, die Auszahlung aus dem ihm zustehenden Guthaben zu verlangen. Die Kommentarliteratur ist diesem Ansatz weit gehend gefolgt (Cramer, in: Schönke/Schröder, StGB, 25. Aufl., § 263 Rdnr. 16 c; Tröndle/Fischer, StGB, 49. Aufl., § 263 Rdnr. 7; Samson/Günther, in: SK-StGB, 7. Aufl., § 263 Rdnr. 34; Tiedemann, in: LK-StGB, 11. Aufl., § 263 Rdnr. 41; Lackner/Kühl, StGB, 23. Aufl., § 263 Rdnr. 9). Diese Auffassung begegnet jedoch durchgreifenden Bedenken.

Behauptungen über Rechte können nur dann Gegenstand einer Täuschungshandlung sein, soweit sie zugleich konkludent Tatsachenbehauptungen enthalten (vgl. Tröndle/Fischer, § 263 Rdnr. 4 m. w. Nachw.). Die bloße (unzutreffende) Behauptung eines Anspruchs wäre deshalb allein nicht geeignet, überhaupt eine Täuschungshandlung i. S. des § 263 StGB zu begründen (so aber Cramer, in: Schönke/Schröder, § 263 Rdnr. 16 c). Insoweit käme allenfalls in Betracht, dem Überweisungsauftrag einen zusätzlichen tatsächlichen Aussagegehalt dergestalt beizulegen, dass für die zu überweisende Summe eine ausreichende Kontodekkung vorhanden sein werde (so auch OLG Karlsruhe, Justiz 1978, 173; OLG Stuttgart, JR 1979, 471 m. zust. Anm. Müller; OLG Celle, StV 1994, 188 m. krit. Anm. Schmoller). Einen solchen Erklärungswert vermag der Senat einem Überweisungsauftrag jedoch nicht schon allgemein beizumessen. In der vielgestaltigen Bankpraxis sind Abbuchungen ohne entsprechende Kontodeckung nicht selten; sie können im Hinblick auf erwartete Geldeingänge auch wirtschaftlich sinnvoll sein. Daneben werden Dispositionskredite eingeräumt und häufig auch darüber hinausgehende weitere Über-

ziehungen geduldet. Oft wird auch der Überweisende keine konkrete Kenntnis über den Stand seines Kontos haben, weil er sein Konto nicht führt. Die Führung des Kontos und die ordnungsgemäße Buchung von Last- und Gutschriften fällt gem. § 676 f BGB in den Pflichtenkreis der Bank. Diese trägt die Verantwortung für die Kontoführung und damit grundsätzlich auch das Risiko, dass die Schuld besteht und die Leistung den Anspruch nicht übersteigt (BGHSt 39, 392 [398]).

Im Hinblick auf diese Pflichten- und Risikoverteilung wird die Bank durch ihre Mitarbeiter neben den formellen Anforderungen an eine Überweisung auch die Kontodeckung prüfen lassen (vgl. BGH, StV 2000, 477 [478]). Kein Bankangestellter wird allein deshalb, weil ein Kunde von ihm einen bestimmten Betrag fordert, sofort eine Auszahlung vornehmen. Das bloße Auszahlungsbegehren ist daher von vornherein nicht geeignet, beim Bankangestellten die für einen Betrag konstitutive Fehlvorstellung über das Guthaben des Kunden zu bewirken (vgl. Joerden, JZ 1994, 422). Da umgekehrt jeder Bankkunde auch weiß, dass auf bloßes Anfordern die Bank keine Leistung bewirken wird, braucht er zum Schutze der Bank seinen Kontostand auch nicht dahingehend überprüfen, ob dieser noch die erforderliche Deckung aufweist. Insoweit erschöpft sich auch der Erklärungswert eines Überweisungsauftrags in dem Begehren auf Durchführung der gewollten Transaktion. Jedenfalls soweit keine (hier nicht ersichtlichen) besonderen Umstände hinzutreten, enthält die Aufforderung zu einer Leistung nicht generell die Behauptung eines Anspruchs hierauf (vgl. Schmoller, StV 1994, 190 [191], der dies mit guten Gründen - allerdings bei abweichenden Fallgestaltungen - dann anders werten will, wenn dem Einfordernden die Leistungskonkretisierung obliegt oder ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien besteht).

2. Eine Täuschungshandlung liegt überdies im vorliegenden Fall schon deshalb nicht vor, weil mit der Fehlbuchung des Betrags auf dem Konto - jedenfalls zunächst - ein entsprechender Anspruch im Rahmen des Girovertrags entstanden ist. Eine in dem Überweisungsauftrag möglicherweise liegende Behauptung eines sich aus den Kontounterlagen ergebenden Guthabens wäre deshalb nicht unwahr.

a) In der Literatur und Rechtsprechung wird in diesen Fällen zwischen einer Fehlüberweisung und einer Fehlbuchung differenziert. Diese Unterscheidung geht auf ein Urteil des OLG Karlsruhe (Justiz 1978, 173) zurück, das einen Fehlbuchungsfall von einem Überweisungsfehler, wie er dem Urteil des BGH vom 21. 2. 1974 (MDR 1975, 22, bei Dallinger) zu Grunde lag, abgegrenzt hat. Während die Fehlbuchung nur unrichtige Gutschriften und Belastungen zwischen Konten innerhalb derselben Bank erfasst, betrifft die Fehlüberweisung den notleidenden Guthabentransfer von Bank zu Bank (OLG Celle, StV 1994, 188 [189]; OLG Stuttgart, JR 1979, 471 [472]; Joerden, JZ 1994, 422 [423]), wobei zum Teil auf die Wirksamkeit der Überweisung gegenüber der kontoführenden Bank abgestellt wird (Lackner/Kühl, StGB, 23. Aufl., § 263 Rdnr. 9). Auch der BGH hat in seinem Urteil vom 16. 11. 1993 das Vorliegen einer Fehlüberweisung in Abgrenzung zur Fehlbuchung ausführlich begründet (BGHSt 39, 392 [395 f.]), ohne allerdings Ausführungen zur strafrechtlichen Beurteilung von Fehlbuchungen zu machen. Hinsichtlich der Fehlüberweisung hat er die Auffassung vertreten, dass mit Vornahme der Gutschrift der Kontoinhaber auf der Grundlage des Girovertrags gem. § 675 BGB (der damaligen Rechtslage) einen Anspruch auf Auszahlung gegen die Bank erlange, und zwar ungeachtet bestehender Rückforderungs- und Anfechtungsrechte (BGHSt 39, 392 [395 f.]).

b) Im Hinblick auf die für die Betrugsstrafbarkeit in diesem Zusammenhang allein relevante Frage, ob im Zeitpunkt der Überweisung aus der Gutschrift ein entsprechendes Guthaben besteht, überzeugt die Differenzierung zwischen Fehlbuchung und Fehlüberweisung nicht. Maßgeblich kann hierfür nämlich nicht die Art des zu Grunde liegenden Fehlers sein, sondern die Wirksamkeit der aus dem Fehler entstandenen Gutschrift. Auch die Fehlbuchung löst Ansprüche mit der Vornahme der Gutschrift aus. Die Gutschriftsanzeige einer Bank stellt in der Regel ein abstraktes Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis gegenüber dem Kunden dar (BGHZ 72, 9 [11]; BGH, NJW 1991, 2140). Das der Bank nach § 8 I AGB-Banken (vgl. Hopt, HGB, 30. Aufl., AGB-Banken 8) zustehende Stornorecht vermag zwar diesen Anspruch rückwirkend zu beseitigen, soweit das Stornorecht vor dem Rechnungsabschluss ausgeübt wird. Umgekehrt belegt jedoch die der Bank für einen Zwischenzeitraum zustehende Stornobefugnis, dass der Anspruch aus der Gutschrift bis zur Ausübung dieser Befugnis besteht.

Das Stornorecht setzt regelmäßig ein Versehen der Bank bei der Gutschrift voraus. Es handelt sich dabei um Gutschriften, auf die der Kunde keinen Anspruch hat und die er nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung herausgeben müsste. Zweck des Stornorechts ist es, die mit der Geltendmachung solcher Ansprüche üblicherweise verbundenen Schwierigkeiten und Risiken zu vermeiden und die Rechtsstellung der Bank auf eine eigenständige, von den Unsicherheiten des Bereicherungsrechts unabhängige Grundlage zu stellen. Die Stornierung verändert die materielle Rechtslage, weil sie den Anspruch des Kunden aus der

Gutschrift beseitigt (BGHZ 87, 246 [252]). Dies bedeutet jedoch andererseits, dass vor dem Vollzug der Stornierung aus dem in der Gutschrift liegenden Schuldanerkenntnis jedenfalls zunächst ein Anspruch besteht. Das Stornorecht ist im Übrigen bei jeder Form der Fehlbuchung, unter Umständen auch auf Grund fehlerhafter Überweisungen, gegeben. Der Bank muss nur gegenüber ihrem Kunden ein entsprechender Rückforderungsanspruch zustehen (vgl. Hopt, AGB-Banken 8 Rdnr. 2; Graf v. Westphalen, VertragsR und AGB-Klauselwerke, 2000, Banken- und Sparkassen AGB Rdnrn. 40 ff.).

Ungeachtet der Fehlerursache lässt auch die materiell unrichtige Gutschrift auf dem Konto einen Anspruch aus dem darin liegenden abstrakten Schuldversprechen nach § 780 BGB entstehen, und zwar unabhängig davon, ob es sich um einen Mangel in der Folge eines Überweisungsauftrags nach § 676 a BGB oder um eine sonstige Falschbuchung im Rahmen eines Girovertrags nach § 676 f BGB handelt. Inhaltlich unterscheidet sich die rechtliche Begründung des Anspruchs aus der Gutschrift bei Fehlbuchungen nicht maßgeblich von den Fällen, in denen kein Rückforderungsrecht der Bank und damit auch kein Stornorecht nach § 8 AGB-Banken gegeben sind. Auch hier wird der Anspruch durch die Gutschrift und das darin liegende Schuldversprechen begründet (vgl. auch BGHSt 39, 392 [396]). Es differiert lediglich das Rückabwicklungsverhältnis. Die Fälle, bei denen eigene Rückforderungsansprüche der kontoführenden Bank fehlen, betreffen vor allem mängelbehaftete Überweisungen, deren Fehlerursache in der Sphäre des Überweisenden liegt (vgl. Hopt, AGB-Banken 8 Rdnr. 2; Graf v. Westphalen, Rdnrn. 40 ff.). Hier bestehen Rückforderungsansprüche allein zwischen dem Überweisenden und dem Empfänger. Die Gutschrift ist dann im Verhältnis zur Bank zwar endgültig, nicht jedoch im Verhältnis zum Überweisenden die darin liegende Vermögensmehrung."

II. Ergebnis

F hat den sachbearbeitenden Bankangestellten nicht durch schlüssiges Verhalten getäuscht, als die einzelnen Überweisungsformulare vorlegte.

B. Strafbarkeit des F wegen Betrugs durch Unterlassen gem. §§ 263 I, 13 I StGB zum Nachteil der Deutschen Bank durch den unterbliebenen Hinweis auf die Fehlbuchung

I. Tatbestand

F könnte sich jedoch wegen Betrugs durch Unterlassen gem. §§ 263 I, 13 I StGB strafbar gemacht haben. Dazu führt der BGH aus: "Da zum Zeitpunkt der Verfügungen der Bank ein Anspruch bestanden hat, könnte dem Angekl. ein Betrugsvorwurf nur gemacht werden, weil er nicht auf die Fehlbuchung hingewiesen hat. Nutzt er die Fehlvorstellung über die hier infolge der unrichtigen Buchung vorhandene Stornomöglichkeit - beziehungsweise eine daneben bestehende Bereicherungseinrede (§ 821 BGB) - aus, dann führt dies nur dann zu einer Strafbarkeit durch Unterlassen, wenn er eine entsprechende Offenbarungspflicht hatte. Aus den bisher getroffenen Feststellungen des LG lässt sich eine Offenbarungspflicht nicht entnehmen. Wegen Betrugs durch Unterlassen wäre der Angekl. nur strafbar, wenn eine Garantenpflicht i. S. des § 13 StGB ihn zur Offenlegung der Fehlbuchung verpflichtet hätte.

1. Eine Garantenstellung unter dem Gesichtspunkt der Herbeiführung einer Gefahrenlage scheidet aus. Die Kontoführung obliegt der hierzu aus dem Girovertrag verpflichteten Bank. Der Angekl. hat zu der Fehlbuchung im vorliegenden Fall in keiner Weise beigetragen und war deshalb auch nicht an der Schaffung der durch die versehentliche Gutschrift entstandenen Gefahrenlage beteiligt. Er hat diese durch seine Überweisungen später nur ausgenutzt (a. A. Joerden, JZ 1994, 422 [423], der die Schaffung einer Gefahrenlage im Überweisungsvorgang selbst erblickt).

2. Allein die Höhe des drohenden Schadens ist nicht geeignet, eine Offenbarungspflicht zu begründen. Die Frage der Garantenpflicht ist nämlich aus der Eigenart der zu Grunde liegenden Rechtsbeziehungen zu klären, die unabhängig von der auf Zufälligkeiten beruhenden Höhe möglicher Schäden beurteilt werden muss (BGHSt 39, 392 [401]).

3. Eine Garantenstellung könnte sich jedoch aus Vertrag ergeben. Das Bestehen vertraglicher Beziehungen reicht für sich betrachtet aber nicht aus. Hinzutreten müsste ein durch das Vertragsverhältnis vermitteltes besonderes Vertrauensverhältnis. Nach § 676 f BGB besteht für den Kunden aus dem Girovertrag als Hauptpflicht die Zahlung des für die Kontoführung vereinbarten Entgelts. Für die Bank wird die Verpflichtung begründet, im Rahmen der Kontoführung die Abwicklung der Gut- und Lastschriften auf dem Girokonto vorzunehmen. Insoweit erschöpfen sich die vertraglichen Beziehungen in einem gewöhnlichen Leistungsaustauschverhältnis. Regelmäßig schafft deshalb die Unterhaltung eines Girokontos keine Vertrauensbeziehung, die eine Garantenstellung begründet (BGHSt 39, 392 [399]; zustimmend hierzu Naucke, NJW 1994, 2809). Gleiches gilt auch für die zivilrechtlichen Nebenpflichten, die aus solchen vertraglichen Beziehungen erwachsen (BGHSt 39, 392 [400 f.]). Im vorliegenden Fall bestehen keine Besonderheiten, die eine abweichende Beurteilung rechtfertigen

könnten. Vielmehr war der Kontoinhaberin nach den Feststellungen des LG nicht einmal ein Überziehungskredit eingeräumt, was hier verstärkt gegen ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen der Bank und der Kontoinhaberin spricht.

Allerdings kann eine Aufklärungspflicht, die dann auch eine strafrechtliche Garantenpflicht begründen würde, zwischen den Vertragsparteien konkret vereinbart werden (BGHSt 39, 392 [399]). Insoweit fehlen aber Feststellungen dazu, ob eine solche Abrede besteht. Da maßgeblich der durch eine entsprechende Zusage des Bankkunden gesetzte Vertrauenstatbestand ist, werden in das Girovertragsverhältnis einbezogene Allgemeine Geschäftsbedingungen (so etwa § 11 AGB-Banken) hierfür regelmäßig nicht ausreichen. Die Bank wird sich nämlich nur auf Erklärungen verlassen können, die der Girokunde in Kenntnis des Erklärungsinhalts bewusst abgibt." Hier bestand keine Vereinbarung bezüglich einer Aufklärungspflicht.

II. Ergebnis

Mangels Offenbarungspflicht hat sich F auch nicht wegen Betrugs durch Unterlassen strafbar gemacht.

C. Strafbarkeit des F wegen Untreue gem. § 266 I, 2. Variante StGB zum Nachteil der Deutschen Bank durch die Vornahme der Überweisungen

Fraglich ist schließlich, ob F sich wegen Untreue gem. § 266 I, 2. Variante StGB zum Nachteil der Deutschen Bank strafbar gemacht hat, indem er die Überweisungen veranlasst hat.

Der BGH schließt letztlich aber auch diese aus, "weil kein Rechtsverhältnis i. S. des § 266 StGB bestand (vgl. BGH bei Dallinger, MDR 1975, 22)." F hatte somit nicht die zur Verwirklichung des Treuebruchtatbestandes erforderliche Vermögensbetreuungspflicht; er kann auch nicht nach § 266 StGB bestraft werden.

D. Gesamtergebnis

Das Verhalten des F ist straflos.