Öffentliches Recht

Standort: VwGO — Problem: Unrichtige Rechtsmittelbelehrung

OVG MÜNSTER, URTEIL VOM 25.02.2000
14 A 4921/99 (NVwZ 2001, 212)

Problemdarstellung:

Das OVG Münster hatte sich mit der Frage zu befassen, ob eine vom Justizprüfungsamt gegebene Rechtsbehelfsbelehrung nach § 58 II VwGO unrichtig war oder nicht. Das Gericht bejaht eine Fehlerhaftigkeit, da der anzugreifende Verwaltungsakt (VA) unrichtig bezeichnet worden war und - trotzdem es sich um einen zustellungsbedürftigen VA handelte, von dessen "Zugang" statt dessen "Zustellung" die Rede war.

Darüber hinaus hält das Gericht das Wissen des Adressaten über die Fehlerhaftigkeit der gegebenen Rechtsbehelfsbelehrung bzw. über die tatsächliche Rechtslage für unerheblich: "Das Wissen des Betr. über die wahre Rechtslage ändert nichts daran, dass die Rechtsbehelfsbelehrung i. S. des § 58 II 1 VwGO objektiv unrichtig ist und deshalb die ordentliche Frist nicht in Gang setzt."

Prüfungsrelevanz:

Im Verwaltungsprozeßrecht ist die Mehrzahl der Rechtsbehelfe fristgebunden (vgl. insbesondere § 70 VwGO für den Widerspruch und § 74 VwGO für Anfechtungs- und Verpflichtungsklage). Die Fristwahrung ist grds. in der Zulässigkeit in einem eigenen Prüfungspunkt zu erörtern. Lediglich wenn es um die Erfolgsaussichten einer Klage geht, aber die Einhaltung der Widerspruchsfrist in Rede steht, ist diese inzidenter unter "Vorverfahren" zu prüfen, zu dessen ordnungsgemäßer Durchführung u.a. die Beachtung der Widerspruchsfrist gehört. Die Fristen beginnen aber nur zu laufen, wenn eine ordnungsgemäße Rechtsbehelfsbelehrung erteilt wurde, § 58 I VwGO. War dies nicht der Fall, tritt an ihre Stelle die Jahresfrist des § 58 II VwGO. Fehlerhaft ist eine Rechtsbehelfsbelehrung dann, wenn sie einen notwendigen Inhalt (vgl. Mindestanforderungen des § 58 I VwGO) nicht oder fehlerhaft wiedergibt oder fehlerhafte fakultative Zusätze enthält, die geeignet sind, die Rechtsschutzmöglichkeiten des Bürgers zu verkürzen.

Fehlerhafte Rechtsmittelbelehrungen lassen sich leicht in Examensklausuren und Hausarbeiten einbinden. Für fortdauernde Aktualität der Problematik sorgt die Tatsache, dass die Gerichte immer wieder mit ihnen konfrontiert werden (vgl. z.B. BFH, NVwZ-RR 1999, 350). Auch die RA hat immer wieder über verschiedene Konstellationen berichtet (vgl. RA 2000, 321 - fehlerhaft gewordene Rechtsbehelfsbelehrung; RA 2000, 443 - Rechtsbehelfsbelehrung bei VA mit Doppelwirkung; RA 1999, 485 - Amt statt Behörde).

Leitsätze:

1. Wird ein nach dem maßgeblichen Verfahrensrecht zuzustellender Verwaltungsakt durch Einschreiben nach § 4 VwZG zugestellt, so ist die Rechtsbehelfsbelehrung i. S. des § 58 II 1 VwGO unrichtig erteilt, wenn in ihr als Zeitpunkt des Fristbeginns der Zugang und nicht die Zustellung des Bescheides angegeben wird.

2. Wird bei der nach § 15 V 2 JAG NW erfolgenden Zustellung der bereits vorher mündlich bekannt gegebenen Prüfungsentscheidung im ersten juristischen Staatsexamen die Rechtsbehelfsbelehrung dahin erteilt, dass der Widerspruch "gegen diesen Bescheid" zu richten sei, so ist diese unrichtig i. S. des § 58 II 1 VwGO.

3. Der Umstand, dass für den rechtskundigen Empfänger der Rechtsbehelfsbelehrung auf der Hand liegt, dass diese unrichtig erteilt ist und richtigerweise anders hätte gefasst werden müssen, ändert an der objektiven Unrichtigkeit der Belehrung und den dadurch nach § 58 II 1 VwGO bewirkten Rechtsfolgen nichts.

Sachverhalt:

Der Kl. unterzog sich am 18. 5. 1994 der ersten juristischen Staatsprüfung, die er mit der Note "befriedigend (8,80 Punkte) bestand. Das Ergebnis der Prüfung wurde dem Kl. nach deren Ende vom Vorsitzenden der Prüfungskommission verkündet. Mit Schreiben vom 27. 5. 1994 übersandte der Vorsitzende des bekl. Amtes dem Kl. mittels Einschreiben ein - auf denselben Tag datiertes - Zeugnis, wonach der Kl. am 18. 5. 1994 die erste juristische Staatsprüfung mit der Note "befriedigend (8,80 Punkte) bestanden hat. Das Schreiben hatte folgenden Wortlaut:

"Nachdem Sie am 18. 5. 1994 vor dem Justizprüfungsamt bei dem OLG […] die erste juristische Staatsprüfung bestanden haben, übersende ich Ihnen das beiliegende Zeugnis." Das Schreiben war mit einer Rechtsbehelfsbelehrung versehen, deren erster Satz wie folgt lautet: "Gegen diesen Bescheid können Sie innerhalb eines Monats nach Zugang Widerspruch beim Justizprüfungsamt bei dem OLG […] einlegen."

Schreiben und Zeugnis wurden nach einem Aktenvermerk auf der Urschrift am 30. 5. 1994 per Einschreiben an den Kl. abgesandt. Mit Schreiben vom 13. 8. 1994 legte der Kl. gegen die Prüfungsentscheidung Widerspruch ein, mit dem er sich gegen die Bewertung seiner Hausarbeit wandte. Das bekl. Amt wies den Widerspruch wegen Versäumung der Widerspruchsfrist als unzulässig zurück. Das VG hat die Klage als unzulässig abgewiesen. Die vom OVG zugelassene Berufung führte zur Aufhebung des Urteils und zur Zurückverweisung an das VG.

Gründe:

Die Berufung ist begründet. Das VG hat die Klage zu Unrecht als unzulässig abgewiesen. Entgegen der Auffassung des VG ist der Widerspruch des Kl. gegen die Prüfungsentscheidung vom 18. 5. 1994 nicht verspätet eingelegt worden. Das Schreiben des bekl. Amtes vom 27. 5. 1994 hat nämlich nicht gem. §§ 70 I, 58 I VwGO eine Rechtsbehelfsfrist von einem Monat ausgelöst, da, wenn in ihm überhaupt die Zustellung der Prüfungsentscheidung nach § 15 V 2 JAG NW gesehen werden kann, jedenfalls die mit ihm verbundene Rechtsbehelfsbelehrung unrichtig war. Vielmehr lief gem. § 58 II 1 VwGO eine Rechtsbehelfsfrist von einem Jahr seit dem 18. 5. 1994, dem Tag der durch Verkündung erfolgten Bekanntgabe und dem dadurch erfolgten wirksamen Erlass der Prüfungsentscheidung.

1. Es erscheint bereits fraglich, ob das Schreiben vom 27. 5. 1994 als die von § 15 V 2 JAG NW vorgeschriebene Zustellung der Prüfungsentscheidung angesehen werden kann. Diese Zweifel gründen darauf, dass die Prüfungsentscheidung in dem Schreiben lediglich als vergangenes Ereignis erwähnt wird ("Nachdem Sie am 18. 5. 1994 […] bestanden haben"), ohne dass das Schreiben in irgendeiner Weise zum Ausdruck bringt, dass mit ihm etwas auf diese Prüfungsentscheidung Bezogenes, etwa deren Zustellung, vorgenommen werden soll. Soweit das Schreiben angibt, was mit ihm bewirkt werden soll, bezieht es sich nach seinem Wortlaut allein auf die Übersendung eines Zeugnisses nach § 13 I JAO NW […]. Dagegen enthält es inhaltlich nichts, was auf eine Zustellung der bereits ergangenen Prüfungsentscheidung hindeutet.

Hält man diese Bedenken für durchgreifend und sieht in dem Schreiben nur die Zeugnisübersendung und nicht auch die Zustellung der Prüfungsentscheidung nach § 15 V 2 JAG NW, so fehlt es bereits an jedem Bezug der mit dem Schreiben verbundenen Rechtsmittelbelehrung zur Prüfungsentscheidung vom 18. 5. 1994. Eine Rechtsmittelbelehrung bezüglich der Prüfungsentscheidung wäre dann i. S. des § 58 II 1 VwGO "unterblieben", da die Prüfungsentscheidung eben nur mündlich verkündet worden wäre.

2. Dies bedarf jedoch keiner Entscheidung. Im Ergebnis nichts anderes gilt nämlich, wenn man unterstellt, das Schreiben vom 27. 5. 1994 habe neben der Zeugniserteilung nach § 13 I JAO NW auch die Zustellung der Prüfungsentscheidung vom 18. 5. 1994 beinhaltet. Dann nämlich war - bezogen auf die Prüfungsentscheidung - die Rechtsmittelbelehrung i. S. des § 58 II 1 VwGO "unrichtig erteilt".

a. Die Fehlerhaftigkeit der Rechtsbehelfsbelehrung folgt bereits daraus, dass für den Beginn der Frist auf den "Zugang" und nicht auf die "Zustellung" des Bescheides abgehoben worden ist. Nach § 15 V 2 JAG NW ist die Prüfungsentscheidung "zuzustellen". So ist hier - immer unterstellt, dass in dem Schreiben die Zustellung nach § 15 V 2 JAG NW zu sehen ist - auch verfahren worden, denn das Schreiben vom 27. 5. 1994 ist nach dem in den Akten enthaltenen Vermerk am 30. 5. 1994 (Montag) als Einschreiben zur Post gegeben worden (Zustellung nach §§ 1 I LZG NW, 2 II, 4 VwZG). Gem. § 57 VwGO beginnt die Widerspruchsfrist des § 70 I VwGO mit der Zustellung, d. h. gem. § 4 I VwZG mit dem dritten Tag nach der Aufgabe zur Post, dem Tag, an dem - da ein späterer Zugang des Schreibens nicht behauptet wird - die Zustellung als bewirkt galt. Dies war hier der 2. 6. 1994, so dass die "normale" Widerspruchsfrist bis zum 2. 7. 1994 gelaufen wäre. Die Rechtsbehelfsbelehrung stellte aber nicht auf den 2. 6. 1994 für den Fristbeginn ab, sondern auf den Tag des Zugangs, der, wenn er nicht nach dem 2. 6. 1994 lag, ohne jede Bedeutung für den Lauf der Frist war.

Die fehlerhafte Angabe des für den Beginn der Frist maßgeblichen Ereignisses kann sich auch auf die Einlegung des Rechtsbehelfs auswirken. Da eine Frist, die vom Zugang des Bescheides an läuft, früher ablaufen kann als die, die von dem - fiktiven - Zeitpunkt an rechnet, in dem die Zustellung nach § 4 I VwZG als bewirkt gilt, kann der Fehler dazu führen, dass zum Ende der Frist die Einlegung eines Widerspruches in der durch die Rechtsbehelfsbelehrung ausgelösten fehlerhaften Vorstellung unterbleibt, die Frist sei bereits abgelaufen, obwohl sie in Wirklichkeit noch läuft. Es handelt sich deshalb um einen Fehler, der die Rechtsbehelfsbelehrung "unrichtig" i. S. des § 58 II 1 VwGO macht.

b. Die Fehlerhaftigkeit der mit dem Schreiben vom 27. 5. 1994 verbundenen Rechtsbehelfsbelehrung folgt ferner - und unabhängig von dem unter a. aufgezeigten Mangel - daraus, dass, worauf der Kl. zutreffend hingewiesen hat, nach dieser der Widerspruch "gegen diesen Bescheid" zu richten war, während, soweit die Prüfungsentscheidung und nicht nur das erteilte Zeugnis angegriffen werden sollte, der Widerspruch "gegen den Bescheid vom 18. 5. 1994", nämlich die bereits mündlich bekannt gegebene Prüfungsentscheidung zu richten war.

Der Auffassung des VG, es sei dem "Wortlaut" des Schreibens vom 27. 5. 1994 zu entnehmen, dass mit "diesem Bescheid" die Prüfungsentscheidung vom 18.

5. 1994 gemeint sei, kann nicht gefolgt werden. Die Worte "dieser Bescheid" in einer schriftlichen Rechtsbehelfsbelehrung beziehen sich eindeutig auf das Schreiben, zu dem die Rechtsbehelfsbelehrung hinzugesetzt ist, und das ist hier das Schreiben vom 27. 5. 1994 und nicht der mündlich erlassene Verwaltungsakt vom 18. 5. 1994.

Durch Auslegung kann den Worten "gegen diesen Bescheid" kein anderer Sinn zugeordnet werden, als sie ihn nach dem Wortlaut haben. Den diesbezüglichen Erwägungen des VG ist nicht zu folgen. Die Worte "gegen diesen Bescheid" sind eindeutig und können deshalb nicht durch Auslegung in "gegen die Entscheidung vom 18. 5. 1994" umgedeutet werden. Es lag allerdings für jemanden, der, worauf das VG zutreffend hingewiesen hat, wie der Kl. die gesetzliche Regelung des § 15 V JAG NW kannte, "auf der Hand", dass die Worte "gegen diesen Bescheid" bezogen auf die - wie unterstellt wird - mit dem Schreiben vom 27. 5. 1994 erfolgte Zustellung der bereits ergangenen Prüfungsentscheidung mangels "Bescheidqualität" dieser Zustellung keinen Sinn machten. Diese sich aufdrängende Erkenntnis führt aber allein dazu, dass die Fehlerhaftigkeit der Rechtsbehelfsbelehrung, soweit sie sich auf die Prüfungsentscheidung bezog, "auf der Hand" lag. Sie bot jedoch keine Möglichkeit der Auslegung. Dass für den Betr. klar zu erkennen ist, dass die von der Behörde gewählte Formulierung falsch ist und dass sie richtigerweise etwas anderes in die Rechtsbehelfsbelehrung hätte schreiben müssen, ist nicht dazu geeignet, die nicht auslegungsfähige falsche Aussage in die nach der Rechtslage richtige umzudeuten. Das Wissen des Betr. über die wahre Rechtslage ändert nichts daran, dass die Rechtsbehelfsbelehrung i. S. des § 58 II 1 VwGO objektiv unrichtig ist und deshalb die ordentliche Frist nicht in Gang setzt.

Die fehlende Auslegungsfähigkeit ergibt sich aus einem Weiteren: Nach der Rechtsbehelfsbelehrung beginnt die Widerspruchsfrist "nach Zugang", womit nichts anderes als der Zugang des Schreibens vom 27. 5. 1994 gemeint sein kann und damit eben der Zugang "dieses Bescheides" im Sinne des Einleitungssatzes der Rechtsbehelfsbelehrung. Bedeutet "dieser Bescheid" in der Rechtsbehelfsbelehrung bezogen auf den Zugang unzweideutig und anderer Auslegung unzugänglich jedoch das Schreiben vom 27. 5. 1994, so kann diese Bezeichnung - bezogen auf den Gegenstand, gegen den Widerspruch einzulegen ist - nicht gleichzeitig etwas anders bedeuten.

Im Übrigen ist es entgegen der Auffassung des VG nicht einmal eindeutig, dass die Behörde mit "diesem Bescheid" die Prüfungsentscheidung meinte. Das Schreiben vom 27. 5. 1994 enthält nämlich zwei verschiedene Elemente: Zum einen erfolgte mit ihm - wie hier unterstellt wird - die Zustellung der Prüfungsentscheidung nach § 15 V 2 JAG NW, zum anderen wurde mit ihm gem. § 13 I JAO NW das Zeugnis über die bestandene Prüfung erteilt. Ob die Behörde mit "diesem Bescheid" statt der Prüfungsentscheidung nicht nur die Erteilung des Zeugnisses meinte, der sie - ob zu Recht oder zu Unrecht - Verwaltungsaktqualität zuschrieb, ist nicht eindeutig erkennbar.

Standort: VwGO — Problem: Entscheidungserheblicher Zeitpunkt bei FFK

VGH MANNHEIM, URTEIL VOM 10.07.2000
1 S 1862/99 (VBLBW 2001, 100)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall hatte die Polizei das Fahrrad des Klägers (es handelte sich um ein sogen. “Liegefahrrad”) beschlagnahmt, weil der Kl. sich weigerte, mit diesem die Radwege zu benutzen. Der Kl. griff diese Maßnahme zunächst mit der Anfechtungs-, nach Erledigung der Beschlagnahme durch Rückgabe des Rades mit der Fortsetzungsfeststellungsklage (FFK) an. Der VGH prüft - nachdem er den Begriff “Fahrrad” definiert, das Liegefahrrad des Kl. unter selbigen subsumiert und so die Erkenntnis gewonnen hat, dass auch mit diesem die Radwege zu benutzen sind -, auf welchen Zeitpunkt es für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Beschlagnahme ankommt. Es führt aus, dass für die zunächst erhobene Anfechtungsklage grds. der Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung über den belastenden Verwaltungsakt (hier: Erlass des VA; falls ein Vorverfahren statthaft ist, wäre dies jedoch der Erlass des Widerspruchsbescheids) maßgeblich sei; etwas anderes gelte jedoch, wenn es sich - wie bei einer Beschlagnahme - um einen sogen. “Dauerverwaltungsakt” handle. Bei diesem treffe die Behörde eine ständige Beobachtungspflicht, so dass der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor Gericht maßgeblich sei. Die zwischenzeitliche Umstellung der Anfechtungs- auf eine FFK ändere den maßgeblichen Zeitpunkt jedoch erneut; da der Verwaltungsakt bei dieser im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung naturgemäß nicht mehr existent sei, komme es im Regelfall auf den Erledigungszeitpunkt an; bei einem erledigten Dauerverwaltungsakt sei hingegen genau festzustellen, über welchen Zeitraum er rechtswidrig gewesen sei.

Da der Kl. die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Beschlagnahme für den gesamten Zeitraum vom Erlass bis zur Erledigung begehrte, diese nach Ansicht des VGH jedoch beim Erlass noch rechtmäßig war und erst später rechtswidrig (unverhältnismäßig) geworden ist, war die Klage auch nur teilweise begründet.

Prüfungsrelevanz:

Der entscheidungserhebliche Zeitpunkt bei der Anfechtungsklage hat erst kürzlich das BVerwG (RA 2000, 665 = DVBl 2000, 1614) beschäftigt, welches diesbezüglich ebenso entschieden hat wie vorliegend der VGH Mannheim. Die Problematik ist also sehr aktuell. Im vorliegenden Fall kam noch die Umstellung auf eine FFK hinzu, für die der VGH genau prüft, wann der Dauerverwaltungsakt rechtswidrig war. Man kann also nicht mehr von einem entscheidungserheblichen *Zeitpunkt*, sondern muss von einem entscheidungserheblichen *Zeitraum* sprechen, welcher vom Erlass bis zur Erledigung des VA reichen kann. Danach gilt grds. folgendes System:

- *Anfechtungsklage bei VA*: Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung
- *Anfechtungsklage bei Dauer-VA*: Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung
- *FFK bei VA*: Zeitpunkt der Erledigung
- *FFK bei Dauer-VA*: Zeitraum von Erlass bis Erledigung

Ausnahmen bestätigen die Regel. So kann für die Anfechtung eines Dauer-VA im Einzelfall (Hauptanwendungsfall: § 35 GewO) doch die letzte behördliche Entscheidung maßgeblich sein (hierzu bereits ausführlich RA 2000, 665). Hinzuweisen ist ferner auf den - vom VGH nicht erwähnten - Umstand, dass bei Feststellungsklagen (hierzu gehört insoweit auch die FFK) letztlich der *Antrag des Klägers* den entscheidungserheblichen Zeitpunkt bzw. Zeitraum bestimmt. Hätte der Kl. im vorliegenden Fall z.B. nur die Feststellung begehrt, dass die Beschlagnahme im Zeitraum von zwei Wochen nach ihrem Erlass bis zur Erledigung rechtswidrig war, hätte das Gericht auch nur diesen Zeitraum prüfen dürfen (ne ultra petita, § 88 VwGO); die Klage wäre dann i.Ü. auch voll begründet gewesen.

Leitsätze:

1. Ein Fahrrad im Sinne der Straßenverkehrsordnung ist jedes Fahrzeug mit wenigstens zwei Rädern, das ausschließlich durch die Muskelkraft auf ihm befindlicher Personen, insbesondere mit Hilfe von Pedalen oder Handkurbeln angetrieben wird. Hierzu zählen auch Liegefahrräder.

2. Mit einem einspurigen Liegerad müssen grundsätzlich die durch entsprechende Verkehrszeichen ausgewiesenen Radwege benutzt werden. Ein Befahren der Fahrbahn ist, sofern ein entsprechender Radweg vorhanden ist, in der Regel nicht zulässig.

3. Die Beschlagnahme eines Liegefahrrades, mit dem sein Besitzer wiederholt gegen die Radwegbenutzungspflicht verstoßen hat und bekundet, dies auch in Zukunft tun zu wollen, ist rechtmäßig.

4. Eine durch den Polizeivollzugsdienst rechtmäßig durchgeführte Beschlagnahme kann - auch vor Ablauf der sechsmonatigen Höchstbeschlagnahmedauer (§ 33 Abs. 3 Satz 2 PolG BW) rechtswidrig werden, obwohl keine Zweckerreichung eingetreten ist.

Sachverhalt:

Der Kläger begehrte die Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Beschlagnahme. Er ist Eigentümer eines Liegefahrrades, mit dem er am Straßenverkehr teilnimmt. Er benutzt dabei nicht die vorhandenen Radwege, sondern befährt die Fahrbahn der Straßen. Bereits im Jahr 1994 war der Kläger mit Schreiben der Stadt K. darauf hingewiesen worden, dass er durch dieses Verhalten gegen Verkehrsvorschriften verstoße und deshalb die Anordnung zur Teilnahme an einem Verkehrsunterricht in Betracht komme. In seiner Äußerung hierzu hat der Kläger damals ausgeführt, dass es ihm beispielsweise durch versetzte Sperren und Bordsteinkanten unmöglich sei, Radwege zu benutzen und er auf der Fahrbahn niemanden behindere oder belästige. Zur Anordnung der Teilnahme an einem Verkehrsunterricht kam es nicht. Am 26.9.1998 gegen 8.45 Uhr befuhr der Kläger mit seinem Liegerad die Durlacher Allee in K. stadtauswärts, wobei er den rechten Fahrstreifen der Hauptfahrbahn benutzte. Parallel zu dieser verläuft ein ausgeschilderter Radweg (Zeichen 241 StVO). Auf Höhe des Grundstücks Nr. 58 (zwischen G.-Platz und T.-Straße) wurde der Kläger von einem Polizeibeamten angehalten und aufgefordert, den Radweg zu benutzen. Dies verweigerte er aus grundsätzlichen Erwägungen und erklärte, er werde auch in Zukunft die Fahrbahn benutzen. Daraufhin beschlagnahmte der Beamte des Polizeivollzugsdienstes das Liegefahrrad.

Gründe:

Die nach Aufhebung der Beschlagnahme weitergeführte Fortsetzungsfeststellungsklage ist zulässig (1.) und in dem sich aus dem Tenor der Entscheidung ergebenden Umfang auch begründet (2.).

1. Der Kläger hat zu Recht seine beim VG erhobene Anfechtungsklage in eine Fortsetzungsfeststellungsklage umgestellt, nachdem durch die Aufhebung der Beschlagnahme und die Rückgabe des Liegerades sich der Regelungsgehalt der Verfügung erledigt hat. Der Kläger hat unter dem Gesichtspunkt der Wiederholungsgefahr ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit der Beschlagnahme. Er will auch in Zukunft mit seinem Liegerad die Fahrbahn benutzen, selbst wenn Radwege vorhanden sind, die er für ungeeignet hält. In diesem Fall muss er mit einer erneuten Beschlagnahme seines Rades rechnen. Sein berechtigtes Feststellungsinteresse ist auch nicht deshalb entfallen, weil die Stadt K. inzwischen gegen ihn mit Verfügung vom 15.4.1999 die kraft Gesetzes sofort vollziehbare, mit der Androhung eines Zwangsgelds verbundene Verpflichtung ausgesprochen hat, mit seinem Liegerad die Radwege zu benutzen. Denn zum einen ist diese Verfügung noch nicht bestands-

kräftig geworden, da der Kläger Klage erhoben hat, und zum anderen ist der Streitgegenstand weder nach Inhalt noch nach den Beteiligten in vollem Umfange identisch.

Der vom Kläger für den Fall seines Obsiegens beabsichtigte Schadensersatzanspruch wegen unrechtmäßiger Entziehung seines Liegerades dürfte dagegen kein berechtigtes Interesse für seine Fortsetzungsfeststellungsklage begründen, da eine schuldhafte Amtspflichtverletzung kaum angenommen werden kann, nachdem das VG das Handeln des Beklagten für rechtmäßig erachtet hat. Dies kann letztlich jedoch hier offen bleiben.

2a) Die Beschlagnahmeverfügung vom 26.9.1998 war im Zeitpunkt ihres Ergehens rechtmäßig, so dass die vom Kläger erstrebte Feststellung der Rechtswidrigkeit dieser Maßnahme jedenfalls nicht in vollem Umfang getroffen werden kann.

Die Polizei kann eine Sache beschlagnahmen, wenn dies erforderlich ist zum Schutz eines Einzelnen oder des Gemeinwesens gegen eine unmittelbar bevorstehende Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung oder zur Beseitigung einer bereits eingetretenen Störung (§ 33 Abs. 1 Nr. 1 PolG BW). Hier war zum Zeitpunkt der Beschlagnahme bereits eine Störung der öffentlichen Sicherheit eingetreten, und es stand eine weitere Störung der öffentlichen Sicherheit auch unmittelbar bevor. Der Kläger war mit seinem Liegerad auf der Fahrbahn einer Straße und nicht auf dem mit Zeichen 241 StVO beschilderten Radweg gefahren und er wollte auch weiterhin auf der Straße und nicht auf dem Radweg unterwegs sein. Dies stellte einen Verstoß gegen § 2 Abs. 4 Satz 2 StVO in der bis 30.9.1998 geltenden Fassung dar. Danach haben Radfahrer rechte Radwege zu benutzen. Gegen diese bußgeldbewehrte Radwegbenutzungspflicht hat der Kläger und wollte er auch in Zukunft verstoßen.

Entgegen seiner Ansicht handelt es sich bei seinem Liegerad um ein Fahrrad im Sinne der Straßenverkehrsordnung. Wie das VG unter Hinweis auf das Übereinkommen über den Straßenverkehr vom 8.11.1968 (BGBl. II S. 809, 813) ausgeführt hat, ist ein Fahrrad "jedes Fahrzeug mit wenigstens zwei Rädern, das ausschließlich durch die Muskelkraft auf ihm befindlicher Personen, insbesondere mit Hilfe von Pedalen oder Handkurbeln, angetrieben wird". Zwar unterscheidet sich das zweirädrige Fahrzeug des Klägers von den üblicherweise im Straßenverkehr benutzten Fahrrädern. Bereits sein äußeres Erscheinungsbild hebt es von diesen ab, da es voll verkleidet ist und über einen längeren Radstand sowie eine liegende Position des Fahrers verfügt. Auch kann mit ihm, wie der Kläger glaubhaft vorträgt, deutlich schneller gefahren werden, als mit "üblichen" Fahrrädern oder auch Rennrädern. Gleichwohl wird es mit Hilfe von Pedalen durch Muskelkraft bewegt, verfügt über zwei Räder und ist damit den Fahrrädern im Sinne der Straßenverkehrsordnung zuzuordnen.

Die Beschlagnahmeverfügung vom 26.9.1998 ist nicht durch die zum 1. 10. 1998 in Kraft getretene Änderung der Straßenverkehrsordnung vom 25.6. 1998 (BGBl. I, 1654) rechtswidrig geworden. Denn nach § 2 Abs. 4 Satz 2 StVO n. F. müssen Radfahrer Radwege benutzen, wenn die jeweilige Fahrtrichtung mit Zeichen 237, 240 oder 241 gekennzeichnet ist. An der Radwegbenutzungspflicht (vgl. auch § 41 Abs. 2 Nr. 5 StVO) hat sich insoweit durch die Neufassung der Verordnung für den vorliegenden Fall nichts geändert. Zu Unrecht meint der Kläger aus der Verwaltungsvorschrift zu § 2 Abs. 4 Satz 2 StVO (abgedruckt bei Jagusch/Hentschel, Straßenverkehrsrecht, 35. Aufl., § 2 StVO RdNr. 22a) etwas anderes herleiten zu können. Die Verwaltungsvorschrift (dort II 2a) unterscheidet zwar zwischen einspurigen und anderen Fahrrädern, wie beispielsweise mehrspurigen Lastenfahrrädern oder Fahrräder mit Anhängern und empfiehlt den Straßenverkehrsbehörden, die Führer Letzterer dann nicht zu beanstanden, wenn sie den Radweg nicht benutzen, sofern dies nach den Umständen des Einzelfalles unzumutbar ist. Diese Regelung konnte dem Kläger jedoch - ungeachtet des Umstandes, dass sie das Gericht nicht an eine bestimmte Definition der Begriffe "Radfahrer" und "Fahrrad" bindet -schon deshalb nicht zugute kommen, weil sein Liegerad eindeutig kein mehrspuriges, sondern ein einspuriges Fahrrad ist.

Schließlich rechtfertigt die Behauptung des Klägers, durch den Radwegbenutzungszwang zum einen in seinem zügigen Fortkommen behindert und zum anderen auch selbst gefährdet zu werden, keine grundsätzliche Ausnahme für ihn als Liegefahrradfahrer, einen Radweg benutzen zu müssen. Kein Verkehrsteilnehmer, auch nicht der Kläger, hat ein Recht darauf, mit der höchstmöglichen Geschwindigkeit, die er mit seinem Fahrzeug erreichen kann, am Straßenverkehr teilzunehmen. Er hat vielmehr ständige Vorsicht walten zu lassen und auf andere Rücksicht zu nehmen (§ 1 Abs. 1 StVO), sich so zu verhalten, dass kein anderer geschädigt, gefährdet oder mehr als nach den Umständen unvermeidbar behindert oder belästigt wird (§ 1 Abs. 2 StVO) und darf nur so schnell fahren, dass er sein Fahrzeug ständig beherrscht (§ 3 Abs. 1 Satz 1 StVO). Der Kläger muss daher auf den Radwegen, die er zu benutzen hat, sowohl hinsichtlich der anderen Verkehrsteilnehmer als auch angesichts etwaiger besonderer Radwegverhältnisse mit angepasster Geschwindigkeit fahren (vgl. auch § 3 Abs. 1 Satz 2 StVO). Bei einem solchen Verhalten scheidet auch weitgehend eine Selbstgefährdung aus […].

Die Beschlagnahme war geeignet, erforderlich und verhältnismäßig, um die unmittelbar bevorstehende Störung der öffentlichen Sicherheit, nämlich das Weiterfahren des Klägers auf der Fahrbahn der Durlacher Allee zu unterbinden, sie erging auch ermessensfehler-

frei. Der Kläger hatte sich geweigert, den Radweg zu benutzen. Die unmittelbar bevorstehende Störung der öffentlichen Sicherheit konnte von dem Beamten des Polizeivollzugsdienstes nur durch die Beschlagnahme des Rades abgewendet werden.

2b) Die Beschlagnahmeverfügung des Polizeivollzugsdienstes vom 26.9.1998, einem Samstag, ist jedoch seit dem 12. 10. 1998, einem Montag, rechtswidrig (geworden). Dies ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

Die Beschlagnahme ist aufzuheben, sobald ihr Zweck erreicht ist (§ 33 Abs. 3 Satz 1 PolG BW). Vorbehaltlich besonderer gesetzlicher Regelungen darf die Beschlagnahme nicht länger als sechs Monate aufrechterhalten werden (§ 33 Abs. 3 Satz 2 PolG BW). Da die Beschlagnahmeverfügung bei Zweckerreichung aufzuheben ist, hat die beschlagnahmende Behörde zu prüfen, ob die Aufrechterhaltung der Beschlagnahme gerechtfertigt ist. Sie hat damit den Verwaltungsakt unter Kontrolle zu halten. Die Beschlagnahme ist demnach nicht nur Verwaltungsakt mit Dauerwirkung - begrenzt auf sechs Monate -, sondern auch eine behördliche Maßnahme, die während dieser Zeit einer (ständigen) Überprüfung durch die erlassende Behörde unterliegt.

Dies zwingt zu der Erkenntnis, dass maßgeblicher Zeitpunkt für die Überprüfung der Rechtmäßigkeit einer Beschlagnahme, die noch andauert, im Rahmen der Anfechtungsklage aus materiell-rechtlichen Gründen derjenige der Entscheidung des Gerichts ist. Erledigt sich - wie hier - die Beschlagnahmeverfügung nach Zeitablauf durch Aufhebung seitens der Behörde und wird anstelle der Anfechtungsklage das Rechtsschutzbegehren des Klägers mit einer Fortsetzungsfeststellungsklage weiterverfolgt, so kann dies den maßgeblichen Zeitpunkt für die gerichtliche Entscheidung zwar nicht grundsätzlich, aber im Einzelfall verändern. Die Veränderung besteht darin, dass es nicht auf den Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung ankommen kann, da hier bereits die durch den Verwaltungsakt ursprünglich erzeugte Beschwer entfallen ist; maßgeblich ist vielmehr der Zeitpunkt des Wegfalls der Beschwer, also hier die Aufhebung der Beschlagnahmeverfügung und Herausgabe des Liegerades. Zu berücksichtigen ist aber auch der Umstand, dass sich während der Dauer einer Beschlagnahme die tatsächlichen und/oder rechtlichen Verhältnisse ändern können. So kann eine rechtmäßig erfolgte Beschlagnahme im Laufe ihrer Fortdauer aus verschiedenen Gründen rechtswidrig werden. Dem ist dadurch Rechnung zu tragen, dass die Feststellung der Rechtswidrigkeit auf Teile der Beschlagnahmedauer zu beschränken ist (vgl. auch BVerwGE 109, 74). Begehrt der Kläger die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Beschlagnahme, die sich erledigt hat, insgesamt, so ist hierin in der Regel auch das Begehren einer zeitweiligen Feststellung der Rechtswidrigkeit der Maßnahme mit umfasse.

Nach dem 11. 10. 1998 war die Beschlagnahme nicht mehr die erforderliche, geeignete und verhältnismäßige Maßnahme, um das Gemeinwesen vor einer unmittelbar bevorstehenden Störung der öffentlichen Sicherheit zu schützen. Die Störung, vor der das Gemeinwesen zu Recht zu schützen ist, geht nicht von dem beschlagnahmten Liegefahrrad selbst aus, sondern von dessen Benutzung durch den Kläger. Die erforderliche und geeignete Maßnahme, um dieser Gefahr effizient begegnen zu können, liegt in der Einwirkung auf das Verhalten des Klägers. Bewegt dieser sein Liegerad nur noch auf den Radwegen, so erfolgt kein Verstoß mehr gegen die Straßenverkehrsordnung; die Rechtsordnung bleibt gewahrt. Steht, wie vorliegend, weil der Betroffene dies ausdrücklich ankündigt, zu erwarten, dass er auch in Zukunft die öffentliche Sicherheit stören wird, so sind in der Regel diejenigen Maßnahmen zu ergreifen, die unmittelbar auf die Verhaltensweise des polizeilichen Störers einwirken. Demgemäß war es hier auch angezeigt und sinnvoll, dass der Stadtkreis K. den Kläger durch die konkretisierende Verfügung vom 15.4.1999 unter Androhung eines empfindlichen Zwangsgeldes in Höhe von 3.000 DM zur Benutzung der Radwege verpflichtete. Eine solche Anordnung ist nach Ansicht des Senats gegenüber einer lang anhaltenden Beschlagnahme das den Kläger weniger belastende Mittel und damit die verhältnismäßige Maßnahme zur Bewältigung der Störung der öffentlichen Sicherheit, die durch die fortgesetzte Missachtung der Straßenverkehrsordnung durch den Kläger eingetreten ist.

Diese Annahme wird dadurch bestärkt, dass kraft Gesetzes (§ 33 Abs. 3 PolG BW) eine beschlagnahmte Sache nach Ablauf von sechs Monaten herauszugeben ist, es sei denn, die Voraussetzungen der Einziehung liegen vor (§ 34 Abs. 1 PolG BW). Eine Einziehung des Liegefahrrades durch das beklagte Land schied hier jedoch aus, da […] eine Einziehungsverfügung nicht von ihm verfügt werden konnte [wird ausgeführt].

Die Beschlagnahme als Gefahrenabwehrmaßnahme ist kein Beugemittel. Sie beseitigt zwar eine bestehende Störung der öffentlichen Sicherheit oder verhindert eine unmittelbar bevorstehende Störung derselben; auf eine unmittelbare Verhaltenssteuerung des Eigentümers der beschlagnahmten Sache ist sie jedoch nicht ausgerichtet. Sie kann allenfalls mittelbar eine Verhaltensänderung bewirken. Damit ist sie aber grundsätzlich nicht geeignet, die letztlich auf einer menschlichen Verhaltensweise beruhende Störung der öffentlichen Sicherheit auf Dauer zu beseitigen. Hierfür ist das geeignete - und hier auch später ergriffene - Mittel eine mit einer Zwangsgeldandrohung verbundene Befolgensanordnung. Es wäre demnach Aufgabe des Beklagten gewesen, den Erlass einer solchen Maßnahme alsbald in die Wege zu leiten. Dies hätte nach Ansicht des Senats zur Wahrung des Grundsatzes der Verhält-

nismäßigkeit innerhalb zweier Wochen nach der erfolgten Beschlagnahme geschehen können. Eine über diesen Zeitraum hinausreichende Beschlagnahme war deshalb unverhältnismäßig.

Eine kürzere Frist als zwei Wochen, innerhalb der die Befolgungsverfügung hätte ergehen müssen, hält der Senat angesichts der Umstände des Einzelfalles nicht für geboten. Der Kläger hat bis zur Beschlagnahme des Liegerads beharrlich gegen seine Verpflichtung aus der Straßenverkehrsordnung verstoßen und eindeutig kundgetan, auch in Zukunft keine Radwege benutzen zu wollen. Die Beschlagnahme des Rades ist somit auf sein eigenes Verhalten zurückzuführen. Der Kläger hätte eine frühere Aufhebung der Beschlagnahme erreichen können, wenn er glaubhaft zum Ausdruck gebracht hätte, dass er sich in Zukunft entsprechend der Straßenverkehrsordnung verhalten werde. Bei seiner hartnäckigen Weigerung, sich an die auch für die Benutzung eines Liegerads verbindlichen Regeln der StVO zu halten, wäre ein Zeitraum von zwei Wochen für den Erlass von geeigneten und verhältnismäßigen Maßnahmen gegenüber dem Kläger nicht unverhältnismäßig lang gewesen.

Standort: Baurecht Problem: Ergänzendes Verfahren nach § 215 a II BauGB

BVERWG, BESCHLUSS VOM 10.08.2000
4 CN 2/99 (NVWZ 2001, 203)

Problemdarstellung:

Leidet ein Bebauungsplan (B-Plan) unter einem Verfahrens-, Form- oder Abwägungsfehler, der nicht bereits nach § 214 BauGB unbeachtlich ist, kann der Mangel zur Planerhaltung u.U. in einem ergänzenden Verfahren nach § 215 a BauGB behoben werden. Geschieht dies, kann der B-Plan unter den Voraussetzungen des § 215 a II BauGB sogar rückwirkend in Kraft gesetzt werden.

Im vom BVerwG zu entscheidenden Fall war zunächst fraglich, ob überhaupt ein Mangel vorlag, weil der mit der Bekanntmachung des B-Plans verfolgte Hinweiszweck nicht erreicht worden ist. Hierfür ist ausreichend aber erforderlich, dass der B-Plan in der Bekanntmachung schlagwortartig bezeichnet wird, etwa durch Angabe einer bestimmten Straße oder eines Plangebiets. Die Angabe einer Ordnungsziffer ("Bebauungsplan Nr.1") reicht hierfür nach der Rspr. nicht aus (BVerwG, BauR 1989, 303), und zwar mit der vorliegenden Entscheidung selbst dann nicht, wenn es sich um den ersten und einzigen B-Plan der betreffenden Gemeinde handelt.

Das BVerwG hatte sich sodann mit der Frage zu befassen, welches Organ der Gemeinde das ergänzende Verfahren zur rückwirkenden Inkraftsetzung des B-Plans durchzuführen hat. Es kommt zu dem Ergebnis, dass dies jedenfalls nach Bundesrecht (allein dies konnte das BVerwG im Rahmen der ihm vorgelegten Revision prüfen, § 137 I Nr. 1 VwGO) nicht unbedingt die Vertretung (also i.d.R. der Rat) sein müsse; vielmehr regele Bundesrecht die Organkompetenz nicht, so dass insoweit auch der Bürgermeister oder jedes andere Organ der Gemeinde handeln könne. Bundesrechtlich sei noch nicht einmal vorgegeben, welches Organ den eigentlichen B-Plan erlassen dürfe (vgl. § 10 BauGB, der lediglich die Verbandskompetenz der Gemeinde begründet).

Prüfungsrelevanz:

Das Bauplanungsrecht ist ein beliebter Prüfungsstoff. Hier kann die Frage auftauchen, ob bzw. ab wann ein B-Plan wirksam in Kraft getreten ist. Liegt ein ergänzendes Verfahren nach § 215 a BauGB vor, muss dieses selbstverständlich ordnungsgemäß durchgeführt worden sein, um vorhandene Fehler zu heilen und den B-Plan (ggf. rückwirkend) in Kraft zu setzen. An dieser Stelle ist dann fraglich, wer für die Durchführung des ergänzenden Verfahrens überhaupt zuständig ist. In einer Examensarbeit darf der Kandidat sich - sollte er nicht ebenfalls in der Rolle des BVerwG über eine Revision zu entscheiden haben - natürlich nicht mit der Feststellung zufrieden geben, Bundesrecht stehe der Organkompetenz anderer Gemeindeorgane als der Vertretung nicht entgegen; vielmehr hat er die positive Feststellung zu treffen, wer - notfalls nach Landesrecht - zuständig ist und zu subsumieren, ob dieses Organ auch gehandelt hat. Problematisch dabei ist, dass das Landesrecht in aller Regel (Ausnahmen gelten in den Stadtstaaten, vgl. § 246 BauGB) der Vertretung die Organkompetenz für den Erlass von B-Plänen zuweist (vgl. nur § 42 I 1, 2 lit. g GO NW), jedoch darüber schweigt, wer für ein ergänzendes Verfahren zur Erhaltung des B-Plans zuständig sein soll. Die h. M. hält hier - jedenfalls bei dessen rückwirkender Inkraftsetzung - ganz überwiegend ebenfalls das für den Erlass des B-Plans selbst zuständige Organ (also in aller Regel die Vertretung, den Rat) für zuständig, da die Angabe, wann eine Norm in Kraft trete, zum Satzungsinhalt gehöre, jede rückwirkende Inkraftsetzung also z.T. auch ein Erlass des B-Plans selbst sei (OVG NW, BauR 1984, 47; VGH Mannheim, NVwZ 1993, 84; Ziegler, NVwZ 1990, 533, 534; a.A. Battis u.a., BauGB, 5. Aufl. 1996, § 215 Rz. 11). Die vorliegende Entscheidung, die ja nur besagt, dass *Bundesrecht* dies nicht gebiete, ist also mit Vorsicht zu genießen.

Am Rande angemerkt sei, dass streitig ist, ob bei Rückwirkung im ergänzenden Verfahren nach § 215 a II BauGB auch eine erneute Bürgerbeteiligung (§ 3

BauGB) erforderlich ist. Dies ist stark umstritten (dafür etwa OVG Münster, BauR 1984, 47; OVG Lüneburg, DVBl 1980, 241; Schmaltz, DVBl 1981, 328) wird vom BVerwG jedoch verneint (BVerwGE 75, 262; NVwZ 1993, 361; zust. Söfker, ZfBauR 1981, 62; Gassner, BauR 1993, 33).

Leitsätze:

1. Für die Bekanntmachung eines Bebauungsplans reicht die bloße Angabe seiner Nummer auch bei einer kleinen Gemeinde mit einem einzigen Bebauungsplan nicht aus.

2. Aus Bundesrecht ergibt sich nicht, welches Organ der Gemeinde für die Fehlerbehebung nach § 215a II BauGB zuständig ist.

3. Auch für das rückwirkende Inkraftsetzen eines Bebauungsplans bedarf es aus bundesrechtlicher Sicht keiner erneuten Ratsentscheidung.

Sachverhalt:

Die Ast. wenden sich gegen den erstmals im Jahre 1967 und sodann im Jahre 1998 erneut bekannt gemachten Bebauungsplan Nr. 1 der Gemeinde K., soweit er Teilflächen ihrer Grundstücke als Straßentrasse festsetzt. In den Jahren 1966/67 stellte die frühere Gemeinde K., deren Rechtsnachfolger die Ag. ist, ihren ersten und einzigen Bebauungsplan auf. Im Wesentlichen setzt er am südlichen Ortsrand ein allgemeines Wohngebiet für etwa 30 Wohneinheiten fest. Der Plan wurde unter der Bezeichnung "Bebauungsplan Nr. 1 der Gemeinde K." am 22. 5. 1967 bekannt gemacht. Die Ast. sind Eigentümer von Grundstücken im östlichen Teil es Plangebiets. Sie haben ihre Grundstücke in den sechziger Jahren plangemäß bebaut. Im Bebauungsplan ist zwischen ihren Häusern eine als Verlängerung der N.-Straße in Ost-West-Richtung verlaufende Straße mit einer 10 m breiten Terrasse vorgesehen. Für sie sollten die Ast. jeweils einen 5 m breiten Grundstücksstreifen abgeben. Diese Flächen sind bereits als selbstständige Flurstücke vermessen; zur Übertragung des Grundeigentums kam es jedoch nicht. Die Grundstücke der Ast. zu 1 und 2 werden gegenwärtig durch den in Nord-Süd-Richtung verlaufenden V.-Weg erschlossen, das Grundstück der Ast. zu 3 durch die dort als Sackgasse endende N.-Straße. Das etwa 40 m lange Verbindungsstück vom V.-Weg zur N.-Straße wurde zunächst nicht gebaut. Da der bisher landwirtschaftlich genutzte westliche Teil des Plangebiets bebaut werden soll, will die Ag. nunmehr auch das fehlende Straßenverbindungsstück herstellen. Sie forderte deshalb die Ast. auf, die hierfür benötigten Flächen an sie abzugeben. Daraufhin machten die Ast. im Normenkontrollverfahren geltend, der Bebauungsplan sei aus formellen und materiellen Gründen nichtig. Am 17. 12. 1998 - während des Normenkontrollverfahrens - wurde der am 22. 10. 1966 als Satzung beschlossene Bebauungsplan rückwirkend zum Zeitpunkt seiner ersten Bekanntmachung am 22. 5. 1967 erneut bekannt gemacht. Der Bekanntmachung lag keine neue Entscheidung des Gemeinderats der Ag. zu Grunde. Das OVG gab dem Normenkontrollantrag statt. Die Revision der Ag. hatte Erfolg, die Revision der Ast. blieb erfolglos.

Gründe:

Die Revision der Ag. ist zulässig und begründet. Soweit das Normenkontrollgericht den streitigen Bebauungsplan für unwirksam erklärt hat, ist seine Entscheidung nicht mit Bundesrecht vereinbar. Dagegen ist die Revision der Ast. zwar ebenfalls zulässig, jedoch unbegründet.

1.a) Die Revision der Ag. ist zulässig. Zweifelhaft kann insoweit nur sein, ob ein Rechtsschutzbedürfnis für die Durchführung des Revisionsverfahrens besteht. Allerdings ist die Ag. durch das angefochtene Urteil beschwert. Denn das Normenkontrollgericht hat den Antrag, den Bebauungsplan Nr. 1 der Gemeinde K. für (teilweise) nichtig zu erklären, nicht in vollem Umfang abgewiesen, sondern hat den Bebauungsplan nur mit Wirkung vom Zeitpunkt der zweiten Bekanntmachung am 17. 12. 1998 an als wirksam angesehen, die erste Bekanntmachung vom 22. 5. 1967 und die Anordnung des rückwirkenden In-Kraft-Tretens in der zweiten Bekanntmachung dagegen für unwirksam gehalten und dementsprechend festgestellt, dass der Plan hinsichtlich der Rückwirkung nicht wirksam sei. Gleichwohl wäre das Rechtsschutzbedürfnis für das Revisionsverfahren zu verneinen, wenn die Ag. kein schützenswertes rechtliches Interesse daran besäße, dass das Rechtsmittelgericht zu ihren Gunsten die Rechtslage klärt und gegenüber der Vorinstanz abändernd entscheidet (vgl. BVerwG, NVwZ 2000, 808). Im vorliegenden Verfahren kann jedoch ein solches schutzwürdiges Interesse nicht verneint werden. Die Ag. hat nämlich vorgetragen, die mit der Revision begehrte Feststellung, dass der streitige Bebauungsplan bereits seit dem Zeitpunkt seiner ersten Bekanntmachung wirksam sei, sei für sie deshalb von praktischer Bedeutung, weil es bei der Realisierung des Bebauungsplans zu Enteignungsverfahren kommen könne, in denen die Entschädigungshöhe von der unterschiedlichen Qualität der Flächen im Zeitpunkt der ersten oder der zweiten Bekanntmachung abhängen werde. Und sie hat ferner geltend gemacht, es sei für sie unzumutbar, den vom Normenkontrollgericht rechtsirrig für geboten erachteten Weg der Fehlerbehebung durch ein ergänzendes Verfahren nach § 215a II BauGB zu gehen, weil dieselbe Rechtsfrage bereits bei einem weiteren Bebauungsplan aufgetaucht sei und sie deshalb Klarheit haben müsse, ob sie jede rückwirkende Inkraftsetzung eines Bebauungsplans durch einen Ratsbeschluss herbeiführen müsse.

b) Zulässig ist auch die Revision der Ast. Aus der Begründung der Revisionszulassung ergibt sich zwar,

dass das Normenkontrollgericht nur eine Revision der Ag. im Blick hatte; denn nur für diese Revision kann es auf die Revisionsfrage ankommen. Die Revision ist jedoch ohne Beschränkung zugelassen worden, so dass auch die Ast. berechtigt sind, die Revision einzulegen.

2. Die Revision der Ag. ist auch begründet. Zu Unrecht hat das Normenkontrollgericht den streitigen Bebauungsplan nur mit Wirkung vom Zeitpunkt seiner zweiten Bekanntmachung an für wirksam gehalten.

a) Nicht zu beanstanden ist allerdings, dass das Normenkontrollgericht den streitigen Bebauungsplan bis zu seiner zweiten Bekanntmachung als rechtsunwirksam angesehen hat, weil die erste Bekanntmachung vom 22. 5. 1967, in der der Plan nur als "Bebauungsplan Nr. l" bezeichnet worden war, nicht den Anforderungen des § 12 S. 2 BBauG 1960 genügt habe.

In der Rechtsprechung des Senats ist geklärt, dass an die Schlussbekanntmachung der Satzung zwar geringere Anforderungen zu stellen sind als an die Bekanntmachung im Auslegeverfahren, von der eine "Anstoßwirkung" ausgehen muss (vgl. BVerwGE 69, 344). Es muss jedoch der mit der Bekanntmachung verfolgte Hinweiszweck erreicht werden (vgl. § 214 II Nr. 3 BauGB). Die Bekanntmachung muss sich auf einen bestimmten Bebauungsplan beziehen; zu fordern ist, dass sie mittels einer schlagwortartigen Kennzeichnung einen Hinweis auf den räumlichen Geltungsbereich des Plans gibt und dass dieser Hinweis den Plan identifiziert (BVerwGE 88, 204, 207 unter Hinweis auf BVerwGE 69, 344, 350). Für die schlagwortartige Kennzeichnung des Plangebiets reicht die bloße Angabe der Nummer des Bebauungsplans nicht aus. Denn eine Zahl lässt keinerlei Rückschlüsse auf die räumliche Belegenheit eines Plans zu und kann dem Normadressaten demgemäß auch keinerlei Erkenntnisse darüber vermitteln, in welchem Teil der Gemeinde neues Baurecht gilt (BVerwG, NVwZ 1989, 661).

Diese Grundsätze gelten auch für eine kleine Gemeinde und auch für ihren ersten oder einzigen Bebauungsplan (vgl. auch bereits BVerwG, NVwZ-RR 1993, 457). Anders als durch ein Schlagwort wird durch eine Nummer nicht einmal angedeutet, in welchem Gemeindeteil sich das neue Plangebiet befindet. Aus der Angabe "Nummer l" ergibt sich auch nicht, dass es sich um den möglicherweise allseits bekannten, einzigen Bebauungsplan handeln muss; denkbar ist, dass an anderer Stelle ein zweiter Bebauungsplan im Entstehen war oder ist. Letztlich wird mit der Angabe der Nummer nur mitgeteilt, dass "ein" Bebauungsplan in Kraft getreten ist. Nicht die Bekanntmachung, sondern erst das private Wissen der Bürger identifiziert gegebenenfalls den Bebauungsplan. Dieses private Wissen müssen aber auch in einem kleinen Ort nicht alle betroffenen Bürger haben; so können beispielsweise im Plangebiet Grundstücke liegen, die einem nicht Ortsansässigen gehören. Darüber hinaus wäre eine Differenzierung zwischen kleinen Gemeinden, bei denen geringere Anforderungen an die Bezeichnung des Plans zu stellen wären, und größeren Gemeinden, bei denen die Bekanntmachung zumindest eine schlagwortartige Bezeichnung oder eine Kartenskizze enthalten muss, kaum praktikabel und der Rechtssicherheit abträglich.

b) Entgegen der Rechtsauffassung des Normenkontrollgerichts hat die Ag. den Bebauungsplan jedoch mit der erneuten Bekanntmachung vom 17. 12. 1998 wirksam rückwirkend in Kraft gesetzt.

Einer erneuten Abwägungsentscheidung des Gemeinderats bedurfte es nicht. Unter Modifizierung seiner bisherigen Rechtsauffassung hat das BVerwG insbesondere in seinem Beschluss vom 25. 2. 1997 (NVwZ 1997, 893 = DVBl 1997, 828) ausgesprochen, dass ein nach § 215 III BauGB 1987 erneut in Kraft gesetzter Bebauungsplan nicht allein deshalb nichtig ist, weil die Gemeinde trotz nachträglicher Änderung der Sach- oder Rechtslage keine erneute Abwägungsentscheidung getroffen habe. Dies gilt auch für die inhaltsgleiche Vorschrift des § 215 a II BauGB 1998. Zwar mag es (kommunalpolitisch) zweckmäßig und möglicherweise landesrechtlich sogar geboten sein, bei größeren Veränderungen oder nach einem längeren Zeitablauf dem Gemeinderat die Entscheidung zu überlassen, ob ein unwirksamer Bebauungsplan durch Behebung der Fehler mit seinem ursprünglichen Inhalt in Kraft gesetzt oder überarbeitet werden soll. Für die Wirksamkeit der Fehlerbehebung kommt es darauf jedoch nicht an. Bundesrechtlich ist es unerheblich, ob der Gemeinderat an der Fehlerbehebung beteiligt worden ist oder nicht; § 215 III BauGB 1987 und auch § 215a II BauGB 1998 fordern dies nicht. Im Regelfall steht auch eine nachträgliche Änderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse einer Fehlerbehebung nicht entgegen, weil gem. § 214 III 1 BauGB die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der (ursprünglichen) Beschlussfassung über den Plan maßgebend ist. Nur wenn sich - im Ausnahmefall - die Verhältnisse so grundlegend verändert haben, dass der Bebauungsplan inzwischen einen funktionslosen Inhalt hat oder das ursprünglich unbedenkliche Abwägungsergebnis unhaltbar geworden ist, kommt eine Fehlerbehebung nicht mehr in Betracht. In diesem Fall würde allerdings auch eine Bestätigung des Plans durch eine abwägende Entscheidung des Gemeinderats nichts nützen; denn ein Plan mit einem funktionslosen oder auf einem unhaltbaren Abwägungsergebnis beruhenden Inhalt kann niemals zu wirksamem Recht werden.

Das Normenkontrollgericht hat diese Rechtsprechung beachtet. Soweit die Ast. mit ihrer Revision allein wegen einer Veränderung der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse eine neue Abwägungsentscheidung des Gemeinderats - und darüber hinaus sogar ein neues Auslegungs- und Beteiligungsverfahren - fordern, steht

ihnen die neuere Rechtsprechung des Senats (NVwZ 1997, 893; NVwZ-RR 1997, 515),an der der Senat festhält, entgegen.

Das Normenkontrollgericht hat das Vorliegen eines der beiden Ausnahmefälle verneint. Auch dem ist zu folgen. Dass der gesamte Bebauungsplan oder zumindest die Festsetzung der streitigen Straßentrasse funktionslos geworden sei, machen die Ast. zu Recht im Revisionsverfahren selbst nicht mehr geltend. Es trifft aber auch nicht zu, dass die streitige Trasse heute nicht mehr so, wie geschehen, festgesetzt werden dürfte. Das Normenkontrollgericht hat zutreffend ausgeführt, dass auch heute noch eine Planung mit einer 10 m breiten Trasse in einem kleinen Wohngebiet zulässig sein kann, dass also das Abwägungsergebnis nicht unhaltbar ist. Bei den von der Revision der Ast. herangezogenen Straßenbaurichtlinie handelt es sich nur um rechtlich unverbindliche Empfehlungen. Und auch aus dem Gebot des § 1a I BauGB, Bodenversiegelungen auf das notwendige Maß zu begrenzen, lässt sich nicht entnehmen, dass kleinere Erschließungsstraßen niemals 10 m breit sein dürfen. Berücksichtigt man, dass die N.-Straße bereits weitgehend fertig gebaut ist, so liegt es noch im Rahmen einer zulässigen Abwägung, sie nicht nur auf den letzten 40 m bis zum V.-Weg zu Ende zu bauen, um eine Sackgasse ohne Wendemöglichkeit zu vermeiden, sondern auch, sie in derselben Breite wie die bereits fertig gestellte Straße zu bauen.

Auch für das rückwirkende Inkraftsetzen des Bebauungsplans bedurfte es aus bundesrechtlicher Sicht keiner erneuten Ratsentscheidung.

§ 215a II BauGB 1998 oder sonstiges Bundesrecht regeln nicht, von wem ein Bebauungsplan nach der Behebung eines Bekanntmachungsfehlers - mit oder ohne Rückwirkung - erneut in Kraft gesetzt werden darf. Die Vorläufervorschrift des § 215 III BauGB 1987 ermächtigte hierzu ausdrücklich "die Gemeinde"; die Novellierung der Vorschrift hat daran schlicht nichts geändert. § 215a BauGB enthält jedoch keine Aussage zu der Frage, welches Gemeindeorgan den Fehler zu beheben hat. Bundesrechtlich ist insbesondere nicht geregelt, dass der Gemeinderat hierzu einen Beschluss fassen muss (vgl. BVerwG, NVwZ 1996, 374). Vielmehr gilt auch für das ergänzende Verfahren nach § 215a II BauGB, dass die Zuständigkeit der Gemeindeorgane für die Bauleitplanung oder für einzelne Verfahrensabschnitte allein durch das Landesrecht geregelt wird (BVerwGE 79, 200, 204). Wenn aber sogar der Satzungsbeschluss nach § 10 I BauGB dem Gemeinderat nicht durch Bundesrecht zugewiesen ist (vgl. auch BVerwGE 110, 118), so lässt sich dem Bundesrecht erst recht nicht die Zuständigkeit des Gemeinderats für die rückwirkende Inkraftsetzung nach § 215a II BauGB entnehmen (für § 215 III BauGB 1987 noch offen gelassen im Beschluss vom 24. 5. 1989, BVerwG, NVwZ 1990, 259).

Bundesrecht regelt die Zuständigkeit des Gemeinderats für die rückwirkende Inkraftsetzung des Bebauungsplans auch nicht mittelbar. Von einer zumindest mittelbaren Regelung durch das Bundesrecht scheint das Normenkontrollgericht auszugehen, denn es stützt seine Rechtsauffassung auf die These, zum Inhalt einer Norm gehöre auch die Bestimmung, zu welchem Zeitpunkt sie in Kraft trete; deshalb müsse der Rat zumindest nach einem längeren Zeitraum entscheiden, ob der Plan wirklich mit voller Rückwirkung erlassen werden solle. Wenn demgemäß die rückwirkende Inkraftsetzung der Sache nach eine inhaltliche Änderung der ortsrechtlichen Norm wäre, so wäre für sie dasselbe Gemeindeorgan - in Niedersachsen gem. § 40 I Nr. 5 NdsGO der Rat - zuständig, das nach Landesrecht für ihren Erlass, also für den Satzungsbeschluss nach § 10 I BauGB, zuständig ist. Auch diese Begründung hält jedoch einer Überprüfung nicht stand. Denn die Anordnung der Rückwirkung nach § 215 a II BauGB ist kein Bestandteil des Satzungsbeschlusses.

Allerdings hat das BVerfG in seinem Urteil vom 26. 7. 1972 (BVerfGE 34, 9, 23) ausgeführt, dass zum Inhalt von Gesetzen auch der Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens gehöre. Diese Aussage lässt sich aber nicht ohne weiteres auf die Entscheidung des "Ortsgesetzgebers" über städtebauliche Satzungen übertragen. Der Grundsatz, dass zum Inhalt des Satzungsbeschlusses einer (hier: ortsrechtlichen) Norm auch die Bestimmung gehört, zu welchem Zeitpunkt sie in Kraft tritt, gilt für den Bebauungsplan so nicht. Denn der Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens eines Bebauungsplans steht grundsätzlich nicht zur Disposition des Plangebers. Vielmehr ist er bereits im Gesetz geregelt. Grundsätzlich tritt der Plan mit seiner Bekanntmachung in Kraft (§ 12 S. 3 BBauG 1960, § 10 III 4 BauGB 1998); ausnahmsweise kann er innerhalb des ergänzenden Verfahrens bei bestimmten Mängeln auch rückwirkend in Kraft gesetzt werden (§ 215a II BauGB 1998). Aber auch im letztgenannten Fall ist die Anordnung der Rückwirkung kein Teil des Satzungsbeschlusses nach § 10 I BauGB, sondern ein Bestandteil des Bekanntmachungsverfahrens. Mit der rückwirkenden Inkraftsetzung nach § 215a II BauGB 1998 tritt der Bebauungsplan zu dem Zeitpunkt in Kraft, zu dem er ursprünglich hätte in Kraft treten sollen. Damit wird dem Willen der Gemeinde im Zeitpunkt der Beschlussfassung über den Bebauungsplan Rechnung getragen; denn mit dem in Kenntnis der gesetzlich In-Kraft-Tretensregelung gefassten Satzungsbeschluss ist die Erwartung verbunden, der Bebauungsplan werde nun auch alsbald in Kraft gesetzt werden (ähnlich Gierke, in: Brügelmann, BauGB, § 10 Rdnrn. 41, 44, 353; Dürr, in: Brügelmann, BauGB, § 215a Rdnr. 19; Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 7. Aufl. [1999], § 215a Rdnr. 12; Lemmel, in: BerlKomm BauGB, 2. Aufl. [1995], Rdnr. 26).

Es ist auch unschädlich, dass der streitige Bebauungsplan nach § 11 seines Satzungstextes "mit dem Tage

der öffentlichen Bekanntmachung" in Kraft tritt, während in der Bekanntmachung vom 17. 12. 1998 angegeben ist, der Bebauungsplan trete "rückwirkend zum 22. 5. 1967 in Kraft". Denn abgesehen davon, dass § 11 des Satzungstextes nur § 12 S. 3 BBauG 1960 wiederholt und nur deklaratorische Bedeutung hat, steht die Angabe in der Bekanntmachung vom 17. 12. 1998 auch mit § 11 der Satzung nicht in einem sachlichen Widerspruch. Das angegebene Datum ist nämlich das der ersten Bekanntmachung. Gem. § 215a II BauGB darf die Gemeinde den Bebauungsplan zu diesem Zeitpunkt in Kraft setzten, ohne ihn damit zugleich inhaltlich zu ändern. In diesem Sinne hat der Senat bereits in seinem Urteil vom 5. 12. 1986 (BVerwGE 75, 262, 269), auf das sich das Normenkontrollgericht für seine gegenteilige Auffassung beruft, im Hinblick auf die Notwendigkeit einer erneuten Beteiligung der Bürger entschieden, dass sich die Rückwirkung nach Beseitigung von Form- oder Verfahrensfehlern nicht als eine materielle Änderung des Bebauungsplans darstelle.

Auch Gründe des Verfahrensschutzes stehen einer rückwirkenden Inkraftsetzung des Bebauungsplans nach langer Zeit ohne eine neue Ratsentscheidung nicht entgegen. Ein derartiger Vertrauensschutz wir schon durch die Möglichkeit der Fehlerbehebung nach § 215a II BauGB 1998 ausgeschlossen. Solange der Bebauungsplan oder einzelne seiner Festesetzungen nicht funktionslos oder im Abwägungsergebnis unhaltbar geworden sind, muss der Bürger bei Form- oder Verfahrensfehlern jederzeit mit einer - auch rückwirkenden - Fehlerbehebung durch die Gemeinde rechnen. Im Grundsatz sieht dies auch das Normenkontrollgericht nicht anders; denn es stellt nicht in Abrede, dass der Gedanke des Vertrauensschutzes eine rückwirkende Inkraftsetzung eines Bebagungsplans durch einen Ratsbeschluss nicht hindert. Aus bundesrechtlicher Sicht ist es jedoch - wie bereits dargelegt - im Grundsatz unerheblich, welches Gemeindeorgan innerhalb der Bauleitplanung für die Gemeinde tätig wird.

c) Das Urteil des Normenkontrollgerichts stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar. Zwar könnte der Rat für die Entscheidung über das rückwirkende Inkraftsetzen gem. § 215a II BauGB theoretisch nach niedersächsischem Landesrecht zuständig sein. Aus dem angefochtenen Urteil ergibt sich aber, dass das Normenkontrollgericht, dem die Auslegung des Landesrechts obliegt, die Existenz einer solchen Regelung sinngemäß verneint hat. Nach seiner den Senat gem. §§ 137 I, 173 VwGO, § 562 ZPO bindenden Auslegung des Landesrechts verlangt dieses nicht, dass die Entscheidung, einen Bebauungsplan nach 31 Jahren mit Wirkung ex nunc in Kraft zu setzen, vom Rat getroffen wird. Denn es hat das erneute Inkraftsetzen des Bebauungsplans ohne Beteiligung des Rats mit Wirkung ex nunc für wirksam gehalten. Irgendwelche Anhaltspunkte dafür, dass das niedersächsische Landesrecht für die Alternative des § 215a II BauGB, den Plan mit Wirkung ex tunc in Kraft zu setzen, eine andere Zuständigkeitsregelung enthalten könnte, lassen sich dem Normenkontrollurteil nicht entnehmen. Im Gegenteil muss angenommen werden, dass das Normenkontrollgericht auch für das rückwirkende Inkraftsetzen die Notwendigkeit einer Entscheidung des Rates kraft Landesrechts verneint hat. Denn hätte es (auch) eine Norm des Landesrechts gesehen, aus dem sich die Zuständigkeit des Rates ergibt, so hätte es die Revision nicht zulassen dürfen. Dann wäre nämlich die Frage, ob die rückwirkende Inkraftsetzung eines Bebauungsplans aus bundesrechtlicher Sicht einer erneuten Ratsentscheidung bedürfe, nicht entscheidungserheblich gewesen.

3. Aus dem Vorstehenden ergibt sich zugleich, dass die Revision der Ast. unbegründet ist. Der Bebauungsplan durfte ohne eine neue abwägende Entscheidung des Rates der Ag. erneut bekannt gemacht werden.

Standort: AT Problem: Abgrenzung von Rechtsnorm und Verwaltungsvorschrift

BAYVGH, URTEIL VOM 20.09.2000
3 N 99.2335 (DVBL 2001, 311)

Problemdarstellung:

Der BayVGH hatte im Rahmen eines Normenkontrollantrags nach § 47 I Nr. 2 VwGO darüber zu entscheiden, wie sich eine Rechtsnorm von einer Verwaltungsvorschrift abgrenzen lässt. Das Gericht vertritt die Auffassung, dass hierfür zunächst die äußere Form der Maßnahme maßgeblich sei, also deren Bezeichnung (“Rechtsverordnung” bzw. “Satzung” oder “Verwaltungsvorschrift” bzw. “Bekanntmachung”) und deren Verkündungsort (Gesetzes- und Verordnungsblatt oder Amtsblatt). Ob und wann stattdessen, darüber hinaus oder daneben noch auf den Inhalt der Maßnahme (abstrakt-generelle Regelung mit Außenwirkung oder intern wirkende Konkretisierung von Rechten und Pflichten) abgestellt werden kann, ist umstritten (vgl. die Nachweise in den Entscheidungsgründen). Das Gericht steht einer materiellen Betrachtung eher ablehnend gegenüber; allenfalls könne eine wertende Gesamtschau vorgenommen werden, bestimmte allgemeingültige Kriterien ließen sich jedenfalls nicht finden. Im Ergebnis lässt der VGH die Frage jedoch offen, da die materielle Betrachtung im vorliegenden Fall zum gleichen Ergebnis führte wie die vom Gericht favorisierte formelle Sicht.

Prüfungsrelevanz:

Ob in einem staatlichen Handeln eine Rechtsnorm, ein Verwaltungsakt (VA), eine Verwaltungsvorschrift (VwV) oder ein sonstiger Hoheitsakt liegt, spielt an einer unüberschaubaren Vielzahl von Stellen eine Rolle. Man denke nur an die Kompetenzen (Art. 70 ff. GG gelten nur für Parlamentsgesetze), das Verfahren (gem. § 28 VwVfG muss vor Erlass eines belastenden Verwaltungsakts angehört werden), die Form (z.B. § 20 OBG NW für Ordnungsverfügungen, § 30 OBG NW für ordnungsbehördliche Verordnungen) usw. Auch die Ermächtigungsgrundlagen sind verschieden (z.B. § 48 BImSchG für Verwaltungsvorschriften, § 48 a BImSchG für Rechtsverordnungen). Folgender Überblick soll die Abgrenzung in Zweifelsfragen erleichtern:

Das Parlamentsgesetz lässt sich am leichtesten vom Verwaltungshandeln unterscheiden, weil es vom eben vom Parlament (Legislative) erlassen wird, während VA, VwV, RVO und Satzung von der Verwaltung (Exekutive) erlassen werden. Rechtsverordnung und Satzung untereinander unterscheidet man - wie auch der VGH andeutet - nach dem ihnen zugrunde liegenden Aufgabenbereich (Satzung bei Selbstverwaltung, Rechtsverordnung bei sonstigen Aufgaben, vgl. Maurer, VerwR AT, § 4 Rz. 18). Vom Verwaltungsakt (problematisch besonders im Verhältnis zur Allgemeinverfügung nach § 35 S. 2 VwVfG) unterscheiden sich Satzung und Rechtsverordnung durch ihre Abstraktheit, während der VA stets konkret ist. Ihre Abgrenzung zur Verwaltungsvorschrift ist, wie erwähnt, umstritten, wobei die vom VGH primär vorgenommene formelle Abgrenzung die h.M. sein dürfte. Für die Abgrenzung zwischen VA und VwV schließlich stellt der BayVGH (RA 2000, 124 = NVwZ 2000, 222) auch auf die äußere Form ab; inhaltlich unterscheiden sie sich in der Außenwirkung, welche dem VA eigen ist (vgl. § 35 S. 1 VwVfG), der VwV hingegen fehlt.

Die von § 47 I Nr. 2 VwGO eröffnete Möglichkeit, durch Landesrecht einen Normenkontrollantrag auch gegen unter dem Landesgesetz stehende Rechtsnormen zu eröffnen, ist i.Ü. bis auf Berlin, Hamburg und NRW von allen Bundesländern durch entsprechende Regelungen in ihren Ausführungsgesetzen zur VwGO umgesetzt worden (z.T. eingeschränkt).

Leitsatz:

Gegenstand eines Normenkontrollverfahrens als eine "andere im Rang unter dem Landesgesetz stehende Rechtsvorschrift" i. S. des § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO kann nicht eine Verwaltungsvorschrift sein, deren Inhalt nach rechtsstaatlichen Grundsätzen einer gesetzlichen Regelung vorbehalten ist.

Sachverhalt:

Die Ast., Lehrer an Grundschulen in Bayern, begehren im Wege eines Normenkontrollverfahrens nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO, dass eine Bekanntmachung des Bayer. Staatsministeriums für Unterricht und Kultus (BayStMUK), mit der ein verpflichtendes Arbeitszeitkonto für Lehrer an Grundschulen eingerichtet wird (im Folgenden: KMBek Arbeitszeitkonto), für nichtig erklärt wird. Der VGH hat den Antrag als unzulässig abgelehnt.

Gründe:

Nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO entscheidet der VGH im Rahmen seiner Gerichtsbarkeit über die Gültigkeit u. a. von anderen als den in der vorangehenden Nr. 1 genannten Rechtsvorschriften im Rang unter dem Landesgesetz, sofern das Landesrecht dies bestimmt. Eine solche Regelung hat der Bayer. Landesgesetzgeber in Art. 5 Abs. 1 Satz 1 des AGVwGO getroffen. Da hiernach die Normenkontrolle nur gegen Rechtsvorschriften im Range unter dem Landesgesetz statthaft ist, setzt die Zulässigkeit des vorliegenden Antrags voraus, daß es sich bei der KMBek Arbeitszeitkonto um eine Rechtsnorm handelt. Daran fehlt es hier.

1. Rechtsnormen sind von Allgemeinen Verwaltungsvorschriften (VwV) primar nach der äußeren Form ihres Zustandekommens abzugrenzen (vgl. Schmidt, in: Eyermann, VwGO, 11. Aufl., Rdnr. 24 zu § 47; Gerhardt, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Rdnr. 23 zu § 47; a. A. [im Gegensatz zur Vorauflage] Kopp/Schenke, VwGO, 11. Aufl., Rdnr. 18 zu § 47). So werden Rechtsvorschriften im Rang unter dem förmlichen Landesgesetz entweder - soweit von Selbstverwaltungskörperschaften stammend - als Satzungen und im Übrigen (im Gegensatz zu sonstigen amtlich Veröffentlichungen, die als "Bekanntmachungen" zu bezeichnen sind) als "Verordnungen" unter Hinweis auf die Ermächtigungsgrundlage in der Präambel bezeichnet. Nach § 14 Abs. 4 der GeschäftsO der Bayer. Staatsregierung fertigen die Staatsminister die verfassungsmäßig zustande gekommenen Rechtsverordnungen ihres Staatsministeriums aus und unterzeichnen VwVen, die in das GVBl. aufgenommen werden sollen. Rechtsvorschriften der Staatsregierung und der Staatsministerien werden in dem für Rechtssätze vorgesehenen Verkündungsblatt, d. h. grundsätzlich im GVBl., veröffentlicht, VwVen hingegen als sonstige amtliche Veröffentlichungen werden als "Bekanntmachung" bezeichnet und grundsätzlich, sofern sie von der Staatsregierung stammen, im AllMBl. und in besonderen Fällen im Bayer. Staatsanzeiger, sofern sie von Staatsministerien stammen, in deren Amtsblättern oder in gemeinsamen Amtsblatt veröffentlicht.

Nach all diesen Kriterien handelt es sich bei der KMBek. Arbeitszeitkonto nicht um eine Rechtsvorschrift. Sie wird in der Überschrift als "Bekanntmachung" bezeichnet, ist von einem Beamten des Ministeriums im Rang eines Ministerialdirigenten ("im Auftrag" als Stellvertreter des Amtschefs) ausgefertigt und im Amtsblatt 1 des StMUK veröffentlicht.

II. Sind demzufolge die Regelungen der streitgegenständlichen Bekanntmachung einerseits der Form nach eindeutig nicht als Rechtsvorschriften i. S. des § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO erlassen worden, kann ihr Rechtsnormcharakter andererseits auch nicht aus ihrem Inhalt erschlossen werden.

In der neueren Rspr. und Lit. besteht keine Einhelligkeit darüber, wann und inwiefern auf den Inhalt einer Regelung abgestellt werden kann [vgl. etwa Jörg Schmidt, aaO, Rdnr. 26 zu § 47 VwGO: nur im Falle einer - hier nicht gegebenen - mehrdeutigen Form; Gerhardt, aaO, Rdnr. 24 zu § 47 VwGO, hingegen hält es unter Berufung auf eine h. M. für möglich, eine anhand formeller Kriterien nicht oder nicht eindeutig als Rechtsvorschrift ausgewiesene Regelung u. U. materiell dennoch als solche zu qualifizieren - er nennt dies ein "pragmatisches Annäherungsverfahre"*; Kopp/Schenke, Rdnr. 18 zu § 47 VwGO, wollen - im Gegensatz zur Vorauflage - grundsätzlich nur auf den Inhalt, nicht hingegen auf die Form des staatlichen Handelns abstellen; der BayVerfGH prüft hinsichtlich der vergleichbaren Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Popularklage trotz deutlicher Rückschlüsse aus der Form auf den fehlenden Charakter einer Bestimmung als Rechtsvorschrift dennoch auch den materiellen Gehalt (BayVBl. 1985, 176) bzw. er zieht die Prüfung des Inhalts zur Bestätigung der sich aus der Form der Vorschrift ergebenden Rechtsnatur von Richtlinien bzw. Bekanntmachungen als Verwaltungsanweisungen heran (VerfGHE 35, 100, 103; BayVBl. 1994, 142)].

Selbst wenn man auch den Inhalt der verfahrensgegenständlichen Bekanntmachung für maßgeblich oder zumindest bedeutsam für die Frage des Rechtssatzcharakters der Bekanntmachung ansehen will, so ändert dies nichts an dem bereits anhand der formalen Prüfung gewonnenen, verneinenden Ergebnis der Beurteilung. Dabei verbietet sich ein Vorgehen etwa in der Weise, dass ein feststehender Kanon von Kriterien - vergleichbar den Tatbestandsmerkmalen einer Norm - abgefragt wird mit der Folge, dass nur bei vollständiger Erfüllung der Voraussetzungen eine bestimmte Rechtsfolge - Bejahung bzw. Verneinung der Eigenschaft als Rechtsvorschrift i. S. des § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO - angenommen werden kann. Vielmehr lässt sich der Charakter der zu betrachtenden Regelung nur unter Würdigung ihres objektiven Erklärungsgehalts und anhand der ihn prägenden Merkmale im Wege einer Zuordnung zu dem einen oder anderen Typ - Rechtsvorschrift oder interne Verwaltungsanweisung - erfassen.

1. Ein wesentlicher Gesichtspunkt der Untersuchung ist die Frage, ob die getroffene Regelung nach ihrem Inhalt darauf gerichtet ist, im sog. Außenverhältnis in derselben Weise, wie dies auch sonst für zwischen Hoheitsträger und Bürger wirkendes Recht zutrifft, in subjektive Rechte einzugreifen, m. a. W., ob eine abstrakt-generelle Regelung mit Verbindlichkeit nach außen vorliegt (so auch Gerhard, Kopp/Schenke, Jörg Schmidt, jeweils aaO, m. w. N.). Eine Prüfung der KMBek Arbeitszeitkonto lässt hier einen diese Frage verneinenden Gesamteindruck entstehen [wird ausgeführt].

2. Ein Gegenargument - also für den Charakter einer Rechtsvorschrift mit verbindlicher Außenwirkung - lässt sich auch nicht etwa aus dem Gedanken herleiten, dass die Rechtsordnung selber kraft (spezial-)gesetzlicher Anordnung der VwV unmittelbare verbindliche Außenwirkung gegenüber dem Bürger beilegen würde. Eine solche Konstellation hat die Rspr. (BVerwG, DVBl. 1994, 1213) für die Festlegung sozialhilferechtlicher Regelsätze durch "Runderlass" der zuständigen Landesbehörde angenommen. Sie hatte sich auf § 22 Abs. 3 Satz 1 des BSHG in der damals geltenden Fassung der Bek. vom 20. 1. 1987 (BGBl. I S. 401) gestützt, wonach die zuständigen Landesbehörden oder die von ihnen bestimmten Stellen die Höhe der Regelsätze in einem bestimmten Rahmen festzusetzen hatten, ohne dass dafür eine bestimmte Rechtsform - etwa die einer Rechtsverordnung - vorgeschrieben war. Das BVerwG zog daraus den Schluss, dass auch in einem Runderlass festgelegte Regelsätze unmittelbar kraft der in § 22 BSHG enthaltenen Anordnung des Gesetzgebers dem Anspruch des Sozialhilfeberechtigten in Bezug auf den Regelbedarf die abschließende Gestalt gegeben haben (zu dieser Entscheidung steht die des BayVerfGH vom 14. 12. 1993, NVwZ 1994, 995, nicht im Widerspruch; sie gründete sich zwar auf dieselbe Fassung des § 22 BSHG, hatte aber über einen anderen Sachverhalt - eine lediglich an den in Bayern letztzuständigen örtlichen Sozialhilfeträger gerichtete, Mindestregelsätze enthaltende Bekanntmachung des zuständigen Ministeriums - zu entscheiden).

Die KMBek Arbeitszeitkonto lässt sich nicht in gleicher Weise beurteilen. Die abschließende betragsmäßige Festlegung eines Sozialhilferegelsatzes - die zudem innerhalb einer anderweitig gesetzlich bestimmten relativ engen Bandbreite zu erfolgen hatte - lässt sich schon nicht mit der Einführung eines differenziert ausgestatteten verpflichtenden Arbeitszeitkontos für Lehrer vergleichen. Zudem und entscheidend aber fehlt es an einer entsprechenden gesetzlichen "Rückverankerung". […]

Liegt damit sowohl nach der Form wie nach dem Inhalt der KMBek Arbeitszeitkonto keine Rechtsvorschrift vor, ist der Normenkontrollantrag nach § 47 I VwGO nicht statthaft. Die ASt. sind auf den ihnen offen stehenden Individualrechtsschutz zu verweisen.

Standort: Amtshaftung **Problem: Passivlegitimation**

BGH, URTEIL VOM 15.06.2000
III ZR 302/99 (BAYVBL. 2001, 122)

Problemdarstellung:

Der BGH hatte sich im Rahmen eines Amtshaftungsanspruchs nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG mit der Frage zu befassen, wer für eine widersprüchliche, verkehrsgefährdende Beschilderung von Straßen einzustehen hat. In Betracht kommen insoweit der Rechtsträger der Straßenverkehrsbehörde, welche nach der StVO darüber entscheidet, welche Schilder wo aufzustellen sind (hier: die Stadt), und der Träger der Straßenbaulast, welcher die Beschilderung durchführt und unterhält (hier: der Landkreis). Während die Bejahung einer Amtspflichtverletzung der Straßenverkehrsbehörde i.d.R. keine Probleme bereitet, ist dies für den lediglich ausführenden Träger der Straßenbaulast problematisch. Der BGH verneint eine solche grundsätzlich, bejaht sie aber ausnahmsweise, wenn sich die Gefährlichkeit der Beschilderung geradezu aufdrängen muss. In diesen Fällen treffe den Träger der Straßenbaulast eine Verkehrssicherungspflicht dahingehend, eine solche Beschilderung gar nicht erst aufzustellen oder jedenfalls die Straßenverkehrsbehörden auf den von ihnen heraufbeschworenen Missstand aufmerksam zu machen.

Prüfungsrelevanz:

Der Fall ist vergleichbar mit dem Examensklassiker zur Verkehrssicherungs- und Verkehrsregelungspflicht. Auch diese können unterschiedlichen Rechtsträgern obliegen, so dass, um den Anspruchsgegner ermitteln zu können, genau zu prüfen ist, welche Pflicht nun eigentlich verletzt ist. Ein häufig bemühtes Beispiel hierfür ist die Fehlschaltung von Ampelanlagen ("feindliches Grün"; vgl. BGH, NJW 1971, 2220). Geht diese auf falsche Programmierung zurück, ist die Verkehrsregelungspflicht verletzt; resultiert die Fehlschaltung hingegen aus einem technischen Defekt, ist die Verkehrssicherungspflicht einschlägig.

Die Abgrenzung wirkt sich i.Ü. nicht nur auf die Passivlegitimation, also die Frage, wer Rechtsträger der jeweils zuständigen Behörde und damit Einstandspflichtiger ist, aus. Vielmehr kann schon die Ausübung eines öffentlichen Amtes i.S.d. Art. 34 GG fraglich sein. Während die Verkehrsregelungspflicht z.B. unstreitig öffentlich-rechtlich ist, geht der BGH - unter Kritik der Literatur (Bartlsperger, DÖV 1982, 469, 471) - davon aus, dass die Verkehrssicherungspflicht grds. zivilrechtlicher Natur ist (BGHZ 9, 373; 60, 54, 55). So konnte im vorliegenden Fall, in dem es ja um eine Verletzung der Verkehrssicherungspflicht durch den Träger der Straßenbaulast ging, eine hoheitliche Tätigkeit i.S.d. Art. 34 GG auch nur deshalb bejaht werden, weil eine ausdrückliche Regelung des Landesrechts in Brandenburg (§ 10 I StrG) die Verkehrssicherungspflicht im Zusammenhang mit Straßenbau für öffentlich-rechtlich erklärte (vgl. auch die entsprechenden Vorschriften in den Straßen- und Wegegesetzen der übrigen Länder, z.B. §§ 9a NWStrWG; 67 BWStrG, 7 V BerlStrG, 9 BrLStrG, 5 HambWG, 10 NdsStrG, 48 II RhPfLStrG, 9 IIIa SaarlStrG, 10 IV SchlHStrWG, 10 II MVStrWG, Art. 72 BayStrWG).

Leitsätze:

1. Die Verantwortung für das Anbringen vorschriftsmäßiger Verkehrszeichen trägt grundsätzlich allein die Straßenverkehrsbehörde.

2. Dennoch kann im Einzelfall auch der Träger der Straßenbaulast als Verkehrssicherungspflichtiger verpflichtet sein, bei der Straßenverkehrsbehörde auf eine Änderung der Verkehrsregelung hinzuwirken, wenn er die von einer unzulänglichen Beschilderung ausgehenden Gefahren erkennt oder eine derartige Verkehrsgefährdung so offensichtlich ist, dass sich die Notwendigkeit alsbaldiger Maßnahmen geradezu aufdrängt.

Sachverhalt:

Der Kl. wurde in der bekl. Stadt in einen Verkehrsunfall verwickelt, zu dem es kommen konnte, weil an der Einmündung der M.-Straße in die N.-Straße auf der M.-Straße keine Zeichen 205 oder 206 (Vorfahrt achten) angebracht waren, obwohl auf der N.-Straße durchgängig Zeichen 306 (Vorfahrtsstraße) ausgeschildert war. Der Kl. ging daher, aus der M.Straße kommend, von der allgemeinen Vorfahrtsregel "rechts vor links" aus, so dass es zum Zusammenstoß mit einem die N.-Straße befahrenden Kfz kam, dessen Fahrer sich auf Zeichen 306 berufen konnte. Träger der Straßenbaulast für die N.-Straße wie die M.-Straße ist der mitverklagte Landkreis; der Senat bejaht auch dessen Haftung.

Gründe:

1. Mit Recht hat das Berufungsgericht die Beschilderung des Einmündungsbereichs N.-Straße-M.-Straße als widersprüchlich und daher amtspflichtwidrig angesehen. Da an der untergeordneten M.-Straße eine auf das Zeichen 306 abgestimmte negative Beschilderung mit dem Gebot, dem Verkehr auf der N.-Straße Vorfahrt zu gewähren (Zeichen 205 oder 206) fehlte, durften aus der M.-Straße kommende Verkehrsteilnehmer aufgrund der allgemeinen Vorfahrtregelung in § 8 Abs. 1 Satz 1 StVO (rechts vor links) ebenfalls annehmen, an der Einmündung vorfahrtberechtigt zu sein. Verkehrszeichen dürfen indessen nicht dazu beitragen, solche neuen Gefahren erst zu schaffen.

2. Über die Anbringung von Verkehrszeichen entscheiden allerdings gemäß § 44 Abs. 1, § 45 Abs. 3

Satz 1 und Abs. 4 StVO die Straßenverkehrsbehörden; Sache der Straßenbaubehörden ist es im Allgemeinen lediglich, diese Verkehrszeichen zu beschaffen, aufzustellen und zu unterhalten (§ 45 Abs. 3 Satz 2 StVO). Die Verantwortung für das Anbringen vorschriftsmäßiger Verkehrszeichen trägt deshalb grundsätzlich nicht der Verkehrssicherungspflichtige, sondern allein die Straßenverkehrsbehörde (RGZ 162, 273, 277; Senatsurteil vom 3.7.1952, NJW 1952, 1214), hier also der zweitbeklagte Landkreis, jedoch nicht die beklagte Stadt.

3. Der Senat ist in dem genannten Urteil vom 3.7.1952 (a.a.O.) auch Bestrebungen entgegengetreten, diese scharfe Trennung der Verantwortungsbereiche dadurch zu verwischen, dass dem Träger der Straßenbaulast eine allgemeine Pflicht zur Anregung notwendiger Verkehrszeichen bei der Straßenverkehrsbehörde auferlegt wird (ebenso OLG Hamburg, VersR 1954, 20, 21; OLG Düsseldorf, VersR 1990, 423; Jagusch/Hentschel, Straßenverkehrsrecht, 35. Aufl., § 45 StVO RdNr. 42; anders wohl OLG München, NVwZ 1993, 505, 506). An diesem Grundsatz ist festzuhalten. Er muss auch für Fallgestaltungen wie die vorliegende gelten, in denen die Gefahr nicht aus der in den Verantwortungsbereich des Straßenbaulastpflichtigen fallenden Straßenführung, sondern erst aus verkehrsregelnden Maßnahmen der Straßenverkehrsbehörde entsteht. Solche Anordnungen der zuständigen Behörde muss der Verkehrssicherungspflichtige in aller Regel weder auf ihre Richtigkeit noch auf ihre Zweckmäßigkeit nachprüfen (Greger, Haftungsrecht des Straßenverkehrs, 3. Aufl., § 16 StVG RdNr. 450).

4. Diese Maßstäbe schließen es nicht aus, dass im Einzelfall der Träger der Straßenbaulast dennoch verpflichtet sein kann, bei der Verkehrsbehörde auf eine Änderung der Verkehrsregelung hinzuwirken. So liegt es hier. Der Beamte darf nicht "sehenden Auges" zulassen, dass der Bürger einen ohne weiteres vermeidbaren Schaden erleidet. Das ist in der Rechtsprechung des Senats als allgemeiner Grundsatz für kurze Hinweise oder Belehrungen gegenüber einem aufklärungsbedürftigen Bürger anerkannt (vgl. aus neuerer Zeit Senatsurteile vom 17.6.1999, NJW-RR 1999,1521, 1523 und vom 29.7.1999, NJW 2000, 427, 432, jeweils m.w.N.). Ebenso wenig dürfen mit der Wahrung der Straßenverkehrssicherungspflicht betraute Amtsträger die Augen vor einer nicht in ihre Zuständigkeit fallenden Gefahrenquelle im Straßenbereich verschließen, wenn sie die Gefahr erkennen oder zumindest die Verkehrsgefährdung so offensichtlich ist, dass sich ihnen die Notwendigkeit alsbaldiger Abwehrmaßnahmen geradezu aufdrängen muss.

Das bedeutet nicht, dass dem Träger der Straßenbaulast insoweit Pflichten aus dem Bereich der Verkehrsregelung, die allein Aufgabe der Straßenverkehrsbehörde ist, auferlegt werden; vielmehr folgt seine Verpflichtung, auf die Beseitigung der Gefahr hinzuwirken, aus der ihm obliegenden Verkehrssicherungspflicht. Eine in dieser Weise ganz offensichtliche Gefahrenquelle hat das Berufungsgericht hier sinngemäß festgestellt; sie liegt bei einer nur einseitigen Vorfahrtsregelung an Kreuzungen oder Einmündungen auch auf der Hand. Die Beklagte hätte deshalb die Anordnung der Straßenverkehrsbehörde zur isolierten Aufstellung des Zeichens 306 auf der N.-Straße im Jahre 1994 schon nicht ohne Anmeldung von Bedenken ausführen dürfen, zumindest aber unverzüglich auf die Gefahrenlage hinweisen müssen. Bei richtiger Sachbehandlung durch die Straßenverkehrsbehörde, von der auszugehen ist, wäre es dann nicht zu dem Unfall vom 6.4.1996 gekommen.

5. Die Kläger fielen, wie das Berufungsgericht ebenfalls zutreffend ausgeführt hat und auch die Revision nicht in Frage stellt, selbst dann in den Schutzbereich dieser in Brandenburg öffentlich-rechtlich ausgestalteten Verkehrssicherungspflicht (vgl. § 10 Abs. 1 des Brandenburgischen Straßengesetzes), wenn die N.-Straße mit dem Zeichen 260 für den Durchgangsverkehr gesperrt gewesen wäre und der Kläger zu 2 sie deswegen unbefugt benutzt hätte (vgl. Senatsurteil vom 26.5.1966, NJW 1966, 1456 f.).

Auch auf etwaige, vom Berufungsgericht nicht geprüfte Schadensersatzansprüche gegen den Unfallgegner als anderweitige Ersatzmöglichkeit (§ 839 Abs. 1 Satz 2 BGB) müssen sich die Kläger bei der Verletzung einer als hoheitliche Aufgabe wahrzunehmenden Straßenverkehrssicherungspflicht nicht verweisen lassen (BGHZ 75, 134, 136 ff.; 123, 102, 104), so dass offen bleiben kann, inwieweit solche Ersatzforderungen in der hier gegebenen Lage überhaupt bestehen können.

Standort: Amtshaftung Problem: Bindung der Zivilgerichte an VG-Entscheidungen

BGH, URTEIL VOM 16.11.2000
III ZR 265/99 (DVBL 2001, 305)

Problemdarstellung:

Der Kläger des vorliegenden Amtshaftungsprozesses machte Schadensersatz geltend, weil die Behörde gem. § 80 II Nr. 4 VwGO die sofortige Vollziehung eines ihn belastenden Verwaltungsakts angeordnet hatte. Gegen diese Anordnung war er bereits nach § 80 V VwGO vor dem Verwaltungsgericht vorgegangen. Dem BGH stellte sich nun die Frage, ob die Zivilgerichte im Amtshaftungsprozess, wenn über die Frage der Amtspflichtverletzung (vgl. § 839 BGB, Art. 34 GG) zu befinden ist, an die Entscheidung des VG über die sofortige Vollziehungsanordnung gebunden sind,

oder diese selbst beurteilen können und müssen. Das Gericht kommt zu dem Ergebnis, dass wegen der jederzeitigen Änderbarkeit des Beschlusses nach § 80 V VwGO (vgl. § 80 VII 1 VwGO) eine Bindungswirkung nicht besteht.

Prüfungsrelevanz:

Die Frage nach der Bindungswirkung vorausgegangener verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen dürfte sich in vielen Fallkonstellationen des Amtshaftungsprozesses stellen, da die Amtshaftung ohnehin ausgeschlossen ist, wenn der Kläger es vorwerfbar unterlassen hat, seinen Schaden durch Rechtsbehelfe abzuwenden (§ 839 III VwGO - "kein dulde & liquidiere" -). Es wird also häufig vor dem Amtshaftungs- ein Verwaltungsprozess geführt worden sein. Bindungswirkung tritt nur ein, wenn die Entscheidung des VG der Rechtskraft fähig ist. Dies ist zunächst und vor allem bei Urteilen der Fall, § 121 VwGO. Im Verfahren nach § 80 V VwGO wird jedoch durch Beschluss entschieden (§§ 123 V, IV VwGO). Diesem kommt laut BGH keine einem Urteil vergleichbare Bindungswirkung zu; hinsichtlich der Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit des zugrundeliegenden Verwaltungsakts (VA) soll sich dies schon daraus ergeben, dass nicht dieser, sondern die Frage seiner sofortigen Vollziehbarkeit Streitgegenstand bei § 80 V VwGO ist. Aber auch wenn es um diese selbst geht - Anknüpfungspunkt für die Amtspflichtverletzung also nicht der VA, sondern gerade die Anordnung seiner sofortigen Vollziehbarkeit gem. § 80 II Nr. 4 VwGO durch die Behörde ist -, gelte nichts anderes. Dies ergebe sich aus § 80 VII 1 VwGO, der mit der jederzeitigen Änderbarkeit des Beschlusses zeige, dass dieser gerade keine einem Urteil vergleichbare, dauerhafte Bindungswirkung entfalten kann.

Leitsatz:

Verwaltungsgerichtliche Eilentscheidungen, die im Aussetzungsverfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO getroffen werden und vom VG nach § 80 Abs. 7 VwGO jederzeit geändert oder aufgehoben werden können, entfalten im Amtshaftungsprozeß keine Bindungswirkung. Dies gilt auch dann, wenn das amtspflichtwidrige Verhalten nicht im Erlaß des Verwaltungsakts selbst, sondern nur in der Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit durch die Behörde nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO gesehen werden kann.

Sachverhalt:

Der Kl. machte Amtshaftungsansprüche geltend, weil die Behörde die Anordnung der sofortigen Vollziehung eines ihn belastenden Verwaltungsakts getroffen hatte, § 80 II Nr. 4 VwGO. Seine Klage blieb durch alle Instanzen erfolglos.

Gründe:

Zutreffend ist […] der Ausgangspunkt des OLG, daß die Zivilgerichte im Amtshaftungsprozeß an verwaltungsgerichtliche Entscheidungen, die im sog. Aussetzungsverfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO ergangen sind, nicht gebunden sind. Dies folgt, soweit es um die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts selbst geht, schon daraus, daß diese Frage, auch wenn sie im Rahmen der vom VG anzustellenden Interessenabwägung eine maßgebliche Rolle spielt, nicht Streitgegenstand des Aussetzungsverfahrens ist (vgl. Schoch, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 80 Rdnr. 248). Aber auch, wenn - wie hier - nur die Rechtmäßigkeit der Anordnung des Sofortvollzugs in Rede steht, ist eine solche Bindung abzulehnen.

Dies ergibt sich freilich nicht schon daraus, daß verwaltungsgerichtliche Eilentscheidungen nicht in Urteilsform ergehen. Daß im Beschlußverfahren und ohne mündliche Verhandlung entschieden wird, steht einer Bindungswirkung nicht entgegen. Entscheidend ist, daß die betreffende Entscheidung in gleicher Weise wie ein verwaltungsgerichtliches Urteil der materiellen Rechtskraft fähig ist (vgl. Senat, NJW 1994, 1950, 1951, wo der Senat ausgesprochen hat, daß die Zivilgerichte im Amtshaftungsprozeß an die Entscheidung des Strafsenats eines OLG im Verfahren nach §§ 23 ff. EGGVG gebunden sind).

Eine derartige Rechtskraftwirkung kommt jedoch einem Beschluß, der auf einen Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO hin ergangen ist, nicht zu. Zwar bindet ein Aussetzungsbeschluß nach § 80 Abs. 5 VwGO die Beteiligten; insbesondere darf sich die Behörde über einen zugunsten des Bürgers ergangenen Beschluß nicht hinwegsetzen und erneut die sofortige Vollziehbarkeit anordnen (vgl. BayVGH, DVBl. 1999, 624, 625; OVG Lüneburg, NVwZ-RR 1995, 376; Eyermann-Schmidt, VwGO, 11. Aufl., § 80 Rdnr. 98; Kopp/Schenke, VwGO, 12. Aufl., § 80 Rdnr. 172). Nach § 80 Abs. 7 Satz 1 VwGO kann jedoch das VG Beschlüsse über Anträge nach § 80 Abs. 5 VwGO jederzeit ändern oder aufheben. Ob das Gericht von dieser Möglichkeit Gebrauch macht, steht allein in seinem pflichtgemäßen Ermessen. Eine Veränderung der Umstände ist nicht erforderlich. Es reicht aus, wenn das Gericht bei objektiv gleich gebliebener Sach- und Rechtslage zu besserer Rechtserkenntnis gelangt oder ihm die vorgenommene Interessenabwägung korrekturbedürftig erscheint (OVG Weimar, DVBl. 1999, 480; VGH Mannheim, NVwZ-RR 1996, 603, 604; VGH Kassel, DVBl. 1996, 1320; Eyermann/Schmidt, aaO, § 80 Rdnr. 102; Kopp/Schenke, aaO, § 80 Rdnr. 217 f.; a.A. OVG Münster, NVwZ 1999, 894). Angesichts dieser weitreichenden Änderungsbefugnis ist die materielle Rechtskraftwirkung von Beschlüssen nach § 80 Abs. 5 VwGO, sofern man diesen Begriff in diesem Zusammenhang überhaupt verwenden will (vgl.

Schoch, aaO, § 80 Rdnr. 358), jedenfalls so eingeschränkt, daß es nicht gerechtfertigt erscheint, die Zivilgerichte im Amtshaftungsprozeß hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung an die im Aussetzungsverfahren von den VGen getroffenen Entscheidungen zu binden.

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: Gesellschaftsrecht — Problem: Rechts- und Parteifähigkeit der GbR

BGH, URTEIL VOM 29.01.2001
II ZR 331/00 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Im Rahmen eines Wechselprozesses (§§ 602 ff. i.V.m. §§ 592 ff. ZPO) nahm die Kl. eine GbR neben ihren Gesellschaftern selbst und persönlich in Anspruch. Da das BerGer. die Klage gegen die GbR als unzulässig abgewiesen hatte, da sie die GbR als solche für nicht rechtsfähig und daher auch für nicht parteifähig erachtete, ging der Rechtsstreit infolge der Revision zum BGH. Der BGH hatte nunmehr die im Gesellschaftrecht umstrittene Frage zu klären, ob die GbR (§§ 705 ff. BGB) - zumindest als Außengesellschaft - rechts- und parteifähig ist.

Anknüpfend an seine bisherige Rechtsprechung, wonach die GbR als solche im Rechtsverkehr Rechte und Pflichten auf sich begründen kann (BGHZ 116, 86;

136, 254; 79, 374), vollzieht der BGH den letzten Schritt und erklärt die GbR insoweit für partei- und rechtfähig. In seiner Argumentation beginnt der BGH damit festzustellen, dass in den gesetzlichen Regeln der §§ 705 ff. BGB keine Aussagen zur Rechtsnatur der GbR zu finden sind und der historische Gesetzgeber diese Frage bewußt offen gelassen hat. Aufgrund der Unvollständigkeit des Gesetzes setzt sich der BGH dann mit den in der Literatur vorherrschenden Ansichten zur Streitfrage um die Rechtsfähigkeit der GbR auseinander (Gesamthandslehre contra traditionelle Auffassung über die Gesellschaft als Zuordnungsobjekt). Dabei kommt er zu dem Ergebnis, dass die Rechtsansicht zur Rechtsfähigkeit der GbR ein praktikables und widerspruchsfreies Modell für die rechtliche Handhabung der GbR bietet. Alle gängigen Probleme des GbR-Rechts (z.B. Rechtsnachfolge, Haftungsfragen) können damit - ohne konzeptionelle Schwächen wie bei der Gegenansicht - gelöst werden. Letztlich trifft der BGH noch Ausführungen dazu, dass eine Rechtsfähigkeit der GbR nicht in Widerspruch zu verschiedenen Normen des materiellen bzw. prozessualen Rechts steht (z.B. §§ 21, 22, 54 BGB, 736 ZPO). Aus der Rechtsfähigkeit folgt dann gem. § 50 ZPO die Parteifähigkeit.

Prüfungsrelevanz:

Im Gesellschaftsrecht ist die dogmatische Streitfrage um die Rechtsnatur der GbR (eigene Rechtsfähigkeit contra schuldrechtlicher Zusammenschluss mehrerer) ein Klassiker, der die gesamte rechtliche Handhabung des GbR-Rechts betrifft (z.B. Vertretung, Haftung der Gesellschafter, Rechtsnachfolge bei Gesellschaftern, Zwangsvollstreckung). Aufgrund mangelnder gesetzlicher Regeln in den §§ 705 ff. BGB - im Gegensatz zu §§ 161 II, 124 HGB für die oHG bzw. KG - war man früher der Ansicht, bei der GbR handele es sich nur um eine Verselbständigung der Vermögensmasse ohne eigene Rechtspersönlichkeit (Palandt/Thomas, § 705 BGB, Rdnr. 2). Wegen der Unpraktikabilität dieses rechtlichen Ansatzes hat sich in der Literatur die Auffassung verstärkt, man müsse der GbR - soweit sie am Rechtsverkehr teilnimmt - zumindest eine Teilrechtsfähigkeit zukommen zu lassen (MünchKomm/Ulmer, § 705 BGB, Rdnr. 130 ff. m.w.N.). Diese Ansicht scheint sich auch inzwischen der Gesetzgeber angeschlossen zu haben, der die GbR als Rechtssubjekt in immer mehr Normen selbst anspricht (§§ 14 BGB, 11 II InsO). Die Entscheidung des BGH stellt daher nur den Abschluss eines langen Erkenntnisprozesses über die Rechts- und Parteifähigkeit der GbR dar.

Leitsätze:

1. Die (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts besitzt Rechtsfähigkeit, soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet.

2. In diesem Rahmen ist sie zugleich im Zivilprozeß aktiv- und passiv parteifähig.

3. Soweit der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft bürgerlichen Rechts persönlich haftet, entspricht das Verhältnis zwischen der Verbindlichkeit der Gesellschaft und der Haftung des Gesellschafters derjenigen bei der OHG (Akzessorietät) - Fortführung von BGHZ 142, 315.

Sachverhalt:

Die Klägerin klagt im Wechselprozeß auf Zahlung der Wechselsumme von 90.000,00 DM zuzüglich Nebenforderungen gegen die Beklagte zu 1, eine bauwirtschaftliche Arbeitsgemeinschaft (ARGE) in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, als Wechselakzeptantin und die früheren Beklagten zu 2 und 3 als deren Gesellschafterinnen. Die Haftung des Beklagten zu 4 für die Wechselforderung leitet sie aus Rechtsscheinsgesichtspunkten her. Das Landgericht hat die Beklagten antragsgemäß gesamtschuldnerisch zur Zahlung verurteilt. Das Oberlandesgericht hat die Klage hinsichtlich der Beklagten zu 1 und 4 auf deren Berufung hin abgewiesen. Hiergegen richtet sich die Revision der Klägerin, mit der sie die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils begehrt.

Gründe:

Da die Beklagte zu 1 im Verhandlungstermin trotz dessen rechtzeitiger Bekanntgabe nicht vertreten war, ist über die sie betreffende Revision der Klägerin durch Versäumnisurteil zu entscheiden (§§ 557, 331 ZPO). Das Urteil beruht jedoch inhaltlich nicht auf der Säumnis, sondern auf einer Sachprüfung (vgl. BGHZ 37, 79, 82). Die Revision hat Erfolg, soweit sie sich gegen die Abweisung der gegen die Beklagte zu 1 gerichteten Klage wendet. Im übrigen ist sie unbegründet.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts ist die Klage gegen die Beklagte zu 1 unzulässig, weil es sich bei dieser um eine nicht parteifähige Gesellschaft bürgerlichen Rechts handele. Das hält revisionsrechtlicher Prüfung nicht stand. Der Senat hält es unter Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung für geboten, die (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts in dem Umfang als im Zivilprozeß parteifähig anzusehen (§ 50 ZPO), in dem sie als Teilnehmer am Rechtsverkehr Träger von Rechten und Pflichten sein kann.

Nach neuerer Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Gesamthandsgemeinschaft ihrer Gesellschafter im Rechtsverkehr grundsätzlich, das heißt soweit nicht spezielle Gesichtspunkte entgegenstehen, jede Rechtsposition einnehmen (BGHZ 116, 86 [88]; 136, 254 [257]; im Ansatz auch bereits BGHZ 79, 374 [378 f.]). Soweit sie in diesem Rahmen eigene Rechte und Pflichten begründet, ist sie (ohne juristische Person zu sein) rechtsfähig (vgl. § 14 Abs. 2 BGB).

Über die Rechtsnatur der Gesellschaft bürgerlichen Rechts finden sich im Gesetz keine umfassenden und abschließenden Regeln. Im ersten Entwurf des BGB war die Gesellschaft nach römischrechtlichem Vorbild als ein ausschließlich schuldrechtliches Rechtsverhältnis unter den Gesellschaftern ohne eigenes, von dem ihrer Gesellschafter verschiedenen, Gesellschaftsvermögen gestaltet (vgl. Mot. II 591 = Mugdan II 330). Die zweite Kommission konstituierte hingegen ein Gesellschaftsvermögen als Gesamthandsvermögen (vgl. die heutigen §§ 718, 719 BGB), ohne jedoch die aus dem Gesamthandsprinzip folgenden Konsequenzen im einzelnen zu regeln. Es ist vielmehr im wesentlichen bei der Regelung des Gesellschaftsverhältnisses als Schuldverhältnis geblieben, dem in unvollständiger Weise das Gesamthandsprinzip "darüber gestülpt" wurde (Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Bd. I/1 1977, S. 3 f.; vgl. auch Ulmer, FS Robert Fischer 1979, S. 785, 788 f.).

Zum Inhalt des Gesamthandsprinzips heißt es in den Protokollen lediglich, die Meinungen "darüber, wie die Rechtsgemeinschaft der gesammten Hand theoretisch zu konstruiren sei und was man als das charakteristische Merkmal derselben anzusehen habe, (gingen) auseinander" (Prot. II 429 = Mugdan II 990). "Die Kom. glaubte, zu der wissenschaftlichen Streitfrage über das Wesen der gesammten Hand nicht Stellung nehmen zu sollen, vielmehr nur entscheiden zu müssen, welche Bestimmungen sachlich den Vorzug verdienen" (Prot. II 430 = Mugdan II 990).

Die Unvollständigkeit der gesetzlichen Regelung und das erkennbare Bestreben des historischen Gesetzgebers, eine konkrete Festlegung zu vermeiden, lassen Raum für eine an den praktischen Bedürfnissen der Verwirklichung des Gesamthandsprinzips orientierte Beurteilung der Rechtsnatur der Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Danach verdient die Auffassung von der nach außen bestehenden beschränkten Rechtssubjektivität der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft den Vorzug. Diese Auffassung geht auf die deutsch-rechtliche Gesamthandslehre des 19. Jahrhunderts zurück (vgl. Otto Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. 1 1895, S. 663 ff., 682). Sie wurde maßgeblich von Flume (aaO S. 50 ff.; ZHR 136 [1972], 177 ff.) in die moderne Diskussion eingeführt und hat sich im neueren Schrifttum weitgehend durchgesetzt (vgl. vor allem MünchKomm BGB-Ulmer, 3. Aufl. § 705 Rdn. 130 ff. m.w.N. in Fn. 373; ders. AcP 198 [1998], 113 ff.; ebenso K. Schmidt, Gesellschaftsrecht 3. Aufl. § 8 III, S. 203 ff.; Wiedemann, WM 1994 Sonderbeilage 4, S. 6 ff.; Huber, FS Lutter 2000, 107 [122 ff.]; Hüffer, Gesellschaftsrecht 5. Aufl. S. 47 ff.; Dauner-Lieb, Die BGB-Gesellschaft im System der Personengesellschaften, in: Die Reform des Handelsstandes und der Personengesellschaften [Schriftenreihe der Bayer-Stiftung für deutsches und internationales Arbeits- und Wirtschaftsrecht] 1999, S. 95 [99 ff.]; Reiff, ZIP 1999, 517 [518]; Mülbert, AcP 1999, 39 [43 ff.]; Wertenbruch, Die Haftung von Gesellschaften und Gesellschaftsanteilen in der Zwangsvollstreckung 2000, S. 211 ff.).

Dieses Verständnis der Rechtsnatur der gesellschaftsrechtlichen Gesamthandsgemeinschaft bietet ein praktikables und weitgehend widerspruchsfreies Modell für die vom Gesetz (§§ 718-720 BGB) gewollte rechtliche Absonderung des Gesellschaftsvermögens vom Privatvermögen der Gesellschafter. Die sogenannte traditionelle Auffassung, die ausschließlich die einzelnen Gesellschafter als Zuordnungssubjekte der die Gesellschaft betreffenden Rechte und Pflichten ansieht (vgl. Zöllner, FS Gernhuber 1993, S. 563 ff.; ders. FS Kraft 1998, S. 701 ff.; Hueck, FS Zöllner 1998, S. 275 ff.) weist demgegenüber konzeptionelle Schwächen auf. Betrachtet man die Gesellschaftsverbindlichkeiten lediglich als gemeinschaftliche Verbindlichkeiten der Gesellschafter gemäß § 427 BGB, widerspricht dies dem Gesamthandsprinzip. Der einzelne Gesellschafter kann, wenn sich der geschuldete Gegenstand im Gesellschaftsvermögen befindet, die Leistung wegen § 719 BGB nicht als Gesamtschuldner allein erbringen. Dies führt dazu, daß auch die Vertreter der traditionellen Auffassung zwischen der Gesellschaftsschuld und der Gesellschafterschuld differenzieren müssen. Bei der für die "Gesellschaft" abgeschlossenen Verbindlichkeit handele es sich um eine "einheitliche Verpflichtung mit doppelter Wirkung" in Bezug auf einerseits das Gesamthandsvermögen, andererseits das persönliche Vermögen der Gesellschafter (vgl. Hueck, FS Zöllner, S. 293; Zöllner, FS Gernhuber, S. 573). Dies verwischt aber die Grenzen zwischen Schuld und Haftung, denn eine Schuld kann immer nur Subjekte, nicht aber Vermögensmassen treffen (Aderhold, Das Schuldmodell der BGB-Gesellschaft 1981, S. 110 f.; Dauner-Lieb aaO, S. 100 ff.).

Ein für die Praxis bedeutsamer Vorzug der nach außen bestehenden Rechtssubjektivität der

Gesellschaft bürgerlichen Rechts im oben beschriebenen Sinne besteht darin, daß danach ein Wechsel im Mitgliederbestand keinen Einfluß auf den Fortbestand der mit der Gesellschaft bestehenden Rechtsverhältnisse hat (vgl. Senat, BGHZ 79, 374 [378 f.]). Bei strikter Anwendung der traditionellen Auffassung müßten Dauerschuldverhältnisse mit der "Gesellschaft" bei jedem Wechsel im Mitgliederbestand von den Vertragsparteien neu geschlossen bzw. bestätigt werden. Wenn die Gesellschaft im Außenverhältnis nur ein Schuldverhältnis darstellt, können zwei aus verschiedenen Mitgliedern bestehende Schuldverhältnisse nicht identisch sein. Das Erfordernis von Neuabschlüssen von Dauerschuldverhältnissen bei einem Gesellschafterwechsel ist aber ohne innere Rechtfertigung und würde die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft im Rechtsverkehr erheblich beeinträchtigen. Die traditionelle Auffassung vermag im übrigen keine be-

friedigende Erklärung dafür zu liefern, warum auch ein neu in die Gesellschaft eintretender Gesellschafter mit dem Gesellschaftsvermögen für Altschulden haften sollte. Die dafür angebotene Begründung, wonach der neue Gesellschafter in einer Art Gesamtrechtsnachfolge "in alle bestehenden Rechts- und Vertragspositionen hineinwachse" (Zöllner, FS Kraft, S. 715), läßt sich mit der Auffassung der Gesellschaft als reines Schuldverhältnis der Gesellschafter im Grunde nicht vereinbaren (dazu auch Ulmer, AcP 198 [1998], 113 [142]).

Die hier vertretene Auffassung ist zudem eher in der Lage, identitätswahrende Umwandlungen von Gesellschaften bürgerlichen Rechts in andere Rechtsformen und aus anderen Rechtsformen zu erklären. Betreibt eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts ein Gewerbe, dann wird sie von Gesetzes wegen ohne jeden Publizitätsakt zu einer personen- und strukturgleichen OHG, sobald das Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert (§ 105 Abs. 1 in Verbindung mit § 1 HGB). Da der OHG jedenfalls Rechtssubjektivität im oben beschriebenen Sinne zukommt (vgl. § 124 Abs. 1 HGB), würden sich bei konsequenter Anwendung der traditionellen Auffassung die Eigentumsverhältnisse an den zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen mit der Umwandlung zur OHG ändern. Dies würde für die Praxis insbesondere deshalb schwierige Probleme bereiten (vgl. Reiff, ZIP 1999, 517 [518] f.), weil für den Übergang von der Gesellschaft bürgerlichen Rechts zur OHG infolge des wertungsabhängigen Kriteriums des Erfordernisses eines kaufmännischen Geschäftsbetriebs ein genauer Zeitpunkt der Umwandlung kaum ausgemacht werden kann. Auch der Umstand, daß im neuen Umwandlungsrecht (§§ 190 ff., 226 ff. UmwG) Kapitalgesellschaften im Wege des identitätswahrenden Formwechsels in Personengesellschaften - auch in Gesellschaften bürgerlichen Rechts, vgl. § 191 Abs. 2 Nr. 1 UmwG - umgewandelt werden können, läßt sich auf der Grundlage der hier vertretenen Auffassung ohne weiteres, aus Sicht der traditionellen Auffassung aber - wenn überhaupt - nur mit Mühe erklären (vgl. dazu Wiedemann, ZGR 1996, 286, 289 f.; Mülbert, AcP 199 [1999], 38 [60 ff.]; Timm, NJW 1995, 3209 ff.; Hueck, FS Zöllner, S. 280 ff.; Zöllner, FS Claussen 1997, 423 [429 ff.]).

Schließlich unterstützt die Tatsache, daß der Gesetzgeber mittlerweile die Insolvenzfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts anerkannt hat (§ 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO wie auch schon § 1 Abs. 1 GesO), die Gesellschaft mithin als Träger der Insolvenzmasse ansieht, ebenfalls die Annahme der Rechtssubjektivität.

Gegen diese Auffassung läßt sich nicht mit dem Gesetzeswortlaut insbesondere des § 714 BGB argumentieren. Zwar zeigt der Umstand, daß dort nur von einer Vertretungsmacht für die Gesellschafter, nicht aber für die "Gesellschaft" die Rede ist, daß bei der Formulierung der Norm an eine Verselbständigung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu einer verpflichtungsfähigen Organisation nicht gedacht worden ist (Senat, BGHZ 142, 315 [319 f.]). Bedenkt man aber, daß die Vorschrift im Kern unverändert aus § 640 Abs. 1 des ersten Entwurfs (abgedruckt bei Mugdan II CVI) in das BGB übernommen wurde und dieser erste Entwurf das Gesamthandsprinzip noch nicht kannte, gibt der Wortlaut für eine Deutung der Rechtsnatur der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft nichts her.

Der Senat braucht insoweit nicht der Frage nachzugehen, ob bereits der historische Gesetzgeber in Ansehung der deutschrechtlichen Gesamthandslehre des 19. Jahrhunderts die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft als ungeschriebenes geltendes Recht angesehen hat (dazu Wertenbruch aaO, S. 34 ff.). Entscheidend ist, daß er jedenfalls eine solche Annahme nicht hat ausschließen wollen.

In der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft liegt kein Widerspruch zu den §§ 21, 22, 54 BGB, wo mit Rechtsfähigkeit offensichtlich die Fähigkeit der Gesellschaft gemeint ist, Träger von Rechten und Pflichten aufgrund eigener Rechtspersönlichkeit und damit "als solcher" und nicht als Gruppe ihrer gesamthänderisch verbundenen Mitglieder zu sein. Wie § 14 Abs. 2 BGB zeigt, geht aber das Gesetz davon aus, daß es auch Personengesellschaften gibt, die Rechtsfähigkeit besitzen. So ist es praktisch unbestritten, daß OHG und KG Träger von Rechten und Pflichten sein können und damit rechtsfähig sind, ohne als Gesamthandsgemeinschaften den Status einer juristischen Person zu besitzen. Entsprechendes gilt nach ständiger Rechtsprechung (BGHZ 80, 129 [132]; 117, 323 [326]) für die Vorgesellschaften von Kapitalgesellschaften.

Erkennt man die Fähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts an, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, kann ihr die Parteifähigkeit im Zivilprozeß, die gemäß § 50 ZPO mit der Rechtsfähigkeit korrespondiert, nicht abgesprochen werden.

Die Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist die notwendige prozeßrechtliche Konsequenz der Anerkennung der Rechtssubjektivität der Gesellschaft im Verhältnis zu Dritten (bejahend auch Wiedemann aaO, S. 9 f.; Hüffer, FS Stimpel 1985, S. 165 [168 ff.]; Soergel/Hadding, BGB 11. Aufl. § 714 BGB Rdn. 52; Wertenbruch aaO, S. 213 ff.; Münch-Komm ZPO/Lindacher, § 50 Rdn. 23 ff.; Musielak/Weth, ZPO 2. Aufl. § 50 Rdn. 22; für die Mitunternehmer-Gesellschaft auch K. Schmidt aaO, § 60 IV 1, S. 1805 ff.). Im Zivilprozeß ist aktivlegitimiert, das heißt "richtige" Partei, wer Inhaber des geltend gemachten Rechts ist; derjenige ist passivlegitimiert, also "richtiger" Beklagter, der Verpflichteter aus dem geltend gemachten Recht ist. Dieser Sachbefugnis entspricht - von den Fällen der Prozeßstandschaft abgesehen - grundsätzlich auch die Prozeßführungsbefugnis.

Da nicht die einzelnen Gesellschafter, sondern die Gesellschaft materiell Rechtsinhaberin oder Verpflichtete ist, ist diese "richtige" Partei eines Rechtsstreits um eine Gesellschaftsforderung oder -verpflichtung und insoweit parteifähig und prozeßführungsbefugt.

Die Anerkennung der Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist dem bisher praktizierten Modell, wonach die aktive und passive Prozeßführungsbefugnis hinsichtlich das Gesellschaftsvermögen betreffender Forderungen und Verbindlichkeiten bei den eine notwendige Streitgenossenschaft im Sinne des § 62 Abs. 1 ZPO bildenden Gesellschaftern liegt (vgl. Senat, BGHZ 30, 195 [197]; Urt. v. 12. März 1990 - II ZR 312/88, ZIP 1990, 715 [716]; MünchKommBGB/Ulmer aaO, § 718 Rdn. 42 f.; Stein/Jonas/Bork, ZPO 21. Aufl. § 50 Rdn. 17; Heller, Der Zivilprozeß der Gesellschaft bürgerlichen Rechts 1989, S. 56 ff., 110 ff.), in mehrfacher Hinsicht vorzuziehen.

Die notwendige Streitgenossenschaft der Gesellschafter kann nicht als adäquater Ersatz für die Anerkennung der Parteifähigkeit der Gesellschaft angesehen werden, weil das Instrument der notwendigen Streitgenossenschaft nicht die angemessenen prozessualen Konsequenzen aus den gesellschaftsrechtlichen Gesamthandsregeln zieht. Zwar stimmen notwendige Streitgenossenschaft und Gesamthandsprinzip insoweit überein, als die Klage nur gegen alle Gesamthänder erhoben werden kann und das Urteil einheitlich ergehen muß. Im übrigen gewährleistet aber die notwendige Streitgenossenschaft keine den Besonderheiten der gesellschaftsrechtlichen Gesamthand entsprechende Prozeßführung, denn bei der notwendigen Streitgenossenschaft betreibt jeder Streitgenosse seinen eigenen Prozeß (§ 63 ZPO). Die Verbindung mit den anderen Streitgenossen besteht lediglich in der erforderlichen Einheitlichkeit des Urteils und der Zurechnung des Verhandelns der anderen Streitgenossen im Falle der Säumnis eines Teils der Streitgenossen (§ 62 Abs. 1 ZPO).

Es gibt bei der notwendigen Streitgenossenschaft aber keine Verpflichtung zur gemeinschaftlichen Vornahme von Prozeßhandlungen. Vielmehr kann jeder Streitgenosse unabhängig von den anderen Prozeßhandlungen mit Wirkung für sein Prozeßrechtsverhältnis vornehmen (BGHZ 131, 376 [379]) und kann jeder Streitgenosse auch einen eigenen Prozeßbevollmächtigten bestellen. Sich widersprechenden Vortrag verschiedener Streitgenossen kann das Gericht gemäß § 286 ZPO frei würdigen (MünchKommZPO/ Schilken, § 62 Rdn. 48; Heller aaO, S. 159). Jeder der Streitgenossen kann gesondert Rechtsmittel mit der Folge einlegen, daß das Urteil auch gegenüber den anderen Streitgenossen nicht rechtskräftig wird (BGHZ 131, 376 [382]).

Es bestehen somit wesentliche Unterschiede zur materiellrechtlichen Vertretungs- und Verfügungsbefugnis bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Wenn beispielsweise nur ein Gesellschafter geschäftsführungsbefugt ist, können die anderen Gesellschafter materiellrechtlich für die Gesellschaft keine wirksamen Erklärungen abgeben; wenn zwei nur gemeinschaftlich geschäftsführungsbefugte Gesellschafter sich widersprechende materiellrechtliche Erklärungen abgeben, kann keine davon wirksam sein. Das Modell der notwendigen Streitgenossenschaft ist also nicht in der Lage, eine den materiellrechtlichen Verhältnissen adäquate Prozeßführung zu gewährleisten, weil die Prozeßführung bei einer notwendigen Streitgenossenschaft anderen Regeln unterliegt als sie für die Vertretung der Gesellschaft gelten.

Dieses Ergebnis ließe sich allenfalls dadurch umgehen, daß man die materiellrechtliche Vertretungsbefugnis auf die Prozeßführungsbefugnis der Gesamthänder als Streitgenossen überträgt, die Gesellschafter prozessual als "Gruppe", vertreten durch ihren Geschäftsführer, behandelt und nur vom Geschäftsführer vorgenommene Prozeßhandlungen als wirksam anerkennt. Eine solche Lösung wäre jedoch mit den Grundprinzipien der notwendigen Streitgenossenschaft nicht vereinbar. Die Bevollmächtigung des Geschäftsführers im Gesellschaftsvertrag kann dem einzelnen als Streitgenossen verklagten Gesellschafter nicht die Prozeßführungsbefugnis in einem Prozeß nehmen, in dem er selbst Partei ist. Im Ergebnis liefe ein derartiger Korrekturversuch auf eine verschleierte Anerkennung der Parteifähigkeit der Gesellschaft hinaus. Geht man hingegen offen von der Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts aus, läßt sich die gewünschte Übereinstimmung von Prozeßführungs- und gesellschaftsrechtlicher Vertretungsbefugnis zwanglos und ohne Verletzung prozessualer Grundsätze erreichen. Es sind dann von vornherein nur diejenigen Prozeßhandlungen wirksam, die in Übereinstimmung mit den gesellschaftsrechtlichen Vertretungsregeln erfolgen.

Gegen das Modell der notwendigen Streitgenossenschaft der Gesellschafter spricht des weiteren, daß unter seiner Geltung sowohl im Aktiv- als auch im Passivprozeß immer sämtliche gegenwärtigen Mitglieder der Gesellschaft verklagt werden und klagen müssen, um einen Titel gegen und für die Gesamthand zu erhalten. Das kann den Gesellschaftsgläubigern bei größeren Gesellschaften und bei solchen mit häufigem Mitgliederwechsel erfahrungsgemäß erhebliche Probleme bereiten. Als Beispiele hierfür sei auf die den Urteilen des Bundesgerichtshofs vom 12. März 1990 (Senat aaO, ZIP 1990, 715) und vom 15. Oktober 1999 (V ZR 141/98, ZIP 1999, 2009) zugrundeliegenden Sachverhalte verwiesen.

Der Senat ist im erstgenannten Fall dem klagenden Gesellschaftsgläubiger, der aus eigener Kenntnis nicht über die Namen der inzwischen mehr als 70 Gesellschafter verfügte, dadurch entgegengekommen, daß er die korrekte Einbeziehung aller Gesellschafter in die Klage lediglich als einen Akt der Rubrumsberichtigung

aufgefaßt hat (Senat aaO, ZIP 1990, 715 [716]). Diese Lösung verläßt im Grunde bereits die Auffassung von den Gesellschaftern als notwendigen Streitgenossen, denn die unterbliebene Benennung aller aus materiellrechtlichen Gründen notwendigen Streitgenossen hätte zur Unzulässigkeit der Klage führen müssen (vgl. BGH, Urt. v. 25. Oktober 1991 - V ZR 196/90, WM 1992, 313 [315]; Stein/Jonas/ Bork aaO, § 62 Rdn. 20 f., 25; Musielak/Weth aaO, § 62 Rdn. 11).

Im Ergebnis ist dieser Fall bereits so behandelt worden, als sei die Gesellschaft selbst die beklagte Partei und mithin parteifähig. Vor ähnlichen Schwierigkeiten stehen die Beteiligten auf der Grundlage der Streitgenossenschaftslösung auch in den nicht seltenen Fällen, in denen die Mitgliedschaft eines Gesellschafters unklar und streitig ist. In diesen Fällen muß - sei es im Aktivverfahren oder im Passivverfahren - vor einer Entscheidung in der Sache zunächst die mit dem Kern des Rechtsstreits in keiner Weise zusammenhängende Frage geklärt werden, inwiefern die fragliche Person wirksam Mitglied geworden ist, bzw. inwiefern sie wirksam ausgeschieden ist. Auch hier hat sich die Rechtsprechung damit zu behelfen versucht, daß bei irrtümlich unterbliebener Aufführung eines Gesellschafters lediglich das Rubrum unrichtig sei (BGH, Beschl. v. 10. Oktober 1996 - IX ZR 135/95, NJW 1997, 1236; vgl. auch OLG Hamburg LZ 1917, 78). Diese Hilfskonstruktionen der bisherigen Rechtsprechung, die es im Interesse der Sachgerechtigkeit ermöglichen sollten, trotz formalen Festhaltens am Streitgenossenschaftsmodell die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als parteifähig zu behandeln, können aber letztlich nicht überzeugen. Insbesondere versagen sie im Stadium der Zwangsvollstreckung, denn der Gerichtsvollzieher hat in Zweifelsfällen nicht die Möglichkeit zu prüfen, ob es sich bei den in einem Titel aufgeführten Gesellschaftern um sämtliche Gesellschafter handelt.

Die Anerkennung der Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist demgegenüber sowohl im Erkenntnis-, als auch im Vollstreckungsverfahren die einfachere und konsequentere Lösung.

Zu erheblichen Problemen, die praktisch nicht befriedigend gelöst werden können, kommt die Streitgenossenschaftslösung auch im Falle des Neueintritts und des Mitgliederwechsels während des Erkenntnis- und des Vollstreckungsverfahrens im Gesamthandsschuldprozeß. Die Vertreter der Streitgenossenschaftslösung gehen bei einem während des Erkenntnisverfahrens eingetretenen Parteiwechsel analog §§ 239, 241, 246 ZPO von einem gesetzlichen Parteiwechsel aus (MünchKommBGB/Ulmer aaO, § 718 Rdn. 60 ff.; Heller aaO, S. 200 f.): Auf Antrag sei der Prozeß in diesem Fall analog § 246 ZPO bis zur Aufnahme des Verfahrens durch den neuen Gesellschafter zu unterbrechen; das Rubrum sei vom Gericht zu berichtigen; bleibe ein nach Rechtshängigkeit erfolgter Neueintritt oder Mitgliederwechsel bis zum Abschluß des Erkenntnisverfahrens unbekannt, könne der Titel nachträglich analog § 727 ZPO auf den neueingetretenen Gesellschafter umgeschrieben werden; gleiches gelte für den nach Abschluß des Erkenntnisverfahrens und vor Beginn der Zwangsvollstreckung neu eingetretenen Gesellschafter.

Dieser Lösungsvorschlag ist in praktischer Hinsicht unzulänglich. So ist eine Titelumschreibung gemäß § 727 ZPO jedenfalls dann nicht mehr möglich, wenn der unerkannte Neueintritt oder Mitgliederwechsel vor Rechtshängigkeit der Klage erfolgt ist. Die Vorschrift ist nur auf nach Rechtshängigkeit eingetretene Rechtsänderungen anwendbar (BGHZ 120, 387 [392]). Die Möglichkeit der Titelumschreibung versagt zudem, wenn der Gläubiger den Neueintritt nicht in der gemäß § 727 ZPO erforderlichen Art und Weise (Offenkundigkeit bei Gericht oder öffentliche bzw. öffentlich beglaubigte Urkunden) nachweisen kann. Er müßte dann erst Klage auf Klauselerteilung gemäß § 731 ZPO erheben. Im übrigen ist zu bedenken, daß bei Bekanntwerden eines vom Titel abweichenden Bestandes der Gesellschafter zunächst in jedem Fall erst einmal das Zwangsvollstreckungsverfahren eingestellt werden müßte. Etwa bereits eingeleitete Forderungspfändungen und andere Zwangsmaßnahmen gingen ins Leere und die Gesellschaft könnte inzwischen anderweitig über die zur Zwangsvollstreckung ausersehenen Gegenstände verfügen. Im übrigen könnte die Gesellschaft - die Gefahr ist insbesondere bei Publikumsgesellschaften gegeben - die Vollstreckung durch sukzessive Bekanntgabe immer weiterer Veränderungen im Gesellschafterbestand nahezu gänzlich unmöglich machen (vgl. Wiedemann aaO, S. 5). Die Streitgenossenschaftslösung kann demnach die infolge des Auseinanderfallens von materieller Berechtigung (die der Gesellschaft zukommt) und Prozeßführungsbefugnis (die bei den Gesellschaftern liegen soll) unweigerlich auftretenden Probleme nicht befriedigend lösen, sondern verlagert sie lediglich vom Erkenntnis- in das Vollstreckungsverfahren. Bei Anerkennung der Parteifähigkeit der Gesellschaft hindert eine

Veränderung im Gesellschafterbestand - sei sie vor, während oder nach dem Prozeß erfolgt - die Rechtsdurchsetzung hingegen in keiner Weise.

Die Regelung des § 736 ZPO, wonach zur Zwangsvollstreckung in das Vermögen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ein gegen alle Gesellschafter ergangenes Urteil erforderlich ist, steht der Anerkennung der Parteifähigkeit nicht entgegen. Ein gegen die Gesamtheit der gesamthänderisch verbundenen Gesellschafter als Partei ergangenes Urteil ist ein Urteil "gegen alle Gesellschafter" im Sinne des § 736 ZPO. Die Vorschrift verlangt weder vom Wortlaut noch vom Zweck her ein Urteil gegen jeden einzelnen Gesellschafter.

Aus der Entstehungsgeschichte des § 736 ZPO folgt,

daß Zweck dieser Regelung die Verhinderung der Vollstreckung von Privatgläubigern einzelner Gesellschafter in das Gesellschaftsvermögen, nicht aber der Ausschluß der Parteifähigkeit der Gesellschaft ist (ausführlich Wertenbruch aaO, S. 122 ff.; vgl. auch Wiedemann aaO, S. 10).

Nach § 645 des ersten Entwurfs (E I) zum BGB (abgedruckt bei Mugdan II CVII), der die Gesellschaft als römischrechtliche Bruchteilsgemeinschaft gestaltete, war die Verfügung des Gesellschafters über seinen Anteil nicht dinglich, sondern nur schuldrechtlich ausgeschlossen. Privatgläubiger einzelner Gesellschafter hätten im Rahmen der Zwangsvollstreckung also direkt Zugriff auf deren Anteile am Gesellschaftsvermögen gehabt. Um eine solche Vollstreckung von Privatgläubigern einzelner Gesellschafter in das Gesellschaftsvermögen zu verhindern, beschloß die zweite Kommission zunächst "in eventueller Abstimmung, für den Fall der Beibehaltung des § 645 des Entwurfs" (Prot. II 428 = Mugdan II 989) folgenden § 645 a:"Die Zwangsvollstreckung in die gemeinschaftlichen Gegenstände findet nur aufgrund eines gegen sämmtliche Gesellschafter vollstreckbaren Schuldtitels statt. Aufgrund eines nur gegen einen Gesellschafter vollstreckbaren Schuldtitels findet die Zwangsvollstreckung nur in dasjenige statt, was dem Gesellschafter als Gewinnantheil oder bei der Auseinandersetzung zukommt. […]" (Prot. II 426 = Mugdan II 988).

Im weiteren Verlauf der Beratungen entschied sich die zweite Kommission, an Stelle des § 645 E I das Prinzip der gesamten Hand zu setzen (Prot. II 428 ff. = Mugdan II 990 ff.), welches in § 658 des zweiten Entwurfs (abgedruckt bei Jakobs/Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs Bd. III 1983, S. 296) seinen Ausdruck fand. § 658 E II entspricht dem heutigen § 719 BGB und enthielt zunächst zusätzlich folgenden Absatz 3:"Die Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen findet nur aufgrund eines gegen sämmtliche Gesellschafter vollstreckbaren Schuldtitels statt."Später wurde dieser Abs. 3 aus dem zweiten Entwurf zum BGB gestrichen. "Als Ersatz" sollte "imArt. 11 des Einführungsgesetzes vor dem § 671 a folgender § 671 in die Civilprozeßordnung eingestellt werden" (Jakobs/Schubert aaO, S. 297 Fn. 20):"Zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen einer nach § 745 des Bürgerlichen Gesetzbuchs eingegangenen Gesellschaft ist ein gegen alle Gesellschafter vollstreckbares Urtheil erforderlich." Hieraus wurde schließlich die Bestimmung des § 736 ZPO.

Diese Entwicklung zeigt, daß die Regelung eine Ausprägung des Prinzips der gesamthänderischen Bindung des Gesellschaftsvermögens darstellt, mit dessen Übernahme der historische Gesetzgeber erreichen wollte, daß der einzelne Gesellschafter nicht über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen verfügen (§ 719 Abs. 1 BGB), daß er sich nicht durch Aufrechnung mit einer ihm nur gegen einen der anderen Gesellschafter zustehenden Forderung aus einer Verpflichtung gegenüber der Gesellschaft befreien (§ 719 Abs. 2 BGB) und daß nicht ein Gläubiger nur eines Gesellschafters in das Gesamthandsvermögen vollstrecken können soll (§ 736 ZPO). Diese Zielsetzung ist in der dem Reichstag mit dem Gesetzentwurf des BGB vom Reichsjustizamt vorgelegten Denkschrift (Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs 1896, S. 87 f.) ausdrücklich in diesem Sinne formuliert worden. Die Regelung in § 736 ZPO stellt mithin als Ausdruck der gesamthänderischen Vermögensbindung das vollstreckungsrechtliche Pendant zu § 719 Abs. 1 BGB dar und wird treffend auch als "§ 719 Abs. 3 BGB" (Wertenbruch aaO, S. 124, 129) bezeichnet.

Das Ziel der Verhinderung einer Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen durch Gläubiger nur einzelner Gesellschafter wird bei Anerkennung der Parteifähigkeit der Gesellschaft mindestens ebenso gut erreicht wie bei Zulassung von Klagen nur gegen die einzelnen Gesellschafter. Es kann deshalb nicht festgestellt werden, daß die Regelung des § 736 ZPO zum Ziel hat, die Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Zivilprozeß auszuschließen. Die Parteifähigkeit der Gesellschaft ist vom Gesetzgeber ebensowenig abschließend geregelt worden wie das "Wesen der Gesamthand" allgemein. Dementsprechend hat Gottlieb Planck, Generalreferent der zweiten Kommission, bereits in der im Jahre 1900 erschienenen ersten Auflage seines Kommentars zum BGB trotz Ablehnung der Parteifähigkeit ausgeführt, die §§ 736, 859 ZPO berührten die Parteifähigkeit der Gesellschaft nicht, sie seien lediglich mit Rücksicht auf das Gesamthandsprinzip in das Gesetz aufgenommen worden (vor § 705 Anm. II 2, S. 453).

Kein durchgreifendes Argument gegen die Anerkennung einer Parteifähigkeit kann auch der amtlichen Begründung der CPO-Novelle zu § 670 b CPO (später § 736 ZPO) aus dem Jahre 1897 (Hahn/Mugdan, Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, 8. Band, 1898, S. 138 f.) entnommen werden. Soweit es darin heißt, die Gesellschaft könne nicht "als solche" verklagt werden, muß das nicht im Sinne einer Ablehnung der Parteifähigkeit gemeint sein. Im 19. und beginnenden 20. Jahrhundert galt der Begriff "Gesellschaft als solche" - wie Wertenbruch (aaO S. 9 ff.; 46 ff.; 132) nachgewiesen hat - als Umschreibung für juristische Person. So hieß es in Art. 231 ADHGB zur Aktiengesellschaft, diese könne "als solche" klagen und verklagt werden (vgl. auch den heutigen § 41 Abs. 1 AktG). Bei der OHG hingegen wurde der Zusatz, die Gesellschaft habe "als solche" ihre Rechte und Pflichten und ihr besonderes Vermögen, wie er noch in Art. 87 des preußischen Entwurfs zum ADHGB aus dem Jahre 1857 enthalten war, nicht in den späteren Art. 111 ADHGB (heute § 124 HGB) übernommen, weil darin eine Definition der juristischen Person zu sehen sei (vgl. Lutz, Protokolle der Kommission zur

Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches 1858, S. 156). Daß die Formulierung "als solche" in bezug auf die Aktiengesellschaft die Gestaltung als juristische Person zum Ausdruck bringen soll, geht auch aus den Ausführungen von Makower (HGB Band I 13. Aufl. 1906, § 210 Anm. I a) und Flechtheim (in Düringer/Hachenburg, HGB 3. Aufl. 1934, § 210 Anm. 2) hervor.

Die Bestimmung des § 736 ZPO wird durch die Anerkennung der Parteifähigkeit der Gesellschaft nicht überflüssig. Versteht man die Bestimmung so, daß der Gläubiger nicht nur mit einem Titel gegen die Gesellschaft als Partei in das Gesellschaftsvermögen vollstrecken kann, sondern auch mit einem Titel gegen alle einzelnen Gesellschafter aus ihrer persönlichen Mithaftung (vgl. auch MünchKommBGB/Ulmer aaO, § 718 Rdn. 54), behält sie durchaus einen eigenständigen Regelungsgehalt. Die Rechtslage bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist insoweit anders als bei der OHG, wo gemäß § 124 Abs. 2 HGB eine Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ausschließlich mit einem gegen die Gesellschaft lautenden Titel möglich ist.

Auch der Umstand der fehlenden Registerpublizität der Gesellschaft bürgerlichen Rechts hindert nicht die Anerkennung ihrer Parteifähigkeit. Der Senat verkennt zwar nicht, daß es wegen der fehlenden Publizität in einigen Fällen schwierig werden könnte, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Prozeß so klar zu bezeichnen, daß eine eindeutige Identifizierung - vor allem auch im Vollstreckungsverfahren - möglich ist. Auch ist von außen nicht immer leicht zu ermitteln, inwieweit ein Zusammenschluß mehrerer tatsächlich als (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts organisiert ist (vgl. K. Schmidt aaO, § 60 IV 1, S. 1806 f.). Diese Schwierigkeiten wiegen aber nicht so schwer, daß daran die Anerkennung der Parteifähigkeit scheitern müßte.

Im Aktivprozeß der Gesellschaft ist es den für die Gesellschaft auftretenden Personen ohne weiteres zumutbar, die Gesellschaft - beispielsweise durch die möglichst exakte Bezeichnung der Gesellschafter, der gesetzlichen Vertreter und der Bezeichnung, unter der die Gesellschaft im Verkehr auftritt - identifizierbar zu beschreiben. Sollte sich im Verlauf des Prozesses herausstellen, daß tatsächlich keine Außengesellschaft existiert, müßte zumindest derjenige für die Prozeßkosten aufkommen, der im Namen der vermeintlichen Gesellschaft den Prozeß als deren Vertreter ausgelöst hat. Im Falle des Auftretens für eine nicht existierende Partei trägt der in deren Namen auftretende und die Existenz der Partei behauptende Vertreter als Veranlasser des unzulässigen Verfahrens die Prozeßkosten (Sen.Urt. v. 25. Januar 1999 - II ZR 383/96, ZIP 1999, 489 [491] m.w.N.). Es ist also immer zumindest eine natürliche Person als Kostenschuldner vorhanden.

Im Passivprozeß ist es wegen der persönlichen Gesellschafterhaftung für den Kläger - wie bei der OHG (vgl. Behr, NJW 2000, 1137 [1139]) - praktisch immer ratsam, neben der Gesellschaft auch die Gesellschafter persönlich zu verklagen. Das kommt insbesondere dann in Betracht, wenn nicht sicher ist, ob eine wirkliche Außengesellschaft mit Gesamthandsvermögen existiert. Stellt sich während des Prozesses heraus, daß die Gesellschafter nicht als Gesamthandsgemeinschaft verpflichtet sind, sondern nur einzeln als Gesamtschuldner aus einer gemeinschaftlichen Verpflichtung schulden (§ 427 BGB), wird nur die Klage gegen die Gesellschaft - nicht aber die gegen die Gesellschafter persönlich - abgewiesen. Stellt sich erst während der Zwangsvollstreckung heraus, daß überhaupt kein Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, bleiben dem Gläubiger noch die Titel gegen die einzelnen Gesellschafter. Es besteht also bei Annahme einer Parteifähigkeit der Gesellschaft kein Unterschied zur Situation, wie sie sich auf der Grundlage der Streitgenossenschaftslösung darstellt, denn auch hier wird zwischen der Klage gegen die Gesamthand (Gesamthandsschuldklage) und gegen die Gesellschafter (Gesamtschuldklage) unterschieden (MünchKommBGB/Ulmer aaO, § 718 Rdn. 47 ff.; Heller aaO, S. 73 ff.). Im übrigen bleibt es dem Gesellschaftsgläubiger auch bei Anerkennung der Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts unbenommen, ausschließlich die Gesellschafter persönlich in Anspruch zu nehmen. Dem Gesellschaftsgläubiger wird die Rechtsverfolgung demnach durch die Anerkennung der Parteifähigkeit in keiner Weise erschwert.

Die gegen die Beklagte zu 1 gerichtete Klage ist auch begründet. Insbesondere ist die Beklagte zu 1 wechselfähig. Die Gründe, die vom Bundesgerichtshof zur Begründung der Scheckfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts herangezogen worden sind (BGHZ 136, 254 [257 f.]), sprechen in gleichem Maße auch für deren Wechselfähigkeit (vgl. auch Flume, Allgemeiner Teil aaO, S. 108 f.; Baumbach/Hefermehl, Wechselgesetz und Scheckgesetz, 21. Aufl. Einl. WG Rdn. 20 a). Damit erweist sich das landgerichtliche Urteil, soweit es die Verurteilung der Beklagten zu 1, 2 und 3 betrifft, im Grunde als zutreffend. Im Urteilstenor war jedoch kenntlich zu machen, daß zwischen den Ansprüchen gegen die Beklagte zu 1 einerseits und denen gegen die Beklagten zu 2 und 3 andererseits kein echtes Gesamtschuldverhältnis besteht, jedoch die Beklagte zu 1 neben den ihrerseits untereinander gesamtschuldnerisch haftenden Gesellschafterinnen wie eine Gesamtschuldnerin verpflichtet ist. Der Senat hat in seiner Entscheidung vom 27. September 1999 (BGHZ 142, 315 [318 ff.]) die Frage der rechtlichen Einordnung der Gesellschafterhaftung noch offengelassen. Sie ist nunmehr in Konsequenz der Anerkennung der beschränkten Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Sinne einer akzessorischen Haf-

tung der Gesellschafter für die Gesellschaftsverbindlichkeiten zu entscheiden. Soweit der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft auch persönlich haftet (BGHZ 142, 315 [318]), ist der jeweilige Bestand der Gesellschaftsschuld also auch für die persönliche Haftung maßgebend. Insoweit entspricht das Verhältnis zwischen Gesellschafts- und Gesellschafterhaftung damit der Rechtslage in den Fällen der akzessorischen Gesellschafterhaftung gemäß §§ 128 f. HGB bei der OHG. Danach ist eine unmittelbare Anwendung der §§ 420 ff. BGB nicht möglich, weil kein echtes Gesamtschuldverhältnis besteht; es ist aber zu prüfen, ob unter Berücksichtigung der jeweils verschiedenartigen Interessen der Beteiligten der Rechtsgedanke der §§ 420 ff. BGB im Einzelfall zur Anwendung kommt oder nicht (BGHZ 39, 319 [329]; 44, 229 [233]; 47, 376 [378 ff.]; 104, 76 [78]). Für die Gesellschaft als originär Verpflichtete ist die entsprechende Anwendung der Gesamtschuldregeln im Verhältnis zur Gesellschafterhaftung grundsätzlich angebracht. Stehen den Gesellschaftern beispielsweise individuelle Einreden im Sinne des § 425 BGB gegen ihre persönliche Inanspruchnahme zu, wäre es nicht gerechtfertigt, daß sich auch die Gesellschaft darauf berufen könnte.

Hinsichtlich der Abweisung der gegen den Beklagten zu 4 gerichteten Klage auf Haftung kraft Rechtsscheins hält das Berufungsurteil den Angriffen der Revision stand. Eine Rechtsscheinhaftung des Beklagten zu 4 für die Wechselverbindlichkeit der Beklagten zu 1 käme in Betracht, wenn er gegenüber der Klägerin in zurechenbarer Weise den Eindruck erweckt hätte, er sei selbst Mitglied der ARGE und folglich persönlich haftender Gesellschafter (vgl. BGHZ 17, 13 [15]). Das Berufungsgericht ist aber zu Recht davon ausgegangen, daß die von der Klägerin dargelegten Umstände nicht den Schluß darauf zulassen, der als Architekt tätige Beklagte zu 4 sei ihr gegenüber als Gesellschafter der ARGE aufgetreten.

Insbesondere reicht es für eine solche Schlußfolgerung nicht aus, daß der Beklagte zu 4 in dem von der ARGE gegenüber der Klägerin - die als Nachunternehmerin der ARGE beauftragt war - verwendeten Briefkopf aufgeführt ist. Dieser Briefkopf ist in der Form gestaltet, daß dort unter der hervorgehobenen Überschrift "Arbeitsgemeinschaft W. " die Beklagten zu 2 und 3 - beides Gesellschaften mit beschränkter Haftung - als "Technische Geschäftsführung" (Beklagte zu 2) und als "Kaufm. Geschäftsführung" (Beklagte zu 3) sowie der Beklagte zu 4 als "Bauleitung" bezeichnet werden. Läßt sich ein Architekt in dieser Weise im Briefkopf einer bauwirtschaftlichen Arbeitsgemeinschaft aufführen, muß er nicht damit rechnen, daß bei deren Nachunternehmern, denen gegenüber der Briefkopf verwendet wird, der Eindruck entsteht, er sei selbst Gesellschafter der Arbeitsgemeinschaft. Bei "technischer Geschäftsführung", "kaufmännischer Geschäftsführung" und "Bauleitung" handelt es sich gemäß § 5 des Mustervertrages des Hauptverbandes der Deutschen Bauindustrie für Arbeitsgemeinschaften (ARGE-Vertrag, abgedruckt bei Burchardt/Pfülb, ARGE-Kommentar, 3. Aufl.), der seit vielen Jahren verwendet wird, im Baugewerbe weit verbreitet ist (vgl. Langen in Kapellmann/Vygen, Jahrbuch Baurecht 1999, S. 64, 69) und auch im vorliegenden Fall zur Anwendung kam, um die nach außen in Erscheinung tretenden "Organe" der in Teilen körperschaftlich strukturierten Arbeitsgemeinschaften. Es ist deshalb anzunehmen, daß der baugewerbliche Rechtsverkehr bei einer Auflistung dieser Bezeichnungen im allgemeinen an eine Benennung der Gesellschaftsorgane, nicht aber an eine Benennung der Gesellschafter denkt. Zwar trifft es zu, daß nach dem personengesellschaftsrechtlichen Grundsatz der Selbstorganschaft als technische und kaufmännische Geschäftsführer nur Personen in Frage kommen, die auch Gesellschafter sind. Es würde aber zu weit gehen, würde man dem Rechtsverkehr ein Verständnis dahingehend unterstellen, daß die Nennung von Geschäftsführung und Bauleitung in einem Briefkopf darauf schließen ließe, auch der Bauleiter müsse Gesellschafter sein. Üblicherweise wird nämlich die Bauleitung auf solche Personen übertragen, die zwar Mitarbeiter eines Gesellschafters, nicht aber selbst Gesellschafter sind (Burchardt/Pfülb aaO, § 9 Rdn. 7, 12 ff.). In diese Richtung weist im vorliegenden Fall zudem der Umstand, daß im Vertragsformular des der Hingabe des Wechsels zugrunde liegenden Nachunternehmervertrages zwischen Klägerin und Beklagter zu 1 ausdrücklich zwischen der ARGE als "Auftraggeber und Bauherr i.S. dieses Vertrages" und dem Beklagten zu 4, der unter der Rubrik "Planung und Bauleitung" aufgeführt ist, differenziert wird.

Der Umstand, daß der Beklagte zu 4 nach dem Vortrag der Klägerin sämtliche Vertragsverhandlungen mit ihr geführt und auch das streitgegenständliche Wechselakzept im Namen der Beklagten zu 1 unterschrieben hat, reicht für die Begründung einer Rechtsscheinhaftung ebenfalls nicht aus. Der Beklagte zu 4 war Geschäftsführer der ihrerseits als technische Geschäftsführerin der ARGE eingesetzten Beklagten zu 2 und in dieser Funktion allgemein zum Abschluß von Nachunternehmerverträgen für die ARGE befugt (§ 7.45 ARGE-Vertrag). Selbst wenn die Klägerin keine Kenntnis von dieser Funktion des Beklagten zu 4 gehabt hätte, hätte dessen Handeln nicht zwangsläufig darauf schließen lassen müssen, daß er in eigener Person Gesellschafter der ARGE ist.

Es wäre vielmehr auch denkbar - wenn nicht sogar naheliegender - gewesen, daß Abschluß und Abwicklung des Nachunternehmervertrages von der Geschäftsführung der ARGE auf den Bauleiter als Unterbevollmächtigten weiterdelegiert worden ist, was durchaus zulässig gewesen wäre (vgl. Burchardt/Pfülb aaO, § 9 Rdn. 9) und ebenfalls nicht zu einer persönlichen Haftung des Beklagten zu 4 geführt hätte. Der

von der Revision zur Begründung der Rechtsscheinhaftung schließlich noch herangezogene Vortrag der Klägerin, wonach der Beklagte zu 4 sämtliche Bankgeschäfte der ARGE erledigt habe, vermag eine Rechtsscheinhaftung gegenüber der Klägerin schon deshalb nicht zu begründen, weil nicht ersichtlich ist, inwiefern es sich bei einem solchen Handeln des Beklagten zu 4 gegenüber Dritten um einen im Verhältnis zur Klägerin gesetzten Rechtsschein gehandelt haben könnte.

Standort: Schadensrecht Problem: Zurechnung bei Gutachterhaftung

BGH, URTEIL VOM 14.11.2000
X ZR 203/98 (NJW 2001, 514)

Problemdarstellung:

Wird im Vorfeld eines Kaufvertrages von einem der zukünftigen Vertragspartnern ein Sachverständigengutachten über das Kaufobjekt eingeholt, so stellt sich die Frage, ob auch der andere Kaufvertragspartner im Falle der Fehlerhaftigkeit des Gutachtens vertragliche Ersatzansprüche gegen den Gutachter hat. Dem Grunde nach können solche vertraglichen Ersatzansprüche nur dann bestehen, wenn er durch das Rechtsinstitut zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in den Gutachtervertrag (§ 631 BGB) miteinbezogen ist.

Fraglich war in diesem Fall u.a. das Einbeziehungsinteresses. Zutreffend ist das BerGer. davon ausgegangen, dass nach der Rechtsprechung des BGH im Falle eines Gutachtenvertrags für einen Dritten sich ein Einbeziehungsinteresse dann ergeben kann, wenn der Auftraggeber das Werk bei einer Person, die über eine besondere, vom Staat anerkannte oder durch einen vergleichbaren Akt nachgewiesene Sachkunde verfügt (z. B. öffentlich-bestellter Sachverständiger, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater), bestellt, um davon gegenüber einem Dritten Gebrauch zu machen. Hieraus kann jedoch nicht abgeleitet werden, dass ein Gutachter, in den die Öffentlichkeit nicht in gleicher Weise die Erwartung einer besonders hervorgehobenen Kompetenz, Erfahrung und Zuverlässigkeit setzen kann, Dritten für ihnen schädliche Auswirkungen seines Gutachtens schlechthin nicht haften müsse. Einer solchen Meinung stünde jedenfalls entgegen, dass die Vertragsfreiheit es den Vertragsschließenden erlaubt, außer Leistungspflichten (vgl. § 328 BGB) auch Schutzpflichten zu Gunsten jedes beliebigen Dritten zu begründen.

Sofern es um die Schadensfeststellung geht, ist der Ausgangspunkt des BerGer. rechtsfehlerhaft gewesen, eine Haftung eines Gutachters bestehe nur, soweit ein schützenswertes Vertrauen in die Richtigkeit des Gutachtens enttäuscht worden sei; die Schadensberechnung erfolgt gem. §§ 249 ff. BGB, d.h. es ist der Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Ob überhaupt und inwieweit ein Vertrauenstatbestand gegeben war und Vertrauen enttäuscht wurde, ist dabei irrelevant.

Prüfungsrelevanz:

In examensrelevanter Hinsicht sind Gutachterverträge ideal, um den Kandidaten auf das gesetzlich nicht geregelte Institut des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter hin zu prüfen. Bereits die dogmatische Herleitung dieses Instituts ist umstritten; nach Ansicht der Rechtsprechung handelt es sich um ergänzende Vertragsauslegung (seit RGZ 127, 220), während die Literatur eine Rechtsfortbildung gem. § 242 BGB annimmt (Palandt/Heinrichs, § 328 BGB, Rdnr. 14; MünchKomm./Gottwald, § 328, Rdnr. 80). In den Voraussetzungen stimmen Rechtsprechung und Literatur jedoch weitgehend überein. So muss der Dritte bestimmungsgemäß, nicht aber zufällig mit der Vertragsleistung in Berührung kommen; der Gläubiger der Vertragsleistung muss ein Interesse daran haben, den Dritten in den Vertrag miteinzubeziehen; dem Schuldner muss die Drittbezogenheit seiner Leistung erkennbar sein; letztlich muss der Dritte deshalb schutzwürdig sein, weil keine äquivalenten vertraglichen Schadensersatzansprüche seinerseits gegenüber dem Gläubiger bestehen. Dem Wesen nach ist der Dritte derart dann in den Vertrag miteinbezogen, dass er zwar nicht die Hauptleistung einfordern kann, aber bei Verletzung vertraglicher Pflichten eigene vertragliche Schadensersatzansprüche geltend machen kann (BGHZ 49, 353; Palandt/Heinrichs, § 328, Rdnr. 13).

Leitsätze:

1. Wenn ein Dritter in den Schutzbereich eines Vertrags einbezogen ist, kommt es für die Feststellung, welcher Schaden ihm durch die Pflichtverletzung entstanden ist, nicht darauf an, ob überhaupt und inwieweit ein Vertrauenstatbestand gegeben war und sein Vertrauen enttäuscht wurde.

2. Für schädliche Auswirkungen seines Gutachtens kann auch der Gutachter einem Dritten gegenüber haften, dem die Öffentlichkeit nicht in gleicher Weise wie beispielsweise einem öffentlich-bestellten Sachverständigen besonders hervorgehobene Kompetenz, Erfahrung und Zuverlässigkeit zutrauen kann.

Sachverhalt:

Die Kl., ein Bauträgerunternehmen, beabsichtigte im Jahre 1989 ein in M. gelegenes Areal von dem damaligen Eigentümer zu kaufen, um auf ihm Eigentums-

wohnungen zu errichten. Auf den Grundstücken waren seit dem Jahr 1911 Betriebe der lack- und gummiverarbeitenden Industrie angesiedelt gewesen; der Boden war bereits mehrfach untersucht; es bestand der Verdacht, dass er durch Schadstoffe kontaminiert sein könnte. Mit Schreiben vom 1. 3. 1989 wandte sich der damalige Eigentümer an die Bekl. zu 1, damit sie erneut eine Bodenuntersuchung der Grundstücke vornehme. Der Eigentümer führte dabei aus, dass ein Bauträger aus dem Großraum F. an den Grundstücken interessiert sei und deren Bebauung plane.

Auf Grund eines von dem Eigentümer erteilten Auftrags legte die Bekl. zu 1 den so genannten "dritten Bericht" vom 31. 8. 1989 vor. In diesem Gutachten wird als Ergebnis der Analyse gewonnener Bodenproben eine hohe Belastung des Bodens mit Schwermetallen, Benzidin und Mercaptan hervorgehoben, wobei darauf hingewiesen wird, dass die beiden letztgenannten organischen Substanzen karzinogen bzw. hochgiftig seien. Daraufhin erklärte der zuständige Regierungspräsident des Landes H. mit Bescheid vom 9. 4. 1990 die Grundstücke zur Altlast. Am 8. 5. 1990 nahm die Kl. das Verkaufsangebot des Eigentümers an. Der Kaufpreis sollte 3 Mio. DM betragen; der Vertrag sah ferner unter anderem ein Rücktrittsrecht für den Fall vor, dass binnen zwei Jahren ein Drittel des vorrangig aus den Erlösen beim Weiterverkauf von Teilflächen zu begleichenden Kaufpreises nicht bezahlt sei. In der Folgezeit wurde die Bekl. zu 1 als Gutachterin auch für die Kl. tätig. In ihrem Auftrag legte die Bekl. zu 1 unter dem 31. 8. 1990 den so genannten "vierten Bericht" vor. Auch hierin wird von dem Vorhandensein insbesondere von Benzidin und Mercaptan ausgegangen. Wegen der vorhandenen Gutachten überführte die staatliche Sanierungskommission die Grundstücke in die Obhut der Altlastensanierungsgesellschaft (ASG). Unter dem 19. 8. 1991 und dem 12. 12. 1991 erstattete die Bekl. zu 1 im Auftrag der ASG zwei weitere Gutachten (sog. fünfter und sechster Bericht). In dem Gutachten vom 19. 8. 1991 ist unter anderem ausgeführt, die bisher als Benzidin interpretierten Peaks würden nicht von dieser sehr toxischen Substanz verursacht; die in der Schlacke festgestellten Substanzen erforderten nicht unbedingt eine besondere Bodenbehandlung. Im Gutachten vom 12. 12. 1991 wurde der ASG empfohlen, das Gelände an den Bauträger zurückzugeben. Die Kl. wurde beim Regierungspräsidenten wegen der Rücknahme der Altlastenerklärung vorstellig und stellte am 22. 10. 1992 für die Grundstücke einen Bauantrag. In ihrem so genannten "Siebten Bericht" vom 17. 11. 1992 räumte die Bekl. zu 1 Fehlinterpretationen ein und meinte, dass die erste Einschätzung des Gefahrenpotenzials des Standorts durch die nun abgesicherten Erkenntnisse der Folgeuntersuchungen zu revidieren sei. Mit Bescheid vom 16. 12. 1992 nahm der Regierungspräsident die Altlastenerklärung vom 9. 4. 1990 zurück. Die Kl., die am 17. 6. 1993 eine Baugenehmigung für eine Wohnbebauung mit 121 Wohnungen sowie Tiefgaragen erhielt, zahlte am 30. 12. 1992 1 Mio. DM zuzüglich 143 777,78 DM an Zinsen und Nebenkosten sowie am 21. 12. 1993 weitere 2 Mio. DM nebst 150 000 DM Zinsen an den ursprünglichen Eigentümer der Grundstücke. Mit ihrer Klage vom 26. 9. 1995 hat die Kl. Zahlung von 3 548,59 DM nebst Zinsen sowie die Feststellung begehrt, dass die Bekl. zum Ersatz weiteren Schadens verpflichtet ist. Diese Klage hat die Kl. später auf das Land H. als Bekl. zu 2 erweitert.

Das LG hat die Bekl. zu 1 zur Zahlung eines Teilbetrags von 345 486,11 DM zuzüglich Zinsen verurteilt. Im Übrigen hat das LG die Klage abgewiesen. Die gegen dieses Urteil gerichtete Berufung der Kl. hat das OLG zurückgewiesen. Auf die Berufung der Bekl. zu 1 hat das OLG das landgerichtliche Urteil abgeändert und die Klage vollen Umfangs abgewiesen. Hiergegen hat die Kl. Revision eingelegt. Soweit das Rechtsmittel das Streitverhältnis zum Bekl. zu 2 betrifft, hat der Senat die Revision nicht angenommen. Gegenüber der Bekl. zu 1 verfolgt die Kl. ihr Klageziel weiter.

Die Revision der Kl. hatte insoweit Erfolg und führte zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache an das BerGer.

Gründe:

Das BerGer. hat festgestellt, der Kl. stünden gegenüber der Bekl. zu 1 deliktsrechtliche Ansprüche nicht zu; in Betracht zu ziehen seien nur vertragsrechtliche Schadensersatzansprüche, und zwar sowohl wegen Nichterfüllung des von dem damaligen Eigentümer erteilten Gutachtenauftrags, auf Grund dessen die Bekl. zu 1 den so genannten dritten Bericht verfasst habe, als auch wegen Nichterfüllung des von der Kl. selbst abgeschlossenen Gutachtenvertrags, der zu dem so genannten vierten Bericht geführt habe. Das begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Auch die Kl. geht davon aus, dass als haftungsbegründende Ereignisse nur die von ihr behauptete, sich als nicht gehörige Erfüllung der zu Grunde liegenden Werkverträge darstellende Fehlerhaftigkeit dieser beiden Gutachten in Betracht kommt.

Bezüglich des so genannten dritten Berichts hat das BerGer. dahinstehen lassen, ob es sachlich unangemessen gewesen sei, nur die Analysemethode GC-FID anzuwenden, und es der Bekl. zu 1 deshalb als von ihr zu vertretendes Fehlverhalten vorzuwerfen sei, das Vorhandensein gefährlich hoher Werte an Benzidin und Mercaptan festgestellt zu haben. Außerdem hat das BerGer. letztlich offen gelassen, ob die Kl. in den Schutzbereich des dem so genannten dritten Bericht zu Grunde liegenden, ausschließlich zwischen dem damaligen Eigentümer und der Bekl. zu 1 abgeschlossenen Gutachtenvertrags einbezogen sei. Das Vorliegen beider Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs der Kl. wegen Fehlerhaftigkeit des Gutachtens vom

31. 8. 1989 ist deshalb in der Revisionsinstanz zu unterstellen.

Das BerGer. hat diese Voraussetzungen dahinstehen lassen, weil es gemeint hat, ein ersatzfähiger Schaden der Kl. lasse sich nicht feststellen. Die Haftung des Gutachters für die Richtigkeit des von ihm erstellten Gutachtens beschränke sich darauf, dem Auftraggeber bzw. dem in den Schutzbereich des Vertrags einbezogenen Dritten den Schaden zu ersetzen, der ihm im Vertrauen auf die Richtigkeit des Gutachtens erwachsen sei. Die Kl. habe jedoch nicht darauf vertraut, dass die Grundstücke mit Benzidin und Mercaptanen verunreinigt seien; sie habe die Grundstücke gerade nicht wegen ihrer vorgeblichen Umweltbelastungen erworben, sondern auf Grund ihrer Bereitschaft, das hiermit verbundene hohe Risiko zu übernehmen. Die Kl. habe damit auf Grund eines neuen, selbstständigen Entschlusses, der durch den so genannten dritten Bericht nicht herausgefordert worden sei, die Gefahr geschaffen, die den Schaden hervorgerufen habe.

Diese Begründung der Abweisung der Klage gegen die Bekl. zu 1 bekämpft die Revision zu Recht.

Schon der Ausgangspunkt des BerGer., eine Haftung eines Gutachters bestehe nur, soweit ein schützenswertes Vertrauen in die Richtigkeit des Gutachtens enttäuscht worden sei, ist nicht frei von Rechtsirrtum. Ein Gutachten, das Fehler aufweist, die, der Gutachter zu vertreten hat, verpflichtet nach § 635 BGB oder wegen positiver Vertragsverletzung zu Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Anspruchsberechtigt sind der Besteller des Gutachtens, wenn und soweit er geschädigt ist, und jeder in den Schutzbereich des Gutachtenvertrags einbezogene geschädigte Dritte. Der Anspruch bemisst sich im Verhältnis zu jedem Anspruchsberechtigten nach §§ 249 ff. BGB. Grundsätzlich ist jeweils der Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand, also die fehlerhafte gutachterliche Aussage, nicht eingetreten wäre. Ob überhaupt und inwieweit ein Vertrauenstatbestand gegeben war und Vertrauen eines Anspruchsberechtigten enttäuscht wurde, ist danach im Bereich der Schadensfeststellung kein tragfähiger Gesichtspunkt. Ein Schadensersatzanspruch kommt vielmehr in Betracht, wenn ein Vergleich der tatsächlichen Vermögenslage mit derjenigen, die sich bei fehlerfreier Begutachtung ergeben hätte, zum Nachteil des klagenden Ast. ausgeht.

Der Senat hat allerdings bei seiner rechtlichen Überprüfung des angefochtenen Urteils von der danach erforderlichen Kausalität zwischen der Aussage des so genannten dritten Berichts, die Grundstücke seien mit Benzidin und Mercaptan verunreinigt, und den mit der Klage als Schaden geltend gemachten Nachteilen der Kl. auszugehen. Denn die vom BerGer. angestellten Überlegungen beruhen auf einer entsprechenden Annahme, die auf Grund des unstreitigen Sachverhalts und des Vorbringens der Kl., das der Senat mangels näherer Sachaufklärung des BerGer. zu Grunde zu legen hat, auch berechtigt ist. Danach hat der so genannte dritte Bericht vom 31. 8. 1989 dazu geführt, dass die Kl. zunächst die für eine Vermarktung erforderlichen und förderlichen Maßnahmen nicht ergriffen hat; es sollte ersichtlich die Klärung der Frage der Sanierung abgewartet werden, für deren Durchführung von Gesetzes wegen nicht die Kl. selbst zu sorgen gehabt hätte (vgl. § 21 HessAbfAG). Das Abwarten seinerseits hatte zur Folge, dass die Kl. zunächst keine Vermarktungserlöse erzielte, so dass sie hieraus nicht - wie in dem Kaufvertrag mit dem damaligen Eigentümer vorgesehen - den vereinbarten Kaufpreis zahlen konnte. Dies wiederum veranlasste die Kl., zur Abwendung des vereinbarten Rücktrittsrechts dem damaligen Eigentümer gegenüber eine zusätzliche Zinsverpflichtung einzugehen, die dann auch erfüllt worden ist. Hätte die Bekl. zu 1 bereits im so genannten dritten Bericht die auf Grund später herangezogener Analysemethoden gewonnene Erkenntnis offenbart, hätte zur Zahlung zusätzlicher Zinsen keine Veranlassung bestanden. Ein Abwarten wegen einer durch karzinogene oder hochgiftige organische Stoffe gebotenen Sanierung wäre nicht notwendig oder sinnvoll gewesen. Die Kl. hätte - nach dem normalerweise zu erwartenden Geschehensablauf - sogleich mit den notwendigen Maßnahmen zur Vermarktung des Grundbesitzes begonnen; sie hätte dann rechtzeitig Verkaufserlöse erzielt, aus denen sie den Kaufpreisanspruch des Eigentümers erfüllt hätte. Ein durch das Gutachten vom 31. 8. 1989 (kausal) verursachter Schaden der Kl. kann mithin nach dem im Revisionsverfahren zu Grunde zu legenden Sachverhalt nicht ver-neint werden.

Entgegen der Meinung des BerGer. scheitert ein Schadensersatzanspruch der Kl. auch nicht aus Gründen der vom BerGer. ergänzend herangezogenen Adäquanz oder wegen des vom BerGer. ferner für entscheidungserheblich gehaltenen Erfordernisses, dass der Ersatz des kausalen Nachteils vom Zweck der haftungsbegründenden Norm erfasst ist. Es ist zwar richtig, dass die Rechtsprechung in der Erkenntnis, dass der bloße Kausalzusammenhang keine sachgerechte Abgrenzung zurechenbarer von nicht zurechenbaren Schadensfolgen erlaubt, Schadensersatz nur unter den vom BerGer. genannten zusätzlichen Voraussetzungen zuspricht. Mit dem Erfordernis der Adäquanz sollen ganz außerhalb des zu erwartenden Verlaufs stehende Einbußen ausgeschieden werden; die Abwägung nach Maßgabe des Schutzzwecks der haftungsbegründenden Norm soll sicherstellen, dass nur Schäden der Art ersetzt werden müssen, die durch Befolgung der verletzten gesetzlichen. Regel bzw. der verletzten Vertragspflicht verhindert werden sollten.

Die tatsächlichen Feststellungen des BerGer. erlauben jedoch nicht, den geltend gemachten Schaden als außerhalb des zu erwartenden Verlaufs oder des Schutzzwecks der verletzten Vertragspflicht anzusehen. Nach

dem vom BerGer. im angefochtenen Urteil mitgeteilten Vorbringen der Kl., das der Senat mangels gegenteiliger Feststellungen zu Grunde, zu legen hat, hat die Kl. Interesse an den Grundstücken gehabt, weil damals der Markt erschöpft war und sie andere Grundstücke käuflich nicht erwerben konnte. Sieht sich ein Bauträger bei dieser Sachlage mit einer ungünstigen Begutachtung eines ihm angebotenen Grundstücks konfrontiert, ist es nichts Ungewöhnliches, wenn er an seinem Wunsch festhält und das zur Vermarktung erforderliche Geschäft tätigt. Den in Betracht zu ziehenden Belastungen kann durch günstige Gestaltung der Vertragsbedingungen Rechnung getragen werden. Davon, dass dies auch hier geschehen ist, ist in der Revisionsinstanz auszugehen, weil einerseits die Kl. geltend gemacht hat, der damalige Eigentümer sei ihr hinsichtlich der Kaufpreiszahlungsmodalitäten so weit entgegengekommen, dass für sie der Ankauf möglich gewesen sei, und andererseits die Bekl. zu 1 darauf hingewiesen hat, die Kl. habe durch die im so genannten dritten Bericht festgestellte Belastung des Grundstücks mit Altlasten einen Kaufpreisvorteil erzielt, den sie sich jedenfalls anrechnen lassen müsse. Weder nach dem Vorbringen der Kl. noch nach dem Vorbringen der Bekl. zu 1 kann danach der tatsächliche Geschehensablauf als gänzlich außerhalb des in einem solchen Fall zu Erwartenden gelten.

Was den Schutzzweck der verletzten Vertragspflicht anbelangt, hat das BerGer. übersehen, dass eine Partei, die möglicherweise sanierungsbedürftiges Gelände zu erwerben wünscht, von einem Gutachten der hier streitigen Art regelmäßig Aufschluss darüber erwartet, ob die tatsächliche Beschaffenheit eine alsbaldige Bebauung erlaubt oder eine Bebauung wegen des Sanierungsbedarfs - wenn überhaupt - erst später möglich sein wird. Die im vorliegenden Fall die Bekl. zu 1 treffende Pflicht, die wahren Gegebenheiten festzustellen und in ihrem Gutachten vom 31. 8. 1989 darzustellen, sollte deshalb durchaus auch eine insoweit falsche Entscheidung verhindern, wie sie die Kl. sodann getroffen haben will. Auch aus der falschen Entscheidung resultierende Nachteile waren damit vom Zweck der von der Bekl. zu 1 verletzten Vertragspflicht mitumfasst.

Soweit das BerGer. schließlich noch gemeint hat, der Kl. zum Vorwurf machen zu können, den Erwerb des Grundstücks nicht unterlassen zu haben, berührt auch dies die Schadenszurechnung nicht. Das BerGer. hat insoweit verkannt, dass die Parteien nicht um in Folge des Kaufs eingetretene Vermögenseinbußen der Kl., sondern um den Ersatz von Schäden streiten, die durch Verzögerung der in Aussicht genommenen Bebauung und Weiterverwertung entstanden sein sollen.

Nach Meinung des BerGer. führt auch der so genannte vierte Bericht vom 31. 8. 1990 nicht zu einer Schadensersatzpflicht der Bekl. zu 1 gegenüber der Kl. Hier müsse vor allem gesehen werden, dass dieses Gutachten auf dem dritten Bericht aufbaue und mithin für die Bekl. zu 1 keine Veranlassung bestanden habe, die Richtigkeit der zuvor gewonnenen Erkenntnisse nochmals zu überprüfen. Das BerGer. hat also hier schon ein Fehlverhalten der Bekl. zu 1 verneint.

Auch dem kann - wie die Revision wiederum zu Recht rügt - nicht beigetreten werden. Das BerGer. nimmt selbst an, dass auch der von der Kl. selbst in Auftrag gegebene so genannte vierte Bericht auf Grund von Bodenuntersuchungen erstattet werden sollte. Die neuerlichen Bodenproben waren daher ebenfalls zu analysieren; auch hierbei waren die an einen Sachverständigen zu stellenden Sorgfaltsanforderungen zu beachten, was einschließt, nicht allein auf Grund einer angesichts der tatsächlichen Gegebenheiten unsachgemäßen Methode zu untersuchen und zu urteilen. Die Annahme des BerGer., dass der Bekl. zu 1 beim Gutachten vom 31. 8. 1990 ein Fehler, den sie zu vertreten habe, nicht unterlaufen sei, hätte deshalb Feststellungen zur Wahrung des angesichts der tatsächlichen Gegebenheiten Gebotenen erfordert. Da das BerGer. - wie hinsichtlich des so genannten dritten Berichts - diese Feststellungen nicht getroffen hat, hat der Senat zu Gunsten der Bekl. davon auszugehen, dass auch der so genannte vierte Bericht ein mangelhaftes Werk war und der Kl. auch seinetwegen ein Schadensersatzanspruch zustehen kann.

Die weitere Annahme des BerGer., der erforderliche Zurechnungszusammenhang zwischen dem haftungsbegründenden Ereignis und dem mit der Klage geltend gemachten Schaden fehle auch bezüglich des so genannten vierten Berichts, rechtfertigt die Abweisung der auf die Fehlerhaftigkeit dieses Berichts gestutzten Klage ebenfalls nicht. Das Gutachten vom 31. 8. 1990 konnte die Kl. in der Meinung bestärken, dass der Boden der Grundstücke mit karzinogenen oder hochgiftigen organischen Stoffen kontaminiert sei und deshalb saniert werden müsse, so dass davon auszugehen ist, dass auch der so genannte vierte Bericht der Bekl. zu 1 dazu beigetragen hat, die anderweitige Nutzung der Grundstücke zu verzögern.

Das BerGer. wird die nach den Ausführungen zu 2 bis 4 erforderlichen Feststellungen zu treffen haben und gegebenenfalls die hierzu nötigen Beweise erheben müssen.

Ergänzend wird darauf hingewiesen, dass nicht etwa schon die Zweifel, die das BerGer. an einer Einbeziehung der Kl. in den Schutzbereich des zwischen dem ehemaligen Eigentümer und der Bekl. zu 1 abgeschlossenen Gutachtenvertrags gehabt hat, erneut dazu führen können, der Kl. einen Schadensersatzanspruch wegen Fehlerhaftigkeit des so genannten dritten Berichts zu versagen.

Zutreffend ist das BerGer. allerdings davon ausgegangen, dass nach der Rechtsprechung des BGH im Falle eines Gutachtenvertrags für einen Dritten, der selbst keinen Anspruch auf die Hauptleistung aus dem Ver-

trag hat, sich Schutzpflichten dann er eben können, wenn der Auftraggeber das Werk bei einer Person, die über eine besondere, vom Staat anerkannte oder durch einen vergleichbaren Akt nachgewiesene Sachkunde verfügt (z. B. öffentlich-bestellter Sachverständiger, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater), bestellt, um davon gegenüber einem Dritten Gebrauch zu machen (z.B. BGH, NJW 1984, 335 [336] = LM § 328 BGB Nr. 75; NJW 1998, 1948 [1949] = LM H. 8/1998 § 316 HGB Nr. 1). Hieraus kann jedoch nicht abgeleitet werden, dass ein Gutachter, in den die Öffentlichkeit nicht in gleicher Weise die - beispielsweise bei einem öffentlich-bestellten Sachverständigen berechtigte - Erwartung einer besonders hervorgehobenen Kompetenz, Erfahrung und Zuverlässigkeit setzen kann, Dritten für ihnen schädliche Auswirkungen seines Gutachtens schlechthin nicht haften müsse. Einer solchen Meinung stünde jedenfalls entgegen, dass die Vertragsfreiheit es den Vertragsschließenden erlaubt, außer Leistungspflichten (vgl. § 328 BGB) auch Schutzpflichten zu Gunsten jedes beliebigen Dritten zu begründen. Dies kann nicht nur durch namentliche Nennung des Dritten geschehen. Eingeschlossen hiervon ist auch die Möglichkeit, stillschweigend einen Dritten, namentlich denjenigen zu begünstigen, der jeweils der Sache nach des sich aus dem Vertrag ergebenden Schutzes bedarf (vgl. BGH, NJW 1984, 335 [336] = LM § 328 BGB Nr. 75). Ob ein solcher rechtsgeschäftlicher Wille besteht, hat der Tatrichter nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen zu ermitteln (BGH, NJW 1984, 335 [336] = LM § 328 BGB Nr. 75; NJW 1987, 1758 [1759] = LM § 675 BGB Nr. 120).

Das BerGer. wird deshalb die Zurückverweisung zum Anlass nehmen müssen, die bisher unterbliebene Auslegung des Gutachtenvertrags, der zu dem so genannten dritten Bericht geführt hat, vorzunehmen, um zu klären, ob der damalige Eigentümer und die Bekl. zu 1 die Kl. konkludent in die Schutzpflichten dieses Vertrags miteinbezogen haben. Augenmerk wird hierbei insbesondere auf den Hinweis des damaligen Eigentümers gelegt werden müssen, wonach ein Bauträger aus dem Großraum E an den Grundstücken interessiert sei und deren Bebauung plane. Es liegt nahe, dass dieser Hinweis nicht nur den Grund für die Vergabe des Gutachtenauftrags angeben sollte, sondern von der Bekl. zu 1 bei verständiger Sicht auch dahin verstanden werden musste, das zu erstattende Gutachten solle auch im Interesse des dann die zukünftige Bebauung abwickelnden Bauträgers erstellt werden.

Sollte sich ergeben, dass die Kl. in die Schutzpflichten des Gutachtenvertrags, der zu dem so genannten dritten Bericht geführt hat, einbezogen war und dass das Gutachten vom 31. 8. 1989 mangels Beachtung der geschuldeten Sorgfalt fehlerbehaftet war, wird die Schadenszurechnung nach Maßgabe der aufgezeigten Grundsätze vorzunehmen sein. Dabei wird auch zu erwägen sein, ob nicht ohnehin eine Altlastenerklärung hätte ausgesprochen werden müssen und die mit der Klage geltend gemachten Schäden deshalb insgesamt oder teilweise nicht zu ersetzen sind. Bei der Schadensfeststellung werden insbesondere die nach § 287 ZPO gegebenen Möglichkeiten der Schätzung zu nutzen sein; ferner werden Vorteile, welche die Kl. auf Grund der Fehlerhaftigkeit des so genannten dritten Berichts gezogen hat, nach Maßgabe der anerkannten Regeln zur Vorteilsausgleichung zu berücksichtigen sein.

Ein Fehler des so genannten vierten Berichts wird nur für die geltend gemachten Schäden von Bedeutung sein, die nicht schon wegen eines Fehlers des so genannten dritten Berichts von der Bekl. zu 1 zu ersetzen sind.

Das BerGer. wird schließlich § 254 BGB zu beachten haben. Den anderweit bereits in Gang gesetzten Schadensverlauf beeinflussende Handlungen des Geschädigten, die nicht schon die Zurechnung des Schadens zu dem auslösenden Ereignis entfallen lassen, sind nach dieser Norm unter Abwägung aller feststellbaren Umstände des Falls angemessen zu berücksichtigen. In diesem Zusammenhang könnte deshalb insbesondere Bedeutung erlangen, dass die Kl. den Erwerb der Grundstücke nicht unterlassen und das Rücktrittsrecht, das ihr nach dem mit dem damaligen Eigentümer vereinbarten Kaufvertrag eingeräumt war, nicht genutzt hat. Auch diese Umstände haben wesentlich die Klageabweisung durch das BerGer. bestimmt. Die bisher getroffenen Feststellungen reichen allerdings nicht aus, der Kl. zum Vorwurf zu machen, den so genannten dritten Bericht nicht zum Anlass genommen zu haben, den Erwerb der Grundstücke zu unterlassen. Sowohl nach dem Vorbringen der Kl. als auch nach dem Vorbringen der Bekl. zu 1 gab es nachvollziehbare Gründe, warum die Kl. zu 1 trotz des Gutachtens vom 31. 8. 1989 ihr Erwerbsinteresse weiterverfolgte. Damit ist nicht ausgeschlossen, dass der Kaufvertrag, wie er tatsächlich vereinbart worden ist, ebenso wie die zu seiner Aufrechterhaltung ergriffenen Maßnahmen durchaus angemessene Reaktionen auf das Gutachten der Bekl. zu 1 darstellten. Was die Nichtausübung des Rücktrittsrechts anbelangt, ist dabei auch zu berücksichtigen dass bereits am 19. 8. 1991 mit dem so genannten fünften Bericht ein weiteres Gutachten vorlag, das jedenfalls erkennen ließ, dass die Bodenbelastung der Grundstücke nicht so gravierend sein könnte, wie von der Bekl. zu 1 in dem dritten und vierten Bericht zunächst angegeben.

Die Zurückverweisung gibt dem BerGer. schließlich Gelegenheit, auch der Verjährungsfrage nachzugehen, die aus seiner bisherigen Sicht nicht zu beantworten war.

Standort: Allg. Teil des BGB Problem: Wissenszurechnung gem. § 166 BGB

BGH, URTEIL VOM 13.10.2000
V ZR 349/99 (NJW 2001, 359)

Problemdarstellung:

Die S-GbR erwarb ein Grundstück von einer Genossenschaft, die jedoch im Vorfeld eines Gesamtvollstreckungsverfahrens bereits unter Sequestration gestellt worden war. Der klagende Vollstreckungsverwalter verlangte die Zustimmung zur Grundbuchberichtigung von der S-GbR gem. § 894 BGB, da sie das Grundstück nicht wirksam hätte erwerben können. Die S-GbR beruft sich auf einen gutgläubigen Erwerb. In letzter Konsequenz geht es um die Frage, ob die S-GbR bei der Grundstücksübereignung von der Sequestration wusste oder nicht; dafür würde schon die Kenntnis eines Mitglieds der GbR ausreichen. Unstreitig hat aber nur die Zeugin K von der Sequestration gewusst. Die Zeugin K ist Geschäftsführerin der W-Immobilien-GmbH, deren Gesellschafter wiederum die Mitglieder der S-GbR sind. Es stellt sich die Frage, ob die Bekl. sich das Wissen der Zeugin K für ihre andere Gesellschaft - die S-GbR - anrechnen lassen müssen.

Der BGH verneint diese Frage. Eine Wissenszurechnung gem. § 166 BGB - direkt oder analog - findet immer nur zu Lasten der juristischen Person oder Personengesellschaft statt, nicht zu Lasten ihrer Organe oder Mitglieder. Eine solche Zurechnung erfolgt immer nur innerhalb einer solchen Struktureinheit, aber nicht außerhalb. Daher ist das Wissen der Zeugin K nur der W-Immobilien-GmbH zuzurechnen, nicht aber den Beklagten als Mitgliedern der S-GbR.

Prüfungsrelevanz:

Wie bereits in RA 06/2000, S. 354 angemerkt, kommt der Regelung von § 166 I BGB im Stellvertretungsrecht eine zentrale Bedeutung zu. Nach ihrem Wortlaut kommt sie nur dann zur Anwendung, wenn es um Willensmängel in der Erklärung des Stellvertreters geht. Jedoch hat die Rechtsprechung die Anwendbarkeit von § 166 I BGB im Laufe der Zeit immer weiter ausgedehnt, in sachlicher und personeller Hinsicht. Ist zur Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts das Kennen oder Kennenmüssen bestimmter Umstände erheblich, entscheidet ebenfalls die Person des Stellvertreters entsprechend § 166 I BGB (z.B. bei §§ 142 II, 173, 439, 460, 463, 858 II, 892, 932 II, 990 I, 1007 II BGB, 366 HGB). Auch personell wird § 166 BGB auf jeden Wissensvertreter ausgedehnt. Wissensvertreter ist jeder, der nach der Arbeitsorganisation des Geschäftsherrn dazu berufen ist, im Rechtsverkehr als dessen Repräsentant bestimmte Aufgaben in eigener Verantwortung zu erledigen und die dabei anfallenden Informationen zur Kenntnis zu nehmen (z.B. Verhandlungsführer, Vertragsvermittler, Versicherungsagenten) (BGHZ 117, 106; Palandt/Heinrichs, § 166 BGB, Rdnr. 6 ff.).

Leitsatz:

Eine Zurechnung der Kenntnis von Mitarbeitern einer juristischen Person oder einer am Rechtsverkehr teilnehmenden nicht rechtsfähigen Organisation ist nur zu Lasten der juristischen Person oder nicht rechtsfähigen Organisation, nicht dagegen zu Lasten ihrer Organe oder Mitglieder zulässig.

Sachverhalt:

Die Parteien streiten um Gebäudeeigentum. Durch notariell beurkundeten Vertrag vom 7. 7. 1992 mit Nachtrag vom 23. 7. 1992 verkaufte die Konsumgenossenschaft S- e.G. (im Folgenden: Gemeinschuldnerin) den Bekl. als Gesellschaftern der F-Grundstücksgesellschaft S-GbR eine im (Gebäude-)Grundbuch eingetragene Halle und ließ ihnen das Eigentum auf. Am 26. 4. 1994 beantragte die Gemeinschuldnerin die Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens über ihr Vermögen. Am 27. 4. 1994 erließ das AG ein allgemeines Verfügungsverbot über das Vermögen der Gemeinschuldnerin, ordnete dessen Sequestration an und bestimmte den Kl. zum Sequester. Mit Schreiben vom 28. 4. 1994 informierte der Kl. die S-Immobilien GmbH (im Folgenden: S), deren Geschäftsführer der Bekl. zu 2 war, von dem Verfügungsverbot und seiner Bestellung zum Sequester. Am 13. 5. 1994 beantragten die Bekl. ihre Eintragung als Eigentümer des Gebäudes in das Grundbuch. Am 1. 7. 1994 wurde das Gesamtvollstreckungsverfahren über das Vermögen der Gemeinschuldnerin eröffnet und der Kl. zum Verwalter in diesem Verfahren bestimmt. Am 29. 11. 1994 wurden die Bekl. als Eigentümer eingetragen. Der Kl. hat die Zustimmung der Bekl. zur Eintragung der Gemeinschuldnerin als Eigentümerin des Gebäudes in das Grundbuch verlangt. Die Bekl. haben eine Kenntnis von der Sequestration des Vermögens der Gemeinschuldnerin am 13. 5. 1994 in Abrede gestellt. Sie haben ausgeführt, das Schreiben des Kl. vom 28. 4. 1994 sei zwar innerhalb üblicher Postlaufzeit der S zugegangen, in deren Büro jedoch von der dort tätigen Geschäftsführerin der Firma W-Immobilien GmbH, Frau K, entgegengenommen worden, ohne dass es dem Bekl. zu 2 zur Kenntnis gegeben worden sei. Das LG hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Bekl. hatte keinen Erfolg. Die Revision war erfolgreich und führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Gründe:

Das BerGer. bejaht einen Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs.

Es führt aus, das Grundbuch sei durch die Eintragung der Bekl. als Eigentümer des Gebäudes unrichtig geworden. Auf Grund einer Verfügung der Gemeinschuldnerin hätten die Bekl. das Gebäudeeigentum nur erwerben können, sofern sie bei Antragstellung am 13..5. 1994 das gegen die Gemeinschuldnerin am 27. 4. 1994 erlassene Verfügungsverbot nicht gekannt hätten. Diese Voraussetzung sei nicht gegeben, weil dem Bekl. zu 2 als Geschäftsführer der S die Kenntnis der Frau K von dem Verfügungsverbot des AG zuzurechnen sei.

Das hält im entscheidenden Punkt revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

Der aus § 894 BGB geltend gemachte Anspruch hängt von der Unrichtigkeit der Eintragung der Bekl. als Eigentümer ab. Hieran fehlt es, sofern die Bekl. erst nach dem 13. 5. 1994 von dem gegen die Gemeinschuldnerin erlassenen Verfügungsverbot Kenntnis erhalten haben. Dass ihnen die Kenntnis von Frau K zuzurechnen ist, folgt aus dem Vortrag des Kl. nicht.

Für die Entscheidung des Rechtsstreits kann dahingestellt bleiben, ob ein Verfügungsverbot nach § 2 III Ges0 gegenüber jedermann oder nur gegenüber den Gläubigern im Gesamtvollstreckungsverfahren wirkt (vgl. BGHZ 133, 307 [309] = DtZ 1997, 25 = LM H. 1/1997 Ges0 Nr. 19). § 894 BGB findet zu Gunsten desjenigen, der durch ein Veräußerungsverbot geschätzt ist, entsprechende Anwendung (BGHZ 130, 347 [354] = NJW 1995, 2715 = LM H. 1/1996 Ges0 Nr. 11; RGZ 132, 145 [146f.]; Mayer-Maly, in: MünchKomm, 3. Aufl., § 135 Rdnr. 32).

Die Wirksamkeit rechtsgeschäftlichen Erwerbs von Eigentum setzt grundsätzlich voraus, dass der Veräußerer im Augenblick der Vollendung des Rechtserwerbs zur Verfügung über das Eigentum befugt ist (BGHZ 28, 182 [184] = NJW 1958, 2013 = LM § 878 BGB Nr. 3 L; Erman/Hagen/Lorenz, BGB, 10. Aufl., § 873 Rdnr. 16; Wacke, in: MünchKomm, § 878 Rdnr. 1; Soergel/Stürner, § 878 BGB Rdnr. 1; Staudinger/Gursky, BGB, 1995, § 878 Rdnr. 1). Das war am 29. 11. 1994 bei der Gemeinschuldnerin nicht der Fall, weil ein Rechtserwerb auf Grund einer Verfügung der Gemeinschuldnerin seit Erlass des Verfügungsverbots am 27. 4. 1994 gem. § 2 III Ges0 jedenfalls nicht mehr mit Wirkung gegen die Gläubiger der Gemeinschuldnerin erfolgen konnte. Die in § 878 BGB bestimmte Ausnahme findet keine Anwendung, weil der Antrag auf Eintragung der Bekl. in das Grundbuch erst nach Erlass des Verfügungsverbots gestellt wurde.

Die Wirksamkeit des Eigentumserwerbs der Bekl. ist den Gläubigern des Gesamtvollstreckungsverfahrens gegenüber damit von dem guten Glauben der Bekl. an die Verfügungsbefugnis der Gemeinschuldnerin abhängig (§ 892 I 2 BGB).

Dieser hat grundsätzlich bei Vollendung des Rechtserwerbs vorzuliegen (Wacke, in: MünchKomm, § 892 Rdnr. 54; Augustin, in: RGRK-BGB, 12. Aufl., § 892 Rdnrn. 113f.; Soergel/Stürner, § 892 BGB Rdnr. 36; Staudinger/Gursky, BGB, 1996, § 892 Rdnr. 157). Weil der Dauer des Eintragungsverfahrens jedoch keine Bedeutung für den Rechtserwerb zukommen soll, tritt gem. § 892 II Alt. 1 BGB der Eintragungsantrag für die Bestimmung des Zeitpunkts, an welchem der gute Glaube vorzuliegen hat, an die Stelle der Eintragung, sofern diese der Einigung nachfolgt (Erman/Hagen/Lorenz, § 892 Rdnr. 33; Wacke, in: MünchKomm, § 892 Rdnr. 54). Das ist im vorliegenden Fall der 13. 5. 1994.

An diesem Tag war das gegen die Gemeinschuldnerin erlassene Verfügungsverbot im Grundbuch nicht verlautbart. Gemäß § 892 I 2 Alt. 2 BGB ist damit davon auszugehen, dass das Verbot den Bekl. bei Stellung des Eintragungsantrags nicht bekannt war. Dem Kl. obliegen Darstellung und Beweis des Gegenteils (Wakke, in: MünchKomm, § 892 Rdnr. 48). Weil die Auflassung an die Bekl. als Mitglieder der aus ihnen bestehenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts erfolgt ist, steht die Kenntnis schon eines der Bekl. der Wirksamkeit ihres Erwerbs entgegen (Wacke, in: MünchKomm, § 892 Rdnr. 53; Soergel/Stürner, § 892 Rdnr. 33; einschränkend Staudinger/Gursky, § 892 Rdnr. 132). Zur Kenntnis der Bekl. zu 1 und 3 wird seitens des Kl. nichts behauptet. Dass der Bekl. zu 2 tatsächlich Kenntnis von dem Verfügungsverbot hatte, hat das BerGer. offengelassen. Revisionsrechtlich ist damit von der Unkenntnis des Bekl. zu 2 auszugehen.

Entgegen der Meinung des BerGer. folgt diese nicht, daraus, dass er am 13. 5. 1994 Geschäftsführer der S war und nicht auszuschließen ist, dass diese sich die Kenntnis von Frau K zurechnen zu lassen hat. Die organisatorische Aufspaltung von Zuständigkeiten der Mitarbeiter einer juristischen Person und ihrer Organe kann dazu führen, dass der Vertragspartner einer juristischen Person schlechter als der Vertragspartner einer natürlichen Person gestellt ist. Dieser Nachteil ist dadurch ausgeglichen, dass der juristischen Person das Wissen auch derjenigen Organwalter und Mitarbeiter zuzurechnen ist, die am Abschluss eines Vertrags selbst nicht beteiligt sind, sofern dieses Wissen bei ordnungsgerechter Organisation aktenmäßig festzuhalten, weiterzugehen und vor Vertragsabschluss abzufragen ist (BGHZ 109, 327 [331]). Auf die Organisationsform oder Rechtsfähigkeit der am Rechtsverkehr teilnehmenden Struktureinheit kommt es dabei nicht an. Die vom Senat entwickelten Zurechnungsgrundsätze gelten auch für eine nicht rechtsfähige Gesellschaft (BGHZ 132, 30 [37] = NJW 1996, 1339 = LM H. 6/1996 § 463 BGB Nr. 75; Soergel/Leptien, BGB, 13. Aufl., § 166 Rdnr. 9; Soergel/Stürner, § 892 Rdnr. 33; Taupitz, Wissenszurechnung nach englischem und deutschem Recht, Karlsruher Forum, 1994, Beil. zum "Versicherungsrecht", S. 16 ff. [28 ff.]). Aktenmäßig festzuhaltendes Wissen eines Mitarbeiters, das bei sachgerechter Ausgestaltung der Informationsgewin-

nung und -weiterleitung bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts des betroffenen Bereichs verfügbar ist, kann auch den Gesellschaftern einer nicht rechtsfähigen Gesellschaft zuzurechnen sein.

Die Zurechnung findet zu Lasten der juristischen Person oder Personengesellschaft statt, nicht zu Lasten ihrer Organe oder vertretungsberechtigten Mitglieder (BGHZ 109, 327 [332] = NJW 1990, 975 = LM § 31 BGB Nr. 33; BGHZ 132, 30 [37] = NJW 1996, 1339 = LM H. 6/1996 § 463 BGB Nr. 75). Die Zurechnung steht der Geltendmachung von Unkenntnis entgegen, ohne dass sie eine tatsächlich fehlende Kenntnis ersetzt. Die nach der Rechtsprechung des Senats vorzunehmende Zurechnung von Wissen ist daher grundsätzlich nicht geeignet, "Wissen" eines personenidentischen Organs einer anderen juristischen Person oder eines personenidentischen Mitglieds einer Gesamthandsgesellschaft außerhalb derjenigen Strukturein heit zu begründen, deren Aufgaben wahrzunehmen waren.

Etwas anderes gilt nur, wenn die Wahrnehmung der Aufgaben der juristischen Person oder Gesamthandsgesellschaft so organisiert ist, dass ein Teil ihres Aufgabenbereichs auf eine natürliche Person oder eine selbstständige juristische Einheit ausgegliedert ist. Dass die S im Auftrag der aus den Bekl. gebildeten Gesellschaft Aufgaben wahrnimmt, deren Wahrnehmung grundsätzlich den Bekl. als Mitgliedern der aus ihnen bestehenden Grundstücksgesellschaft obliegt, ist nicht vorgetragen. Aus der unstreitigen Behauptung des Kl., dass die Bekl. nicht nur als Mitglieder einer aus ihnen bestehenden BGB-Gesellschaft, sondern auch als Gesellschafter verschiedener juristischer Personen wie der S und der W-Immobilien GmbH in S. am Wirtschaftsverkehr teilnehmen und diese dasselbe Büro wie die S nutzen, folgt nicht, dass die S im Tätigkeits- und Aufgabenbereich der von den Bekl. gebildeten Gesellschaft des bürgerlichen Rechts tätig ist.

Zur abschließenden Entscheidung des Rechtsstreits ist der Senat nicht in der Lage. Der Kl. hat behauptet, der Bekl. zu 2 habe vor dem 13. 5. 1994 erklärt, die Tatsache der Sequestration des Vermögen der Gemeinschuldnerin zu kennen. Der für diese Behauptung angetretene Beweis ist zu erheben.

Strafrecht

Standort: § 211 StGB Problem: Verhältnis von Habgier und Verdeckungsabsicht

BGH, BESCHLUSS VOM 07.12.2000
1 STR 414/00 (NJW 2001, 763)

Problemdarstellung:

Die Angeklagten hatten ihr Opfer niedergeschlagen und gefesselt, um es zu berauben und zur Preisgabe von weiteren Geldverstecken sowie der zu einer Scheckkarte gehörenden Geheimnummer zu zwingen.

Nachdem sie Vermögenswerte erlangt hatten, töteten sie plangemäß das Opfer, um später nicht als Täter identifiziert zu werden und um unerkannt entkommen zu können.

Das LG hat die Angeklagten wegen schweren Raubes in Tateinheit mit Mord zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt und dabei angenommen, dass die Tatopfer nicht nur zur Verdeckung einer anderen Straftat, sondern auch aus Habgier getötet haben. Der BGH bestätigt im Ergebnis den Schuldspruch, geht aber davon aus, dass das LG keine hinreichenden Feststellungen in Richtung auf die Habgier im Moment der Tötungshandlung getroffen hat.

Prüfungsrelevanz:

Der BGH äußert sich in dem vorliegenden Beschluss zu den prüfungsrelevanten Mordmerkmalen der Verdeckungsabsicht und der Habgier (vgl. zur Übersicht Otto, Jura 1994, 141 ff.; Küper, BT, 3. Aufl., S. 311 ff.). Im Rahmen des Merkmals der Tötung zur Verdeckung einer anderen Straftat berührt die Entscheidung die streitige Frage, ob auch dann ein Verdekkungsmord in Betracht kommt, wenn der Täter eine Tat verdecken will, die mit der Tötungshandlung zusammentrifft. Während der 2. Senat des BGH in einem solchen Fall zunächst aufgrund der erforderlichen restriktiven Auslegung der Mordmerkmale eine Verdekkungsabsicht verneint hatte (BGHSt 27, 346), geht er seit BGHSt 35, 116 mit der überwiegenden Literaturansicht davon aus, dass die Identität der Angriffsrichtung das Merkmal nicht ausschließt (vgl. dazu und zu den übrigen Einzelfragen RA 1999, 207/450/692; 2000, 356).

Für die vorliegende Fallkonstellation der beabsichtigten Verdeckung eines vollendeten, aber noch nicht beendeten Raubes, geht der 1. Senat davon aus, dass es sich nicht nur um die Verdeckung der Tat “Raubmord” handelt, sondern die Angekl., die von vornherein ein zweiaktiges Geschehen geplant hatten, mit dem Raub eine andere Tat verdecken wollten.

Hinsichtlich des Mordmerkmals der Habgier bestätigt

der BGH zunächst seine bisherige Rechtsprechung, wonach ein Täter dann aus Habgier handelt, "wenn sich die Tat als Folge eines noch über die bloße Gewinnsucht hinaus gesteigerten abstoßenden Gewinnstrebens um jeden Preis (insbesondere um den Tod des Opfers) darstellt". Bei einem Motivbündel ist erforderlich, dass "Gewinnstreben tatbeherrschend und damit bewusstseinsdominant" ist (vgl. zum Ganzen Küper, BT, 3. Aufl., S. 170 ff.). Insoweit stellt der BGH fest, dass dem nicht entgegensteht, dass der Täter erst nach einem vollendeten, aber noch nicht beendeten Raub tötet, um den noch gefährdeten Besitz an der Beute endgültig zu sichern. Erforderlich sei jedoch stets, dass die Habgier auch bei der Tötungshandlung (und nicht nur im Moment der Begehung des zu verdeckenden Raubes) bestehe.

Leitsatz:

Zum Verhältnis der Mordmerkmale Habgier und Verdeckung einer anderen Straftat bei einem der Tötung des Tatopfers vorausgegangenen vollendeten, aber noch nicht beendeten Raub.

Sachverhalt:

Den Angekl. liegt zur Last, im Juli 1999 den 70-jährigen K in seiner Wohnung beraubt und getötet zu haben. Die Angekl. befanden sich in einer finanziellen Notlage. Sie hatten jeweils Geldschulden, Rechnungen standen offen und am Pkw des Angekl. G war Totalschaden entstanden. Sie beschlossen gemeinsam, sich bei K auf illegale Weise Geld zu beschaffen. Dabei gingen sie von einer nicht unbedeutenden Beute aus. Sie planten von vornherein, das Tatopfer zunächst nur zu überwältigen, damit es für Auskünfte über Geldverstecke zur Verfügung stehe und es danach zu töten, um später nicht als Täter identifiziert zu werden und auch unerkannt entkommen zu können. In Ausführung des gemeinsamen Plans begaben sich die Angekl. zum Haus des K. Dort versetzte der Angekl. G dem bis dahin völlig Ahnungslosen wuchtige Faustschläge ins Gesicht und setzte auch ein Messer gegen ihn ein. Anschließend fesselten die Angekl. ihn. Dabei oder danach nahm die Angekl. S dem Tatopfer den Geldbeutel samt Bargeld und Scheckkarte aus der Gesäßtasche. K musste die zum Gebrauch der Scheckkarte notwendige Geheimnummer nennen. Dieses Vorgehen war - planmäßig - noch nicht von einem Tötungsvorsatz getragen. Zielrichtung war vielmehr, sich K gefügig zu machen und ihn massiv einzuschüchtern, um die Wegnahme von Geld und Wertsachen ohne Widerstand des Tatopfers zu ermöglichen und weitere Auskünfte über Aufbewahrungsorte von Geld oder Wertsachen zu erhalten. Die Angekl. S durchsuchte das Haus des Opfers, fand jedoch kein Bargeld mehr. In Ausführung des ursprünglichen Plans kam es - naachdem sie ihr Ziel, Vermögenswerte an sich zu bringen, erreicht hatten - nun zur Tötung des K. Der Angekl. G stach mit direktem Tötungsvorsatz vielfach in die Herz- und Brustgegend und schnitt dem Opfer die Kehle durch. Der Tod trat durch Verbluten ein. Nach Verlassen des Tatorts versuchten die Angekl. zweimal vergeblich, mit der entwendeten Scheckkarte bei einem Geldautomaten Geld abzuheben.

Das LG hat die Angekl. jeweils wegen schweren Raubs in Tateinheit mit Mord zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt. Hinsichtlich des Angekl. G hat es die besondere Schwere der Schuld festgestellt. Der Angekl. G erhob mit seiner Revision die Sachrüge. Die Angekl. S erhob eine Verfahrensrüge und die Sachrüge. Das Rechtsmittel des Angekl. G hatte mit der Sachrüge Erfolg, soweit es sich um seine Beweggründe bei der Tat und um die Feststellung der besonderen Schuldschwere handelt; im Übrigen war es unbegründet. Die Revision der Angekl. S hatte keinen Erfolg.

Gründe:

I. Die Revision des Angekl. G:

1. Die Überprüfung des Schuldspruchs auf die vom Angekl. erhobene Sachrüge hat keinen Rechtsfehler zu seinem Nachteil ergeben. Allerdings begegnet die Annahme der StrK, die Angekl. hätten das Tatopfer nicht nur zur Verdeckung einer anderen Straftat, sondern auch aus Habgier getötet, durchgreifenden rechtlichen Bedenken, ohne dass der Schuldspruch aufgehoben werden müsste […].

a) Das LG hat die Wegnahme der Wertgegenstände und die Tötung von K zu Recht als schweren Raub in Tateinheit mit Mord zur Verdeckung einer anderen Straftat nach § 211 II StGB einer Straftat gewertet. Der Senat vermag der Auffassung des Generalbundesanwalts nicht zu folgen, es liege entsprechend der Rechtsprechung des BGH kein Verdeckungsmord vor, weil die Angekl. keine *andere* Tat beabsichtigten, sondern planmäßig nur den Raubmord, den sie gerade begingen, "verdecken" wollten (BGH, NStZ 2000, 498; Tröndle/Fischer, StGB, 49. Aufl. [1999], § 211 Rdnr. 9 b).

Die Angekl. hatten schon vor Begehung der zu verdeckenden Straftat die Tötung des Opfers beabsichtigt. Sie hatten von Anfang an ein zweiaktiges Geschehen geplant. Zunächst sollte das Opfer mit Gewalt zur Preisgabe der Aufbewahrungsorte der Wertsachen gezwungen und beraubt werden; sodann sollte zur Verdeckung dieses Raubs - der eine andere Tat i. S. des § 211 StGB war - getötet werden. Nach diesem Tatplan begingen die Angekl. einen wohlüberlegten - die besondere Verwerflichkeit begründenden - Verdeckungsmord (BGHSt 35, 116). Diesen Tatplan führten die Angekl. auch aus.

b) Dagegen tragen die Urteilsgründe nicht die Annahme des LG, die Angekl. hätten K auch aus Habgier getötet. Ein Täter handelt aus Habgier, wenn sich die Tat als Folge eines noch über bloße "Gewinnsucht"

hinaus gesteigerten abstoßenden Gewinnstrebens um jeden Preis (insbesondere um den Preis des Todes des Geschädigten) darstellt (BGH, NJW 1995, 2365 [2366]; Tröndle/Fischer, § 211 Rdnr. 5 m. w. Nachw.). Handelt der Täter aus einem "Motivbündel" heraus, so muss eine Gesamtbetrachtung der verschiedenen Motive ergeben, dass dieses Gewinnstreben tatbeherrschend und damit bewusstseinsdominant war (Tröndle/Fischer, § 211 Rdnr. 5; BGH, StV 1993, 360; StV 1986, 47). Feststellungen dazu fehlen.

Zwar liegt Habgier bei einem Raub mit anschließender Tötung des Raubopfers in der Regel nahe, wenn es dem am Tatort befindlichen Täter bei der Tötungshandlung auch um die Sicherung und die ungestörte Verwertung der Beute geht. Der Annahme der Habgier hätte deshalb hier nicht entgegen gestanden, dass die Angekl. erst mit der Tötungshandlung begonnen hatten, als die Raubhandlung bereits vollendet war. Denn der Raub war zu diesem Zeitpunkt noch nicht beendet. Somit hätte die Habgier für die Angekl. mitbestimmend sein können, sich mit der Tötung des Geschädigten den noch gefährdeten Besitz an der Beute endgültig zu sichern (BGH, NJW 1991, 1189; Tröndle/Fischer, § 211 Rdnr. 5). Hier war K aber bereits gefesselt und es war gerade nicht zwingend, dass die Angekl. das Tatopfer zur Sicherung der Beute noch hätten töten müssen. Da die Kammer angenommen hat, die Angekl. hätten von Anfang an geplant, den Geschädigten zur Verdeckung ihres Raubs zu töten, hätte es angesichts dieser tatbeherrschenden Motivlage näherer Ausführungen zu weiteren bewusstseinsdominierenden Vorstellungen und Motiven der Angekl. in Richtung auf Habgier bei der Tötungshandlung bedurft.

2. Der festgestellte Rechtsfehler nötigt nur zur Aufhebung des Urteils und zur Zurückverweisung der Sache, soweit hinsichtlich des Angekl. die besondere Schwere der Schuld nach § 57a StGB festgestellt worden ist. Das LG muss darüber neu entscheiden. Dabei wird es auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen, die von dem Rechtsfehler nicht berührt sind und deshalb bestehen bleiben, zunächst prüfen, ob der Angekl. nicht nur zur Verdeckung einer anderen Straftat, sondern auch aus Habgier getötet hat. Insoweit sind auch ergänzende Feststellungen zur inneren Tatseite, die den bereits getroffenen nicht widersprechen dürfen, zulässig (BGHSt 41, 222 [223]; noch offengelassen in BGHSt 41, 57 [61]; BGH, NStZ 1994, 583). Denn diese neu zu treffenden Feststellungen beziehen sich zwar auf ein Tatbestandsmerkmal, sie können aber unter den Voraussetzungen des vorliegenden Falls weder auf den Schuldspruch noch auf den Strafausspruch Einfluss haben.

Zwar hätte die Schwurgerichtskammer auch ohne das Vorliegen zweier Mordmerkmale die besondere Schuldschwere feststellen können. Denn sie weist auch im Übrigen auf den erhöhten Unrechtsgehalt der Tatausführung hin. Das gesamte Tatgeschehen zeige die rohe und brutale Gesinnung des Angekl., der das Opfer während des gesamten Tatgeschehens rücksichtslos und erbarmungslos behandelt habe. Auch hat das LG das Gewinnstreben als Triebfeder der Mordtat erkannt und als straferschwerend das Hinzutreten des nicht unerheblichen Delikts des schweren Raubs gewertet. Der Senat ist an einer eigenen abschließenden Entscheidung über die besondere Schuldschwere gehindert, weil er sonst seine Wertung an die Stelle der vom Tatrichter vorzunehmenden Gesamtwürdigung setzen würde.

II. Die Revision der Angekl. S […]

Die Überprüfung des Schuldspruchs hat keinen die Angekl. beschwerenden Rechtsfehler ergeben. Das Schwurgericht hat die Angekl. wegen Mordes verurteilt; jedoch hat es die besondere Schuldschwere nicht festgestellt. Der Wegfall des weiteren Mordmerkmals der Habgier lässt die rechtliche Einordnung der Tat und den Strafausspruch im Ergebnis unberührt (vgl. zum Hinzutreten eines weiteren Mordmerkmals BGHSt 41, 57 [60]).

Standort: § 258 StGB Problem: Versuchte Strafvereitelung durch Verteidiger

BGH, Beschluss vom 28.08.2000
5 StR 300/00 (StV 2001, 108)

Problemdarstellung:

Der BGH hatte über die Strafbarkeit eines Strafverteidigers zu entscheiden, der zum einen einem straffällig gewordenen Mandanten wegen der zu erwartenden hohe Strafe zunächst zur Flucht ins Ausland geraten hatte, bei einem weiteren Mandantengespräch diesen Rat aber nicht wiederholte, zum anderen mit der Niederlegung eines Mandats drohte, falls der Mandant eine vom Verteidiger diktierte wahrheitswidrige Erklärung nicht unterzeichne, die den andauernden Verdacht des strafvereitelnden Verhaltens durch ihn ausräumen sollte. Der Senat geht davon aus, dass eine Strafbarkeit wegen versuchter Strafvereitelung nicht in Betracht kommt, da der Verteidiger dadurch gem. § 24 I 1 StGB zurückgetreten ist, dass er von weiteren Einwirkungsmöglichkeiten auf den Mandanten absah.

Ferner habe sich der Angekl. auch nicht wegen versuchter Nötigung strafbar gemacht, da die Drohung mit der Mandatsniederlegung unter den gegebenen Umständen der strafverfahrens- und standesrechtlichen Rechtslage entspreche und lediglich eine Warnung darstelle.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung spricht neben den examensrelevanten Fragen des Versuchs, des Rücktritts und der Täterschaft eines Verteidigers gem. § 258 I StGB (vgl. dazu aktuell BGH, NStZ 2001, 145 m. Anm. Cramer/Papadopoulus) sowie der Abgrenzung der Drohung von der Warnung (s. etwa Küper, Bt, 3. Aufl., S. 95) auch das prozessuale Problem der Verwertbarkeit von Schriftstücken an, die ein Zeuge, der sich in der Hauptverhandlung auf sein Zeugnisverweigerungsrecht beruft, anläßlich einer gem. § 252 StPO unverwertbaren Vernehmung im Ermittlungsverfahren überreicht und auf die er sich bei dieser Vernehmung bezogen hat. Der BGH geht davon aus, dass diese Schriftstücke ihrerseits gem. § 252 StPO nicht verlesen und verwerten dürfen, soweit es sich nicht um spontan abgegebene freiwillige Erklärungen handelt (vgl. BGH, NJW 1998, 2229).

In diesem Zusammenhang ist auf eine weitere aktuelle Entscheidung des BGH zur Reichweite des Verbots aus § 252 StPO hinzuweisen, in der der BGH ausführt, dass dann, wenn eine Tatzeugin in der Hauptverhandlung von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht, Angaben, die sie bei der Exploration für die Glaubhaftigkeitsprüfung zum Tatgeschehen gemacht hat, nicht für Feststellungen zum Tathergang verwertet werden dürfen, indem der Sachverständige als Zeuge gehört wird. Der BGH stellt in der in NJW 2001, 528 abgedruckten Entscheidung vom 3.11.2000 - 2 StR 354/00 fest, dass dies auch für die erneute Hauptverhandlung nach der Wiederaufnahme des Verfahrens gilt.

Leitsätze:

1. Zum Rücktritt vom Versuch der Strafvereitelung durch einen Strafverteidiger durch den Rat zur Flucht.

2. Die Ankündigung eines Rechtsanwalts, er werde bei einem andauernden Verdacht strafvereitelnden Verhaltens durch ihn die Verteidigung eines Beschuldigten nicht fortführen, wenn dieser nicht eine den Verdacht ausräumende Erklärung unterzeichne, erfüllt nicht den Tatbestand der Drohung mit einem empfindlichen Übel, da die Mandatsniederlegung der strafverfahrens- und standesrechtlichen Rechtslage entspricht.

3. Verweigert ein Zeuge in der Hauptverhandlung berechtigt das Zeugnis, so dürfen auch Schriftstükke, die er anläßlich einer gem. § 252 StPO unverwertbaren Vernehmung im Ermittlungsverfahren überreicht und auf die er sich bei dieser Vernehmung bezogen hat, ihrerseits gem. § 252 StPO nicht verlesen und verwertet werden.

Sachverhalt/Gründe:

Das LG hat den Bf. wegen versuchter Strafvereitelung in zwei Fällen und wegen versuchter Nötigung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 1 J. 6 M. verurteilt, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt worden ist. Die Revision des Bf. führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils.

I. Im ersten als versuchte Strafvereitelung abgeurteilten Fall sowie im Fall der Verurteilung wegen versuchter Nötigung ergeben die Feststellungen des Tatrichters kein strafbares Verhalten des Bf. In beiden Fällen ist auch für die Möglichkeit weitergehender Feststellungen eines neuen Tatrichters, aus denen sich ein strafbares Verhalten des Bf. ergeben könnte, nichts ersichtlich, so daß der Senat auf die Sachrüge jeweils auf Freispruch durchzuentscheiden hat.

1. Das LG hat den Bf. insoweit wegen versuchter Strafvereitelung verurteilt, weil er dem Mitangekl. K. in Kenntnis der von diesem begangenen Straftaten des Bandendiebstahls und Bandenhehlerei zur Flucht ins Ausland geraten habe.

a) Im angefochtenen Urteil ist hierzu folgendes festgestellt: Am 11.3.1998 wurden die weiteren Mitangekl. P und St. festgenommen, die - u. a. - mit K. in einer Diebesbande mit dem Ziel fortgesetzter Entwendung hochwertiger Kfz. und deren gewinnbringender Verwertung verbunden waren. Am Folgetag suchte K. den Bf., einen vorwiegend als Strafverteidiger tätigen RA, in seiner Kanzlei auf, um ihn um Übernahme der Verteidigung des St. - zugleich den im selben Büro anwaltlich tätigen Sohn des Bf. um Übernahme der Verteidigung des P. - zu bitten. Nachdem K. auch seine eigene Verstrickung offenbart hatte, forderte der Bf. ihn unter Hinweis auf die ihm drohende schwere Bestrafung auf, das Land zu verlassen. K. lehnte ausdrücklich ab und floh nicht. Er wurde drei Tage später seinerseits verhaftet. Davor hatte er die Kanzlei des Bf. ein weiteres Mal aufgesucht; dabei hatte dieser die Aufforderung zur Flucht nicht wiederholt. Zuvor, am 13. 3. 1998, hatte der Bf. seinen Mandanten St. bei einem Haftbesuch gefragt, ob er K. zur Flucht veranlassen solle; die gleiche - ergebnislos gebliebene - Frage hatte der Sohn des Bf. auf dessen Veranlassung am selben Tag seinem Mandanten R gestellt.

Nach Auffassung des LG wollte der Bf. den Mitangekl. K. mit seiner Aufforderung zur Flucht als mögliches seinen Mandanten St. belastendes Beweismittel vorübergehend beiseite schaffen.

b) Die Annahme, der Bf. habe bei der festgestellten Aufforderung an den Mitangekl. K. zur Flucht in Strafvereitelungsabsicht zugunsten seines Mandanten St. gehandelt, dessen Verteidigung der Bf. indes, wie sich den Feststellungen entnehmen läßt, von vornherein mit dem Ziel einer Geständnisbereitschaft zu führen gedachte, ist ebenso problematisch wie die zweifelhafte Frage einer Abgrenzung der abgeurteilten mittelbaren Täterschaft des Bf. von strafloser Anstiftung zu gem. § 258 Abs. 5 StGB strafloser persönlicher Selbstbegünstigung. Ob die getroffenen Feststellungen ausreichen oder auch nur ergänzbar wären, um

bei der vorliegenden Fallgestaltung eine Täterschaft des Bf. mit Rücksicht auf einen durch seine Stellung als RA bedingten Wissensvorsprung und eine hierauf beruhende Einflußmöglichkeit anzunehmen (vgl. zum gesamten, damit zusammenhängenden, von der Revision angesprochenen Problemkreis nur die Kommentierungen zu § 258 StGB von Tröndle/Fischer, StGB, 49. A., Rdnr. 5 ff., 14; Stree in: Schönke/Schröder, StGB, 25. A., Rdnr. 16 ff., 31 ff., Ruß in: LK, 11. A., Rdnr. 10 ff.. 19 ff., 35; jew. m. w. N.), erscheint zweifelhaft. Die Fragen bedürfen hier nicht der Entscheidung. Die Revision macht nämlich zutreffend geltend, daß den Feststellungen jedenfalls eindeutig zu entnehmen ist, daß der Bf. von einem etwa strafbaren Versuch der Strafvereitelung strafbefreiend zurückgetreten ist.

c) Entgegen der rechtlichen Wertung des LG läßt sich der Gesamtheit der Urteilsfeststellungen entnehmen, daß die Voraussetzungen eines nach § 24 Abs. 1 S. 1 StGB strafbefreienden Rücktritts des Bf. vom unbeendeten Versuch vorliegen.

Da K. beim ersten Besuch der Kanzlei des Bf. eine Flucht noch ausdrücklich abgelehnt hatte, die Kanzlei vielmehr wenige Tage später erneut aufsuchte, wußte der Bf., daß seine bisherigen Bemühungen nicht ausgereicht hatten, K. zur Flucht zu bewegen. Ein beendeter Versuch lag damit nicht vor. Aber auch ein fehlgeschlagener Versuch, von dem der Bf. nicht mehr strafbefreiend hätte zurücktreten können, war nicht gegeben. Dies wäre nur dann anzunehmen, wenn der Bf. die Weigerung des K. zu fliehen als endgültig erkannt hätte (vgl. BGHR StGB § 31 Abs. 1 - Freiwilligkeit 3). Das Gegenteil folgt aus den eigenen, für die Beweiswürdigung zu diesem Schuldspruch als besonders wesentlich angesehenen Feststellungen des LG: Danach hat der Bf. zwischen beiden Besuchen des Mitangekl. K. seinen Mandanten St. gefragt, ob er K. zur Flucht veranlassen solle, und hat eine entsprechende Frage seines Sohnes an dessen Mandanten R veranlaßt. Aus diesem Verhalten wird deutlich, daß der Bf. weitere Einwirkungsmöglichkeiten auf K. als gegeben ansah.

Wenn er K. unter diesen Voraussetzungen beim folgenden Besuch trotz Erörterung der von K. begangenen Taten nicht erneut zur Flucht aufforderte, so folgt daraus, daß er seinen bislang noch nicht als zureichend, indes auch nicht als gescheitert angesehenen Versuch aufgegeben hat. und zwar - mangels entgegenstehender Anhaltspunkte - freiwillig. Damit ist der Bf. von einem etwa strafbaren - unbeendeten, nicht endgültig fehlgeschlagenen - Versuch der Strafvereitelung jedenfalls strafbefreiend zurückgetreten. Dies muß seine Freisprechung in diesem Fall nach sich ziehen.

2. Entgegen der Auffassung des LG hat sich der Bf. auch nicht wegen versuchter Nötigung (§§ 240, 22 StGB) strafbar gemacht.

a) Nach den Urteilsfeststellungen versuchte er am 6. 7.1998 vergeblich, den Mitangekl. K., dessen Verteidigung er sofort nach dessen Inhaftierung - unter Niederlegung des Mandats für St. - übernommen hatte, dazu zu veranlassen, eine von ihm diktierte unrichtige Erklärung zu unterzeichnen. Mit jener Erklärung sollten den Bf. belastende Angaben des K. gegenüber den Ermittlungsbehörden wahrheitswidrig dementiert werden: diese betrafen zum einen die Aufforderung des Bf. an K. zur Flucht ins Ausland, zum anderen einen von K. dem Bf. nach seiner Inhaftierung erteilten Auftrag, die Beseitigung eines bestimmten gestohlenen Kfz. zu vermitteln. Der Bf. kündigte K. an, wenn dieser die Erklärung nicht unterzeichne, könne er ihn nicht weiter verteidigen; eine - tatsächlich gar nicht getroffene, von dem Bf. erlogene - Absprache mit dem StA - insbes. eine als maßvoll angesehene Strafobergrenze und Haftverschonung mit Urteilserlaß betreffend - werde damit hinfällig werden. K. müsse mit wesentlich höherer Bestrafung und Haftfortdauer rechnen.

b) Die Frage, ob die von der Revision zu diesem Fall vorgetragenen besonders gewichtigen Bedenken gegen die Beweiswürdigung durchgreifen müßten, ist, da insoweit jedenfalls eine Durchentscheidung auf Freispruch eher fern läge, nachrangig. Die getroffenen Feststellungen wären nämlich - ungeachtet eines ggfs. grob standeswidrigen, den inhaftierten Mandanten nachhaltig bedrängenden und täuschenden Verhaltens des Bf. - gleichwohl nicht geeignet, eine tragfähige Grundlage für einen Schuldspruch wegen versuchter Nötigung zu bilden.

Die Ankündigung des Bf., er werde bei einem andauernden Verdacht strafvereitelnden Vorverhaltens die Verteidigung des K. nicht fortfahren können, entsprach ersichtlich der strafverfahrens- und standesrechtlichen Rechtslage und vermag schon daher bei den hier i. Ü. festgestellten Begleitumständen nicht den Tatbestand der Drohung mit einem empfindlichen Übel zu erfüllen.

Das LG sieht diese in der Ankündigung des Scheiterns der erlogenen Absprache. Ein Übel in diesem Zusammenhang konnte für den Mitangekl. K. aber allein im unsicheren Fortgang seines Strafverfahrens in der Zukunft liegen. Mußte schon die Durchsetzung der vom Bf. behaupteten Absprache mit dem StA auch seinem Mandanten offensichtlich als nicht endgültig gesichert erscheinen, war es auch und erst recht dessen Aussicht für den weiteren Verfahrensablauf unter Mitwirkung eines anderen Verteidigers. Mehr als eine - freilich zudem auf erlogener Basis erfolgte - massive Anpreisung seiner Verteidigerqualität, aus welcher der Mandant positive Auswirkungen auf den Verfahrensausgang zu erwarten habe, lag in der Bedrängung, durch die Unterschrift unter die Erklärung die Fortführung der Verteidigung zu ermöglichen, objektiv nicht. Anderes war daraus auch für den Mandanten K. offen-

sichtlich nicht zu entnehmen. Hierin läßt sich indes keine Drohung mit einem empfindlichen Übel finden, vielmehr lediglich eine hiervon abzugrenzende Warnung vor naheliegenden für den Mandanten negativen Konsequenzen für den Weigerungsfall, die indes nach eigener Darstellung nicht vom Willen des Bf. abhingen (vgl. Tröndle/Fischer, aaO, § 240 Rdnr. 16).

Eine etwa negative Beeinflussung des weiteren Strafverfahrens für den Fall der Verweigerung der erbetenen Unterschriftsleistung hat der Bf. seinem Mandanten K. hingegen ersichtlich - auch schlüssig oder versteckt - nicht angedroht. Danach fehlt es nach den Feststellungen am tatbestandlichen Einsatz eines Nötigungsmittels.

c) Mangels hinreichender Anhaltspunkte für eine sonstige mögliche Strafbarkeit des Bf. ist auch wegen dieser Tat auf Freispruch durchzuentscheiden.

II. Im zweiten Fall der Verurteilung wegen versuchter Strafvereitelung hat die Revision des Bf. mit einer Verfahrensrüge Erfolg, die insoweit zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führt.

1. In diesem Fall hat die sachlichrechtliche Überprüfung des angefochtenen Urteils - anders als in den beiden anderen Fällen - nicht ohne weiteres die Freisprechung des Bf. zur Folge. Ihm wird insoweit zur Last gelegt, im Interesse seines inhaftierten Mandanten K. auf den früheren Mitangekl. Kr. erfolglos dahin eingewirkt zu haben, daß Kr., der mehrfach gestohlene Fahrzeuge von K. angekauft hatte, ein von K. abgestelltes gestohlenes Fahrzeug beiseite schaffe und für ihn verwerte; ferner sollte Kr. in seiner Werkstatt befindliche Teile gestohlener Fahrzeuge als Beweismittel beiseite schaffen.

Hinreichende Anhaltspunkte dafür, daß mit dem festgestellten Einwirken auf den vorgesehenen Tatmittler hier noch kein Versuchsbeginn einhergegangen wäre, bestehen nicht (vgl. nur BGHSt 43, 177,179 f). Die Feststellungen ergeben in diesem Fall auch nicht etwa ohne weiteres die Voraussetzungen für einen strafbefreienden Rücktritt vom Versuch; vielmehr liegt hinsichtlich des beiseite zu schaffenden gestohlenen Fahrzeugs ein fehlgeschlagener, i. ü. ein mit der Einwirkung auf den die Sachherrschaft ausübenden Tatmittler beendeter Versuch nahe.

Hinsichtlich der zu beseitigenden Beweismittel könnten freilich ähnliche Zweifel bei der Abgrenzung zwischen strafbarer mittelbarer Täterschaft und strafloser Anstiftung zu straflosem selbstbegünstigendem Verhalten zum Tragen kommen wie im Fall der Fluchtaufforderung. Die Frage ist vom Senat indes im bisherigen Verfahrensstadium nicht abschließend zu beantworten. Hinsichtlich der Verwertung eines gestohlenen Kfz. kann Anlaß bestehen, den Sachverhalt auch auf eine mögliche Strafbarkeit unter den Gesichtspunkten der Begünstigung und der Hehlerei zu überprüfen.

2. Mit der Verlesung eines Schriftsatzes des Sohnes des Bf., der in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO Gebrauch gemacht hatte, hat die StrK - die den entsprechenden in der Hauptverhandlung vorgebrachten berechtigten Einwand des Bf. zurückgewiesen hatte - gegen § 252 StPO verstoßen.

a) Anläßlich der Durchsuchung der Kanzleiräume des Bf. am 30.6.1998 war der Zeuge als Sohn des beschuldigten Bf. vorsorglich über sein Zeugnisverweigerungsrecht belehrt worden. Der verlesene Schriftsatz v. 13. 7.1998 ist vom Bf. diktiert worden, indes unwiderlegt auf der Grundlage von Angaben des Zeugen, der den Schriftsatz auch unterzeichnet hat. Inhaltlich enthält er angebliche Erkenntnisse des Zeugen über gemeinsame anwaltliche Kontakte des Bf. und des Zeugen zu Mitangekl. im Zusammenhang mit den beiden Strafvereitelungsvorwürfen. Der Zeuge äußert darin seine Bereitschaft, sich zum Inhalt des Schriftsatzes staatsanwaltlich vernehmen zu lassen. Der Bf. überreichte den Schriftsatz am 14. 7. 1998 anläßlich seiner Beschuldigtenvernehmung durch den StA. Bereits am nächsten Tag wurde sein Sohn dann vom ermittelnden StA zeugenschaftlich vernommen; in dieser Vernehmung bezog er sich auf den Schriftsatz.

b) Verweigert ein Zeuge in der Hauptverhandlung berechtigt das Zeugnis, so dürfen Schriftstücke, die er anläßlich einer gem. § 252 StPO unverwertbaren Vernehmung im Ermittlungsverfahren überreicht und auf die er sich bei dieser Vernehmung bezogen hat, ihrerseits gem. § 252 StPO nicht verlesen und nicht verwertet werden (BGHSt 22, 219; BGH StV 1998, 470). Die Revision macht zutreffend geltend, daß diese Grundsätze hier ebenfalls zu gelten haben.

Entgegen der Auffassung des LG kann der Schriftsatz nicht als spontan abgegebene freiwillige Erklärung gewertet werden, deren Verwertbarkeit mangels Zusammenhangs mit einer Vernehmung zu erwägen wäre (vgl. Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, 44. A., Rdnr. 8 f.; Diemer in KK, 4. A., Rdnr. 20: Gollwitzer in LR- StPO, Rdnr. 29 f.; jew. zu § 252 m. w. N.). Es handelt sich nicht um Angaben, die “aus freien Stükken” und nicht im Bewußtsein ihrer späteren Verwendungsmöglichkeit im Verfahren abgegeben worden sind (vgl. auch BGHR StGB § 252 Verwertungsverbot 16, zum Abdruck in BGHSt bestimmt). Vielmehr ist der Schriftsatz von dem Zeugen mit dem Ziel der Verwertung im Rahmen seiner zu erwartenden Vernehmung an die StA gelangt, jene Vernehmung ist alsbald erfolgt und der Zeuge hat dementsprechend auch den Inhalt des Schriftsatzes zum Gegenstand seiner Vernehmung gemacht. Unter diesen Voraussetzungen wäre es unvertretbar, die Verwertbarkeit abweichend gegenüber einer Fallgestaltung zu behandeln, bei welcher der Zeuge - oder der Besch. mit dessen Einverständnis - zunächst nur die Vernehmung zu dem im Schriftsatz behandelten Beweisthema anregt und den Schriftsatz der StA erst bei jener alsbaldigen Vernehmung überläßt. Die nach bindender Rspr. eindeutig

gegebene Unverwertbarkeit bei jener Fallgestaltung muß auch die nur unwesentlich variierte der vorliegenden Verfahrensgestaltung erfassen.

Da das LG im Rahmen der Beweiswürdigung, die weitgehend der heiklen Frage galt, ob den Angaben des Bf. oder den entgegenstehenden von Mitangekl. zu folgen sei, für die Wertung der Unzuverlässigkeit der Einlassung des Bf. auch den verlesenen, indes unverwertbaren Schriftsatz seines Sohnes herangezogen hat, läßt sich ein Beruhen des Schuldspruchs im zweiten Fall der Verurteilung des Bf. wegen versuchter Strafvereitelung auf dem Verfahrensverstoß nicht ausschließen.

d) Nach bindender Rspr. könnte nichts abweichendes für die Verwertung eines auf entsprechende Weise in das Verfahren eingeführten Schreibens der Verlobten des Bf. v. 14. 7. 1998 gelten, die in der Hauptverhandlung ebenfalls gem. § 52 Abs. 1 Nr. 1 StPO das Zeugnis verweigert hat. Daß die Zeugin bei ihrer Vernehmung im Ermittlungsverfahren mit dem Bf. noch nicht verlobt war, ihr mithin, als sie das Schreiben zum Gegenstand ihrer Vernehmung gemacht hatte, noch gar kein Zeugnisverweigerungsrecht zugestanden hatte, ist nach seitheriger Rspr. unerheblich (BGHSt 22, 219, 220). Der Senat kann nicht anders als jüngst bei anderer Fallgestaltung (BGHR StPO § 252 - Verwertungsverbot 17, zum Abdruck in BGHSt 45, 342 bestimmt) - auch hier offenlassen, ob Anlaß besteht, von dieser Rspr. abzugeben; denn die auf Verletzung des § 252 StPO gestützte Verfahrensrüge greift allein wegen der Verwertung des Schriftsatzes des von Anfang an zeugnisverweigerungsberechtigten Sohnes des Bf. durch.

Standort: §§ 306, 306 a StGB — Problem: Konkurrenzverhältnis

BGH, BESCHLUSS VOM 21.11.2000
1 STR 438/00 (NJW 2001,765)

Problemdarstellung:

In dem nachstehenden Beschluss hatte sich der BGH mit Fragen aus dem Bereich der Brandstiftungsdelikte zu befassen. Im Zentrum der rechtlichen Erörterung stand das Konkurrenzverhältnis der einfachen Brandstiftung gem. § 306 I Nr. 1 StGB zur schweren Brandstiftung gem. § 306 a I Nr. 1 StGB. Während das LG - im Einklang mit der wohl h.M. in der Literatur - vom Verhältnis der Tateinheit ausgegangen war, nimmt der 1. Senat an, dass beim Inbrandsetzen desselben fremden Gebäudes der Tatbestand der einfachen Brandstiftung durch den der schweren Brandstiftung verdrängt wird. § 306 a I Nr. 1 StGB schütze dann, wenn das in Brand gesetzte Objekt ein fremdes sei, zwangsläufig neben Leib und Leben auch das fremde Eigentum. Das ergebe sich schon aus der Fassung des Tatbestands, der uneingeschränkt jedes Gebäude zum tauglichen Tatobjekt erhebe. Im Übrigen sei auch der "Grundtatbestand" des § 306 I Nr. 1 StGB nicht etwa ausschließlich als "qualifiziertes Sachbeschädigungsdelikt" zu charakterisieren. Ihm hafte vielmehr auch ein Element der Gemeingefährlichkeit an. Allerdings vertritt der Senat die Ansicht, dass die etwaige Fremdheit des Objekts im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigt werden könnte.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung betrifft den prüfungsrelevanten Bereich der durch das 6. Strafrechtsreformgesetz neugestalten Brandstiftungsdelikte. Neben den Ausführungen zum Versuch des § 306 b I StGB sind insbesondere die Darlegungen des BGH zum erwähnten Konkurrenzverhältnis bemerkenswert. Bereits mit der - allerdings vom Gesetzgeber geteilten - Einordnung der einfachen Brandstiftung nach § 306 I Nr. 1 StGB als Delikt, dem "auch ein Element der Gemeingefährlichkeit" anhafte, setzt sich der BGH in Widerspruch zur überwiegenden Literaturansicht, die dem Inbrandsetzen etwa eines Schlauchbootes auf einem See (Nr. 4) keine gemeine Gefahr abzugewinnen vermag (zum Erfordernis einer restriktiven Auslegung s. etwa Wessels/Hettinger, BT 1, Rn. 959).

Demenstprechend geht die h.L. davon aus, dass es sich bei § 306 I StGB um ein reines Sachbeschädigungsdelikte handelt, mithin gerade nicht um den "Grundtatbestand" zur gemeingefährlichen Tat nach § 306 a I Nr. 1 StGB. Schließlich erscheint es bedenklich, wenn der BGH zwar davon ausgeht, dass § 306 I Nr. 1 StGB zwar von § 306 a I Nr. 1 StGB im Wege der Gesetzeskonkurrenz verdrängt wird, die Fremdheit des Gebäudes aber im Rahmen der Strafzumessung strafschärfend zu berücksichtigen sein soll. Wenn nämlich § 306 a I StGB dann, wenn es sich um ein fremdes Objekt handelt, auch das fremde Eigentum schützen soll, ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber dies bei der Strafrahmenbildung auch berücksichtigt hat, mithin eine Strafschärfung - entgegen der Ansicht des BGH - dem sog. Doppelverwertungsverbot gem. § 46 III StGB zuwiderläuft.

Leitsatz:

Beim Inbrandsetzen ein und desselben fremden Gebäudes wird der Tatbestand der Brandstiftung nach § 306 I Nr. 1 StGB (i.d.F. des 6. StrRG) durch denjenigen der schweren Brandstiftung gem. § 306 a I Nr. 1 (hier: Inbrandsetzen eines Gebäudes, das der Wohnung von Menschen dient) verdrängt.

Sachverhalt:

Der Angekl. legte nächtens im Gasthof E in H., wo er als Auszubildender tätig war, einen Brand. Im Gebäude, das im Eigentum seines Lehrherrn stand, befanden sich zu diesem Zeitpunkt 24 Personen, darunter 17 Übernachtungsgäste, die alle im ersten Obergeschoss und teilweise über dem in Brand gesetzten Raum schliefen. Der Angekl. hielt für möglich, dass das Feuer auf das Obergeschoss und die anderen Stockwerke übergreifen und so die Gesundheit dieser Menschen durch Brandverletzungen oder Rauchvergiftungen erheblich beeinträchtigen könne. Da eine junge Frau, deren Zimmer sich alsbald mit Rauch gefüllt hatte, aufwachte, kam es zu einem schnellen Eingreifen der Feuerwehr. Dadurch blieb der Brand im Wesentlichen auf den Raum beschränkt, in welchem der Angekl. ihn gelegt hatte. Dort hatte das Feuer bereits die hölzernen Deckenbalken ergriffen; unter anderem hatte auch der fest mit dem Boden verklebte Teppichboden weiter gebrannt, nachdem das als Brandbeschleuniger eingesetzte Benzin verbraucht war.

Das LG hat den Angekl. wegen Brandstiftung in Tateinheit mit schwerer und versuchter besonders schwerer Brandstiftung zur Freiheitsstrafe von zwei Jahren und neun Monaten verurteilt. Die hiergegen gerichtet Revision des Angekl. führte lediglich zu einer Änderung des Schuldspruchs, blieb im Übrigen aber ohne Erfolg.

Gründe:

1. Rechtlich hat das LG das Verhalten als versuchte besonders schwere Brandstiftung (§§ 306 b I, 22 StGB) gewürdigt, weil der bedingte Vorsatz des Angekl. sich auf eine Gesundheitsbeschädigung einer großen Zahl von Menschen bezogen habe. Darüber hinaus hat es die Tatbestände der (einfachen) Brandstiftung (in der Variante des § 306 I Nr. 1 StGB) und der schweren Brandstiftung (in der Variante des § 306 a I Nr. 1 StGB) als erfüllt angesehen. Dagegen ist von rechts wegen nichts zu erinnern (vgl. zur Auslegung des Merkmals einer “großen Zahl von Menschen in § 306 b I StGB: BGH, NStZ 1999, 84).

2. Indessen hält die Annahme von Tateinheit zwischen der (einfachen) Brandstiftung und der (hier vollendeten) schweren Brandstiftung rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Vielmehr wird bei der Inbrandsetzung ein und desselben fremden Gebäudes die Brandstiftung nach § 306 I Nr. 1 StGB (Inbrandsetzen eines fremden Gebäudes) durch den Tatbestand der schweren Brandstiftung gem. § 306 a I Nr. 1 (hier: Inbrandsetzen eines Gebäudes, das der Wohnung von Menschen dient) verdrängt. Für die Fassung der entsprechenden Tatbestände vor dem Inkrafttreten des 6. StrRG war dies in der Rechtsprechung des BGH anerkannt (vgl. etwa BGH, StV 1984, 246). An dieser Rechtsprechung hält der Senat auch für die durch das 6. StrRG umgestalteten Tatbestände fest (wie hier Lackner/Kühl, StGB, 23, Aufl. § 306 Rdnr. 6; a. A.: Tröndle/Fischer, StGB, 49. Aufl., § 306 Rdnr. 20; Horn, in: SK-StGB, § 306 Rdnr. 21).

Während der Grundtatbestand des § 306 Nr. 1 StGB lediglich fremde Gebäude vor dem Inbrandsetzen schützen soll, erweitert der Tatbestand des § 306 a I Nr. 1 StGB diesen Schutz. Er erfasst sowohl fremde wie eigene Gebäude und fügt ein weiteres Merkmal hinzu: das Gebäude muss der Wohnung von Menschen dienen. Liegen die Voraussetzungen dieses Tatbestands (§ 306 a I Nr. 1 StGB) vor, wird - wenn es sich um ein fremdes Gebäude handelt - der Unrechtsgehalt des § 306 I Nr. 1 StGB vollständig mit erfasst; alle seine Merkmale sind in § 306 a I Nr. 1 StGB enthalten. Dem kann nicht mit Erfolg entgegengehalten werden, beide Tatbestände schützten unterschiedliche Rechtsgüter: der erste das (fremde) Eigentum, der zweite Leben und Gesundheit (so aber Horn, in: SK-StGB, § 306 Rdnr. 21; vgl. Tröndle/Fischer, § 306 Rdnr. 20). Eine solche Betrachtung griffe zu kurz. Auch bei der Tatbestandsvariante des Inbrandsetzens eines der Wohnung von Menschen dienenden Gebäudes (§ 306 a I Nr. 1 StGB) wird dann, wenn dieses ein fremdes ist, zwangsläufig neben Leib und Leben auch das fremde Eigentum geschützt. Das ergibt sich schon aus der Fassung des Tatbestands, der uneingeschränkt jedes Gebäude zum tauglichen Tatobjekt erhebt. Im Übrigen ist auch der Grundtatbestand des § 306 I Nr. 1 StGB nicht etwa ausschließlich als "qualifiziertes Sachbeschädigungsdelikt" zu charakterisieren. Ihm haftet vielmehr auch ein Element der Gemeingefährlichkeit an (vgl. Gesetzentwurf BT-DR 13/ 8587, S. 87; Radtke, ZStW 110 [1998], 848 [861]). Das findet nicht zuletzt in seiner systematischen Stellung im Abschnitt über die gemeingefährlichen Straftaten seine Bestätigung. Hinzu kommt, dass der gerade in der Fremdheit des Gebäudes gründende Teil des Schuldgehalts bei einer Verurteilung wegen "Brandstiftung in Tateinheit mit schwerer Brandstiftung" im Schuldspruch selbst nur unvollkommen Ausdruck fände, weil er sich in der Deliktsbezeichnung nicht widerspiegeln würde. Eine solche Tenorierung wäre eher eigentümlich, weil ein Brandstiftungsakt ein und demselben Gebäude gilt. Die etwaige Fremdheit des in Brand gesetzten Gebäudes kann hingegen bei der Strafzumessung im Rahmen des § 306 a I Nr. 1 StGB im Blick auf die verschuldeten Auswirkungen der Tat (vgl. § 46 II StGB) angemessen berücksichtigt werden. Das wird regelmäßig im Zusammenhang mit der Höhe des angerichteten Schadens geschehen. Ein Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot (§ 46 III StGB) läge darin nicht, weil das in Rede stehende Merkmal (Gebäude) so weit gefasst ist, dass es verschiedene Fallgestaltungen abdeckt, die voneinander unterschieden werden können.

3. Der Senat kann den Schuldspruch entsprechend ändern und den Strafausspruch bestehen lassen. Der Un-

rechtsgehalt des § 306 I Nr. 1 StGB ist in dem Schuldspruch nach § 306 a I Nr. 1 StGB enthalten und die vom LG angeführten Strafzumessungsgesichtspunkte sind ersichtlich nicht berührt. Der Senat schließt daher aus, dass die Schuldspruchänderung Einfluss auf die Strafbemessung haben könnte.

Standort: § 316 a StGB — Problem: Auslegung der Neufassung

BGH, URTEIL VOM 08.11.2000
3 STR 360/00 (NJW 2001,764)

Problemdarstellung:

Die Angekl. hatten sich unter einem Vorwand im Pkw des späteren Opfers mitnehmen lassen, um von diesem auf der Fahrt unter Anwendung von Drohungen Geld zu erpressen. Entsprechend ihrem Plan erlangten sie vom Opfer 10.000 DM, nachdem sie es dazu genötigt hatten, sein Fahrzeug am Rand eines Tankstellengeländes zu halten. Der BGH hatte zu entscheiden, ob sich die Angekl. wegen räuberischen Angriffs auf einen Kraftfahrer gem. § 316 a I StGB strafbar gemacht haben, wobei insbesondere zu erörtern war, ob sie bei ihrem Angriff die "besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs ausgenutzt" haben. Der Senat führt zunächst aus, dass durch die Neufassung des § 316 a I StGB durch das 6. StrRG der Regelungsgehalt des Tatbestandsmerkmals nicht berührt worden ist. Danach liegen die Voraussetzungen des § 316 a StGB auch dann vor, wenn der beabsichtigte Überfall von einem Fahrzeuginsassen erst nach dem planmäßigen herbeigeführten Anhalten des Fahrzeugs begangen wurde, soweit eine nahe Beziehung der Tat zum Straßenverkehr, zur Benutzung des Fahrzeugs als Verkehrs- und Transportmittel bestand.

Prüfungsrelevanz:

§ 316 a StGB bezieht seine Prüfungsrelevanz aus dem Umstand, dass er häufig im Zusammenhang mit den wichtigen §§ 249, 252, 255 StGB zu prüfen ist, da im "Verüben" des Angriffs regelmäßig der Versuch der genannten Delikte liegt. Die vorliegende Entscheidung stellt übersichtlich die bisherige Rechtsprechung zum Merkmal des Ausnutzen der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs dar und überträgt sie auf die Neufassung (vgl. zur Neufassung die Überblicksaufsätze von Mitsch, JA 1999, 662, C. Fischer, Jura 2000, 433 und Ingelfinger, JR 2000, 225). Die Rechtsprechung sieht insoweit nicht nur Angriffe während der Fahrt als erfasst an, sondern sieht das erforderliche Ausnutzen der dem fließenden (!) Verkehr eigentümlichen Gefahren auch dann als gegeben an, wenn sich - wie im vorliegenden Fall - das Opfer während des Überfalls noch im haltenden Fahrzeug befindet und ohne zeitlichen Abstand unmittelbar im Anschluss an die Fahrt überfallen wird (zur Abgrenzung zum Ausnutzen der Gefahren des "ruhenden Verkehrs" s. BGH, NStZ 2000, 144). Nach Ansicht des BGH reicht es sogar aus, wenn der Überfall außerhalb des Fahrzeugs stattfinden soll und im unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang mit dem Anhalten und Aussteigen steht (sehr streitig, vgl. zur Übersicht Rengier, BT I, 12/10 ff.).

Leitsatz:

Durch die Neufassung des § 316 a I StGB durch das 6. StrRG wird der Regelungsgehalt des Tatbestandsmerkmals des Ausnutzens der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs nicht berührt.

Sachverhalt:

Die Angekl. waren übereingekommen, sich von dem Bauunternehmer W unter dem Vorwand, eine Fahrgelegenheit zu benötigen, in dessen Auto mitnehmen zu lassen und auf der Fahrt unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Leibesgefahr von ihm Geld zu erpressen. Entsprechend diesem Plan nahmen der Angekl. S auf dem Beifahrersitz und der Angekl. K auf der Rückbank Platz. Als sie sich auf der Fahrt einer Tankstelle näherten, bat der Angekl. S den W mit der Behauptung, er wolle etwas kaufen, um einen Halt. Er wollte, dass dieser "seinen Pkw an einer etwas abseits gelegenen Stelle zum Stehen brachte und er und K ihn an diesem Ort erpressen und, soweit er Bargeld bei sich haben würde, dieses abnehmen konnten". Als W nahe dem Verkaufsraum der Tankstelle anhielt, verlangte der Angekl. S dementsprechend "in barschem Ton …, nicht hier, sondern am Rand des Tankstellengeländes zu halten". Unmittelbar nachdem W sein Fahrzeug dort zum Stehen gebracht hatte, begann der Angekl. S vom Beifahrersitz aus damit, ihn zu bedrohen und die Herausgabe von Geld zu verlangen, während der Angekl. K vom Rücksitz aus die Bedrohung dadurch verstärkte, dass er mit dem ungeladenen Schreckschussrevolver "herumspielte". Wie von den Angekl. erwartet, empfand W dies als massive Drohung mit Gefahr für Leib oder Leben und zahlte 10.000 DM an die Angekl.

Das LG hat die Angekl. wegen räuberischen Angriffs auf einen Kraftfahrer in Tateinheit mit schwerer räuberischer Erpressung jeweils zu einer Freiheitsstrafe von sechs Jahren verurteilt. Die hiergegen gerichteten Revisionen der Angekl. hatten keinen Erfolg.

Gründe:

Der Senat nimmt Bezug auf die Ausführungen des Generalbundesanwalts zur Begründung des Antrags nach § 349 II StPO und bemerkt ergänzend: Die Beweiswür-

digung ist von Rechts wegen nicht zu beanstanden. Insbesondere handelt es sich bei der Überzeugung der Kammer, dass der Angekl. S Kenntnis hinsichtlich der mitgeführten (zum Teil gefährlichen) Werkzeuge gehabt hatte, nicht um eine bloße Vermutung; vielmehr hat das LG aus der vom Angekl. K eingestandenen Tatsache, dass er das Butterflymesser und den ungeladenen Streckschussrevolver bei der Tat mitgeführt hatte, und der Schilderung des Geschädigten, der hinter ihm sitzende Täter habe mit einem Gegenstand "herumgespielt", einen revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden Schluss gezogen.

Der näheren Erörterung bedarf nur die Frage, ob die Angekl. bei dem zur Begehung der Erpressung verübten Angriff auf die Entschlussfreiheit des Opfers die besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs ausgenutzt haben (§ 316 a I StGB). Nach den Feststellungen des LG sind die Voraussetzungen des § 316 a I StGB ausreichend belegt.

1. Durch das 6. StrRG ist der Deliktscharakter des räuberischen Angriffs auf Kraftfahrer geändert worden. Das frühere Unternehmensdelikt ist in ein Delikt umgestaltet worden, das durch "Verüben eines Angriffs" begangen wird. Ob es sich dabei um ein Tätigkeits-, ein unechtes Unternehmens- oder um ein Erfolgsdelikt handelt, ist umstritten (vgl. Ingelfinger, JR 2000, 225), muss aber hier nicht entschieden werden. Die Angekl. haben zur Begehung einer räuberischen Erpressung einen Angriff auf die Entschlussfreiheit des Geschädigten verübt, indem sie ihn aufforderten, an den Rand des Geländes zu fahren und ihn dort unmittelbar nach dem Anhalten bedrohten. Da die Drohung der Angekl. unmittelbar zur Aushändigung eines Geldbetrags von 10.000 DM durch das Tatopfer geführt hat, ist das Versuchsstadium eindeutig überschritten und es liegt eine Vollendung des § 316 a I StGB vor (vgl. zu den Abgrenzungsfragen Ingelfinger, JR 2000, 225 [229 ff.]).

2. Dabei haben die Angekl. auch die besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs ausgenutzt. An dem Regelungsgehalt dieses Tatbestandsmerkmals hat sich durch die Neufassung sachlich nichts geändert (Fischer, Jura 2000, 433 [440]; so auch inzidenter BGH, Beschl. vom 18. 8. 1998 - 5 StR 337/98), so dass jedenfalls in den Fällen, in denen der Angriff verübt worden ist, an die bisherige Rechtsprechung des BGH angeknüpft werden kann. Danach ist das Merkmal des Ausnutzens der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs erfüllt, wenn der Täter sich eine Gefahrenlage zunutze macht, die dem fließenden Verkehr eigentümlich ist. Die Gefahrenlage wird in erster Linie begründet durch die Beanspruchung des Fahrers infolge des Lenkens eines Kraftfahrzeugs und die damit verbundene Konzentration auf die Verkehrslage und die Fahrzeugbedienung sowie durch die hieraus folgende Erschwerung einer Gegenwehr (vgl. BGHSt 37, 256 [258]; 38, 196 [197]). Auf dieser Grundlage ist ein räuberischer Angriff auf Kraftfahrer bei einem Überfall auf den Fahrer eines verkehrsbedingt im fließenden Verkehr haltenden Kraftfahrzeugs angenommen worden (BGHSt 25, 315 [317]; 38, 196 [197 f.]). Der BGH hat aber auch die durch die Fahrt bewirkte "Vereinzelung des Fahrers" und die damit verbundene Nichterreichbarkeit fremder Hilfe zu den besonderen Verhältnissen des Straßenverkehrs gerechnet (BGHSt 5, 280 [282]; 6, 82 [84]; 13,27 [30]). Eine erhebliche Entfernung von fremder Hilfe ist dabei nicht gefordert. Das Opfer ist auch dann isoliert, wenn in unmittelbarer Nähe des Tatorts der Verkehr vorbeiflutet (BGHSt 15, 322). Der BGH hat deshalb die Voraussetzungen des § 316 a I StGB auch dann bejaht (oder für möglich gehalten), wenn der beabsichtigte Überfall von einem Fahrzeuginsassen erst nach dem planmäßig herbeigeführten Anhalten des Fahrzeugs begangen wurde (BGHSt 18, 170; 38, 196; BGH bei Dallinger, MDR 1975, 725). Erforderlich ist aber eine nahe Beziehung der Tat zum Straßenverkehr, zur Benutzung des Fahrzeugs als Verkehrs- und Transportmittel (BGH, NJW 1969, 1679; NJW 1971, 765 [766]).

Die Entscheidung des LG befindet sich im Einklang mit diesen Grundsätzen. Ihr steht nicht entgegen, dass der Tatbestand des § 316 a StGB vom BGH in den Fällen verneint worden ist, in denen der Angriff auf den Fahrer oder Beifahrer im ruhenden Verkehr stattfand, also erst, nachdem das Fahrzeug auf einem Parkplatz, am Fahrtziel oder einem Zwischenziel angekommen und die Fahrt damit zunächst beendet war (BGH, GA 1979, 466). Eine solche Beendigung der Fahrt ist vorliegend gerade nicht festgestellt; vielmehr haben die Angekl. den Geschädigten veranlasst, an abgelegener Stelle - nach der Vorstellung des Geschädigten nur für kurze Zeit - zu halten, und haben unmittelbar danach im Auto mit der räuberischen Erpressung begonnen. Mit der für sich genommenen missverständlichen Formulierung, die Angekl. hätten geplant, den erpresserischen Angriff “erst im ruhenden Verkehr” auszuführen, macht das LG ersichtlich, dass die Angekl. durch ihre Vorgehensweise verhindern wollten, dass der Geschädigte das in Fahrt befindliche Auto an eine für sie nicht erwünschte Stelle, etwa ein Polizeirevier lenken konnte.

In diesem Zusammenhang durfte das LG auch darauf abstellen, dass es den Angekl. bei der Tat auch darauf ankam, den Umstand auszunutzen, dass dem Opfer als Führer des Pkw auf Grund der räumlichen Enge nur erheblich eingeschränkte Abwehrmöglichkeiten zur Verfügung standen. Dies haben die Angekl., nachdem sie das Opfer unter Vorspiegelung eines Anhaltewunschs in die erstrebte isolierte Halteposition gebracht hatten, auch sofort in Verfolgung ihres zuvor gefassten Tatplans ausgenutzt. Die Entscheidungen BGH, NStZ 1996, 389 (390) und BGHR StGB § 316 a Abs. 1 - Straßenverkehr 12 stehen dem nicht entgegen. Dort waren der Entschluss zum Raub erst gefasst und

der Angriff unternommen worden, nachdem das Fahrzeug zum Stillstand gekommen war. Zur Tatbestandserfüllung des § 316 a I StGB genügt es aber nicht, dass lediglich die Abwehrmöglichkeitlen des Kraftfahrzeugführers durch die Enge im Fahrzeug eingeschränkt sind.

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht Problem: Laserdrom und "öffentliche Ordnung"

OVG NRW, URTEIL VOM 27.09.2000
5 A 4916/98 (NWVBL 2001, 94)

Problemdarstellung:

Das OVG NRW hatte sich im vorliegenden Rechtsstreit mit der Zulässigkeit von Wettkampfspielen zu beschäftigen, die in sogen. "Laserdromen" stattfinden. Bei diesen wird im simulierten militärischen Nahkampf versucht, mittels eines Lasergewehres die jeweiligen Gegenspieler zu treffen und auf diese Weise spielerisch simuliert zu töten. Das Gericht sieht in diesem Spielablauf einen die Ordnungsbehörden zum Einschreiten ermächtigenden Verstoß gegen die öffentliche Ordnung. Es macht dabei interessante Ausführungen zur hinreichenden Bestimmtheit dieses Rechtsbegriffs, zur Subsumtion des Laserdrombetriebes unter diesen sowie zur Vereinbarkeit eines solchen Vorbots mit Art. 3 und 12 GG sowie den Grundfreiheiten des EG-Vertrages, namentlich der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (Art. 42, 49 EG).

Prüfungsrelevanz:

Die Laserdrome-Problematik war in der jüngeren Vergangenheit bereits wiederholt Gegenstand von Gerichtsurteilen (vgl. bereits OVG NRW, NWVBl 1995, 473 ff.; OVG Rh.-Pf., NVwZ-RR 1995, 30 ff.) und Abhandlungen in der Literatur (Störmer, NWVBl 1997, 313 ff.; Heckmann, JuS 1999, 986; Haurand, JA 1995, 196 ff.). Laserdrome werden ganz überwiegend (a.A. vor allem BayVGH, NVwZ-RR 1995, 32, 33) für unzulässig gehalten, weil sie gegen grundgesetzliche Wertungen (Menschenwürde, Persönlichkeitsrecht, Gewaltmonopol des Staates) verstoßen. Bzgl. des Gutachtenaufbaus ist zu erwähnen, dass die diese Wertmaßstäbe verkörpernden Verfassungsnormen (Art. 1, 2, 20 GG) vielfach bereits als Teil des geschriebenen Rechts im Rahmen der "öffentlichen Sicherheit" geprüft werden (insbes. Störmer, a.a.O., S. 315 m.w.N., der dies für die "wohl überwiegende Ansicht" hält), während das OVG NRW (NWVBl 1995, 473, 474 sowie in der vorliegenden Entscheidung) selbige erst als prägende Wertmaßstäbe im Rahmen der öffentlichen Ordnung prüft. Vertretbar ist selbstverständlich beides.

Die Laserdrome-Problematik kann i.Ü. auch mit Fragen des *allgemeinen Verwaltungsrechts* oder des *Baurechts* kombiniert werden. So liegt dem von Heckmann (a.a.O.) gebildeten Fall die Kostruktion zugrunde, dass ein Nachbar gegen die Baugenehmigung für einen Laserdrome Widerspruch einlegt. Hingegen wird *Gewerberecht* in aller Regel nicht zur Anwendung kommen, da der Betrieb eines Laserdromes gewerberechtlich wohl nicht genehmigungspflichtig ist (hierzu Störmer, a.a.O., S. 314) und deshalb nicht nach § 15 II GewO unterbunden werden kann. Es bleiben lediglich die Fälle, in denen über § 35 GewO wegen Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden eingeschritten wird. Geht es jedoch nicht um die Person des Gewerbetreibenden, sondern die Zulässigkeit des Spieles als solchem, bleibt nur der Rückgriff auf die jeweilige landesrechtliche Generalklausel des Polizei- und Ordnungsrechts.

Leitsätze:

1. Laserspiele in einem "Laserdrom", bei denen Menschen zum Objekt simulierter Tötungshandlungen werden, widersprechen grundgesetzlichen Wertungen und können gemäß § 14 Abs. 1 OBG NRW untersagt werden.

2. Zur Vereinbarkeit einer solchen Untersagung mit der Niederlassungsfreiheit (Art. 52 ff. EGV, jetzt Art. 42 ff. EG) und der Dienstleistungsfreiheit (Art. 59 ff. EGV, jetzt Art. 49 ff. EG).

Sachverhalt:

Die zuständige Ordnungsbehörde (Bekl.) untersagte der Klägerin (Kl.) per Ordnungsverfügung, in dem von ihr in Köln betriebenen "Laserdrom" Wettkampfspiele zu betreiben, "die ein spielerisches Töten von Menschen aufgrund einer Trefferregistrierung zum Gegenstand haben". Zur Begründung führt sie u.a. aus, die von der Kl. veranstalteten Wettkampfspiele, bei denen mit militärisch anmutender Ausrüstung bewaffnete Spieler im Nahkampf per Laserstrahl auf den Körper der jeweiligen Gegner zielen und versuchen, diese so "abzuschießen", würden Menschen zum Objekt von Tötungshandlungen degradieren, was gegen die Wertmaßstäbe des Grundgesetzes verstoße.

Die Kl., welche zuvor ordnungsgemäß angehört worden war, hält die Ordnungsverfügung für zu unbestimmt, da sie nun gar nicht wisse, Spiele welcher Art sie nun noch veranstalten dürfe und welche nicht. Auch gebe es vergleichbare andere Spiele wie "Gotcha" und traditionelle Sportarten (Fechten, Boxen), die ebenfalls ein aggressives bzw. militärisches Ver-

halten fordern, jedoch nicht untersagt würden. Gleiches gelte für Gewalt darstellende Videospiele, Filme usw. Schließlich sei die Untersagungsverfügung ein unzulässiger Eingriff in ihre Berufsfreiheit und die europäischen Grundfreiheiten auf Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit; in den Niederlanden würden schließlich auch Laserdrome ohne Beanstandung betrieben.

Ist die Ordnungsverfügung rechtmäßig?

Lösung:
Die Ordnungsverfügung ist rechtmäßig, wenn sie dem aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 III GG folgenden Vorbehalt des Gesetzes genügt, d.h. von einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage gedeckt ist.

A. Ermächtigungsgrundlage
Als Rechtsgrundlage der Ordnungsverfügung kommt nur § 14 Abs. 1 OBG NRW in Betracht. Danach können die Ordnungsbehörden die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine im Einzelfall bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren. Allerdings müsste die Vorschrift ihrerseits wirksam sein. Der Begriff der "öffentlichen Ordnung" könnte jedoch zu unbestimmt sein, um dem ebenfalls aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 III GG ableitbaren Bestimmtheitsgrundsatz zu genügen. Das OVG zerstreut diese Bedenken jedoch im Einklang mit der h.L. und der st. Rspr. von BVerfG und BVerwG:
"Diese Vorschrift genügt, auch soweit sie Gefahren für die öffentliche Ordnung erfasst, dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz. Das Gebot hinreichender Bestimmtheit verwehrt es dem Gesetzgeber nicht, Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe zu verwenden (BVerfGE 49, 89, 133; 49, 168, 181). Ihre Auslegungsbedürftigkeit nimmt einer Rechtsnorm noch nicht die rechtsstaatlich gebotene Bestimmtheit (BVerfGE 21, 209, 215 m. w. N.). Der Begriff der öffentlichen Ordnung, den auch das Grundgesetz (Art. 13 Abs. 7, 35 Abs. 2 GG) sowie das Europäische Gemeinschaftsrecht (Art. 56 Abs. 1 EGV, jetzt Art. 46 Abs. 1 EG) verwenden, ist so bestimmt gefasst, wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist (BVerfGE 78, 205, 212). Er ist darüber hinaus durch die Rechtsprechung in seinen allgemeinen Anforderungen hinreichend deutlich umrissen (BVerwG, DVBl. 1970, 504, 506)."

B. Formelle Rechtmäßigkeit

I. Zuständigkeit
Die formelle Rechtmäßigkeit setzt zunächst die Zuständigkeit der handelnden Behörde voraus, welche laut Sachverhalt gegeben ist.

II. Verfahren
In verfahrensrechtlicher Hinsicht müsste die Kl. als Adressatin der sie belastenden Verfügung angehört worden sein, § 28 I VwVfG NRW. Dies ist geschehen, so dass mangels irgendwelcher Anhaltspunkte für sonstige Verstöße auch ein ordnungsgemäßer Verfahrensablauf vorlag.

III. Form
Fraglich bleibt allein die Form.

1. Schriftform; Begründung
Diesbezüglich fordert zunächst § 20 OBG NRW eine schriftliche Ordnungsverfügung, welche gem. § 39 I VwVfG NRW zu begründen ist. Dass die Bekl. schriftlich gehandelt hat, ist mangels gegenteiliger Anhaltspunkte zu unterstellen. Zur Begründung hat sie ausgeführt, Menschen würden im Rahmen der von der Kl. veranstalteten Wettkampfspiele zum Objekt von Tötungshandlungen degradiert, was gegen die Wertmaßstäbe des Grundgesetzes verstieße. Hierin liegt eine einzelfallbezogene, "schlüssige" Begründung, die mithin den Anforderungen des § 39 I VwVfG NRW genügt. Ob sie zutrifft, ist eine Frage der materiellen Rechtmäßigkeit und somit für die Wahrung des Formerfordernisses ohne Belang.

2. Bestimmtheit
Die Verfügung müsste ferner inhaltlich hinreichend bestimmt sein, § 37 I VwVfG NRW. Diesbezüglich rügt die Kl., sie könne aus der Verfügung nicht erkennen, welche Spiele sie noch veranstalten dürfe und welche sie zu unterlassen habe. Das OVG tritt dieser Argumentation jedoch wie folgt entgegen:
"Die angefochtene Ordnungsverfügung ist entgegen der Auffassung der Klägerin hinreichend bestimmt (§ 37 Abs. 1 VwVfG NRW). Die Ordnungsverfügung untersagt der Klägerin, in deren Betriebsstätte "Spielabläufe zu ermöglichen bzw. zu dulden, die ein gezieltes Beschießen von Menschen mittels Laserstrahl oder sonstiger technischer Einrichtungen (wie z. B. Infrarot), also aufgrund einer Trefferregistrierung ein so genanntes spielerisches Töten von Menschen zum Gegenstand haben". Mit diesem Inhalt bringt die Ordnungsverfügung für den verständigen Adressaten unmissverständlich zum Ausdruck, dass nicht der gesamte Betrieb des Laserdroms, sondern lediglich eine bestimmte Spielvariante untersagt wird. Untersagt ist jedes Schießen auf Menschen mittels Laser- oder Infrarotstrahl (oder sonstiger technischer Einrichtungen), nicht jedoch sonstige Spielvarianten wie […] Schießen auf fest installierte Objekte auf parallelen Schießbahnen."
Ist das Verbot mithin hinreichend klar umrissen, lässt sich mit hinreichender Bestimmtheit auch ermitteln, was noch erlaubt ist, nämlich im Umkehrschluss alles, was vom Verbot nicht umfasst ist. Die Verfügung ist

mithin hinreichend bestimmt und, da keine weiteren Bedenken ersichtlich sind, somit insgesamt formell rechtmäßig.

C. Materielle Rechtmäßigkeit
Fraglich ist, ob der Tatbestand der Ermächtigungsgrundlage erfüllt und die richtige Rechtsfolge gewählt worden ist.

I. Tatbestand
Tatbestandlich setzt § 14 I OBG NRW eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung sowie die Ordnungspflicht des Adressaten (§§ 17 - 19 OBG NRW) voraus.

1. Öffentliche Sicherheit betroffen
Vom Schutzgut der öffentlichen Sicherheit sind die Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates, das geschriebene Recht und die Individualrechtsgüter umfasst. Fraglich ist, ob eines dieser Schutzgüter betroffen ist.
a. Staatliche Einrichtungen oder Veranstaltungen werden vorliegend vorliegend nicht gestört.
b. Mit Blick auf das geschriebene Recht kommt allenfalls ein Verstoß gegen § 118 OWiG in Betracht. Es lässt sich jedoch nicht feststellen, dass das Verhalten der Kl. bzw. der von ihr veranstalteten Spiele überhaupt nach außen dringt. Von einer Belästigung oder Gefährdung der Allgemeinheit, wie sie § 118 OWiG voraussetzt, kann daher nicht ausgegangen werden.
c. Es bleibt eine Beeinträchtigung von Individualrechtsgütern wie etwa der Menschenwürde oder des allg. Persönlichkeitsrechts der Mitspieler. Diese nehmen jedoch freiwillig an den Spielen teil (sie bezahlen sogar dafür), so dass eine die Verletzung derselben ausschließende Einwilligungen vorliegen könnten. Allerdings ist die Menschenwürde ebenso unverzichtbar wie der Kernbereich des Persönlichkeitsrechts, so dass fraglich ist, ob die Einwilligung ihrerseits wirksam ist. Dafür spricht, dass es sich um eine spielerische Veranstaltung handelt, bei der sich der Spieler auch durch Geschicklichkeit und Einsatz zur Wehr setzen kann. Ferner schützen Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht auch die freie Entfaltung personaler Identität durch selbstbestimmtes Verhalten. Der getroffene Spieler wird auch nicht der Lächerlichkeit preisgegeben oder sonstwie zum Objekt degradiert. Demzufolge sind die Einwilligungen der jeweiligen Spielers wirksam, ihre Individualrechtsgüter sind nicht verletzt. Die öffentliche Sicherheit ist mithin nicht betroffen.

[Anm.: Das OVG ist in seiner Entscheidung auf die öffentliche Sicherheit gar nicht eingegangen, sondern hat ausschließlich zur öffentlichen Ordnung Stellung genommen. Dass es gleichwohl vertretbar ist, bereits an dieser Stelle die Grundrechte als Bestandteil des geschriebenen Rechts zu prüfen, wurde bereits in der Einführung unter "Prüfungsrelevanz" dargelegt.]

2. Öffentliche Ordnung betroffen
Nach Ansicht des OVG liegt eine Störung der öffentlichen Ordnung vor. Dies begründet das Gericht ausführlich:
"Der Begriff der öffentlichen Ordnung, der in Art. 13 Abs. 7 GG und Art. 35 Abs. 2 Satz 1 GG seine verfassungsrechtliche Anerkennung gefunden hat, umfasst die Gesamtheit jener ungeschriebenen Regeln für das Verhalten des Einzelnen in der Öffentlichkeit, deren Beobachtung nach den jeweils herrschenden Anschauungen als unerlässliche Voraussetzung eines geordneten Zusammenlebens betrachtet wird (OVG NRW, Urteil vom 31. 5. 1988 - 5 A 2638/85; Beschluss vom 22. 6. 1994 - 5 B 193/94; Franßen, FS BVerwG, 1978, S. 201, 206; Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 9. Auflage 1986, S. 245).
Die insoweit herrschenden Anschauungen werden auch geprägt durch die Wertmaßstäbe des Grundgesetzes. Im vorliegenden Zusammenhang sind dies die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG), das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) und das staatliche Gewaltmonopol (Art. 20 GG). Die grundrechtlichen Wertmaßstäbe beeinflussen insbesondere Generalklauseln, die, wie § 14 OBG NRW, mit dem Tatbestandsmerkmal "öffentliche Ordnung" zur Beurteilung menschlichen Verhaltens auf außerrechtliche Maßstäbe verweisen. Denn bei der Entscheidung darüber, was diese sozialen Gebote jeweils im Einzelfall fordern, muss in erster Linie von der Gesamtheit der Wertvorstellungen ausgegangen werden, die die Gesellschaft in einem bestimmten Zeitpunkt ihrer geistig-kulturellen Entwicklung erreicht und in ihrer Verfassung fixiert hat. Die geschichtlich wandelbaren Anschauungen davon, was als maßgebliche unerlässliche Ordnungsvoraussetzungen in der Rechtsgemeinschaft anzusehen ist, werden auch durch rechtliche Gebote und Verbote beeinflusst. Der Rechtsgehalt der Grundrechte entfaltet sich daher mittelbar durch die ordnungsrechtliche Generalklausel der "öffentlichen Ordnung" (vgl. BVerfGE 7, 198, 206 und 215). Menschenwürde und grundrechtliche Freiheiten sind mithin konstituierende Bestandteile der öffentlichen Ordnung (Franßen, a.a.O., S. 208). Den sich so ergebenden Regeln für ein geordnetes Gemeinschaftsleben widerspricht die von der Beklagten untersagte Laserspielvariante, bei der Menschen "spielerisch getötet" werden.
Mit dem Menschenbild des Grundgesetzes, insbesondere mit der in Art. 1 Abs. 1 GG normierten Unantastbarkeit der Würde des Menschen ist es unvereinbar, die simulierte Tötung von Menschen zum Gegenstand und Ziel eines Unterhaltungsspiels zu machen. Dabei kann dahinstehen, ob der Widerspruch zu den grundgesetzlichen Wertungen allein schon aus der besonderen Betroffenheit der am Spiel beteiligten Perso-

nen folgt (vgl. zum Schutz Betroffener: BVerwGE 64, 274, 278; kritisch dazu: Drews/ Wakke/Vogel/Martens, a.a.O., S.257; differenzierend: BVerwGE 84, 314, 317). Auf die Mitwirkung und das Einverständnis der Mitspieler, die als Spielfiguren, Zielobjekte oder "Stellvertreter" fungieren, kommt es insoweit nicht an. Maßgeblich ist vielmehr, dass Menschen zum Zeitvertreib und als Freizeitspaß simuliert "getötet" werden. Der verwerfliche Charakter der von der Beklagten untersagten Laserspielvariante besteht gerade in der Verbindung von gestellten Tötungshandlungen und der bezweckten Unterhaltung, mithin in dem Vergnügen an simulierten Tötungshandlungen als Hauptreiz dieser Spielvariante.

bb. Der durch den Schutz der Menschenwürde und den Schutz des menschlichen Lebens geprägten Wertordnung unserer Gesellschaft widerspricht ferner das System des Spiels und seine Zielsetzung, durch simulierte Kampf- und Tötungshandlungen ein Verhalten einzuüben, wie es für Gewaltdelikte und gewalttätige Auseinandersetzungen typisch ist (vgl. für ähnliche Laserspiele: Rh.-Pf. OVG, NVwZ-RR 1995, 30, 31; Lippstreu, GewArch 1993, 311, 312; a.A.: BayVGH, NVwZ-RR 1995, 32, 33; für das sog. “Gotcha”-Spiel: OVG NRW, Beschluss vom 26. 6. 2000 - 5 B 588/00). Im Interesse des Spielerfolges und der Unterhaltung sollen die Spieler (Kampf-)Handlungen simulieren und zur Perfektion entwickeln, die von den genannten fundamentalen Normen grundsätzlich missbilligt werden und überdies mit Strafe bedroht sind. Zur Einübung derartiger Verhaltensweisen sind allein bestimmte Personenkreise wie Polizeibeamte und zur Verteidigung ausgebildete Soldaten (Art. 12 a, 26 GG) legitimiert, deren Aufgabe gerade die Eindämmung und Abwehr von Gewalt ist. Demgegenüber ruft das Angebot an einen unbestimmten Kreis von volljährigen Personen zur Teilnahme an einem Gewalt- und Tötungsspiel die Gefahr hervor, dass ein entsprechendes Verhalten in der Realität entgegen den grundgesetzlichen und strafrechtlichen Wertungen auch außerhalb der beschriebenen, rechtlich legitimierten Ausnahmesituation als akzeptabel angesehen und damit ein Abstumpfen gegenüber Gewalt- und Tötungshandlungen gefördert wird. Es besteht die Gefahr, dass der im Spiel erlebte und kultivierte Macht- und Lustgewinn durch "Tötungshandlungen" Tabugrenzen in diesem Bereich verschiebt und Grenzüberschreitungen vorbereitet.

Diese Gefahr besteht vor allem deshalb, weil die untersagte Laserspielvariante die Gewalt- bzw. Tötungssituation in realistischer Weise simuliert. Im Vordergrund der in Rede stehenden Laserspielvariante steht das Ziel, den Gegner zu treffen und kampfunfähig zu machen. Dabei muss der Schütze stets auf die Körpermitte des Gegners zielen, damit der "tödliche" Treffer zählt. Die Spieler werden so zu kriegsähnlichen, nahkampfgleichen Verhaltensmustern gezwungen. Bei diesem Kampfspiel "überlebt" und gewinnt nur derjenige, der wie im militärischen Nahkampf handelt, reagiert und sich bewegt. Die Realitätsnähe des Spiels wird entscheidend dadurch erreicht, dass sich mehrere Menschen körperlich gegenüberstehen, die zugleich als Schütze und als Ziel und damit als zu tötende bzw. auszuschaltende Kontrahenten fungieren. Verstärkt wird der Eindruck einer gewalttätigen Auseinandersetzung durch die Ausrichtung des Spiels als Gruppenwettbewerb. Die durch das körperliche Gegenüber der Spieler gekennzeichnete Situation wird durch die Ausstattung realitätsnah ergänzt. Die für die Durchführung des Spiels zur Verfügung stehenden Laserwaffen weisen große Ähnlichkeit mit einer Maschinenpistole, also einer für gewalttätige Auseinandersetzungen der heutigen Zeit typischen Schusswaffe auf. Die von den Spielern getragene Weste erweckt im vorliegenden Spielzusammenhang den Eindruck einer passiven Bewaffnung. Die in der Halle aufgebauten Hindernisse und Tarnmöglichkeiten erweitern die Variationsmöglichkeiten des simulierten Nahkampfes. Der Einsatz von Tarnnetzen und Nebeleffekten verstärkt die Kampfatmosphäre.

Der Reiz des Spiels wird auch ganz wesentlich durch das Treffen des Gegners bestimmt. Das Spiel ist nach seinen Regeln darauf angelegt, nicht nur auf fest installierte "Objekte", sondern auch und gerade auf Menschen zu schießen und damit Tötungshandlungen zu simulieren. Das zeitweise Ausschalten des Gegners ist erstrebenswertes Zwischenziel zum Erreichen des Spielerfolgs; das Spiel unterscheidet sich darin nicht von realen Auseinandersetzungen, bei denen auch die Ausschaltung des Gegners häufig "nur" ein Zwischenziel für andere Ziele ist.

Unerheblich ist, ob das Spiel körperliche Kondition und Geschicklichkeit voraussetzt und damit zugleich als "sportliche" Betätigung anzusehen sein könnte. Gute körperliche Konstitution und Geschicklichkeit mögen - wie auch in realen kriegerischen und gewalttätigen Auseinandersetzungen - Vorteile beim Kampf gegen den Gegner versprechen; für die ordnungsrechtliche Beurteilung der simulierten Kampf- und Tötungshandlungen ist dies ohne Belang. Soweit die Klägerin darauf verweist, dass ein nicht unerheblicher Teil der Bevölkerung den Spielen im Laserdrom positiv gegenüberstehe, kommt es hierauf angesichts der maßgeblichen grundgesetzlichen Wertungen nicht an.”

3. Gefahr

Unter einer Gefahr ist die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts zu verstehen. Vorliegend betreibt die Kl. bereits ihren Laserdrom und will dies auch weiter tun; es ist mithin bereits eine Störung eingetreten, deren Fortdauer die Gefahr weiterer Schäden begründet.

4. Ordnungspflicht

Die Kl. veranstaltet die Wettkampfspiele; diese gehen

mithin unmittelbar auf ihr Verhalten (Zur-Verfügung-Stellen der Räumlichkeiten und Spielgeräte; Einspielen optischer und akustischer Effekte; Trefferauswertung; Aufstellen der Spielregeln usw.) zurück, so dass die Kl. als Verhaltensstörerin i.S.d. § 17 I OBG NRW ordnungspflichtig ist.

Der Tatbestand des § 14 OBG NRW ist somit erfüllt.

II. Rechtsfolge

Auf Rechtsfolgenseite räumt § 14 I OBG NRW der Behörde ein Ermessen ein. Fraglich ist, ob sie dieses ordnungsgemäß ausgeübt hat. Die Kl. rügt insoweit Verstöße gegen Art. 3 und 12 GG sowie ihre Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit nach dem EG-Vertrag.

1. Verstoß gegen Art. 3 I GG

Zweifel an einer ordnungsgemäßen Ermessensentscheidung könnten zunächst mit Blick auf Art. 3 I GG bestehen, da die Kl. geltend macht, gegen vergleichbare Spiel- und Sportangebote ("Gotcha", Fechten, Boxen usw.) sowie Gewalt darstellende Videos, Computerspiele, Filme usw. würde auch nicht eingeschritten. Ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz liegt nach Ansicht des OVG jedoch nicht vor:

"Die Ermessensausübung der Beklagten ist nicht zu beanstanden. Insbesondere steht der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG einem Vorgehen gegen das Laserspiel der Klägerin nicht entgegen. Die Entscheidung der Beklagten beruht nicht auf sachfremden oder willkürlichen Erwägungen.

aa. Unabhängig von der Frage, ob und inwieweit die Beklagte überhaupt örtlich und sachlich für die Unterbindung von Gewaltdarstellungen etwa in Filmen, im Fernsehen oder in Westernstädten zuständig wäre, sowie unabhängig von der Frage nach der Effizienz eines Vorgehens gegen anderweitige Gewaltdarstellungen (vgl. BVerfG, NJW 1994, 1577, 1584), besteht hier jedenfalls in den geschilderten Besonderheiten der in Rede stehenden Laserspielvariante ein sachlicher Grund zu differenzierter Behandlung. Durch die unmittelbare körperliche Beteiligung der handelnden Spieler und die Simulation eines möglichst authentischen Kampf- und Tötungsszenariums wird eine Nähe zu realen Kampf- und Tötungshandlungen der Gegenwart hergestellt, die weder bei üblichen Kampfsportarten noch bei "herkömmlichen" Kriegsspielen unter Verwendung von Kriegsspielzeug noch bei der Inszenierung historischer Kampf- und Westernspiele erreicht wird. Das Fechten ist heute - losgelöst von seiner ursprünglichen historischen Bedeutung - eine Sportart, deren Ausübung nicht (mehr) mit dem Töten des Gegners in Verbindung gebracht wird und auch wegen der überholten Bedeutung der Waffe kein Einüben in reale kriegerische oder gewalttätige Auseinandersetzungen darstellt.

bb. Auch Automaten mit Gewaltspielen und virtuelle Laserspiele unterscheiden sich von der streitbefangenen Laserspielvariante, weil bei ihnen die Spiele auf Leinwände oder Bildschirme projiziert werden, ohne dass es zu einer unmittelbaren körperlichen Betroffenheit kommt. Gleichwohl sind auch solche "virtuellen" Spiele, die grausame oder unmenschliche Gewalttätigkeiten gegen Menschen verherrlichen oder verharmlosen, unter Strafe gestellt (§ 131 StGB) und verboten.

cc. Für die Behauptung der Klägerin, dass Spiele, bei denen mit einem vergleichbaren Körpereinsatz Menschen aufeinander schießen (z. B. Gotcha bzw. Paintball; zum Verbot des Spiels Gotcha vgl. OVG NRW, Beschluss vom 26. 6. 2000 - 5 B 588/00) oder bei denen körperliche Gewalt ausgeübt wird (z. B. sog. "Ultimate Fights"), im Zuständigkeitsbereich der Beklagten trotz Kenntnis unbeanstandet stattfänden, fehlen jegliche Anhaltspunkte. Die Beklagte hat nachdrücklich versichert, dass sie gegen derartige Spiele sofort einschreiten werde, falls ihr solche Veranstaltungen bekannt würden. Die Klägerin hat trotz mehrfacher Aufforderung durch die Beklagte weder Zeit noch Ort solcher Veranstaltungen benennen können. Soweit die Klägerin darauf hingewiesen hat, dass Paintball-Waffen in Geschäften in B. verkauft würden, ist die Beklagte nicht untätig geblieben, sondern hat diese Hinweise an das nach ihrer Auffassung zuständige Polizeipräsidium B. weitergeleitet."

2. Verstoß gegen Art. 12 GG

Ferner könnte eine Verletzung der Berufsfreiheit (Art. 12 I GG) der Kl. vorliegen. Auch dies wird jedoch vom Gericht verneint, da die Verkürzung des Schutzbereichs über die sogen. "Drei-Stufen-Theorie" des BVerfG gerechtfertigt sei:

"Die Ordnungsverfügung ist auch mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar. Die Untersagung einer bestimmten Laserspielvariante regelt die Berufsausübung. Die polizeiliche Generalklausel ist eine hinreichend bestimmte gesetzliche Regelung der Berufsausübung im Sinne des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG (BVerwG, DVBl. 1970, 504, 505; BVerwGE 10, 164). Berufsausübungsbeschränkungen entsprechen dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, wenn sachgerechte und vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls sie zweckmäßig erscheinen lassen, wenn das eingesetzte Mittel geeignet und erforderlich zur Erreichung des erstrebten Zwecks ist und wenn die Schwere des Eingriffs in angemessenem Verhältnis zu den verfolgten Gemeinwohlinteressen steht (BVerfGE 7, 377, 378; 30, 292, 316). Diese Voraussetzungen sind gegeben. Die in Rede stehende Beschränkung der Berufsausübung ist durch vernünftige Belange des Gemeinwohls gerechtfertigt. Das Verbot dient der Durchsetzung der durch die Wertmaßstäbe des Grundgesetzes, insbesondere die Menschenwürde und das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, geprägten unerlässlichen Vorausset-

zungen eines geordneten Gemeinschaftslebens. Zur Erreichung dieses Ziels ist die Untersagung der Laserspielvariante geeignet und erforderlich. Die mit der Untersagung bewirkte Beschränkung der Berufsausübung steht auch nicht außer Verhältnis zum Verbotsziel. Denn durch die untersagte Spielvariante werden Rechtsgüter von hohem verfassungsrechtlichen Rang bedroht."

3. Verstoß gegen Art. 42, 49 EG

Schließlich könnte ein Einschreiten gegen die vom EG-Vertrag gewährleisteten Grundfreiheiten, namentlich die Niederlassungs- (Art. 42 EG) oder Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EG) verstoßen. Das OVG lässt offen, ob bzw. welche dieser Freiheiten betroffen ist; ein Eingriff sei jedenfalls durch die Ziele der Maßnahme gerechtfertigt:

[Anm.: Einer Vorabentscheidung des EuGH gemäß Art. 234 EG bedurfte es nach Ansicht des OVG nicht. Auch wenn die streitigen Fragen mit den vom EuGH bereits entschiedenen nicht völlig identisch seien (vgl. EuGH, Slg. 1982, 3415), so könne doch auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung des EuGH beantwortet werden, unter welchen Voraussetzungen eine Beschränkung der Niederlassungs- bzw. Dienstleistungsfreiheit gerechtfertigt sei.]

"Die Untersagung der in Rede stehenden Laserspielvariante verstößt auch nicht gegen den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft.

aa. Insoweit bedarf es keiner Entscheidung, ob die Bestimmungen über die Niederlassungsfreiheit (Art. 52 ff. EGV; jetzt Art. 42 ff. EG) oder subsidiär die Vorschriften über die Dienstleistungsfreiheit (Art. 59 ff. EGV; jetzt Art. 49 ff. EG) Anwendung finden (vgl. zur Subsidiarität der Vorschriften über Dienstleistungen EuGH, Slg. 1995, I-4165, 4194 [Tz. 22]). Denn jedenfalls sind die hier in Rede stehenden Beschränkungen der Niederlassungs- bzw. der Dienstleistungsfreiheit nach denselben im vorliegenden Zusammenhang anzuwendenden Maßstäben gerechtfertigt (zur Übereinstimmung der Maßstäbe vgl. Lenz [Hrsg.], EG-Vertrag, Kommentar, 2. Aufl. 1999, Art. 43 Rn. 11).

Nach der Rechtsprechung des EuGH sind Hemmnisse für den freien Dienstleistungsverkehr bzw. die freie Niederlassung aufgrund von - wie hier - unterschiedslos anwendbaren nationalen Maßnahmen zulässig, wenn diese durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind, wenn sie geeignet sind, die Verwirklichung des mit ihnen angestrebten Zieles zu gewährleisten, und wenn sie nicht über das zur Erreichung dieses Zieles Erforderliche hinausgehen (EuGH, Slg. 1999, I-6067, 6116 [Tz. 31]; Slg. 1994, I-1039; zur Niederlassungsfreiheit: EuGH, Slg. 1995, I-4165, 4197 [Tz. 37]; Slg. 1997, I-2471, 2500 [Tz. 236]). bb. Diese Voraussetzungen sind gegeben. Das Verbot soll verhindern, dass die durch die Wertmaßstäbe des Grundgesetzes geprägten unerlässlichen Ordnungsvoraussetzungen missachtet werden und simulierte Tötungshandlungen zum Gegenstand eines öffentlich veranstalteten Unterhaltungsspiels werden. Es soll der Gefahr begegnet werden, dass durch das realistische "spielerische Töten" von Menschen Hemmungen im Bereich von Gewalt- und Tötungsdelikten abgebaut und Tabus gebrochen werden. Das Verbot dient damit auch dem vorbeugenden Schutz gegen Gewaltdelikte und gehört zu den Anliegen der Sozialpolitik und Verbrechensbekämpfung, die vom Europäischen Gerichtshof als zwingende Gründe des Allgemeininteresses angesehen werden (vgl. EuGH, Slg. 1994, I-1039, 1096 [Tz. 57 ff.]; Slg. 1997, I-6067, 6116 [Tz. 31 ff.]).

Es herrscht grundsätzlich Übereinstimmung in den Mitgliedstaaten, dass Gewaltdelikte vorbeugend zu bekämpfen sind. Ferner besteht in der Europäischen Gemeinschaft ein allgemeiner Konsens über die für das in Rede stehende Verbot maßgeblichen Werte und Normen, nämlich die Menschenwürde, das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit sowie das staatliche Gewaltmonopol. Unterschiedlich beurteilt wird lediglich, in welcher Art und Weise unter Berücksichtigung dieser Werte Gewaltdelikte vorbeugend bekämpft werden sollen. Insoweit hat der Europäische Gerichtshof den Mitgliedstaaten jedoch ein Ermessen eingeräumt, wie weit sie in ihrem Gebiet den Schutz der Sozialordnung ausdehnen wollen. Dem jeweiligen Mitgliedstaat kommt deshalb die Beurteilung zu, ob es im Rahmen des angestrebten Ziels notwendig ist, die in Rede stehende Spielvariante zu verbieten, Beschränkungen zu unterwerfen oder in sonstiger Weise vorzugehen. Allein der Umstand, dass ein Mitgliedstaat ein anderes Schutzsystem als ein anderer Mitgliedstaat gewählt hat, hat keinen Einfluss auf die Beurteilung der Notwendigkeit und der Verhältnismäßigkeit der einschlägigen Bestimmungen. Diese sind allein im Hinblick auf die von den jeweiligen nationalen Stellen verfolgten Ziele und das von ihnen angestrebte Schutzniveau zu beurteilen (EuGH, Slg. 1999, I-6067, 6117 [Tz. 36])."

Mithin ist die gegen die Kl. ergangene Ordnungsverfügung insgesamt rechtmäßig.

Standort: Zivilrecht **Problem: Lohnanspruch bei Annahmeverzug**

BGH, URTEIL VOM 09.10.2000 | II ZR 75/99 (NJW 2001, 287)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Rechtsstreit hat sich der Gläubiger einer GmbH im Wege der Zwangsvollstreckung einen Darlehensrückzahlungsanspruch derselben gegenüber einem abberufenen Geschäftsführer pfänden und überweisen lassen (§§ 828 ff. ZPO). Als der Gläubiger nunmehr aus dem gepfändeten Anspruch gegen den Geschäftsführer klageweise vorgeht, rechnet dieser mit noch ausstehenden Gehaltsansprüchen gem. § 615 BGB (Vergütung bei Annahmeverzug) auf.

Umstritten war jedoch zwischen den Parteien, ob der Geschäftsführer überhaupt in gehöriger Form seine Dienstleistung angeboten hatte, um Annahmeverzug gem. §§ 293 ff. BGB auszulösen. Nach der Rechtsansicht des BGH kann dahingestellt bleiben, ob der Geschäftsführer, dessen Organbestellung widerrufen worden ist, dessen Anstellungsvertrag jedoch fortbesteht, der Gesellschaft die Leistung seiner Dienste zumindest wörtlich anbieten muss, um die vereinbarte Vergütung weiterhin verlangen zu können. Ein solches Angebot ist dann nicht erforderlich, wenn die verpflichtete Gesellschaft erkennen lässt, dass sie unter keinen Umständen bereit ist, den Geschäftsführer weiter zu beschäftigen. Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Falle gegeben; denn die GmbH hat durch die Abberufung des Bekl. und die anschließende Berufung eines neuen Geschäftsführer zum Ausdruck gebracht, dass für sie eine Geschäftsführertätigkeit des Bekl. nicht mehr in Frage kam.

Jedoch bestand im vorliegenden Fall ein Aufrechnungsverbot gem § 390 S. 1 BGB (keine Aufrechnung mit einredebehafteter Gegenforderung), da sich der Geschäftsführer anderweitigen Erwerb durch seine Dienste gem. § 615 S. 2 BGB anrechnen lassen muss. Eine im Anstellungsvertrag vereinbarte Erlaubnis zur Nebentätigkeit stellt dabei keinen Ausschluss von § 615 S. 2 BGB dar, da der Geschäftsführer anderweitig hauptberuflich tätig geworden ist.

Prüfungsrelevanz:

Die BGH-Entscheidung ist in zwei Punkten von examensrelevanter Bedeutung. Zwangsvollstreckungsrecht als Einstieg bei einer Examensklausur wird des öfteren geprüft, insb. die Möglichkeit zur Forderungspfändung gem. §§ 828 ff. ZPO. Durch den Pfändungs- und Überweisungsbeschluss erhält der Zwangsvollstreckungsgläubiger gegenüber dem schuldenden Dritten die Stellung eines Pfandgläubigers gem. § 1275 BGB, wonach die Regeln des Zessionsrechts gem. §§ 398 ff. BGB Anwendung finden. Nach § 406 BGB kann daher der schuldende Dritte gegenüber dem Vollstreckungsgläubiger mit Gegenforderungen aufrechnen, die ihm eigentlich nur gegenüber dem Vollstrekkungsschuldner zustehen.

Zum anderen werden in diesem Fall gängige Probleme des Allgemeinen Schuldrechts aufgeworfen. Im Rahmen des Annahmeverzuges gem. §§ 293 ff. BGB werden die Anforderungen an ein ordnungsgemäßes Angebot des Schuldners diskutiert. Überflüssig ist ein Angebot gem. § 296 BGB, der vom BAG oft in Fällen unberechtigter Kündigung bejaht wird (BAG NJW 1985, 935 und 2662; NJW 1994, 2846).

Leitsätze:

1. Hat eine GmbH die Bestellung ihres Geschäftsführers wirksam widerrufen und an seiner Stelle einen anderen Geschäftsführer bestellt, lässt die Gesellschaft in der Regel erkennen, dass sie unter keinen Umständen zur weiteren Beschäftigung des abberufenen Geschäftsführers bereit ist. Dieser kann unter den gegebenen Umständen die Weiterzahlung seines Gehalts fordern, ohne seine Dienste der Gesellschaft zumindest wörtlich angeboten zu haben.

2. Hat der Gläubiger einer GmbH deren Anspruch auf Darlehensrückzahlung gegen einen abberufenen Geschäftsführer gepfändet und sich zur Einziehung überweisen lassen, kann dieser mit einem ihm gegen die Gesellschaft zustehenden Gehaltsanspruch auch gegenüber dem Pfändungspfandgläubiger aufrechnen. Die Aufrechnung ist jedoch ausgeschlossen, wenn an dem Anspruch, mit dem aufgerechnet wird, ein Leistungsverweigerungsrecht besteht.

Sachverhalt:

Dem Kl. steht gegen die G-GmbH auf Grund von zwei rechtskräftigen Versäumnisurteilen des LG B. vom 14. 9. und 7. 11. 1995 eine Forderung aus Werkvertrag in Höhe von 237 223,41 DM sowie aus einem Kostenfestsetzungsbeschluss dieses Gerichts vom 18. 12. 1995 eine Kostenforderung von 10 556,50 DM zu. Die G-GmbH hat gegen den Bekl., ihren früheren Geschäftsführer, aus Darlehen einen Rückzahlungsanspruch in Höhe von 80 000 DM. Da der Kl. seinen Anspruch gegen die Gesellschaft nicht durchsetzen konnte - ihr Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens über ihr Vermögen ist mit Beschluss des AG C. vom 27. 9. 1995 mangels Masse abgewiesen worden -, ließ er den Darlehensrückzahlungsanspruch durch Beschluss des AG S. vom 1. 8. 1996 pfänden und sich zur Einziehung überweisen. Aus diesem Recht geht er im vorliegenden Verfahren gegen den Bekl. vor. Der Bekl. hat einen Betrag von 86 130,28 DM zur Aufrechnung gestellt. Er setzt sich aus Vergütungsforderungen aus dem Geschäftsführerverhältnis für die Monate Oktober bis Dezember 1995 in Höhe von monatlich 23 658,60 DM, einer anteiligen Vergütungsforderung für die Zeit vom 27. 9. bis 30. 9. 1995 von 3 154,48 DM sowie einem Anspruch auf betriebliche Sonderzahlung von 12 000 DM per 30. 11. 1995 zusammen. Die Parteien streiten darüber, ob dem Bekl. diese Beträge aus Geschäftsführervertrag zustehen. Der Kl. macht geltend, dem Bekl. stünden gegen die

G-GmbH keinerlei Ansprüche mehr zu. Nach Widerruf seiner Geschäftsführerbestellung am 7. 6. 1995 habe der Bekl. seine Dienste der G-GmbH nicht mehr angeboten, so dass diese nicht in Annahmeverzug geraten sei und ihm somit kein Geschäftsführerentgelt zustehe. Zudem müsse er sich sein Einkommen aus einer anderweitigen Tätigkeit anrechnen lassen. Auch hätten die Gesellschaft und der Bekl. am 15. 8. 1995 den Anstellungsvertrag aufgehoben. Ferner stehe dem Bekl. für den Monat Dezember 1995 kein Tantiemeanspruch zu.

Wie ist die Rechtslage?

Lösung:

Anspruch auf Darlehensrückzahlung in Höhe von 80.000 DM gem. §§ 607, 609 BGB i.V.m. §§ 828, 835 ZPO

Dem Kl. könnte gegenüber dem Bekl. das Recht zur Geltendmachung des Darlehensrückzahlungsanspruchs der G-GmbH in Höhe von 80.000 DM gem. §§ 607, 609 BGB i.V.m. §§ 828, 835 ZPO zustehen.

A. Anspruch entstanden

Zur Entstehung eines solchen Rechts müsste zunächst ein Darlehensrückzahlungsanspruch der G-GmbH gegenüber dem Bekl. überhaupt bestehen und des weiteren müsste der Kl. das Recht zur Geltendmachung dieser für ihn fremden Forderung haben.

I. Darlehensrückzahlungsanspruch der G-GmbH gem. §§ 607, 609 BGB

Für einen Darlehensrückzahlungsanspruch der G-GmbH gegenüber dem Bekl. gem. §§ 607, 609 BGB müssten die Beteiligten einen entsprechenden Darlehensvertrag abgeschlossen haben, die Darlehensvaluta in Höhe von 80.000 DM müsste ausgezahlt worden sein und ihre Rückzahlung müsste nunmehr fällig sein. Diese Voraussetzungen sind in diesem Fall unproblematisch gegeben.

II. Recht zur Geltendmachung für den Kl. gem. §§ 828, 835 ZPO

Außerdem müsste der Kl. das Recht haben, diese für ihn fremde Darlehensrückzahlungsforderung nunmehr im eigenen Namen geltend zu machen. Durch Beschluss des AG S. vom 01.08.1996 hat sich der Kl. den besagten Anspruch pfänden und zur Einziehung überweisen lassen (sog. Pfändungs- und Überweisungsbeschluss). Gem. §§ 835 I, 836 I BGB ersetzt diese Überweisung die förmliche Erklärung des Vollstreckungsschuldners, von der nach § 185 I BGB die Berechtigung zur Einziehung der Forderung abhängig ist. Der Kl. als Vollstreckungsgläubiger erlangt auf diese Weise eine Einziehungsbefugnis, d.h. er darf im eigenen Namen diese fremde Forderung kündigen, einziehen und auf Leistung an sich klagen (Thomas/Putzo, § 836 ZPO, Rdnr. 3 m.w.N.). Im Prozess erhält der Kl. die Rolle eines Prozessstandschafters.

III. Ergebnis zu A.

Damit hat der Kl. zunächst das Recht gem. §§ 607, 609 BGB i.V.m. §§ 828, 835 ZPO erworben, den Darlehensrückzahlungsanspruch der G-GmbH gegenüber dem Bekl. selbst einzuziehen.

B. Anspruch untergegangen

Jedoch könnte dieses Recht zur Einziehung des Kl. infolge der vom Bekl. erhobenen Aufrechnung mit ausstehenden Ansprüchen auf Lohnvergütung und Tantiemen in Höhe von 86.130,28 DM gem. § 398 BGB untergegangen sein.

Der BGH führt dazu aus:

"Durch den Pfändungs- und Überweisungsbeschluss des AG S. der §§ 829, 835 ZPO hat der Kl. die Stellung eines Pfandgläubigers i. S. des § 1275 BGB erlangt (vgl. Smid, in: MünchKomm-ZPO, 1992, § 829 Rdnr. 2, § 835 Rdnr. 2). Nach dieser Vorschrift finden auf das Rechtsverhältnis zwischen Pfandgläubiger und dem Verpflichteten die für die Übertragung des Rechts maßgebenden Vorschriften des Bürgerlichen Rechts, also die §§ 398 ff. BGB Anwendung. Nach § 406 BGB kann ein Schuldner mit Forderungen, die ihm gegen den bisherigen Gläubiger bereits vor der Abtretung zugestanden haben, auch gegenüber dem neuen Gläubiger aufrechnen."

I. Aufrechnungslage gem. § 387 BGB

Gem. § 387 BGB müsste zwischen den Parteien eine Aufrechnungslage bestehen, d.h. es müssten sich zwei gleichartige Forderungen wechselseitig gegenüberstehen, wobei die eine Hauptforderung und die andere Gegenforderung genannt wird.

1. Hauptforderung

Die Hauptforderung, also die Forderung, gegen die sich der Aufrechnende verteidigt, besteht in der Darlehensrückzahlungspflicht des Bekl. gem. §§ 607, 609 BGB, die der Kl. gem. §§ 828, 835 ZPO einziehen darf (s.o. A.).

2. Gegenforderung

Mit der Gegenforderung, die der Aufrechnende zwecks Verteidigung einsetzt, müsste der Bekl. eine eigene Forderung geltend machen. Gem. § 406 BGB kann er dabei auch Forderungen zur Aufrechnung stellen, die ihm gegenüber der G-GmbH zustehen und nicht unmittelbar gegenüber dem Kl. Der Bekl. beruft sich auf Vergütungsforderungen und Sonderzulagen in Höhe von 86.130,28 DM aus seinem Geschäftsführerverhältnis zur G-GmbH.

a. Vergütungsanspruch des Bekl. gem. § 615 S. 1 BGB

Dem Bekl. könnte ein Vergütungsanspruch aus dem

Geschäftsführerverhältnis zur G-GmbH für die Monate Oktober bis Dezember 1995 in Höhe von monatlich 23.658,60 DM, einer anteiligen Vergütungsforderung für die Zeit vom 27.09. bis 30.09.1995 von 3.154,48 DM gem. § 615 S. 1 BGB zustehen (Vergütung bei Annahmeverzug). Dafür müsste sich die G-GmbH in dem fraglichen Zeitraum mit der Annahme seiner Geschäftsführerdienste gem. §§ 293 ff. BGB in Annahmeverzug befunden haben.

aa. Dienstvertrag

Zuerst müsste zwischen der G-GmbH und dem Bekl. ein wirksamer Dienstvertrag gem. §§ 611 ff. BGB im fraglichen Zeitraum vorliegen. Die G-GmbH und der Bekl. haben einen Anstellungsvertrag geschlossen, in dem sich der Bekl. verpflichtete, gegen Entgelt Geschäftsführerleistungen für die G-GmbH zu erbringen. Folglich liegt ein Dienstvertrag vor.

[*Anm.: Als angestellter Geschäftsführer einer GmbH unterliegt der Bekl. keinem Weisungsrecht, da er die Gesellschaft selbstständig und eigenverantwortlich gem. §§ 35 ff. GmbHG leiten soll. Folglich kann er nicht als Arbeitnehmer und sein Anstellungsverhältnis nicht als Arbeitsverhältnis bezeichnet werden (Palandt/Putzo, Einf. v. § 611 BGB, Rdnr. 23*).]

Der Anstellungsvertrag dürfte aber nicht vor dem fraglichen Zeitraum beendet worden sein.

Der Widerruf der Geschäftsführerbestellung - als gesellschaftsrechtlicher Akt zur Entziehung der Organstellung - hat keinen Einfluss auf das zugrunde liegende Dienstverhältnis (arg. e. § 38 I GmbHG). Bestellung und Abberufen eines Geschäftsführers gem. §§ 35 ff. GmbHG einerseits und Anstellungsvertrag gem. §§ 611 ff. BGB andererseits stellen zwei verschiedene, abstrakt von einander zu behandelnde Rechtsgeschäfte dar.

Jedoch könnte der Dienstvertrag durch einen entsprechenden Aufhebungsvertrag als actus contrarius zwischen dem Bekl. und der G-GmbH am 15.08.1995 beendet worden sein. Der BGH führt dazu aus:

"Unbegründet ist auch die Rüge der Revision, das BerGer. habe das Vorbringen des Kl. nicht berücksichtigt, die G-GmbH und der Bekl. hätten mit Wirkung zum 15. 8. 1995 den Geschäftsführervertrag einverständlich aufgehoben. Dieses Vorbringen stellt eine Schlussfolgerung aus dem Inhalt des Schreibens vom 4. 8. 1995 dar, mit dem der Bekl. gegenüber der G-GmbH Entgeltansprüche für die Zeit vom 1. 7. bis zum 31. 12. 1995 geltend gemacht hat. Selbst wenn man der Ansicht des Kl. folgt, daraus ergebe sich eine Aufhebungsvereinbarung, ist der weitere Schluss, jegliche Entgeltansprüche des Bekl. seien mit der Aufhebung weggefallen, nicht gerechtfertigt. Vielmehr ergibt sich aus dem Schreiben, dass die Erfüllung der von dem Bekl. aufgelisteten Ansprüche Voraussetzung für sein widerspruchsloses Ausscheiden aus der Geschäftsführerstellung ist. Der Antrag auf Vernehmung des Zeugen Z ist daher nach dem Vorbringen des Kl. nicht schlüssig. Das BerGer. hat somit diesen Beweis zu Recht nicht erhoben."

Letztlich liegt damit für den in Rede stehenden Zeitraum ein wirksamer Dienstvertrag zwischen dem Bekl. und der G-GmbH vor, aus dem der Bekl. zur Erbringung von Geschäftsführerdiensten verpflichtet war.

bb. Angebot der zu erbringenden Dienste

Der Bekl. müsste die von ihm zu erbringende Dienste gegenüber der G-GmbH als Dienstherrn ordnungsgemäß gem. §§ 294 ff. BGB angeboten haben. Unstreitig ist ein tatsächliches Angebot seitens des Bekl. in der fraglichen Zeit nicht erfolgt, so dass zu prüfen ist, ob er nicht gem. § 296 BGB seiner Angebotspflicht enthoben war. Gem. § 296 BGB bedarf es eines Angebots zur Begründung des Annahmeverzuges nicht, wenn zur Leistungserbringung eine vom Gläubiger vorzunehmende Mitwirkung kalendermäßig bestimmt ist und er diese nicht rechtzeitig vornimmt. Der BGH führt dazu aus:

"Allerdings rügt die Revision zu Unrecht, dem Bekl. stehe schon deswegen keine Forderung aus dem Geschäftsführervertrag zu, weil sich die G-GmbH mit der Annahme der Dienstleistungen des Bekl. nicht in Verzug befunden habe (§ 615 S. 1 BGB). Es kann dahingestellt bleiben, ob der Geschäftsführer, dessen Organbestellung widerrufen worden ist, dessen Anstellungsvertrag jedoch fortbesteht, der Gesellschaft die Leistung seiner Dienste zumindest wörtlich anbieten und damit die Voraussetzungen des Annahmeverzugs (§§ 295, 615 S. 1 BGB) herbeiführen muss, um die vereinbarte Vergütung weiterhin verlangen zu können. Ein solches Angebot ist dann nicht erforderlich, wenn die verpflichtete Gesellschaft erkennen lässt, dass sie unter keinen Umständen bereit ist, den Geschäftsführer weiter zu beschäftigen. Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Falle gegeben; denn die GGmbH hat durch die Abberufung des Bekl. und die anschließende Berufung des Zeugen Z an dessen Stelle zum Geschäftsführer zum Ausdruck gebracht, dass für sie eine Geschäftsführertätigkeit des Bekl. nicht mehr in Frage kam. Davon abgesehen hat der Bekl. der G-GmbH seine Dienste wörtlich konkludent dadurch angeboten, dass er mit Schreiben vom 4. 8. 1995 Entgeltansprüche aus dem Geschäftsführervertrag für die Zeit von Juli bis einschließlich Dezember 1995 geltend gemacht hat."

cc. Leistungsvermögen gem. § 297 BGB

Entsprechend den Anforderungen von § 297 BGB war der Bekl. in der fraglichen Zeit auch imstande, seine Dienstleistungen zu erbringen.

dd. Keine bloß vorübergehende Annahmeverhinderung

gem. § 299 BGB
Da die G-GmbH durch die Bestellung eines neuen Geschäftsführers erkennen ließ, dass sie unter keinen Umständen bereit war, den Bekl. weiterhin zu beschäftigen, kann man kaum von einer bloß vorübergehenden Annahmeverhinderung ihrer Person reden.

ee. Zwischenergebnis
Dem Bekl. steht ein Vergütungsanspruch gem. § 615 S. 1 BGB gegenüber der G-GmbH aus dem Anstellungsverhältnis zu.

b. Tantiemenanspruch
Weiterhin stellt der Bekl. gem. § 406 BGB einen Anspruch auf betriebliche Sonderzahlung von 12.000 DM per 30.11.1995 zur Aufrechnung. Jedoch führt der BGH dazu aus:
"Zu Recht rügt die Revision auch, dass das BerGer. einen anteiligen Tantiemebetrag von 10 500 DM für den Monat Dezember 1995 als Aufrechnungsforderung berücksichtigt hat. Denn das Schreiben der G-GmbH vom 8. 7. 1994 zur Gewährung eines derartigen Anspruchs ist widersprüchlich. Es heißt dort einmal, für das Wirtschaftsjahr 1996 werde der Tantiemebetrag unabhängig von irgendwelchen Voraussetzungen auf 126 000 DM jährlich erhöht. Andererseits wird ausgeführt, vom Wirtschaftsjahr 1996 an werde sich der Gewinnanteil der Bezüge nach den Vereinbarungen des bestehenden Dienstvertrags berechnen. In diesem Vertrag heißt es dazu, die Höhe der Tantieme betrage bei einem Deckungsbeitrag von über 125% jährlich 126 000 DM. Ein solcher Betrag kann aber im Wirtschaftsjahr 1996 allein deswegen nicht erreicht worden sein, weil die G-GmbH bereits damals notleidend war. Denn am 17. 8. 1995 ist über ihr Vermögen die Sequestration und am 27. 9. 1995 der Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens mangels Masse zurückgewiesen worden. Diesem Widerspruch hätte das BerGer. - erforderlichenfalls unter Erteilung entsprechender Hinweise nach § 139 ZPO - nachgehen müssen."
Im Rahmen der Aufrechnung kann ein Tantiemenanspruch nicht berücksichtigt werden.

3. Ergebnis zu I.
Zur Aufrechnungslage gem. §§ 387, 406 BGB der Darlehensrückzahlungsanspruch für den Kl. gem. §§ 607, 609 BGB i.V.m. §§ 828, 835 ZPO und der Vergütungsanspruch des Bekl. gem. § 615 S. 1 BGB.

II. Aufrechnungserklärung gem. § 388 BGB
Die nach § 388 BGB zur Vollziehung der Aufrechnung erforderliche einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung seitens des Bekl. liegt vor.

III. Kein Aufrechnungsverbot gem. §§ 390 ff. BGB
Allerdings könnte der Aufrechnung durch den Bekl. das Verbot gem. § 390 S. 1 BGB entgegenstehen, wonach mit einredebehafteten Forderungen nicht aufgerechnet werden kann. Dazu führt der BGH aus:
"Nach § 390 BGB kann eine Forderung, der eine Einrede entgegensieht, nicht aufgerechnet werden. Dazu ist nicht erforderlich, dass die Einrede bereits erhoben worden ist; es genügt ihre bloße Existenz (Staudinger/Gursky, BGB, Neuaufl. 2000, § 390 Rdn 26). Als Einrede kommen sämtliche Leistungsverweigerungsrechte des Bürgerlichen Rechts, also auch das des § 615 S. 2 BGB in Betracht (vgl. Staudinger/Gursky, § 390 Rdnr. 3). Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung kann der Kl. der Aufrechnung des Bekl. daher mit der Berufung auf das Leistungsverweigerungsrecht nach § 615 S. 2 BGB begegnen.[…]
Zu Unrecht hat das BerGer. jedoch eine Anrechnung der Einkünfte des Bekl. nach § 615 S. 2 BGB abgelehnt, die er in der Zeit von September bis Dezember 1995 durch Ausübung einer anderweitigen beruflichen Tätigkeit erzielt hat. Der Hinweis des BerGer. auf das Recht des Bekl., nach § 6 des Geschäftsführervertrags mit Zustimmung der G-GmbH einer Nebentätigkeit nachgehen zu dürfen, hindert die Anrechnungspflicht nicht. Denn der Bekl. hat nicht eine Nebentätigkeit im Sinne dieser Vereinbarung ausgeübt, sondern an Stelle seiner hauptberuflichen Tätigkeit bei der G-GmbH eine solche Tätigkeit bei einem anderen Arbeitgeber aufgenommen. Das erfüllt die Voraussetzungen der Anrechnungspflicht nach § 615 S. 2 BGB. Zu Unrecht hat das BerGer. auch den Vortrag des Kl. zu dem neuen Dienstverhältnis des Bekl. als nicht hinreichend substanziiert angesehen. Der Kl. brauchte nur zu behaupten, dass der Bekl. ein neues Anstellungsverhältnis eingegangen ist. Dass er das getan hat, hat er auch nicht bestritten, sondern sogar bestätigt. Über die Höhe der von dem Bekl. bezogenen Vergütung konnte der Kl. nichts aussagen. Da der Bekl. Einzelheiten dazu aus eigener Kenntnis ohne weiteres darlegen kann, trifft ihn die Verpflichtung, die Dauer des Dienstverhältnisses und die Höhe daraus darzulegen.
Die Revisionserwiderung meint, die G-GmbH habe für den Bekl. keine Beschäftigungsmöglichkeit mehr gehabt, so dass die auf seine Tätigkeit keinen Wert mehr habe legen können. Darin liege der stillschweigende Ausschluss einer Anrechnung anderweitigen Verdienstes. Dem kann nicht gefolgt werden. Ein Verzicht auf die Anrechnung eines anderweitig erzielten Verdienstes kommt nur dann in Betracht, wenn der Arbeitgeber durch sein gesamtes Verhalten zu erkennen gibt, dass ihn das Verhalten des Arbeitnehmers bis zum Ablauf des Vertrags in keiner Weise mehr interessiert. Davon kann aber nur dann ausgegangen werden, wenn die Parteien über Zeitpunkt und Anlass der Vertragsbeendigung im Einvernehmen, auseinandergehen (Staudinger/Richardi, BGB, 13.Aufl., § 615 Rdnr. 136). Derartige Voraussetzungen sind im vorliegenden Falle nicht gegeben. Es ist zwar richtig, dass die G-GmbH eine weitere Tätigkeit des Bekl. nicht mehr

wünschte. Daraus kann jedoch nicht der Schluss gezogen werden, die Frage einer weiteren Entgeltzahlung sei für sie ohne Bedeutung gewesen. Aus den zwischen ihr und dem Bekl. geführten Verhandlungen, wie sie sich in dem Schreiben vom 4. 8. 1995 niedergeschlagen haben, ergibt sich gerade, dass über die Frage der Vergütung kein Einvernehmen bestand. Infolgedessen kann der G-GmbH auch nicht unterstellt werden, sie habe auf eine Anrechnung anderweitigen Verdienstes des Bekl. auf die von ihr noch zu erfüllenden Gehaltsansprüche keinen Wert gelegt." Damit kann der Bekl. erlaubterweise keine Aufrechnung vornehmen.

IV. Ergebnis zu B.
Mangels erlaubter Aufrechnung durch den Bekl. ist das Recht des Kl. zur Einziehung des Darlehensrückzahlungsanspruchs nicht untergegangen.

Endergebnis:
Der Kl. kann gegenüber dem Bekl. den Darlehensrückzahlungsanspruch der G-GmbH in Höhe von 80.000 DM gem. §§ 607, 609 BGB i.V.m. §§ 828, 835 ZPO einziehen.

Standort: Strafrecht Problem: Notwehr bei rechtswidrigem Vorverhalten

BGH, URTEIL VOM 22.11.2000
3 STR 331/00 (NSTZ 2001, 143)

Problemdarstellung:

Der BGH hatte über die Strafbarkeit von drei Angekl. zu entscheiden, die sich an dem später Getöteten durch einen Schrotschuss ins Bein rächen wollten. Dazu sollte einer der Angekl. das Opfer in einen Hinterhalt führen, dort zunächst niederschlagen und dann den Schuss abgeben. Das Opfer kam dem Niederschlag jedoch zuvor und versetzte seinerseits dem angreifenden Angekl. einen Schlag mit einem sog. Totschläger. Dieser wusste angedrohte weitere Schläge nicht anders abzuwehren, als durch einen gezielten Schuss in den Oberkörper des so Getöteten.

Das LG hat die Angekl. u.a. wegen Körperverletzung mit Todesfolge in Tateinheit mit versuchter schwerer Körperverletzung verurteilt. Es hat die Angekl. dagegen nicht wegen Totschlags verurteilt. Zwar sei der Gebrauch der Schusswaffe nicht durch Notwehr gerechtfertigt, weil der Angekl. C den Eintritt der Notwehrlage provoziert habe. Er sei aber gem. § 33 StGB entschuldigt, weil er in Verwirrung, Schrecken und Todesangst geriet und in diesem Zustand schoss. Die Angekl. hätten aber § 227 StGB verwirklicht. Denn anders als bei dem Totschlag liege der Anknüpfungspunkt bei der Körperverletzung mit Todesfolge bereits in dem Angriff des Angekl. C auf M, mit dem die tödlich endende Kausalkette in Gang gesetzt worden sei. Diese von dem Angekl. C bewusst herbeigeführte Situation werde von § 33 StGB nicht erfasst.

Die Verurteilung der Angekl. wegen Körperverletzung mit Todesfolge hatte keinen Bestand. Nach Ansicht des BGH belegen die getroffenen Feststellungen vielmehr, dass die Angekl. rechtswidrig und schuldhaft die Tatbestände der versuchten schweren Körperverletzung und - tateinheitlich - der fahrlässigen Tötung verwirklicht haben. Der Einsatz der Schusswaffe durch den Angekl. C sei dagegen durch Notwehr gerechtfertigt mit der Folge, dass im Rahmen des § 227 StGB der Tod des M auch den Mitangekl. nicht zugerechnet werden könne.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung des BGH spricht mehrere prüfungsrelevante Themen aus dem Bereich des Allgemeinen Teils an. Neben Problemen aus dem Bereich Versuch und Erfolgsqualifkation (versuchte Erfolgsqualifkation, erfolgsqualifizierter Versuch) sind dabei insbesondere Fragen im Zusammenhang mit den Fahrlässigkeitsdelikten (s. dazu auch BGH, StV 2001, 108) und der sog. Notwehrprovokation zu nennen. Nach h.M. kommt es in "Provokationsfällen" zu sog. sozialethischen Notwehreinschränkungen (vgl. zur Übersicht Joecks, StGB, § 32, Rn. 20 ff.; vertiefend Roxin, AT I, 15/59 ff. und Kühl, Jura 1991, 57/175): Bei einer sog. Absichtsprovokation geht die h.M. davon aus, dass das Notwehrrecht wegen Rechtsmissbrauchs gänzlich zu versagen ist und der angegriffene Provokateur wegen einer Vorsatztat bestraft werden kann (vgl. BGH, JR 1984, 205 m. Anm. Lenckner). Für die Fälle der "sonst schuldhaft" herbeigeführten Notwehrlage belässt die überwiegende Ansicht grundsätzlich das Notwehrrecht, hält die Verteidigungshandlung aber nur nach Maßgabe der sog. Drei-Stufen-Theorie für geboten. Der Angegriffene muss zunächst versuchen auszuweichen, darf widrigenfalls zur Schutzwehr übergehen und gleichsam als letztes Mittel erst zur Trutzwehr übergehen.

Sehr streitig ist insoweit, welche Qualität das provozierende Vorverhalten besitzen muss, um diese Notwehreinschränkung auszulösen. Während zum Teil lediglich ein "sozialethisch zu beanstandendes Vorverhalten" gefordert wird, ist die wohl h.L. der Ansicht, dass nur ein auch rechtswidriges Verhalten eine Notwehreinschränkung auslösen könne (vgl. zur unklaren Position der Rechtsprechung BGH, NStZ 1996, 380; Roxin, AT I, 15/66).

Eine abweichende Ansicht geht demgegenüber davon aus, dass dem Provokateur generell das volle Not-

wehrrecht verbleibt, er aber aufgrund der Provokationshandlung möglicherweise wegen einer Vorsatz- oder Fahrlässigkeitstat bestraft werden kann. Diese sog. Lehre von der actio illicita in causa knüpft - ähnlich dem sog. Tatbestandsmodell im Rahmen der actio libera in causa - für die Strafbarkeitsfrage an das provozierende Vorverhalten an, dass sie als Beginn der Ausführung der "eigentlichen" Tathandlung ansieht (so etwa Bertel, ZStW 1984, 1 und mit Einschränkungen Schönke/Schröder/Lenckner, § 32, Rn. 54 ff.; Tröndle/Fischer, § 32, Rn. 24).

Der BGH betont in der vorliegenden Entscheidung erneut, dass er diese Rechtsfigur ablehnt (s. BGH, JR 1984, 205 und zu den Argumenten Roxin, aaO). Der Sache nach folgt das Gericht jedoch dem Ansatz dieser Lehre, wenn es von einer Strafbarkeit der Angekl. wegen fahrlässiger Tötung aufgrund des provozierenden Vorverhaltens ausgeht.

Leitsatz:

Wer durch ein rechtswidriges Vorverhalten die Gefahr einer tätlichen Auseinandersetzung mit tödlichem Ausgang herbeigeführt hat, kann auch dann wegen fahrlässiger Tötung bestraft werden, wenn er den zum Tode führenden Schuss in Notwehr abgibt.

Sachverhalt:

Der Angekl. G erlitt bei einer Schlägerei, bei der auch der Angekl. S zugegen war, erhebliche Verletzungen am linken Bein, die zwei langwierige stationäre Behandlungen nach sich zogen und an deren Folgen in Form von Schmerzen und Bewegungseinschränkungen der Angekl. noch im Zeitpunkt der späteren Tat litt. Für diese Verletzungen hielt er das spätere Tatopfer M für verantwortlich, an dem er sich dadurch rächen wollte, dass dieser ebenfalls verletzt werden sollte mit Folgen, wie er sie selbst erlitten hatte. Dabei verfolgte er den Plan, M die beabsichtigten Verletzungen an den Beinen durch einen Schrotschuss beibringen zu lassen. Er besprach dies mit dem Angekl. S, der schließlich den Angekl. C zur Durchführung des Anschlags gewinnen konnte. Als der Angekl. S dem Angekl. C das spätere Opfer zeigte, erkannte der Angekl. C, dass M bei dem geplanten Angriff ein standfester und gefährlicher Gegner sein würde. Der Angekl. G hatte zur Durchführung der Tat eine Schrot-Doppelflinte mit abgesagten Läufen erworben. Am Tattag, dem 25. 3. 1999, holten die Angekl. G und S den Angekl. C von dessen Wohnung ab. Dieser steckte die Waffe, die er zuvor mit zwei Schrotpatronen geladen hatte, mit den Läufen nach unten zusammen mit zwei zusätzlichen Schrotpatronen in seine Jacke. Entsprechend dem gefassten Tatplan der Angekl. lockte der Angekl. C gegen 22.15 Uhr das spätere Tatopfer M unter dem Vorwand eines illegalen Zigarettengeschäftes zu einem Treffpunkt in der Nähe eines Waldrands. Beide begaben sich ohne Begleiter zu der vereinbarten Stelle, der Angekl. C mit der geladenen Schrotflinte unter der Jacke verborgen, M führte einen Teleskoptotschläger mit sich. Auf die Frage des M, wo die Ware sei, führte ihn der Angekl. C in Richtung Waldrand. M befand sich zu diesem Zeitpunkt knapp rechts hinter dem Angekl. C. Dieser entschloss sich nun, zum Zwecke der Durchführung des Tatplans, M zunächst einen unerwarteten schweren Faustschlag zu versetzen und ihn zu Fall zu bringen. Danach wollte er ihm mit der Schrotflinte in das Knie schießen. Er setzte deshalb mit geballter rechter Faust zu einer blitzschnellen schlagartigen Drehung an. Um gegen ihn gerichteten Angriff zu stoppen, versetzte M mit dem Totschläger dem Angekl. C einen wuchtigen schweren Schlag auf den Kopf, der diesen etwa in Schädelmitte traf und eine sofort stark blutende Wunde verursachte. Der Angekl. C wurde durch den Schlag völlig überrascht, kam zu Fall und blieb auf dem Rücken liegen. Unmittelbar danach sah er M, den Totschläger in der Hand und erneut zum Schlag ausholend, auf sich zustürzen mit den Worten: "Du Schwein, Dich bring ich um". Der Angekl. C verspürte Todesangst und zog die Schrotflinte aus seiner Jacke. M versuchte vergeblich die Waffe wegzutreten. Der Angekl. C nahm sie in beide Hände, drückte ab und traf M aus einer Entfernung von ca. 30 cm in die Brust. M brach zusammen und verblutete kurz darauf noch am Tatort.

Strafbarkeit von C, S und G?

Lösung:

A. Strafbarkeit des C wegen Totschlags gem. § 212 I StGB durch den Schuss mit der Schrotflinte

I. Tatbestand

Indem er dem M mit der Schrotflinte in den Oberkörper schoss, verursachte C den Tod des M. Da er den Schuss aus kürzester Entfernung abgab, musste C auch damit rechnen, dass es zum Tod des Opfers kommt. Er handelte daher auch vorsätzlich.

II. Rechtswidrigkeit

Die Tat könnte jedoch durch Notwehr gem. § 32 II StGB gerechtfertigt sein. Dazu führt der Senat aus: "Der Schusswaffengebrauch des Angekl. C war nicht rechtswidrig. Denn nach dem festgestellten Sachverhalt lagen insoweit die Voraussetzungen des § 32 StGB vor. Die Abgabe des zum Tode führenden Schusses war geboten, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff abzuwehren.

1. Der Annahme von Notwehr stehen nicht die Grundsätze der Absichtsprovokation entgegen. Eine Absichtsprovokation begeht, wer zielstrebig einen Angriff herausfordert, um den Gegner unter dem Deckmantel der äußerlich gegebenen Notwehrlage an seinen Rechtsgütern zu verletzen. In einem solchen Fall ist dem Täter Notwehr - jedenfalls grundsätzlich - ver-

sagt, weil er rechtsmissbräuchlich handelt, indem er Verteidigungswillen vortäuscht, in Wirklichkeit aber angreifen will (BGH, NJW 1983, 2267 = JR 1984, 205 m. Anm. Lenckner). Dass der Angekl. C nach einem solchen Tatplan vorgehen wollte, ergeben die Feststellungen nicht. Wenn ihm auch erst die Notwehrlage ermöglichte, wie geplant einen folgenschweren Schuss auf M abzugeben, so ergeben sich aus den Feststellungen keine Hinweise darauf, dass sich der Angekl. bewusst in die Notwehrlage hineinbegeben wollte, um mit der Waffe angreifen zu können. Dass angesichts der körperlichen Überlegenheit des M eine solche Situation entstehen könnte und für den Angekl. auch nicht unvorhersehbar war, reicht für eine Absichtsprovokation nicht aus.

2. Notwehr war auch nicht wegen des vorangegangenen Angriffs des Angekl. C auf M ausgeschlossen. Zwar kann sich auf ein Notwehrrecht nicht berufen, wer einen anderen rechtswidrig angegriffen hat und dieser seinerseits aus Notwehr handelt. Anknüpfungspunkt für die Notwehrlage des Angekl. C ist aber nicht der Zeitpunkt, in dem er durch das Ansetzen zum Faustschlag mit der Verwirklichung des gemeinsamen Tatplans begonnen hatte, und in dem M ein Notwehrrecht gegen diesen rechtswidrigen Angriff zustand. Anknüpfungspunkt ist vielmehr der Augenblick, in dem M mit erhobenem Totschläger und den Worten "Du Schwein, Dich bring ich um" auf den unmittelbar vor ihm am Boden auf dem Rücken liegenden Angekl. C zustürzte. Denn dieser Angriff erfolgte erst, nachdem M seine rechtmäßige Notwehrhandlung abgeschlossen hatte und nun seinerseits auf Grund eines neuen Tatentschlusses nicht mehr in Verteidigungs-, sondern ausschließlich in Angriffsabsicht gegen den Angekl. C vorging.

3. Der Angekl. handelte in Verteidigungsabsicht. Dass er seinerseits unmittelbar vor dem Schlag des M selbst zu einem Faustschlag angesetzt hatte, ist dabei unbeachtlich, weil er sich - nach einer zeitlichen Zäsur - dem auf Grund eines neuen Entschlusses gefassten Angriff des M unvermittelt gegenübersah. Als der Angekl. daraufhin den Schuss abgab, handelte er zur Abwehr dieses lebensbedrohenden Angriffs.

4. Der Schuss mit der Schrotflinte war auch zur sicheren Abwendung des Angriffs erforderlich und geboten. Ob die Verteidigungshandlung i. S. des § 32 II StGB erforderlich ist hängt im Wesentlichen von Art und Maß des Angriffs ab. Grundsätzlich darf der Angegriffene das für ihn erreichbare Abwehrmittel wählen, das eine sofortige und endgültige Beseitigung der Gefahr erwarten lässt (vgl. BGHSt 25, 229 [230]; NStZ 1996, 29). Demgemäß ist auch der Einsatz einer Schusswaffe nicht von vornherein unzulässig; er kann aber nur das letzte Mittel der Verteidigung sein. In der Regel ist der Angegriffene gehalten, den Gebrauch der Waffe zunächst anzudrohen oder, sofern dies nicht ausreicht, wenn möglich, vor dem tödlichen Schuss einen weniger gefährlichen Waffeneinsatz (Warnschuss) zu versuchen (BGHSt 26, 256 [258]; BGH, NStZ 1996,29).

Zwar darf ein Täter, der leichtfertig einen Angriff auf sich provoziert hat, auch wenn er ihn nicht in Rechnung gestellt haben sollte, nicht bedenkenlos von seinem Notwehrrecht Gebrauch machen und sofort ein lebensgefährliches Mittel einsetzen. Er muss vielmehr dem Angriff nach Möglichkeit ausweichen und darf zur Trutzwehr mit einer lebensgefährlichen Waffe erst Zuflucht nehmen, nachdem er alle Möglichkeiten der Schutzwehr ausgenutzt hat; nur wenn sich ihm diese Möglichkeit nicht bietet, ist er zu entsprechend weitreichender Verteidigung befugt. Kann der Täter dem Angriff aber nicht ausweichen oder auch nicht über ein Ausweichen zum Einsatz eines weniger gefährlichen Verteidigungsmittels gelangen, so liegt auch im Falle der verschuldeten Provokation eine rechtsmissbräuchliche Verteidigung nicht vor. Eine Haftung nach der Rechtsfigur der actio illicita in causa hat der BGH nicht anerkannt (vgl. BGH, NJW 1983, 2267).

Dabei werden an den Täter, der sich auf Notwehr berufen will, um so höhere Anforderungen im Hinblick auf die Vermeidung gefährlicher Konstellationen gestellt, je schwerer die rechtswidrige und vorwerfbare Provokation der Notwehrlage wiegt. Wer unter erschwerenden Umständen die Notwehrlage provoziert hat, muss unter Umständen auf eine sichere erfolgversprechende Verteidigung verzichten und das Risiko hinnehmen, dass ein minder gefährliches Abwehrmittel keine gleichwertigen Erfolgschancen hat (BGHSt 39, 374 [379]). Diese Grundsätze zur Einschränkung des Notwehrrechts kommen indes dann nicht zur Anwendung, wenn die Notwehrhandlung des Opfers das einzige Mittel ist, um einen möglicherweise tödlichen Angriff auf den in Notwehr Handelnden abzuwenden, weil kein milderes Abwehrmittel zur Verfügung steht. Nach dem festgestellten Sachverhalt hatte der Angekl. keine Wahl eines milderen Abwehrmittels oder einer schonenderen Handlungsalternative. Nachdem der Angekl. bereits am Kopf verletzt und blutend auf dem Boden lag, M sich mit einer Todesdrohung und zum Schlag erhobenen Totschläger auf ihn stürzte und sich nur noch in geringem Abstand zu dem Angekl. befand, war ein Weglaufen nicht mehr möglich, auch wäre eine Drohung mit Worten oder das Vorhalten der Schrotflinte mit Sicherheit ebenso wirkungslos gewesen wie ein vom LG für möglich gehaltenes seitliches Abrollen. Denn dadurch hätte er den gegenwärtigen Angriff des M nicht nur nicht abgewendet, sondern sich selbst den in Sekunden zu erwartenden möglicherweise tödlichen Schlägen des M ausgesetzt. Als einzige Abwehrmaßnahme blieb ihm nur die schnelle Abgabe eines notwendigerweise unkontrollierten Schusses, weil der Oberkörper des Angreifers zu diesem Zeitpunkt nur noch 30 cm von der Schusswaffe entfernt war."

III. Ergebnis
Die Tat ist durch Notwehr gerechtfertigt, so dass sich C nicht wegen Totschlags strafbar gemacht.

B. Weitere Strafbarkeit des C wegen des Schusses mit der Schrotflinte
Aufgrund des bestehenden Notwehrrechts hat sich C auch nicht wegen weitere Delikte, wie etwa § 227 StGB strafbar gemacht, als er dem M in die Brust schoss.

C. Strafbarkeit des C wegen versuchten Totschlags gem. §§ 212 I, 22, 23 I StGB durch das Ausholen zum Faustschlag
Eine Strafbarkeit des C wegen versuchten Totschlags durch das Ausholen zum Faustschlag muss ebenfalls ausscheiden, da C den Schlag nicht führen wollte, um den M zu töten, sondern um ihm später ungehindert ins Knie schießen zu können.

D. Strafbarkeit des C wegen versuchter Körperverletzung mit Todesfolge gem. §§ 227, 22, 23 I StGB durch das Ausholen zum Faustschlag
C könnte sich allerdings wegen versuchter Körperverletzung mit Todesfolge strafbar gemacht haben.
Der BGH verneint indessen sowohl eine Strafbarkeit wegen eines erfolgsqualifizierten Versuchs als auch wegen eines Versuch der Erfolgsqualifikation (vgl. zu diesen Figuren: Sowada, Jura 1995, 644): "Eine Strafbarkeit der Angekl. wegen versuchter Körperverletzung mit Todesfolge […] kommt ebenfalls nicht in Betracht. Der Tod des M ist weder unmittelbar durch die von dem Angekl. C versuchte Körperverletzung (Ansetzen zum Faustschlag zur Vorbereitung des Schusses ins Knie) herbeigeführt worden noch war er in der Vorstellung des Angekl. C eine unmittelbare Folge der von ihm beabsichtigten Körperverletzung."

E. Strafbarkeit des C wegen versuchter schwerer Körperverletzung gem. §§ 226 I, II, 22, 23 I StGB durch das Ausholen zum Faustschlag
Dagegen bestätigt der Senat die Verurteilung des C wegen versuchter schweren Körperverletzung (Versuch der Erfolgsqualifikation): "Im Ergebnis nicht zu beanstanden ist die Verurteilung der Angekl. wegen versuchter schwerer Körperverletzung in der Form der dauernden Gebrauchsunfähigkeit eines wichtigen Körperglieds (vgl. Tröndle/Fischer, StGB, 49. Aufl., § 226 Rn 8). Die Voraussetzungen liegen vor, denn für den Versuch der Tatbestandsverwirklichung reicht aus, dass der mit Vorsatz hinsichtlich der schweren Folge Handelnde die Ausführung der Körperverletzung begonnen hat. Der Grundtatbestand braucht nicht vollendet zu sein (Hirsch, in: LK-StGB, 10. Aufl., § 224 Rn 29 mwN). Der Angekl. C hat unmittelbar zur Verwirklichung der Körperverletzung angesetzt, indem er mit der geballten Faust zum Schlag auf den Kopf des M ausholte. Dieser Schlag sollte nach der Vorstellung des Angekl. unmittelbar dazu führen, dass M niederstürzte und in ungestörtem Fortgang wollte der Angekl. dann M ins Knie schießen, so dass sein Vorsatz im Zeitpunkt des Beginns des Faustschlags bereits auf die Herbeiführung der schweren Folge gerichtet war (vgl. BGHR StGB § 22 Ansetzen 12, 16; vgl. auch BGH, NStZ 2000, 422)."

F. Strafbarkeit von G und S wegen mittäterschaftlicher Verwirklichung der versuchten schweren Körperverletzung gem. §§ 226 I, 22, 23 I, 25 II StGB durch die Mitwirkung im Rahmen der Deliktsplanung
Ferner geht der BGH davon aus, dass die Angekl. G und S wegen mittäterschaftlich begangener versuchter schwerer Körperverletzung strafbar gemacht haben: "Diesen Versuch müssen sich die Mitangekl. G und S zurechnen lassen. Zwar lässt sich den Feststellungen nicht entnehmen, dass diese Angekl. sich den konkreten Ablauf in der Form vorgestellt hatten, wie sie der Angekl. C kurz vor der Tat beschlossen und zu verwirklichen begonnen hatte, indem er möglicherweise abweichend vom ursprünglichen Tatplan den M zunächst niederstrecken und erst dann anschießen wollte. Jedoch begründet nicht jede Abweichung des tatsächlichen Geschehens von dem vereinbarten Tatplan die Annahme eines Exzesses. In ihrer Schwere und Gefährlichkeit gleichwertige Geschehensabläufe werden in der Regel vom Willen aller Beteiligter erfasst, auch wenn sie sich diese nicht so vorgestellt haben. Der Beteiligte ist für jede Ausführungsart einer von ihm gebilligten Straftat verantwortlich, wenn ihm die Handlungsweise seines Tatgenossen gleichgültig ist und deswegen auf seine Billigung geschlossen werden kann (vgl. BGH, NStZ 1998, 511 f.)."

G. Strafbarkeit von C, G und S wegen fahrlässiger Tötung gem. § 222 StGB
Zu einer möglichen Strafbarkeit der Angekl. wegen fahrlässiger Tötung führt der BGH aus: "Nach den getroffenen Feststellungen haben sich die Angeklagten auch wegen fahrlässiger Tötung strafbar gemacht. Sie haben ihnen zurechenbar fahrlässig den Tod des M verursacht (§ 222 StGB). Fahrlässig handelt, wer eine objektive Pflichtwidrigkeit begeht, sofern er diese nach seinen subjektiven Kenntnissen und Fähigkeiten vermeiden konnte, und wenn gerade die Pflichtwidrigkeit objektiv und subjektiv vorhersehbar den Erfolg gezeitigt hat. Die Einzelheiten des durch das pflichtwidrige Verhalten in Gang gesetzten Kausalverlaufs brauchen dagegen nicht vorhersehbar sein. Tritt der Erfolg durch das Zusammenwirken mehrerer Umstände ein, müssen alle diese Umstände dem Täter erkennbar sein, weil nur dann der Erfolg für ihn voraussehbar ist (vgl. Jähnke, in: LK-StGB, 11. Aufl., § 222 Rn 3 mwN). Diese Voraussetzungen liegen hier vor.
a) Der Bestrafung wegen fahrlässiger Tötung steht

nicht entgegen, dass der zum Tode führende Schuss in Notwehr abgegeben worden ist. Zwar können die einem zulässig eingesetzten Verteidigungsmittel anhaftenden Gefahren als solche keinen Fahrlässigkeitsvorwurf begründen (vgl. BGHSt 27, 313 [314]; Jähnke, in: LK-StGB, § 222 Rn 18). Denn ein und dieselbe Handlung kann nicht sowohl rechtmäßig als auch rechtswidrig sein. Etwas anderes gilt aber dann, wenn für den Fahrlässigkeitvorwurf auf ein vor dieser Handlung liegendes rechtswidriges Verhalten abzustellen ist. Wer durch ein rechtswidriges Vorverhalten die Gefahr einer tätlichen Auseinandersetzung mit tödlichem Ausgang herbeigeführt hat, kann auch dann wegen fahrlässiger Tötung bestraft werden, wenn er den zum Tode führen den Schuss in Notwehr abgibt. Eine derartige Gefahr lag hier vor, weil nach dem gemeinsamen Tatplan M an eine einsam gelegene Stelle unter dem Vorwand eines illegalen Zigarettenverkaufs gelockt und ihm durch den Schuss mit der Schrotflinte eine schwere Körperverletzung zugefügt werden sollte.

b) Die Angekl. haben damit auch die Ursache dafür gesetzt, dass am Ende der Kausalkette der Tod des M stand. Daran ändert im Ergebnis nicht, dass M nach der erfolgreichen Abwehr des Angriffs des Angekl. C nun seinerseits den Angekl. C auf Grund eines neuen Entschlusses rechtswidrig angriff und die tödliche Folge dann als unmittelbare Folge der Notwehrlage eintrat. Denn durch diese neu eintretenden Umstände wird der Ursachenzusammenhang zwischen dem Lokken in die einsame Gegend sowie dem Beginn der Körperverletzung und dem späteren Tod nicht unterbrochen. Es ist anerkannt, dass eine Ursache im Rechtssinne ihre Bedeutung nicht verliert, wenn außer ihr noch andere Ursachen zur Herbeiführung des Erfolges beitragen. Ein Ursachenzusammenhang ist nur zu verneinen, wenn ein späteres Ereignis - anders als hier - die Fortwirkung der ursprünglichen Bedingung beseitigt und seinerseits allein unter Eröffnung einer neuen Ursachenreihe den Erfolg herbeigeführt hat (BGHSt 39, 322 [324]).

c) Dass dem rechtswidrigen Vorverhalten der Angekl. die Gefahr eines für M tödlichen Ausganges innewohnte, war für die Angekl. nach ihren persönlichen Kenntnissen und Fähigkeiten auch vorhersehbar. Nicht erforderlich ist dabei, dass sie die Folgen ihrer Tat in den Einzelheiten voraussehen konnten. Es genügt, dass die Folgen in ihrem Gewicht im Wesentlichen voraussehbar waren (BGHSt 39, 322 [324]). Zwar könnte eine vernunftswidrige Handlungsweise des später Getöteten die Vorhersehbarkeit des Erfolgs entfallen lassen (Jähnke, in: LK-StGB, § 222 Rn 9). Hier war aber für die Angekl. angesichts der vorher von ihnen erkannten Standfestigkeit und Gefährlichkeit des M die Annahme naheliegend, dass dieser sich zur Wehr setzen würde, sobald und soweit ihm das möglich sein würde, und sich daraus eine Notwehrlage für den Angekl. C ergeben könnte."

H. Gesamtergebnis

Die Angeklagten sich haben wegen einer mittäterschaftlich begangenen versuchten schweren Körperverletzung und jeweils wegen einer fahrlässigen Tötung strafbar gemacht. Die Delikte stehen im Verhältnis der Tateinheit (§ 52 StGB).