Öffentliches Recht

Standort: Art. 33 GG Problem: Tragen eines Kopftuchs als Einstellungshindernis

VG LÜNEBURG, URTEIL VOM 16.10.2000
1 A 98/00 (NJW 2001, 767)

Problemdarstellung:

Im vom VG zu entscheidenden Rechtsstreit ging es um die Frage, ob die Einstellung einer angehenden Lehrerin an einer staatlichen Schule allein deswegen abgelehnt werden kann, weil sie darauf besteht, auch während des Unterrichts ein Kopftuch als Ausdruck ihres islamischen Glaubens zu tragen.

Das VG verneint dies und spricht der Kl. unmittelbar aus den Grundrechten (Art. 33 II, III GG) einen Einstellungsanspruch zu. Nach kurzer Feststellung, dass den Behörden bei der Beurteilung der "Eignung" einer Person für ein öffentliches Amt zwar ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zustehe, dieser jedenfalls aber auf sachwidrige Erwägungen überprüft werden könne, wägt das VG zwischen der Religionsfreiheit der Lehrerin einerseits und der staatlichen Neutralitätspflicht, der negativen Religionsfreiheit der Schüler sowie dem Erziehungsrecht der Eltern andererseits ab. Dabei komme es - geleitet vom Grundsatz der "praktischen Konkordanz" und unter Berücksichtigung eines gegenseitigen Toleranzgebotes im innerschulischen Bereich - zwar auf die Umstände des Einzelfalles an; die Toleranzgrenze sei aber nur dann überschritten, wenn eine nachhaltige Störung des Schulfriedens konkret absehbar sei. Eine solche könne keinesfalls pauschal unterstellt werden, zumal wenn -wie hier - die Betroffene keinerlei Anlass zur Annahme gegeben habe, dass sie eine fundamentalistische Gesinnung verfolge oder unter Ausnutzung der Beeinflussbarkeit der ihr anvertrauten Schüler für ihren Glauben aktiv werben werde.

Prüfungsrelevanz:

Das Tragen von Kopftüchern durch Beamte im Dienst hat die Gerichte wiederholt beschäftigt. Auch in der RA wurde das Thema "Kopftuch" bereits behandelt (RA 2000, 491 = VGH München, NVwZ 2000, 952), dort allerdings in der umgekehrten Variante, dass sich eine abzuschiebende Ausländerin weigerte, zur Anfertigung eines Passfotos für die Einreise in den Iran ein Kopftuch umzubinden. Brisant und aktuell ist das Thema schon deshalb, weil das VG Stuttgart (NVwZ 2000, 959) in einem nahezu identischen Fall einen Einstellungsanspruch verneint, also gerade entgegengesetzt entschieden hatte.

Die juristischen Probleme liegen vor allem im sogen. Beurteilungsspielraum der Behörden bei der Beurteilung der "Eignung" einer Person für den Staatsdienst und dessen Überprüfbarkeit durch die Gerichte (hierzu ausführlich RA 2000, 645 = VG Lüneburg, NdsVBl 2000, 251, übrigens zur interessanten Parallelproblematik der Nichteinstellung eines Berufssoldaten wg. dessen Homosexualität) sowie in der Herstellung "praktischer Konkordanz" zwischen den widerstreitenden Grundrechten (hierzu ausführlich RA 2000, 414 = BVerfG, NJW 2000, 1859).

Zur Kenntnis genommen werden sollte ferner, dass das VG den Einstellungsanspruch unmittelbar aus Art. 33 II, III GG herleitet, also Grundrechte ausnahmsweise als Leistungsrechte heranzieht.

Eine zustimmende Urteilsanmerkung von *Böckenförde*, der auf die widerstreitenden Grundrechtspositionen und deren Ausgleich intensiv eingeht, findet sich in NJW 2001, 723.

Leitsätze (der Redaktion):

1. Die fehlende Eignung für den Schuldienst kann nicht allein aus dem Tragen eines Kopftuchs hergeleitet werden.

2. Kleidung im Unterricht kann nur und erst dann beanstandet werden, wenn sie jede Toleranzgrenze überschreitet und dadurch der Schulfrieden nachhaltig gestört wird.

Sachverhalt:

Die Kl. begehrt ihre Einstellung als Beamtin auf Probe in den staatlichen Schuldienst. Sie ist gebürtige Deutsche, wurde im evangelisch-lutherischen Glauben erzogen und ist auch konfirmiert worden. Sie trat 1990 zum Islam über, heiratete 1992 einen Syrer und änderte 1993 ihren Vornamen von Iris in Iymin. Die Kl. bewarb sich zum 2. 9. 1999 für die Einstellung in den Niedersächsischen Schuldienst für das Lehramt an Grund- und Hauptschulen. Am 18. 8. 1999 kam es zu einem Vorstellungsgespräch bei der Bekl., in

dem auch das Kopftuch zur Sprache kam, das die Kl. während der Dienstzeit, innerhalb und außerhalb der Unterrichts in jedem Fall tragen will. Laut einer Stellungnahme des Regierungsschuldirektors über die Einstellung von Lehrkräften an Allgemeinbildenden Schulen im Regierungsbezirk Lüneburg zum 1. 9. 1999 ist die Stelle in S. mit der Kl. zu besetzen. In der Stellungnahme wird ausgeführt: "Trägt Kopftuch; gefragt, wie im Konfliktfalle (denkbare Elternproteste) gehandelt würde, äußert sie, dass die ihr anvertrauten Schulkinder keinesfalls unter diesem Sachverhalt leiden dürften".

Mit Schreiben vom 6. 9. 1999 wurde die Kl. zur beabsichtigten Rücknahme des Einstellungsangebotes angehört. Zur Begründung dafür gab die Bekl. an, die verfassungsrechtlich geforderte Neutralität der Schule und das Erziehungsrecht der Eltern nach Art. 6 II GG verlange, dass die Lehrkräfte sich in einer Weise kleideten, dass die Schüler und Schülerinnen in der Schule, besonders aber im Unterricht, nicht einem ihrer Überzeugung widersprechenden religiösen oder weltanschaulichen Einfluss ausgesetzt seien.

Mit Schreiben vom 20. 9. 1999 teilte die Bekl. der Kl. mit, ihre Einstellungs-Absichtserklärung vom 1. 9. 1999 sei als gegenstandslos zu betrachten. Hinderungsgrund sei zum einen die bereits vormalig vertretene Auffassung. Zudem habe der Schulbezirkspersonalrat diese Maßnahme abgelehnt. Am 2. 10. 1999 erhielt die Kl. darüber hinaus noch ein Schreiben des Inhalts, dass es nach eingehender Auswertung aller vorliegenden Bewerbungen nicht möglich gewesen sei, ihre Bewerbung um Einstellung als Lehrkraft auf eine Stelle bzw. einen Arbeitsplatz zum 1. 9. 1999 zu berücksichtigen. Die nach erfolglosem Widerspruch erhobene Klage hatte überwiegend Erfolg.

Gründe:

1. Die Kl. hat Anspruch auf Einstellung als Lehrerin in das Beamtenverhältnis auf Probe. Die dem entgegenstehenden Bescheide der Bekl. sind rechtswidrig und verletzen die Kl. in ihren Rechten (§ 113 V VwGO). Denn das Tragen eines Kopftuches auf Grund der religiösen Zugehörigkeit zum Islam steht der Eignung der Kl. für das Probebeamtenverhältnis nicht entgegen.

Zwar hat die Kl. keinen materiell-rechtlich ausgeformten Anspruch auf Ernennung schon auf der Grundlage einfachen Rechts (vgl. BVerwGE 15, 3), aber es steht ihr verfassungsrechtlich ein subjektives Recht aus Art. 33 II GG zu. Dieses hat nicht nur ein Recht auf Bewerbung zum Inhalt, sondern ein solches auf pflichtgemäße und vor allem sachgerechte Beurteilung und Entscheidung des gestellten Antrages. Das Recht kann sich "zum Recht auf den Erhalt des (in Rede stehenden) Amtes verdichten" (v. Münch/ Kunig, GG, 3. Aufl., Art. 33 Rdnr. 32 m.w.N.). Kommt nach den einschlägigen Vorschriften nur ein Erfolg der Bewerbung in Betracht, so besteht ein grundrechtlicher Anspruch auf Amtsvergabe (OVG Bautzen, SächsVBl 1993, 278, 279; BAGE 53, 137, 152). Eine solche Fallgestaltung liegt hier vor.

Nach Art. 33 II und III GG, § 7 BRRG, § 8 NdsBG sind Auswahl und Ernennung von Beamtenbewerbern nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung vorzunehmen. Die vom Gesetzgeber im Übrigen zusammengestellte "Negativliste" zeigt, dass daneben niemand wegen seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden darf (Art. 3 III GG, § 7 BRRG, § 8 NdsBG), insbesondere die Zulassung zu öffentlichen Ämtern unabhängig von einem religiösen Bekenntnis zu erfolgen hat (Art. 33 III 1 GG). Dem Bewerber dürfen insoweit keinerlei Nachteile irgendwelchen Art entstehen (Art. 33 III 2 GG).

Hinsichtlich des Begriffs der "Eignung" steht der Bekl. allerdings ein Beurteilungsspielraum zu, der gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar ist, und zwar im Hinblick darauf, ob die Bekl. die anzuwendenden Begriff verkannt, ihrer Beurteilung einen unrichtigen Sachverhalt zu Grunde gelegt, allgemeine Wertmaßstäbe nicht beachtet, sachwidrige Erwägungen angestellt oder Verfahrensfehler begangen hat. Im vorliegenden Fall hat die Bekl. allgemeine - grundrechtliche - Wertmaßstäbe nicht beachtet, indem sie bei der Kl. einen Eignungsmangel allein deshalb angenommen hat, weil sie im Dienst aus religiösen Gründen ein Kopftuch tragen möchte. Da andere Eignungsmängel oder -hindernisse unstreitig nicht vorliegen, das Fehlen der Eignung der Kl. aber nicht allein aus diesem Grunde schon angenommen werden kann, ist hier auch unter Berücksichtigung eines Beurteilungsspielraums der Bekl. das ihr eingeräumte Ermessen dergestalt reduziert, dass nur noch eine Entscheidung für eine Einstellung der Kl. als Beamtin auf Probe rechtmäßig ist.

Keiner weiteren Ausführungen bedarf es zunächst dazu, dass der Kl. nicht als ein Eignungsmangel i. S. von Art. 33 II GG vorgehalten werden darf, dass sie sich zum Islam (und nicht zum Christentum oder einer anderen Religion) bekennt. Das ist von der Bekl. auch nicht geltend gemacht worden. Denn Art. 33 III GG nennt ergänzend zur "Positivliste" der zulässigen Eignungskriterien - wie auch Art. 3 III GG und Art. 140 GG i.V. mit Art. 135 II WRV - ausdrücklich das religiöse Bekenntnis als ein Kriterium, das bei der Auswahl der Bewerber nicht berücksichtigt werden

darf (BVerwGE 81, 22), und zwar besonders dann nicht, wenn es sich bei der Schule, für welche die Bewerberin in Betracht kommt, um eine solche für Schüler aller Bekenntnisse und Weltanschauungen (vgl. § 3 I NdsSchulG) handelt (BVerwGE 81, 22). […]

Ein Fehlen der Eignung der Kl. allein aus dem Tragen des Kopftuches herzuleiten, stellt eine nach Art. 33 II und III GG, § 7 BRRG, § 8 NdsBG unzulässige Benachteiligung der Kl. wegen ihres Glaubens und ihres nach außen gewendeten Bekenntnisses dar. Ihre Eignung als Lehrerin ist insbesondere nicht deshalb zu verneinen, weil sie mit dem Tragen des Tuches innerhalb des Schuldienstes - in Ausübung eines Grundrechtes (Art. 4 I GG) - gegen das Neutralitätsgebot und gegen Dienstpflichten nach den §§ 61, 62 NdsBG verstoßen könnte. Hiernach ist der Beamte u. a. verpflichtet, seine Aufgaben unparteiisch und gerecht zu erfüllen und sein Amt zum Wohle der Allgemeinheit zu führen. Ob jedoch durch das Verhalten eines Beamten dienstliche Interessen im aufgezeigten Sinne berührt und geschädigt werden, ist im Rahmen einer Güterabwägung unter Einbeziehung grundrechtlicher Wertmaßstäbe danach zu beurteilen, welche Grundpflichten dem Beamten nach dem Inhalt des ihm konkret zu übertragenden Amtes obliegen.

Als zukünftige Lehrerin auf Probe hat die Kl. die unmittelbare pädagogische Verantwortung für den Unterricht und die Erziehung der ihr anvertrauten Schülerinnen und Schüler, wobei sie den Bildungs- und Erziehungsauftrag des Staates (Art. 7 GG) und das Erziehungsrecht der Eltern (Art. 6 II GG) zu beachten hat. Dieser Bildungs- und Erziehungsauftrag des Staates schließt eine Neutralitätspflicht in Fragen der Religion und Glaubens lediglich in dem Sinne ein, dass von der Kl. im "Spannungsverhältnis zwischen der durch Art. 4 I und II GG gewährleisteten positiven Bekenntnisfreiheit und der ebenfalls durch Art. 4 I und II GG gewährleisteten negativen Bekenntnisfreiheit im Schulbereich" (BVerwG, NVwZ 1988, 937) das Toleranzgebot (BVerfGE 52, 223, 246 f.) zu beachten und zu befolgen ist. Dieses Toleranzprinzip stellt ein "tragendes Prinzip freiheitlicher Demokratie" dar (BVerfGE 33, 23, 32). Die Schule als eine Lebensbereich, in dem sich staatlich-pädagogisches Handeln, verschiedenartigste Standpunkte, Anschauungen, Überzeugungen und Werthaltungen sowie bürgerliche Freiheiten - auch solche einer Lehrerin - unmittelbar begegnen, ist in ganz besonderer Weise auf einen offenen Austausch unterschiedlicher Denkansätze angewiesen, wobei es immer ein unvermeidliches Spannungsverhältnis zwischen verschiedenen Anschauungen und ihrer Dokumentation geben wird. Letztlich ist ein - wie auch immer verstandenes - "Neutralitätsgebot" deshalb nicht von vornherein dazu da, Glaubenseinstellungen und religiöse Äußerungen von Lehrern im Schulleben gänzlich zu verhindern. Vielmehr ist der Ausgleich der beteiligten Einstellungen und Grundwerte von der Lehrkraft im Wege der gegenseitigem Akzeptanz und Toleranz zu suchen - ein Weg, der auch Eltern und Schüler einbindet, so dass sie nicht im Widerstreit zum Toleranzprinzip bestimmte Grundpositionen - etwa christliche oder aber (i. S. "negativer" Bekenntnisfreiheit) bekenntnislose Positionen - für ihre Kinder und die pädagogische Arbeit in der Schule einfordern können. Dies hat das BVerfG auch im so genannten "Kruzifix-Beschluss" (BVerfGE 93, 1, 22) nochmals betont. Überall dort, wo Spannungen zwischen negativer und positiver Bekenntnisfreiheit auftreten, besonders im Schulbereich, muss unter Berücksichtigung des Toleranzgebotes ein Ausgleich gesucht werden.

Das BVerfG hat im "Kruzifix-Beschluss" zudem ausgeführt, dass grundsätzlich niemand ein Recht darauf habe, von fremden Glaubensbekundungen, kultischen Handlungen und religiösen Symbolen verschont zu bleiben. Hiervon zu unterscheiden sei aber eine vom Staat geschaffene Lage, in der der Einzelne ohne Ausweichmöglichkeiten dem Einfluss eines bestimmten Glaubens, den Handlungen, in denen dieser sich manifestiere und den Symbolen, in denen er sich darstelle, ausgesetzt sei. Zudem ergebe sich für die Eltern das Recht, die Kinder von Glaubensüberzeugungen fern zu halten, die den Eltern als falsch oder schädlich erschienen (BVerfGE 93, 1, 16 f.). Die letzteren Ausführungen sind im vorliegenden Fall jedoch nur bedingt heranziehbar: Denn hier geht es nicht (nur) um ein religiöses Symbol - das Kruzifix - an einer Klassenwand, dessen Anbringung nur der staatlichen Einrichtung Schule zurechenbar ist und von dieser Wand auch problemlos entfernt werden kann, sondern hier geht es darum, dass die Kl. als Grundrechtsträgerin ihr subjektives Recht auf Glaubensfreiheit ausüben möchte. Im Kruzifix-Fall waren allein die positive und negative Bekenntnisfreiheit der Schüler untereinander bzw. von deren Eltern abzuwägen, während es hier um ein künftig denkbares Spannungsverhältnis individueller Grundrechtsbetätigung der Kl. und positiver wie negativer Bekenntnisfreiheit im Lichte des Toleranzgebotes geht, wobei die ausdrücklichen Verbote des Art. 33 III GG zu beachten sind.

Der einzelne Lehrer ist ebenso wie der Staat nicht einer "absoluten Neutralität" in dem Sinne verpflichtet, dass er sich in allen wertungsabhängigen Fragen und Problemstellungen zurückzuhalten hätte und hierbei keinen eigenen Standpunkt einnehmen dürfte -

eine Neutralität, die es angesichts der bindenden Wertentscheidungen des Grundgesetzes nicht gibt und auch nicht geben darf (Oppermann, RdJB 1977, 44). Vielmehr hat er in Anlehnung an das Grundgesetz Orientierung zu bieten und dabei zugleich ganz allgemein dem Toleranzgebot aus den Rechtsgrundsätzen der Art. 4 I, 3 III und 33 II 2 GG Rechnung zu tragen. Das verlangt von ihm eine angemessene Rücksichtnahme auf heute in einer pluralistischen Gesellschaft sehr unterschiedliche Kindes- und Elternstandpunkte in weltanschaulichen, philosophischen, religiösen und gesellschaftspolitischen Fragen. […]

Von dieser pädagogischen, vom Toleranzgebot geprägten Arbeit abgesehen hat die Kl. jedoch zugleich einen aus Art. 1 I GG ableitbaren, grundrechtlich verbürgten Anspruch (Art. 4 1 GG) auf ihre "positive Bekenntnisfreiheit", der seinerseits im Lichte anderer Wertprinzipien wie dem Recht der Eltern auf Kindererziehung in religiöser und weltanschaulicher Hinsicht (Art. 6 II und 7 GG) zu betrachten ist. Die in der heutigen Schule unvermeidbar auftretenden Spannungen und Wertkonflikte sind unter Zumutbarkeitsgesichtspunkten durch Güterabwägung i. S. praktischer Konkordanz zu lösen (BVerfGE 52, 223; BVerwGE 44, 196; BSG, NJW 1981, 1526 f.). So, wie Eltern einerseits nicht die Ausschaltung jeglicher weltanschaulich-religiösen Bezüge in Gemeinschaftsschulen verlangen können (v. Münch/Kunig, Art. 7 Rdnr. 14), vielmehr in einer Schule, die - im Unterschied zu Baden-Württemberg - nicht mehr Bekenntnisschule ist, sondern sich der pluralistischen Gesellschaft weltoffen und tolerant geöffnet hat (s. o.), ein "Mittelweg" zu suchen ist, so kann eine Lehrkraft andererseits auch nicht ungehindert und ohne Rücksicht auf die ihr anvertrauten Schülerinnen und Schüler ihre "positive Bekenntnisfreiheit" - hier die des Islam - schrankenlos verwirklichen. Jedoch darf ihr mit Blick auf den o. a. Bildungsauftrag der Befähigung des Zusammenlebens mit Menschen aus anderen Nationen und Kulturkreisen (auch dem des Islam) nicht pauschal das Verheimlichen der Existenz und des Inhalts ihrer Religion, der sie sich zugehörig fühlt, abverlangt werden. Das stünde nicht mit Art. 4 GG, Art. 9 EMRK im Einklang (vgl. auch Art. 10 des Entwurfs der Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 28. 9. 2000, in dem das Bekennen einer Religion u. a. auch durch "Bräuche und Riten" grundrechtlich zugestanden wird).

Hinsichtlich der Bekleidung einer Lehrerin mit einem Kopftuch, selbst dann, wenn dies als Bekenntnis zu einer bestimmten religiösen oder weltanschaulichen Richtung zu verstehen und damit pädagogisch nicht mehr irrelevant ist, wirkt sich die Neutralitätspflicht i. S. des Toleranzgebotes mit der Pflicht zur Herstellung praktischer Konkordanz so aus, dass je nach den Umständen des Einzelfalles unter Beachtung des Gebotes der Zurückhaltung in weltanschaulich-religiösen Fragen eine Kleidung nur und erst dann beanstandet werden kann, wenn sie jede Toleranzgrenze ganz eindeutig überschreitet und durch sie der Schulfriede nachhaltig gestört wird. Bloße Auffälligkeit oder Extravaganz der Kleidung reicht hierfür nicht aus, auch nicht die Tatsache, dass sich die Kleidung vom europäischen Kulturkreis abhebt und Ausdruck einer fremden Kultur, Religiosität oder Geisteshaltung ist.

Soweit das hier zur Rede stehende Kopftuch als Symbol einer "fundamentalistischen Grundeinstellung" verstanden wird bzw. werden kann, was bei der Kl. als Deutscher mit evangelisch-lutherischer Erziehung fern liegen dürfte, ist zu betonen, dass es auf das Selbstverständnis des betroffenen Grundrechtsträgers ankommt (vgl. Bader, VBlBW 1998, 361). Dieses geht bei der Kl. dahin, dass sie ein Auftreten in der Öffentlichkeit ohne jede Kopfbedeckung als Entwürdigung empfindet und sie für sich in der Kopfbedeckung Halt und Kraft findet. Demgemäß haben sich bei der Kl. auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 16. 10. 2000 keinerlei Anhaltspunkte für eine fundamentalistische oder indoktrinierende "Grundeinstellung" gefunden. Solche können ihr auch nicht unterstellt werden. Hierbei erhält zudem Bedeutung, dass das Verhalten einer Lehrkraft prinzipiell in deren unmittelbarer pädagogischer Verantwortung steht und insoweit übertriebener Reglementierungen der Schulverwaltung entzogen ist. Damit hat eine Lehrkraft zunächst einmal die Auswirkungen ihrer Kleidung auf die ihr anvertrauten Schülerinnen und Schüler selbstverantwortlich einzuschätzen und zu bestimmen, ggf. - bei übermäßigem Einfluss - auch wieder zurückzunehmen. Solange es an übermäßigen, die Schülerinnen und Schüler tangierenden Auswirkungen jedoch überhaupt fehlt, der Schulfrieden nicht einmal in Frage steht, geschweige denn nachhaltig gestört wird, ist für Maßnahmen der Schulverwaltung (noch) kein Raum.

Das Tragen des Kopftuches wird hier folglich von Art. 4 I GG geschützt. Dabei kommt es nicht darauf an, ob das Tragen des Tuches für eine muslimische Frau generell eine religiöse Pflicht ist. Denn dies kann nur die islamische Glaubensgemeinschaft feststellen. Dem Staat ist eine Bewertung der sich in Bekleidungsvorschriften widerspiegelnden Glaubenshaltung sowie eine Prüfung ihrer theologischen Richtigkeit, insbesondere der Interpretation der dafür angeführten Belegstellen verwehrt (vgl. BVerfGE 33, 23, 30). Die Kl. selbst sieht das Kopftuch aus reli-

giösen Gründen für ihre Person als verbindlich an. Es dient ihren Angaben zufolge als Unterstützung bei der Einhaltung ihrer religiösen Pflichten. Es wird von ihr aus eigenem Antrieb und ohne jeden Druck von außen, also völlig freiwillig getragen.

Die Kammer ist der Ansicht, dass im vorliegenden Fall dem Neutralitätsgebot der Schule und der negativen Bekenntnisfreiheit der Schüler und deren Erziehungsberechtigten nicht in der Weise der Vorrang einzuräumen ist, dass von der Kl. von vornherein das Ablegen des Kopftuches im Unterricht abverlangt werden kann. Denn durch das Tragen des Kopftuches entstehen den Kindern und Eltern keine unzumutbaren Belastungen, insbesondere ist eine psychische Beeinflussung der Schülerinnen und Schüler in Bezug auf die religiöse Anschauung der Kl. nicht konkret zu befürchten. Hierfür fehlt es an jeglichen Anhaltspunkten.

Entscheidend ist zunächst, welche Wirkung der Anblick des Kopftuches bei den Schülerinnen und Schülern hervorruft (BVerfGE 93, 1). Zwar ist das Tragen des Kopftuches für die Kl. zweifellos religiös motiviert, die Kinder und Eltern werden jedoch dadurch in ihrer eigenen Glaubensfreiheit nicht unzumutbar eingeschränkt. Die Schülerinnen und Schüler werden nicht zu besonderen Verhaltensweisen verpflichtet, nur weil die Kl. als Lehrerin ein Kopftuch trägt. Auch ein unmittelbarer Einfluss auf irgendwelche Lehrinhalte wird dadurch nicht ausgelöst. Die psychische Beeinträchtigung der Schüler und Schülerinnen hat hier nur ein geringes Gewicht (vgl. BVerfGE 93, 1, 33). Insbesondere ist die Kammer der Ansicht, dass eine möglicherweise bestehende Suggestivkraft des Kopftuches in religiöser Hinsicht gering zu werten ist. Zwar müssen die Schüler die Lehrerin nahezu während des gesamten Unterrichts ansehen, wohingegen das Kreuz an der Klassenwand nicht ständig im Blickpunkt ist. Im Gegensatz zu dem Kruzifix an der Wand, das eindeutig dem christlichen Glauben zugeordnet werden kann und dessen Wirkung sich für Andersgläubige möglicherweise darin erschöpft, kann das Kopftuch nicht losgelöst von seiner Trägerin gesehen werden. Die Kl. wirkt im Unterricht mit ihrer gesamten Persönlichkeit, ihre Wirkung ist gerade nicht allein auf das Tragen des Kopftuches reduziert. Ist davon auszugehen, dass die Gesamtpersönlichkeit der Lehrerin gewährleistet, dass die Kinder in religiöser Hinsicht nicht missioniert werden, ist eine mögliche Suggestivwirkung, die ggf. von dem Kopftuch ausgeht, demgegenüber zu vernachlässigen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Kinder sowohl im täglichen Leben als auch in der Schule - bei Mitschülerinnen - an den Anblick von muslimischen Frauen und Mädchen, die Kopftücher tragen, gewöhnt sind.

Angesichts dessen, dass ein Kopftuch als solches kein religiöses Symbol darstellt - so werden auch Kopftücher von Frauen getragen, die dies allein auf Grund ihrer kulturellen Tradition oder aus modischen Gründen tun - und von der Gesamtpersönlichkeit der Kl. her nicht zu befürchten ist, dass die Kinder durch das Tragen des Tuches religiös missioniert und indoktriniert werden, bleibt das Tragen des Tuches bei der Kl. im Rahmen des Üblichen. Es ist vergleichbar dem Tragen eines Kreuzes an einer Halskette als Schmuck und zugleich als Ausdruck des Bekenntnisses zum christlichen Glauben oder dem Tragen einer jüdischen Kippa. […] Sofern in der Probezeit wegen des Kopftuchtragens tatsächlich Konflikte mit Schülern und Schülerinnen oder Eltern entstehen sollten, so ist nicht auszuschließen, dass diese Konflikte durch Gespräche und Aufklärung oder organisatorische Maßnahmen der Bekl. gelöst werden können. Sollten diese Bemühungen fehlschlagen, kann dies möglicherweise auch dazu führen, dass die Kl. durch Verfügung der Bekl. aufgefordert werden kann, das Kopftuch - ggf. auch nur während des Unterrichts im Klassenraum - zu entfernen. Letztendlich kann die Bekl. während der Probezeit ggf. entstehende Probleme auch im Rahmen der Ernennung der Kl. zur Beamtin auf Lebenszeit berücksichtigen. […]

Standort: Art. 4 GG — Problem: Genehmigung zum "Schächten" von Tieren

BVERWG, URTEIL VOM 23. 11. 2000
3 C 40.99 (DVBL 2001, 485)

Problemdarstellung:

Das BVerwG hatte über den Antrag eines Moslems auf Erteilung einer Ausnahmegenehmigung für das sogen. "Schächten" (betäubungsloses, rituelles Schlachten) eines Tieres zu entscheiden. § 4a I TierSchG verbietet dies grundsätzlich; gem. § 4a II Nr. 2 TierSchG kann jedoch eine Ausnahme zugelassen werden, wenn "zwingende Vorschriften einer Religionsgemeinschaft" dem ASt. das Schächten gebieten.

Der Senat führt zunächst aus, dass die Regelung des § 4a TierSchG wirksam, d.h. verfassungskonform sei. Zwar werde in den Schutzbereich des Art. 4 GG

- Glaubensfreiheit in Form des sogen. "forum externum", also des Auslebuns und Werbens für den eigenen Glauben - eingegriffen. Dieser Eingriff sei jedoch durch den in Art. 140 GG i.V.m. 136 I WRV enthaltenen Gesetzesvorbehalt gedeckt, da § 4a TierSchG ein allgemeines, auch im Lichte des Art. 4 GG verhältnismäßiges Gesetz sei. Interessant dabei ist, dass das BVerfG (Nachweise in den Gründen) wohl davon ausgeht, dass die Schranke des Art. 140 GG i.V.m. 136 I WRV von Art. 4 GG "überlagert" werde, d.h. die Glaubensfreiheit i.E. nur verfassungsimmanent beschränkbar sei. Das BVerwG erteilt dieser - auch in der Literatur als systematisch verfehlt kritisierten - Auffassung eine Absage.

Von seinem Standpunkt aus stellte sich dem BVerwG danach nur noch die Frage, ob der Kl. einer Religionsgemeinschaft angehört, deren zwingende Vorschriften ihm das Schächten gebieten; für den konkreten Fall (die durch zahlreiche Entscheidungen "berühmt" gewordene Islamische Religionsgemeinschaft Hessen - IRH -, vgl. nur VGH Kassel, RA 2000, 497 = NVwZ 2000, 951) verneint es dies. Wer demgegenüber den Standpunkt des BVerfG vertritt, wonach die Glaubensfreiheit nur verfassungsimmanent beschränkbar sei, muss sich mit der (hochstreitigen, vgl. Nachweise in den Gründen) Frage auseinandersetzen, ob der Tierschutz Verfassungsrang genießt und, falls ja, wie dieser mit der Glaubensfreiheit im Einzelfall in Einklang zu bringen ist (Stichwort: "praktische Konkordanz").

Prüfungsrelevanz:

Die Problematik lässt sich sowohl in eine verwaltungsrechtliche (Verpflichtungsklage auf Erteilung einer Ausnahmegenehmigung nach § 4a II Nr. 2 TierSchG) als auch in eine verfassungsrechtliche (Verfassungsbeschwerde gegen die die Ausnahmegenehmigung versagende Entscheidung) Prüfungsaufgabe einbinden. In beiden Fällen wären die o.g. Probleme der Verfassungsmäßigkeit des § 4a TierSchG und der darin enthaltenen Streitfragen, welchen Schranken die Glaubensfreiheit unterliegt und ob der Tierschutz ggf. Verfassungsrang hat, zu erörtern. Dass das Thema hohe Examensrelevanz besitzt, ergibt sich schon aus den zahllosen Erörterungen in Literatur (vgl. z.B. Schnapp, NWVBl 1992, 375 und Discher, JuS 1996, 529 sowie die Nachweise in den Gründen) und Rechtsprechung (z.B. VGH Kassel, RA 2000, 951 = NVwZ 2000, 951 gegen VG Darmstadt, NVwZ-RR 2000, 513 sowie die Nachweise in den Gründen).

Leitsätze:

1. Die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung nach § 4a II Nr. 2, 1. Alt. TierSchG setzt voraus, dass der Antragsteller einer durch gemeinsame Glaubensüberzeugungen verbundenen Gruppe von Menschen angehört, die das betäubungslose rituelle Schächten als für sich zwingend hält.
2. Die Zugehörigkeit zu einem alle Richtungen des Islam zusammenfassenden islamischen Regionalverband rechtfertigt die Erteilung der Ausnahmegenehmigung nicht.

Sachverhalt:

Der Kl., ein Muslim, ist Mitglied der "Islamischen Religionsgemeinschaft Hessen" (IRH). Dabei handelt es sich um einen im November 1997 gegründeten, eingetragenen Verein, der nach seiner Satzung die Aufgabe hat, als Handlungsorgan der ihm angehörenden Muslime zu fungieren und für die religiösen Interessen seiner Mitglieder eine gemeinsame und ständige Informations- und Gesprächsebene zu bilden; insbesondere obliegt dem Verein die Förderung der Einführung des islamischen Religionsunterrichts an hessischen Schulen. Die IRH ist nicht auf eine bestimmte islamische Rechtsschule ausgerichtet; die Mitgliedschaft steht allen volljährigen, geschäftsfähigen natürlichen Personen mit Wohnsitz im Lande Hessen offen, die sich zum Islam bekennen. Derzeit hat sie etwa 10.000 Mitglieder.

Zur Unterstützung in religiösen Fragen verfügt die IRH über einen Fiqh-Rat als internes Organ. Die von ihm erstellten Fatwas (Sachverständigen- bzw. Rechtsgutachten) haben nach der Satzung empfehlenden Charakter. Soweit es um Belange der Gemeinschaft geht, erhalten die Fatwas verbindliche Wirkung durch Beschluss der Organe der IRH; Fatwas im persönlichen Bereich Einzelner gelten als allgemeine Empfehlungen.

Im März 1995 erstellte der Fiqh-Rat eine Fatwa zur Zulässigkeit der vorherigen Betäubung eines zur Schlachtung beim islamischen Opferfest vorgesehenen Tieres. Er kam zu dem Ergebnis, dass die Betäubung nach den Vorschriften des Koran unzulässig sei. Der Vorstand der IRH erklärte die Fatwa für verbindlich.

Unter Berufung auf seine Mitgliedschaft in der IRH beantragte der Kl. Mitte Februar 1999, ihm anlässlich des Ende März stattfindenden islamischen Opferfestes das betäubungslose Schlachten eines Schafes zu erlauben. Durch Bescheid vom 23. 2. 1999 lehnte der Bekl. den Antrag ab. Der hiergegen gerichtete Widerspruch des Kl. wurde wegen Zeitablaufs nicht beschieden. Der Feststellung gab das VG statt. Die Sprungrevision der Bekl. führte zur Zurückverweisung.

Gründe:

Das angefochtene Urteil verletzt § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG. Danach darf die Genehmigung zu einer Ausnahme von dem in § 4a Abs. 1 TierSchG ausgesprochenen Verbot des betäubungslosen Schlachtens nur insoweit erteilt werden, als es erforderlich ist, den Bedürfnissen von Angehörigen bestimmter Religionsgemeinschaften im Geltungsbereich des TierSchG zu entsprechen, denen zwingende Vorschriften ihrer Religionsgemeinschaft das Schächten vorschreiben oder den Genuss von Fleisch nicht geschächteter Tiere untersagen. Der Kl. stützt sein Begehren auf die erste der beiden in dieser Vorschrift geregelten Alternativen. Er macht geltend, aus Glaubensgründen am islamischen Opferfest zur Opferung eines warmblütigen Tieres durch rituelles Schächten verpflichtet zu sein. Die vom VG festgestellten Tatsachen tragen jedoch nicht dessen Ansicht, der Kl. gehöre einer Religionsgemeinschaft an, die durch zwingende Vorschriften ihren Angehörigen das Schächten vorschreibe.

2. Die gesetzliche Regelung, die die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung von zwingenden Vorschriften einer Religionsgemeinschaft abhängig macht, ist mit dem GG vereinbar.

2.1 Allerdings stellt dieses Erfordernis eine Beschränkung der in Art. 4 Abs. 1 und 2 GG grundrechtlich geschützten freien Religionsausübung dar. Dieses Grundrecht schützt nicht nur die innere Freiheit, zu glauben oder nicht zu glauben, sondern ebenso die Freiheit des kultischen Handelns, des Werbens und der Propaganda (vgl. BVerfGE 24, 236, 245). Die rituelle Opferung eines Tieres aus Gründen des Glaubens stellt eine kultische Handlung in diesem Sinne dar.

Das Recht auf Glaubensfreiheit einschließlich der ungestörten Religionsausübung ist ein Individualgrundrecht. Es steht in enger Beziehung zur Menschenwürde als dem zentralen Wert und Schutzgut der Verfassung (Art. 1 GG). Es kommt dem Einzelnen daher nicht nur als Mitglied einer Glaubensgemeinschaft zugute; vielmehr gestattet Art. 4 Abs. 1 und 2 GG auch Außenseitern und Sektierern die ungestörte Entfaltung ihrer Persönlichkeit gemäß ihren subjektiven Glaubensüberzeugungen (vgl. BVerfGE 33, 23, 29). Deshalb stellt es eine Einschränkung der individuellen Glaubensfreiheit dar, wenn der Gesetzgeber das betäubungslose Schlachten nur nach Maßgabe zwingender Vorschriften einer Religionsgemeinschaft zulässt.

2.2 Diese Einschränkung ist jedoch verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Dabei kann offen bleiben, ob sich dies schon aus dem Grundsatz ergibt, dass das Grundrecht der Religionsfreiheit Einschränkungen unterliegt, wenn es in Widerstreit zu anderen Schutzgütern der Verfassung tritt (vgl. BVerfG, aaO, S. 29). In einem solchen Fall ist es in erster Linie Aufgabe des Gesetzgebers, aufgrund einer sachgerechten Güterabwägung die verschiedenen verfassungsrechtlich geschützten Interessen zu einem gerechten Ausgleich zu bringen.

Die in § 4a Abs. 1 TierSchG für den Regelfall verlangte Betäubung warmblütiger Tiere vor der Schlachtung dient dem Tierschutz. Das Gebot fügt sich ein in den in § 1 TierSchG benannten Zweck des Gesetzes, aus der Verantwortung des Menschen für das Tier als Mitgeschöpf dessen Leben und Wohlbefinden zu schützen, und in das diese Zweckbestimmung ergänzende Verbot, einem Tier ohne vernünftigen Grund Schmerzen, Leiden oder Schäden zuzufügen. Es ist allerdings streitig, ob der so definierte Tierschutz Verfassungsrang genießt. Das BVerfG hat diese Frage offen gelassen (vgl. BVerfGE 101, 1, 44). Der 6. Senat des BVerwG hat sie verneint; in Bezug auf die hier insbesondere in den Blick zu nehmende Bestimmung des Art. 20a GG, die die natürlichen Lebensgrundlagen unter den Schutz des Staates stellt, hat er allerdings nur ausgeführt, die Regelung verleihe als Staatszielbestimmung dem Einzelnen keine einklagbaren Rechte (vgl. BVerwGE 105, 73, 81). Demgegenüber wird in der Literatur zunehmend die Auffassung vertreten, auch der Tierschutz werde von der in Art. 20a GG statuierten Schutzverpflichtung des Staates erfasst (vgl. BK-Kloepfer, Art. 20a Rdnr. 50; Maunz/Dürig-Scholz, Art. 20a Rdnr. 36, 37; einschränkend Jarass/Pieroth, GG, Art. 20a Rdnr. 3: nur wild lebende Tiere). Diese Auffassung hat auch der BT mehrheitlich vertreten (vgl. Beschluss vom 30. 6. 1994, BT-Prot. 12. Wahlperiode, 238. Sitzung, S. 21038 zu BT-Drucksache 12/8211).

Diese Frage bedarf hier aber keiner abschließenden Klärung, weil die Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Regelung davon letztlich nicht abhängt.

2.3. Nach Auffassung des erkennenden Senats ergibt sich die Legitimation des Gesetzgebers für die in § 4a TierSchG getroffene Regelung aus Art. 140 GG i. V. mit Art. 136 Abs. 1 WRV. Nach der zuletzt genannten Bestimmung, die durch Art. 140 GG zum Bestandteil des GG geworden ist, werden die bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten durch die Ausübung der Religionsfreiheit weder bedingt noch beschränkt. Damit wird die Ausübung der Religionsfreiheit, wie sie in Art. 4 Abs. 2 GG gewährleistet ist, ausdrücklich unter einen staatsbürgerlichen Pflichtenvorbehalt gestellt. Zu den staatsbürgerlichen Pflichten zählt zu allererst die Gesetzesbefolgungspflicht (vgl. Muckel, in: Berliner Kommentar zum GG, Art. 4 Rdnr. 47). Nach verbreiteter

Auffassung in der Literatur stellt daher Art. 140 GG i. V. mit Art. 136 Abs. 1 WRV das Grundrecht der freien Religionsausübung unter den Vorbehalt der allgemeinen Gesetze; dazu zählen jedoch solche Gesetze nicht, die speziell die Ausübung der Religionsfreiheit zum Gegenstand haben und daran besondere Rechte oder Pflichten knüpfen (vgl. Jarass/Pieroth, Art. 136 WRV Nr. 2; Muckel, aaO, m.w.N.; v.Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 4 Rdnr. 80). Dem schließt sich der erkennende Senat an. Angesichts des weiten und subjektiv geprägten Schutzbereichs des Grundrechts der Religionsfreiheit geht es nicht an, alle aus einer Glaubensüberzeugung gespeisten Verhaltensweisen generell von der Verpflichtung zur Einhaltung der allgemeinen Gesetze freizustellen, soweit nicht ein von der Verfassung selbst geschütztes anderes Rechtsgut in Mitleidenschaft gezogen wird. Dies zeigt gerade die hier in Rede stehende Problematik des Tierschutzes. Spricht man dem Tierschutz den Verfassungsrang ab, so könnten selbst offenkundig tierquälerische und grausame rituelle Handlungen nicht unterbunden werden, wenn der Betreffende in ihnen die kultische Verwirklichung seiner Glaubensüberzeugungen sieht.

Demgegenüber hat das BVerfG zwar erklärt, das vom GG gewährleistete Recht der Glaubensfreiheit werde weder durch die allgemeine Rechtsordnung noch durch eine unbestimmte Güterabwägungsklausel relativiert; insbesondere folge aus Art. 136 WRV i. V. mit Art. 140 GG keine Begrenzungsmöglichkeit des einfachen Gesetzgebers, weil diese Vorschrift nach Bedeutung und innerem Gewicht im Zusammenhang der grundgesetzlichen Ordnung von Art. 4 Abs. 1 GG überlagert werde (BVerfGE 33, 23, 29). Sollte diese Entscheidung i. S. eines generellen Zurücktretens einfach-rechtlicher Regelungen gegenüber der Berufung auf das Grundrecht der freien Religionsausübung zu verstehen sein, könnte der Senat dem aus den vorgenannten Gründen nicht folgen.

Schon der vom BVerfG verwandte Begriff der "Überlagerung" lässt jedoch insoweit Zweifel aufkommen. Es kommt hinzu, dass die Entscheidung nicht zu Art. 136 Abs. 1 WRV, sondern zu Art. 136 Abs. 4 WRV ergangen ist. Darüber hinaus ist das BVerfG in seinem Urteil vom 15. 12. 1983 (BVerfGE 65, 1, 39) selbst davon ausgegangen, dass die in Art. 4 Abs. 1 GG verankerte negative Bekenntnisfreiheit durch den Vorbehalt des Art. 136 Abs. 3 Satz 2 WRV eingeschränkt wird, der es den Behörden gestattet, nach der Zugehörigkeit zu einer Religionsgesellschaft zu fragen, wenn davon Rechte und Pflichten abhängen oder eine gesetzlich angeordnete statistische Erhebung dies erfordert. Ferner hat das BVerfG immer wieder die grundsätzliche Anwendbarkeit der allgemeinen Gesetze bei Handlungen im Rahmen der Religionsausübung angenommen, ohne die Frage nach ihrer Rechtfertigung durch andere Schutzgüter der Verfassung aufzuwerfen (vgl. u. a. BVerfGE 83, 341, 356).

2.4 Das bedeutet allerdings nicht, dass die Auslegung und Anwendung der Vorschriften der allgemeinen Gesetze eine etwaige Beschränkung des Grundrechts der Religionsfreiheit unberücksichtigt lassen könnte. Sie müssen vielmehr in einer Weise erfolgen, die dem hohen Wert des Rechts auf freie Religionsausübung Rechnung trägt und seiner Verwirklichung soweit wie möglich Raum schafft. Mit diesem Postulat vereinbar erscheinen insbesondere solche auf die Religionsausübung einwirkenden Regelungen, die die Ernsthaftigkeit und Glaubwürdigkeit der angeführten Glaubensentscheidung gewährleisten sollen. Andererseits müssen die allgemeinen Gesetze zurückweichen, wenn der konkrete Konflikt zwischen einer nach allgemeinen Anschauungen bestehenden Rechtspflicht und einem Glaubensgebot den Betroffenen in eine seelische Bedrängnis bringt, die unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit nicht zu verantworten ist (vgl. BVerfGE 32, 98, 109).

2.5 Vor diesem Hintergrund ist zunächst festzustellen, dass § 4a TierSchG ein allgemeines Gesetz i. S. des Art. 136 Abs. 1 WRV ist. Das Verbot des betäubungslosen Schlachtens in § 4a Abs. 1 TierSchG richtet sich an alle Rechtsunterworfenen ohne Rücksicht auf ihre Religion. Der Gesetzgeber hat zwar in § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG Ausnahmemöglichkeiten im Hinblick auf die Angehörigen bestimmter Religionsgemeinschaften vorgesehen. Das entkleidet aber das zugrunde liegende Verbot nicht seines allgemeinen Charakters.

Dass der Gesetzgeber die Ausnahmegenehmigung des 4a Abs. 2 Nr. 2 1. Alt. TierSchG an die gemeinsame Glaubensüberzeugung einer Religionsgemeinschaft geknüpft hat, ist sachgerecht und verhältnismäßig. Hätte er allein auf individuelle Glaubensüberzeugungen Einzelner abgestellt, wäre die Gefahr eines Missbrauchs kaum einzuschränken. Das Abstellen auf eine Glaubensgemeinschaft bietet eine höhere Wahrscheinlichkeit dafür, dass dem Antrag auf Erteilung einer Ausnahmegenehmigung eine ernsthafte und verantwortete Glaubensentscheidung zugrunde liegt.

Auch das Merkmal der "zwingenden Vorschriften" erscheint als eine sachgerechte Begrenzung des Rechts auf Religionsfreiheit. Durch dieses Merkmal wird gewährleistet, dass die Erlaubnis nur in Anspruch genommen werden kann, um dem Betroffenen eine ansonsten bei Beachtung des Schächtungsverbots unausweichliche seelische Bedrängnis zu ersparen. Dem Tier sollen die durch das betäubungslose

Schlachten entstehenden Schmerzen und Leiden nur zugefügt werden dürfen, wenn der Begünstigte andernfalls eine anders nicht zu umgehende seelische Beeinträchtigung erleiden würde. Als in diesem Sinne "zwingend" sind daher solche Glaubensvorschriften anzusehen, deren Nichtbeachtung von den betroffenen Gläubigen als für ihre religiösen Erwartungen abträglich empfunden werden müsste. Diese Voraussetzung ist z. B. nicht gegeben, wenn die betreffenden Bestimmungen ein bestimmtes Verhalten zwar für Länder mit islamischer Bevölkerungsmehrheit vorschreiben, hiervon aber absehen im Hinblick auf Diasporagebiete bzw. solche Länder, deren Rechtsordnung entgegensieht.

Allerdings verbietet das Grundrecht der Religionsfreiheit, die vorstehend angesprochenen Erlaubnisvoraussetzungen in einem engen oder gar formalistischen Sinne zu verstehen. Der Schutzzweck des TierSchG würde es nicht rechtfertigen, als Glaubensgemeinschaft nur eine rechtlich verfasste Gruppe gelten zu lassen. Es ist nicht erforderlich, dass die Gemeinschaft, auf die der Antragsteller sich bezieht, als Religionsgesellschaft i. S. des Art. 137 Abs. 5 WRV die Voraussetzungen für die Anerkennung als öffentlich-rechtliche Körperschaft erfüllt oder gemäß Art. 7 Abs. 3 GG berechtigt ist, an der Erteilung von Religionsunterricht mitzuwirken. Daraus folgt zugleich, dass unter den in § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG genannten zwingenden Vorschriften keine quasi-gesetzliche Normierung verstanden werden darf. Es reicht vielmehr eine von der betreffenden Glaubensgemeinschaft als unbedingt verbindlich angesehene Verhaltensregel aus, unabhängig davon, ob diese auf eine Geltungsanordnung der Gemeinschaft oder auf eine transzendentale Grundlage wie die Annahme einer göttlichen Offenbarung gestützt ist. Für die Erteilung der Erlaubnis ist daher erforderlich, aber auch ausreichend, dass der Antragsteller einer durch gemeinsame Glaubensüberzeugung verbundenen Gruppe von Menschen angehört, die das betäubungslose rituelle Schächten für sich aus religiösen Gründen als zwingende Verhaltensregel ansieht. Entscheidend ist insoweit das belegbare ernsthafte Bewusstsein einer für alle Mitglieder aus ihrem Glaubensverständnis heraus unausweichlichen Bindung.

3. Die vom VG festgestellten Tatsachen rechtfertigen nicht die Annahme, die vorgenannten Voraussetzungen seien hier erfüllt. Das VG hat seine Entscheidung allein auf die Zugehörigkeit des Kl. zur IRH und auf die von dieser für verbindlich erklärten Fatwas des Fiqh-Rates gestützt. Die IRH ist aber keine Religionsgemeinschaft i. S. des § 4a TierSchG, die ihre Mitglieder zwingenden Vorschriften zur Notwendigkeit des Schächtens unterwerfen könnte. Es fehlt ihr das dafür erforderliche spezifische religiöse Profil.

Die Mitglieder der IRH sind zwar sämtlich Anhänger des Islams. Dieser besteht aber nicht nur aus den beiden großen Richtungen der Schiiten und Sunniten, sondern gliedert sich zusätzlich in eine Reihe divergierender Rechtsschulen und anderer Gruppierungen. Es ist das erklärte Ziel der IRH, alle diese Richtungen zu erfassen, um ihre gemeinsamen Interessen zu koordinieren und nach außen hin zu vertreten. Die IRH repräsentiert nach ihrem eigenen Vorbringen "die Vielfalt der Muslime in Hessen" und deren religiösen Konsens. Sie versteht sich somit in glaubensmäßiger Hinsicht als bloßes Sammelbecken von Moslems unterschiedlicher Herkunft und Bekenntnisse in einer bestimmen Region. Diese Zielsetzung schließt es aus, Glaubenswahrheiten für verbindlich zu erklären, die innerhalb des Islams umstritten sind.

Wie das VG festgestellt hat, gibt es in Hinblick auf das Schächten von Opfertieren keine einheitliche Auffassung des Islam. Etwas anderes behauptet selbst der Kl. nicht. Damit steht fest, dass die IRH entgegen ihrem Selbstverständnis ein nicht vom gesamtislamischen Konsens getragenes Religionsgebot für verbindlich erklärt hat. Mit dieser in sich widersprüchlichen Vorgehensweise hat sie ihre Gestaltungsfreiheit überschritten und daher eine staatlicherseits zu respektierende zwingende Norm i. S. von § 4 Abs. 2 TierSchG nicht entstehen lassen. Wie der Senat in seinem Urteil vom 15. 6. 1995 (BVerwGE 99, 1, 4) entschieden hat, unterliegt es im Streitfall der Beurteilung der Gerichte, ob eine Norm der betreffenden Religionsgemeinschaft vorliegt, die nach dem Selbstverständnis der Mitglieder als zwingend zu gelten hat. Dies ist im vorliegenden Fall aus den dargelegten Gründen zu verneinen […].

Standort: Straßenrecht Problem: Vergabekriterium "bekannt und bewährt"

VGH MANNHEIM, URTEIL VOM 17. 03. 2000
5 S 369/99 (NVwZ-RR 2001, 159)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall ging es um die Vergabe eines Stellplatzes auf dem Freiburger "Kartoffelmarkt". Bei diesem handelt es sich weder um eine nach §§ 69, 70 GewO festgesetzte Veranstaltung, noch war der Veranstaltungsplatz als "öffentliche Einrichtung" im Sinne der Gemeindeordnung gewidmet; vielmehr erfolgte die Vergabeentscheidung allein auf der Grundlage sogen. "Sondernutzungsgenehmigungen" nach Straßenrecht, hier § 16 II StrG BW. Die Erteilung von Sondernutzungsgenehmigungen steht im Ermessen der Behörde. Diesbezüglich war fraglich, ob für die Auswahl unter mehreren Bewerbern bei Kapazitätserschöpfung auf das Kriterium "bekannt und bewährt" zurückgegriffen werden darf. Jedenfalls für straßenrechtliche Sondernutzungen ist dies nach Ansicht des VGH zu verneinen. Die Gemeinde könne nicht einerseits auf die Festsetzung der Veranstaltung nach der GewO verzichten (und sich so der Durchführungspflicht nach § 69 II GewO entziehen), andererseits aber gewerbe- und marktähnliche Kriterien wie "bekannt und bewährt" für die Bewerberauswahl heranziehen. Entscheide sie sich dafür, diese allein im Wege straßenrechtlicher Sondernutzungsgenehmigungen zuzulassen, müsse sie vielmehr auch straßenrechtliche Vergabekriterien heranziehen (z.B. Gemeingebrauchsverträglichkeit der Sondernutzung u.ä.), zumindest aber auf gewerbe- und marktähnliche Kriterien verzichten (als Alternative deutet der VGH die Zulässigkeit eines Los- oder Rotationsverfahrens an).

Prüfungsrelevanz:

Bereits für nach § 69 GewO festgesetzte Veranstaltungen (häufig Märkte u.ä.) ist streitig, ob die Auswahl bei Bewerberüberhang nach dem Merkmal "bekannt und bewährt" erfolgen darf. Entscheidend dürfte dort sein, dass - im Lichte der Art. 3, 12 GG - auch den Neubewerbern genügend Kapazität eingeräumt werden muss, so dass deren Gewerbefreiheit nicht auf Dauer faktisch leerläuft (vgl. zuletzt ausdrücklich VG Schleswig, NVwZ-RR 1999, 308; ferner OVG Münster, NWVBl 1991, 116; NVwZ-RR 1994, 157; OVG Hamburg, GewA 1987, 303; VGH München, NVwZ-RR 1991, 550).

Auf zwei weitere Probleme im Zusammenhang mit dem Zugang zu öffentlichen Veranstaltungen sei noch hingewiesen: Zum einen muss nach Ansicht des VGH München (RA 1999, 656 = NVwZ 1999, 1122) über die Zulassung die Gemeinde selbst entscheiden; sie darf diese Entscheidung nicht privaten Dritten - im Fall des VGH einem privaten "Vergabeausschuss" - überlassen. Zum anderen kann, wenn der Fall in eine Klage eingebettet ist, der Verwaltungsrechtsweg fraglich sein, wenn die Vergabemodalitäten durch Vertrag geregelt werden und/oder als Veranstalter eine von der Gemeinde kontrollierte juristische Person des Zivilrechts auftritt. Hier kommt die sogen. "Zwei-Stufen-Theorie" zur Anwendung, wonach der Streit über das "Ob" der Vergabe stets öffentlich-rechtlich bleibt (Stichwort: "Keine Flucht ins Privatrecht") und lediglich beim "Wie" ein Formenwahlrecht der Gemeinde besteht. Tritt ein von der Gemeinde kontrollierter privater Veranstalter auf, wandelt sich i.Ü. der Zulassungsanspruch nach GewO, GO und/oder StrG in einen Anspruch gegen die Gemeinde auf Einwirkung auf diesen dahingehend um, dass dieser dem Bewerber Zutritt verschafft.

Leitsatz:

Erteilt die Gemeinde für eine bestimmte Teilfläche eines öffentlichen Verkehrsraums an Bewerber um einen Standplatz Sondernutzungserlaubnisse (hier: Freiburger "Kartoffelmarkt"), ohne eine Veranstaltung (Markt) nach § 69 I GewO festzusetzen oder insoweit eine öffentliche Einrichtung nach § 10 II GO BW (konkludent) zu schaffen, so darf sie das ihr nach § 16 II 1 StrG eingeräumte Ermessen bei der Verteilung der Standplätze nicht daran orientieren, ob es sich um einen bekannten und bewährten Bewerber handelt.

Sachverhalt:

Der Kl. ist Inhaber einer Reisegewerbekarte und Besitzer eines Verkaufsstandes für kunstgewerbliche Gegenstände, handgearbeitete Lederwaren sowie Mode- und Silberschmuck. Seit dem Jahre 1983 bewirbt er sich um einen Standplatz auf dem mittlerweile 11 Plätze umfassenden "Kartoffelmarkt" in der Freiburger Innenstadt, einem als Fußgängerzone gewidmeten öffentlichen Platz, für dessen Benutzung zu Verkaufstätigkeiten die Bekl. Sondernutzungserlaubnisse erteilt. Hierfür beschloss der Gemeinderat der Bekl. am 17. 10. 1995 "Richtlinien zur Verteilung der Standplätze auf dem Kartoffelmarkt" (künftig: Richtlinien), die am 1. 1. 1996 in Kraft traten. Diese sahen vor, dass von den 11 Plätzen 3 an sogen.

"Stammbeschicker", 6 an "bekannte und bewährte" Beschicker und 2 an "sonstige Beschicker" vergeben werden. Innerhalb jeder Beschickergruppe sollten die Standplätze wöchentlich nach einem aus Losentscheid und rollierendem Verfahren kombinierten System vergeben werden. Jeder "sonstige Beschicker" kann unter bestimmten Voraussetzungen (insbes. Dauer des Handeltreibens) in die Gruppe der "bekannten und bewährten Beschicker", jeder "bekannte und bewährte Beschicker" unter bestimmten Voraussetzungen (Ausfall eines Stammbeschickers) in die Gruppe der "Stammbeschicker" aufsteigen.

Am 22. 4. 1996 beantragte der Kl., welcher in der Vergangenheit als "sonstiger Beschicker" berücksichtigt worden war, ihn zukünftig als "Stammbeschiker" zu berücksichtigen. Mit Bescheid vom 26. 6. 1996 lehnte die Bekl. dies ebenso ab wie eine Berücksichtigung als "bekannter und bewährter Beschicker", da der Kl. nicht - wie es die Richtlinie voraussetze - in der Vergangenheit in hinreichendem Umfang Handel betrieben habe. Sie teilte ihm danach - als "sonstiger Beschicker" - lediglich für eine Kalenderwoche einen Standplatz zu. Die nach erfolglosem Vorverfahren hiergegen erhobene Klage wies das VG ab. Die Berufung des Kl. hatte Erfolg.

Gründe:

Die Klage ist auch begründet. Der Bescheid der Bekl. vom 20. 6. 1996 und deren Widerspruchsbescheid vom 25. 10. 1996 sind rechtswidrig gewesen, da mit ihnen der Anspruch des Kl. nach § 16 II 1 BadWürttStrG auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über seinen Antrag vom 22. 4. 1996 auf Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis zum Anbieten und Verkauf von Waren auf dem Kartoffelmarkt in Freiburg für das zweite Halbjahr 1996 verletzt worden ist.

Nach § 16 I 1 BadWürttStrG bedarf die Benutzung einer Straße über den Gemeingebrauch hinaus (Sondernutzung) der Erlaubnis. Dass es sich bei der beabsichtigten gewerblichen Verkaufstätigkeit des Kl. mittels eines Standes auf dem Kartoffelmarkt, einem öffentlichen als Fußgängerzone gewidmeten Platz im Stadtzentrum von Freiburg, um eine Sondernutzung i. S. dieser Vorschrift handelt, steht außer Streit.

Gem. § 16 II 1 BadWürttStrG entscheidet über die Erteilung der Sondernutzungserlaubnis nach Absatz 1 die Straßenbaubehörde - das ist nach § 50 III Nr. 3 BadWürttStrG die Bekl. als Gemeinde - nach pflichtgemäßem Ermessen. Dieses Ermessen ist entsprechend dem Zweck der Vorschrift unter Einhaltung der gesetzlichen Grenzen, insbesondere des Gebots der Gleichbehandlung (Art. 3 I GG), auszuüben (§ 40 BadWürttVwVfG). Die gerichtliche Kontrolle der dabei getroffenen Behördenentscheidung beschränkt sich gem. § 114 S. 1 VwGO auf die Einhaltung dieses rechtlichen Rahmens.

Entsprechend dem Zweck des § 16 II 1 BadWürttStrG erfasst das Ermessensprogramm dieser Vorschrift in erster Linie nur spezifisch straßenrechtliche Erwägungen im Hinblick auf die mit der beabsichtigten Sondernutzung verbundene Beeinträchtigung des widmungsgemäßen Gemeingebrauchs. Andere Aspekte halten sich nur dann im Rahmen des § 16 II 1 BadWürttStrG, wenn sie (noch) einen sachlichen Bezug zur Straße haben; dies gilt beispielsweise für städtebauliche oder baugestalterische Aspekte (Schutz eines bestimmten Straßen- oder Platzbildes), die auf einem konkreten gemeindlichen Gestaltungskonzept beruhen (vgl. VGH Mannheim, NVwZ-RR 1997, 677 und NVwZ-RR 2000, 837).

Der vorliegende Fall ist dadurch gekennzeichnet, dass der Antrag des Kl. auf Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis nicht unter Berufung auf das beschriebene (spezifisch) straßenrechtliche Ermessensprogramm abgelehnt worden ist. […] Für die Teilfläche des öffentlichen Verkehrsraums "Kartoffelmarkt", auf welcher die Aufstellung der insgesamt 11 Verkaufsstände im Wege von Sondernutzungserlaubnissen zugelassen wird, geht die Bekl. selbst - sozusagen dem Grunde nach - von einer (noch hinzunehmenden) straßenrechtlichen Verträglichkeit dieser Sondernutzungen aus. Der Kl. macht auch nicht geltend, dass er eine Sondernutzungserlaubnis für einen Verkaufsstand außerhalb dieser "reservierten" Fläche des Kartoffelmarkts habe beanspruchen können. Vielmehr meint er, dass er bei der Vergabe der 11 Standplätze unter den Bewerbern um eine Sondernutzungserlaubnis zu Verkaufszwecken in unzulässiger Weise benachteiligt worden sei und deshalb die mit Bescheid vom 20. 6. 1996 ausgesprochene Zuteilung eines Standplatzes mittels Sondernutzungserlaubnis nur für eine Kalenderwoche im zweiten Halbjahr 1996 sich als eine fehlerhafte Ausübung des der Bekl. durch § 16 II 1 BadWürttStrG eröffneten Ermessen dargestellt habe.

Dieses "Verteilungsermessen" hat die Bekl. auf der Grundlage der vom Gemeinderat am 17. 10. 1995 beschlossenen Richtlinien ausgeübt, die am 1. 1. 1996 in Kraft getreten sind. Gegen eine Steuerung des "Verteilungsermessens" durch Richtlinien bestehen dem Grunde nach keine Bedenken. Der 14. Senat des erkennenden Gerichtshofs (vgl. VGH Mannheim, NVwZ-RR 1992, 132) neigt für die Ausübung des einer Gemeinde als Veranstalterin eines nach § 69 I GewO festgesetzten Marktes zustehenden Ausschließungsermessens nach § 70 III GewO wegen Platzmangels dazu, dass das Auswahlverfahren und die

Vergabekriterien wegen ihrer erheblichen Grundrechtsrelevanz (Marktfreiheit des Art. 12 I GG i. V. mit Gleichheitssatz des Art. 3 I GG) und im Hinblick auf die §§ 24 I 2, 39 und 44 I 2 GO BW jedenfalls bei wirtschaftlich bedeutsamen und auf gewisse Dauer veranstalteten Märkten durch den Gemeinderat - sei es durch Satzung oder jedenfalls durch Richtlinien geregelt werden müssen. Folgte man dem vorliegend für die Ausübung des "Verteilungsermessens" nach § 16 II 1 BadWürttStrG, so unterliegen die Richtlinien insoweit keinen Bedenken, da sie vom Gemeinderat der Bekl. beschlossen worden sind.

In der Beschlussvorlage für den Gemeinderat heißt es unter II u. a.: "Die Mehrheit der Händler vom Kartoffelmarkt haben sich mittlerweile zu einem "Förderverein Kartoffelmarkt" zusammengeschlossen, die Zuteilung der Standplätze erfolgt jedoch wie bisher an die einzelnen Betreiber. Entscheidend ist die Standzuteilung nach marktähnlichen Kriterien. Ein Markt i. S. der Gewerbeordnung ist diese Veranstaltung nicht, deshalb werden weiterhin Sondernutzungserlaubnisse nach dem Straßengesetz unter Zugrundelegung der als Anlage beiliegenden Richtlinien durch das Amt für öffentliche Ordnung erteilt. Diese Richtlinien sehen sowohl eine gleichmäßige Nutzung durch die Mitglieder des Vereins als auch durch sonstige Bewerber vor." Die in den Richtlinien geregelte Verteilung der Standplätze auf dem Kartoffelmarkt unter den Bewerbern erfolgt also "nach marktähnlichen Kriterien".

Bei einem nach § 69 I GewO festgesetzten Markt gilt für die Auswahl unter mehreren Anbietern bei Platzmangel gem. § 70 III GewO nach der Rechtsprechung (vgl. VGH Mannheim, NVwZ-RR 1992, 132) Folgendes: Der zwischen den Bewerbern angelegte Verteilungsmaßstab muss sachlich gerechtfertigt sein. Zwingende Schranken für das Verteilungsermessen des Veranstalters ergeben sich aus dem Grundsatz der Marktfreiheit. Die Beachtung der wettbewerblichen Chancengleichheit aller Bewerber schließt die Anwendung von Verteilungskriterien aus, die mit dem durch die betreffende Veranstaltung gekennzeichneten Lebenssachverhalt in keinem sachlichen Zusammenhang stehen. Das Ausschließungsermessen kann danach entsprechend dem Zweck der gesetzlichen Ermächtigung nur dann fehlerfrei ausgeübt werden, wenn es bei der unumgänglichen Beschränkung der Marktfreiheit ausschließlich marktrechtliche und marktspezifische Gesichtspunkte berücksichtigt.

Naheliegend und gerechtfertigt erscheint es, das Kriterium der Bewährung eines Marktbewerbers im Sinne einer erprobten Zuverlässigkeit im Ansatz als rechtlich bedenkenfrei anzusehen. Zusammen mit dem marktspezifischen Gesichtspunkt der Bekanntheit eines Betriebs beim Publikum, ebenfalls erworben durch frühere Zulassung, bestehen danach im Grundsatz keine Bedenken gegen einen Verteilungsmaßstab, der das Kriterium "bekannt und bewährt" als positiven Auswahlgesichtspunkt zu Gunsten eines bestimmten Kreises von Beschickern einsetzt. Eine an der Marktfreiheit und am Gleichbehandlungsgrundsatz orientierte Praxis muss jedoch alle Beschicker mit dem Risiko verminderter Zulassungschancen durch Neuzulassungen (Erstzulassungen) belasten. Eine Praxis, die praktisch immer nur wenige und immer dieselben Beschicker vor allen anderen Bewerbern privilegiert und ihnen eine exklusive Dauerzulassung erhält und damit den anderen (Wiederholungs-) Bewerbern vor vornherein praktisch keine reale Chance lässt, in die Gruppe der bekannten und bewährten Beschicker "aufzusteigen", ist mit der Marktfreiheit unvereinbar.

Die in den Richtlinien vorgenommene Verteilung der Standplätze "nach marktähnlichen Kriterien" bedeutet im Kern also eine Orientierung am Merkmal der Bewährung des Anbieters ("bekannt und bewährt"). Der Kl. rügt zu Recht, dass dieses Kriterium für die Ausübung des "Verteilungsermessens" im Rahmen der Erteilung straßenrechtlicher Sondernutzungserlaubnisse nach § 16 II 1 BadWürttStrG schon dem Grunde nach als gegen Art. 3 I GG verstoßend nicht herangezogen werden kann. Was sachlich gerechtfertigt ist, bestimmt sich nach dem allgemeinen Gleichheitssatz unter Berücksichtigung des Lebenssachverhalts, in dessen Rahmen das Ermessen ausgeübt wird. Straßenrechtlich nicht zu beanstanden wäre daher ein Auswahlverfahren, das jedem Bewerber um eine Sondernutzungserlaubnis für einen Verkaufsstand auf dem "reservierten" Teil des Kartoffelmarkts im Grundsatz die gleiche Zulassungschance einräumt. Wählt die Behörde nicht ein solches neutrales Verfahren und orientiert sie sich stattdessen an subjektiven Merkmalen, die nicht bei jedem Bewerber vorliegen (können), so muss sich die sachliche Vertretbarkeit einer solchen Differenzierung aus der Eigenart des betreffenden Sachbereichs ableiten lassen. Bei einem Markt wäre danach - wie anerkannt - die Bevorzugung bekannter und bewährter Anbietet bis zu der vom Prinzip der Marktfreiheit gezogenen Grenze sachlich vertretbar. Vorliegend findet aber ausweislich der Beschlussvorlage für den Gemeinderat gerade kein nach § 69 I GewO festgesetzter Markt statt. Bei einem solchen Markt - fände er auf öffentlichem Straßenraum statt - wäre der Veranstalter Inhaber der erforderlichen Sondernutzungserlaubnis, nicht aber die einzelnen Marktbeschicker, deren "Zugang" zum Markt wäre rein gewerberechtlicher Art und nach

den dargestellten Grundsätzen zu § 70 GewO abzuwickeln (vgl. Grothe, in: Kodall/Krämer, StraßenR, 6. Aufl., Kap. 24 Rdnr. 102). Diesen gewerberechtlichen bzw. marktrechtlichen Weg zur Konzentration der "fliegenden Händler" auf dem Kartoffelmarkt hat die Bekl. vorliegend jedoch nicht beschritten, sondern sich für eine rein straßenrechtliche Handhabung, nämlich die Erteilung von befristeten Sondernutzungserlaubnissen jeweils unmittelbar an die einzelnen Bewerber, entschieden. Ob die Festsetzung eines Marktes und damit eine gewerberechtliche Ordnung rechtlich möglich (gewesen) oder etwa am Dauercharakter der "Veranstaltung" gescheitert wäre, kann dahinstehen, von den gewerberechtlichen Veranstaltungen ist nur der Großmarkt nach § 66 GewO eine Dauereinrichtung, dazu gehören grundsätzlich (vgl. § 69 I 2 GewO) aber nicht die Veranstaltungen nach § 64 GewO (Messe), § 65 GewO (Ausstellung), § 67 GewO (Wochenmarkt) und § 68 GewO (Spezial- und Jahrmarkt). Jedenfalls war kein Markt nach § 69 I GewO festgesetzt. Dann aber war es auch nicht zulässig, "marktähnliche Kriterien", die eine Differenzierung zwischen den Bewerbern nach dem Merkmal "bekannt und bewährt" vorsehen und damit an Umstände in der Person des Bewerbers anknüpfen, im Rahmen der straßenrechtlichen Ermessensausübung nach § 16 II 1 BadWürttStrG doch wieder zum Tragen zu bringen. […]

Danach bedarf keiner Entscheidung, ob der Anspruch des Kl. auf ermessensfehlerfreie Zuteilung eines Standplatzes auf dem Kartoffelmarkt im Wege einer Sondernutzungserlaubnis auch deshalb fehlerhaft beschieden worden war, weil - bei Anerkennung des Verteilungskriteriums "bekannt und bewährt" als grundsätzlich sachgerecht - die in den Richtlinien daraufhin vorgenommene Einteilung und Zuordnung der drei Beschickergruppen sowie deren "Durchlässigkeit" nicht den (verfassungs-)rechtlichen Anforderungen genügte, wie sie die Rechtsprechung entwikkelt hat, um bekannte und bewährte Beschicker nicht exklusiv zu privilegieren, sondern sie mit einem hinreichenden Risiko verminderter Zulassungschancen durch Neuzulassungen zu belasten.

Standort: §§ 22, 23 KunstUrhG — Problem: Recht am eigenen Bild

VGH MANNHEIM, URTEIL VOM 10.07.2000
1 S 2239/99 (VBLBW 2001, 102)

Problemdarstellung:

Der VGH bejaht im vorliegenden Urteil die Rechtmäßigkeit einer Beschlagnahme eines Films durch die Polizei, auf dem Polizeibeamte und einige Pfleger eines Altenheimes bei deren vorläufiger Festnahme im Rahmen eines aufsehenerregenden Kriminalfalls (Vergewaltigung einer 83jährigen Bewohnerin eines Altenheims) abgelichtet worden waren. Die Maßnahme sei notwendig gewesen, um das in § 22 KunstUrhG konkretisierte "Recht am eigenen Bild" der Abgebildeten Personen zu schützen. Dabei stellten sich vor allem zwei Probleme:

Zum einen war die Frage zu klären, ob § 22 KunstUrhG, der seinem eindeutigen Wortlaut nach nur das Verbreiten bestimmter Bilder einschränkt, auch für deren Gewinnung, also das Fotografieren selbst gilt. Dies bejaht der VGH jedenfalls für die Fälle, in denen konkret damit zu rechnen ist, dass die einmal geschossenen Fotos unter Verletzung des § 22 KunstUrhG auch verwendet werden, weil dies zu irreparablen und gravierenden Schäden führen könnte.

Zum anderen war zu klären, ob die abgelichteten Personen nicht sogen. "absolute" oder "relative" Personen der Zeitgeschichte i.S.d. § 23 KunstUrhG sind, deren Bilder abweichend von § 22 KunstUrhG grds. auch ohne deren Einwilligung verbreitet werden dürfen. Das Gericht verneint dies für alle Beteiligten (Polizeibeamte wie Verdächtige), wobei es diese Begriffe sehr anschaulich definiert und den Sachverhalt überzeugend unter sie subsumiert.

Prüfungsrelevanz:

Die Konstellation "Pressefreiheit contra Persönlichkeitsrecht" eignet sich hervorragend für Prüfungsaufgaben. Sie kann in eine verwaltungsrechtliche Aufgabe (wie hier: Feststellung der Rechtswidrigkeit der Beschlagnahme; denkbar auch: Klage auf Herausgabe des Films, Geltendmachung von Amtshaftungsansprüchen usw.), eine auf Art. 5 I GG gestützte Verfassungsbeschwerde oder gar eine zivilrechtliche Klausur (Unterlassungs- und/oder Schadensersatzklage der abgebildeten Person gegen den Zeitschriftenverlag, gestützt auf das Allg. Persönlichkeitsrecht als "sonstiges Recht" i.S.d. § 823 BGB vgl. nur BVerfG, EuGRZ 2000, 71 ff.). Zumindest bei letzterer wäre i.Ü. zu erörtern, ob die Grundrechte im Verhältnis zwischen Privaten überhaupt gelten, was mit der h.M. jedenfalls mittelbar über die Generalklauseln des Zivilrechts zu bejahen ist (grundlegend BVerfGE 7, 198 ff. - Lüth).

Der vorliegende Sachverhalt hat insbesondere des-

halb "Berühmtheit" erlangt, weil er dem Urteil des BVerwG vom 14. 7. 1999 (RA 1999, 592) zugrunde lag, mit dem das BVerwG die Abkehr von einer analogen Anwendung des § 113 I 4 VwGO bei Erledigung des Verwaltungsakts vor Klageerhebung hin zur Feststellungsklage nach § 43 I VwGO angedeutet und i.Ü. bestimmt hat, dass für die Fortsetzungsfeststellungsklage keine Frist gilt.

Eine interessante Urteilsanmerkung findet sich bei Eckstein, VBlBW 2001, 97.

Leitsatz:

Wo im Einzelfall konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass im Rahmen der Pressefreiheit angefertigte Fotografien unter Verletzung des Rechts Dritter am eigenen Bild verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden, kann es in den Grenzen des § 2 Abs. 2 PolG die Aufgabe der Polizei sein, durch geeignete Maßnahmen, notfalls auch durch eine Beschlagnahme des Bildmaterials nach § 33 Abs. 1 Nr. 1 PolG, den Schutz aus § 22 Satz 1 KunstUrhG zu gewähren und damit zu gewährleisten; ob im Einzelfall ein solcher Anlass besteht, hat die Polizei anhand der gesamten Umstände zu beurteilen.

Sachverhalt:

Die Kläger wandten sich gegen eine Beschlagnahmeanordnung, die

einen vom Kläger zu 2 gefertigten Lichtbildfilm betraf. Der Kläger zu 2 ist Fotograf und arbeitet für die Bild-Zeitung, deren Verlegerin die Klägerin zu 1 ist. Am 27. 11. 1992 wurde im X.-Heim in Stuttgart-B. wegen des Verdachts der Vergewaltigung einer 83-jährigen Bewohnerin ermittelt. In diesem Zusammenhang wurden sieben dort tätige Arbeiter zur Feststellung der Personalien und zur Durchführung kriminaltechnischer Maßnahmen von der Polizei zu deren Dienststelle verbracht. Der Kläger zu 2 fertigte aus einer Distanz von acht bis zehn Metern neun Bilder von den vorläufig Festgenommenen und von den an dem Einsatz beteiligten Polizeibeamten. Nachdem mehrere der vorläufig Festgenommenen geäußert hatten, dass sie nicht fotografiert werden wollten, wurde der Kläger zu 2 von einem Polizeibeamten aufgefordert, den Film herauszugeben. Als er sich weigerte, wurde der Film an Ort und Stelle beschlagnahmt; begründet wurde die Beschlagnahme mündlich mit dem Recht der Verdächtigen und der Polizeibeamten am eigenen Bild. Der beschlagnahmte Film wurde auf der Dienststelle entwickelt. Neun Negative, auf denen Polizeibeamte und die polizeilich zu überprüfenden Privatpersonen zu sehen waren, wurden einbehalten, die restlichen dem Kläger zu 2 noch am 27.11.1992 ausgehändigt. Am 11. 8. 1994 erhoben die Kläger Klage u.a. mit dem Antrag festzustellen, dass die Beschlagnahme des Beklagten vom 27. 11. 1992, schriftlich bestätigt am 1. 12. 1992 rechtswidrig war.

Das VG Stuttgart wies die Klage, der VGH die Berufung mit der Begründung zurück, dass die Klage verfristet sei. Auf die hiergegen eingelegte Revision der Kläger hat das BVerwG mit Urteil vom 14. 7. 1999 - BVerwG 6 C 7.98 - (RA 1999, 592 = NVwZ 2000, 63) das Urteil des VGH aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an den Verwaltungsgerichtshof zurückverwiesen. Zur Begründung hat das BVerwG ausgeführt, die Fortsetzungsfeststellungsklage gegen einen Verwaltungsakt, der sich vor dem Eintritt der Bestandskraft vorprozessual erledigt habe, unterliege entgegen der Ansicht des VGH keiner Klagefrist. Die Berufung beim VGH blieb erfolglos.

Gründe:

Die noch anhängigen Klagen sind nach den bindenden Ausführungen des BVerwG zwar zulässig, aber nicht begründet, da die Beschlagnahmeanordnung vom 27. 11. 1992 rechtmäßig war; die Kläger sind durch die Beschlagnahme der Bilder nicht in ihren Rechten verletzt worden.

1. Formell war die auf § 33 Abs.1 Nr.1 PolG gestützte Beschlagnahmeanordnung nicht zu beanstanden. Die handelnden Beamten des Polizeivollzugsdienstes des Beklagten waren nach § 60 Abs.3 PolG zuständig. Die Anforderungen des § 33 Abs. 2 PolG wurden gewahrt, indem dem Kläger zu 2 vor Ort der Grund für die Beschlagnahme genannt und am 1. 12. 1992 eine schriftliche Bestätigung zugeschickt wurde.

2. Die Beschlagnahme war auch materiell rechtmäßig. Sie war durch § 33 Abs. 1 Nr. 1 PolG in Verbindung mit § 2 Abs. 2 PolG gedeckt.

Nach § 33 Abs. 1 Nr. 1 PolG ist die Polizei zur Beschlagnahme einer Sache ermächtigt, wenn dies erforderlich ist zum Schutze des Einzelnen oder des Gemeinwesens gegen eine unmittelbar bevorstehende Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung oder zur Beseitigung einer bereits eingetretenen Störung. Im Gegensatz zu § 1 Abs. 1 Satz 1 PolG genügt es für eine Beschlagnahme einer Sache nicht, dass eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung besteht, sondern § 33 Abs. 1 Nr. 1 PolG verlangt eine unmittelbar bevorstehende Störung, d. h. der Eintritt der Störung muss nach der allgemeinen Erfahrung in allernächster Zeit bevorstehen und als gewiss angesehen werden, falls nicht sofort eingeschritten wird (vgl. Senatsurteil vom 20. 2.1995, VBlBW 1995, 282). Daraus folgt, dass der Polizei-

beamte grundsätzlich eine Prognose zu erstellen hat, ob eine entsprechende Störungslage besteht. Diese Prognose hat der einschreitende Beamte aufgrund der Erkenntnismittel zu treffen, die ihm im Zeitpunkt seiner Entscheidung zur Verfügung stehen.

Im vorliegenden Fall lagen zum Zeitpunkt der Beschlagnahme konkrete Anhaltspunkte dafür vor, dass die vom Kläger zu 2 gefertigten Bilder unter Missachtung des Rechts der betroffenen Arbeiter und Polizeibeamten am eigenen Bild am nächsten Tag in der Tagespresse veröffentlicht werden. Ein zivilrechtlicher Schutz dieses aus § 22 Satz 1 KunstUrhG folgenden privaten Rechts war in dieser Situation weder von den Arbeitern noch von den Polizeibeamten rechtzeitig zu erlangen (§ 2 Abs. 2 PolG).

Nach § 22 Satz 1 KunstUrhG dürfen Bildnisse nur mit Einwilligung des Abgebildeten verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden. Ein Bildnis im Sinne dieser Bestimmung ist die Darstellung einer Person, die deren äußere Erscheinung in einer für Dritte erkennbaren Weise wiedergibt (vgl. BGH, NJW 1965, 2148). Es genügt die Erkennbarkeit durch einen begrenzten Personenkreis, etwa durch Bekannte des Betroffenen. Auch mit einem bei Pressefotos häufig verwendeten schwarzen Balken vor der Augenpartie ("Augenblende") genießt ein Bild den Schutz des § 22 KunstUrhG, wenn sich eine solche "Augenblende" als wirkungslos erweist, weil sie die Identifikation der abgebildeten Person nicht ausschließt.

Eine Einwilligung zu einer identifizierenden Verbreitung der Fotos lag - unstreitig - nicht vor. Die abgeführten Arbeiter haben ausdrücklich bereits gegen das Fotografieren durch den Kläger zu 2 Einwände erhoben und damit selbstverständlich auch zum Ausdruck gebracht, dass sie - erst recht - mit einer Verbreitung dieser Aufnahmen nicht einverstanden sind. Auch die betroffenen Polizeibeamten haben mit der ausdrücklichen Aufforderung an den Kläger zu 2, nicht zu fotografieren, den Aufnahmen und damit auch ihrer Verbreitung widersprochen.

Ohne eine Einwilligung im Sinne des § 22 S. 1 KunstUrhG sowohl der Arbeiter als auch der Polizeibeamten war die Verbreitung der Bilder nicht zulässig. Vor allem konnte nicht davon ausgegangen werden, es handele sich bei den Fotografien um Bildnisse aus dem Bereich der Zeitgeschichte, die nach § 23 Abs. 1 Nr. 1 KunstUrhG auch ohne die nach § 22 KunstUrhG erforderliche Einwilligung verbreitet und zur Schau gestellt werden dürfen. Ein solches, dem Schutz des Rechts am eigenen Bild entzogenes Bildnis liegt vor, wenn die abgebildete Person eine absolute oder relative Person der Zeitgeschichte ist.

Absolute Personen der Zeitgeschichte sind solche, die sich durch Geburt, Stellung, Leistungen oder Taten außergewöhnlich aus dem Kreis der Mitmenschen herausheben und deshalb im Blickfeld der Öffentlichkeit stehen (vgl. OLG Karlsruhe, NJW 1980, 1701; OLG Koblenz, JZ 1973, 279; MüKo-Schwerdtner, § 12 RdNr. 182). Dass die abgelichteten Arbeiter und Polizeibeamten zu diesem Personenkreis nicht zählen, ist eindeutig und bedarf deshalb keiner weiteren Darlegung.

Auch als relative Personen der Zeitgeschichte können die Abgebildeten nicht eingestuft werden. Von einer relativen Person der Zeitgeschichte kann dann gesprochen werden, wenn der Abgebildete allein wegen des Zusammenhangs mit einem informationswürdigen Ereignis in den zeitgeschichtlichen Bereich geraten ist. Ob dies der Fall ist, wird unter Abwägung zwischen dem Anonymitätsinteresse des Einzelnen und dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit ermittelt (vgl. BVerfGE 35, 202). Sofern sich ein überwiegendes Interesse der Öffentlichkeit an der Bilddarstellung ergibt, wird auf eine relative Person der Zeitgeschichte geschlossen mit der Folge, dass ihr Recht auf Bildanonymität entfällt.

Relative Personen der Zeitgeschichte können bei gravierenden Straftaten, die das Interesse einer breiteren Öffentlichkeit berühren, auch überführte Straftäter sein (BVerfGE 35, 202). Ob der Ausnahmetatbestand des § 23 Abs. 1 Nr. 1 KunstUrhG auch schon bei Berichten über Personen eingreifen kann, gegen die bisher lediglich wegen eines dringenden Tatverdachts ermittelt wird, bedarf schon im Hinblick auf die Unschuldsvermutung besonders sorgfältiger Prüfung und hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Dabei ist mit besonderem Gewicht die "Prangerwirkung" zu berücksichtigen, die ein Pressebericht über den Verdacht strafbaren Verhaltens mit sich bringt, zumal ein bloßer Tatverdacht und die erwiesene Schuld weder von den Massenmedien noch von der Bevölkerung immer streng unterschieden werden. Diese Prangerwirkung wird bei einer Bildberichterstattung, die eine Identifizierung des Verdächtigten ermöglicht und sich damit in der Regel als ein schwerwiegender Eingriff in dessen Persönlichkeitsrecht darstellt, noch erheblich gesteigert. Daraus muss gefolgert werden, dass Personen, die einer Straftat bisher allenfalls verdächtig sind, nur in besonderen Ausnahmefällen, etwa bei besonders schweren und spektakulären Straftaten als relative Personen der Zeitgeschichte im Sinne des § 23 Abs. 1 Nr. 1 KunstUrhG eingestuft werden können.

Unter Beachtung dieser Grundsätze konnten die sieben zur Personenfeststellung abgeführten Arbeiter nicht als relative Personen der Zeitgeschichte angesehen werden. Zwar dürfte der zugrunde liegende Kri-

minalfall ein informationswürdiges Ereignis gewesen sein, weil sich das strafrechtliche Geschehen durch das hohe Alter des Opfers, die Art der Begehung und die Schwere der Folgen über die gewöhnliche Kriminalität heraushebt. Soweit es um eine Berichterstattung mit der Abbildung von Tatverdächtigen ging, stand dem jedoch ein gewichtiges Anonymitätsinteresse der Abgebildeten gegenüber. Gegen keinen der sieben Festgenommenen bestand zum Zeitpunkt der Beschlagnahme mehr als ein bloßer Anfangsverdacht. Wie wenig konkret der Verdacht zu diesem Zeitpunkt war, zeigt sich daran, dass die Arbeiter zunächst nur zur Personenfeststellung auf die Polizeidienststelle verbracht wurden; ein Ermittlungsverfahren war bis dahin noch gegen keinen von ihnen eingeleitet. Besonders zu gewichten hatten die beschlagnahmenden Beamten zudem die bereits um diese Zeit so gut wie sichere Annahme, dass jedenfalls sechs der sieben festgenommenen Arbeiter mit der Vergewaltigung nichts zu tun hatten. Eine Verbreitung ihrer Bildnisse hätte neben anderen nicht absehbaren Nachteilen eine für ihr soziales Ansehen verheerende, mit späteren Schadensersatzleistungen nicht mehr auszugleichende Rufschädigung mit sich gebracht.

Es liegt auf der Hand, dass die abgelichteten Arbeiter unter diesen Umständen des Schutzes nach § 22 S. 1 KunstUrhG vor einer Verbreitung von Bildern bedurften, auf denen sie abgelichtet sind. Wenn schon bei der aktuellen Berichterstattung über Straftaten und -täter, bei der das Informationsinteresse der Öffentlichkeit im Allgemeinen den Vorrang vor dem Persönlichkeitsschutz des Straftäters genießt, nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine Abbildung des Täters nicht immer zulässig ist (vgl. BVerfGE 35, 202; OVG Rheinland-Pfalz, DVBl. 1998, 101), so muss das umso mehr bei Personen gelten, gegen die - wie hier - noch nicht einmal ein Ermittlungsverfahren eingeleitet ist.

Ebenso wenig handelt es sich bei den fotografierten Polizeibeamten um relative Personen der Zeitgeschichte. Auch Amtsträger können sich, wenn sie bei der Ausübung ihres Amtes in der Öffentlichkeit auftreten, grundsätzlich auf das Recht am eigenen Bild berufen. Dieser Schutz wird durch die ausgeübte staatliche Funktion grundsätzlich nicht eingeschränkt (Rebmann, AfP 1992, 189, 193). Als relative Person der Zeitgeschichte muss sich der aktive Polizeibeamte allerdings dann einstufen lassen, wenn bei einem Geschehen, an dem er beteiligt ist, der Informationsfreiheit der Presse Vorrang vor dem Recht am eigenen Bild einzuräumen ist (Rebmann, a.a.O.). Aus § 23 Abs. 1 Nr. 3 KunstUrhG folgt, dass Bildberichte und damit auch das Verbreiten von Bilddokumenten über Demonstrationen und Polizeieinsätze zur öffentlichen Information, welche durch die Pressefreiheit gewährleistet wird, grundsätzlich möglich sind, soweit sie den Vorgang an sich erfassen (Rebmann, a.a.O.). Sind die bei dem Einsatz beteiligten Beamten jedoch gezielt, d. h. durch Nahaufnahmen abgelichtet, so ist die Verbreitung eines solchen Bildmaterials durch § 23 Abs. 1 Nr. 1 KunstUrhG nur dann gedeckt, wenn durch die Art ihrer Einsatzteilnahme gerade an ihnen ein besonderes öffentliches Informationsinteresse besteht. Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn ein Polizeibeamter bei seinem Einsatz mit Mitteln vorgeht, die in der konkreten Situation unangemessen sind. Dies war hier nicht der Fall. Die durchgeführte Festnahme der Tatverdächtigen wurde korrekt und unspektakulär durchgeführt und begründete als solche kein besonderes Informationsinteresse, das die Verbreitung von Bildern der festnehmenden Beamten gerechtfertigt hätte.

Der Einwand der Kläger, der Schutz des § 22 Satz 1 KunstUrhG gelte nur dem Verbreiten, nicht auch der Anfertigung von Abbildungen, ist zwar nicht von der Hand zu weisen, führt aber letztlich nicht zur Rechtswidrigkeit der Beschlagnahme. Zwar ist nach der vom Revisionsgericht zitierten Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte (vgl. VGH BW, VBlBW 1995, 282; OVG Rheinland-Pfalz, DVBl. 1998, 101 ff.) das Filmen und Fotografieren polizeilicher Einsätze grundsätzlich zulässig. Die §§ 22 und 23 KunstUrhG erfassen nach ihrem Wortlaut zusammen mit der Strafvorschrift des § 33 KunstUrhG nur das Verbreiten und das öffentliche Zur-Schau-Stellen, nicht jedoch - auch im Hinblick auf das strafrechtlich geltende Analogieverbot - das Herstellen von Abbildungen (vgl. Jarass, JZ 1983, 280, 283). Das ungehinderte Fotografieren stellt einen Teil der im Rahmen des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG grundsätzlich freien Pressearbeit dar.

Aus alledem lässt sich jedoch nicht der Schluss ziehen, dass Personen, denen vor dem verfassungsrechtlichen Hintergrund des Art. 2 Abs. 1 GG nach § 22 Satz 1 KunstUrhG das Recht am eigenen Bild zusteht, einem solchen freien Fotografieren der Presse schutzlos ausgesetzt sind, wenn die Gefahr besteht, dass das so gewonnene Bildmaterial unter Verletzung dieses Rechts verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt wird. Das Recht der Presse zum ungehinderten Fotografieren korrespondiert mit der Pflicht gegenüber Personen, die ein Recht am eigenen Bild besitzen, das so gewonnene Material auf seine rechtliche Verbreitungsfähigkeit und damit auf die Grenzen zu prüfen, die sich aus § 22 S. 1 KunstUrhG im Einzelfall ergeben können. Wo im Einzelfall konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass im Rahmen der Pressefreiheit angefertigte Fotografien unter Ver-

letzung des Rechts Dritter am eigenen Bild verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden, kann es in den Grenzen des § 2 Abs. 2 PolG die Aufgabe der Polizei sein, durch geeignete Maßnahmen, notfalls auch durch eine Beschlagnahme des Bildmaterials nach § 33 Abs. 1 Nr. 1 PolG den Schutz aus § 22 Satz 1 KunstUrhG zu gewähren und damit zu gewährleisten. Ob im Einzelfall ein solcher Anlass besteht, hat die Polizei anhand der gesamten Umstände zu beurteilen; ein wichtiges Indiz kann dafür das Verhalten des Fotografen oder auch der Vertreter der Presse sein, die für die Verbreitung des gewonnenen Bildmaterials verantwortlich sind). Zu berücksichtigen ist dabei auch, dass die Folgen einer rechtswidrigen Verbreitung solcher Bilder in der Regel irreparabel sind; die damit verbundene Schädigung des guten Rufs und Ansehens der abgebildeten und als Rechtsbrecher abgestempelten Person kann durch einen später nur noch möglichen Geldersatz nicht mehr ausgeglichen werden.

Im vorliegenden Fall lagen aufgrund solcher konkreten Umstände Anhaltspunkte für die Annahme vor, dass das vom Kläger zu 2 angefertigte Bildmaterial unter Verletzung des Rechts am eigenen Bild veröffentlicht werden könnte [wird ausgeführt].

Standort: VwGO — Problem: Verwaltungsrechtsweg

OLG NAUMBURG, BESCHLUSS VOM 18. 10. 2000
11 W 33/00 (NVwZ 2001, 354)

Problemdarstellung:

Dem vorliegenden Beschluss des OLG Naumburg liegt ein Vertrag zwischen den Parteien zugrunde, ausweislich dessen sich die klagende Stadt zur Überlassung eines Grundstücks an den Bekl. weit unter Verkehrswert verpflichtet hatte, das dieser im Gegenzug zweckgebunden verwenden wollte. Dabei verpflichtete sich der Bekl., für den Fall der Nichteinhaltung der Zweckbindung die in der Differenz zum Verkehrswert bestehende Subvention zurückzuzahlen. Nachdem sich der Bekl. aus Sicht der Stadt nicht an die Zweckbindung gehalten hatte, klagte diese auf dem Zivilrechtsweg den Differenzbetrag ein. Das OLG hält jedoch über § 40 I 1 VwGO den Verwaltungsrechtsweg für gegeben. Das dem Rechtsstreit zugrunde liegende Vertragsverhältnis sei öffentlich-rechtlich; dann müsse dies aber auch für das Rückgewährschuldverhältnis gelten.

Prüfungsrelevanz:

Der Rechtsweg ist in allen verwaltungsgerichtlichen Verfahren sowie im Widerspruchsverfahren zu prüfen; seine Examensrelevanz liegt somit auf der Hand.

Bei Subventionen bietet sich die - auch vom OLG herangezogene - "Zwei-Stufen-Theorie" (grundlegend: H.P. Ipsen, Öffentliche Subventionierung Privater, 1956, S. 61 ff.; später ders., FS Wacke, 1972, S. 139 ff.) an, nach der das Grundverhältnis (das "Ob") stets öffentlich-rechtlich ausgestaltet ist, das Abwicklungsverhältnis (das "Wie") hingegen auch privatrechtlich ausgestaltet sein kann.

Ist auf diese Weise das Ergebnis gefunden, dass die Subventionsvergabe öffentlich-rechtlich war, geht es jedoch wie hier um die Rückforderung derselben, teilt diese als deren actus contrarius die Rechtsnatur der Bewilligung ("Kehrseitentheorie", vgl. BVerwGE 55, 337, 339; 89, 7, 9).

Zu erwähnen ist in prozessualer Hinsicht noch, dass das Gericht über den Rechtsweg -sofern eine Partei diesen rügt - vorab durch Beschluss zu entscheiden hat, § 17a III 2 GVG (s. auch VG Sigmaringen, Beschluss vom 07.06.1999 - als Urteil in Fallstruktur in diesem Heft). Zur Beschwerde gegen einen Rechtswegverweisungsbeschluss vgl. OVG Hamburg, NVwZ-RR 2000, 842.

Zur Abgrenzung zwischen öffentlich-rechtlichem und zivilrechtlichem Vertrag vgl. BVerwG, RA 2000, 705 = NVwZ 2000, 1319).

Leitsätze (der Redaktion):

1. Erfüllt die Behörde mit der Subventionsvergabe eine öffentliche Aufgabe, spricht eine tatsächliche Vermutung dafür, dass die hierbei von ihr ergriffenen Maßnahmen ihrerseits öffentlich-rechtlich sind.

2. Für die Abgrenzung zwischen privatrechtlichem und öffentlich-rechtlichem Vertrag kommt es auf Inhalt und Zweck des Vertrages an.

Sachverhalt:

Die Parteien schlossen am 20. 12. 1994 einen Vertrag. Dieser hatte den Erwerb eines Grundstückes durch die Bekl. zum Zwecke der unmittelbaren Verwaltung zum Gegenstand. Unter Bezugnahme auf einen Haushaltsvermerk im Haushaltsplan 1993 gewährte die Kl. dem Bekl. auf den Verkehrswert von 253.240 DM einen Abschlag von 75 Prozent. Für den Fall, dass der Bekl. den Vertragszweck nicht er-

füllte, sollte die Kl. unter anderem die Rückzahlung des Abschlages verlangen können. Die Kl. vertritt die Auffassung, dass diese Voraussetzung eingetreten ist. Sie hat den Bekl. auf Zahlung von 189.930 DM nebst Zinsen in Anspruch genommen und vor dem LG Klage erhoben.

Das LG hat den Rechtsweg zu den Zivilsenaten für zulässig erklärt. Die sofortige Beschwerde des Bekl. hatte Erfolg.

Gründe:

Entgegen der Auffassung des LG ist nach § 40 I 1 VwGO der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, da das in Streit gestellte Rechtsverhältnis öffentlich-rechtlich ist. Damit sind für den Rechtsstreit nach § 13 GVG nicht die Zivilgerichte zuständig. Der von den Parteien am 20. 12. 1994 geschlossene Vertrag, aus dem die Kl. die von ihr geltend gemachten Ansprüche ableitet, ist nämlich insgesamt, insbesondere auch einschließlich des § 4a IV, als öffentlich-rechtlich einzuordnen.

a) Dabei kommt es nicht darauf an, dass der Kl. auch die Möglichkeit eröffnet gewesen wäre, zunächst einen öffentlich-rechtlichen Anspruch über die Gewährung des Preisnachlasses zu schaffen und anschließend über die näheren Konditionen des Verkaufs einen privatrechtlichen Vertrag zu schließen. Eine solche unterschiedliche Gestaltung ist insbesondere für Subventionen in Form von Darlehen anerkannt ("Zwei-Stufen-Theorie", vgl. BGHZ 40, 206, 210). Ebenso besteht aber auch die Möglichkeit, die Vergabe von Subventionen insgesamt öffentlich-rechtlich zu regeln. Einer solchen insgesamt öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung steht nicht entgegen, dass die Parteien einen Vertrag schlossen, da sich die öffentliche Hand nach § 54 S. 2 VwVfG ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts statt durch einen Verwaltungsakt auch durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag gestalten kann.

Auch wenn eine Subvention vergeben wird, besteht dabei eine tatsächliche Vermutung dafür, dass sich eine Behörde bei der Erfüllung einer ihr aufgetragenen öffentlichen Aufgabe öffentlich-rechtlicher Maßnahmen bedient und sich nicht auf das Gebiet des Privatrechts begeben will. Hiervon ist insbesondere bei der Gewährung eines verlorenen Zuschusses auszugehen (BGH, WM 1999, 150 f.; BGH, WM 1985, 530 f.). Für die Annahme, dass der von den Parteien geschlossene Vertrag ausnahmsweise teils als öffentlich-rechtlich und teils als privatrechtlich zu qualifizieren ist, bieten der Vertragsinhalt sowie die von den Parteien vorgetragenen Umstände des Vertragsabschlusses keine hinreichenden Anhaltspunkte. Soweit gegen die Vermutung eines Handelns durch öffentlich-rechtlichen Vertrag sprechen mag, dass die Behörde bereits zuvor die Subventionsvergabe durch einen Verwaltungsakt geregelt hatte (BGHZ 40, 206, 210; BGH, WM 1985, 530 f.), hat die Kl. einen solchen zeitlich vorangegangenen Verwaltungsakt nicht erlassen.

b) Der Einordnung des gesamten von den Parteien abgeschlossenen Vertrages als öffentlich-rechtlich steht auch nicht entgegen, dass die Parteien sich bei Vertragsschluss gleichberechtigt gegenüber gestanden hätten. Soweit die sogen. Subordinations- oder Subjektstheorie [sic! Anm. der Red.: Gemeint ist offensichtlich “Subjektionstheorie”] grundsätzlich danach differenziert, ob zwischen den Bet. ein Über- und Unterordnungsverhältnis besteht oder die Beziehung durch Gleichordnung geprägt ist, greift dieses Unterscheidungskriterium nicht für die Figur des öffentlichrechtlichen Vertrages, insbesondere dann nicht, wenn die öffentliche Hand Leistungen gegenüber dem Bürger erbringt. Für die Differenzierung zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Verträgen kommt es vielmehr auf Gegenstand und Zweck des Vertrages an (Zöller/Gummer, ZPO, § 13 GVG Rdnr. 40; Kissel, GVG, § 13 Rdnr. 16). Dabei diente der Vertrag vom 20. 12. 1994 für die Kl. objektiv nicht nur dem Zweck, ihre Vermögensverwaltung wahrzunehmen. Dies gilt insbesondere für die in § 4 des Vertrages festgeschriebene Zweckbindung sowie die Regelungen für den Fall, dass die Bekl. diesen Verpflichtungen nicht entsprach. Die Zweckbindungen wie die Folgeregelungen dienten objektiv nicht der Gewinnung finanzieller Mittel für die Kl. und damit deren Vermögensverwaltung, da sie den Erlös aus der Veräußerung des Grundstückes im Gegenteil sogar zunächst verringerte.

Soweit die Parteien damit über die in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag übernommene Verpflichtung zur Rückzahlung einer Subvention streiten, ist auch dieses Rechtsverhältnis als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren (vgl. Kissel, § 13 Rdnr. 67 m. w. N.).

Zivilrecht

Standort: Deliktsrecht Problem: Kenntnis des Geschädigten gem. § 852 BGB

BGH, URTEIL VOM 31.10.2000
VI ZR 198/99 (NJW 2001, 885)

Problemdarstellung:

Bei diesem Fall hatte der BGH die Rechtsfrage zu klären, unter welchen Voraussetzungen die Kenntnis des Geschädigten gem. § 852 I BGB einsetzt, damit die dreijährige Verjährungsfrist für deliktische Ansprüche beginnt. Gem. § 852 I BGB ist hierfür die positive Kenntnis des Geschädigten vom Schaden und der Person des Schädigers erforderlich; grob fahrlässige Unkenntnis reicht grundsätzlich nicht aus (Ausnahme: BGH NJW 2000, 953 = RA 6/2000, 338). Im Rahmen einer Arzthaftung muss der Geschädigte den ärztlichen Behandlungsfehler als Ursache für den Misserfolg der Behandlung kennen, d.h. er muss die wesentlichen Umstände des Behandlungsverlaufs und jene Tatsachen, aus denen sich auch für einen Laien die Abweichung vom üblichen medizinischen Vorgehen ergeben, kennen. Entscheidend ist, ob dem Geschädigten zugemutet werden kann, aufgrund seines Kenntnisstandes Schadensersatzklage gegen eine bestimmte Person zu erheben.

Des weiteren trifft der BGH Ausführungen dazu, wann eine Hemmung der Verjährung durch zwischenzeitliches Verhandeln gem. § 852 II BGB bzw. eine Unterbrechung durch Klageerhebung gem. §§ 209 I, 270 III BGB einsetzt. In diesem Zusammenhang erläutert er die Anforderungen an eine ladungsfähige Anschrift.

Prüfungsrelevanz:

Die Frage nach der Verjährung von Ansprüchen wird in Klausuren oft als zusätzliches Problem aufgegriffen; aber auch in der Praxis ist die Gefahr des Verjährungsablaufs nicht zu unterschätzen. Grundsätzlich beginnt die regelmäßige 30-jährige Verjährungsfrist eines Anspruchs mit seinem Entstehen gem. §§ 194 ff. BGB. Werden kürzere Verjährungsfristen im Schuldrecht aufgestellt, so wird regelmäßig auch ein anderer Zeitpunkt für deren Beginn normiert (z.B. Ablieferung gem. § 477 I BGB, Abnahme gem. § 638 I 2 BGB, Kenntnis des Geschädigten gem. § 852 I BGB).

Vgl. zum Verjährungsbeginn nach § 852 I BGB auch BGH, NJW 2000, 1498 = LM H. 7/2000 § 852 BGB Nr. 156 m. Anm. Schiemann, und BGH, NJW 2000, 953. Zur Klagezustellung “demnächst" s. OLG Köln, NJW-RR 2000, 1123, und OLG Oldenburg, NVersZ 2000, 150.

Leitsätze:

1. Zu den Voraussetzungen der Kenntnis des Geschädigten i. S. des § 852 I BGB vom Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen.

2. Als ladungsfähige Anschrift des Beklagten in der Klageschrift kann auch die Angabe seiner Arbeitsstelle genügen, wenn diese sowie der Zustellungsempfänger und dessen dortige Funktion so konkret und genau bezeichnet werden, dass von einer ernsthaften Möglichkeit ausgegangen werden kann, die Zustellung durch Übergabe werde gelingen (hier: Bezeichnung der beklagten Krankenhausärzte im Arzthaftungsprozess mit Namen und ärztlicher Funktion in einer bestimmten medizinischen Abteilung des Krankenhauses).

Sachverhalt:

Der Kl. nimmt die Bekl. wegen behaupteter ärztlicher Behandlungsfehler auf Schadensersatz in Anspruch. In der Zeit vom 19. 9. bis zum 22. 10. 1993 war der Kl. wegen einer akuten Pankreatitis als Privatpatient stationär in die 2. Medizinische Abteilung des Städtischen Krankenhauses M aufgenommen, dessen Trägerin die am Revisionsverfahren nicht beteiligte Bekl. zu 3 ist. Der Bekl. zu 1 war seinerzeit Chefarzt dieser Abteilung; der Bekl. zu 2 behandelte als Leitender Oberarzt und Vertreter des damals in Urlaub befindlichen Bekl. zu 1 in dessen Auftrag den Kl. Am 27. 9. 1993 wurde bei letzterem eine Röntgenkontrolldarstellung der Gallenblase bzw. -gänge und des Pankreas-Gangsystems (ERCP) vorgenommen, bei der ein Kontrastmittel im Rahmen einer Duodenoskopie eingebracht wird. Zwei Tage später traten Symptome eines Infekts mit einem Temperaturanstieg bis zu 40' Celsius auf. Eine bereits am 24. 9. 1993 festgestellte Nekrose im Pankreasschwanz von 3 x 2 cm vergrößerte sich bis zu einer Untersuchung am 5. 10. 1993 auf 4 x 5 cm. Nachdem es im weite ren Verlauf zu einer Rückbildung der Beschwerden gekommen war, wurde der Kl. am 22.

10. 1993 entlassen. Mit Anwaltsschreiben vom 22. 2. 1994 forderte der Kl. vom Städtischen Krankenhaus M die Zahlung eines Schmerzensgeldes in Höhe von mindestens 100 000 DM. Er vertrat die Auffassung, die eingetretene Infektion sei durch die ERCP am 27. 9. 1993 verursacht worden. Bei deren Durchführung seien gebotene Vorsichtsmaßnahmen, insbesondere eine Antibiotikatherapie, versäumt worden. Ferner habe es an der erforderlichen Aufklärung über die Risiken des Eingriffs gefehlt. Mit vom Bekl. zu 2 unterzeichnetem Schreiben vom 4. 3. 1994 lehnte das Städtische Krankenhaus M die Leistung von Schadensersatz ab. In einem weiteren Anwaltsschreiben vom 15. 3. 1994 an das Städtische Krankenhaus M warf der Kl. dem Bekl. zu 2 ferner unter Berufung auf Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, vor, eine ERCP sei bei einer akuten Pankreatitis kontraindiziert. Der Bekl. zu 1 teilte dem Kl. daraufhin mit Schreiben vom 13. 5. 1994 mit, er habe "die reklamierten Schadensersatzansprüche" an seine Haftpflichtversicherung "weitergeleitet". Letztere lehnte mit beim Kl.Vertreter am 26. 7. 1994 eingegangenem Schreiben unter Beifügung von Teilen eines Aufsatzes über den "Einsatz der ERCP bei Pankreas-Erkrankungen" Schadensersatzansprüche mangels ärztlichen Fehlverhaltens ab. Der Kl. holte daraufhin über den Medizinischen Dienst seiner privaten Krankenversicherung eine gutachterliche ärztliche Stellungnahme ein, die ihm am 10. 2. 1995 zugeleitet wurde. Mit seiner am 26. 7. 1997 beim LG eingegangenen Klage hat der Kl. unter anderem begehrt, die Bekl. zu 1 und zu 2 als Gesamtschuldner zur Zahlung von Schmerzensgeld zu verurteilen und ihre Verpflichtung zur Leistung weiteren Schmerzensgelds für den Fall der Verschlimmerung seiner Leiden festzustellen. In der Klageschrift waren die Bekl. zu 1 und zu 2 mit ausgeschriebenen Nachnamen, durch die Anfangsbuchstaben abgekürzten Vornamen, akademischem Grad und ihrer jeweiligen Funktion als "Chefarzt" bzw. "Ltd. Oberarzt" bezeichnet; als Anschrift wurde die "2. Med. Abteilung des Städt. Krankenhauses" M mit Ortsbezeichnung, Straße und Hausnummer angegeben. Mit Verfügung vom 31. 7. 1997 hat der Vorsitzende der Zivilkammer den Kl.-Vertreter aufgefordert, "vollständige Namen und eine zustellungsfähige Adresse mitzuteilen oder zu erklären, welche Person in der Klinik Zustellungsvollmacht nach § 173 ZPO hat. Nachdem der Kl.-Vertreter die geforderten Angaben in mehreren Schriftsätzen zwischen dem 15. 9. und dem 31. 10. 1997 nachgereicht und vervollständigt hatte, wurde die Klage dem Bekl. zu 1 am 16. 10. 1997 und dem Bekl. zu 2 am 19. 11. 1997, jeweils zu Händen ihrer Zustellungsbevollmächtigten, zugestellt. Die Bekl. haben gegenüber dem auf den Vorwurf von Behandlungsfehlern und Aufklärungsmängeln gestützten Klageanspruch unter anderem die Einrede der Verjährung erhoben.

Das LG hat die Klage gegen die Bekl. zu 1 und zu 2, soweit sie die geltend gemachten Schmerzensgeldansprüche betraf, mit Teilurteil als verjährt abgewiesen. Die Berufung des Kl. ist ohne Erfolg geblieben. Die Revision hatte Erfolg und führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Gründe:

Das BerGer. erachtet deliktische Schadensersatzansprüche des Kl. gegen die Bekl.. zu 1 und zu 2 als verjährt.

Der Lauf der Verjährungsfrist habe bereits mit dem Schreiben des Kl.-Vertreters vom 15. 3. 1994 begonnen. Dies gelte auch unter Berücksichtigung der strengen Anforderungen, die im Hinblick auf das Gebot der Waffengleichheit zwischen Arzt und Patient an die den Verjährungsbeginn auslösende Kenntnis zu stellen seien. Erforderlich, aber auch ausreichend sei die Kenntnis der für die Behandlung wesentlichen konkreten Umstände bzw. eines vom Standard abweichenden ärztlichen Vorgehens. Dem Kl. (oder seinem Vertreter) sei am 15. 3. 1994 bekannt gewesen, welcher Arzt die ERCP-Untersuchung, die gewisse Risiken in sich berge, vorgenommen habe und ob und gegebenenfalls in welchem Umfang eine Risikoaufklärung erfolgt sei. Ferner habe Kenntnis darüber bestanden, dass eine ERCP bei einer akuten Pankreatitis kontraindiziert sein könne und dass die Untersuchung ohne eine - von Kl.-Seite für erforderlich erachtete - Antibiotika-Abdeckung erfolgt war. Auch die behaupteten Schadensfolgen seien bekannt gewesen. Diese im Schreiben des Kl.-Vertreters vom 15. 3. 1994 bereits erwähnten Tatsachen hätten jedenfalls ausgereicht, um den Schluss auf ein schuldhaftes Verhalten der Bekl. zu 1 und zu 2 und die Ursächlichkeit dieses Vorgehens für den Schaden als nahe liegend erscheinen zu lassen. Weitere später angestellte Nachforschungen hätten keinen zusätzlichen Erkenntnisgewinn gebracht. Darauf, ob der Patient die ihm bekannten Tatsachen in allem medizinisch und juristisch zutreffend einordne, komme es nicht an; ebenso wenig sei eine Gewissheit erforderlich, einen Prozess im Wesentlichen risikolos führen zu können. Vielmehr sei es dem Kl. zumutbar gewesen, bereits am 15. 3. 1994 Klage zu erheben; dem stehe auch nicht entgegen, dass die Haftpflichtversicherung der Bekl. Schadensersatzansprüche unter Vorlage eines medizinischen Aufsatzes abgelehnt habe.

Auch wenn zu Gunsten des Kl. unterstellt werde,

dass der Lauf der Verjährungsfrist im Hinblick auf schwebende Verhandlungen zwischen den Beteiligten im Zeitraum vom 15. 3. bis zum 26. 7. 1994 gehemmt gewesen sei, habe die am 26. 7. 1997 beim LG eingereichte Klage nicht mehr zu einer rechtzeitigen Verjährungsunterbrechung führen können. Denn die erst am 16. 10. bzw. 19. 11. 1997 erfolgte Zustellung an die beiden Bekl. könne nicht mehr als "demnächst" i. S. des § 270 III ZPO erfolgt angesehen werden, weil die eingetretene mehrmonatige Verzögerung im Verantwortungsbereich des Kl. und seines Vertreters liege. In der Klageschrift sei keine ladungsfähige Anschrift der Bekl. zu 1 und zu 2 mitgeteilt worden. Die Angabe der Arbeitsstelle bei einem mehrere Abteilungen umfassenden Großstadtkrankenhaus sei nicht ausreichend. Denn es könne nicht davon ausgegangen werden, dass eine Zustellung an die bekl. Ärzte persönlich gem. § 180 ZPO durch Antreffen in der Klinik würde erfolgen können. Vielmehr sei als ladungsfähige Anschrift nur eine solche ausreichend, unter der auch eine Ersatzzustellung vorgenommen werden könne; eine solche sei aber vorliegend in der Klinik nicht in Betracht gekommen.

Das Berufungsurteil hält den Angriffen der Revision nicht in allem stand. Die getroffenen Feststellungen rechtfertigen die Beurteilung des BerGer. nicht, die geltend gemachten deliktischen Schadensersatzansprüche des Kl. seien verjährt.

Ohne Erfolg wendet sich die Revision allerdings dagegen, dass das BerGer. den Beginn des Laufs der Verjährungsfrist mit dem 15. 3. 1994 angesetzt hat. Rechtsfehlerfrei wird Berufungsurteil ausgeführt, dass der Kl. bereits zu diesem Zeitpunkt ausreichende Kenntnis i. S. des § 852 I BGB vom Schaden und der Person des Schädigers hatte.

Eine derartige Kenntnis kann allerdings nicht schon dann bejaht werden, wenn dem Patienten lediglich der negative Ausgang der ärztlichen Behandlung bekannt ist. Er muss vielmehr auch auf einen ärztlichen Behandlungsfehler als Ursache dieses Misserfolgs schließen können. Dazu muss der Patient nicht nur die wesentlichen Umstände des Behandlungsverlaufs kennen, sondern auch Kenntnis von solchen Tatsachen erlangen, aus denen sich für ihn als medizinischen Laien ergibt, dass der behandelnde Arzt von dem üblichen medizinischen Vorgehen abgewichen ist oder Maßnahmen nicht getroffen hat, die nach dem ärztlichen Standard zur Vermeidung oder Beherrschung von Komplikationen erforderlich waren (st. Rspr., vgl. Senat, NJW 1988, 1516 [1517] LM § 823 [Aa] BGB Nr. 96; Senat, NJW 1991, 2350 = LM H. 4/1992 § 852 BGB Nr. 114 = VersR 1991, 815 [816]; Senat, NJW 1995, 776 = LM H. 5/1995 § 276 [Ca] BGB Nr. 53 = VersR 1995, 659 [660], und Senat, NJW 1998, 2736 = LM H. 10/1998 § 282 ZPO Nr. 40 = VersR 1998, 634 [636]; auch BGH, NJW 1999, 2734 = LM H. 2/2000 § 852 BGB Nr. 152 = VersR 1999, 1149 [1150]). Entscheidend ist dann, ob dem Geschädigten bei seinem Kenntnisstand die Erhebung einer Schadensersatzklage gegen eine bestimmte Person - sei es auch nur in Form der Feststellungsklage - zumutbar ist (vgl. z. B. Senat, NJW 1994, 1150 [1151] = LM H. 6/1994 § 852, BGB Nr. 131, und Senat, NJW 1994,3092 [30931).

Das BerGer. ist revisionsrechtlich beanstandungsfrei auf der Grundlage des festgestellten Sachverhalts zu dem Ergebnis gelangt, dass sich die nach § 852 I BGB erforderliche Kenntnis des Kl. (bzw. des für ihn tätigen Rechtsanwalts als seines Wissensvertreters) aus den beiden Anwaltsschreiben vom 22. 2. und vom 15. 3. 1994 ergibt, in denen die ärztlichen Fehler, die der Kl. den Bekl. zu 1 und zu 2 zur Last legt, bereits mit hinreichender Deutlichkeit angesprochen worden sind.

Im Schreiben vom 22. 2. 1994 wird darauf hingewiesen, als Ursache für die am 29. 9. 1993 festgestellte Infektion und die dadurch ausgelöste Verschlimmerung komme vor allem die ERCP mit der Untersuchung unter anderem des Gallengangs in Betracht. Es sei bekannt, dass eine derartige Untersuchung eine Infektion der Bauchspeicheldrüse auslösen könne. Es hätten, um eine solche Entwicklung zu verhindern, Vorkehrungen getroffen werden müssen, etwa eine vorbeugende antibiotische Therapie, die aber hier offenbar erst verspätet eingeleitet worden sei. Im Schreiben vom 15. 3. 1994 hat der Kl.-Vertreter - unter Hinweis auf das Klinische Wörterbuch von Pschyrembel - ausgeführt, die ERCP sei bei der bei ihm vorliegenden akuten Pankreatitis wegen der Gefahr der Auslösung eines Schubs kontraindiziert gewesen; die Anwendung der ERCP sei daher als schwerer ärztlicher Kunstfehler anzusehen.

Seitens des Kl. sind also in den genannten Schreiben die beiden im vorliegenden Rechtsstreit vor allem geltend gemachten Behandlungsfehler, nämlich eine verspätete antibiotische Therapie und eine Kontraindikation der ERCP, deutlich bezeichnet worden. Darüber hinaus ist sowohl im Schreiben vom 22. 2. als auch in demjenigen vom 15. 3. 1994 ein aus der Sicht des Kl. bestehender Aufklärungsmangel angesprochen worden; es wird insoweit betont, dass der Kl., wäre die gebotene "umfangreiche Aufklärung über die Risiken eines solchen gefährlichen Eingriffs" erfolgt, der ERCP nicht zugestimmt hätte.

Ohne Erfolg wendet die Revision ein, aus dem Klinischen Wörterbuch von Pschyrembel habe sich für

den Kl. als medizinischen Laien lediglich die Vermutung dahin ergeben, die ERCP sei bei einer akuten Pankreatitis kontraindiziert gewesen. Eine ausreichend sichere Kenntnis über das behandlungsfehlerhafte Vorgehen der Bekl. habe er erst erlangt, als ihm das Privatgutachten des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung vom 6. 2. 1995 vorgelegen habe. Eine Gewissheit, wie sie sich der Kl. durch dieses Privatgutachten verschaffen zu können hoffte, ist für eine Kenntnis i. S. des § 852 I BGB jedoch nicht erforderlich; der Verjährungsbeginn setzt keineswegs voraus, dass der Geschädigte bereits hinreichend sichere Beweismittel in der Hand hat, um einen Rechtsstreit im Wesentlichen risikolos führen zu können (vgl. Senat, NJW 1994, 1150 [1152] = LM H. 6/1994 § 852 BGB Nr. 131). Es muss dem Patienten lediglich zumutbar sein, auf Grund dessen, was ihm hinsichtlich des tatsächlichen Geschehensablaufs bekannt ist, Klage zu erheben, wenn auch mit verbleibendem Prozessrisiko, insbesondere hinsichtlich der Nachweisbarkeit eines schadensursächlichen ärztlichen Fehlverhaltens. Die in den Schreiben vom 22. 2. und vom 15. 3. 1994 enthaltenen Ausführungen zeigen, wie bereits dargelegt, eine hinreichende Kenntnis der Kl.-Seite von den behaupteten Behandlungs- und Aufklärungsfehlern, so dass eine Klageerhebung schon als zumutbar erschien, bevor der Kl. auf das genannte Privatgutachten des Medizinischen Dienstes zurückgreifen konnte, das dem Kl. im Übrigen - gerade was eine Gewissheit hinsichtlich der im Raum stehenden Vorwürfe gegenüber dem Vorgehen der bekl. Ärzte angeht - kaum wesentlichen zusätzlichen Erkenntnisgewinn zu bringen vermochte. Entsprechend der seinerzeit gegebenen Kenntnislage hat der Kl.-Vertreter auch bereits im Schreiben vom 22. 2. 1994 eine Klageerhebung in Aussicht gestellt. Die ab dem 15. 3. 1994 laufende dreijährige Verjährungsfrist gab dem Kl. sodann hinreichende Möglichkeiten, sich für das weitere Vorgehen noch sicherere Grundlagen, insbesondere zur Beweisbarkeit seines Vorbringens zu verschaffen.

Eine andere Beurteilung rechtfertigt sich entgegen der Auffassung der Revision auch nicht daraus, dass der Bekl. zu 2 in seinem Schreiben vom 4. 3. 1994 an den Kl.-Vertreter ein behandlungsfehlerhaftes Verhalten in Abrede gestellt hat. Es ist für die nach § 852 I BGB erforderliche Kenntnis des Patienten in der Regel nicht von Relevanz, dass die Arztseite ihrerseits Schadensersatzansprüchen entgegentritt (vgl. Senat, NJW 1984, 661 = LM § 852 BGB Nr. 76 = VersR 1983, 1158 [1160]). Der Bekl. zu 2 hat im genannten Schreiben das Behandlungsgeschehen nicht unrichtig dargestellt oder verschleiert, vielmehr lediglich das Verhalten der Ärzte als standardgemäß verteidigt.

Der Kl. hatte im somit maßgeblichen Zeitpunkt vom 15. 3. 1994 nicht nur im dargestellten Sinne Kenntnis vom Behandlungsverlauf und dem hierauf zurückgeführten Schaden, sondern auch von der Person der in Betracht kommenden Schädiger. Im Schreiben vom 15. 3. 1994 ist der Bekl. zu 2 unmittelbar angesprochen und auch der Bekl. zu 1 namentlich benannt. Das BerGer. konnte daher rechtsfehlerfrei davon ausgehen, dass die Verjährung der deliktischen Schadensersatzansprüche in diesem Zeitpunkt zu laufen begonnen hat.

Soweit das BerGer. eine Hemmung der Verjährung für den Zeitraum vom 15. 3. bis 26. 7. 1994, dem Zugang des endgültigen Ablehnungsschreibens des Haftpflichtversicherers des Bekl. zu 1 beim Kl.-Vertreter, "unterstellt" hat, werden hiergegen weder in der Revisionsbegründung noch in der Revisionserwiderung Angriffe geführt. Auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen sind auch keine durchgreifenden rechtlichen Bedenken gegen eine solche Verjährungshemmung ersichtlich.

Gemäß § 852 II BGB ist die Verjährung von Ansprüchen aus unerlaubter Handlung, wenn zwischen dem Ersatzberechtigten und dem Ersatzverpflichteten Verhandlungen über den zu leistenden Schadensersatz schweben, solange gehemmt, bis der eine oder andere Teil die Fortsetzung der Verhandlungen verweigert; es genügt insoweit jeder Meinungsaustausch über den Schadensfall, sofern nicht sofort eindeutig jeder Ersatz abgelehnt wird (vgl. Senat, NJW-RR 1988, 730 = LM § 210 BGB Nr. 7 = VersR 1988, 718 [719]; Senat, NJW-RR 1991, 796 = LM § 852 BGB Nr. 112 = VersR 1991, 475, und Senat, NJW 1998, 2819 = LM H. 3/1999 § 852 BGB Nr. 147 = VersR 1998, 1295). In der zwischen den Beteiligten geführten Korrespondenz, die mit dem Schreiben des Kl.-Vertreters vom 22. 2. 1994 aufgenommen wurde und mit der endgültigen Ablehnung eines Haftungseintritts durch die Haftpflichtversicherung im am 26. 7. 1994 zugegangenen Schreiben endete, konnten rechtlich beanstandungsfrei Verhandlungen in diesem Sinne gesehen werden.

Zu Recht rügt die Revision indessen die Auffassung des BerGer., die am 26. 7. 1997 beim LG eingegangene und den Bekl. zu 1 und zu 2 am 16. 10. 1997 bzw. am 19. 11. 1997 zugestellte Klage habe die dreijährige Verjährungsfrist des § 852 1 BGB nicht mehr rechtzeitig gem. § 209 I BGB unterbrechen können. Entgegen den Überlegungen im Berufungsurteil konnte die Unterbrechungswirkung gem. § 270 III ZPO bereits mit der Einreichung der Klageschrift eintreten.

Bei der Beurteilung der Frage, ob eine Zustellung

noch als "demnächst" i. S. dieser gesetzlichen Regelung erfolgt ist, darf (ebenso wie im Rahmen des § 693 II ZPO) nicht auf eine rein zeitliche Betrachtungsweise abgestellt werden. Vielmehr sollen die Parteien vor Nachteilen durch Verzögerungen der Zustellung von Amts wegen bewahrt werden, die innerhalb des gerichtlichen Geschäftsbetriebs liegen und von den Parteien nicht beeinflusst werden können (vgl. BGHZ 103, 20 [28 f.] = NJW 1988, 1980 = LM § 270 ZPO 1976 Nr. 10; BGHZ 134, 343 [351 f.] = NJW 1997, 1584 = LM H. 6/1997 § 852 BGB Nr. 139). Daher gibt es keine absolute zeitliche Grenze, nach deren Überschreitung eine Zustellung nicht mehr als "demnächst" anzusehen wäre; dies gilt auch im Hinblick auf mehrmonatige Verzögerungen (vgl. Senat, NJW 1993, 2614 [2615] = LM H. 2/1994 § 852 BGB Nr. 129; BGH, LM Art. 34 GrundG Nr. 135 = VersR 1983, 831 [832], und BGH, NJW-RR 1999, 173 = VersR 1999, 217).

Hingegen sind einer Partei solche Verzögerungen zuzurechnen, die sie oder ihr Prozessbevollmächtigter bei sachgerechter Prozessführung hätten vermeiden können (vgl. BGH, NJW 1993, 2811 [2812] = LM H. 2/1994 § 852 BGB Nr. 129, und BGH, NJW-RR 1995, 254 = LM H. 4/1995 § 270 ZPO 1976 Nr. 17 = VersR 1995, 361 [362]). Dies trifft in der Regel auf Mängel der Klageschrift zu, etwa die Angabe einer falschen oder unzureichenden Anschrift des Bekl. (vgl. BGH, NJW 1971, 891 [892] = LM § 693 ZPO Nr. 4, und BGH, FamRZ 1988, 1154 [1155 f.]), soweit nicht der Kl. auf die Richtigkeit der in der Klageschrift genannten Anschrift des Bekl. vertrauen konnte (vgl. BGH, NJW 1993, 2811 [2812] = LM H. 2/1994 § 852 BGB Nr. 129; BGHR ZPO § 270 Abs. 3 - demnächst 5). Hingegen ist es dem Kl. nicht zuzurechnen, wenn das Gericht seinerseits durch nicht gebotene Rückfragen und Zwischenverfügungen zur Zustellungsverzögerung beigetragen hat (vgl. BGHZ 134, 343 [352] = NJW 1997, 1584 = LM H. 6/1997 § 852 BGB Nr. 139; BGH, NJW 1984, 242 = LM § 690 ZPO Nr. 4, und BGH, NJW 1993, 2811 [2813] = LM H. 2/1994 § 852 BGB Nr. 129).

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze erweist sich die Auffassung des BerGer., die verzögerte Zustellung der Klage beruhe hier auf Umständen, die dem Kl. anzulasten seien, weil er in der Klageschrift keine ladungsfähige Anschrift der Bekl. zu 1 und 2 (an deren Wohnadresse), sondern nur ihre Arbeitsstelle bezeichnet habe, als nicht frei von Rechtsfehlern. Im Hinblick auf die hier gegebenen Umstände waren die in der Klageschrift enthaltenen Angaben ausreichend, um eine Zustellung der Klage an beide Bekl. im Krankenhaus zu veranlassen.

Zwar muss gem. § 253 II Nr. 1 ZPO die Klageschrift unter anderem die Bezeichnung der Parteien aufweisen. Damit ist indessen zunächst lediglich vorgeschrieben, dass, aber nicht wie die Parteien zu bezeichnen sind (vgl. BGH, NJW 1977, 1686 = LM § 253 ZPO Nr. 58); erforderlich ist eine Kenntlichmachung der Parteien, die so bestimmt ist, dass über ihre Identität kein Zweifel bestehen kann. Hinsichtlich der mitzuteilenden Anschrift der Parteien ist § 253 II ZPO selbst kein zwingendes Erfordernis zu entnehmen; die durch § 253 IV ZPO in Bezug genommene Norm des § 130 Nr. 1 ZPO stellt lediglich eine "Soll-Vorschrift" dar (vgl. hierzu BGHZ 102, 332 [334] = NJW 1988, 2114 = LM § 253 ZPO Nr. 84).

Allerdings ist in der Klage auch die Angabe einer ladungsfähigen Anschrift des Bekl. notwendig, und zwar schon deshalb, weil sonst die Zustellung der Klageschrift und damit die Begründung eines Prozessrechtsverhältnisses nicht möglich wäre (BGHZ 102, 332 [335] NJW 1988, 2114 = LM § 253 ZPO Nr. 84). Dieses Erfordernis begründet jedoch keine Verpflichtung des Kl., zwingend die Wohnanschrift des Bekl. anzugeben, unter der gegebenenfalls eine Ersatzzustellung nach.§§ 181, 182 ZPO möglich wäre. Vielmehr kann vom Kl. lediglich die Angabe einer ladungsfähigen Anschrift des Bekl. verlangt werden, bei der auf der Grundlage der Vorschriften der §§ 180 ff. ZPO die ernsthafte Möglichkeit besteht, dass dort eine ordnungsgemäße Zustellung vorgenommen werden kann. Unter einer ladungsfähigen Anschrift in diesem Sinne ist - entgegen der Auffassung des BerGer. - nicht nur eine solche zu verstehen, unter der auch eine Ersatzzustellung in Betracht kommt. Die Zustellung hat grundsätzlich durch persönliche Übergabe des zuzustellenden Schriftstücks an den Empfänger zu erfolgen (§ 170 I ZPO; vgl. dazu auch Zöller/Stöber, ZPO, § 181 Rdnr. 1); auch die Regelung in § 180 ZPO geht von diesem Leitbild der unmittelbaren Zustellung aus, wonach Zustellungen an jedem Ort erfolgen können, wo die Person, der zugestellt werden soll, angetroffen wird. Die Ersatzzustellung nach §§ 181 ff. ZPO stellt demgegenüber nur eine Hilfslösung dar (vgl. Baumbach/Hartmann,. ZPO, Einführung Vorb. §§ 181 bis 185 Rdnr. 1). Die Angabe einer ladungsfähigen Anschrift des Bekl. muss daher vornehmlich darauf gerichtet sein, eine Übergabe der Klageschrift an den Zustellungsempfänger selbst zu ermöglichen. Hierfür kommt nicht nur dessen Wohnanschrift in Frage. In geeigneten Fällen kann vielmehr auch die Angabe der Arbeitsstelle genügen; § 180 ZPO ermöglicht auch eine dort erfolgende Zustellung (vgl. von Feldmann, in: MünchKomm-ZPO, § 180 Rdnr. 1; Musie-

lak/Wolst, ZPO, § 180 Rdnr. 1; Stein/Jonas/Roth, ZPO, § 180 Rdnr. 4; s. auch LG Hagen, MDR 1984, 1034). Dies setzt freilich voraus, dass die Arbeitsstätte sowie der Zustellungsempfänger und dessen dortige Funktion so konkret und genau bezeichnet werden, dass von einer ernsthaften Möglichkeit ausgegangen werden kann, die Zustellung durch Übergabe werde gelingen.

Im vorliegenden Fall waren die genannten Voraussetzungen erfüllt, unter denen die Angabe der Arbeitsstätte der Bekl. als ladungsfähige Anschrift in der Klageschrift ausreicht. Entgegen der Ansicht des BerGer. beschränkte sich der Kl. nicht auf die bloße Benennung eines mehrere Abteilungen umfassenden Großstadtkrankenhauses. Vielmehr wurde innerhalb dieses Krankenhauses konkret die "2. Medizinische Abteilung" angegeben; die Bekl. wurden mit ihren in dieser Abteilung ausgeübten hervorgehobenen Funktionen genau gekennzeichnet, nämlich der Bekl. zu 1 als Chefarzt, der Bekl. zu 2 als Leitender Oberarzt. Dann aber bereitete deren Identifikation innerhalb der Klink keine Schwierigkeiten. Es ist auch keineswegs fern liegend, dass der Chefarzt und der Leitende Oberarzt einer bestimmten Krankenhausabteilung in dieser zwecks Zustellung einer Klageschrift angetroffen werden können. Im Berufungsurteil sind keinerlei konkrete Feststellungen dazu getroffen, was einer derartigen Zustellung entgegengestanden hätte; insbesondere ist nichts dafür ersichtlich, dass einer der bekl. Ärzte zum Zeitpunkt der Klageeinreichung etwa nicht mehr in der Klinik beschäftigt oder längerfristig abwesend gewesen wäre oder dergleichen.

Bei dieser Sachlage wäre das LG, gehalten gewesen, zunächst eine Zustellung auf der Grundlage des § 180 ZPO an der angegebenen Anschrift im Städtischen Krankenhaus M in die Wege zu leiten. Dies gilt umso mehr, als bekl. Krankenhausärzte in Arzthaftungsprozessen erfahrungsgemäß vielfach mit ihrer Klinikanschrift bezeichnet werden, ohne dass ersichtlich wäre, dass dies - etwa im Rahmen von Zustellungen - zu relevanten Schwierigkeiten geführt hätte. Dabei ist auch zu bedenken, dass die Ermittlung einer zutreffenden Wohnanschrift der beteiligten Krankenhausärzte für den Patienten oft nicht unproblematisch ist; im vorliegenden Fall wurde zudem die gesamte außergerichtliche Korrespondenz zwischen dem Kl.-Vertreter und den Bekl. zu 1 und zu 2 ausschließlich über die Anschrift des Krankenhauses geführt.

Der Verpflichtung des LG, zunächst eine Zustellung an der angegebenen Klinikadresse zu veranlassen, steht nicht entgegen, dass der Erfolg eines derartigen Zustellungsversuchs nicht garantiert war und eine Ersatzzustellung in der Klinik ausschied. Das Risiko eines Scheiterns der Zustellung unter der von ihm angegebenen Adresse trägt in derartigen Fällen der Kl. Erst wenn ein solcher Misserfolg eingetreten wäre, wäre es Sache des LG gewesen, den Kl. aufzufordern, eine neue ladungsfähige Anschrift der Bekl. zu benennen, an der gegebenenfalls eine Ersatzzustellung möglich ist.

Die Zustellungsverzögerungen, wie sie hier konkret eingetreten sind, beruhen auf der verfahrensrechtlich zu diesem Zeitpunkt nicht angebrachten Aufforderung des Vorsitzenden der Zivilkammer an den Kl. vom 31. 7. 1997, "eine zustellungsfähige Adresse mitzuteilen". Wäre hingegen vom LG pflichtgemäß ein Zustellungsversuch auf der Grundlage der vorliegenden Klinikanschrift unternommen worden und hätte dieser - wovon mangels anderweitiger Feststellungen auszugehen ist - voraussichtlich Erfolg gehabt, so wäre es auf die Problematik der Beschaffung der Wohnanschrift der Bekl. zu 1 und zu 2 nicht mehr angekommen. Das BerGer. durfte daher unter den gegebenen Umständen die Zustellungen nicht als nicht "demnächst" erfolgt i. S. des § 270 III ZPO ansehen und auf dieser Grundlage eine wirksame Verjährungsunterbrechung verneinen.

Das Berufungsurteil lässt sich auch nicht mit anderer Begründung aufrecht erhalten. Dies gilt auch, soweit die Revisionserwiderung zur Rechtfertigung der Auffassung, die Klagezustellungen seien hier nicht "demnächst" erfolgt, auf einen anderen rechtlichen Gesichtspunkt abstellen möchte: Sie weist darauf hin, der Kl.-Vertreter habe Teile des Gerichtskostenvorschusses, die auf einer (später nochmals berichtigten) Streitwertfestsetzung des LG beruhten, verspätet geleistet. Mit diesen Überlegungen, zu denen im Berufungsurteil keinerlei Feststellungen getroffen worden sind, führt die Revisionserwiderung neuen Sachvortrag in den Revisionsrechtszug ein, um ihre materiellrechtliche Beurteilung zu stützen, eine rechtzeitige Verjährungsunterbrechung habe nicht stattgefunden. Dieses Vorbringen, zu dessen Berechtigung (in tatsächlicher und in rechtlicher Hinsicht) der Kl. in den Tatsacheninstanzen nicht Stellung nehmen konnte, kann nicht Gegenstand der revisionsgerichtlichen Beurteilung sein.

Standort: Darlehensrecht Problem: Mitdarlehensnehmer oder Mithaftender?

BGH, URTEIL VOM 14.11.2000
XI ZR 248/99 (NJW 2001, 815)

Problemdarstellung:

Für den Bereich des Kreditsicherungsrecht ist diese Entscheidung des BGH von klarstellender Bedeutung.

Zunächst stellt das Gericht fest, nach welchen Kriterien die Beteiligung eines Dritten an einem Darlehen als Vertrags- bzw. als Schuldbeitritt zu bewerten ist. Entscheidend ist dabei auf die gleichberechtigte Stellung zum eigentlichen Darlehensnehmer abzustellen.

In Fortsetzung zur Rechtsprechung bei Bürgschaften durch einkommens- und vermögenslose nahe Angehörige macht der BGH Ausführungen, unter welchen Voraussetzungen man von einer krassen finanziellen Überforderung durch die Darlehensschuld sprechen kann, die gem. § 138 BGB zur Nichtigkeit des Schuldbeitritts führt. Eine solche Überforderung ist zu bejahen, wenn der Mitverpflichtete noch nicht einmal in der Lage ist, die laufenden Zinsen aufzubringen. Andere Sicherheiten bleiben dabei außer Betracht. Im Übrigen wird bei nahen Angehörigen widerlegbar vermutet, dass das Kreditinsitut die emotionale Beziehung zum Hauptschuldner in sittenwidriger Weise ausgenutzt hat.

Letztlich trifft der BGH Aussagen darüber, wann gem. § 139 BGB der Schuldbeitritt aufgeteilt werden kann, in einen gem. § 138 BGB sittenwidrigen Teil und einen auf das zulässige Maß beschränkten Teil. Voraussetzung dafür ist die eindeutige Abgrenzbarkeit der beiden Teile des Rechtsgeschäfts.

Prüfungsrelevanz:

Vor allem im Recht der Kreditsicherheiten sind vom Prüfling fundierte Kenntnisse der diesbezüglich ergangenen Rechtsprechung erforderlich, da sich die meisten Fallfragen nicht mehr allein anhand des Gesetzestextes lösen lassen. Ganze Institute von Kreditsicherheiten (z.B. Sicherungseigentum, Sicherungsgrundschuld, Forderungsgarantien) oder Schutzinstrumente gegenüber Banken (z.B. Bürgschaft und Schuldbeitritt einkommens- und vermögensloser naher Angehöriger) sind nur durch die entsprechenden Grundsätze in der Rechtsprechung zu erfassen. Vgl. hierzu: Bülow, LM H. 5/2001 § 138 (Bb) BGB Nr. 99; BGHZ 137, 292; BGH NJW 1997, 3089.

Leitsätze:

1. Mitdarlehensnehmer ist nur, wer ein eigenes Interesse an der Kreditgewährung hat und über die Auszahlung und Verwendung der Darlehensvaluta mitentscheiden darf, Mithaftender, wer der Bank nicht als gleichberechtigter Darlehensnehmer gegenübersteht.

2. Eine krasse finanzielle Überforderung des mitverpflichteten Ehepartners oder nahen Angehörigen ist grundsätzlich erst dann zu bejahen, wenn der Betroffene voraussichtlich nicht einmal die laufenden Zinsen der Hauptschuld aufzubringen vermag. Anderweitige Sicherheiten des Gläubigers sind nur zu berücksichtigen, soweit sie das Haftungsrisiko des Mitverpflichteten auf ein rechtlich vertretbares Maß beschränken.

3. In den Fällen der krassen finanziellen Überforderung besteht eine tatsächliche (widerlegliche) Vermutung, dass sich der Ehegatte oder nahe Angehörige bei der Übernahme der Mithaftung nicht von seinen Interessen und von einer rationalen Einschätzung des wirtschaftlichen Risikos hat leiten lassen und dass das Kreditinstitut die emotionale Beziehung zwischen Hauptschuldner und Mithaftenden in sittlich anstößiger Weise ausgenutzt hat.

4. Der Erwerb bloßer mittelbarer Vorteile aus einem Betriebsmittelkredit des Hauptschuldners ist nicht geeignet, die tatsächliche Vermutung einer unzulässigen Willensbeeinflussung zu widerlegen.

5. Die gegen die guten Sitten verstoßende Mithaftungsabrede ist nach § 139 BGB teilweise aufrechtzuerhalten, wenn die Vertragsschließenden bei Kenntnis des Nichtigkeitsgrundes an Stelle der unwirksamen Regelung eine andere auf das zulässige Maß beschränkte vereinbart hätten und sich der Vertragsinhalt in eindeutig abgrenzbarer Weise in den nichtigen Teil und den von der Nichtigkeit nicht berührten Rest aufteilen lässt (Bestätigung von BGHZ 107, 351 = NJW 1989, 2681 = LM § 139 BGB Nr. 71).

Sachverhalt:

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer Mitverpflichtung der Bekl. aus einem Darlehensvertrag. Dem liegt folgender Sachverhalt zu Grunde: Am 6. 4. 1992 schloss die klagende Sparkasse mit dem inzwischen geschiedenen Ehemann der Bekl., dem Alleininhaber eines Montagebetriebs, einen Darlehensvertrag über 47 000 DM zu einem auf fünf Jahre

festgeschriebenen Zinssatz von 9%, rückzahlbar in monatlichen Raten von 800 DM. Der Vertrag wurde von der Bekl. als Darlehensnehmerin mitunterzeichnet. Nach dem Willen der Vertragsparteien sollten mit dem Kredit die Geschäftsverbindlichkeiten des damaligen Ehemanns der Bekl. umgeschuldet und gemeinsame Restschulden der Eheleute in Höhe von 9190,71 DM abgelöst werden. Zur Sicherung des Darlehens wurden der Kl. eine Lebensversicherung der Bekl. und zwei Lebensversicherungen ihres damaligen Ehemanns übertragen. Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses betreute die damals 26 Jahre alte Bekl., die den Friseurberuf erlernt hat, ihre vier Kinder im Alter von einem bis acht Jahren. Ferner half sie für ein geringes Entgelt im Betrieb ihres damaligen Ehemanns aus. Die Darlehensraten wurden bis Oktober 1996 über das Geschäftskonto des geschiedenen Ehemanns der Bekl. vertragsgemäß bezahlt. Nachdem weitere Tilgungsleistungen ausgeblieben waren, kündigte die Kl. mit Schreiben vom 24. 2. 1997 den Darlehensvertrag fristlos und verwertete daraufhin die Sicherungszwecken dienenden Lebensversicherungen. Nach deren Verwertung verblieb am 12. 3. 1998 eine Restschuld von 15 143,23 DM zuzüglich 3906,39 DM Zinsrückstände. Mit der Klage nimmt die Kl. die Bekl., die im September 1994 eine Teilzeitbeschäftigung mit einem monatlichen Nettoverdienst von 840 DM auf-genommen hat, als Gesamtschuldnerin neben ihrem geschiedenen Ehemann auf Zahlung von 19 049,62 DM zuzüglich Zinsen in Anspruch.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Das OLG hat ihr in Höhe von 9190,71 DM zuzüglich Zinsen stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen. Mit der - zugelassenen - Revision verfolgte die Kl. den abgewiesenen Teil ihres Klageantrags weiter, während die Bekl. die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils erstrebte. Die Revisionen hatten keinen Erfolg.

Gründe:

Das BerGer. hat die Mitunterzeichnung des Darlehensvertrags durch die Bekl. für einen gegen die guten Sitten verstoßenden und zum überwiegenden Teil nichtigen Schuldbeitritt gehalten. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt:

Bei dem streitgegenständlichen Darlehen handele es sich hauptsächlich um einen für den damaligen Ehemann der Bekl. bestimmten Betriebsmittelkredit. Bei wertender Betrachtung habe die Bekl. nicht die Stellung einer Kreditnehmerin, sondern einer bloßen Mitschuldnerin erlangt. Da sie mit ihren monatlichen Einnahmen aus der Mitarbeit im Betrieb ihres geschiedenen Ehemanns weder die in den Monatsraten enthaltenen Zinsen hätte aufbringen, noch innerhalb von fünf Jahren ein Viertel der Hauptschuld (ohne Zinsen) hätte tilgen können, sei sie durch den Schuldbeitritt finanziell krass überfordert worden. Auf die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bestehenden und die zukünftigen Einkommens- und Vermögensverhältnisse ihres damaligen Ehemanns komme es im Rahmen der Wirksamkeitsprüfung nicht an. Die sicherungshalber abgetretenen Lebensversicherungen seien ausweislich der 1997 erzielten Verwertungserlöse von durchschnittlich 4500 DM bei Abschluss des Vertrags nicht so wertvoll gewesen, dass sie das Haftungsrisiko und damit die finanzielle Leistungsunfähigkeit der Bekl. beseitigt oder entscheidend verringert hätten

Angesichts der krassen finanziellen Überforderung sei im Zweifel davon auszugehen, dass die Bekl. sich nur aus emotionaler Verbundenheit zu ihrem damaligen Ehemann auf das wirtschaftlich sinnlose Mithaftungsbegehren eingelassen habe. Diese tatsächliche Vermutung habe die Kl. nicht widerlegt. ,

Ein unmittelbares Interesse an der neuen Kreditaufnahme habe auf Seiten der Bekl. nur insoweit bestanden, als ein Teil des Darlehens zur Tilgung ihrer eigenen Schulden verwandt worden sei. Dagegen sei sie an der den Hauptzweck des Darlehensvertrags bildenden Finanzierung des Gewerbebetriebs ihres geschiedenen Ehemanns allenfalls mittelbar interessiert gewesen. Das reiche nicht aus, um der unbeschränkten Mithaftungsvereinbarung den Makel der Sittenwidrigkeit zu nehmen.

Indes sei der Schuldbeitritt gem. § 139 BGB insoweit wirksam, als mit dem Darlehen die gemeinsamen Schulden der Bekl. und ihres damaligen Ehemanns abgelöst worden seien. Da die Prozessparteien bei Kenntnis des Nichtigkeitsgrundes entweder eine Mitverpflichtung in Höhe der ursprünglichen Haftung der Bekl. vereinbart oder diese bestehen gelassen hätten, sei eine Gesamtnichtigkeit selbst dann nicht gegeben, wenn die gesamtschuldnerische Verpflichtung zur Rückzählung des Kredits nicht teilbar sein sollte. Der durch die beschränkte Mithaftungsabrede gesicherte Teil der Darlehensforderung zuzüglich anteiliger Zinsen sei mangels entsprechender Tilgungsbestimmung auch nicht ganz oder teilweise erloschen, sondern werde nach den Regeln des § 366 II BGB nachrangig getilgt.

Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung in allen wesentlichen Punkten stand. Gem. § 138 I BGB verstößt eine Schuldmitübernahme bei nicht ganz geringfügigen Bankkrediten auch ohne Hinzutreten den finanzschwachen Ehepartner bzw. nahen Angehörigen besonders belastender Umstände oder Verhältnisse im Allgemeinen gegen die guten Sitten

und ist daher nichtig, wenn. die Verpflichtung nicht auf Grund einer freien Entscheidung übernommen wurde, sondern die Bank die emotionale Bindung des Ehepartners oder des nahen Angehörigen an den Darlehensnehmer ausgenutzt hat. Davon ist hier im Hinblick auf die krasse finanzielle Überforderung der Bekl. auszugehen. Allerdings steht einer Aufrechterhaltung des Schuldbeitritts in Höhe der abgelösten gemeinsamen Verbindlichkeiten der geschiedenen Eheleute nach der Wertung des § 139 BGB kein Hinderungsgrund entgegen. Nach § 366 II BGB ist auch eine Tilgung des durch die beschränkte Mithaftungsvereinbarung gesicherten Teils der Darlehensforderung sowie der darauf entfallenden Zinsen nicht erfolgt.

Die Revision der Kl. ist unbegründet.

Ihrer Ansicht, die Bekl. sei nach den getroffenen Vereinbarungen nicht nur zur Sicherung des Rückzahlungsanspruchs in die Haftung einbezogen worden, sondern zusammen mit ihrem damaligen Ehemann in jeder Beziehung gleichberechtigte Mitdarlehensnehmerin, kann nicht gefolgt werden. Von solchen echten Mitdarlehensnehmern, bei denen eine Sittenwidrigkeit des Darlehensvertrags auch bei krasser finanzieller Überforderung grundsätzlich nicht in Betracht kommt, kann in aller Regel nur bei Personen ausgegangen werden, die ein eigenes Interesse an der Kreditgewährung haben, sich als Gesamtschuldner verpflichten und im Wesentlichen gleichberechtigt über die Verwendung der Darlehensvaluta mitentscheiden (Nobbe, BankR - Aktuelle höchst- und obergerichtliche Rspr., Rdnr. 1328). So liegen die Dinge, wie das BerGer. zutreffend ausgeführt hat, hier jedoch nicht.

Zwar sollten die neuen Kreditmittel nach dem Willen der Vertragsparteien nicht nur zur Umschuldung der Geschäftsverbindlichkeiten des damaligen Ehemanns der Bekl., sondern auch zur Ablösung der gemeinsamen Restschulden aus einem Allzweckdarlehen und einem Girovertrag verwandt werden. Dies bedeutet aber nicht, dass der Kl. von Anfang an zwei gleichberechtigte Darlehensnehmer gegenüberstanden. Denn abgesehen davon, dass der ganz überwiegende Teil des Kredits für die Finanzierung des Gewerbebetriebs benötigt wurde, deutet nichts darauf hin, dass es ohne die von der Kl. mit dem damaligen Ehemann der Bekl. vereinbarte Umschuldungsmaßnahme überhaupt zum Abschluss des Darlehensvertrags gekommen wäre. Dass die formelle Mitantragstellung der Bekl. Sicherungszwecken dienen und keine echte Gläubigerstellung begründen sollte, ist im Übrigen von der Kl. in den Vorinstanzen nicht substanziiert bestritten worden.

Die Mithaftungsübernahme überforderte die Bekl. finanziell in krasser Weise.

Wie der erkennende Senat bereits in seinem Vorlagebeschluss an den Großen Senat vom 29. 6. 1999 (NJW 1999, 2584 = LM H. 11/1999 § 765 BGB Nr. 138 a = WM 1999, 1556 [1559]) näher dargelegt hat, ist eine krasse finanzielle Überforderung des mitverpflichteten Ehepartners oder nahen Angehörigen bei nicht ganz geringfügigen Bankschulden grundsätzlich dann zu bejahen, wenn er voraussichtlich nicht einmal in der Lage ist, die laufenden Zinsen mit seinen eigenen finanziellen Mitteln auf Dauer aufzubringen. In einem solchen Falle spricht ohne Hinzutreten weiterer Umstände eine widerlegliche tatsächliche Vermutung dafür, dass sich der Ehegatte oder nahe Angehörige bei der Übernahme der Mithaftung nicht von seinen Interessen und von einer rationalen Einschätzung des wirtschaftlichen Risikos hat leiten lassen und das Kreditinstitut die emotionale Beziehung zwischen dem Hauptschuldner und dem Mithaftenden in sittlich anstößiger Weise ausgenutzt hat (vgl. BGHZ 136, 346 [351] = NJW 1997, 3372 = LM H. 5/1998 § 765 BGB Nr. 120; BGH, NJW 1998, 894 = LM H. 5/1998 § 138 [Bb] BGB Nr. 84 = WM 1997,235 [236], insoweit in BGHZ 137, 292, nicht abgedr.; BGH, NJW 1999, 135 = LM H. 3/1999 § 138 [Bb] BGB Nr. 90 = WM 1998, 2366 [2367]; NJW 1999, 58 = LM H. 3/1999 § 765 BGB Nr. 132 = WM 1998, 2327 [2328], und NJW 2000, 1182 = LM H. 9/2000 § 138 [Bb] BGB Nr. 97 = WM 2000,410 [411]).

Auf dieser Betrachtungsweise beruht - anders als die Revision der Kl. meint - auch die angefochtene Entscheidung. Zwar hat das BerGer. in Anlehnung an die frühere, spätestens seit der Entscheidung vom 27.1. 2000 (BGH, NJW 2000, 1182 = LM H. 9/2000 § 138 [Bb] BGB Nr. 97 = WM 2000, 410 [411]) überholte Rechtsprechung des IX. Zivilsenats des BGH ausgeführt, dass die Bekl. mit ihren monatlichen Einnahmen aus der Mitarbeit im Betrieb ihres damaligen Ehemanns voraussichtlich nicht ein Viertel der Hauptsumme (ohne Zinsen) innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren hätte aufbringen können. Nach den an gleicher Stelle getroffenen rechtsfehlerfreien Feststellungen hätte der Lohn aber auch nicht zur ordnungsmäßigen Bedienung der laufenden Zinsen ausgereicht. Da die Bekl. bei Abgabe der Mithaftungserklärung ihre vier, damals ein, zwei, sechs und acht Jahre alten Kinder betreute, war entgegen der Ansicht der Revision jedenfalls innerhalb der acht- bis neunjährigen Laufzeit des Darlehens nicht mit einer ganz- oder halbtägigen Ausübung des erlernten Friseurberufs zu rechnen und konnte angesichts der bestehenden Unterhaltspflichten erst recht kein

pfändbares Einkommen aus einer solchen Tätigkeit erwartet werden. Für eine Vereinbarung der Parteien, dass die Mithaftungsabrede nur im Falle einer wesentlichen Verbesserung der Einkommens- oder Vermögensverhältnisse der Bekl. gelten sollte, ist nichts vorgetragen oder sonst ersichtlich.

Bei der Beurteilung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Bekl. ist das Leistungsvermögen ihres Ehemanns nicht zu berücksichtigen, sondern nur ihr eigenes pfändbares Einkommen und Vermögen. Die Bürgschaft oder Mithaftung wird in aller Regel gerade für den Fall der Insolvenz des Hauptschuldners oder anderer Leistungshindernisse vereinbart. Auf diese Situation ist deshalb nach der ständigen Rechtsprechung des erkennenden Senats (s. Senat, NJW 1999, 2584 = LM H. 11/1999 § 765 BGB Nr. 138 a m. w. Nachw.) im Rahmen der Prüfung der finanziellen Möglichkeiten des mitverpflichteten Ehepartners oder nahen Angehörigen abzustellen. Diese Auffassung wird auch vom IX. Zivilsenat des BGH geteilt. Seinen früheren gegenteiligen Standpunkt hat er inzwischen ausdrücklich aufgegeben (BGH, NJW 2000, 1182 = LM H. 9/2000 § 138 [Bb] BGB Nr. 97 = WM 2000, 410 [412]).

Das von der Bekl. übernommene Haftungsrisiko wurde durch die der Kl. zur Sicherheit übertragenen Lebensversicherungen der Bekl. und ihres Ehemanns nicht entscheidend herabgemindert.

Bei der Beurteilung der finanziellen Überforderung sind nach der gefestigten Rechtsprechung des BGH anderweitige Sicherheiten des Kreditgebers grundsätzlich nur dann zu berücksichtigen, wenn sie das Haftungsrisiko des Mitverpflichteten oder Bürgen in rechtlich gesicherter Weise auf ein vertretbares Maß beschränken (vgl. BGHZ 136, 347 [352f.] = NJW 1997, 3372 = LM H. 5/1998 § 765 BGB Nr. 120; BGH, NJW 1999, 58 = LM H. 3/1999 § 765 BGB Nr. 132 = WM 1998, 2327 [2328], und NJW 2000, 1182 = LM H. 9/2000 § 138 [Bb] BGB Nr. 97 = WM 2000, 410 [412]; s. ferner Senat, NJW 1999, 2584 = LM H. 11/1999 § 765 BGB Nr. 138a). Gemessen an diesen strengen Grundsätzen hat das BerGer. den abgetretenen Lebensversicherungen zu Recht keine wesentliche Bedeutung beigemessen.

Dabei kann offenbleiben, welcher Zeitraum für die zukünftige Wertentwicklung von Lebensversicherungen oder anderen Sicherheiten vernünftigerweise prognostizierbar ist und unter welchen Voraussetzungen bloße Erwerbsaussichten des Mitverpflichteten zu berücksichtigen sind. Denn da zwischen der Mithaftungsvereinbarung und der Verwertung der Lebensversicherungen ein Zeitraum von mehr als fünf Jahren liegt und mit dem Gesamterlös dennoch nicht einmal ein Drittel der ursprünglichen Darlehensschuld getilgt werden konnte, war nicht von Beginn an gewährleistet, dass die Bekl. im Sicherungsfalle nur noch in einem sie nicht mehr unzumutbar belastenden Umfang haften würde. Entgegen der Auffassung der Revision ist auf die Sicherheiten auch nicht im Rahmen einer Gesamtwürdigung der damaligen Einkommens- und Vermögensverhältnisse der geschiedenen Eheleute Rücksicht zu nehmen, weil es aus den bereits dargelegten Gründen allein auf die Finanzkraft der Bekl. ankommt.

Die Kl. muss die danach gegebene finanzielle Leistungsunfähigkeit der Bekl. als bekannt gegen sich gelten lassen. Nach banküblichen Gepflogenheiten überprüfen Kreditinstitute die geforderten Sicherheiten vor der Hereinnahme mit kaufmännischer Sorgfalt auf ihre Werthaltigkeit. Sieht eine Bank - wie hier - davon ab, befragt sie also insbesondere den Betroffenen nicht nach seinen derzeitigen und zukünftigen finanziellen Möglichkeiten, so ist im Zweifel davon auszugehen, dass sie die die krasse finanzielle Überforderung begründenden objektiven Tatsachen und Verhältnisse schon bei Vertragsabschluss kannte oder sich ihnen bewusst verschlossen hat (vgl. BGH, NJW 1996, 513 = LM H. 4/1996 § 138 [Bc] BGB Nr. 85 = WM 1996, 53 [54]; NJW 1999, 58 = LM H. 3/1999 § 765 BGB Nr. 132 = WM 1998, 2327 [2329] m. w. Nachw., und NJW 2000, 1182 = LM H. 9/2000 § 138 [Bb] BGB Nr. 97 = WM 2000, 410 [412]).

Die angesichts der krassen finanziellen Überforderung der Bekl. bestehende tatsächliche Vermutung, dass sie sich bei der Übernahme der Mithaftung nicht von einer realistischen Einschätzung des wirtschaftlichen Risikos, sondern von ihrer emotionalen Bindung an ihren damaligen Ehemann hat leiten lassen und die Kl. dies in sittlich anstößiger Weise ausgenutzt hat, hat die darlegungs- und beweisbelastete Kl. nicht ausgeräumt.

Nach Ansicht des erkennenden Senats ist ein auf einen freien Willensentschluss hindeutendes oder ein Handeln allein aus emotionaler Verbundenheit voll ausgleichendes Eigeninteresse des finanziell krass überforderten Ehepartners an der Darlehensgewährung allerdings grundsätzlich zu bejahen, wenn er zusammen mit dem Ehepartner ein gemeinsames Interesse an der Kreditgewährung hat oder ihm aus der Verwendung der Darlehensvaluta unmittelbare und ins Gewicht fallende geldwerte Vorteile erwachsen sind. Bei wirtschaftlicher Betrachtung besteht dann kein wesentlicher Unterschied zu den Fällen, in denen die Eheleute den Kredit als gleichberechtigte Vertragspartner aufgenommen und verwandt haben. In solchen Fällen muss sich der nur aus Sicherungsgründen in die Haftung einbezogene Mitverpflichtete

daher bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit nach § 138 I BGB wie ein echter Mitdarlehensnehmer behandeln lassen (s. Senat, NJW 1999, 2584 = LM H. 11/1999 § 765 BGB Nr. 138 a m. w. Nachw.).

Damit ist jedoch der Erwerb bloßer mittelbarer geldwerter Vorteile aus einem von dem Hauptschuldner aufgenommenen Betriebsmittelkredit grundsätzlich nicht zu vergleichen (Senat, NJW 1999, 2584). Der gegenteilige Standpunkt führt zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Benachteiligung der Ehepartner selbstständiger Unternehmer ohne Rücksicht auf ihre eigene finanzielle Leistungsfähigkeit und Berufsausbildung. Insbesondere ist die Unterhaltsbedürftigkeit des einen Partners für sich genommen kein triftiger Grund, um ihm gegen seinen ausdrücklichen oder mutmaßlichen Willen das unternehmerische Risiko des anderen aufzubürden, zumal sich häufig nicht einmal ein innerer Zusammenhang zwischen den Unterhaltsleistungen und der Darlehensgewährung zuverlässig feststellen lässt. Auch diese differenzierende Betrachtungsweise wird inzwischen vom IX. Zivilsenat des BGH jedenfalls bei krasser finanzieller Überforderung des Bürgen geteilt (BGH, NJW 2000, 1182 = LM H. 9/2000 § 138 [Bb] BGB Nr. 97 WM 2000, 410 [412f.]). Von hier entscheidungsrelevanten Meinungsunterschieden in der Frage, ob und gegebenenfalls unter welchen Umständen der Erwerb bloßer mittelbarer Vorteile des Bürgen oder Mitverpflichteten aus der Darlehensaufnahme einen angemessenen Interessenausgleich darstellt, kann daher entgegen der Auffassung der Revision keine Rede mehr sein.

Das BerGer. hat ein rechtlich vertretbares Interesse der Kl. an der Mitverpflichtung der Bekl. zu Recht auch nicht in der abstrakten Gefahr gesehen, ihr damaliger Ehemann könne sein ganzes Vermögen oder wesentliche Teile davon auf sie übertragen. Der Gesichtspunkt, solchen Vermögensverlagerungen vorzubeugen, war nach den eigenen Angaben der Kl. für das unbeschränkte Mithaftungsbegehren bedeutungslos, so dass er weder zum Inhalt noch zur Geschäftsgrundlage des Schuldbeitritts gemacht worden ist. Auf die strittige Frage, ob die in einer Mithaftungserklärung nicht zum Ausdruck gekommene Absicht des Kreditinstituts, Vermögensverlagerungen vorzubeugen, überhaupt eine unbeschränkte Mithaftung rechtfertigen kann, kommt es somit nicht an.

Die von der Kl. verlangte Mithaftungserklärung der Bekl. verstößt danach gegen die guten Sitten (§ 138 I BGB) und ist nichtig, soweit sie nicht den für die Ablösung der gemeinsamen Altschulden der Bekl. und ihres Ehemanns erforderlichen Teil des Darlehens betrifft.

Im Übrigen wird der Schuldbeitritt entgegen der Ansicht der Bekl. nicht von der Nichtigkeitsfolge des § 138 I BGB erfasst. Auch die Revision der Bekl. ist deshalb unbegründet.

Nach § 139 BGB bleibt bei Teilnichtigkeit eines Rechtsgeschäfts der von der Nichtigkeit nicht erfasste Teil bestehen, wenn dies dem hypothetischen Parteiwillen entspricht. Eine solche Teilnichtigkeit ist zwar in erster Linie gegeben, wenn nach Entfernung (sozusagen. "Hinausstreichen") des unwirksamen Teils ein Vertragsinhalt übrig bleibt, der für sich allein genommen einen Sinn behält. Nach der Zielsetzung der Norm ist sie aber grundsätzlich auch darin anwendbar, wenn die Vertragsschließenden an Stelle der unwirksamen Regelung, hätten sie die Nichtigkeit von Anfang an gekannt, eine andere auf das zulässige Maß beschränkte vereinbart hätten und sich der Vertragsinhalt in eindeutig abgrenzbarer Weise in den nichtigen Teil und den von der Nichtigkeit nicht berührten Rest aufteilen lässt (BGHZ 107, 351 [355 f.] = NJW 1989, 2681 = LM § 139 BGB Nr. 71).

Das ist unter den hier gegebenen Umständen und Verhältnissen zu bejahen. Für die Bekl. war es nämlich schon für sich allein sinnvoll und vorteilhaft, wenn die bezüglich der alten Verbindlichkeiten begründete Primärhaftung vollständig erlischt und durch eine grundsätzlich auf den Sicherungsfall beschränkte Subsidiärhaftung ersetzt wird. Es ist daher, wie das BerGer. zutreffend ausgeführt hat, kein Grund für die Annahme ersichtlich, die Bekl. hätte als rational handelnde Vertragspartei keinen Schuldbeitritt in Höhe der abgelösten Schulden erklärt und auch keine vergleichbare Sicherungsabrede getroffen.

Die Anwendung des § 139 BGB steht - anders als die Revision der Bekl. meint - nicht in Widerspruch zum Schutzgedanken des § 138 BGB. Zwar dürfen sittenwidrige Rechtsgeschäfte für den Gläubiger nicht das Risiko verlieren, mit dem sie durch die gesetzlich angeordnete Nichtigkeitssanktion behaftet sind; das wäre aber der Fall, wenn er im Allgemeinen damit rechnen könnte, schlimmstenfalls durch gerichtliche Festsetzung das zu bekommen, was gerade noch rechtlich vertretbar und damit sittengemäß ist (vgl. BGHZ 68, 204 [207] = NJW 1977, 1233 = LM § 138 [Bb] BGB Nr. 40 L; BGH, NJW 1979, 1605 [1606]). Sittenwidrige und vor allem wucherische Rechtsgeschäfte sind daher grundsätzlich als Einheit zu werten und dürfen auch nicht durch eine geltungserhaltende Reduktion oder Umdeutung i. S. des § 140 BGB mit einem zulässigen Inhalt aufrechterhalten werden (BGHZ 68, 204 [207] = NJW 1977, 1233 LM § 138 [Bb] BGB Nr. 40 L m. w. Nachw.; vgl. auch BGH, NJW 2000, 1182 = LM H. 9/2000 § 138 [Bb] BGB Nr. 97 = WM 2000, 410 [413]). Hier geht es aber nicht darum, dass der Richter für die Parteien an Stelle der sittenwidrigen Vereinbarun-

gen eine Vertragsgestaltung findet, die auf die beiderseitigen Interessen hinreichend Rücksicht nimmt und die Nichtigkeitsfolge des § 138 BGB vermeidet. Vielmehr ist der sittenwidrige Teil der unbeschränkten Mithaftungsvereinbarung auf Grund der objektiven Umstände und Verhältnisse genau bestimmt und kann infolgedessen ohne weiteres ausgesondert werden.

Der Revision der Bekl. kann schließlich auch nicht gefolgt werden, soweit sie den durch die beschränkte Mithaftungsvereinbarung gesicherten Teil der Darlehensforderung auf Grund der erbrachten Darlehensraten und der Verwertung der sicherungshalber abgetretenen Lebensversicherungen für erloschen erachtet. Nach § 366 I BGB kann der Schuldner mehrerer Forderungen, wenn seine Leistung nicht zur Tilgung sämtlicher Schulden ausreicht, selbst bestimmen, welche Schuld oder Schulden getilgt werden sollen. In Absatz 2 dieser Vorschrift ist eine ergänzende Regelung für den Fall vorgesehen, dass der Schuldner - wie hier - eine solche Bestimmung weder ausdrücklich noch stillschweigend getroffen hat. Diese Tilgungsbestimmung entspricht dem vermuteten Willen vernünftiger und redlicher Vertragsparteien. Widerspricht jedoch ausnahmsweise die gesetzlich normierte Reihenfolge der Kategorien des Absatz 2 (Fälligkeit, Sicherheit der Forderung, Lästigkeit, Alter der Schuld) ganz offensichtlich dem hypothetischen Parteiwillen, so ist allein dieser maßgebend (BGH, NJW 1969, 1846 [1847] = LM § 366 BGB Nr. 6). Daraus vermag die Revision aber für sich nichts herzuleiten.

Zwar hält die Revision es für ausgeschlossen, dass die Bekl. als ursprüngliche Mitdarlehensnehmerin einer Tilgungsvereinbarung zugestimmt hätte, nach der die über einen Zeitraum von rund vier Jahren geleisteten Tilgungsraten und die bei der Verwertung der Lebensversicherungen erzielten Erlöse ausschließlich mit den Geschäftsschulden ihres damaligen Ehemanns verrechnet werden sollen. Für diese Argumentation fehlt aber bereits die notwendige Tatsachengrundlage. Zwar hat das BerGer. es immerhin für möglich erachtet, dass die Prozessparteien bei Kenntnis der Nichtigkeit eines unbeschränkten Schuldbeitritts die Haftung der Bekl. aus den alten Darlehensverträgen bestehen gelassen hätten. Eine solche Entscheidung hätte aber im Hinblick auf die finanzielle Leistungsunfähigkeit der Bekl. und die schlechte Zukunftsprognose ersichtlich keinen Sinn ergeben. Da bei objektiver Betrachtungsweise davon auszugehen ist, dass die Bekl. ihre eigene Lebensversicherung in jedem Falle zur Sicherung des neuen Kredits abgetreten hätte, gibt es auch sonst keinen Grund, der die in § 366 II BGB normierte nachrangige Tilgung des am besten gesicherten Teils der Darlehensforderung als grob unbillig erscheinen lässt.

Standort: Gesellschaftsrecht — Problem: Recht der Vorgründungsgesellschaft

BGH, URTEIL VOM 18.12.2000
II ZR 385/98 (NJW 2001, 748)

Problemdarstellung:

In diesem Rechtsstreit musste sich der BGH mit einer juristischen Person des öffentlichen Rechts (kommunaler Zweckverband) beschäftigen, die bereits im Gründungsstadium am Privatrechtsverkehr teilgenommen hatte, aber letztlich es doch nicht zur endgültigen Entstehung gebracht hatte. Mangels Regelungen für diesen Vorgründungszweckverband in den einschlägigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften, kommt der BGH zu einer entsprechenden Anwendung zivilrechtlicher Grundsätze bei Vorgründungsgesellschaften. Unter der Maßgabe, dass die Rechtsgrundsätze derjenigen zivilrechtlichen Korporation anzuwenden sind, die jeweils am weitest gehenden mit der Struktur des betreffenden öffentlich-rechtlichen Verbandes in Gründung übereinstimmt, kommt der BGH zur Anwendung des Vereins- bzw. GbR-Rechts. Auf diese Weise erlangt eine öffentlich-rechtliche juristische Person schon im Gründungsstadium Rechtsfähigkeit, wenn sie bereits am Privatrechtsverkehr teilnimmt.

Neben der öffentlich-juristischen Person in Gründung müssen für Verbindlichkeiten, die diese schon im Gründungsstadium eingegangen ist, auch die Gründungsmitglieder (hier: Gemeinden) unbeschränkt und gesamtschuldnerisch haften. Ihre Haftungsbegründung ergibt sich - entsprechend den angewendeten zivilrechtlichen Rechtsvorschriften auf die öffentliche Vorgründungsperson - aus Verein- oder GbR-Recht.

Prüfungsrelevanz:

Dieser Fall zeigt eine interessante Schnittstelle zwischen öffentlichem und zivilem Recht auf. Beide Gebiete verfügen über verschiedene Formen rechtsfähiger Korporationen zur Teilnahme am Rechtsverkehr (Zivilrecht: AG, GmbH, GbR, oHG, KG, etc; öffenliches Recht: Anstalten, Körperschaften, etc.). Aufgrund dieser Entscheidung ist es nun zulässig, Regelungslücken im Bereich der öffentlichen Korpora-

tionsformen auf vergleichbare zivilrechtliche Vorschriften zurückzugreifen. Damit erweitert sich das Anwendungsgebiet des zivilen Gesellschaftsrechts und bieten sich neue Klausurthemen.

Zur Frage der Rechtsfähigkeit nichtrechtsfähiger Vereine s. Stoltenberg, MDR 1989, 494. Grundlagen und ausgewählte Probleme des Vereinsrechts beschreibt Friedrich, DStR 1994, 61 (101).

Leitsätze:

1. Ein im Gründungsstadium befindlicher, nichtrechtsfähiger kommunaler Zweckverband kann - trotz Fehlens entsprechender Regelungen in öffentlich-rechtlichen Normen des Zweckverbandsrechts - bei Teilnahme am Privatrechtsverkehr Zuordnungssubjekt von Rechten und Pflichten, insbesondere Partei eines privatrechtlichen Vertrags, sein. Auf ihn findet hinsichtlich einer solchen privatrechtlichen Betätigung - je nach dem Grad der körperschaftlichen Verselbstständigung - das Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder des nichtrechtsfähigen wirtschaftlichen Vereins Anwendung.

2. Die Gründungsmitglieder eines gescheiterten öffentlich-rechtlichen Zweckverbands haften für dessen im Gründungsstadium begründete Darlehensverbindlichkeiten wie Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft oder diesen gem. § 54 S. 1 BGB gleichgestellte Mitglieder eines wirtschaftlichen Vorvereins unbeschränkt und gesamtschuldnerisch.

Sachverhalt:

Die klagende Bank nimmt die acht bekl. brandenburgischen Gemeinden auf Rückzahlung eines im September 1991 dem "Abwasserverband C" darlehensweise zur Verfügung gestellten Betrags von 5 600 000 DM in Anspruch. Die Bekl. beabsichtigten im Frühjahr 1991 die Gründung eines Zweckverbands zur gemeinschaftlichen Abwasserbeseitigung. Am 16. 5. 1991 unterzeichneten die Bürgermeister der Bekl. zu 1 bis 3 und 5 bis 8 eine Vereinbarung, in der es heißt: "Wir, die erschienenen Bürgermeister der Gemeinden … (Bekl. zu 1 bis 8) bilden hiermit den Abwasserverband C. Wir setzen hiermit die beiliegende Satzung über die Abwasserbeseitigung im Gemeindeverband C mit heutigem Tage in Kraft. Wir beschließen, dass der Abwasserverband aus folgenden Organen besteht:

1. dem Verwaltungsgemeinschaftsausschuss C,
2. dem Vorsitzenden des Abwasserverbands C.

Als vorläufige Geschäftsordnung bestimmen wir:

1. Zu den Sitzungen des Abwasserverbands lädt der Vorsitzende in der Regel unter Wahrung einer Frist von sieben Tagen, kurzfristig von zwei Tagen ein.
2. Zwischen den Sitzungen führt der Vorsitzende die Geschäfte.
3. Jeder Bürgermeister hat bei der Abstimmung eine Stimme.
4. Bei Stimmengleichheit gibt die Stimme des Vorsitzenden den Ausschlag."

In einer ebenfalls am 16. 5. 1991 durchgeführten Sitzung des Verwaltungsgemeinschaftsausschusses wurde der Bürgermeister der Bekl. zu 1, M, zum Vorsitzenden des Abwasserzweckverbands gewählt. In einer Sitzung der "Gemeindevertretungen des Verwaltungsamts C" vom 27. 5. 1991 beauftragten die Gemeindevertretungen der Bekl. zu 1 bis 8 und einer weiteren Gemeinde ihre Bürgermeister, "die Abwasserentgeltsatzung zum Bestandteil des Abwasserverbands C zu erklären". Mit Schreiben vom 16. 7. 1991 erklärte die Kl. gegenüber dem Bürgermeister M unter bestimmten Auszahlungsvoraussetzungen ihre Bereitschaft zur Gewährung eines Kredits über 5 600 000 DM an die Bekl. zu 1 bis 8 sowie eine weitere, nicht zum Abwasserzweckverband gehörende Gemeinde "als Gesamtschuldnern in ihrer Eigenschaft als Mitgliedern des Gemeindeverbands C-Abwasserverband". Diese Kreditzusage wurde von der Kl. mit Schreiben vom 24. 7. 1991 dahingehend modifiziert, der Kredit werde "ausschließlich dem Gemeindeverband C - Abwasserverband - und nicht den in der Kreditzusage vom 16. 7. 1991 aufgeführten Gemeinden als Gesamtschuldnern (gewährt), wobei wir davon ausgehen, dass der Gemeindeverband rechtlich Zweckverband i. S. von § 61 des Gesetzes über die Selbstverwaltung der Gemeinden und Landkreise in der DDR (Kommunalverfassung) ist." Nachdem die "Vollversammlung des Abwasserverbands C" den Bürgermeister M am 14. 8. 1991 mit der verbindlichen Vornahme aller im Zusam-menhang mit der Kläranlage stehenden Finanzierungsmaßnahmen beauftragt hatte, erklärte dieser mit Schreiben vom gleichen Tage der Kl. das Einverständnis des Abwasserzweckverbands mit der Kreditzusage und bat um Überweisung der Valuta bei Vorliegen der Auszahlungsvoraussetzungen. Auf Antrag des Verbands genehmigte der Landrat des damaligen Landkreises A. unter dem 5. 9. 1991 die Kreditaufnahme durch den Abwasserzweckverband und bestätigte zugleich, dessen Gründung sei gem. § 61 der Kommunalverfassung der DDR rechtmäßig erfolgt. Die Kl. überwies am 13. 9. 1991 den Kreditbetrag auf das vom Verband angegebene Konto. Es handelte sich hierbei um ein von der K-GmbH (nachfolgend: K) - die zuvor vom Abwasserzweckverband als Treuhänderin und Generalübernehmerin mit dem Neubau einer Kläranlage beauftragt worden war - eingerichte-

tes Treuhandkonto. Am 30. 3. 1992 beschloss der Abwasserzweckverband eine Satzung, deren Genehmigung der Landrat mit Schreiben vom 9. 6. 1992 verweigerte, weil sie nicht mit dem zwischenzeitlich in Kraft getretenen Gesetz über die kommunale Gemeinschaftsarbeit im Land Brandenburg vereinbar sei. Im weiteren Verlauf des Jahres 1992 geriet die K in den Verdacht des Subventionsbetrugs; der Abwasserzweckverband beendete auf Anordnung des Landrats die mit der Gesellschaft bestehenden Vertragsbeziehungen. Der nachfolgende Versuch, das der K treuhänderisch zur Verfügung gestellte Kontoguthaben sicherzustellen, scheiterte; ein Konkursantrag über das Vermögen der K wurde 1996 mangels Masse abgelehnt. Der Verbleib des von der Kl. überwiesenen Geldes ist ungeklärt. Da der Abwasserzweckverband - dessen Gründung von den beteiligten Gemeinden nicht weiterbetrieben wurde - die zwischenzeitlich aufgelaufenen Kreditzinsen seit geraumer Zeit nicht bediente, stellte die Kl. den Kredit - der eine bis zum 13. 9. 1993 befristete Laufzeit hatte - durch Schreiben vom 3. 8. 1993 sofort fällig und setzte zugleich eine Zahlungsfrist bis 15. 8. 1993. Sie begehrt von den bekl. Gründergemeinden als Gesamtschuldnern die Rückzahlung der ausgereichten Darlehensvaluta von 5 600 000 DM nebst Zinsen in Höhe von 5% über dem Bundesbankdiskontsatz seit 13. 9.1991.

Das LG hat der Klage in Höhe von 1 120 000 DM, das OLG hat ihr in Höhe von 1 680 000 DM nebst Zinsen in beantragter Höhe seit Rechtshängigkeit stattgegeben. Die gegen diese Verurteilung gerichteten Revisionen der Bekl. zu 4 und zu 7 hat der Senat nicht zur Entscheidung angenommen. Die Kl. verfolgte mit ihrer Revision ihr darüber hinausgehendes Klagebegehren weiter, wobei sie in der Revisionsverhandlung die Zinsforderung auf den Zeitraum ab 16. 8. 1993 beschränkt hat. Die Revision der Kl. hatte im Wesentlichen Erfolg und führte - bis auf einen Teil der Zinsen - zur antragsgemäßen Verurteilung der Bekl.

Gründe:

Das BerGer. ist der Ansicht, ein Darlehensvertrag sei weder mit den bekl. Gemeinden noch mit dem Abwasserzweckverband C zu Stande gekommen.

Nach den Vorstellungen beider Parteien habe der Kredit dem Abwasserzweckverband, nicht aber den einzelnen Gemeinden als Gesamtschuldnern gewährt werden sollen. Mit dem Abwasserzweckverband sei kein Vertrag zu Stande gekommen, weil dieser als juristische Person des öffentlichen Rechts nicht zur Entstehung gelangt sei. Die Gründergemeinden hafteten der Kl. jedoch nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo auf Schadensersatz, weil sie es unterlassen hätten, die Kl. über die fehlende Rechtsfähigkeit des Verbands aufzuklären. Allerdings müsse sich die Kl. ein erhebliches Mitverschulden an der Schadensentstehung entgegenhalten lassen, so dass die Klageforderung nur in Höhe von 30% begründet sei. Das hält revisionsrechtlicher Prüfung nicht stand.

Die Kl. hat gegen den Abwasserzweckverband C einen vertraglichen Anspruch auf Rückzahlung der gesamten Darlehensvaluta gem. § 607 I BGB, für den die bekl. Gemeinden gesamtschuldnerisch haften.

Entgegen der Auffassung des BerGer. ist durch die Vereinbarungen der Kl. mit dem Bürgermeister M im Juli/August 1991 ein wirksamer Darlehensvertrag mit dem Abwasserzweckverband C, bestehend aus den bekl. Gemeinden, zu Stande gekommen.

Zutreffend ist allerdings der Ausgangspunkt des BerGer., wonach es sich bei dem Abwasserzweckverband C weder bei Vertragsschluss noch zu einem spateren Zeitpunkt um einen rechtlich selbstständigen kommunalen Zweckverband, also eine juristische Person des öffentlichen Rechts, gehandelt hat. Die vom BerGer. in diesem Zusammenhang erörterten Fragen, ob § 61 des bis zum 30. 12. 1991 in Brandenburg als Landesrecht fortgeltenden Gesetzes über die Selbstverwaltung der Gemeinden und Landkreise in der DDR vom 17. 5. 1990 (Kommunalverfassung DDR-KommVerf, DDR-GBl I, 255) eine geeignete Rechtsgrundlage für die Entstehung rechtsfähiger Körperschaften öffentlichen Rechts bildete und ob neben der Kommunalverfassung über Art. 123 I GG ergänzend die Vorschriften des Zweckverbandsgesetzes vom 7. 6. 1939 (RGBl I, 979) herangezogen werden konnten, braucht der Senat nicht zu entscheiden. Der Abwasserzweckverband C konnte im Jahre 1991 schon deshalb keine Rechtsfähigkeit erlangt haben, weil er sich noch kein Statut i. S. des § 61 II DDR-KommVerf. bzw. keine Verbandssatzung gem. §§ 5, 24 des Zweckverbandsgesetzes gegeben hatte. Bei der im Gründungsbeschluss vom 16. 5. 1991 erwähnten "Satzung" über die Abwasserbeseitigung im Gemeindeverband C handelt es sich nicht um ein Organisationsstatut des Abwasserzweckverbands, sondern um eine Regelung der Einzelheiten der Abwasserbeseitigung im Gemeindeverband C. Die im Gründungsbeschluss vom 16. 5. 1991 enthaltene Einsetzung des "Verwaltungsgemeinschaftsausschusses C" und des "Vorsitzenden des Abwasserverbands C" als Organe des Abwasserzweckverbands sowie die im Beschluss enthaltene "vorläufige Geschäftsordnung" erfüllen nicht die Mindestvoraussetzungen, die an ein Organisationsstatut eines kommunalen Zweckverbands i. S. des § 61 DDR-KommVerf (dazu Bretzinger/Büchner-Uhder, Kommunalverfassung,

1991, § 61 Rdnr. 7) und an eine Verbandssatzung gem. § 24 des Zweckverbandsgesetzes zu stellen sind. Insbesondere fehlen Angaben über die Aufgaben des Verbands und dessen Finanzierung sowie über die Kompetenzen der Verbandsorgane und über die Bildung und Auflösung des Verbands.

Der Beschluss der Verbandssatzung vom 30. 3. 1992 führte ebenfalls nicht zur Entstehung eines rechtsfähigen Zweckverbands. Das zu diesem Zeitpunkt geltende Gesetz über die kommunale Gemeinschaft im Land Brandenburg (GKG) vom 19. 12. 1991 (GVBl, 685 ff.) knüpft die Entstehung der kommunalen Zweckverbände als rechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts an die Genehmigung (§ 10) und Bekanntmachung (§ 11) der Verbandssatzung durch die Aufsichtsbehörde. Beides ist im Hinblick auf die Satzung vom 30. 3. 1992 nicht geschehen. Eine Heilung von Gründungsfehlern auf der Grundlage der §§ 1 ff. des brandenburgischen Zweckverbandssicherungsgesetzes (ZwVerbSG) vom 4. 12. 1996 (GVBl I, 314) kommt nicht in Betracht; denn dort wird als eine Grundvoraussetzung für die Heilung ebenfalls die spätere Genehmigung und Bekanntmachung der auf der Grundlage des GKG beschlossenen Verbandssatzung verlangt (§ 1 I Nr. 2 ZwVerbSG). Aus den gleichen Gründen scheidet schließlich auch eine Heilung von Gründungsfehlern gemäß dem Gesetz zur rechtlichen Stabilisierung der Zweckverbände für Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung (StabilG) vom 6. 7. 1998 (GVBl, 162 ff.) aus. Dieses Gesetz setzt für die Entstehung des Zweckverbands ebenfalls die Genehmigung der Verbandssatzung voraus, wie aus § 3 StabilG folgt. Danach kann lediglich die öffentliche Bekanntmachung von Verbandssatzung und Genehmigung durch andere dort aufgeführte Maßnahmen ersetzt werden, nicht aber die Genehmigung selbst. Die Genehmigung der Satzung durch die Aufsichtsbehörde kann hier auch nicht gern. § 2 IV StabilG wegen Untätigkeit der Aufsichtsbehörde als erteilt gelten; denn der zuständige Landrat des Kreises A. hat dem Abwasserzweckverband C unter dem 9. 6. 1992 - also innerhalb der sechsmonatigen Frist des § 2 IV StabilG - mitgeteilt, dass die zur Genehmigung vorgelegte Satzung vom 30. 3. 1992 in einigen Punkten nicht mit dem brandenburgischen GKG übereinstimme und deshalb noch nachzubessern sei.

Rechtsfehlerhaft ist jedoch die Annahme des BerGer., wegen der fehlenden Eigenschaft als juristischer Person könne ein Darlehensvertrag zwischen dem Abwasserzweckverband C und der Kl. nicht zu Stande gekommen sein. Der Abwasserzweckverband C war auch ohne Erlangung der Rechtsfähigkeit in der Lage, als Zuordnungssubjekt von Rechten und Pflichten Partei eines privatrechtlichen Vertrags zu werden. Für die privatrechtliche Betätigung im Gründungsstadium befindlicher, nicht rechtsfähiger kommunaler Zweckverbände sind in den einschlägigen Zweckverbandsgesetzen keine Regelungen vorhanden. Es kommt deshalb wie grundsätzlich bei Rechtsverhältnissen öffentlich-rechtlicher Natur (vgl. BGHZ 58, 386 [392] = NJW 1972, 1364 = LM § 313 BGB Nr. 54; zuletzt Senat, VIZ 2000, 376 = LM H. 6/2000 DDR-TreuhG Nr. 12 = ZIP 2000, 699 [700] m. w. Nachw.) - eine entsprechende Anwendung zivilrechtlicher Rechtsgrundsätze in Betracht, soweit diese Ausdruck allgemeiner Rechtsgedanken und damit zur Lückenfüllung geeignet sind. Auf die Beteiligung nichtrechtsfähiger öffentlich-rechtlicher Verbände am Privatrechtsverkehr sind demzufolge die Rechtsgrundsätze derjenigen zivilrechtlichen Korporation anzuwenden, die jeweils am weitest gehenden mit der Struktur des betreffenden öffentlich-rechtlichen Verbands übereinstimmt. Nach diesem Kriterium kann ein im Gründungsstadium befindlicher, nichtrechtsfähiger kommunaler Zweckverband - je nach dem Grad der körperschaftlichen Verselbstständigung - hinsichtlich seiner privatrechtlichen Betätigung entweder mit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder mit dem nicht rechtsfähigen wirtschaftlichen Verein verglichen werden. Für beide Rechtsformen steht die Fähigkeit, Zuordnungssubjekt privatvertraglicher Rechte und Pflichten zu sein, nicht in Zweifel (vgl. zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts BGHZ 79, 374 [378f.] = NJW 1981, 1213 = LM § 177 BGB Nr. 14; BGHZ 116, 86 [88] = NJW 1992, 499 = LM H. 6/1992 § 705 BGB Nr. 56; BGHZ 136, 254 [257] = NJW 1997, 2754 = LM H. 12/1997 Art. l ScheckG Nr. 3).

Vor diesem Hintergrund kann die Kreditzusage der Kl. vom 24. 7. 1991 nur so verstanden werden, dass der Abwasserzweckverband C unabhängig von seiner Entstehung als juristische Person des öffentlichen Rechts Kreditnehmer sein sollte. Zwar mögen die am Vertragsschluss beteiligten Personen die Vorstellung gehabt haben, dass es sich bei dem Abwasserzweckverband bereits um eine rechtsfähige Körperschaft gehandelt hat. Eine solche Fehlvorstellung von der Eigenschaft als juristischer Person ist jedoch nach den Grundsätzen des betriebsbezogenen Geschäfts unbeachtlich. Danach kommt ein Vertrag im Zweifel auch dann mit einer Vor- oder Vorgründungsgesellschaft zu Stande, wenn der Vertragspartner bereits von der Existenz einer fertigen juristischen Person ausgegangen ist (vgl. Senat, NJW 1998, 1645 = LM H. 8/1998 § 11 GmbHG Nr. 40 = ZIP 1998, 646 [647]). Dies entspricht auch im vorliegenden Fall den Interessen und den zu vermutenden Absichten der

Beteiligten zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Das gilt nicht nur für die Kl., die kein Interesse daran gehabt haben kann, dass der Darlehensvertrag im Falle der fehlenden Eigenschaft des Verbands als juristischer Person vollständig ins Leere gehen würde. Auch den Interessen des Abwasserzweckverbands - der offensichtlich mit dem Bau der geplanten Abwasseranlage baldmöglichst beginnen wollte - entsprach es zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses, die Kreditzusage der Kl. auch für den Fall als bindend anzusehen, dass der Verband die Eigenschaft der fertigen juristischen Person noch nicht gehabt hat.

Der Vertragsschluss mit dem Abwasserzweckverband scheitert entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung der Bekl. zu 4 und 7 nicht daran, dass der Zusammenschluss der Bekl. zum Abwasserzweckverband C wegen einer etwa fehlenden Zustimmung der jeweiligen Gemeindevertretungen zum Handeln der Bürgermeister bei der Verbandsgründung unwirksam gewesen wäre. Gemäß § 27 I 2 DDR-KommVerf. vertritt allein der Bürgermeister die Gemeinde nach außen, so dass er auch zum Abschluss von Gründungsverträgen kommunaler Verbände vertretungsberechtigt ist. Allerdings enthalten §§ 21 III lit. o und 61 II DDR-KommVerf. Bestimmungen über die Mitwirkung der Gemeindevertretungen. Danach beschließen die Gemeindevertretungen der beteiligten Gemeinden über die Mitgliedschaft in kommunalen Verbänden sowie im Falle des Zweckverbands über dessen Statut, Aufgaben und die zur Verfügung zu stellenden Mittel. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH wird aber die Vertretungsmacht des Bürgermeisters nach außen durch derartige Regeln über die Aufgabenverteilung innerhalb der gemeindlichen Organe, insbesondere durch Zustimmungsvorbehalte zu Gunsten der Gemeindevertretung in der DDR-Kommunalverfassung, nicht berührt, weil sie nur den innergemeindlichen Willensbildungsprozess betreffen (BGHZ 137, 89 [94] = NJW 1998, 377; Senat, DtZ 1997, 358; NJW 1998, 3058; NJW 1998, 3056). Das gilt nicht nur für privatrechtliche Rechtsgeschäfte, sondern auch für öffentlich-rechtliche Kooperationsverträge wie den Zusammenschluss mehrerer Gemeinden zu einem Zweckverband. Der Zusammenschluss mehrerer Gemeinden zu einem im Privatrechtsverkehr agierenden Zweckverband berührt nicht nur die Sphäre der Gemeinden, sondern wirkt sich auch gegenüber außenstehenden Dritten aus. Sieht man den Sinn der vom internen Willensbildungsprozess der Gemeinden unabhängigen Vertretungsmacht des Bürgermeisters im Bedürfnis nach Rechtssicherheit und einem angemessenen Verkehrsschutz (so Senat, DtZ 1997, 358), dann greift dieser auch im Falle der Verbandsgründung. Da auch Belange Außenstehender betroffen sind, kommt es schließlich nicht darauf an, inwiefern die beteiligten Bürgermeister Kenntnis von etwaigen Fehlern des innergemeindlichen Willensbildungsprozesses gehabt haben. Im Übrigen haben die Gemeindevertretungen der Bekl. ihr Einverständnis mit der Verbandsgründung im vorliegenden Fall dadurch zum Ausdruck gebracht, dass sie in der Sitzung vom 27. 5. 1991 ihre Bürgermeister beauftragten, die Abwasserentgeltsatzung "zum Bestandteil des Abwasserverbands C zu erklären".

Der Abschluss des Kreditvertrags durch den Bürgermeister M erfolgte mit der erforderlichen Vertretungsmacht für den Verband. Das BerGer. hat die Vertretungsmacht aus dem Beschluss der Vollversammlung vom 14. 8. 1991 abgeleitet, in der M als Vorsitzender des Abwasserzweckverbands C mit der Vornahme der Finanzierungsmaßnahmen hinsichtlich der Kläranlage beauftragt wurde. Hiergegen wendet sich die Revisionserwiderung der Bekl. zu 4 und zu 7 mit dem Einwand, dem Protokoll vom 14. 8. 1991 könne nicht entnommen werden, welche Personen für welche Gemeinden an der Abstimmung teilgenommen hätten. Auch dieser Einwand führt nicht zum Erfolg, denn auf den Beschluss vom 14. 8. 1991 kommt es für die Frage der Vertretungsmacht des M für den Verband nach außen nicht an. M wurde bereits am Tag des Gründungsbeschlusses vom 16. 5. 1991 von dem im Gründungsbeschluss als Verbandsorgan eingesetzten Verwaltungsgemeinschaftsausschuss einstimmig zum Verbandsvorsitzenden gewählt. Als Verbandsvorsitzender sollte er - vergleichbar einem Vereinsvorstand (§ 26 II BGB) oder einem Geschäftsführer einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§§ 710, 714 BGB) - dasjenige Verbandsorgan sein, das den Verband nach außen vertritt. Ein weiterer Beschluss des Verbands über die Befugnis des Vorsitzenden zum konkreten Vertragsabschluss mit der Kl. war deshalb zur Begründung der Vertretungsmacht nicht erforderlich.

Der Abwasserzweckverband C ist infolge der Fälligstellung durch die Kl. - deren Berechtigung zwischen den Parteien nicht im Streit ist - zur Rückzahlung des empfangenen Darlehens verpflichtet. Die Revisionserwiderung der Bekl. zu 4 und zu 7 beruft sich ohne Erfolg darauf, dass ein vertraglicher Anspruch der Kl. auf Darlehensrückzahlung nicht bestehe, weil die Kl. das Darlehen anweisungswidrig ausgezahlt habe. Es kann offen bleiben, ob die in der Kreditzusage der Kl. vom 16./24. 7. 1991 aufgeführten Auszahlungsvoraussetzungen bei Auszahlung der Darlehensvaluta tatsächlich erfüllt waren. Zwar ist der Darlehensnehmer zur Darlehensrückzahlung vertraglich nur verpflichtet, wenn der Darlehensgeber

den Kredit vertragsgemäß zur Verfügung gestellt und damit seine eigene Verpflichtung zur Kreditgewährung ordnungsgemäß erfüllt hat (vgl. BGH, NJW 1977, 38 = LM § 607 BGB Nr. 20 = WM 1976, 100 [101]; NJW 1980, 41 [43] = LM § 242 [Cd] BGB Nr. 221). Hierunter lassen sich indes vom Darlehensgeber in den Vertrag aufgenommene Voraussetzungen, die der Darlehensnehmer zu erfüllen hat, um die Überlassung der Kreditmittel verlangen zu können, nicht einordnen. Um derartige Voraussetzungen handelte es sich vorliegend. Die von der Kl. in ihrer Kreditzusage benannten Auszahlungsbedingungen bezogen sich sämtlich auf schriftliche Nachweise über die ordnungsgemäße Gründung des Abwasserzweckverbands, die der Verband als Darlehensnehmer nachreichen sollte. Zahlt der Darlehensgeber das Darlehen unter Verzicht auf die Einhaltung solcher ursprünglich gestellter Bedingungen ans oder lässt er an Stelle der zunächst geforderten Nachweise andere Unterlagen genügen, so erhält der Darlehensnehmer mit der ihm zur Verfügung gestellten Valuta gleichwohl keine andere als die vertraglich bedungene Leistung.

Der Umstand, dass die Kl. das Darlehen auf ein Treuhandkonto der K. zahlte, führt zu keiner anderen Beurteilung, denn die Überweisung auf dieses Konto entsprach der Weisung des Bürgermeisters M. Eine Darlehensgewährung liegt auch dann vor, wenn die Valuta auf Veranlassung des Darlehensnehmers und in dessen Interesse an einen Dritten ausgezahlt wird (BGH, NJW-RR 1997, 1460 = WM 1997, 1658 [1659]). Dass es sich im Streitfall um ein Treuhandkonto handelte, ist unerheblich, weil die Treuhänderin allein vom Verband eingeschaltet und daher nur in dessen Interesse tätig war (vgl. BGH, NJW 1998, 3200 = LM H. 4/1999 § 9 [Bl] AGBG Nr. 61 = ZIP 1998, 1631). Im Übrigen hat sich der den Verband vertretende Bürgermeister M mit dem Schreiben der Kl. vom 13. 9. 1991, in dem neben den Kreditkonditionen auch die erfolgte Auszahlung sowie das Empfängerkonto mitgeteilt wurden, ausdrücklich einverstanden erklärt. Zumindest auf dieser Grundlage ist daher eine Einigung über die Modalitäten der Darlehensgewährung erfolgt.

Die Bekl. haften als Mitgliedsgemeinden gegenüber der Kl. unbeschränkt und gesamtschuldnerisch für die Kreditschulden des Abwasserzweckverbands C.

Für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts besteht eine gesetzliche Haftung der Gesellschafter für die im Namen der Gesellschaft begründeten Verbindlichkeiten (BGHZ 142, 315 = NJW 1999, 3483 = LM H. 3/2000 § 705 BGB Nr. 74). Dieser Grundsatz käme für die privatrechtliche Betätigung des Abwasserzweckverbands im Gründungsstadium auch dann zur Anwendung, wenn der Verband als nichtrechtsfähiger wirtschaftlicher Verein zu beurteilen wäre. § 54 S. 1 BGB verweist für den nichtrechtsfähigen Verein auf die Vorschriften der Gesellschaft. Für den nichtrechtsfähigen wirtschaftlichen Verein führt diese Verweisung zu einer persönlichen Außenhaftung der Mitglieder entsprechend den Haftungsgrundsätzen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Die gesamtschuldnerische Außenhaftung der Mitglieder gilt auch für solche wirtschaftlichen Vereine, die sich - vergleichbar einer Vorgesellschaft zu einer Kapitalgesellschaft - im Gründungsstadium zu einem rechtsfähigen Verein befinden und als werdende juristische Personen betrachtet werden können (Vorvereine). Schon wegen der gesetzlichen Verweisung des § 54 S. 1 BGB auf das Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist eine Übertragung des für die gescheiterte Vorgesellschaft entwickelten Prinzips der Verlustdeckungshaftung als anteilige Innenhaftung der Gründer (BGHZ 134, 333 [338] = NJW 1997,1507 = LM H. 7/1997 § 11 GmbHG Nr. 38, für die Vor-GmbH; BSG, DStR 2000, 744 für die Vor-Genossenschaft) auf den gescheiterten wirtschaftlichen Vorverein oder vorliegend den gescheiterten öffentlich-rechtlichen Vorverband - kein Raum.

Die gesamtschuldnerische Haftung für die Verbandsverbindlichkeiten trifft auch die Bekl. zu 4 und zu 7. Der Einwand der Revisionserwiderung, diese gehörten nicht zu den Mitgliedern des Abwasserzweckverbands C, bleibt ohne Erfolg. Dass die Bekl. zu 7 zu den Verbandsmitgliedern gehört, folgt aus dem Umstand, dass sie durch ihre Bürgermeisterin G auf der Gründungsversammlung vom 16. 5. 1991 vertreten war, die auch den Gründungsbeschluss unterschrieben hat. Aber auch die Bekl. zu 4 war Mitglied des Verbands. Zwar war sie auf der Gründungsversammlung vom 16. 5. 1991 nicht durch ihren Bürgermeister vertreten; der Gründungsbeschluss wurde in ihrem Namen vom Bürgermeister der Bekl. zu 1 mit dem Zusatz "i. V." unterschrieben. Da die Bekl. zu 4 eine entsprechende Vollmacht- in Abrede gestellt und die Kl. eine solche nicht nachgewiesen hat, kann nicht von einer wirksamen Vertretung der Bekl. zu 4 auf der Gründungsversammlung ausgegangen werden. Dass die Bekl. zu 4 aber zumindest später Verbandsmitglied geworden sein muss, folgt aus dem Protokoll über die Sitzung der Gemeindevertretungen des Verwaltungsamts C vom 27. 5. 1991, in der eine "Abwasserentgeltsatzung" beschlossen wurde und in der die Gemeindevertretungen - laut Protokoll auch die der Bekl. zu 4 - ihre Bürgermeister beauftragt haben, die Satzung "zum Bestandteil des Abwasserverbands C zu erklären". Der Hinweis der Revisionserwiderung auf den Vortrag der Bekl. zu 4, sie sei

nicht Mitglied des Verwaltungsamts C gewesen verfängt demgegenüber nicht, denn es wird dort nicht in Abrede gestellt, dass die Gemeindevertretung der Bekl. zu 4 jedenfalls an der Sitzung vom 27. 5. 1991 teilgenommen und an den dort protokollierten Beschlüssen mitgewirkt hat. Im Übrigen wird die Mitgliedschaft der Bekl. zu 4 aus dem Protokoll der späteren Verbandssitzung vom 30. 3. 1992 ersichtlich, auf der unter Mitwirkung des Bürgermeisters der Bekl. zu 4 die Verbandssatzung beschlossen wurde, die in § 1 als Mitglied des Abwasserzweckverbands auch die Bekl. zu 4 aufführt.

Standort:Gesellschaftsrecht Problem:Aufrechnungsverbot gem. § 19 GmbHG

BGH, URTEIL VOM 27.11.2000
II ZR 83/00 (NJW 2001, 830)

Problemdarstellung:

In diesem Fall musste sich der BGH mit rechtswidrigen Geldauszahlungen einer GmbH an ihre Gesellschafter beschäftigen. Nachdem die Gesellschafter das erforderliche Stammkapital eingezahlt hatten, zahlte ihnen die GmbH entsprechend zwei Gesellschafterbeschlüssen Anteile aus den Jahresüberschüssen von 1994/1995 aus. Später mussten jedoch diese Ausschüttungen wegen der schlechten finanziellen Situation der GmbH rückgängig gemacht werden; ein entsprechender korrigierender Gesellschafterbeschluss wurde erlassen. Gegen die Rückforderung der Ausschüttungen erklärten die bekl. Gesellschafter die Aufrechnung mit Rückzahlungsforderungen für geleisteten Einlagen.

Der BGH weist den Aufrechnungseinwand durch entsprechende Anwendung von § 19 II 2 GmbHG zurück. Nach § 19 II 2 GmbHG ist den Gesellschaftern eine Aufrechnung gegenüber ihrer Verpflichtung zur Erbringung des Stammkapitals verboten (Sicherung des Stammkapitals). In der Literatur ist die Frage umstritten, ob dieses Aufrechnungsverbot auch auf §§ 30, 31 GmbHG, wonach zu Unrecht ausgezahlte Stammeinlagen zurückzuzahlen sind, anzuwenden ist. Der BGH bejaht diese Frage durch teleologische Auslegung. Die Regelungen der §§ 30 f. GmbHG sollen der Erhaltung des zur Gläubigerbefriedigung erforderlichen Stammkapitals dienen, dessen Aufbringung durch das Verbot der Aufrechnung gegen Einlagenforderungen gewährleistet werden soll. Zwischen Kapitalaufbringung und -sicherung bestehen insofern keine zwingende Unterschiede.

Prüfungsrelevanz:

Die meisten Vorschriften des GmbHG dienen zum Schutz des Rechtsverkehrs, insb. die Regelungen zur Stammeinlage gem. §§ 19 ff. GmbHG dienen der Aufbringung und Sicherung des zur Gläubigerbefriedigung notwendigen Stammkapitals. Der Rechtsstreit um die erweiterte Anwendbarkeit von § 19 II 2 GmbHG ist daher nicht nur von wissenschaftlicher Bedeutung für die Fragen von Auslegung und Dogmatik dieser Norm, sondern auch von praxisrelevanter Bedeutung.

Vgl. zu den zitierten Entscheidungen insb. die Besprechungen von Noack, LM H. 8/1998 § 19 GmbHG Nr. 19, u. LM H. 7/1996 § 19 GmbHG Nr. 18.

Leitsatz:

Der Gesellschafter einer GmbH kann gegen eine Rückzahlungsforderung der Gesellschaft aus § 31 I GmbHG entsprechend § 19 II 2 GmbHG nicht aufrechnen.

Sachverhalt:

Der Kl. ist Verwalter im Gesamtvollstreckungsverfahren über das Vermögen der H-GmbH (im Folgenden: Gemeinschuldnerin), die Bekl. waren - zusammen mit dem Ingenieur M - deren Gesellschafter. Auf das Stammkapital der am 14. 11. 1994 gegründeten, am 26. 4. 1995 in das Handelsregister eingetragenen Gemeinschuldnerin, das 51 000 DM betrug, zahlten die Bekl. je 9783 DM ein. Die weitergehenden Beträge von je 7217 DM überwiesen sie unter Angabe des Verwendungszwecks "Einzahlung Geschäftsanteile" am 26. 2. 1997 auf ein Konto der Gemeinschuldnerin, nachdem ihnen die Gemeinschuldnerin Beträge in dieser Höhe an demselben Tage ausgezahlt hatte. Dem waren zwei Gesellschafterbeschlüsse vom 7. 10. und 30. 11. 1996 vorausgegangen. Durch Beschluss vom 7. 10. l996 wurde der Jahresüberschuss für das vom 1. 12. 1994 bis zum 30. 11. 1995 laufende Geschäftsjahr mit 27 682,06 DM festgestellt, von dem 6031,06 DM in Rücklagen eingestellt und 21 651 DM an die Gesellschafter (an jeden Gesellschafter also 7217 DM) ausgeschüttet werden sollten. Mit Beschluss vom 30. 11. 1996 machten die Gesellschafter "die Ausschüttung in Anbetracht der derzeitigen finanziellen Situation der Gesellschaft rückgängig". Der Betrag von 21 651 DM sollte thesauriert und der Steuerberater beauf-

tragt werden, die erforderliche Änderung der Bilanz für das Wirtschaftsjahr 1994/1995 vorzunehmen. In der daraufhin erstellten Gewinn- und Verlustrechnung ist der Jahresüberschuss nur noch mit 22 694,06 DM ausgewiesen. In der zum 30. 11. 1996 erstellten Bilanz findet sich dieser Betrag unter Gewinnrücklagen (13 256 DM) und ein Gewinnvortrag (9438,06 DM) wieder. Der Kl. hat von beiden Bekl. die Zahlung von je 7217 DM auf die Resteinlageverpflichtung unter dem Gesichtspunkt der verdeckten Sacheinlage verlangt. Die Zahlung weiterer Beträge von jeweils 7217 DM stützt er auf § 31 GmbHG mit der Begründung, für das vom 1. 12. 1995 bis zum 30.11.96 andauernde Geschäftsjahr habe die Gemeinschuldnerin einen Jahresfehlbetrag von 44056,83 DM erwirtschaftet. Die für die Folgezeit vorgenommene Auswertung der Betriebsdaten habe weitere Verluste offenbart, so dass bei der Gemeinschuldnerin im Zeitpunkt der Auszahlung eine Unterbilanz vorgelegen habe.

Das LG hat - unter Abweisung der Klage im Übrigen - nur den Anspruch aus verdeckter Sacheinlage bejaht. Die Berufung des Kl. gegen den klageabweisenden Teil des Urteils blieb erfolglos. Mit der - zugelassenen - Revision verfolgt er den Anspruch auf Rückzahlung der den Bekl. ausgezahlten Beträge weiter. Das Rechtsmittel führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Gründe:

Die Abweisung der Klage über die noch im Streit befindlichen Beträge wird von den durch das BerGer. getroffenen Feststellungen nicht getragen.

Der Kl. kann den Rückzahlungsanspruch auf § 812 I 1 BGB stützen. Nach dem Beschluss der Gesellschaft vom 30. 11. 1996 war der Betrag zu thesaurieren, also in die Gewinnrücklagen einzustellen und/oder als Gewinn vorzutragen. Das ist in der zum 30. 11. 1996 erstellten Bilanz auch geschehen. Von dem in der Bilanz per 30. 11. 1995 ausgewiesenen Jahresüberschuss von 22 694,06 DM sind in der Bilanz zum 30. 11. 1996 ein Betrag von 13 256 DM als satzungsmäßige Rücklagen und der Restbetrag von 9438,06 DM als Gewinnvortrag aufgeführt. Aus den auf der Grundlage des Parteivortrags getroffenen Feststellungen des BerGer. ergibt sich nicht, dass die Gesellschafter zu einem späteren Zeitpunkt einen Beschluss gefasst haben, diese Posten in Höhe von 21 651 DM aufzulösen und an die drei Gesellschafter - davon 7217 DM an jeden der Bekl. - auszuschütten. Die Zahlung ist demnach ohne Rechtsgrund erfolgt.

Nach dem Vortrag des Kl., von dem in der Revisionsinstanz auszugehen ist, besteht auch ein Rückzahlungsanspruch nach § 31 I GmbHG. Nach der zum 30. 11. 1996 für das Geschäftsjahr 1995/1996 erstellten Bilanz übersteigt der Jahresfehlbetrag von 44 056,83 DM den Betrag der Rücklagen und des Gewinnvortrags um 21 362,77 DM. Nach den vom Kl. für verschiedene Folgemonate vorgenommenen betriebswirtschaftlichen Auswertungen mussten die Fehlbeträge in erhöhtem Maße fortgeschrieben werden. Danach liegt eine Unterbilanz vor, die erheblich höher ist als die an die Bekl. und ihre Mitgesellschafter ausgeschütteten Beträge. Entgegen der Ansicht des BerGer. kann nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass sich die an demselben Tage erfolgte Auszahlung und Wiedereinzahlung der vom Kl. geforderten Beträge wertmäßig entsprechen und damit ausgleichen. Das wäre nur dann der Fall, wenn mit der Zahlung die von dem Kl. für die Gemeinschuldnerin geltend gemachten Forderungen aus § 812 I BGB bzw. § 31 I GmbHG getilgt worden wären. Das ist jedoch nicht der Fall. Wie das BerGer. festgestellt hat, haben die Bekl. auf den Überweisungsträgern als Verwendungszweck "Einzahlung Geschäftsanteile" angegeben. Daraus folgt, dass sie die noch offenen Resteinlageverpflichtungen, nicht jedoch die Ansprüche der Gemeinschuldnerin auf Rückzahlung der gesetzwidrigen Auszahlungen erfüllen wollten.

Die Bekl. sind der Ansicht, gegen die Forderung des Kl. aus § 31 GmbHG, mit ihrer Forderung auf Rückzahlung des Einlagebetrags aufrechnen zu können. Damit haben sie im Ergebnis keinen Erfolg. Allerdings ist nach der insoweit in Rechtskraft erwachsenen Entscheidung des LG davon auszugehen, dass die Zahlung von je 7217 DM, die die Bekl. auf die Resteinlage mit dem Vermerk "Einzahlung Geschäftsanteile" vorgenommen haben, als verdeckte Sacheinlage keine Erfüllungswirkung entfaltet hat. Den Bekl. steht danach gegen die Gemeinschuldnerin nur eine Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 I BGB) auf Rückzahlung des Betrags aus der fehlgeschlagenen Einlageleistung zu (vgl. für das Sachübernahmegeschäft BGHZ 132, 141 [149 f.] = NJW 1996, 1473 = LM H. 7/1996 § 19 GmbHG Nr. 18; ferner BGH, NJW 1998, 1951 = LM H. 8/1998 § 19 GmbHG Nr. 19 = ZIP 1998, 780 [782]).

Mit dieser Forderung können sie jedoch gegen eine Forderung aus § 31 GmbHG nicht aufrechnen. Die entsprechende Anwendbarkeit des in § 19 II 2 GmbHG enthaltenen Aufrechnungsverbots auf den Anspruch aus § 31 GmbHG ist zwar im Schrifttum umstritten (die Zulässigkeit bejahend Baumbach/Hueck, GmbHG, 16. Aufl., § 31 Rdnr. 18; Hachenburg/Goerdeler/Müller, GmbHG, 8. Aufl. § 31 Rdnr. 59; die Zulässigkeit verneinend Scholz/H.P.

Westermann, GmbHG, 9. Aufl., § 31 Rdnr. 32; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 15. Aufl., § 31 Rdnrn. 23 f.; Hommelboff, in: Festschr. f. Kellermann, 1991, S. 165 [175ff.]; Ulmer in: Festschr. 100 Jahre GmbH-Gesetz, S. 363 [380 ff.]). Der Ansicht, welche die Zulässigkeit einer Aufrechnung bejaht, ist zwar einzuräumen, dass sich das Aufrechnungsverbot des § 19 II 2 GmbHG nach der systematischen Stellung der Vorschrift unmittelbar nur auf die Einlageforderung bezieht. Die Gegenmeinung weist jedoch zu Recht darauf hin, dass die Regelung der §§ 30 f. GmbHG der Erhaltung des zur Gläubigerbefriedigung erforderlichen, durch die Stammkapitalziffer gebundenen Vermögens der Gesellschaft dienen soll, dessen Aufbringung durch das Verbot der Aufrechnung gegen Einlageforderungen gewährleistet werden soll. Angesichts des engen funktionalen Zusammenhangs zwischen Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung ist es daher geboten, die Regelung des § 19 II 2 GmbHG in erweiternder Auslegung auch auf den Anspruch aus § 31 I GmbHG zu erstrecken. Es gibt keinen sachlichen Grund, der es rechtfertigen könnte, dem Gesetzgeber zu unterstellen, er habe die Aufrechnung nur für den Fall untersagen wollen, dass die Gesellschaft das im Gesellschaftsvertrag festgesetzte Stammkapital erstmalig von den Gesellschaftern einfordert, ihr den durch das Aufrechnungsverbot gewährten Schutz aber habe versagen wollen, wenn sie anschließend Beträge zurückfordert, die sie den Gesellschaftern unter Verletzung des Gesetzes aus dem durch die Stammkapitalziffer gebundenen Vermögen ausgezahlt hat. Auch die Gesetzesmaterialien zum GmbH-Gesetz und zur GmbH-Novelle 1980 geben dafür keinen Anhaltspunkt.

Wenn § 31 GmbHG gleichwohl kein ausdrückliches, der Regelung des § 19 II GmbHG entsprechendes Aufrechnungsverbot enthält, kann das letztlich nur mit einer mangelnden inhaltlichen Abstimmung der Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsgrundsätze erklärt werden. Daraus kann, gefolgert werden, dass eine ungewollte Lücke im Kapitalschutzsystem des GmbH-Rechts gegeben ist (Hommelhoff, in: Festschr. L Kellermann, S. 165 ff.; Ulmer, in: Festschr. 100 Jahre GmbH-Gesetz, S. 363 ff.). Soweit sich aus einer früheren Entscheidung des Senats (BGHZ 69, 274 = NJW 1978, 160 = LM § 31 GmbHG Nr. 5) etwas anderes ergibt, wie im Schrifttum dargelegt (vgl. Scholz/H.P. Westermann, § 31 Rdnr. 32; Hachenburg/Goerdeler/Müller, § 31 Rdnr. 59) hält der Senat daran nicht fest.

Standort: AGB-Recht Problem: Haftungsausschluss beim Online-Banking

BGH, URTEIL VOM 12.12.2000
XI ZR 138/00 (NJW 2001, 751)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall musste der BGH über eine abstrakte AGB-Prüfung im Wege der Unterlassungsklage gem. §§ 13 ff. AGBG entscheiden. Für ihr Online-Banking-Geschäft hatte die Bekl. eine Klausel vorgesehen, nach der zeitweilige Beschränkungen und Unterbrechungen beim Zugang zum Online-Service möglich seien; die Gründe hierfür sollten egal sein (höhere Gewalt, Wartungsarbeiten, technische Verbesserungen). Nach der Auffassung des BGH verstößt eine solche Klausel gegen das Freizeichnungsverbot für grobes Verschulden gem. § 11 Nr. 7 AGBG und ist damit nichtig.

Zunächst stellt der BGH fest, dass es sich bei dieser Klausel nicht nur um bloße Abreden über den unmittelbaren Gegenstand der Vertragsleistung handelt, die der gesetzlichen Inhaltskontrolle gem. §§ 8 ff. AGBG erst gar nicht unterliegen (st. Rspr., vgl. BGHZ 137, 27 [29]). Vielmehr handelt es um eine Klausel, die das vertragliche Leistungsversprechen - Zugang zum Online-Service - beschränken will. Aufgrund dieser Klausel soll das Risiko zeitweiliger Zugangsbeschränkungen / -unterbrechungen nicht von der Bekl., sondern von den Kunden getragen werden, unabhängig vom Grad des Verschuldens der Bekl. daran.

Prüfungsrelevanz:

Dem Examenskandidaten wird häufig eine Wirksamkeitsprüfung von Vertragsklauseln anhand des AGBG abverlangt, wobei in der Praxis diese Überprüfung entweder im Rahmen eingeklagter Vertragspflichten einzelfallbezogen (sog. Individualprozess) oder durch ein Unterlassungs- bzw. Widerrufsverfahren abstrakt gem. §§ 13 ff. AGBG erfolgen kann. Wurde die Anwendbarkeit des AGBG in sachlicher und persönlicher Hinsicht bejaht (§§ 1, 23, 24 AGBG) und sind die Klauseln wirksam gem. §§ 2 ff. AGBG in den Vertrag miteinbezogen, dann eröffnet sich eine Inhaltskontrolle gem. § 8 AGBG nur, wenn diese Klauseln von Rechtsvorschriften abweichen oder diese ergänzen. Solche modifizierenden, nach dem AGBG zu überprüfende Klauseln sind von bloßen Leistungsbeschreibungen abzugrenzen, die bloß Art, Inhalt und Güte der geschuldeten Leistung festlegen.

Zur Haftung bei Online-Geschäften gibt es eine Fülle

von Rechtsprechung und Literatur. Als Beispiele aus der jüngeren Vergangenheit seien genannt: LG Nürnberg-Fürth, NJW-RR 2000, 1650 (Verspätungsschaden beim Online- bzw. Phone-Sofort-Broking bedingt durch Routing-Probleme); BGH, NJW 2000, 2677, hierzu Köhler, LM H. 11/2000 § 1 UWG Nr. 819; Hoffmann, MDR 2000, 607; Schmittmann, BB 2000, 1540; Stillner, VuR 2000, 290; Vehslage, MDR 2000, 962.

Leitsatz:

Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Kreditinstituten, nach denen das Institut bei aus technischen und betrieblichen Gründen erfolgten, zeitweiligen Beschränkungen und Unterbrechungen des Zugangs zum Online-Service auch bei grobem Verschulden nicht haftet, verstoßen gegen § 11 Nr. 7 AGBG.

Sachverhalt:

Der klagende Verbraucherschutzverein hat nach seiner Satzung die Aufgabe, die Interessen der Verbraucher durch Aufklärung und Beratung wahrzunehmen. Die bekl. Bank bietet Kunden, die bei ihr ein Girokonto unterhalten, die Teilnahme am "…Online-Service" an. In dessen Rahmen können die Kunden unter anderem Kontenstandsabfragen durchführen oder Überweisungsaufträge erteilen. Voraussetzung für die Inanspruchnahme des OnlineService der Bekl. ist der Abschluss selbstständiger Verträge mit Providern durch die Kunden. Im Zusammenhang mit ihrem Online-Service verwendet die Bekl. "Besondere Bedingungen… Online-Service mit PIN und TAN.." (im Folgenden: Besondere Bedingungen), die in Nr. 9 folgende Klausel enthalten:

“Nr. 9: Aus technischen und betrieblichen Gründen sind zeitweilige Beschränkungen und Unterbrechungen des Zugangs zum.. Online Service möglich. Zeitweilige Beschränkungen und Unterbrechungen können beruhen auf höherer Gewalt, Änderungen und Verbesserungen an den technischen Anlagen oder auf sonstigen Maßnahmen, z. B. Wartungs- oder Instandsetzungsarbeiten, die für einen einwandfreien oder optimierten … Online-Service notwendig sind, oder auf sonstigen Vorkommnissen, z. B. Überlastung der Telekommunikationsnetze.”

Gegen die in Satz 1 dieser Bestimmung enthaltene Regelung sowie gegen eine weitere, die Sperrung des Zugangs zum Online-Service betreffende Klausel der Besonderen Bedingungen wandte sich der Kl. mit der Unterlassungsklage gem. § 13 AGBG. Das LG hat die Klage abgewiesen. Das BerGer. (MMR 2000, 755) hat ihr hinsichtlich der Sperrungsklauel stattgegeben und die Berufung des Kl. im Übrigen zurückgewiesen. Mit der - zugelassenen - Revision verfolgte der Kl. sein Unterlassungsbegehren in Bezug auf Nr. 9 S. 1 der Besonderen Bedingungen weiter. Die Revision hatte Erfolg.

Gründe:

Das BerGer. hat die teilweise Zurückweisung der Berufung im Wesentlichen wie folgt begründet: Nr. 9 der Besonderen Bedingungen verstoße nicht gegen § 9 AGBG. Die Klausel beschreibe zwar nicht nur die Fälle, in denen der Zugang der Kunden zum Online-Service der Bekl. beschränkt oder unterbrochen werden könne, sondern erwecke den Eindruck, dass dadurch die Vertragsmäßigkeit der Leistung der Bekl. nicht beeinträchtigt werde und eine Haftung der Bekl. nicht in Betracht komme.

Darin liege aber keine unangemessene Benachteiligung der Kunden, weil nach dem Wortlaut der Klausel als Ursachen der Zugangsbeschränkungen und -unterbrechungen nur Umstände in Betracht kämen, die von der Bekl. nicht zu vertreten seien oder die auch im Interesse der Kunden lägen. Die Klausel verschleiere auch nicht die tatsächliche Rechtsposition der Kunden, weil diese in den genannten Fällen vorübergehender und von der Bekl. nicht zu vertretender Leistungsstörungen ohnehin keine Rechte gem. §§ 284 ff. BGB hätten. Die Klausel sei auch mit § 11 Nrn. 7 und 8 AGBG vereinbar, weil sie nur Fälle betreffe, in denen die Beschränkungen und Unterbrechungen des Zugangs zum Online-Service nicht von der Bekl. zu vertreten seien. Ein Verstoß gegen § 10 Nr. 4 und § 11 Nr. 15 AGBG, liege ebenfalls nicht vor.

Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Nr. 9 S. 1 Besondere Bedingungen verstößt gegen § 11 Nr. 7 AGBG und ist unwirksam.

Die Klausel unterliegt der Inhaltskontrolle nach §§ 9-11 AGBG (§ 8 AGBG).

Das BerGer. ist rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass die Klausel nicht lediglich der Beschreibung tatsächlicher Zustände dient, sondern den Umfang der vertraglichen Leistungspflicht der Bekl. einschränkt. Diese Auslegung der von der Bekl. bundesweit verwandten Klausel, die der Senat uneingeschränkt nachprüfen kann (BGHZ 129, 297 [300] = NJW 1995, 2028 = LM H. 9/1995 § 242 [Bb] BGB Nr. 156; BGH, NJW-RR 1999, 125 = LM H. 4/1999 § 8 AGBG Nr. 32 = WM 1998, 2432 [2434]; NJW 2000, 2677 = LM H. 11/2000 § 1 UWG Nr. 819 = WM 2000, 1264 [1265]), ist nicht zu beanstanden. Wenn die Bekl. mit ihren Kunden vereinbart, dass die in Nr. 9 S. 1 genannten und in Nr. 9 S. 2 der Besonderen Bedingungen präzisierten Beschränkungen und Unterbrechungen des Zugangs

zum Online-Service ohne rechtliche Konsequenzen möglich sind, bedeutet dies, dass sie den Zugang während dieser Beschränkungen und Unterbrechungen nicht gewährleisten und nicht zum Gegenstand ihrer vertraglichen Verpflichtungen machen will.

In dieser Auslegung unterliegt die Klausel der Inhaltskontrolle nach §§ 9-11 AGBG.

Gemäß § 8 AGBG gelten die §§ 9-11 AGBG zwar nur für Klauseln, die von Rechtsvorschriften abweichen oder diese ergänzen, so dass bloße Abreden über den unmittelbaren Gegenstand der Hauptleistung der gesetzlichen Inhaltskontrolle ebenso wenig unterliegen wie Vereinbarungen über das von dem anderen Teil zu erbringende Entgelt (st. Rspr., vgl. zuletzt BGHZ 137, 27 [29] = NJW 1998, 383 = LM H. 3/1998 § 8 AGBG Nr. 30; BGHZ 141, 380 [382 f.] = NJW 1999, 2276 = LM H. 9/1999 § 8 AGBG Nr. 35; BGHZ 142, 46 [48 f.] = NJW 1999, 3260 = LM H. 1/2000 § 8 AGBG Nr. 36). Derartige Leistungsbeschreibungen enthalten aber nur Klauseln, die Art, Umfang und Güte der geschuldeten Leistung festlegen. Hingegen unterliegen Klauseln, die das Hauptleistungsversprechen einschränken, ausgestalten oder modifizieren, der Inhaltskontrolle (BGHZ 100, 157 [173f.] = NJW 1987, 1931 = LM § 651 a BGB Nr. 4; BGHZ 127, 35 [41] = NJW 1994, 2693 = LM H. 1/1995 § 9 [Bk] AGBG Nr. 22; BGHZ 141, 137 [141] = NJW 1999, 2279 = LM H. 9/1999 § 8 AGBG Nr. 34).

Gemessen hieran enthält Nr. 9 der Besonderen Bedingungen keine kontrollfreie Beschreibung der von der Bekl. im Online-Service geschuldeten Hauptleistung. Vielmehr wird die versprochene Hauptleistung, der nach den Feststellungen des BerGer. "rund um die Uhr' eröffnete Zugang der Kunden zum Online-Service, zeitweise eingeschränkt.

Beim Online-Banking in der hier vorliegenden Form des Homebankings mit Hilfe eines PC kann der Bankkunde im Wege elektronischer Kommunikation mit dem Rechner der Bank über ein geschlossenes Netz oder über offene Netze (Internet) entweder bereitgestellte Informationen abrufen oder bestimmte Transaktionen durchfuhren (vgl. zusammenf. Werner, in: Schwarz, Recht im Internet 1. Teil 6-4.3, S. 12 ff.; Siebert, Das Direktbankgeschäft, S. 36 ff.; Escher, WM 1997, 1173 [1174]; v. Rottenburg, WM 1997, 2381 [2384]; Wiesgickl, WM 2000, 1039 [1040 ff.]). Das Verfahren weist dabei, abgesehen von der konkreten Art des Übermittlungsmediums, Ähnlichkeiten mit dem Telefon-Banking (vgl. hierzu Siebert, S. 31 ff.) sowie mit dem früheren Btx-Verfahren (vgl. hierzu Gößmann, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, BankR-Hdb. 1, 1997, § 55; Schwintowski/Schäfer, BankR, § 5 Rdnrn. 28 ff.) auf. Ebenso wie in diesen Fällen setzt die Teilnahme am Online-Banking eine regelmäßig in Ergänzung zum Girovertrag getroffene Nebenabrede voraus, die den Kunden berechtigt, Erklärungen gegenüber dem Kreditinstitut online abzugeben (vgl. Wiesgickl, S. 1043; zum Btx-Verfahren: Gößmann, § 55 Rdnr. 5; Schwintowski/Schäfer, § 5 Rdnr. 33). Ergeben sich aus dieser Vereinbarung - wie im vorliegenden Fall - keine zeitlichen Nutzungsbeschränkungen, steht dem Kunden der Online-Zugriff auf den Rechner der Bank grundsätzlich unbeschränkt zu (vgl. Komarnicki, in: Hoeren/Sieber, Hdb. Multimedia-Recht, Teil 12 Rdnr. 43 [für Verträge mit Webhosting-Providern]).

Ist aber für eine Einrichtung die unbeschränkte Nutzbarkeit vertraglich vereinbart, so stellen klauselmäßige Zugangsbeschränkungen eine nach §§ 9-11 AGBG kontrollfähige Modifikation des grundsätzlich umfassenden Zugangsbzw. Nutzungsanspruchs der Kunden dar. Dies ist im Schrifttum für Provider- und Webhosting-Verträge sowie Mobilfunkdienstleistungen anerkannt (vgl. Bräutigam, in Schwarz, Recht im Intemet II, Teil 16-2. 1, S. 8 f.; Komarnicki, in: Hoeren/Sieber, Teil 12 Rdnrn. 42 ff.; Fuchs, in: Spindler, VertragsR der Telekommunikations-Anbieter, IV Rdnrn. 114f., 128; Imping, CR 1999, 425 [429]). Für das Online-Banking gilt nichts anderes.

Nr. 9 S. 1 der Besonderen Bedingungen ist gem. § 11 Nr. 7 AGBG unwirksam.

Das BerGer. hat die Klausel zutreffend als Haftungsfreizeichnung für technisch oder betrieblich bedingte Beschränkungen und Unterbrechungen des Online-Service angesehen. Dem steht nicht entgegen, dass in der Klausel die Rechtsfolgen der Zugangsbeschränkungen bzw. -unterbrechungen nicht ausdrücklich geregelt sind. § 11 Nr. 7 AGBG setzt keinen ausdrücklichen Haftungsausschluss voraus. Es genügt, dass die Klausel nach ihrem Sinn und Zweck den Eindruck eines Haftungsausschlusses erweckt (BGHZ 101, 307 [320 f.] = NJW 1987, 2818 = LM § 10 Ziff. 4 AGBG Nr. 2). Ein Haftungsausschluss i. S. des § 11 Nr. 7 AGBG liegt insbesondere vor, wenn die objektive Pflicht, die Grundlage der Haftung ist, ausgeschlossen und ein bestimmtes Risiko allein dem Vertragspartner auferlegt wird (Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, 4. Aufl., § 11 Nr. 7 Rdnr. 22). So liegt es hier. Nach Nr. 9 S. 1 und 2 Besondere Bedingungen soll das Risiko zeitweiliger Zugangsbeschränkungen und -unterbrechungen nicht von der Bekl., sondern von den Kunden getragen werden. Damit bringt die Bekl. zum Ausdruck, dass sie für Schäden, die sich aus der Verwirklichung dieser Risiken ergeben, nicht einstehen will (vgl. BGHZ 86, 284 [292] = NJW 1983, 1322 = LM § 11 Ziff. 8 AGBG Nr. 1). Aus der Sicht eines durchschnittlichen Kun-

den besagt die Klausel, dass die Haftung der Bekl. für Schäden auf Grund entsprechender Störungen des Online-Service ausgeschlossen werden soll.

Dieses Verständnis wird durch Nr. 10 S. 1 der Besonderen Bedingungen bestätigt, wonach die Bekl. grundsätzlich für die Erfüllung ihrer Verpflichtungen aus dem Online-Service-Vertrag haftet. Vor dem Hintergrund dieser Regelung kann Nr. 9 S. 1 und 2 Besondere Bedingungen nur so verstanden werden, dass die Bekl. für den Zugang zum Online-Service während der im Einzelnen genannten Beschränkungen und Unterbrechungen nicht haften will.

Anders als das BerGer. meint, erfasst der undifferenzierte Wortlaut der Klausel nicht nur Zugangsunterbrechungen und -beschränkungen, die die Bekl. nicht zu vertreten hat oder die auch im Interesse der Kunden erfolgen. Nach Nr. 9. S. 2 Besondere Bedingungen können zeitweilige Zugangsbeschränkungen und -unterbrechungen nicht nur auf höherer Gewalt oder Änderungen an technischen Anlagen, sondern auch auf sonstigen Maßnahmen bzw. sonstigen Vorkommnissen beruhen. Dabei werden als Beispiele sonstiger Maßnahmen lediglich Wartungs- und Instandsetzungsarbeiten genannt, ohne dass ein Verschulden der Bekl. als Anlass für solche Arbeiten oder für andere, nicht ausdrücklich genannte Maßnahmen ausgeschlossen wird. Auch die beispielhafte Erläuterung der sonstigen Vorkommnisse mit einer Überlastung der Telekommunikationsnetze schließt andere, von der Bekl. verschuldete Vorkommnisse nicht aus. Der danach ohne Rücksicht auf ein Verschulden der Bekl. und den Grad dieses Verschuldens vorgesehene Haftungsausschluss für sämtliche technisch oder betrieblich bedingten zeitweiligen Zugangsstörungen im Online-Service der Bekl. ist nach § 11 Nr. 7 AGBG unwirksam. Die Bekl. ist auf Grund eines Online-Service-Vertrags verpflichtet, geeignete Vorkehrungen für Funktionsfähigkeit und Betriebssicherheit des eigenen Rechnersystems zu treffen (vgl. Blaurock, in: Köndgen, Neue Entwicklungen im BankhaftungsR, S. 35 [43]; Werhabn/Schebesta, AGB u. Sonderbedingungen der Banken, Nr. 10 Btx-Bedingungen Rdnr. 1037; Siebert, S. 78 f., 127; Hellner, in. Festschr. f. W. Werner, S. 251 [277]; Borsum/Hoffmeister, BB 1983, 1441 [1444]; Fervers, WM 1988, 1037 [1041]; Münch, NJW-COR 1989, 6 [7f.]; Reinhuber, FLF 1994, 84 [86]). In diesem Rahmen kann sie sich nicht umfassend von der Haftung für technisch oder betrieblich bedingte Störungen, die auf Eigenverschulden (§ 276 BGB), zum Beispiel Organisationsverschulden in Form ungenügender Sicherung der Computeranlagen, oder zurechenbarem Fremdverschulden (§ 278 BGB) von Mitarbeitern oder beauftragtem Wartungspersonal, wie etwa Programmierungs-, Bedienungs- oder Wartungsfehlern, beruhen, freizeichnen. Der Vorsatz und alle Grade der Fahrlässigkeit umfassende Haftungsausschluss in Nr. 9 S. 1 und 2 der Besonderen Bedingungen verstößt somit gegen § 11 Nr. 7 AGBG.

Dieser Verstoß macht die beanstandete Klausel insgesamt unwirksam. Sie kann nicht auf einen Restbestand zurückgeführt werden, der mit dem Kontrollmaßstab der §§ 9-11 AGBG in Einklang steht (st. Rspr., vgl. BGHZ 96, 18 [25 f.] = NJW 1986, 1610 = LM PflVG 1965 Nr. 52; BGHZ 100, 157 [184 f.] = NJW 1987, 1931 = LM § 651 a BGB Nr. 4; BGHZ 120, 108 [122] = NJW 1993, 326 = LM H. 4/1993 § 620 BGB Nr. 3). Auf die Frage, ob Nr. 9 der Besonderen Bedingungen auch gegen §§ 9 I und II, 10 Nr. 4 und 11 Nrn. 8 und 15 AGBG verstößt, kommt es mithin nicht an.

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

Strafrecht

Standort: § 113 StGB — Problem: Rechtmäßigkeit einer DNA-Analyse

OLG KÖLN, BESCHLUSS VOM 13.12.2000
2B SS 291/00 - 73/00 IV (STRAFO 2001,104)

Problemdarstellung:

Das OLG Köln hatte über die Strafbarkeit eines Angeklagten zu entscheiden, der sich der zwangsweisen Entnahme einer Speichelprobe zwecks Identitätsfeststellung dadurch widersetzte, dass er dem Vollzugsbeamten eine Schere in den Rücken stieß. Während die Vorinstanzen eine Verurteilung wegen Widerstandes gegen Vollstreckungsbeamte in einem besonders schweren Fall (§ 113 I, II Nr. 1 StGB) in Tateinheit gefährlicher Körperverletzung (§§ 223 I, 224 I Nr. 2 StGB) ausgesprochen haben, geht der Senat davon aus, dass die getroffenen Feststellungen der Strafkammer lediglich den Schuldspruch wegen gefährlicher Körperverletzung tragen. Die Kammer habe die für die Rechtmäßigkeit der Diensthandlung i.S. des § 113 III StGB erforderliche sachliche und örtliche Zuständigkeit der Vollzugsbeamten nicht in hinreichendem Maße festgestellt.

Prüfungsrelevanz:

Der Beschluss betrifft mit § 113 StGB den examensrelevantesten Tatbestand aus dem Bereich des 6.Abschnitts (Widerstand gegen die Staatsgewalt). § 113 I StGB, der rechtmäßige staatliche Vollstreckungshandlungen und die zur Vollstreckung berufenen Organe schützt, stellt einen privilegierten Spezialfall zur Nötigung dar und entfaltet daher gegenüber § 240 StGB (nicht auch gegenüber § 223 StGB) eine Sperrwirkung. Gem. § 113 III StGB ist die Tat jedoch nur strafbar, wenn die Diensthandlung rechtmäßig ist. Neben der dogmatischen Einordnung des Merkmals (vgl. zur Übersicht Schönke/Schröder/Eser, § 113, Rn. 19) ist insoweit insbesondere umstritten, wie die Rechtmäßigkeit der Diensthandlung inhaltlich zu bestimmen: Während eine im Vordringen befindliche Literaturansicht - mit Unterschieden im einzelnen - die Maßnahme an dem jeweiligen materiellen Recht, insbesondere den vollstreckungsrechtlichen Grundlagen misst, geht die noch h.M., der auch das OLG Köln folgt, von einem sog. strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriff aus, wonach es lediglich auf die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Vollstreckungsbeamten, die Einhaltung der wesentlichen Formvorschriften und die pflichtgemäße Würdigung der tatsächlichen Eingriffsvoraussetzungen ankommt (vgl. zur Übersicht Rengier, BT II, 13/12 ff.; Küper, BT, S. 384 ff.).

Im vorliegenden Fall ging es um die Rechtmäßigkeit einer Maßnahme nach dem DNA-Identitätsfeststellungsgesetz vom 07.9.1998. Das Gesetz erlaubt es einem Tatverdächtigen (§ 81 g StPO) oder einem rechtskräftig Verurteilten (§ 2 DNA-IFG) Köperzellen zu entnehmen, um einen "genetischen Fingerabdruck" zu erstellen und die Ergebnisse in einer "Gen-Datenbank" zu speichern. Das Gesetz hat zahlreiche Zweifelsfragen aufgeworfen, die zum Teil durch eine gesetzgeberische Nachbesserung (vgl. § 2 II DNA-IFG) und auch zum Teil bereits von der Rechtsprechung einer Klärung zugeführt wurden (vgl. zur Übersicht Senge, NJW 1999, 253; Volk, NStZ 199, 165 ff.; Brinkmann/Rath, NJW 1999, 2697; zur Verfassungsmäßigkeit der Regelung s. BVerfG, NJW 2001, 879 und 882).

Leitsatz:

Zur Frage der Rechtsmäßigkeit einer zwangsweisen Entnahme einer Speichelprobe durch Vollzugsbeamte.

Sachverhalt:

Durch das AG Köln eingingen am 1. 2. 1999 und 28. 4. 1999 Beschlüsse, wonach dem Angeklagten auf der Grundlage des § 2 DNA-Identitätsfestellungsgesetz eine Speichelprobe zu entnehmen war. Sie wurden ihm - jedenfalls der erstgenannte - zugestellt. Am 15. 10. 1999 sollte er deshalb in der JVA Willich, in der er derzeit seine Strafe verbüßt, zum Lazarett gebracht werden. Der zuständige Justizvollzugsbeamte holte deshalb den Angeklagten in seiner Zelle ab und ging mit ihm zum Lazarett. Zunächst ging der Angeklagte freiwillig mit. Unterwegs überlegte er sich es jedoch anders, er erklärte dem Voll-

zugsbeamten auch, daß er sich keine Speichelprobe entnehmen lassen wolle und jetzt duschen gehe. Damit macht er kehrt. Der Vollzugsbeamte wies ihn darauf hin, daß dies angeordnet sei und er damit rechnen müsse, darauf zwangsweise hingebracht zu werden. Dies stimmte den Angeklagten jedoch nicht um, und er ging zu seiner Zelle zurück. Dort holte er sich Duschzeug und nahm gleichzeitig vom Tisch eine spitze Schere in Größe einer Nagelschere, die dort zum Erfüllen der ihm zugeteilten Zellenarbeit lag. Von dem Vollzugsbeamten unbemerkt nahm er diese mit und begab sich zum Duschraum. Er wartete davor.

Noch als er dort stand, trat der für die Abteilung des Angeklagten zuständige Schichtleiter, der Zeuge J, zu dem Angeklagten. Ihm war mitgeteilt worden, daß der Angeklagte sich geweigert hatte, wegen der zu entnehmenden Speichelprobe mit zum Lazarett zu kommen. Ihm war deshalb aufgegeben worden, den Angeklagten dorthin zu verbringen. Dies erklärte er dem Angeklagten. Der Angeklagte erwiderte, er gehe trotzdem nicht mit. Der Zeuge erklärte ihm daraufhin, daß er ihn dann zwangsweise mitnehmen müsse. Auch hierzu erwiderte der Angeklagte, er gehe nicht. Der Zeuge griff nun nach dem rechten Arm des Angeklagten, um ihn daran festzuhalten und notfalls gegen seinen Willen zum Lazarett zu bringen. Hinzu trat auf der anderen Seite des Angeklagten der Vollzugsbeamte, um den Angeklagten am linken Arm zu ergreifen und das Verbringen des Angeklagten zum Lazarett zu unterstützen. Noch ehe er nach seinem Arm greifen konnte, hatte sich der Angeklagte mit seinem rechten Arm schon aus dem Griff des Zeugen B entwinden können und mit der in seiner Faust gehaltenen Schere auf den Zeugen eingestochen. Er traf ihn am Rücken, wodurch Sch eine glücklicherweise nur oberflächliche Verletzung davontrug. Sie war jedoch schmerzhaft.

Gegen die Beschlüsse, mit denen die Abnahme der Speichelprobe angeordnet worden war, hat der Angeklagte am 14. 4. 2000 Beschwerde eingelegt. Diese wurde durch das LG Köln am 15. 5. 2000 mit der Begründung zurückgewiesen, daß zwar das AG Köln zur Anordnung örtlich nicht zuständig gewesen sei, dieser Umstand aber, insbesondere im Hinblick auf die zunächst nicht geklärte Zuständigkeitsfrage, die erst durch den Beschluß des BGH vom 31. 3. 1999 eindeutig geklärt worden sei, gem. § 20 StPO nicht zur Unwirksamkeit der getroffenen Anordnung geführt habe.

Gründe:

Das AG Krefeld hat den Angeklagten am 28. 2. 2000 wegen Widerstandes gegen Vollstreckungsbeamte in einem besonders schweren Fall in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr verurteilt. Die hiergegen eingelegte Berufung des Angeklagten ist durch Urteil der 6. kleinen Strafkammer des LG Krefeld verworfen worden. Seine Revision, mit der er im Rahmen der Sachrüge seine Verurteilung wegen Widerstandes gegen Vollstreckungsbeamte beanstandet, hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung an die Vorinstanz.

Die Feststellungen der Strafkammer tragen zwar den Schuldspruch wegen gefährlicher Körperverletzung, nicht aber denjenigen wegen Widerstandes gegen Vollstreckungsbeamte in einem besonders schweren Fall gem. § 113 Abs. 1 und 2 Nr. 1 StGB.

Nach § 113 Abs. 1 i. V m. Abs. 3 StGB macht sich strafbar, wer gegen eine rechtmäßige Diensthandlung von Vollstreckungsbeamten Widerstand leistet. Rechtmäßig ist diese dann, wenn die Vollstreckenden für die Maßnahme sachlich und örtlich zuständig sind (vgl. Tröndle/Fischer StGB, 49. Aufl., § 113 Rn. 12 und Schönke/Schröder/Eser, StGB, 25. Aufl., § 113 Rn. 24, jeweils m. w. N.).

Im vorliegenden Fall müßten also die Justizvollzugsbeamten S und B, die als Vollstreckungsbeamte i. S. v. § 113 Abs. 1 StGB anzusehen sind, ermächtigt gewesen sein, den Angeklagten im Falle seiner Weigerung zwangsweise zwecks Entnahme einer Speichelprobe zum Lazarett zu bringen.

Der Senat stimmt mit der Revision überein, daß sich eine Ermächtigung der Justizvollzugsbediensteten zur zwangsweisen Verbringung eines Gefangenen ins Lazarett zur Entnahme einer Speichelprobe nach dem DNA-Identitätsfeststellungsgesetz nicht aus dem Strafvollzugsgesetz ergibt, weil es sich insoweit nicht um eine Vollzugs- oder Sicherungsmaßnahme im Sinne dieses Gesetzes handelt. Zur zwangsweisen Verbringung des Angeklagten ins Lazarett wären sie nur dann ermächtigt gewesen, wenn die zwangsweise Durchsetzung der Entnahme von Körperzellen in Form einer Speichelprobe richterlich angeordnet worden wäre und die für die Vollstreckung der Anordnung zuständige Staatsanwaltschaft (§ 36 Abs. 2 StPO) über ihre Hilfsbeamten oder die Polizei den Leiter der Justizvollzugsanstalt beauftragt hätte, im Rahmen der Amtshilfe für die Durchführung dieser Anordnung innerhalb der Justizvollzugsanstalt zu sorgen.

Eine generelle Duldungspflicht zur Entnahme einer Speichelprobe besteht nach dem Gesetz nicht, so daß es einer ausdrücklichen richterlichen Anordnung bedarf, wie im Falle einer Weigerung zu verfahren ist. Im DNA-Identitätsfeststellungsgesetz ist nicht festgelegt, daß eine gerichtlich angeordnete Körperzelle-

nentnahme zwangsweise durchgesetzt werden kann. Der durch § 1 des DNA-Identitätsfeststellungsgesetzes eingefügte § 81 g StPO verweist lediglich auf die §§ 81 a Abs. 2 und 81 f StPO und nicht auf § 81 a Abs. 1 StPO, der ausdrücklich bestimmt, daß körperliche Untersuchungen auch ohne Einwilligung des Betroffenen zulässig sind. Wenngleich die Situation bei den von § 81 a Abs. 1 StPO erfaßten Maßnahmen, die zwangsweise durchgesetzt werden können, vergleichbar ist mit derjenigen bei der Entnahme von Körperzellen, so ist § 81 a Abs. 1 StPO mangels einer Verweisungsnorm nicht ohne weiteres auf § 81 g StPO anwendbar. Das bedeutet, daß es im Falle einer Weigerung, sich eine Speichelprobe entnehmen zu lassen, der richterlichen Anordnung einer zwangsweisen durchsetzbaren Ersatzvornahme i. S. v. § 81 a Abs. 1 StPO bedarf. Ohne eine entsprechende Anordnung ist die zwangsweise Durchsetzung einer Körperzellenentnahme in Form einer Speichelprobe unzulässig und damit auch die zwangsweise Verbringung zur Probenentnahme.

Es bietet sich insoweit die Anordnung einer Blutentnahme an. In der Praxis hat dies dazu geführt, daß zugleich mit der richterlichen Anordnung der Körperzellenentnahme in Form einer Speichelprobe für den Fall der Weigerung alternativ die Entnahme einer Blutprobe angeordnet wird. Daß dies im vorliegenden Fall geschehen ist, läßt sich den Feststellungen nicht entnehmen. Der Inhalt der angeführten Beschlüsse des AG Köln vom 1. 2. und 28. 4. 1999 wird nur insoweit wiedergeben, als danach dem Angeklagten auf der Grundlage des § 2 DNA-Identitätsfeststellunsgesetzes eine Speichelprobe zu entnehmen war. Ob und ggfls. welche Anordnungen für den Fall einer Weigerung getroffen worden sind, wird nicht angegeben. Damit läßt sich nicht überprüfen, ob die zwangsweise Verbringung des Angeklagten in das Lazarett überhaupt zulässig war, nachdem er sich eindeutig geweigert hatte, sich eine Speichelprobe entnehmen zu lassen.

Außerdem läßt sich den Feststellungen nicht entnehmen, daß die beiden Justizvollzugsbeamten letztendlich im Auftrag der Staatsanwaltscliaft tätig gewesen sind. Nur dann wären sie aber befugt gewesen, bei der Durchsetzung einer nach dem DNA-Identitätsfeststellungsgesetz angeordneten Maßnahme zu helfen. Gem. § 81 a Abs. 2 StPO richterlich angeordnete Maßnahmen nach § 81 g StPO i. V m. dem DNA-Identitätsfeststellungsgesetz werden, wie sich aus § 36 Abs. 2 S. 2 StPO ergibt, von der Staatsanwaltschaft vollstreckt, die sich hierzu ihrer Hilfsbeamten oder anderer Polizeibeamter bedient. Es ist selbstverständlich und auch der Formulierung “die das Erforderliche veranlaßt” zu entnehmen, daß die Hilfsbeamten oder die Polizei nicht alle zur Durchführung der Vollstreckung der angeordneten Maßnahmen erforderlichen Tätigkeiten selbst verrichten müssen, sondern daß sie dabei auch die Hilfe weiterer Behörden oder Personen, die nicht ihren Status haben, in Anspruch nehmen dürfen. Andernfalls ließen sich viele Vollstreckungen überhaupt nicht durchführen.

Daß die beiden Justizvollzugsbediensteten letztendlich für die Staatsanwaltschaft tätig geworden sind, ist zwar zu vermuten, weil dies dem gesetzlichen Ablauf entspricht, läßt sich aber den Feststellungen auch nicht ansatzweise entnehmen, so daß insoweit eine sichere Überprüfung nicht möglich ist. Die Urteilsgründe enthalten keinerlei Feststellungen darüber, ob und wie der Auftrag zur Mithilfe bei der Vollstrekkung an die Justizvollzugsanstalt herangetragen wurde, ob z. B. die Polizei in der Justizvollzugsanstalt erschienen und an den Anstaltsleiter mit der Bitte um Mithilfe herangetreten ist, von wem dem Angeklagten die beabsichtigte Maßnahme eröffnet worden ist, ob und ggfls. welche Personen außer den beiden Justizbediensteten bei der Verbringung anwesend waren und von wem und mit welchen genauen Vorhaben diese beiden Bediensteten die Anordnung erhalten haben, den Angeklagten notfalls auch unter Anwendung von Zwangsmaßnahmen zum Lazarett zu bringen. Es wird nur festgestellt, daß seine Verbringung ins Lazarett, ggfls. auch unter Anwendung von Zwang angeordnet worden war. Wer diese Anordnung erteilt hat, wird nicht angegeben.

Unabhängig von der tatsächlichen Rechtslage ist eine Diensthandlung zwar auch dann rechtmäßig, wenn der Vollstreckende auf Anweisung eines Dienstvorgesetzten handelt, der sachlich und örtlich zuständig ist, und die Weisung sich im Rahmen der wesentlichen Förmlichkeiten sowie innerhalb des objektiv vertretbaren Beurteilungsspielraums hält oder zudem, wenn er die Weisung im Vertrauen auf ihre Rechtmäßigkeit ordnungsgemäß durchführt, es sei denn, die Weisung ist offensichtlich rechtswidrig oder beruht erkennbar auf einem Irrtum (vgl. hierzu Schönke/Schröder/Eser; StGB, 25. Aufl., § 113 Rn. 31 m.w.N.). Diese Voraussetzungen sind aber ebenfalls nicht festgestellt. Es ist nicht angegeben, wer die notfalls auch zwangsweise Weigerung des Angeklagten ins Lazarett angeordnet hat, so daß schon für eine Überprüfung, ob dies der insoweit zuständige und weisungsberechtigte Vorgesetzte war, die Grundlagen fehlen. Zu den weiteren Voraussetzungen enthält das Urteil keinerlei Feststellungen.

Danach ist das Urteil insgesamt - eine Trennung von der tateinheitlich begangenen Körperverletzung ist nicht möglich - mit den Feststellungen aufzuheben

und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an eine andere Strafkammer des LG zurückzuverweisen (§§ 353, 354 Abs. 2 S. 1 StPO).

Standort: § 263 StGB Problem: Arbeitskraft als Vermögensbestandteil

BGH, URTEIL VOM 18.01.2001
4 STR 315/00 (NJW 2001,981)

Problemdarstellung:

Die Angeklagten hatten den meisten ihren Mitarbeitern, keine bzw. zu geringe Gehälter gezahlt, nachdem sie diesen bei der Einstellung bewusst wahrheitswidrig erklärten, "dass sich niemand Sorgen wegen des Gehalts zu machen brauche". Aufgrund mangelnder Aufträge hatten sich die Mitarbeiter lediglich zu Hause auf Abruf bereitzuhalten. Der BGH hatte zu entscheiden, ob sich die Angeklagten durch dieses Verhalten wegen Betrugs durch "Erschleichen der Arbeitskraft" strafbar gemacht haben. Der Senat geht davon aus, dass die Mitarbeiter ihr Vermögen bereits dadurch gemindert haben, dass sie sich verpflichteten, die eigene Arbeitskraft zur Erbringung einer Dienstleistung einzusetzen. Der Vermögensschaden liege darin, über seine eigene Arbeitskraft nicht mehr frei zu eigenem Nutzen verfügen zu können. Dabei komme es weder darauf an, ob die Mitarbeiter tatsächlich Arbeitsleistungen erbracht haben noch ob sie anderweitig eine bezahlte Tätigkeit hätten ausüben können.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung betrifft den sehr prüfungsrelevanten Vermögensbegriff, namentlich die Frage, ob der Einsatz der Arbeitskraft einen Vermögensbestandteil darstellt (vgl. zur Übersicht Heinrich, GA 1997, 24). Die heute h.M. davon aus, dass die Arbeitskraft als solche zwar noch keinen Vermögensbestandteil, sondern eine Fähigkeit des Menschen darstellt, aber die Möglichkeit die eigene Arbeitskraft zur Erbringung von Dienstleistungen einzusetzen, jedenfalls dann zum Vermögen gehört, wenn solche Leistungen üblicherweise nur gegen Entgelt erbracht werden. Dabei ist zu beachten, dass sich das Problem eigentlich nur dann stellt, wenn es nicht zum Abschluss eines Vertrages gekommen ist. Anderenfalls liegt die Vermögensverfügung in der Eingehung der Verpflichtung, so dass die allgemeinen Regeln des Eingehungs- und Erfüllungsbetrugs zur Anwendung gelangen (vgl. Schönke/Schröder/Cramer, § 263, Rn. 96).

Erhebliche Relevanz besitzt dagegen die Frage, ob auch der Einsatz der Arbeitskraft zu sittenwidrigen Zwecken zum strafrechtlich geschützten Vermögen gehört. Während dies von den Vertretern des (rein) wirtschaftlichen Vermögensbegriffs bejaht wird, geht die juristisch-ökonomische Vermittlungslehre davon aus, dass es sich um eine Position handelt, die nicht unter dem Schutz der (Zivil-)Rechtsordnung stehe und daher auch strafrechtlich nicht schützenswert sei. Dem hat sich der BGH in seiner "Dirnenlohn"-Entscheidung angeschlossen (vgl. BGH, JR 1988, 125 m. Anm. Tenckhoff; zur Übersicht: Küper, BT, 3. Auflage, 328 ff.).

Leitsätze (der Redaktion):

1. Die Möglichkeit, die eigene Arbeitskraft zur Erbringung von Dienstleistungen einzusetzen, kann zum Vermögen i. S. des § 263 StGB gehören, wenn solche Leistungen üblicherweise nur gegen Entgelt erbracht werden. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Erbringung der persönlichen Arbeitsleistung Gegenstand einer (entgeltlichen) Vertragsbeziehung zwischen Täter und Opfer ist.

2. Der Vermögensschaden des Opfers ist darin begründet, dass es über seine Arbeitskraft nicht mehr frei zu eigenem Nutzen verfügen kann. Hierbei ist es unbeachtlich, ob der Betroffene die Möglichkeit gehabt hätte, seine Arbeitskraft anderweitig gewinnbringend einzusetzen.

Sachverhalt:

Der Angekl. und der frühere Mitangekl. M, die weder über ein ausreichendes Startkapital noch über Kenntnisse im Reinigungsgewerbe verfügten, gründeten Ende Juli 1988 die C-GmbH. Gegenstand des Unternehmens sollte in erster Linie die Reinigung von Gebäuden sein. Nach Anmietung entsprechender Büroräume schlossen sie in der Folgezeit für die C-GmbH mit 58 Personen, zumeist als Reinigungskräften, Arbeitsverträge, in denen sich die Gesellschaft zur Zahlung von Bruttomonatsgehältern im Bereich von ca. 3000 bis 6000 DM verpflichtete. Einstellungstermine waren entweder der 1. 9., der 1. 10. oder der 1. 11. 1998. Da keine Aufträge vorhanden waren, vereinbarten sie, dass sich - bis auf vier Angestellte - das gesamte übrige Personal auf Abruf zu Hause bereitzuhalten habe. Hierbei erklärten sie den Mitarbeitern bewusst der Wahrheit zuwider, dass sich niemand Sorgen wegen des Gehalts zu machen brauche, "weil die Kapitaldecke

der Firma C-GmbH so groß sei, dass bis Februar/März, 1999 alle Gehälter problemlos gezahlt werden könnten, unabhängig von der Auftragslage". Auch sollten keinerlei Abstriche bei der Höhe des Arbeitsentgelts gemacht werden, wenn die Arbeitnehmer, die sich zu Hause bereitzuhalten hatten, nicht zum Einsatz kämen. In der Folge erhielt die C-GmbH lediglich einige wenige Reinigungsaufträge. Gehälter wurden nur ganz ausnahmsweise und nicht in voller Höhe bezahlt; insgesamt blieb die C-GmbH 58 Mitarbeitern für den Zeitraum ab ihrer Einstellung bis zum 20. 11. 1998 Arbeitsentgelte in Gesamthöhe von 236.911,65 DM schuldig. Die am 23. 11. 1998 beantragte Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der C-GmbH wurde schließlich mangels Masse abgelehnt.

Das LG hat den Angekl. unter Freisprechung im Übrigen wegen Betrugs in 58 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten verurteilt. Die Revision des Angekl. hatte keinen Erfolg.

Gründe:

1. Das LG hat in den ausgeurteilten Betrugsfällen zu Recht jeweils das Vorliegen eines Vermögensschadens i. S. des § 263 StGB bejaht.

a) Auf der Grundlage der Feststellungen des LG sind die Mitarbeiter, die keinen oder jedenfalls nicht den vollen Lohn erhalten haben, durch das Verhalten des Angekl. in ihrem Vermögen geschädigt worden. Hierbei kommt es weder darauf an, ob sie tatsächlich Arbeitsleistungen erbracht haben noch ob sie anderweitig eine bezahlte Tätigkeit hätten ausüben können.

Zwar stellt nach überwiegender Ansicht die Arbeitskraft eines Menschen als solche, das heißt seine Fähigkeit, durch den Einsatz geistiger oder körperlicher Kräfte Leistungen von wirtschaftlichem Wert zu erbringen, noch keinen Vermögensbestandteil dar (vgl. hierzu Lackner, in: LK-StGB, 10. Aufl., § 263 Rdnr. 140; Cramer, in: Schönke/Schröder, StGB, 25. Aufl., § 263 Rdnr. 96; Tröndle/Fischer, StGB, 50. Aufl., § 263 Rdnr. 27a; Otto, Jura 1993, 424 [427]; Heinrich, GA 1997, 24 [25]), jedoch kann die Möglichkeit, die eigene Arbeitskraft zur Erbringung von Dienstleistungen einzusetzen, zum Vermögen i. S. des § 263 StGB gehören, wenn solche Leistungen üblicherweise nur gegen Entgelt erbracht werden (RGSt 68, 379, 380; BGH, NStZ 1998, 85; vgl. auch Lackner, in: LK-StGB, § 263 Rdnr. 140 und Cramer, in: Schönke/Schröder, § 263 Rdnr. 96). Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Erbringung der persönlichen Arbeitsleistung Gegenstand einer (entgeltlichen) Vertragsbeziehung, i.a.R. eines Dienst-, Arbeits- oder Werkvertrags, zwischen Täter und Opfer ist (vgl. Cramer, in: Schönke/Schröder, § 263 Rdnr. 96; Heinrich, GA 1997, 24 [28 f.]). Täuscht der Täter - wie hier - in einem solchen Fall bei Abschluss des Vertrags über seine Fähigkeit, die vereinbarte Vergütung zu zahlen, so gelten die allgemeinen Regeln über den Eingehungsbetrug. Der Vermögensschaden des Opfers ist darin begründet, dass es nunmehr über seine Arbeitskraft - sei es unmittelbar, sei es Form des Abschlusses von Dienstverträgen - nicht mehr frei zu eigenem Nutzen verfügen kann (RGSt 68, 380). Hierbei ist es unbeachtlich, ob der Betroffene die Möglichkeit gehabt hätte, seine Arbeitskraft anderweitig gewinnbringend einzusetzen (RGSt 68, 380; ebenso Cramer, in: Schönke/ Schröder, § 263 Rdnr. 96 a. F., Lackner, in: LK-StGB, § 263 Rdnr. 140; a.A. Kohlrausch/Lange, StGB, 43. Aufl., § 263 Anm. V 2 d). Denn mit dem Abschluss eines Vertrags, der die Erbringung von Arbeiten gegen Vergütung zum Inhalt hat, wird die persönliche Arbeitsleistung zum Gegenstand einer vermögensrechtlichen Beziehung und damit zu einem Bestandteil des Vermögens des zur Dienstleistung Verpflichteten. Stellt er seine Arbeitskraft ohne Aussicht auf vertragsgemäße Entlohnung zur Verfügung, so ist sein Vermögen um den Wert seiner Arbeitsleistung vermindert (vgl. auch BGH, NStZ 1998, 85).

2. Die Urteilsfeststellungen belegen auch, dass der Angekl. von Anfang an mit dem für den Betrugsvorsatz erforderlichen Schädigungsbewusstsein gehandelt hat. Dem steht nicht die Feststellung des LG entgegen, er sowie der frühere Mitangekl. M hätten (erst) "spätestens am 17. 10. 1998 … erkannt, dass die zu einer erfolgreichen Unternehmensführung erforderlichen Aufträge für die C-GmbH ausblieben und dass auch die Geldbeschaffung über Versicherungsprovisionen oder Zuschüsse vom Arbeits- bzw. Sozialamt nicht den gewünschten Erfolg haben würde". Für den inneren Tatbestand der Schädigung genügt bedingter Vorsatz (vgl. Tröndle/Fischer, § 263 Rdnr. 40 m. Nachw.). Den Urteilsgründen kann entnommen werden, dass sich der Angekl. auf Grund der Gesamtsituation bereits bei der Einstellung des ersten Arbeitnehmers darüber im Klaren war, zur späteren Zahlung der Löhne möglicherweise nicht in der Lage zu sein, und dass er dies auch billigend in Kauf nahm. Ersichtlich wollte das LG daher durch die zitierte Urteilsstelle nur zum Ausdruck bringen, dass der Angekl. ab dem dort angegebenen Zeitpunkt nicht mehr (lediglich) mit bedingtem, sondern mit direktem Vorsatz handele.

Standort: § 52 StPO Problem: Fernwirkung eines Beweisverwertungsverbots

OLG KÖLN, BESCHLUSS VOM 10.11.2001
SS 462/00 Z (NZV 2001, 137)

Problemdarstellung:

Eingekleidet in die prozessuale Fragestellung der Zulassung einer Rechtsbeschwerde gem. § 80 OwiG befasst sich das OLG Köln mit der Frage der sog. Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten: Die Beschwerdeführerin hatte in einem Schreiben an die Verwaltungsbehörde eingeräumt, die in Rede stehende Ordnungswidrigkeit begangen zu haben, nachdem zuvor ihre Mutter eine entsprechende Aussage getätigt hatte. Da die Mutter jedoch nicht über ihr Zeugnisverweigerungsrecht gem. §§ 46 I OwiG, 52 III 1 StPO belehrt worden war, stellt sich die Frage, ob die insoweit bestehende Unverwertbarkeit auch das Schreiben der Beschwerdeführerin erfasst. Nach Abwägung der widerstreitenden Interessen lehnt der Senat eine solche Fernwirkung ab, da ein Verfahrensfehler nicht das gesamte Verfahren lahmlegen könne.

Prüfungsrelevanz:

Die Beweisverwertungsverbote zählen sowohl im Referendar- als auch im Assessorexamen zu den prüfungsrelevantesten Themenbereichen aus dem Strafprozessrecht. Dabei sind nicht nur die dogmatischen Grundlagen, sondern auch zahlreiche Einzelfragen in Rechtsprechung und Literatur erheblich umstritten (vgl. zur Übersicht Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, Einl., Rn. 50 ff.; Fezer, Strafprozessrecht, S.214 ff.; Hoffmann, JuS 1992, 587; Murmann/Grassmann, Beilage zu JuS 3/2001, S. 15 ff.).

Überwiegend wird zwischen sog. unselbstständigen Verwertungsverboten nach Verfahrensfehlern bei der Beweiserhebung und selbstständigen Verwertungsverboten insbesondere wegen einer Grundrechtsverletzung unterschieden (zu den letztgenannten s. Störmer, Jura 1994, 393). Im Rahmen der unselbstständigen Verwertungsverbote besteht weitgehend Einigkeit, dass nicht aus jeder rechtswidrigen Beweisgewinnung die Unverwertbarkeit des Beweismittels folgt. Ungeklärt ist dagegen, unter welchen Voraussetzungen ein Verwertungsverbot anzunehmen ist: Während der BGH früher mit der sog. Rechtskreistheorie argumentierte, wonach nur Normverstöße erheblich sein können, die den Rechtskreis des Beschuldigten wesentlich berühren, geht er heute in weitgehender Übereinstimmung mit der in der Literatur vertretenen sog. Abwägungslehre davon aus, dass ein Verwertungsverbot anzunehmen ist, wenn eine umfassende wertende Abwägung im Einzelfall ergibt, dass das Individualinteresse des Beschuldigten gegenüber dem staatlichen Verfolgungsinteresse überwiegt. In der Literatur wird überwiegend eine sog. Schutzzwecklehre vertreten, die nach dem Zweck der verletzten Verfahrensvorschriften fragt.

Zu den prüfungsrelevantesten Einzelheiten zählt die Frage nach der Reichweite eines Verwertungsverbotes, insbesondere ob sich ein Verwertungsverbot auch auf ein mit Hilfe eines unverwertbaren Beweismittels erlangtes anderes Beweismittel erstreckt (vgl. zur Übersicht Rogall, NStZ 1988, 385; Wolter, NStZ 1984, 276). Die Rechtsprechung lehnt eine Fernwirkung grundsätzlich ab, hat aber eine Ausnahme für einen Verstoß gegen das Verbot aus § 7 III G 10 angenommen und entscheidet teilweise im Einzelfall nach der Relevanz der unzulässigen Maßnahme für das Beweisergebnis. In der Literatur wird eine Fernwirkung teilweise generell abgelehnt, teilweise in Anlehnung an die aus dem nordamerikanischen Recht stammende sog. “fruit of the poisonous tree-doctrine” aber auch generell befürwortet. Die inzwischen wohl überwiegende Ansicht vertritt auch insoweit eine Abwägungslehre, bei der die Schwere der Tat, die Schwere des Verfahrensverstosses und die Frage nach dem sog. hypothetischen Beweisermittlungsverlauf (wäre das neue Beweismittel wahrscheinlich auch ohne das unverwertbare Beweismittel erlangt worden?) im Einzelfall über eine Fernwirkung entscheiden.

Leitsatz:

Beweismittel und Erkenntnisse, die auf Grund einer unter Verstoß gegen die Belehrungspflicht nach § 52 III 1 StPO erlangten Aussage ermittelt worden sind, unterliegen nicht einer Fernwirkung des Verwertungsverbots, das für die Aussage selbst gilt.

Sachverhalt:

Gegen die Betr. ist in dem angefochtenen Urteil wegen fahrlässigen Überschreitens einer vorgeschriebenen Höchstgeschwindigkeit von 12 km/h (Tatzeit 8.Oktober 1999) eine Geldstrafe von 40 DM verhängt worden. Das AG hat seine Überzeugung von ihrer Täterschaft auf ein Schreiben der Betr. an die Verwaltungsbehörde, in dem sie einräumte, Fahrerin des gemessenen Fahrzeugs gewesen zu sein, sowie auf ihre Identifizierung anhand des in Augenschein genommenen Messfotos gestützt. Mit dem Antrag auf Zulassung der Rechtsbeschwerde wird geltend macht, das AG habe die Folgen eines Vewertungsverbots unzutreffend gewürdigt. Die Betr. sei durch eine Auskunft ihrer Mutter, die vor der Befragung durch einen Polizeibeamten nicht über ihr Zeugnisverweigerungsrecht belehrt worden sei, als Fahrerin ermittelt worden. Die Verletzung der Belehrungspflicht führe entgegen der Auffassung des AG nicht nur zur Unverwertbarkeit der Aussage der Mutter; vielmehr sei das gesamte weitere Ermittlungsergebnis, insbesondere auch das fragliche Schreiben der Betr., Folge der unzulässigen Ermittlungsmethode und unterliege daher ebenfalls einem Verwertungsverbot […].

Der Antrag der Betr. auf Zulassung der Rechtsbeschwerde wurde vom OLG verworfen.

Gründe:

Die bei weniger bedeutsamen Ordnungswidrigkeiten erforderliche Zulassung der Rechtsbeschwerde setzt voraus, dass sie im allgemeinen Interesse - zur Fortbildung des Rechts, zur Sicherung einer einheitlichen Rspr. oder zur Vermeidung von Verfassungsbeschwerden wegen Versagung des rechtlichen Gehörs - geboten ist; Sinn der Regelung ist nicht die Erreichung der Gerechtigkeit ein Einzelfall. Nach 80 I OWiG ist die Rechtsbeschwerde demgemäß auf Antrag zuzulassen, wenn sie entweder zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich (Nr.l) oder zur Aufhebung des Urteils wegen Versagung des rechtlichen Gehörs geboten ist (Nr. 2). Beträgt - wie im vorliegenden Fall - die festgesetzte Geldbuße nicht mehr als 200 DM, so ist die Zulassung der Rechtsbeschwerde durch § 80 II OWiG in der Weise weiter eingeschränkt, dass sie in den Fällen des § 80 I Nr. 1 0WiG nur noch zur Fortbildung des sachlichen Rechts in Betracht kommt. Die […] Sicherung einer einheitlichen Rspr. und die Notwendigkeit einer Fortbildung des Verfahrensrechts ermöglichen in diesen Fällen die Durchführung des Rechtsbeschwerdeverfahrens nicht.

Beide Voraussetzungen, die danach die Zulassung der Rechtsbeschwerde eröffnen, liegen hier nicht vor. Eine Versagung des rechtlichen Gehörs ist nicht dargetan.

Der vorliegende Fall gibt darüberhinaus auch keine Veranlassung, allgemeine Leitsätze für die Auslegung des materiellen Rechts aufzustellen oder Gesetzeslücken in diesem Bereich rechtsschöpferisch auszufüllen. Klärungs- und damit zulassungsbedürftige Fragen in dieser Hinsicht wirft die Sache nicht auf.

Soweit die Betr. geltend macht, das AG habe im Anschluss an die Aussage ihrer Mutter gewonnenen Erkenntnisse nicht verwerten dürfen, kann ihr Vorbringen schon deshalb nach § 80 II OWiG hier nicht zur Zulassung der Rechtsbeschwerde führen, weil es eine Frage des Verfahrensrecht betrifft. Die Rüge, mit der ein Verstoß gegen ein Beweisverwertungsverbot auf Grund eines Beweiserhebungsverbots geltend gemacht wird, ist demgemäß regelmäßig als Verfahrensrüge zu erheben (BGHSt 32, 68 [69/70]; Gössel, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 25. Aufl., Einleitung Absch. K Rdnr. 102); denn sie beanstandet den Weg, auf dem der Richter zur Urteilsfindung gelangt ist (Senge, in: Karlsruher-Kommentar, StPO, 4. Aufl., Vor § 48 Rdnr. 53; BGHSt 19, 273 [275]). Etwas anderes gilt lediglich für Verstöße gegen das Verwertungsverbot des § 49 BZRG, die als sachlich-rechtliche Mängel auf die allgemeine Sachrüge hin zu beachten sind (BGHSt 25, 100 [102]; 25, 232 [233]; Senge, a.a.O.). Die angesprochene Rechtsfrage bedarf im Übrigen einer grundsätzlichen Klärung nicht, weil sie für eine Fallgestaltung der hier vorliegenden Art bereits Gegenstand höchstrichterlicher Rechtsprechung gewesen ist.

Eine Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten in dem Sinne, dass neben der Verwertung der unmittelbar unter Verstoß gegen ein Beweiserhebungsverbot erlangten Informationen auch die Verwertung aller weiteren Beweismittel verboten ist, die auf Grund solcher Informationen erlangt worden sind, wird in der Rspr. grundsätzlich verneint (BGHSt 27, 355 [358]; 32, 68 [71]; 34, 364; BGH StV 1995, 398; OLG Hamburg MDR 1976, 601; OLG Stuttgart NJW 1973, 1941). Es gilt der Grundsatz, dass ein Vefahrensfehler, der ein Verwertungsverbot für ein bestimmtes Beweismittel herbeiführt, nicht ohne weiteres dazu führen kann, dass das gesamte Verfahren lahmgelegt wird (BGHSt 22, 129 [135]; 27, 355 [358]; 32, 68 [71]; 34, 362 [364]; 35, 32 [34]). Die Grenzen richten sich nach der Sachlage und der Art des Verbots (BGHSt 27,

355 [358]; 29, 244 [249]).

Davon ausgehend hat der BGH eine Fernwirkung bisher nur für das Beweisverwertungsverbot des § 7 III G 10 angenommen; danach erfasst das Verwertungsverbot nicht nur solche Kenntnisse, die unmittelbar durch die nach § 1 G 10 angeordneten Maßnahmen erlangt worden sind, sondern erstreckt sich auch auf solche Beweismittel, zu. denen diese Kenntnisse erst den Weg gwiesen haben (BGHSt 29, 244 [250 ff.]; Gössel a. a. O. Rdnr. 98; Senge a. a. 0. Rdnr. 45; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 2. Aufl., Rdnr. 404).

Ansonsten wird eine Erstreckung des Verwertungsverbots auf Beweisergebnisse, die nur mittelbar auf ein unverwertbares Beweismittel zurückzuführen sind, abgelehnt. Verwertbar sind namentlich "originäre", nicht aus dem unverwertbaren Beweisergebnis abgeleitete Beweismittel wie etwa Geständnisse und Zeugenaussagen, die nicht auf Vorhalten aus dem rechtswidrig gewonnenen früheren Beweismittel beruhen (BGHSt 32, 68 [71]; Seng, a.a.O., Rdnr. 46). Eine Fernwirkung ist demnach insbesondere dann auszuschließen, wenn die rechtsfehlerhaft gewonnene Erkenntnis nur den äußeren Anlass für den späteren Ermittlungsvorgang bildet, auf das dabei gewonnene Beweisergebnis aber keinen bestimmenden Einfluss mehr hat (BGHSt 27, 355 [358]). Danach darf beispielsweise eine spätere Aussage, bei der kein unzulässiger Druck mehr auf den Beschuldigten ausgeübt worden ist, verwertet werden, obwohl zunächst bei seiner Vernehmung verbotene Vernehmungsmittel gemäß § 136 a StPO benutzt wurden, die diese Aussage unverwertbar machen (BGHSt 1, 376 [380]; 22, 129 [133 ff.]; 27, 355 [359]).

Auch soweit eine Telefonüberwachung nicht durch § 100 a StPO gedeckt war oder eine Zeugenaussage unter Verstoß gegen§ 136a StPO zustande gekommen ist, ist eine Beweisführung

mit Zeugenaussagen und eine Verwertung der Angaben des Beschuldigten nicht schon deshalb verboten, weil erst die Telefonüberwachung bzw. die Aussage auf die Spur des Beschuldigten geführt und die weitere Beweiserhebung ermöglicht hat (BGHSt 32, 68, 70f.; 34, 362, 364; 35, 32, 34; 37, 48 53 f.; NStZ 1996, 48).

Im vorliegenden Fall entstammt der Hinweis auf die Identität der Betr. mit der auf dem Messfoto abgebildeten Person, der zur Einleitung des Verfahrens gegen die Betr. geführt hat, einer Zeugenaussage der Mutter, die nach dem Beschwerdevorbringen ohne die gemäß §§ 52 III 1 StPO, 46 I OWiG gebotene vorherige Belehrung über das Zeugnisverweigerungsrecht zu Stande gekommen ist. Dadurch wird ein Verwertungsverbot bezüglich der späteren schriftlichen Äußerung der Betr. nicht begründet. Für Beweismittel und Erkenntnisse, die auf Grund einer unter Verstoß gegen § 52 III 1 StPO erlangten Aussage ermittelt worden sind, hat der BGH entschieden, dass eine Fernwirkung des auf die Aussage bezogenen Verwertungsverbots nicht besteht (BGH NJW 1955, 1289 f.; MDR 1955, 565 = JZ 1955, 510; Kleinknecht/Meyer-Goßner, § 52 Rdnr. 32; Dahs, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 25. Aufl., § 52 Rdnr. 54; Nüse JR 1966, 281, 283 f.). Auch wenn die Aussage selbst unverwertbar ist, dürfen die aufgrund der Angaben des Zeugen gewonnenen Erkenntnisse dazu benutzt werden, weitere Ermittlungen zu führen und andere Beweise aufzufinden und zu verwerten. Hat beispielsweise ein Polizeibeamter dem Angekl. Vorhalte aus der Aussage eines nicht nach § 52 III 1 StPO belehrten Zeugen gemacht, so schließt das die Vernehmung des Beamten über das, was ihm der Angekl. erklärt hat, nicht aus (BGH a.a.O.). Diese Begrenzung des Verwertungsverbots erscheint unter Abwägung der schutzwürdigen Interessen des zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen einerseits und des Interesses an der Wahrheitserforschung andererseits gerechtfertigt. Die unterlassene Belehrung des Zeugen ist nicht mit dem Vorwurf der Menschenrechts- und Verfassungswidrigkeit behaftet (Nüse JR 1966, 281, 284). Ob etwas anderes zu gelten hat, wenn die Belehrung gerade in der Absicht unterlassen worden ist, auf illegalem Wege Beweismittel zur Überführung des Beschuldigten zu erlangen, bedarf hier keiner Entscheidung, da dies mit der Rechtsbeschwerde nicht behauptet wird.

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht

VG SIGMARINGEN, URTEIL VOM 19.07.2000
1 K 2315/98 (NJW 2001, 628)
VG SIGMARINGEN, BESCHLUSS VOM 07.06.1999
1 K 2315/98 (NJW 2000, 91)
VG SIEGMARINGEN, BESCHLUSS VOM 09.04.1999
1 K 2315/98 (NJW 2000, 92)

Problemdarstellung:

Der Kl. begehrte die Beseitigung eines von der Stadt in Auftrag gegebenen und auf dem Marktplatz aufgestellten, von einem privaten Künstler geschaffenen Kunstwerks, das ihn als Nazi-Schergen abbildet. Dem VG stellten sich zahlreiche examensrelevante Probleme, von denen insbesondere der Rechtsweg (gelöst über die sogen. "Kehrseitentheorie"), die Anspruchsgrundlage (öffentlich-rechtlicher Folgenbeseitigungsanspruch) und deren Voraussetzungen (insbesondere eine mögliche Duldungspflicht bzgl. der Folge oder die Unmöglichkeit der Folgenbeseitigung aus der Kunstfreiheit des Aret. 5 III 1 GG) sowie prozessual die Frage der Beiladung des Künstlers nach § 65 II VwGO genannt seien.

Prüfungsrelevanz:

Der FBA war in jüngerer Vergangenheit immer wieder Gegenstand von Entscheidungen (vgl. OVG Münster, RA 1999, 301 = NWVBl 1999, 189; OVG Münster, RA 2000, 349 = NWVBl 2000, 216; VGH München, RA 1999, 669 = NVwZ 1999, 1237) und Abhandlungen in der Literatur (Brugger, JuS 1999, 625). Er lässt sich hervorragend in Examensklausuren einbauen, da er mit vielen Problemen (vgl. die Problemdarstellung) kombinierbar ist (ausführlich zum FBA bereits RA 2000, 349 und RA 1999, 349).

Zum vorliegenden Fall sei angemerkt, dass das VG über den Rechtsweg (Beschluss vom 07.06.1999) und die Beiladung des Künstlers (Beschluss vom 09.04.1999) vorab entschieden hatte. Gem. §§ 173 VwGO i.V.m. 17a III 2 GVG war es bzgl. des Rechtswegs hierzu verpflichtet, da die Bekl. diesen gerügt hatte. Die Entscheidungen sind zu einem einheitlichen Fall zusammengefasst. Soweit nicht anders vermerkt, beziehen sich die Zitate in der Lösung auf das Urteil in der Sache (vom 19.07.2000).

Problem: Beseitigung eines Kunstwerks

Leitsatz des Beschlusses vom 09.04.1999:

Wird Klage gegen ein von der Gemeinde in Auftrag gegebenes Kunstwerk erhoben, das von einem bildenden Künstler erstellt und von der Gemeinde auf einem öffentlichen Platz aufgestellt wurde, und begehrt der Kläger dessen Beseitigung mit der Behauptung, er werde durch das Kunstwerk in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht verletzt, so ist der bildende Künstler im Verwaltungsprozess notwendig beizuladen.

Leitsatz des Beschlusses vom 07.06.1999:

Wird Klage gegen ein von der Gemeinde in Auftrag gegebenes Kunstwerk erhoben, das von einem bildenden Künstler erstellt und von der Gemeinde auf einem öffentlichen Platz aufgestellt wurde, und begehrt der Kläger dessen Beseitigung mit der Behauptung, er werde durch das Kunstwerk in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht verletzt, so ist für das Beseitigungsbegehren der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I VwGO eröffnet.

Leitsätze des Urteils vom 19.07.2000:

1. Wird ein Gemeinderatsmitglied auf einem Kunstwerk, das von der Gemeinde in Auftrag gegeben, abgenommen und auf dem zentralen Platz der Stadt errichtet wurde, als Anführer einer jüdische Mitbürger aus der Stadt vertreibenden Gruppe dargestellt und hat er zu einer solchen Darstellung keinerlei Anlass gegeben, kann er im Wege der Folgenbeseitigung die Abänderung bzw. Beseitigung der Darstellung begehren.
2. Die den Wirkbereich des Kunstwerks vermittelnde Gemeinde kann sich zur Rechtfertigung eines solchen Eingriffs nicht auf Art. 5 III 1 GG stützen, da ihr als juristische Person des öffentlichen Rechts die Berufung auf Abwehrrechte versagt ist.
3. Im Einzelfall kann die Beseitigung einer ehrverletzenden Darstellung deshalb ausgeschlossen sein, weil Rechte Dritter, wie etwa die Kunstfreiheit und das Urheberrecht, vorrangig zu berücksichtigen sind.

Sachverhalt:

Der Kl. war bis 1999 Mitglied des Rates der bekl.

Stadt. Die Bekl. schloss im Juli 1995 mit dem Beigel. einen "Ausführungsvertrag" zur Errichtung eines Marktplatzbrunnens. Darin verpflichtete sich der Beigel., die Brunnenplastik "im Rahmen der künstlerischen Freiheit und auf Grundlage der von einer Kommission erarbeiteten Themen und Texte zu erstellen". Im September 1998 ließ die Bekl. den Brunnen auf dem Marktplatz der Stadt aufstellen, nahm ihn ab und übergab ihn am 5. 10. 1998 der Öffentlichkeit. Der Brunnen besteht aus mehreren zusammengesetzten Bronzereliefttafeln, auf denen einzelne Szenen der Stadtgeschichte dargestellt wurden. Auf einer 120 cm breiten und 80 cm hohen Bronzereliefttafel wird eine Szene dargestellt, in welcher Bürger jüdischen Glaubens vertrieben werden. Sie trägt die Unterschrift: “Unter der Nazi-Diktatur werden in Y. jüdische Mitbürger vertrieben und vernichtet”.
Der 38jährige Kl. machte mit seiner auf Beseitigung der Bronzereliefttafel gerichteten Klage geltend, er werde auf dem Brunnen in der genannten Szene als Anführer der Nazi-Schergen dargestellt, der - ein Messer in der rechten und ein Gewehr in der linken Hand haltend - die Vertreibung wehrloser Personen befehle.

Wie wird das VG entscheiden?

[Anm.: Es ist zu unterstellen, dass die auf der Tafel dargestellte Person Gesichtszüge und Haartracht des Kl. so genau abbildet, dass sie eindeutig als der Kl. zu erkennen ist.]

Lösung:
Das VG wird der Klage stattgeben, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

I. Verwaltungsrechtsweg
Gemäß § 40 I 1 VwGO ist der Verwaltungsrechtsweg in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben, soweit die Streitigkeiten nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen werden.
Fraglich ist hier allein, ob die Streitigkeit öffentlich-rechtlich ist. Daran bestehen angesichts der Tatsache, dass die streitgegenständliche Bronzetafel von einem privaten Künstler auf der Grundlage eines zivilrechtlichen Werkvertrages geschaffen worden ist, erhebliche Zweifel. Das VG bejaht die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs jedoch unter Hinweis auf die “Kehrseitentheorie” [Zitat aus dem Beschluss vom 7.6.1999]:
“1. Öffentlich-rechtlich sind alle Streitigkeiten, deren Gegenstand sich als unmittelbare Folge des öffentlichen Rechts darstellt (VGH Mannheim, NVwZ 1998, 413; Kopp/Schenke, VwGO, 11. Aufl. 1998, § 40 Rdnrn. 6 ff.). Dies ist dann der Fall, wenn das Rechtsverhältnis, aus dem ein Klageanspruch hergeleitet wird, öffentlich-rechtlicher Natur ist (Gemeinsamer Senat, NJW 1974, 2087). Wird auf Unterlassung, Widerruf oder - wie hier - Beseitigung ehrverletzender Äußerungen oder Darstellungen durch Bedienstete oder Organe einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft geklagt, so liegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nur dann vor, wenn die betreffende Äußerung oder Darstellung in Ausübung hoheitlicher Tätigkeit abgegeben und auf vorhandene oder vermeintliche öffentlich-rechtliche Befugnisse gestützt wird (VGH Mannheim, NVwZ 1998, 413; NVwZ 1993, 258; Kopp/Schenke, § 40 Rdnr. 28; Schenke, VerwProzessR, 6. Aufl. 1998, Rdnr. 121; Ehlers, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 40 Rdnr. 402). Fällt die Äußerung oder Darstellung hingegen in einen Lebensbereich, der durch bürgerlich-rechtliche Gleichordnung geprägt ist und in dem sich die Beziehungen der Beteiligten nach zivilrechtlichen Normen richten, ist der Verwaltungsrechtsweg nicht eröffnet. Dies betrifft insbesondere Äußerungen staatlicher Stellen im Rahmen fiskalischen Handelns (BGH, NJW 1961, 658).

2. Der hier im Streit befindliche Anspruch des Kl. auf Beseitigung der genannten Darstellung auf dem Brunnen ist nach diesen Grundsätzen als öffentlich-rechtliche Streitigkeit anzusehen. Hierbei verkennt das Gericht nicht, dass die Bekl. den Brunnen nicht selbst entworfen und gestaltet hat und insofern unmittelbar ehrverletzende Handlungen nicht begangen hat. Die bekl. Stadt hat lediglich über einen Vorentwurf des beigel. Künstlers befunden und diesem sodann den Auftrag zur Erstellung des Brunnens auf dem Marktplatz der Stadt erteilt. Der zwischen der Bekl. und dem Beigel. geschlossene Ausführungsvertrag räumte letzterem ausdrücklich alle künstlerischen Freiheiten ein. Es ergeben sich anhand der dem Gericht vorliegenden Akten und den Stellungnahmen der Bet. keinerlei Anhaltspunkte, dass der Gemeinderat gerade auch die zwischen den Bet. streitige Darstellung in Auftrag gegeben hat. Diese dürfte vielmehr während der Arbeiten des Künstlers an dem Brunnen Eingang in denselben gefunden haben, ohne dass die Bekl. dies ausdrücklich gebilligt oder davon gewusst hat. Insofern wohnt dem vorliegenden Rechtsstreit zugleich auch eine auf der Ebene der bürgerlich-rechtlichen Gleichordnung liegende "Auseinandersetzung" zwischen dem Kl. und dem Beigel. inne. Diese prägt das im Streit befindliche Rechtsverhältnis nach Auffassung der beschließenden Kam-

mer aber nicht dergestalt, dass aufgrund der dem Beigel. eingeräumten künstlerischen Freiheiten von einem dem Zivilrecht zuzuordnenden Anspruch ausgegangen werden kann.

3. Ausschlaggebend für die Annahme einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit ist nämlich die Erwägung, dass die Bekl. den Brunnen auf einem öffentlichen Platz unmittelbar vor dem Rathaus hat aufstellen lassen und mit der nachfolgenden Widmung für die Allgemeinheit eine dem Straßengesetz (vgl. § 2 BWStrG) unterfallende öffentliche Sache geschaffen hat. Aufgrund der Widmung für den öffentlichen Zweck - hier der Erinnerung an die Geschichte der Stadt H. und der Belebung des Rathausplatzes - lastet auf dem "Privateigentum" der Stadt H. ein beschränkt dingliches Recht in Form einer Art Dienstbarkeit des öffentlichen Rechts. Der Kern der behaupteten Ehrverletzung liegt demnach nicht darin, dass der Beigel. eine Bronzerelieftafel geschaffen hat, die […] den Kl. in einer ehrverletzenden Form abbildet. Er liegt vielmehr darin, dass die Bekl. den Brunnen auf einem zentralen Platz in der Stadt, unmittelbar vor dem Rathaus, hat aufstellen lassen und ihn der Öffentlichkeit übergeben und gewidmet hat, so dass die im Streit befindliche Darstellung einer Vielzahl von Personen zugänglich ist. Es entspricht allgemeiner Auffassung (vgl. nur Rennert, in: Eyermann, VwGO, 10. Aufl. [1998], § 40 Rdnr. 80 m. w. Nachw.), dass der Abwehranspruch des Kl. die Kehrseite des Eingriffs der Bekl. ist und dessen Rechtsnatur teilt. Der Abwehranspruch ist danach dann ein dem öffentlichen Recht zuzuordnender , Anspruch, wenn das ihm zugrunde liegende Verwaltungshandeln öffentlich-rechtlich ist. Es bedarf nach dem vorstehend Ausgeführten keiner weiteren Erörterung, dass der Eingriff - das Aufstellen des Brunnens und dessen Widmung - öffentlich-rechtlicher Natur ist. Folglich gilt dies auch für den Abwehranspruch."

II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Klagebegehren, § 88 VwGO. Vorliegend möchte der Kl. die Beseitigung der ihn abbildenden Tafel erreichen. Dabei handelt es sich mangels regelnden Charakters nicht um einen Verwaltungsakt, sondern um schlichtes Verwaltungshandeln. Selbiges ist mit der allgemeinen Leistungsklage zu erstreiten. Diese ist in der VwGO nicht explizit geregelt, aber vielerorts erwähnt (z.B. §§ 43 II, 111 VwGO) und darüber hinaus als übergeordnete Klageart in der Rechtsordnung allgemein als statthaft anerkannt.

III. Klagebefugnis

Gem. § 42 II VwGO analog müßte der Kl. klagebefugt sein. Dies ist der Fall, wenn er geltend machen kann, durch das Verhalten der Bekl. in seinen subjektiv-öffentlichen Rechten verletzt zu sein. In einer Leistungssituation ist dies der Fall, wenn ihm möglicherweise ein Anspruch auf das begehrte Handeln zusteht. Als Anspruchsgrundlagen kommt hier der öffentlich-rechtliche Folgenbeseitigungsanspruch in Betracht. Es erscheint zumindest nicht von vornherein ausgeschlossen, daß dem Kl. hieraus Ansprüche zustehen, so dass er auch klagebefugt ist.

IV. Klagegegner

Der Klagegegner bei der allg. Leistungsklage ist mangels gesetzlicher Regelungen nach dem allgemeinen Rechtsträgerprinzip zu ermitteln. Rechtsträger ist hier die Stadt, die als Gebietskörperschaft juristische Person des öffentlichen Rechts ist. Diese ist auch verklagt worden.

V. Allg. Rechtsschutzinteresse

Für den verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz müßte ferner ein Rechtsschutzinteresse bestehen. Dieses wäre nur dann nicht gegeben, wenn dem Kl. eine einfachere, billigere oder schnellere Möglichkeit eröffnet wäre, sein Ziel zu erreichen. Als solches kommt zunächst ein Antrag bei der Bekl. in Betracht. Einen solchen hat der Kl. nicht gestellt. Das VG lässt das - von der wohl h.M. bejahte - grundsätzliche Erfordernis eines solchen offen, da jedenfalls für den hier vorliegenden Fall der offensichtlichen Aussichtslosigkeit desselben eine Ausnahme gelte:

"Der Zulässigkeit der Klage steht im vorliegenden Fall nicht entgegen, dass der Kl. vor Erhebung der Klage keinen Antrag bei der Bekl. gestellt hat. Selbst wenn man die vorherige Antragstellung bei der Behörde grundsätzlich als Zulässigkeitsvoraussetzung fordern wollte (so VGH Mannheim, NVwZ 1990, 892, 893; Schmitt-Glaeser, VwProzR, Rz. 388; a.A. Schenk, ProzR, 7. Aufl. 2000, Rdnr. 363; Bettermann, DVBl 1969, 703), so war ein Antrag im vorliegenden Fall deshalb entbehrlich, da er - wie sich nicht zuletzt aus den Einlassungen der Bekl. im gerichtlichen Verfahren ergibt - ohnehin keinerlei Aussicht auf Erfolg gehabt hätte und eine solche Zulässigkeitsvoraussetzung im hiesigen Verfahren eine bloße Förmelei gewesen wäre. Dementsprechend nimmt die Rechtsprechung für den Fall eines nicht durchgeführten Vorverfahrens nach § 68 VwGO an, dass dies dann unschädlich sein soll, wenn sich die Behörde - wie hier - rügelos zur Sache einlässt (BVerwGE 95, 321)."

Die Klage ist damit insgesamt zulässig.

B. Beiladung

Nach Ansicht des VG war der Künstler, welcher den Brunnen geschaffen hat, dem Rechtsstreit notwendig (§ 65 III VwGO) beizuladen [Zitat aus dem Beschluss vom 9.4.1999]:

"Gemäß § 65 II VwGO ist beizuladen, wer an einem streitigen Rechtsverhältnis als Dritter derart beteiligt ist, dass die Entscheidung auch ihm gegenüber nur einheitlich ergehen kann (notwendige Beiladung). […] Der Brunnen mit der genannten Bronzerelieftafel wurde von dem Beigel. erstellt […]. Das Begehren des Kl., die Bekl. zur Beseitigung dieser einen Bronzerelieftafel […] zu verurteilen, erfordert zwingend die Beiladung des Künstlers. Würde dem Begehren des Kl. nämlich zu entsprechen sein, berührte diese Entscheidung das Urheberrecht des Beigel. aus § 14 UrhG. Das Kunstwerk, an welchem das Urheberrecht des Beigel. unstreitig besteht, ist als ein einheitliches Ganzes zu sehen. Daraus folgt, dass die Beseitigung eines Teils dieses Kunstwerks sein Urheberpersönlichkeitsrecht aus § 14 UrhG betreffen würde (vgl. hierzu jüngst BGH, NJW 1999, 790) und geeignet wäre, ihn in seinen, durch das Urheberrechtsgesetz verliehenen Rechten (vgl. insb. § 39 I UrhG) zu verletzen. Obwohl der Beigel. keinen Anspruch darauf hat, sein Werk an einer bestimmten Stelle auszustellen und auch die Erhaltung eines Werkes vom Erwerber nicht verlangt bzw. dessen Vernichtung nicht verboten werden kann, billigen ihm die Vorschriften des Urheberrechtsgesetzes dennoch grundsätzlich das Recht zu, dass dem Erwerber die Veränderung der individuellen Gestaltung untersagt wird und das Werkstück nicht durch einen Dritten - sei dieser auch der nutzungsberechtigte Eigentümer - entstellt oder auf andere Weise beeinträchtigt wird. Dieses Spannungsverhältnis zwischen der Bekl. als Eigentümerin der Bronzerelieftafel und dem Beigel. als deren Urheber macht die Beiladung in vorliegendem Fall notwendig, denn die Entscheidung über das Begehren des Kl. kann beiden gegenüber nur einheitlich ergehen."

C. Begründetheit

Die Klage ist begründet, soweit dem Kl. der geltend gemachte Anspruch zusteht.

Als Anspruchsgrundlage kommt nur der öffentlichrechtliche Folgenbeseitigungsanspruch (FBA) in Betracht. Dieser ist gesetzlich nicht geregelt, über seine konkrete Herleitung besteht Streit (vertreten werden: eine Analogie zu §§ 823, 1004 BGB; aus dem Rechtsstaatsprinzip; aus den Grundrechten). Über Existenz, Voraussetzungen und Rechtsfolge des FBA besteht jedoch so weitgehende Einigkeit, dass schon von Gewohnheitsrecht gesprochen werden kann (BVerwG, NVwZ 1994, 275, 276), weshalb der FBA unzweifelhaft Bestandteil der geltenden Rechtsordnung ist. Der Herleitungsfrage muss daher nicht weiter nachgegangen werden.

[Anm.: Eine Analogie zu §§ 823, 1004 BGB wird dem Charakter des FBA als Rechtsinstitut des öffentlichen Rechts nicht gerecht; das Rechtsstaatsprinzip ist für sich genommen kein subjektives Recht, vermag also den Anspruchscharakter nicht zu begründen. Die h.M. leitet den FBA daher aus den Freiheitsgrundrechten ab. Diese vermitteln subjektiv-öffentliche Rechte. Zudem wäre der Grundrechtsschutz wertlos, wenn der Staat nicht auf Beseitigung der Folgen rechtswidriger Grundrechtseingriffe in Anspruch genommen werden könnte. Der FBA ist den Grundrechten daher immanent. Vgl. zur Herleitung ausführlich Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. , S. 293 ff.]

I. Tatbestand

"Ein Anspruch auf Folgenbeseitigung ist nach insoweit unumstrittenen Stand der Rechtsprechung unter folgenden Voraussetzungen grundsätzlich gegeben: Es muss ein hoheitlicher Eingriff vorliegen, der ein subjektives Recht des Betroffenen verletzt. Für den Betroffenen muss dadurch ein rechtswidriger Zustand entstanden sein, der andauert. Ferner muss die Beseitigung tatsächlich und rechtlich möglich und der Behörde zumutbar sein. Diese - hier nur verkürzt dargestellten - Voraussetzungen sind in der Rechtsprechung des BVerwG wiederholt herausgearbeitet und behandelt worden (vgl. BVerwGE 69, 366, 370; 82, 24, 25; 82, 76 95; NVwZ 1994, 275, 276), so dass hinsichtlich der tatbestandlichen Voraussetzungen auf die genannten Entscheidungen verwiesen werden kann."

1. Eingriff in ein subjektiv-öffentliches Recht des Kl.

a. Subjektiv-öffentliches Recht

Als subjektiv-öffentliches Recht des Kl. kommt vorliegend nur das allgemeine Persönlichkeitsrecht in Betracht:

"Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ergänzt als "unbenanntes" Freiheitsrecht die speziellen ("benannten") Freiheitsrechte, die, wie etwa die Gewissens- oder Meinungsfreiheit, ebenfalls konstituierende Elemente der Persönlichkeit schützen. Seine Aufgabe ist es, im Sinne des obersten Konstitutionsprinzips der "Würde des Menschen" (Art. 1 I GG) die engere persönliche Lebenssphäre und die Erhaltung ihrer Grundbedingungen zu gewährleisten, die sich durch die traditionellen konkreten Freiheitsgarantien nicht abschließend erfassen lassen (BVerfGE 54, 148, 153). Dazu gehört auch die soziale Anerkennung des

Einzelnen. Aus diesem Grunde umfasst das allgemeine Persönlichkeitsrecht nebst dessen einfach-gesetzlicher Ausprägung (vgl. etwa zum "Recht am eigenen Bild" gem. §§ 22 und 23 KunstUrhG und den Grenzen der Befugnis, einem Foto einen erfundenen und ehrverletzenden Begleittext anzufügen, OLG München, NJW-RR 1998, 1036) etwa den Schutz vor Äußerungen, die geeignet sind, sich abträglich auf das Bild des Einzelnen in der Öffentlichkeit auszuwirken (BVerfG, NJW 1999, 1322, 1323). Derartige Äußerungen gefährden die von Art. 2 I GG gewährleistete freie Entfaltung der Persönlichkeit, weil sie das Ansehen des Einzelnen schmälern, seine sozialen Kontakte schwächen und infolgedessen sein Selbstwertgefühl untergraben können. Allerdings reicht der Schutz dieses Grundrechts nicht so weit, dass es dem Einzelnen einen Anspruch darauf verleiht, in der Öffentlichkeit nur so dargestellt zu werden, wie er sich selber sieht oder von anderen gesehen werden möchte (BVerfG, NJW 2000, 1859, 1860; 2000, 2189; NJW 1999, 1322, 1323). Jedenfalls wird er aber vor verfälschenden oder entstellenden Darstellungen seiner Person geschützt, die von nicht ganz unerheblicher Bedeutung für die Persönlichkeitsentfaltung sind (BVerfGE 97, 125, 148 f.; 97, 391, 403).”

b. Eingriff

Die Bekl. hat durch die Aufstellung des Brunnens auf dem Marktplatz der Stadt in den Schutzbereich des Art. 2 I GG eingegriffen. Der Kl. wird durch ihr Verhalten einem großen Kreis von Bürgern, Einwohnern und Ortsfremden als Anführer einer Gruppe verbrecherischer Nazi-Schergen präsentiert. In Fällen der vorliegenden Art obliegt es dem Gericht zunächst, den in Kunst gekleideten Aussagekern zu ermitteln (vgl. zur Karikatur: BVerfG, NJW 1987, 2661, 2662). Wird eine Person - wie hier - im Zusammenhang mit der Vertreibung von Juden im Dritten Reich als Täter, zumal als deren Anführer, dargestellt, so wird ihr mit dieser Darstellung eine eindeutig abträgliche und verletzende Wertung untergeschoben. Auch der Beigel. und die Bekl. haben sich diese Auffassung zu Eigen gemacht, indem dieses Ereignis der Stadtgeschichte mit einer deutlich negativen schriftlichen Inschrift versehen wurde. Als Aussagekern könnte ein unvoreingenommener Betrachter zu der Annahme gelangen, der Kl. sei an diesen schändlichen Vorgängen in der Stadt beteiligt gewesen. Mit diesem Aussagekern wäre ein tief greifender Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Kl. verbunden, denn der Kl. ist der Teilnahme an solchen Handlungen nicht nur auf Grund seines Alters unverdächtig. Aber auch dann, wenn man annimmt, dessen Darstellung auf dem Brunnen erschöpfe sich in einer charakterlichen Gleichstellung seiner Person und jener der damaligen Täter, läge in der damit einhergehenden Aussage ein sehr weit gehender Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Kl., zumal dieser zu einer solchen Darstellung offensichtlich keinen Anlass gegeben hat. Allerdings muss bei Äußerungen und - erst recht - bei künstlerischen Darstellungen hinterfragt werden, ob sich nicht auch ein anderes Verständnis des Kunstwerks aufdrängt oder aufdrängen muss (so zur Meinungsäußerung BVerfGE 93, 266, 296; zur Kunstfreiheit BVerfGE 75, 369). Dies ist nach Auffassung der Kammer aber nicht der Fall. Zwar hat der Kl. unzweifelhaft an der Vertreibung der jüdischen Mitbürger nicht mitgewirkt. Diejenigen Betrachter, welche die Figur des Anführers mit dem Kl. in Verbindung bringen, werden somit nicht die Assoziation entwickeln, dass der Kl. selbst Schuld auf sich geladen hat. Umso mehr werden sich gerade diese Betrachter die Frage stellen, was den Beigel. dazu bewogen hat, den Kl. derart negativ darzustellen. Nach Auffasung der Kammer werden dem Kl. mit dieser Darstellung Eigenschaften zugeschrieben, die ihn zumindest als (spätgeborenen) Sympathisanten der dargestellten Gruppe, wenn nicht sogar als potenziellen Täter in der heutigen Zeit erscheinen lassen. Gelangt man daher - wie die erkennende Kammer - zu der Überzeugung, dass die Figur den Kl. zeigt, ist eine mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht noch vereinbare Assoziation nicht möglich und erkennbar auch nicht beabsichtigt. Soweit die Bekl. ausgeführt hat, der Beigel. habe in der Szene darstellen wollen, dass sich das damals Geschehene auch heute noch wiederholen könne, wird dem Kl. sogar unmittelbar der Vorwurf untergeschoben, dass er in diesem Falle wohl Anführer einer solchen Bewegung sein werde.”

2. Hoheitliches Handeln

Das Handeln der Bekl. liegt im Aufstellen des Brunnens und dessen Widmung an die Öffentlichkeit. Dass dieses hoheitlicher Natur war, wurde zum Verwaltungsrechtsweg bereits ausgeführt.

3. Kausalität zwischen hoheitlichem Handeln und Eingriff

Das Aufstellen des Brunnens kann auch nicht hinweggedacht werden, ohne dass die Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts des Kl. entfiele; könnte die Öffentlichkeit mangels Aufstellens des Brunnens keine Notiz von der Bronzereliefttafel nehmen, wäre der Kl. in seinem sozialen Geltungsanspruch auch nicht herabgesetzt. Mithin war das hoheitliche Handeln kausal für den Eingriff in das Persönlichkeitsrecht.

4. Rechtswidrigkeit der Folge

Das Aufstellen des Brunnens mit der Relieftafel war rechtswidrig, wenn der Kl. nicht zur Duldung verpflichtet ist. Nach Auffassung der Kammer besteht eine solche Duldungspflicht nicht:
"Der Eingriff in den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist auch nicht gerechtfertigt. Nach Art. 2 I GG wird das allgemeine Persönlichkeitsrecht durch die verfassungsgemäße Ordnung einschließlich der Rechte anderer beschränkt. Es wird somit nicht schrankenlos gewährleistet, sondern steht unter dem Vorbehalt sonstiger normativer Regelungen. Rechte anderer können das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Kl. im hiesigen Fall aber nicht beschränken:"

a. Duldungspflicht aus Grundrechten
"Die Bekl. kann sich als Eigentümerin des Brunnens weder auf Art. 14 noch auf Art. 5 III 1 GG berufen. Dies ergibt sich nach der Rechtsprechung des BVerfG bereits aus dem Umstand, dass die Grundrechte nach ihrer Geschichte und ihrem heutigen Inhalt in erster Linie individuelle Rechte, Menschen- und Bürgerrechte sind, die den Schutz konkreter, besonders gefährdeter Bereiche menschlicher Freiheit zum Gegenstand haben (BVerfGE 68, 193, 205). Demgemäß dienen sie vorrangig dem Schutz der Freiheitssphäre des einzelnen Menschen als natürlicher Person gegen Eingriffe der staatlichen Gewalt (Abwehrrecht); darüber hinaus sichern sie Voraussetzungen und Möglichkeiten für eine freie Mitwirkung und Mitgestaltung im Gemeinwesen (Teilhaberecht). Juristische Personen als Grundrechtsinhaber anzusehen und sie in den Schutzbereich bestimmter materieller Grundrechte einzubeziehen, ist nur dann gerechtfertigt, wenn deren Bildung und Betätigung Ausdruck der freien Entfaltung der privaten natürlichen Personen ist, insbesondere wenn der "Durchgriff" auf die hinter ihnen stehenden Menschen es als sinnvoll und erforderlich erscheinen lässt. Diese Voraussetzungen sind nach der Rechtsprechung des BVerfG bei juristischen Personen des Privatrechts vielfach erfüllt. Bei ihnen kann daher grundsätzlich von einer möglichen Grundrechtsfähigkeit ausgegangen und sodann im Einzelfall geprüft werden, ob das etwa mit der Verfassungsbeschwerde geltend gemachte einzelne Grundrecht seinem Wesen nach auf den jeweiligen Bf. anwendbar ist. Demgegenüber sind die materiellen Grundrechte auf juristische Personen des öffentlichen Rechts nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG grundsätzlich nicht anwendbar. Jedenfalls gilt dies, soweit sie - wie hier - öffentliche Aufgaben erfüllen (BVerfGE 68, 193, 205). Denn die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch juristische Personen des öffentlichen Rechts vollzieht sich in aller Regel nicht in Wahrnehmung unabgeleiteter, ursprünglicher Freiheiten, sondern auf Grund von Kompetenzen, die vom positiven Recht zugeordnet, inhaltlich bemessen und begrenzt sind. Die Regelung dieser Beziehungen und die Entscheidung daraus resultierender Konflikte sind nicht Gegenstand der Grundrechte, weil der unmittelbare Bezug zum Menschen fehlt (BVerfG, a.a.O.)"

[Anm.: Das Gericht stellt in seinem Urteil ferner klar, dass die Kunstfreiheit des Art. 5 III GG den vorliegenden Eingriff selbst dann nicht rechtfertigen könnte, wenn die Bekl. sich darauf berufen könnte:
"a. Selbst wenn sich die Bekl. aber auf die Kunstfreiheit berufen könnte und deshalb Art. 2 I GG im Wege der praktischen Konkordanz mit Art. 5 III 1 GG einzuschränken wäre, stünde dies dem Beseitigungsbegehren des Kl. nicht entgegen. Die Kunstfreiheit (Art. 5 III 1 GG) schützt zunächst den Werkbereich, um den es hier aber erkennbar nicht geht, und den Wirkbereich eines Kunstwerks (grdl. BVerfGE 30, 173, 189 - Mephisto). Sie eröffnet den personellen Anwendungsbereich nicht nur zu Gunsten des Künstlers, sondern billigt auch demjenigen den Schutz des Grundrechts zu, der - wie hier die [Bekl.] - das Kunstwerk der Öffentlichkeit zugänglich macht und sein Wirken erst ermöglicht. Sinn und Aufgabe des Grundrechts aus Art. 5 III 1 GG ist es vor allem, die auf der Eigengesetzlichkeit der Kunst beruhenden, von ästhetischen Rücksichten bestimmten Prozesse, Verhaltensweisen und Entscheidungen von jeglicher Ingerenz öffentlicher Gewalt freizuhalten. Die Art und Weise, in der ein Künstler der Wirklichkeit begegnet und die Vorgänge gestaltet, die er in dieser Begegnung erfährt, darf ihm nicht vorgeschrieben werden, wenn der künstlerische Schaffensprozess sich frei entwickeln können soll. Über die "Richtigkeit" seiner Haltung gegenüber der Wirklichkeit kann nur der Künstler selbst entscheiden. Insoweit bedeutet die Kunstfreiheitsgarantie das Verbot, auf Methoden, Inhalte und Tendenzen der künstlerischen Tätigkeit einzuwirken, insbesondere den künstlerischen Gestaltungsraum einzuengen, oder allgemein verbindliche Regeln für diesen Schaffensprozess vorzuschreiben.
Es dürfte nach dem vorstehend Ausgeführten unzweifelhaft sein, dass der Brunnen in seiner Gesamtheit ein Kunstwerk ist, welches dem Schutzbereich des Art. 5 III 1 GG unterfällt. Nicht von Bedeutung ist es insofern, dass von einem Teil des Kunstwerks die hier im Streit stehende Persönlichkeitsverletzung des Kl. ausgeht, da das BVerfG selbst in den Fällen, in denen durch Veröffentlichung einer Karikatur eine Straftat nach § 185 StGB begangen wird, die entsprechende Zeichnung - da Kunst - dem Schutzbereich des Art. 5 III 1 GG unterstellt hat (BVerfG, NJW 1987, 2661, 2662) […].

b. Andererseits ist das Freiheitsrecht nicht schrankenlos in einem Sinne gewährt, dass der Kunst alle weiteren Freiheiten Dritter weichen müssten. Jedoch kommt der Vorbehaltlosigkeit des Grundrechts die Bedeutung zu, dass die Grenzen der Kunstfreiheitsgarantie nur von der Verfassung selbst zu bestimmen sind. Da die Kunstfreiheit keinen Vorbehalt für den einfachen Gesetzgeber enthält, darf sie weder durch die allgemeine Rechtsordnung noch durch eine unbestimmte Klausel relativiert werden, welche ohne verfassungsrechtlichen Ansatzpunkt und ohne ausreichende rechtsstaatliche Sicherung auf eine Gefährdung der für den Bestand der staatlichen Gemeinschaft notwendigen Güter abhebt.

b. Vielmehr ist ein im Rahmen der Kunstfreiheitsgarantie zu berücksichtigender Konflikt nach Maßgabe der grundgesetzlichen Wertordnung und unter Berücksichtigung der Einheit dieses grundlegenden Wertsystems durch Verfassungsauslegung zu lösen. Die Freiheitsverbürgung in Art. 5 III 1 GG geht nämlich wie alle Grundrechte vom Menschenbild des Grundgesetzes aus, das heißt vom Menschen als eigenverantwortlicher Persönlichkeit, die sich innerhalb der sozialen Gemeinschaft frei entfaltet (BVerfG, NJW 1971, 1645). Als Teil des grundrechtlichen Wertsystems ist die Kunstfreiheit daher insbesondere der in Art. 1 GG garantierten Würde des Menschen zugeordnet, die als oberster Wert das ganze grundrechtliche Wertsystem beherrscht und kann darüber hinaus mit dem ebenfalls verfassungsrechtlich geschützten Persönlichkeitsbereich in Konflikt geraten, weil ein Kunstwerk auch auf der sozialen Ebene Wirkungen entfalten kann. Dass im Zugriff des Künstlers auf Persönlichkeits- und Lebensdaten von Menschen seiner Umwelt der soziale Wert- und Achtungsanspruch des Dargestellten betroffen sein kann, ist darin begründet, dass ein solches Kunstwerk nicht nur als ästhetische Realität wirkt, sondern daneben ein Dasein in den Realien hat, die zwar in der Darstellung künstlerisch überhöht werden, damit aber ihre sozialbezogenen Wirkungen nicht verlieren. Diese Wirkungen auf der sozialen Ebene entfalten sich "neben" dem eigenständigen Bereich der Kunst; gleichwohl müssen sie auch im Blick auf den Gewährleistungsbereich des Art. 5 III 1 GG gewürdigt werden, da die "reale" und die "ästhetische" Welt im Kunstwerk eine Einheit bilden.

c. Ausgehend hiervon wäre im vorliegenden Fall selbst dann dem verfassungsrechtlich verbürgten Persönlichkeitsrecht des Kl. der Vorrang vor der Kunstfreiheit einzuräumen, wenn sich die den Wirkbereich vermittelnde Bekl. auch als Hoheitsträgerin oder der Beigel., dem das Kunstwerk (nach wie vor) als schaffender Künstler zugerechnet wird, auf Art. 5 III 1 GG berufen könnten. Insoweit ist bei der Abwägung namentlich zu berücksichtigen, dass sich das "Abbild" des Kl. gegenüber dem "Urbild" kaum verändert hat, sieht man einmal von materialbedingten Änderungen ab. Gesicht und Haartracht des Kl. sind auf der Figur nahezu realitätsgetreu dargestellt. Ergibt eine solche kunstspezifische Betrachtung, dass sich das Abbild nicht im Gesamtorganismus des Kunstwerks verselbstständigt hat, sondern dass es sich bei dem Abbild - wie hier - lediglich um ein Porträt des Urbildes handelt, so kommt es für die Abwägung auf das Ausmaß der Beeinträchtigung für den Ruf des Betroffenen an (BVerfG NJW 1971, 1645; Henschel, NJW 1990, 1937, 1941).

Bereits oben wurde ausgeführt, dass die konkrete Darstellung des Kl. diesen im Kern seiner Ehre trifft. Es gibt keinerlei Tatsachen, die für einen wahren (Tatsachen-)Kern der Darstellung sprechen könnten. Der Kl. war weder im Dritten Reich selbst an der Vertreibung und Vernichtung der jüdischen Bevölkerung beteiligt, noch haben die Beteiligten Umstände vorgetragen, welche die dem Kl. durch die Darstellung zugeschriebenen Charaktereigenschaften auch nur im Ansatz rechtfertigen könnten. Insbesondere kann in der Darstellung schon deshalb kein "berechtigter Gegenschlag" (vgl. zum Begriff BVerfG, NJW 1987, 2661, 2662) gesehen werden, da sich der Kl. in der (kommunal-)politischen Auseinandersetzung um den Brunnen nicht derlei Mittel wie der gegen ihn eingesetzten bedient hat."]

b. Duldungspflicht aus der Selbstverwaltungsautonomie

"Auch Art. 28 II 1 GG steht der Bekl. in diesem Zusammenhang schon deshalb nicht zur Seite, da das kommunale Selbstverwaltungsrecht keinen Schutz gegenüber Ansprüchen Dritter entfaltet und überdies Gemeinden nicht dazu dient, Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht ihrer Bürger zu rechtfertigen."

c. Duldungspflicht aus einfachem Recht

"Die Bekl. als Hoheitsträgerin kann sich daher allenfalls auf einfach-gesetzliches Recht berufen. Eine den Eingriff rechtfertigende Vorschrift vermag die Kammer aber auch im einfachen Recht, insbesondere in den Vorschriften über den Schutz des Eigentums (§§ 903 ff. BGB) nicht zu erkennen, zumal die maßgeblichen Vorschriften des Privatrechts ohnehin nichts über das Verhältnis des Eigentums zum Persönlichkeitsrecht Dritter besagen."

5. Fortdauer der Folge

Der Brunnen befindet sich nach wie vor auf dem Rathausvorplatz der Bekl., so dass die Öffentlichkeit weiterhin Kenntnis von der Relieftafel nehmen kann. Die damit verbundene Verletzung des Persönlichkeitsrechts des Kl. dauert mithin an.

6. Kein Ausschluss

Der Anspruch könnte jedoch ausgeschlossen sein, wenn der Bekl. die Beseitigung der Relieftafel unmöglich wäre. Unmöglichkeit kann in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht bestehen. Hier kommt eine rechtliche Unmöglichkeit wegen der Rechte des Beigel. an dem von ihm geschaffenen Kunstwerk in Betracht. Solche könneten sich aus dessen Kunstfreiheit (Art. 5 III GG) sowie dessen Urheberrecht ergeben.

a. Kunstfreiheit

"Sofern sich der Beigel. gegenüber der [Bekl.] möglicherweise auf Art. 5 III 1 GG berufen wird, kann an dieser Stelle nichts anderes gelten, als bereits oben [siehe die Anmerkung zur Duldungspflicht aus Grundrechten] ausgeführt wurde. Es wäre mit dem verfassungsrechtlich verbürgten allgemeinen Persönlichkeitsrecht nicht zu vereinbaren, könnte dem Kl. auf diese Weise der Einwand rechtlicher Unmöglichkeit anspruchsvernichtend entgegen gehalten werden. Daher hat auch die Kunstfreiheit des Beigel. hinter dem Persönlichkeitsrecht des Kl. zurück zu treten."

b. Urheberrecht

"Nichts Anderes gilt im Ergebnis für das nach wie vor bestehende Urheberrecht des Beigel. an dem Brunnen. Das Urheberrecht ist nach der Rechtsprechung des BVerfG nicht dem Schutzbereich des Art. 5 III 1 GG zugeordnet (BVerfGE 31, 229), sondern unterfällt, zumindest soweit daraus ein (vermögenswertes) Verwertungsrecht folgt, um das es bei dem vorliegenden Streit aber wohl nicht geht, der Eigentumsgarantie des Art. 14 I GG, in immaterieller Hinsicht möglicherweise auch Art. 2 I GG). Jedenfalls steht es - anders als die Kunstfreiheit nach Art. 5 III 1 GG - unter dem Vorbehalt einer Inhalts- und Schrankenbestimmung durch das einfache Gesetzesrecht (Art. 14 I 2 GG) bzw. dem, das unter Berufung auf das Urheberrecht nicht Rechte anderer verletzt werden dürfen (Art. 2 I GG a. E.). Bereits hieraus wird ersichtlich, dass mit dem Urheberrecht lediglich ein anderes Rechtsgut geschützt wird, dass aber unter Berufung auf selbiges im vorliegenden Fall keine weiter gehenden Eingriffe in Rechte Dritter erfolgen dürfen als unter Berufung auf die Freiheit der Kunst [wird ausgeführt]."

II. Rechtsfolge

Mithin kann der Kl. Folgenbeseitigung beanspruchen. Zum Umfang des Anspruchs führt das VG aus:

"Indes kann der Anspruch des Kl. nur insoweit reichen, als er selbst figürlich abgebildet und dadurch in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht verletzt wird. Insoweit kann er nach Auffassung der Kammer lediglich die Beseitigung des Gesichts verlangen. Bereits die dem Anführer vom Beigel. zugedachten langen Haare lassen nicht auf eine Darstellung des Kl. schließen. Auch die Bronzereliefplatte im Übrigen stellt ihn weder dar, noch verletzt sie ihn in eigenen Rechten. Überdies wird der Kl. möglicherweise nicht vermeiden können, dass die im Streit stehende Figur auf dem Brunnen auch nach deren Abänderung oder Beseitigung noch über einen längeren Zeitraum mit seiner Person in Verbindung gebracht werden wird, ohne dass sie ihn noch darstellt. Hiergegen ist er aber rechtlich ebenso wenig gefeit wie berühmte Persönlichkeiten, die, obwohl sie presserechtlich eine Gegendarstellung erstritten haben, nach wie vor den subjektiven Wahrnehmungen des jeweiligen Konsumenten ausgesetzt sind."

D. Ergebnis

Die Klage ist zulässig und, soweit es um die Beseitigung des Gesichts der abgebildeten Person geht, auch begründet; im übrigen ist die Klage unbegründet. Sie hat mithin teilweise Erfolg.

Standort: Schuldrecht **Problem: Vermittler als spätere Hilfsperson**

BGH, URTEIL VOM 14.11.2000
XI ZR 336/99 (NJW 2001, 358)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Rechtsstreit hatte der BGH über die Anfechtbarkeit eines Darlehens- und Bausparvertrages gem. §§ 142 I, 123 BGB zu befinden. Die Kl. erstrebten einen Kleinkredit und erhielten über mehrere Vermittler und Untervermittler (B-GmbH, I-GmbH, O-Vermögensberatung) ein abschlussreifes Angebot der Bekl. für einen Darlehens- und Bausparvertrag. Ein eigener persönlicher Kontakt zwischen den Parteien fand zu keinem Zeitpunkt statt; vielmehr erfolgten Beratung und Auskunftserteilung ausschließlich über die Vermittler und Untervermittler, die jedoch über die monatliche Gesamtbelastung für die Kl. bewußt falsche Angaben machten. Im Streit gerieten die Parteien nunmehr über die Frage, ob sich die Bekl. diese arglistige Täuschung ihrer Vermittler zurechnen lassen muss. Der BGH entschied sich entgegen dem BerGer. für eine Zurechnung. Übernimmt ein Vermittler, gleichgültig ob selbstständig oder nicht, mit Wissen und Wollen einer der späteren Vertragsparteien Aufgaben, die typischerweise ihr obliegen, so wird er in ihrem Pflichtenkreis tätig und ist zugleich als ihre Hilfsperson zu betrachten. Wann eine solche Einschätzung gerechtfertigt ist, lässt sich nach der Rechtsprechung des BGH nur auf Grund einer die Interessen beider Parteien wertenden Betrachtung der Einzelfallumstände entscheiden, die in diesem Fall zu bejahen waren

Prüfungsrelevanz:

Im Rahmen der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung gem. § 123 BGB sind die Fälle problematisch, wo nicht der Empfänger der Willenserklärung sondern ein Dritter die arglistige Täuschung begeht. Es stellt sich dann die Frage, ob sich der Empfänger diese arglistige Täuschung wie eine eigene gem. § 123 I BGB zurechnen lassen muss oder ob er nur bei entsprechender Kenntnis von der Täuschung durch den Dritten gem. § 123 II BGB dafür einstehen muss. Diese Streitfrage hängt von der Person des Dritten ab. Dritter gem. § 123 II BGB ist nur der am Geschäft Unbeteiligte. Kein Dritter ist, wer auf Seiten des Erklärungsempfängers steht und maßgeblich am Zustandekommen des Vertrages mitgewirkt hat, z.B. Stellvertreter, Versicherungsagenten, Strohmann, Verhandlungsgehilfe (Palandt/Heinrichs, 59. Aufl., § 123 BGB, Rdnr. 13 f., m.w.N.; vgl. ferner OLG Köln NZM 2000, 924; KG VIZ 1995, 1517.

Leitsatz:

Übernimmt ein Vermittler, gleichgültig ob selbstständig oder nicht, mit Wissen und Wollen einer der späteren Vertragsparteien Aufgaben, die typischerweise ihr obliegen, so wird er in ihrem Pflichtenkreis tätig und ist zugleich als ihre Hilfsperson zu betrachten.

Sachverhalt:

Die klagenden Eheleute wenden sich mit der Vollstreckungsgegenklage gegen die Zwangsvollstreckung der bekl. Bausparkasse aus einer notariellen Grundschuldbestellungsurkunde. Dem liegt im Wesentlichen folgender Sachverhalt zu Grunde: Die hoch verschuldeten Kl. - von Beruf Kraftfahrer und Buchhalterin wandten sich im Juni 1997 an die B-FinanzierungsvermittlungsGmbH (im Folgenden: B-GmbH), weil sie einen Kleinkredit von 6000 DM benötigten. Diese teilte ihnen mit, eine Finanzierung sei "in Ihrem Fall in der üblichen Form nicht mehr durchführbar", es gebe aber eventuell noch eine andere Finanzierungsmöglichkeit. In den nächsten Tagen werde sich ein Mitarbeiter ihres Geschäftspartners, der K-GmbH, melden und ein konkretes Angebot unterbreiten. Kurz darauf meldete sich als deren Mitarbeiter der Zeuge E telefonisch bei den Kl. und suchte sie zweimal zu Hause auf. Er schlug ihnen vor, von der I-Vertriebs- und Bauträger GmbH (im Folgenden: I-GmbH) zwei vermietete Eigentumswohnungen in B. für insgesamt 336578 DM zu kaufen und die Kaufpreise durch einen Kredit der Bekl. im Rahmen ihres so genannten "Flexi-Programms" - Vorausdarlehen in Verbindung mit einem Bausparvertrag - zu finanzieren. Nach Durchführung der Kaufverträge würden sie durch die kapitalgebende Bank 26 000 DM zur freien Verfügung erhalten. Die Kl., die später von der I-GmbH 26 000 DM erhielten, erklärten sich damit einverstanden. Einzelheiten der mit E geführten Gespräche sind streitig. Die Bekl. gewährte den Kl. zur Finanzierung der Kaufpreisforderungen ein so genanntes Vorausdarlehen in Höhe von 302 000 DM, das mit Bausparmitteln abgelöst werden sollte. Zu diesem Zweck schlossen die Parteien einen Bausparvertrag in gleicher Höhe. Die monatliche Belastung der Kl. aus Darlehen und Bausparvertrag betrug 1741,54 DM. Zur Sicherung des Darlehens, das von der Bekl. an die I-GmbH ausgezahlt wurde, bestellten die Kl. eine Grundschuld in Höhe von 302 000 DM und unterwarfen sich in der Urkunde des Notars J vom 17. 9. 1997 der sofortigen Zwangsvollstreckung in das Wohnungseigentum. Sie traten die Mieteinkünfte aus den Eigentumswohnungen an die Bekl. ab und stellten ihr als verlangte zusätzliche Sicherheit eine Bankausfallbürgschaft über 60 400 DM. Persönliche Kon-

takte zwischen den Parteien hatten vor Vertragsschluss nicht stattgefunden. Zur Vorbereitung des Darlehensvertrags erhielt die Bekl. von der 0-Vermögensberatung (im Folgenden: 0), die für sie Darlehens- und Bausparverträge vermittelte, als "Selbstauskunft" der Kl. den unteren Teil ihres früher an die B-GmbH gerichteten Kleinkreditantrags sowie eine von der K-GmbH erstellte Prognoseberechnung, die eine monatliche Belastung der Kl. von 1693 DM auswies. Die von der Bekl. vorbereiteten Anträge auf Gewährung des Vorausdarlehens und auf Abschluss eines Bausparvertrags wurden den Kl. ebenfalls über die 0 vom Zeugen E zur Unterschrift vorgelegt. Mit Schreiben vom 5. 2. 1998 erklärten die Kl. den Darlehensvertrag "für nichtig" und forderten die Bekl. auf, auf etwaige Ansprüche daraus zu verzichten. Die Bekl. ihrerseits kündigte mit Schreiben vom 24. 6. 1998 den Darlehensvertrag und verlangte von den Kl. die Rückzahlung der Schuldsumme. Dem kamen die Kl. nicht nach. Die Bekl. betreibt aus der vollstreckbaren Urkunde vom 17. 9. 1997 die Zwangsvollstreckung in das Wohnungseigentum der Kl. Die Kl. haben geltend gemacht: Nachdem die von ihnen angestrebte Aufnahme eines Anschaffungskleinkredits bei der B-GmbH gescheitert sei, habe ihnen der Zeuge E eine "andere Art von Darlehensaufnahme" vorgeschlagen. E, den sie auf ihre bereits vorhandenen Schulden hingewiesen hätten, habe ihre Bedenken zerstreut und ihnen mehrere Schriftstücke blanko zur Unterschrift vorgelegt. Die Kl. fühlen sich getäuscht und meinen, die Bekl. müsse sich das Verhalten der K-GmbH und des Zeugen E zurechnen lassen. Die Bekl. hat demgegenüber vorgetragen, sie habe den Kl. das Darlehen auf Grund der ihr über die 0 hereingegebenen Unterlagen gewährt, insbesondere auf Grund der Angabe in der Prognoseberechnung, dass keine anderweitigen Verpflichtungen der Kl. bestünden und ein Eigenkapital von 57 000 DM vorhanden sei. Das Verhalten des Mitarbeiters der K-GmbH E sei ihr nicht zuzurechnen. Hat die von den Kl. eingelegte Vollstreckungsgegenklage Aussicht auf Erfolg?

Lösung:

A. Zulässigkeit

Die von den Kl. erhobene Vollstreckungsgegenklage gem. § 767 ZPO müsste zunächst in prozessualer Hinsicht zulässig sein.

I. Statthaftigkeit der Vollstreckungsgegenklage

Zuerst müsste die Vollstreckungsgegenklage statthaft sein, d.h. sie müsste zur Erreichung des angestrebten Rechtsschutzziels überhaupt den geeigneten Rechtsbehelf darstellen. Gem. § 767 I ZPO ist eine Vollstreckungsgegenklage statthaft, wenn die Kl. materiell-rechtliche Einwendungen gegenüber den durch ein Urteil festgestellten Anspruch erheben.

1. Durch Urteil festgestellter Anspruch

Die Kl. wenden sich mit der Vollstreckungsgegenklage jedoch nicht gegen einen durch Urteil festgestellten Anspruch, sondern gegen die Zwangsvollstreckung der Bekl. aus einer notariellen Grundschuldbestellungsurkunde. Durch die Grundschuldbestellung der Kl. gem. §§ 873 I, 1191, 1192, 1115 ff. BGB erwarb die Bekl. den Anspruch, eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück zu fordern. Gem. §§ 1192, 1147 BGB erfolgt dabei die Verwertung des Grundstücks und die Auszahlung an den Grundschuldsinhaber im Wege der Zwangsvollstrekkung.

Bezüglich dieses Anspruchs haben sich die Kl. im Rahmen einer notariellen Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen. Eine solche notarielle Urkunde mit Unterwerfungsklausel stellt gem. § 794 I Nr. 5 ZPO ebenfalls einen Vollstreckungstitel. Deshalb sind alle Vorschriften über Urteile gem. §§ 795, 797 ZPO auch für derartige notarielle Urkunden anwendbar, insbesondere die zwangsvollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelfe.

Folglich können die Kl. die Vollstreckungsgegenklage auch gegenüber dem Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung gem. §§ 1192, 1147 BGB aus der notariellen Grundschuldbestellungsurkunde erheben.

2. Materiell-rechtliche Einwendung

Die Kl. müssten gegenüber dem titulierten Anspruch materiell-rechtliche Einwendungen derart erheben, dass nach ihrem Vortrag der Anspruch nicht, nicht mehr, nicht in der Höhe, nicht in der Art besteht oder durchsetzbar ist.

[Anm.: An dieser Stelle kommt es nicht darauf an, ob die materiell-rechtliche Einwendung tatsächlich besteht oder nicht, sondern nur ob sie erhoben wird. Die Prüfung, ob die geltend gemachte Einwendung tatsächlich besteht, ist in der Begründetheit erst vorzunehmen.]

Die Grundschuldbestellung diente zur Sicherung eines Darlehens, das die Bekl. den Kl. im Rahmen ihres sog. "Flexi - Programms" gewährt hatte. Gegenüber diesem Darlehensvertrag erklärten die Kl. die Anfechtung und berufen sich auf eine arglistige Täuschung durch den Zeugen E und die K-GmbH, die sich die Bekl. zurechnen lassen müsse.

Aufgrund der Abstraktheit der Grundschuld lässt eine

Anfechtung der zugrundeliegenden gesicherten Forderung dieselbe in ihrem Bestand unberührt. Jedoch erwirbt der Grundschuldbesteller aufgrund des Sicherungsvertrages, der die abstrakte Grundschuld mit der zu sichernden Forderung auf schuldrechtliche Weise verknüpft, eine vertraglichen Anspruch auf Rückgewähr der Grundschuld. Dieser schuldrechtliche Anspruch auf Rückgewähr der Grundschuld kann dann im Wege der "dolo agit" - Einrede gem. § 242 BGB geltend gemacht werden, so dass der Anspruch aus Grundschuld nicht mehr durchsetzbar ist. Darin liegt eine materiell-rechtliche Einwendung gegenüber dem titulierten Anspruch.

II. Zuständigkeit des angerufenen Gerichts
Ausschließlich zuständig für Vollstreckungsgegenklagen ist gem. §§ 767 I, 802 ZPO das Prozessgericht des ersten Rechtszuges. Diese Zuständigkeitsregel ist aber nur sinnvoll, wenn es sich um eine Vollstreckungsgegenklage gegen einen durch Urteil festgestellten Anspruch handelt. Bei durch notarielle Urkunden titulierten Ansprüchen fehlt es mangels eines gerichtlichen Verfahrens an einem Prozessgericht des ersten Rechtszuges. Deshalb ordnen §§ 797 V, 802 ZPO für diesen Fall an, dass örtlich ausschließlich das Gericht zuständig ist, bei dem der Vollstreckungsschuldner - hier: die Kl. - seinen allgemeinen Gerichtsstand hat. Die sachliche Zuständigkeit richtet sich mangels besonderer Vorschriften nach den allgemeinen Regeln gem. §§ 23 ff., 71 GVG.
Damit ist das Landgericht am Wohnsitz der Kl. für diese Vollstreckungsgegenklage zuständig.

III. Rechtsschutzbedürfnis
Die Kl. müssten für ihre Klage auch Rechtsschutzbedürfnis aufweisen. Bei den zwangsvollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelfen ist das Rechtsschutzbedürfnis vor allem in zeitlicher Hinsicht zu prüfen. Danach besteht ein Rechtsschutzbedürfnis nur vom Beginn der Zwangsvollstreckung bis zu deren Ende. Beendet ist eine Zwangsvollstreckung erst dann, wenn der Gläubiger endgültig befriedigt ist und der Titel nebst Quittung dem Schuldner ausgehändigt worden ist, § 757 ZPO.
Die Bekl. betreibt die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Grundschuldsbestellungsurkunde in das Wohnungseigentum, d.h. die Zwangsvollstreckung hat begonnen. Eine Begleichung ihrer Darlehensrückzahlungsforderungen hat die Bekl. aber noch nicht erfahren, so dass mangels Befriedigung das Zwangsvollstreckungsverfahren noch läuft.
Ein Rechtsschutzbedürfnis für die Kl. ist damit vor allem in zeitlicher Hinsicht gegeben.

IV. Ergebnis
Die Vollstreckungsgegenklage ist zulässig.

B. Begründetheit
Zur Begründetheit einer Vollstreckungsgegenklage ist erforderlich, dass die von der Kl. - Seite vorgebrachte materiell-rechtliche Einwendung gegenüber dem titulierten Anspruch tatsächlich vorliegt und nicht gem. § 767 II ZPO ausgeschlossen ist.

I. Vorliegen einer materiell-rechtlichen Einwendung gegenüber dem titulierten Anspruch
Gegenüber dem durch notarielle Urkunde titulierten Anspruch der Bekl. auf Duldung der Zwangsvollstreckung gem. §§ 1192, 1147 BGB könnten sich die Bekl. auf die "dolo agit" - Einrede gem. § 242 BGB berufen, wenn sie aus dem Sicherungsvertrag mit der Bekl., der als Verpflichtungsgeschäft der Grundschuldbestellung zugrunde liegt, einen Rückgewähranspruch auf die Grundschuld haben. Einen solch vertraglichen Rückgewähranspruch hat man als Besteller einer Sicherungsgrundschuld u.a. dann, wenn die zu sichernde Forderung nicht oder nicht mehr besteht.

[Anm.: Selbst wenn dieser Rückgewähranspruch nicht ausdrücklich im Sicherungsvertrag vereinbart worden ist, so wird doch dann durch ergänzende Vertragsauslegung gem. §§ 133, 157 BGB hinein interpretiert.]

Durch die Grundschuldbestellung sollte ein Vorausdarlehen i.H.v. 302.000 DM, das die Bekl. den Kl. zum Wohnungseigentumserwerb gewährt hatte, abgesichert werden. Gegen den entsprechenden Darlehensvertrag erklärten die Kl. die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung gem. §§ 123, 142 I BGB.

a. Anfechtungsgrund
Für den Anfechtungsgrund gem. § 123 I 1. Alt. BGB müssten die Kl. zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung bestimmt worden sein. Täuschung erfordert dabei das Vorspiegeln oder Entstellen von Tatsachen zwecks Erregung oder Aufrechterhaltung eines Irrtums beim anderen (Palandt/Heinrichs, 60. Aufl., § 123 BGB, Rdnr. 2 ff.). Arglist setzt bedingten Vorsatz voraus, d.h. er muss mit der möglichen Unrichtigkeit seiner Angaben rechnen und dabei in Kauf nehmen, dass der andere dadurch zur Abgabe seiner Willenserklärung bestimmt wird (Palandt/Heinrichs, 60. Aufl., § 123 BGB, Rdnr. 11). Der BGH führt zum Vorliegen einer arglistigen Täuschung folgendes aus:
"Entgegen der Ansicht des BerGer. sind die Kl. durch arglistige Täuschung dazu gebracht worden,

das Vorausdarlehen der Bekl. für den Kauf der Eigentumswohnung in Anspruch zu nehmen und zugleich einen Bausparvertrag abzuschließen. Das BerGer. hat den festgestellten Sachverhalt nicht ausgeschöpft und zu Unrecht ausschließlich auf die Erklärungen des Zeugen E gegenüber den Kl. abgestellt. Die arglistige Täuschung ergibt sich aus dem unstreitigen Verhalten der K-GmbH. Diese war durch ihre Geschäftspartnerin, die B-GmbH, darüber informiert, dass die hoch verschuldeten Kl. einen Kleinkredit suchten, der ihnen versagt worden war. Mit dem durch den Zeugen E gegebenen Versprechen, nach Durchführung des von der Bekl. finanzierten Kaufvertrags werde ihnen die Bekl. 26 000 DM zur freien Verfügung auszahlen, machte sie die Kl. geneigt, mit der I-GmbH Kaufverträge über zwei Eigentumswohnungen und mit der Bekl. einen Darlehensvertrag über 302 000 DM und einen Bausparvertrag in gleicher Höhe abzuschließen. Die schriftliche Zusage, die Bekl. werde 26 000 DM an die Kl. auszahlen, war - wie jedenfalls die Verantwortlichen der K-GmbH wussten - ebenso falsch wie Teile der von ihr erstellten, den Kl. vorgelegten schwer durchschaubaren Prognoseberechnung über die monatliche Belastung. Die Prognoseberechnung berücksichtigte die Gebühren für die von den Kl. zu stellende Bankbürgschaft nicht und bezifferte die von den Kl. zu entrichtenden Zinsen auf 5,72%, während nach dem geschlossenen Darlehensvertrag effektive Jahreszinsen von 6,09% anfielen. Die in der Prognoseberechnung der K-GmbH mit 1693 DM angegebene monatliche Belastung der Kl. war dementsprechend ebenfalls falsch. Tatsächlich betrug sie 1741,54 DM, wobei die Gebühren für die Bürgschaft von 1208 DM jährlich noch nicht einmal berücksichtigt sind. Dass die Kl. von der I-GmbH später 26 000 DM ohne Rückzahlungsverpflichtung erhalten haben, ändert an der arglistigen Täuschung der Kl. durch die K-GmbH, die Bekl. werde ihnen diesen Betrag nach Durchführung des Kaufvertrags zur Verfügung stellen, nichts."

b. Person des Täuschenden

Bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen ist hinsichtlich der Person des Täuschenden zu differenzieren. Hat der Erklärungsempfänger oder einer seiner Hilfspersonen getäuscht, besteht unproblematisch ein Anfechtungsrecht. Ist die Täuschung von einem Dritten verübt worden, kann die Erklärung nur angefochten werden, wenn der Erklärungsempfänger gem. § 123 II BGB die Täuschung durch den Dritten kannte oder hätte kennen müssen.

"Gerade dieser Umstand könnte im vorliegenden Fall problematisch sein, weil die Parteien des Darlehensvertrag zu keinem Zeitpunkt in einen persönlichen Kontakt getreten sind. Vielmehr fanden die gesamten Vertragsverhandlungen stets nur über Mittelsmänner statt. Der BGH führt dazu aus:

Zu Unrecht ist das BerGer. auch davon ausgegangen, die Bekl. brauche sich die arglistige Täuschung durch die K-GmbH nicht zurechnen zu lassen, diese sei vielmehr Dritte i. S. des § 123 II BGB. Übernimmt ein Vermittler, gleichgültig ob selbstständig oder nicht, mit Wissen und Wollen einer der späteren Vertragsparteien Aufgaben, die typischerweise ihr obliegen, so wird er in ihrem Pflichtenkreis tätig und ist zugleich als ihre Hilfsperson zu betrachten (Senat, NJW-RR 1997, 116 = LM H. 1/1997 § 278 BGB Nr. 130 = WM 1996, 2105 [2106] m.w. Nachw.). Wann eine solche Einschätzung gerechtfertigt ist, lässt sich nach der Rechtsprechung des BGH nur auf Grund einer die Interessen beider Parteien wertenden Betrachtung der Einzelfallumstände entscheiden (BGH, NJW 1996, 451 = LM H. 3/1996 § 278 BGB Nr. 129 = WM 1996, 315 [316]). Sie ist hier zu bejahen.

Die Bekl. hatte mit den Kl. keinen persönlichen Kontakt; vielmehr hatte sie es der für sie ständig als selbstständige Vermittlerin tätigen O überlassen, Kunden für ihr "Flexi-Programm" zu werben und mit ihnen die erforderlichen Vertragsverhandlungen bis zur Unterschriftsreife zu führen. Sie musste damit rechnen, dass die O nicht nur eigene Mitarbeiter einsetzte, sondern auch - wie geschehen - Untervermittler einschaltete und diesen die Verhandlungen mit den Kunden überließ. Deren Verhalten bei der Anbahnung der Darlehens- und Bausparverträge muss die Bekl. sich ebenfalls gem. § 278 BGB zurechnen lassen (vgl. Senat, NJW-RR 1997, 116 = LM H. 1/1997 § 278 BGB Nr. 130 = WM 1996, 2105 [2106]; BGH, NJW 1998, 2898 = LM H. 2/1999 § 276 [Fa] BGB Nr. 153 = WM 1998, 1673 [1674]). Gerade bei der von der Bekl. angebotenen speziellen Finanzierungsmethode - Verbindung von Vorausdarlehen und Bausparverträgen - besteht für Kunden regelmäßig ein erheblicher Aufklärungs- und Beratungsbedarf. Der Bekl. musste deshalb klar sein, dass den Anträgen auf Vorausdarlehen und Bausparvertrag als Grundlage für eine Grunderwerbsfinanzierung durch Privatpersonen regelmäßig eingehende Gespräche vorausgehen, bei denen der Vermittler insbesondere die Wünsche und Möglichkeiten der Kunden ermittelt und Angaben über die Konditionen des Darlehens und die monatliche Belastung des Kunden aus Darlehens- und Bausparvertrag macht.

Wenn die K-GmbH den Kl. die Auszahlung von 26 000 DM durch die kreditgebende Bank in Aussicht stellte und über die finanzielle monatliche Belastung

der Kl. durch die abzuschließenden Verträge in Form einer schwer durchschaubaren Prognoseberechnung falsche Angaben machte, so betraf das die Anbahnung von Verträgen mit der Bekl., nicht den Kaufvertrag über die Eigentumswohnungen. Dass eine Bausparkasse, hätte sie selbst die nötigen Vorgespräche geführt, für unrichtige Angaben über die monatliche Belastung der Kl. aus Darlehens- und Bausparvertrag sowie für die Erklärung, nach Durchführung der von ihr finanzierten Kaufverträge erhielten die Kl. 26 000 DM, einzustehen hätte, liegt auf der Hand. Dadurch, dass die Bekl. die Gespräche selbstständigen Vermittlern überließ, kann sie sich ihrer Verantwortung für die Vertragsverhandlungen nicht entziehen."

c. Anfechtungserklärung
Mit Schreiben vom 05.02.1998 erklärten die Kl. den Darlehensvertrag "für nichtig" und forderten die Bekl. auf, auf etwaige Ansprüche daraus zu verzichten. Darin liegt die gem. § 143 I, II BGB erforderliche Anfechtungserklärung der Kl. Das Wort "anfechten" braucht ebensowenig erwähnt zu werden wie der Anfechtungsgrund; die Erklärung muss nur erkennen lassen, dass der Anfechtende das Geschäft wegen eines Willensmangels nicht gelten lassen will (Palandt/Heinrichs, 60. Aufl., § 143 BGB, Rdnr. 2 f. m.w.N.).

d. Anfechtungsfrist
Die gem. § 124 I BGB einzuhaltende Jahresfrist für die Anfechtung ist gewahrt worden.

e. Kein Ausschluss
Ausschlussgründe gem. §§ 124 III, 144 BGB sind nicht ersichtlich.

f. Ergebnis
Damit können sich die Kl. gegenüber dem Darlehensvertrag erfolgreich auf eine Anfechtung gem. §§ 123 I, 142 I BGB berufen. Durch die Anfechtung des Darlehensvertrags gewinnen die Kl. aus dem Sicherungsvertrag einen schuldrechtlichen Rückgewähranspruch auf die dazu bestellte Sicherungsgrundschuld, den sie im Wege des "dolo agit" - Einwandes der Zwangsvollstreckung aus der notariellen Grundschuldbestellungsurkunde entgegen halten können.
Die materiell-rechtliche Einwendung gegen den titulierten Anspruch liegt demnach vor.

II. Präklusion gem. § 767 II ZPO
Grundsätzlich darf eine Vollstreckungsgegenklage gem. § 767 II ZPO nur auf solche Einwendungen gestützt werden, die nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung entstanden sind. Zuvor entstandene Einwendungen sind zum Schutze der Rechtskraft des Urteils präkludiert. Jedoch gilt bei durch notarielle Urkunden festgestellten Ansprüchen dieser Präklusionseinwand nicht, § 797 IV ZPO.

Endergebnis:
Die von den Kl. erhobene Vollstreckungsgegenklage ist zulässig und begründet, folglich wird sie erfolgreich sein.

Standort: StGB — Problem: § 226 II StGB bei bestehendem Tötungsvorsatz

BGH, URTEIL VOM 14.12.2000
4 STR 327/00 (NJW 2001, 980)

Problemdarstellung:
Der BGH hatte über die Strafbarkeit eines Angekl. zu entscheiden, der seinem Opfer mit Tötungsvorsatz zunächst in den Rumpf und - nach erkannter Erfolglosigkeit - aus kürzester Entfernung "in den Schädel nahe des Augenrandes" geschossen hatte. Aufgrund einer durch den Angekl. eingeleiteten Rettung überlebte das Opfer, trug aber schwerwiegende Verletzungen davon. Das LG hat den Angekl. wegen schwerer Körperverletzung (§ 226 I Nrn. 2, 3 StGB) in Tateinheit mit unerlaubtem Führen einer (halbautomatischen) Selbstladekurzwaffe zu einer Freiheitsstrafe von neun Jahren verurteilt. Gegen dieses Urteil wendete sich die Nebenkl. mit ihrer auf die Verletzung sachlichen Rechts gestützten Revision, mit der sie rügt, dass der Angekl. nicht nach § 226 II StGB verurteilt wurde und dass das LG davon ausgegangen ist, die vom Angekl. verursachte Sehbehinderung von 90% auf einem Auge sei nicht dem Verlust des Sehvermögens (§ 226 I Nr. 1 StGB) gleichzustellen. Der BGH stellt zunächst klar, dass es sich bei § 226 II StGB nicht um eine Strafzumessungsvorschrift, sondern um einen Qualifikationstatbestand handelt. Ferner geht der Senat entgegen seiner bisherigen Rechtsprechung zu § 225 StGB a.F. nunmehr davon aus, dass § 226 II StGB auch bei direktem Tötungsvorsatz anwendbar ist, wenn der Täter - alternativ zur Tötung - den Eintritt einer schweren Folge i.S. des § 226 I StGB als sicher voraussehe.

Prüfungsrelevanz:
Das Urteil ist schon deshalb als prüfungsrelevant ein-

zustufen, weil es ein Eingehen auf die Problematik des Rücktritts beim mehraktigen Versuch erfordert und einige Einzelfragen zur Auslegung der in § 226 I Nr. 1 bis 3 StGB genannten schweren Folgen anspricht. Darüber hinaus ist bemerkenswert, dass der BGH die bisher für das Verhältnis von vorsätzlicher schwerer Körperverletzung und vorsätzlicher Tötung vertretene sog. Gegensatztheorie jedenfalls teilweise aufgibt. Während nach nahezu einhelliger Ansicht im Tötungsvorsatz der (einfache) Körperverletzungsvorsatz stets enthalten ist (sog. Einheitstheorie), ging der BGH bisher davon aus, dass ein vorhandener Tötungsvorsatz es regelmäßig ausschließt, jemanden etwa in Siechtum oder Lähmung verfallen lassen zu wollen, da dies notwendig das Weiterleben des Opfers voraussetze (vgl. BGH, NStZ 1997, 233 m.w.N.). Da § 226 II StGB nunmehr auch wissentliches Handeln ausreichen lasse, soll die Vorschrift auch bei direktem Tötungsvorsatz anwendbar sein.

Leitsätze:

1. § 226 II StGB ist nicht Strafzumessungsvorschrift, sondern Qualifikationstatbestand.

2. Zur Erfüllung des Tatbestands des § 226 II StGB reicht es aus, dass der Täter die schwere Körperverletzung als sichere Folge seines Handelns voraussieht. Die Vorschrift ist - etwa nach strafbefreiendem Rücktritt vom Tötungsversuch - auch bei direktem Tötungsvorsatz anwendbar; die entgegenstehende frühere Rechtsprechung (BGH, NStZ 1997, 233 [234]) ist überholt.

Sachverhalt:

Der Angekl. A beabsichtigte am späten Abend des 27. 10. 1999, die 21jährige "Nebenfrau" seines Bruders M - die Nebenkl. K -, die er für den Streit in seiner Familie als verantwortlich ansah, mit dem Revolver seines Bruders zu töten. In Ausführung seines Vorhabens schoss er aus einer Entfernung von etwa einem Meter "wortlos aus der Hüfte auf K's Rumpf in der Erwartung, dass nun Blut spritzte und sie sterbend zusammenbrach. Sie blieb indes stehen, sah ihn erstaunt an. Als er erkannte, dass der Schuss nicht die erwarteten Folgen hatte, trat er zu ihr, ergriff ihre Haare, zog ihren Kopf seitlich nach hinten, setzte seine Waffe zwischen dem rechten Augenrand und der Schläfe auf, sah K in die Augen und feuerte. K stürzte schwer verletzt, sofort halbseitig gelähmt, zu Boden". Danach meldete der Angeklagte der Polizei, dass er "auf jemanden geschossen" habe. Er wusste, dass K noch lebte, und wollte durch den Anruf Rettungsmaßnahmen veranlassen; ihr Leben konnte gerettet werden, durch die Schüsse wurde sie jedoch schwer verletzt. Der erste Schuss hatte zu einer starken inneren Blutung geführt, der zweite "war in der Nähe des rechten Augenrands in den Schädel eingedrungen und knapp rechts neben der Mittellinie neben dem Scheitel wieder ausgetreten". Dadurch war "das Hirngewebe im Bereich des rechten Stirnhirns im vorderen Bereich des Scheitels mit wichtigen zentralen Schaltfunktionen zerrissen worden, wodurch eine große Blutung entstand". Diese Verletzung hatte eine sofortige linksseitige Lähmung zur Folge. Die Lähmung ist inzwischen leicht zurückgegangen. Die Nebenkl. kann mittlerweile das linke Bein bei noch gelähmtem Fuß etwas bewegen, ihr linker Arm ist jedoch vollständig gelähmt. Auf dem linken Auge ist lediglich eine Sehkraft von 10% erhalten geblieben. Durch die Notoperation ist eine "quer über den Leib verlaufende Narbe" verblieben. Die Nebenkl. kann sich nur im Rollstuhl fortbewegen und ist auf fremde Hilfe angewiesen; eine "komplette Restitution der körperlichen Funktionen ist eher unwahrscheinlich". A hatte diese Folgen - alternativ zur Tötung - als sicher vorausgesehen.

Strafbarkeit des A?

Lösung:

A. Strafbarkeit des A wegen versuchten Totschlags gem. §§ 212 I, 22, 23 I StGB durch die Schüsse

I. Vorprüfung

Da die K überlebte, ist das Delikt nicht vollendet. Der Versuch des Totschlags ist gem. §§ 212 I, 23 I, 12 I StGB mit Strafe bedroht.

II. Tatentschluss

A handelte in der Absicht (dolus directus 1.Grades), die K zu töten, mithin in der Vorstellung und mit dem Willen, den gesetzlichen Tatbestand zu verwirklichen.

III. Unmittelbares Ansetzen

Indem er die Schüsse auf die K abgab, hat A auch zum Totschlag unmittelbar angesetzt.

IV. Rechtswidrigkeit und Schuld

Er handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

V. Rücktritt gem. § 24 I 1, 2. Fall StGB

A könnte jedoch strafbefreiend vom Versuch zurückgetreten sein, als er die Polizei anrief, um Rettungsmaßnahmen zu veranlassen.

1. Kein fehlgeschlagener Versuch

Der Rücktritt wäre jedoch ausgeschlossen, wenn der Versuch bereits fehlgeschlagen war. Fehlgeschlagen

ist der Versuch, wenn der Täter erkennt, mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln im unmittelbaren Fortgang des Geschehens den Erfolg nicht mehr herbeiführen zu können (BGHSt 34, 33).
Fraglich ist, ob der Versuch hier nicht bereits deshalb als fehlgeschlagen zu bewerten ist, weil A nach Vornahme des ersten Schusses erkannte, dass dieser den beabsichtigten Todeserfolg nicht herbeiführen wird, oder ob von einem strafbefreienden Rücktritt auszugehen ist, weil A nach dem zweiten Schuss von weiteren Schüssen absah, obwohl ihm diese im unmittelbaren Anschluss noch möglich waren. Nach h.M. beurteilt sich die Frage des fehlgeschlagenen Versuch bei einem mehraktigen Versuch aus der Sicht des Täters nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung (Lehre vom Rücktrittshorizont). Stellen sich bereits verwirklichte Teilakte sowie ein hinzugedachter weiterer Teilakt als einheitliches Handlungsgeschehen dar, so erfasst der Rücktritt vom letzten Teilakt auch die zuvor verwirklichten Teilakte (Gesamtbetrachtungslehre).
Nach Vornahme des zweiten Schusses hat A von weiteren Schüssen abgesehen, obwohl ihm diese noch möglich waren. Daher liegt kein fehlgeschlagener Versuch vor.

[Anm.: Im Rahmen einer Klausur wäre an dieser Stelle eine Auseinandersetzung mit den abweichenden Ansichten (Tatplantheorie, Einzelakttheorie) zum Problem des Rücktritts trotz Fortsetzungsmöglichkeit erforderlich; vgl. zum Streitstand die Übersichten bei Tröndle/Fischer, § 24, Rn. 4 b ff.; Lackner/Kühl, § 24, Rn. 6 jeweils m.w.N..]

2. Verhinderung der Vollendung der Tat gem. § 24 I 1, 2. Fall StGB
Nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung ging A davon aus, alles seinerseits Erforderliche zur Deliktsverwirklichung getan zu haben (sog. beendeter Versuch), so dass ein Rücktritt objektiv voraussetzt, dass er - bei bestehendem Rettungswillen - die Vollendung der Tat verhindert. Dabei ist es unschädlich, wenn sich der Täter der Hilfe Dritter bedient, soweit er deren Tätigkeit veranlasst hat und das weitere Geschehen nicht dem Zufall überlässt (vgl. Tröndle/Fischer, § 24, Rn. 7; Lackner/Kühl, § 24, Rn. 19 jeweils m.w.N.).
Durch den Anruf bei der Polizei hat A weitere Rettungshandlungen veranlasst und dadurch kausal und zurechenbar bewirkt, dass das Leben der K gerettet werden konnte. Er handelte auch mit Rettungswillen.

3. Freiwilligkeit
A handelte auch aus autonomen Motiven und somit freiwillig.

V. Ergebnis
Der Angeklagte ist strafbefreiend vom versuchten Totschlag zurückgetreten.

B. Strafbarkeit des A wegen schwerer Körperverletzung gem. §§ 226 I Nr. 1, 2, 3, II StGB durch die Schüsse

I. Tatbestand

1. Grundtatbestand (§ 223 I StGB)
Durch die beiden Schüsse hat A vorsätzlich die K sowohl an der Gesundheit geschädigt als auch körperlich misshandelt, mithin den Tatbestand des § 223 I StGB verwirklicht.

2. Eintritt der besonderen Folge i.S. des § 226 I StGB

a) Verlust des Sehvermögens auf einem Auge (Nr. 1)
Der K ist auf dem linken Auge lediglich eine Sehkraft von 10% verblieben, so dass sie das Sehvermögen auf einem Auge verloren haben könnte. Dazu führt der BGH aus:" Ob (nur) eine schwere Beeinträchtigung oder der Verlust des Sehvermögens vorliegt, ist in erster Linie vom Tatrichter zu entscheiden (vgl. RGSt 71, 119 [120]). Liegt ein faktischer Verlust der Sehkraft (vgl. hierzu RGSt 72, 321; OLG Hamm, GA 1976, 304 [306]; Horn, in: SK-StGB, § 226 Rdnr. 6; Hirsch, in: LK-StGB, 10. Aufl., § 224 Rdnr. 14) nicht vor, so scheidet § 226 1 Nr. 1 StGB aus […]. " Geht man mit der Rechtsprechung des OLG Hamm davon aus, dass u.U. bereits eine Herabsetzung des Sehvermögens auf 5 bis 10% einen "Verlust" darstellen kann (vgl. OLG Hamm, a.a.O.), ist eine Folge i.S. der Nr. 1 eingetreten.

b) Dauernde Gebrauchsunfähigkeit eines wichtigen Glieds des Körpers (Nr. 2)
Nr. 2 setzt voraus, dass ein wichtiges Glied des Körpers, d.h. ein in sich abgeschlossener und durch Gelenke verbundener Körperteil, der eine herausgehobene Funktion erfüllt, verloren oder dauernd gebrauchsunfähig ist. K hat sowohl eine Lähmung des linken Fußes als auch des linken Arms erlitten, die wahrscheinlich irreparabel ist. Damit kann sie wichtige Körperglieder dauernd nicht mehr gebrauchen.

c) Verfallen in Lähmung (Nr. 3)
Lähmung ist die erhebliche Beeinträchtigung der Bewegungsfähigkeit eines Körperteils, die den ganzen Körper in Mitleidenschaft zieht. Der ganze Körper ist bereits betroffen, wenn für dessen Bewegungsfähigkeit wesentliche Teile außer Funktion gesetzt sind (vgl. Küper, BT, 3. Aufl., S. 256). Es ist davon aus-

zugehen, dass die Lähmung des Fußes und des linken Arms im Zusammenwirken mit der nur ganz geringen Bewegungsfähigkeit des linken Beins der K eine so erhebliche Beeinträchtigung mit sich bringen, dass der ganze Körper in Mitleidenschaft gezogen ist. Da eine Restitution eher unwahrscheinlich ist, mithin ein chronischer Zustand vorliegt, ist K auch in Lähmung verfallen.

d) Dauernde Entstellung in erheblicher Weise (Nr. 3)
Schließlich bewirkt die "quer über den Leib verlaufende Narbe" eine dauernde Entstellung in erheblicher Weise, da ebenfalls anzunehmen ist, dass die Narbe jedenfalls in absehbarer Zeit nicht behoben werden kann.

3. Kausalität und spezifischer Gefahrzusammenhang
Die Schüsse sind i.S. der Äquivalenztheorie kausal für den Eintritt der besonderen Folgen. Unabhängig davon, ob man an die Erfolgs- oder an die Handlungsgefährlichkeit der Schüsse anknüpft, hat sich im Eintritt der besonderen Folge auch die spezifische Gefahr der Körperverletzung realisiert, da sowohl den Schüssen als solchen als auch den erlittenen Rumpf- und Hirnverletzungen die in Rede stehende eigentümliche Gefahr anhaftet.

4. Absichtliches oder wissentliches Handeln (*§* 226 *II StGB)*
Fraglich ist, ob eine Verwirklichung des § 226 II StGB in Betracht kommt. Dazu führt der BGH aus: "Das LG hat das Geschehen - soweit es Nebenklagedelikte betrifft - dahingehend rechtlich gewürdigt, dass der Angeklagte wegen der von ihm eingeleiteten Rettungsmaßnahmen von dem mit direktem Vorsatz begangenen Tötungsversuch mit strafbefreiender Wirkung zurückgetreten sei. Er habe sich daher (nur) der schweren Körperverletzung nach § 226 I Nrn. 2 und 3 StGB schuldig gemacht. § 226 I Nr. 1 StGB liege nicht vor, weil die geminderte Sehkraft auf einem Auge nicht dem Verlust dieses Organs gleichzustellen sei; ein "besonders schwerer Fall" der schweren Körperverletzung (§ 226 II StGB) sei nicht gegeben, weil nicht festgestellt werden könne, dass die schweren Folgen absichtlich herbeigeführt worden seien und der Tötungsvorsatz als Durchgangsstadium nur eine Körperverletzung enthalte, nicht aber schwere Schädigungen eines noch lebenden Menschen.
Diese Würdigung weist im Ergebnis keinen Rechtsfehler auf, soweit das LG davon ausgeht, der Angekl. habe mit "unbedingtem Tötungswillen" gehandelt, er sei aber vom Tötungsversuch strafbefreiend zurückgetreten (vgl. BGHSt 39, 221 [227 f.]; BGH, StV 1999, 594). Die Erwägung, mit der § 226 II StGB verneint wird, hält jedoch rechtlicher Überprüfung nicht stand:
Das LG hat nicht verkannt, dass der Tötungsvorsatz stets mit dem Körperverletzungsvorsatz verbunden ist (st.Rspr., vgl. nur BGHSt 16, 122 [123]; 44, 196 [199]). Aus diesem Grunde war zu § 225 I StGB a. F. in der Rechtsprechung anerkannt, dass ein versuchtes Tötungsdelikt, begangen mit bedingtem Vorsatz, in Tateinheit mit beabsichtigter schwerer Körperverletzung stehen konnte. Bei direktem Tötungsvorsatz - wie hier - war zu § 225 StGB i. d. F. vor In-Kraft-Treten des Verbrechensbekämpfungsgesetzes, nach dem mit erhöhter Freiheitsstrafe bedroht wurde, wenn eine der schweren Folgen "beabsichtigt und eingetreten" war, Tateinheit (nur) dann für möglich gehalten worden, wenn sich ein direkter - alternativen - Vorsatz sowohl auf den Tod des Opfers als auch für den Fall, dass dieser "Erfolg" nicht eintreten sollte, auf eine dann ernsthaft in Betracht gezogene schwere Körperverletzungsfolge i. S. des § 224 StGB a. F. gerichtet hat (vgl. BGH, NStZ 1997, 233 [234]). Zur Begründung wurde angeführt, dass § 224 StGB a. F. Qualifikationen - wie etwa den Verfall in Geisteskrankheit oder Siechtum - enthalte, die schon begrifflich ein Weiterleben des Opfers voraussetzen, und die für § 225 StGB a. F. erforderliche Absicht, die sich auf den Eintritt einer schweren Folge der Körperverletzung beziehen muss, daher regelmäßig mit einem direkten Tötungsvorsatz nicht zu vereinbaren war.
Mit der Änderung des § 225 StGB durch das Verbrechensbekämpfungsgesetz, durch die die absichtliche [dolus directus 1. Grades] oder wissentliche [dolus directus 2. Grades] Verursachung der schweren Folge unter eine erhöhte Strafdrohung gestellt wurde (vgl. BT-DR 126 853, S. 27), und die Übernahme dieser Regelung in § 226 II StGB i. d. F. des 6. StrRG ist diese Rechtsprechung überholt. Nunmehr reicht es zur Tatbestandserfüllung aus, dass der Täter - alternativ zur beabsichtigten Tötung - die schwere Folge als sichere Auswirkung seiner Handlung voraussieht (vgl. Horn, in: SKStGB, 7. Aufl., § 226 Rdnr. 24; Tröndle/Fischer, § 226 Rdnr. 19; s. auch BGH, Urteil v. 14. 2. 1996 - 3 StR 445/95 insoweit in BGHSt 42, 43 nicht abgedr., und zur Vorsatzform "wissentlich" BGHSt 45,97 [100])."
A hat den Eintritt der schweren Folgen als sicher vorausgesehen, mithin den Tatbestand des § 226 I Nr. 1, 2, 3, II StGB verwirklicht.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld
Er handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis

Da der Rücktritt vom versuchten Totschlag nicht auch die vollendete schwere Körperverletzung erfasst (sog. qualifizierter Versuch), hat A sich gem. §§ 226 I, II StGB strafbar gemacht.

Die mitverwirklichten §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5 StGB treten im Wege der Gesetzeskonkurrenz zurück.