Öffentliches Recht

Standort: VerwR AT Problem: Anfechtbarkeit von Nebenbestimmungen

BVERWG, URTEIL VOM 22.11.2000
11 C 2/00 (NVWZ 2001, 429)

Problemdarstellung:

Das BVerwG hat sich am Rande einer zum Planfeststellungsrecht ergangenen Entscheidung mit der Frage befasst, ob und wann eine Nebenbestimmung zum Verwaltungsakt (§ 36 VwVfG) selbstständig mit der Anfechtungsklage angreifbar sein soll. Immerhin sogar im Leitsatz der Entscheidung schwingt sich das Gericht zu der Feststellung auf, dass gegen belastende Nebenbestimmungen generell die Anfechtungsklage statthaft sei. In den Urteilsgründen wird diese Auffassung als mittlerweile gefestigte Rechtsprechung des BVerwG verkauft, wobei auf die hierzu vielzitierte Entscheidung des 3. Senats des BVerwG vom 10. 7. 1980 (BVerwGE 60, 269) verwiesen wird. Die Einschränkung folgt allerdings auf dem Fuße: Etwas anderes soll gelten, wenn "eine isolierte Aufhebbarkeit offenkundig von vornherein ausscheidet". Dann komme doch wieder nur eine Verpflichtungsklage auf Erlass eines neuen, uneingeschränkten Verwaltungsakts in Betracht. Zu der sich aufdrängenden Frage, was "Offenkundigkeit" in diesem Sinne bedeuten und wann diese "von vornherein" zum Ausschluss der Anfechtungsklage führen soll, schweigen die Urteilsgründe jedoch.

Prüfungsrelevanz:

Die selbstständige Anfechtbarkeit von Nebenbestimmungen wird seit Jahrzehnten kontrovers diskutiert. Von der völligen Ablehnung bis zur generellen Bejahung wird hierzu alles vertreten. Die Vertreter der eine selbstständige Anfechtbarkeit generell bejahenden Auffassung reklamieren beinahe einhellig die o.g. Entscheidung des BVerwG im 60. Band der amtlichen Entscheidungssammlung für sich und werden durch das vorliegende Urteil weiter Aufwind bekommen. Allerdings gibt nicht jede Entscheidung wirklich das her, was man aus ihr herauslesen möchte. Insbesondere darf die Einschränkung des BVerwG, wonach eine Anfechtungsklage jedenfalls dann ausscheide, wenn eine isolierte Aufhebbarkeit der Nebenbestimmung "offenkundig von vornherein" ausgeschlossen sei, nicht unbeachtet bleiben. Man wird sich weiterhin trefflich darüber streiten können, ob dies nicht z.B. jedenfalls bei aufschiebenden Bedingungen der Fall sein müsse: Greift man diese mit der Anfechtungsklage an, würde deren Suspensiveffekt gem. § 80 I VwGO gegen den erklärten Willen der Behörde zur sofortigen Geltung des Verwaltungsakts führen - das Rechtsinstitut der aufschiebenden Bedingung wäre damit faktisch tot und i.Ü. von der Auflage nicht mehr abgrenzbar (vgl. nur Schmidt, NVwZ 1996, 1188, 1189). Andererseits könnte die Behörde versucht sein, sich gerade wegen das dann fehlenden Suspensiveffekts vornehmlich Bedingungen und Befristungen zu bedienen und auf diese Weise die Voraussetzungen einer sonst notwendigen Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 II Nr. 4, III VwGO zu umgehen (vgl. Pietzner/Ronellenfitsch, Das Assessorexamen im öffentlichen Recht, § 9 III 1b).

Es ist also äußerste Vorsicht geboten, bevor man die vorliegende Entscheidung als "letztes Wort" des BVerwG in dieser Sache verkauft, zumal der 11. Senat des BVerwG auch verpflichtet gewesen wäre, in einer derart elementaren Frage bei den übrigen Senaten, die z.T. gegenteilige Auffassungen vertreten haben (vgl. nur BVerwG, DÖV 1974, 380; E 36, 145), anzufragen, ob diese an ihrer Rechtsansicht festhalten, und bejahendenfalls den Großen Senat anzurufen (§ 11 II, III VwGO). Ferner kann nicht angenommen werden, dass eine solch zentrale Frage, in der sich das BVerwG selbst i.Ü. auch mehrfach umentschieden hat (vgl. nur BVerwGE 65, 139 gegen BVerwGE 56, 254) ohne ein Wort der Auseinandersetzung mit der kaum noch überschaubaren Literatur zu diesem Thema abschließend entschieden werden sollte.

Für den Rechtsanwender sollte daher nach wie vor der Leitfaden gelten, dass die isolierte Anfechtbarkeit von Auflagen und Auflagenvorbehalten (§ 36 II Nr. 4, 5 VwVfG) wegen deren eigenständiger Durchsetzbarkeit und Unabhängigkeit vom Grundverwaltungsakt in aller Regel zu bejahen sein dürfte. Bei Bedingungen, Befristungen und Widerrufsvorbehalten (§ 36 II Nr. 1 - 3 VwVfG) wird jedoch stets kritisch zu prüfen sein, ob diese wegen ihrer unmittelbaren Auswirkung auf die Wirksamkeit des Grundverwaltungsakts isoliert aufgehoben werden können, was - insoweit kann man das BVerwG jedenfalls beim Wort nehmen - nicht von vornherein ausgeschlossen, aber auch nicht von vornherein bejaht werden kann. Im Zweifel sollte in Prüfungsarbeiten eine Anfechtungsklage als statthaft bejaht

und dann in deren Begründetheit nach der Prüfung der Rechtswidrigkeit der Nebenbestimmung geprüft werden, ob der "Rest-VA" ohne diese weiterhin rechtmäßig und sinnvoll ist. Bejahendenfalls ist der Anfechtungsklage stattzugeben, verneinendenfalls weiter zu prüfen, ob dem Begehren des Klägers durch eine Verpflichtungsklage auf Erlass eines neuen, uneingeschränkten Verwaltungsakts entsprochen werden kann.

Vertiefungshinweise:

BVerwGE 60, 269 = NJW 1980, 2773

BVerwGE 81, 185

Schmidt, NVwZ 1996, 1188

Brenner, JuS 1996, 281

Störmer, DVBl 1996, 81

Kursprogramm:

Examenskurs:"Rentnerführerschein"

Examenskurs: "Hinterzimmer mit Auflage"

Leitsätze:

1. Gegen belastende Nebenbestimmungen eines Verwaltungsakts ist die Anfechtungsklage gegeben. Ob diese zur isolierten Aufhebung der Nebenbestimmung führen kann, ist eine Frage der Begründetheit und nicht der Zulässigkeit des Anfechtungsbegehrens, sofern nicht eine isolierte Aufhebbarkeit offenkundig von vornherein ausscheidet.

2. Ein Auflagenvorbehalt ist im Planfeststellungsrecht nur zulässig, wenn er den Voraussetzungen des § 74 III VwVfG genügt.

3. Nur dann, wenn sich im Zeitpunkt des Planfeststellungsbeschlusses nachteilige Wirkungen weder mit der für eine Anordnung nach § 74 II 2 und 3 VwVfG hinreichenden Zuverlässigkeit voraussagen noch dem Bereich nicht voraussehbarer Wirkungen nach § 75 II 2 - 4 VwVfG zuordnen lassen, kann gem. § 74 III VwVfG die Frage eines Ausgleichs einer späteren abschließenden Prüfung und Entscheidung vorbehalten bleiben. Diese Voraussetzungen liegen vor, wenn sich auf Grund besonderer Anhaltspunkte die konkrete Möglichkeit abzeichnet, dass nachteilige Wirkungen in absehbarer Zeit eintreten werden, ihr Ausmaß sich jedoch noch nicht abschätzen lässt.

4. Demgemäß kann die jeder Prognose (hier: der künftigen Verkehrsentwicklung) anhaftende Unsicherheit ("Prognoserisiko") nicht durch einen Auflagenvorbehalt aufgefangen werden.

Sachverhalt:

Auf Antrag der Deutschen Bahn AG, der Rechtsvorgängerin der Kl., stellte das Eisenbahn-Bundesamt mit Beschluss vom 9. 12. 1997 den Plan für den Ausbau der Bahnstrecke Mainz-Mannheim im Planfeststellungsabschnitt 4.0 - Guntersblum - fest. Gegenstand der Planfeststellung ist im Wesentlichen eine Gleisverschiebung zum Zwecke der Linienverbesserung und der Neubau bzw. die Verlängerung von Überholungsgleisen. Die vorgesehenen Änderungen ermöglichen eine Erhöhung der Zuggeschwindigkeiten und der Zugzahlen, die nach dem Ergebnis der schalltechnischen Untersuchung an der überwiegenden Zahl der untersuchten Immissionsorte zu einer Lärmerhöhung von tags 4,8 dB(A) und nachts 1,5 dB(A) führen wird. Als aktive Lärmschutzmaßnahme ist der Bau einer Schallschutzwand vorgesehen. Ergänzend enthält der Planfeststellungsbeschluss Anordnungen zum passiven Lärmschutz und eine Entschädigungsregelung. Außerdem hat das Eisenbahn-Bundesamt angeordnet: "Zur Absicherung der Einhaltung der Immissionsgrenzwerte nach Inbetriebnahme der Strecke wird festgesetzt, dass bei berechtigtem Zweifel Nachberechnungen zu Lasten des Vorhabenträgers erfolgen und auf Grund dieser Kontrollmaßnahme die erforderlichen Nachbesserungen hinsichtlich des Lärmschutzes vom Vorhabenträger zu leisten sind". Am 9. 1. 1998 hat die Rechtsvorgängerin der Kl. gegen den Planfeststellungsbeschluss Klage erhoben und auch die zitierte Nebenbestimmung angegriffen. Die Klage wurde vom OVG abgewiesen. Die Revision der Kl. hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Einleitung

Die Revision ist zulässig und begründet. Das angefochtene Urteil beruht auf der Verletzung von Bundesrecht, soweit es die Klage auf Aufhebung der im Revisionsverfahren noch streitigen Nebenbestimmung als unzulässig abgewiesen hat. Die Abweisung dieses mit dem Hauptantrag verfolgten Klagebegehrens stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar. Vielmehr ist der Klage auf der Grundlage der in dem angefochtenen Urteil getroffenen tatsächlichen Feststellungen insoweit stattzugeben.

B. Statthaftigkeit der Anfechtungsklage gegen die Nebenbestimmung

I. Entscheidung der Vorinstanz

1. Das OVG hat die mit dem Hauptantrag verfolgte Anfechtungsklage hinsichtlich der allein noch streitigen "Schallschutzgarantie" [...] als unzulässig abgewiesen, weil diese Einzelregelung keine selbstständig angreifbare Auflage, sondern nur Teil einer einheitlich zu beurteilenden Gesamtregelung der mit der Planung aufgeworfenen Lärmproblematik darstelle.

II. Ansicht des BVerwG

Diese Auffassung verletzt Bundesrecht. Nach der inzwischen gefestigten Rechtsprechung des BVerwG ist gegen belastende Nebenbestimmungen eines Verwaltungsakts die Anfechtungsklage gegeben (vgl. BVerwGE 60, 269, 274). Dies gilt insbesondere für einem begünstigenden Verwaltungsakt beigefügte Auflagen oder Auflagenvorbehalte. Wird - wie hier - geltend gemacht, eine solche Nebenbestimmung finde im Gesetz keine Grundlage, so kann dies mit der Klage auf Aufhebung der Nebenbestimmung geltend gemacht werden. Ob diese Klage zur isolierten Aufhebung der Nebenbestimmung führen kann, hängt davon ab, ob der begünstigende Verwaltungsakt ohne die Nebenbestimmung sinnvoller- und rechtmäßigerweise bestehen bleiben kann; dies ist eine Frage der Begründetheit und nicht der Zulässigkeit des Anfechtungsbegehrens, sofern nicht eine isolierte Aufhebbarkeit offenkundig von vornherein ausscheidet (vgl. BVerwGE 81, 185, 186 = NVwZ 1989, 864; BVerwG, Buchholz 310 § 113 VwGO Nr. 137, S. 29 f.; BVerwG, NVwZ-RR 1996, 20). Ein derartiger Ausnahmefall liegt hier nicht vor.

C. Begründetheit der Klage

Die Klage ist mit dem Hauptantrag auf Aufhebung der genannten Nebenbestimmung auch begründet. Die Bekl. war gegenüber der Kl. nicht befugt, dem Planfeststellungsbeschluss diese Nebenbestimmung beizufügen. Vielmehr entspricht ihre ersatzlose Aufhebung der Rechtslage.

I. Zulässigkeit von Auflagenvorbehalten im Planfeststellungsverfahren

In der angefochtenen Nebenbestimmung hat sich die Planfeststellungsbehörde vorbehalten, der Kl. "Nachbesserungen" hinsichtlich des Lärmschutzes aufzuerlegen, wenn eine wegen "berechtigter Zweifel" erfolgende Nachberechnung solche "Nachbesserungen" erforderlich macht. Ein solcher Auflagenvorbehalt ist im Planfeststellungsrecht wegen des dort geltenden Grundsatzes umfassender Problembewältigung (vgl. BVerwGE 61, 307, 311) nur zulässig, wenn er den Voraussetzungen des § 74 III VwVfG genügt. Mit dieser Vorschrift hat der Gesetzgeber die von der Kl. aufgeworfene Frage, ob der Planfeststellungsbeschluss eine abschließende verbindliche Entscheidung über das Vorhaben und die erforderlichen Schutzvorkehrungen treffen muss, dahingehend beantwortet, dass Einzelfragen einer nachträglichen Regelung nur vorbehalten bleiben dürfen, soweit eine abschließende Entscheidung noch nicht möglich ist. Diese spezielle Regelung der Zulässigkeit - auch - eines Auflagenvorbehalts schließt gem. § 72 I VwVfG den vom OVG im Rahmen der Behandlung des Hilfsantrags der Kl. vorgenommenen Rückgriff auf § 36 II Nr. 5 VwVfG aus (vgl. Bonk, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 5. Aufl. [1998], § 74 Rdnr. 109).

II. Zu den Voraussetzungen des § 74 VwVfG

Auf der Grundlage der in dem angefochtenen Urteil getroffenen tatsächlichen Feststellungen lagen die Voraussetzungen des § 74 III VwVfG für den in Rede stehenden Auflagenvorbehalt nicht vor.

1. Auslegung des Auflagenvorbehalts

Das OVG hat diesen Vorbehalt so ausgelegt, dass er sich räumlich nur auf diejenigen Bereiche bezieht, für die sich die planfestgestellte Baumaßnahme als wesentliche Änderung des Verkehrswegs auswirkt, und dass die vorbehaltenen Nachbesserungsauflagen auch im Schutzniveau und inhaltlich nicht über die Regelungen der §§ 41 ff. BImSchG hinausgehen sollen. Diese Auslegung ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

2. Planerisches Ermessen als Rechtfertigung für den Erlass des Auflagenvorbehalts

Entgegen der Auffassung des OVG verbietet es sich, die Anordnung der "Lärmschutzgarantie" mit dem planerischen Ermessen zu rechtfertigen, über das nach § 41 I BImSchG zwingend verlangte Lärmschutzniveau hinauszugehen. Wenn sich die Planungsbehörde auf das Lärmschutzniveau der genannten Vorschriften festgelegt hat, ist eine darüber hinausgehende Anordnung nach § 74 II 2 und 3 VwVfG i. V. mit §§ 41 ff. BImSchG im Zeitpunkt des Planfeststellungsbeschlusses gegenüber der Kl. nicht gerechtfertigt gewesen. Denn eine Anordnung nach diesen Vorschriften kann die Planfeststellungsbehörde nur zum Ausgleich für solche Beeinträchtigungen treffen, deren Eintritt im Zeitpunkt der Entscheidung gewiss ist oder sich prognostisch abschätzen lässt (vgl. BVerwG, NVwZ 1993, 477).

Mit der "Lärmschutzgarantie" wollte die Planungsbehörde nicht Beeinträchtigungen entgegentreten, die sie in diesem Sinne erwarten musste. Ihr Ziel war es vielmehr - wie der Beklagtenvertreter in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat eingeräumt hat - einer der Verkehrsentwicklung allgemein anhaftenden Unsicherheit Rechnung zu tragen. In Folge der Liberalisierung des Zugangs zur Eisenbahninfrastruktur sei nämlich insbesondere ein stärkerer Güterverkehr "denkbar". Mit dieser Zielrichtung ist ein Entscheidungsvorbehalt nach § 74 III VwVfG nicht zulässig. Das allgemeine Prognoserisiko, dass es anders kommen kann als prognostiziert, ist kein Fall der Unmöglichkeit einer abschließenden Entscheidung.

3. Unmöglichkeit einer Entscheidung nach § 74 III VwVfG

a. Definition der Unmöglichkeit

Die Planfeststellungsbehörde kann und muss solchen nachteiligen Wirkungen des Vorhabens nicht Rechnung tragen, die sich erst später zeigen und mit denen die Bet. verständigerweise nicht rechnen können, weil sich ihr Eintritt im Zeitpunkt des Planfeststellungsbeschlusses noch nicht einmal als möglich abzeichnet (vgl. BVerwGE 80, 7, 13; NVwZ 1993, 477; NVwZ 1998, 846). Für den Schutz gegen derartige, nicht voraussehbare Wirkungen müssen sich die davon Betr. auf die Ansprüche verweisen lassen, die ihnen § 75 II 2 bis 4 VwVfG gewährt. Dazu gehören auch solche nachteiligen Wirkungen, deren zukünftiger Eintritt zwar theoretisch denkbar ist, sich aber mangels besonderer Anhaltspunkte noch nicht konkret absehen lässt. Denn verständigerweise ist nur mit solchen Wirkungen zu rechnen, deren Eintritt sich nicht nur als abstrakte, sondern als konkrete Möglichkeit abzeichnet. Anderenfalls bliebe für die Anwendung des § 75 II 2 bis 4 VwVfG praktisch kein Raum.

Nur dann, wenn sich im Zeitpunkt des Planfeststellungsbeschlusses nachteilige Wirkungen weder mit der für eine Anordnung nach § 74 II 2 und 3 VwVfG hinreichenden Zuverlässigkeit voraussagen noch dem Bereich nicht voraussehbarer Wirkungen nach § 75 II 2 bis 4 VwVfG zuordnen lassen, kann gem. § 74 III VwVfG die Frage eines Ausgleichs einer späteren abschließenden Prüfung und Entscheidung vorbehalten bleiben (vgl. BVerwG, NVwZ 1993, 477). Diese Voraussetzungen liegen, wie auch § 74 III Halbs. 2 VwVfG erkennen lässt, vor, wenn sich auf Grund besonderer Anhaltspunkte die konkrete Möglichkeit abzeichnet, dass nachteilige Wirkungen in absehbarer Zeit eintreten werden, ihr Ausmaß sich jedoch noch nicht abschätzen lässt. Das allgemein jeder Prognose innewohnende Risiko, die spätere Entwicklung könne von der Prognose abweichen, reicht dafür nicht aus. Auch für einen Ermessensspielraum der Behörde ist insoweit nichts ersichtlich (vgl. BVerwG, Buchholz 316 § 74 VwVfG Nr. 6). Vielmehr unterliegt die Zuordnung eines Sachverhalts zu einem der genannten drei Bereiche uneingeschränkter gerichtlicher Überprüfung.

b. Subsumtion für den vorliegenden Fall

Diese Überprüfung führt im vorliegenden Fall zu dem Ergebnis, dass die von der Bekl. zur Begründung des in Rede stehenden Auflagenvorbehalts herangezogenen Unsicherheiten der der Lärmprognose zu Grunde liegenden Ausgangsparameter dem Bereich zwar theoretisch denkbarer, aber nicht voraussehbarer Wirkungen des Vorhabens nach § 75 II 2 VwVfG zuzuordnen sind [wird ausgeführt].

D. Entscheidungsumfang

Der danach gem. § 113 I 1 VwGO gebotenen Aufhebung unterliegt die gesamte von der Kl. angefochtene Nebenbestimmung einschließlich der hierin enthaltenen, von der Existenz des Auflagenvorbehalts abgängigen Nachbesserungspflicht. Dagegen besteht kein Anlass, der Rechtswidrigkeit des Auflagenvorbehalts weitere Folgen für den Bestand des Planfeststellungsbeschlusses insgesamt beizumessen. Da dem mit der aufzuhebenden Nebenbestimmung verfolgten Schutzzweck nach dem bestehenden Recht im Rahmen des § 75 II 2 bis 4 VwVfG Rechnung zu tragen ist, kann der Planfeststellungsbeschluss im Übrigen sinnvoller- und rechtmäßigerweise bestehen bleiben, ohne dass es einer neuen Entscheidung der Bekl. über den Planfeststellungsantrag bedarf.

Standort: Europarecht Problem: Bindungswirkung von Kommissionsentscheidungen

EUGH, URTEIL VOM 14.12.2000
RS. C-344/98 (NJW 2001, 1265)

Problemdarstellung:

Der EuGH hat vorliegend entschieden, dass ein nationales Gericht (hier: Supreme Court, Irland) nicht von einer Entscheidung der EG-Kommission abweichen darf. Eine Kommissionsentscheidung ist für deren Adressaten verbindlich, Art. 249 IV EG. Sie bindet nach Ansicht des EuGH aber auch nationale Gerichte, die einen

Rechtsstreit zu entscheiden haben, für den die Entscheidung von Bedeutung und an dem der Adressat beteiligt ist. Dies ist unproblematisch für die Fälle, in denen die Kommissionsentscheidung nicht mehr mit Nichtigkeitsklage anfechtbar, also bestandskräftig geworden ist. Vorliegend lief jedoch die Nichtigkeitsklage noch; zudem hatte das EuG die Kommissionsentscheidung sogar einstweilen bis zur Entscheidung über die Nichtigkeitsklage ausgesetzt. Dies ändert jedoch nach Ansicht des EuGH ebenso wenig an deren Beachtlichkeit für nationale Gerichte wie die Tatsache, dass im vorliegenden Fall ein nationales Gericht (hier: der erstinstanzliche High Court) bereits vor der Kommission eine - gegenläufige - Sachentscheidung getroffen hatte. Eine Kommissionsentscheidung genieße in jedem Fall Vorrang; notfalls müsse das nationale Gericht sein Verfahren bis zur Bestandskraft der Entscheidung aussetzen oder - wenn es selbst Zweifel an deren Richtigkeit hat - den EuGH um Vorabentscheidung über deren Wirksamkeit anrufen.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung ist nicht nur für Wahlfachkandidaten von Interesse. Vielmehr gewinnt das Europarecht auch im Pflichtfach stetig an Bedeutung. Die Kenntnis der EG-Organe, ihrer Kompetenzen und der von ihnen erlassenen Rechtsakte gehört zum Grundlagenwissen jedes Juristen. Da in Prüfungsarbeiten zudem häufig gerichtliche Entscheidungen zu entwerfen oder gutachterlich vorzubereiten sind, kann sich bei Anhaltspunkten im Sachverhalt für die Europarechtswidrigkeit eines Verhaltens und der Mitteilung, dass die Kommission bereits entsprechendes entschieden habe, die Frage stellen, ob der Kandidat in der Rolle des Gerichts überhaupt noch selbst Europarecht prüfen darf. Die (verneinende) Antwort gibt das vorliegende Urteil.

Auf die Parallelproblematik zum Verhältnis nationalen (Verfassungs-)rechts zum Europarecht wurde in der RA bereits eingegangen (RA 2000, 433; RA 2000, 61; vgl. auch die “Solange II” - Entscheidung des BVerfG in BVerfGE 73, 339).

Der Examenskandidat sollte sich ferner anlässlich des vorliegenden Urteils kurz fragen, ob er die Probleme bei der Europarechtswidrigkeit von Verwaltungsakten (z.B.: Auswirkungen auf Fristbeginn, Vertrauensschutz und Entreicherungseinrede bei Aufhebung, RA 2000, 181; Vollstreckbarkeit bestandskräftiger, europarechtswidriger Verwaltungsakte, RA 1999, 469) noch beherrscht.

Vertiefungshinweise:

EuGH, Slg. 1991, I-935 (Delimitis)

Geiger, EuZW 2001, 116

Kursprogramm:

Examenskurs: “Machtwort aus Brüssel”

Examenskurs: “Baugeschäfte mit der Stadt”

Leitsätze:

1. Nimmt ein nationales Gericht zu einer Vereinbarung oder einer Verhaltensweise Stellung, deren Vereinbarkeit mit den Art. 85 I und 86 EGV (jetzt Art. 81 I und 82 EG) bereits Gegenstand einer Entscheidung der Kommission ist, so darf es keine Entscheidung erlassen, die der Entscheidung der Kommission zuwiderläuft, selbst wenn Letztere im Widerspruch zu der Entscheidung eines erstinstanzlichen nationalen Gerichts steht.

2. Hat der Adressat der Entscheidung der Kommission in der in Art. 173 V EGV (nach Änderung jetzt Art. 230 V EG) vorgesehenen Frist eine Nichtigkeitsklage gegen diese Entscheidung erhoben, so muss das nationale Gericht prüfen, ob es das Verfahren aussetzen soll, um eine endgültige Entscheidung über diese Nichtigkeitsklage abzuwarten oder um dem Gerichtshof eine Vorabentscheidungsfrage vorzulegen.

Sachverhalt (verkürzt):

Der Supreme Court hat dem EuGH gem. Art. 177 EGV (jetzt Art. 234 EG) Fragen nach der Auslegung der Art. 85, 86 und 222 EGV (jetzt Art. 81, 82 und 295 EG) zur Vorabentscheidung vorgelegt. Diese Fragen stellen sich in zwei Rechtsstreitigkeiten zwischen der Masterfoods Ltd. (im Folgenden: Masterfoods) und der HB Ice Cream Ltd. (im Folgenden: HB). Die HB ist der Hauptlieferant von Speiseeis in Irland. Sie stellt den Speiseeis-Wiederverkäufern seit mehreren Jahren kostenlos oder gegen einen geringfügigen Mietzins in ihrem Eigentum verbleibende Kühltruhen unter der Bedingung zur Verfügung, dass sie ausschließlich für die von ihr hergestellten Speiseeiserzeugnisse benutzt werden (Ausschließlichkeitsklausel). Masterfoods trat 1989 in den irischen Speiseeismarkt ein. Im Sommer 1989 begannen zahlreiche Wiederverkäufer, in von der HB bereit gestellten Kühltruhen Erzeugnisse der Masterfoods aufzubewahren und zu präsentieren. Daraufhin forderte HB sie auf, die Ausschließlichkeitsklausel zu beachten. Im März 1990 erhob Masterfoods vor dem irischen High Court Klage unter anderem auf Feststellung, dass die Ausschließlichkeitsklausel nach irischem Recht und nach den Art. 85 und 86 EGV nichtig ist. HB erhob ihrerseits Klage mit dem Antrag, es Masterfoods im Wege der einstweiligen Verfügung zu verbieten, die Wiederverkäufer zur Nichtbeachtung der Ausschließlichkeitsklausel zu veranlassen. Nachdem der High Court im Wesentlichen zugunsten von HB entschieden hatte, legte Masterfoods Rechtsmittel zum Supreme

Court ein und informierte die EG-Kommission über die Angelegenheit. Diese wiederum entschied in einer an HB gerichteten Entscheidung, dass die Ausschließlichkeitsklausel im Wesentlichen gegen Art. 85 und 86 EGV verstößt. Hiergegen hat HB Nichtigkeitsklage vor dem EuG erhoben, dessen Präsident die Kommissionsentscheidung daraufhin durch Beschluss bis zum Urteil in der Hauptsache vorläufig aussetzte. Der Supreme Court hat daraufhin das bei ihm rechtshängige Rechtsmittelverfahren ausgesetzt und den EuGH um Vorabentscheidung u.a. zu der Frage ersucht, ob es einem nationalen Gericht möglich ist, von einer Entscheidung der Kommission abzuweichen, wenn diese in Widerspruch zu einer vorherigen, erstinstanzlichen Entscheidung eines nationalen Gerichts steht und, da mit laufender Nichtigkeitsklage angegriffen, noch nicht bestandskräftig geworden und zudem vorläufig ausgesetzt worden ist. Der EuGH hat die Frage verneint.

Aus den Gründen:

A. Zuständigkeitsverteilung zwischen nationalen Gerichten und EG-Kommission beim Wettbewerbsschutz

45. Zunächst ist auf die Grundsätze hinzuweisen, die die Zuständigkeitsverteilung zwischen der Kommission und den nationalen Gerichten bei der Anwendung der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln beherrschen.

46. Die Kommission, die nach Art. 89 I EGV (jetzt Art. 85 I EG) die Aufgabe hat, auf die Verwirklichung der in den Art. 85 und 86 des Vertrags niedergelegten Grundsätze zu achten, hat die Wettbewerbspolitik der Gemeinschaft festzulegen und gemäß ihrer Ausrichtung durchzuführen. Sie hat vorbehaltlich der Nachprüfung durch das EuG und den EuGH Einzelfallentscheidungen nach den geltenden Verfahrensregelungen zu treffen und Freistellungsverordnungen zu erlassen. Zur wirksamen Erfüllung dieser Aufgabe, die notwendig mit der Beurteilung komplexen Fragen wirtschaftlicher Art verbunden ist, darf sie den ihr vorliegenden Beschwerden unterschiedliche Priorität zuweisen (EuGH, Slg. 1991, I-935 Rdnr. 45 -Urteil Delimitis; EuGH, Slg. 1999, I-1341 Rdnr. 88 - Ufex u.a./Kommission).

47. Gem. Art. 9 I Verordnung Nr. 17 ist ausschließlich die Kommission zum Erlass von Entscheidungen zur Durchführung des Art. 85 III EGV befugt (Urteil Delimitis, Rdnr. 44). Dagegen teilt sie die Befugnis zur Anwendung der Art. 85 I und 86 EGV mit den nationalen Gerichten (Urteil Delimitis, Rdnr. 45). Diese letztgenannten Vorschriften erzeugen in den Beziehungen zwischen Einzelnen unmittelbare Wirkungen und lassen unmittelbar in ihrer Person Rechte entstehen, die die Gerichte der Mitgliedstaaten zu wahren haben. Diese bleiben somit auch nach Einleitung eines Verfahrens gem. Art. 2, 3 oder 6 Verordnung Nr. 17 durch die Kommission für die Anwendung der Art. 85 I und 86 EGV zuständig.

B. Vorrang der Kommissionsentscheidung bei Kompetenzüberschneidung

48. Ungeachtet dieser Zuständigkeitsverteilung kann die Kommission bei der Erfüllung der ihr durch den Vertrag zugewiesenen Aufgabe nicht an eine Entscheidung gebunden sein, die ein nationales Gericht in Anwendung der Art. 85 I und 86 EGV erlässt. Sie ist somit befugt, jederzeit Einzelentscheidungen zur Anwendung der Art. 85 und 86 EGV zu treffen, auch wenn eine Vereinbarung oder Verhaltensweise bereits Gegenstand einer Entscheidung eines nationalen Gerichts ist und die von der Kommission ins Auge gefasste Entscheidung zu dieser in Widerspruch steht.

C. Bindungswirkung der Entscheidung auch für die nationalen Gerichte

49. Weiter bindet nach ständiger Rechtsprechung des EuGH die sich aus Art. 5 EGV für die Mitgliedstaaten ergebende Verpflichtung, alle zur Erfüllung der gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zu treffen und von solchen Maßnahmen abzusehen, die geeignet sind, die Verwirklichung der Ziele des Vertrags zu gefährden, alle Träger öffentlicher Gewalt in den Mitgliedstaaten, also im Rahmen ihrer Zuständigkeiten auch die Gerichte (vgl. in diesem Sinne EuGH, Slg. 1998, I-8597 Rdnr. 26 - IP).

I. Bindungswirkung zunächst nur gegenüber den Adressaten

50. Eine von der Kommission nach den Art. 85 I, 85 III oder 86 EGV erlassene Entscheidung ist gem. Art. 189 IV EGV in allen ihren Teilen für diejenigen verbindlich, die sie bezeichnet.

II. Erstreckung auch auf die Gerichte

1. Antezipierte Rücksichtnahmepflicht

51. Der EuGH hat in Rdnr. 47 des Urteils Delimitis ausgeführt, dass die nationalen Gerichte, wenn sie über Praktiken oder Vereinbarungen befinden, zu denen noch eine Entscheidung der Kommission ergehen kann, es vermeiden müssen, Entscheidungen zu erlassen, die Entscheidungen zuwiderlaufen, die die Kommission zur Anwendung der Art. 85 I und 86 sowie des Art. 85 III EGV zu treffen beabsichtigt.

2. Erst-Recht-Schluss bei erfolgter Entscheidung

52. Erst recht dürfen die nationalen Gerichte, wenn sie über Vereinbarungen oder Verhaltensweisen befinden, die bereits Gegenstand einer Entscheidung der Kommission sind, keine Entscheidungen erlassen, die dieser zuwiderlaufen, selbst wenn sie im Widerspruch zu der

Entscheidung eines erstinstanzlichen nationalen Gerichts steht.

3. Keine andere Bewertung wegen der erhobenen Nichtigkeitsklage und der vorläufigen Aussetzung der Entscheidung durch das EuG

53. Der Umstand, dass der Präsident des EuG den Vollzug der Entscheidung 98/531 bis zur Verkündung des abschließenden Urteils in dem beim EuG anhängigen Verfahren ausgesetzt hat, ist insoweit unerheblich. Denn für die Rechtsakte der Gemeinschaftsorgane spricht grundsätzlich die Vermutung der Gültigkeit, solange sie nicht aufgehoben oder zurückgenommen worden sind (EuGH, Slg. 1994, I-2555 Rdnr. 48 -Kommission/BASF). Die Entscheidung des Richters der einstweiligen Anordnung, den Vollzug des angefochtenen Rechtsakts gem. Art. 185 EGV auszusetzen, hat nur vorläufige Wirkung. Sie greift den Rechts- oder Tatsachenfragen des Rechtsstreits nicht vor und neutralisiert nicht im Voraus die Folgen der später zur Hauptsache zu treffenden Entscheidung (EuGH, Slg. 1995, I-2165 Rdnr. 22 - Kommission/Atlantic Container Line).

III. Rechtsfolgen für das Gericht

54. Im Übrigen kann oder muss ein nationales Gericht, das Zweifel an der Gültigkeit oder der Auslegung einer Handlung eines Gemeinschaftsorgans hat, dem EuGH gem. Art. 177 II und III EGV eine Frage zur Vorabentscheidung vorlegen.

55. Hat - wie in den Ausgangsverfahren - der Adressat der Entscheidung der Kommission innerhalb der in Art. 173 V EGV vorgesehenen Frist gemäß dieser Vorschrift eine Nichtigkeitsklage gegen diese Entscheidung erhoben, so muss das nationale Gericht prüfen, ob es das Verfahren aussetzen soll, um eine endgültige Entscheidung über diese Nichtigkeitsklage abzuwarten oder um dem EuGH eine Vorabentscheidungsfrage vorzulegen.

56. Die Anwendung der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft beruht auf einer Verpflichtung zu loyaler Zusammenarbeit zwischen den nationalen Gerichten und der Kommission bzw. den Gemeinschaftsgerichten, bei der jeder entsprechend der ihm durch den Vertrag zugewiesenen Rolle handelt.

57. Hängt die Entscheidung des bei dem nationalen Gericht anhängigen Rechtsstreits von der Gültigkeit der Entscheidung der Kommission ab, so folgt aus der Verpflichtung zu loyaler Zusammenarbeit, dass dieses Gericht, um nicht eine der Entscheidung der Kommission zuwiderlaufende Entscheidung zu erlassen, das Verfahren aussetzen sollte, bis die Gemeinschaftsgerichte eine endgültige Entscheidung über die Nichtigkeitsklage erlassen haben, es sei denn, es hält es unter den gegebenen Umständen für gerechtfertigt, dem EuGH eine Vorabentscheidungsfrage nach der Gültigkeit der Entscheidung der Kommission vorzulegen.

58. Setzt ein nationales Gericht das Verfahren aus, so hat es zu prüfen, ob vorläufige Maßnahmen zu erlassen sind, um die Interessen der Beteiligten bis zu seiner abschließenden Entscheidung zu schützen.

59. In der vorliegenden Rechtssache ergibt sich aus dem Vorlagebeschluss, dass die Aufrechterhaltung der endgültigen Verfügung des High Court, durch die es Masterfood untersagt wird, die Wiederverkäufer dazu zu veranlassen, ihre Waren in den HB gehörenden Kühltruhen aufzubewahren, von der Gültigkeit der Entscheidung 98/531 abhängt. Somit folgt aus der Verpflichtung zu loyaler Zusammenarbeit, dass das vorlegende Gericht das Verfahren aussetzen sollte, bis die Gemeinschaftsgerichte eine endgültige Entscheidung über die Nichtigkeitsklage erlassen haben, es sei denn, es hält es unter den gegebenen Umständen für gerechtfertigt, dem EuGH eine Vorabentscheidungsfrage nach der Gültigkeit der Entscheidung der Kommission vorzulegen.

D. Abschließende Antwort des EuGH auf die zur Vorabentscheidung vorgelegte Frage

60. Deshalb ist auf die erste Frage zu antworten, dass ein nationales Gericht, wenn es zu einer Vereinbarung oder einer Verhaltensweise Stellung nimmt, deren Vereinbarkeit mit den Art. 85 I und 86 EGV bereits Gegenstand einer Entscheidung der Kommission ist, keine Entscheidung erlassen darf, die der Entscheidung der Kommssion zuwiderläuft, selbst wenn Letztere im Widerspruch zu der Entscheidung eines erstinstanzlichen nationalen Gerichts steht. Hat der Adressat der Entscheidung der Kommission innerhalb der in Art. 173 V EGV Nichtigkeitsklage gegen diese Entscheidung erhoben, so muss das nationale Gericht prüfen, ob es das Verfahren aussetzen soll, um eine endgültige Entscheidung über die Nichtigkeitsklage abzuwarten oder um dem EuGH eine Vorabentscheidungsfrage vorzulegen.

Standort: Versammlungsrecht Problem: "Öffentliche Ordnung" als Verbotsgrund

BVERFG, BESCHLUSS VOM 26.01.2001
1 BVQ 9/01 (NJW 2001, 1409)
OVG NW, BESCHLUSS VOM 12.04.2001
5 B 492/01 (PRESSEMITTEILUNG VOM 12.04.2001)
BVERFG, BESCHLUSS VOM 12.04.2001
1 BVQ 19/01 (PRESSEMITTEILUNG NR. 40/2001)

Problemdarstellung:

Das BVerfG bejaht in der Ausgangsentscheidung (1 BvQ 9/01, NJW 2001, 1409) die Verfassungsmäßigkeit der Verlegung einer rechtsgerichteten Versammlung, die am 27.1., dem Gedenktag für die Opfer des Nationalsozialismus - am 27.1.1945 wurde das KZ Auschwitz befreit -, abgehalten werden sollte. Insbesondere das OVG Münster (exemplarisch die hier wiedergegebene, auf den o.g. Beschluss des BVerfG Bezug nehmende Entscheidung 5 B 492/01) hat in der Folgezeit eine Vielzahl vergleichbarer Versammlungen und Aufzüge untersagt. Das OVG steht auf dem Standpunkt, dass Personen, die - wie Rechtsradikale - die Versammlungsfreiheit des Art. 8 GG zum Kampf gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung missbrauchen wollen, sich gar nicht auf Art. 8 GG berufen können bzw. diesem im Verhältnis zu den zu schützenden staatlichen und individuellen Interessen kein besonderes Gewicht zukomme. Das BVerfG hingegen betont, dass auch die Verbreitung von der politischen Mehrheit missliebigen Meinungen über Art. 5 und 8 GG geschützt sei. Es hat die Verbote des OVG daher in einer Vielzahl von Fällen (exemplarisch der hier wiedergegebene, auf die o.g. Entscheidung des OVG bezogene Beschluss 1 BvQ 19/01) wieder aufgehoben.

Sämtliche Entscheidungen ergingen im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes nach § 80 V VwGO bzw. § 32 BVerfGG; es ist folglich darauf hinzuweisen, dass den rechtlichen Erwägungen eine nur summarische Prüfung der rechtlichen und tatsächlichen Umstände zugrunde lag, eine verbindliche Aussage über den Ausgang eines eventuellen Hauptsacheverfahrens (Verfassungsbeschwerde gegen das Versammlungsverbot) mithin nicht möglich ist.

Prüfungsrelevanz:

Durch die Vielzahl von Entscheidungen und die gesellschaftliche Bedeutung des Themas ist die Examensrelevanz der Problematik "Verbot von Nazi-Demos" sehr hoch. Hinzu kommt, dass sie sich hervorragend in verwaltungsrechtliche (Anfechtungs- oder Fortsetzungsfeststellungsklage gegen ein Versammlungsverbot oder Antrag nach § 80 V VwGO gegen die Anordnung der sofortigen Vollziehung desselben) wie verfassungsrechtliche (Verfassungsbeschwerde, gestützt auf Art. 5 und 8 GG) Prüfungsaufgaben einbauen lässt und materiell eine für sich genommen bereits sehr examensrelevante Materie (Versammlungsrecht) betrifft.

Inhaltlich geht es in den vorliegend wiedergegebenen Entscheidungen um die Frage, ob die von vielen als zu unbestimmt kritisierte "öffentliche Ordnung" geeignet sein kann, ein Versammlungsverbot zu rechtfertigen. Das BVerfG ist, obwohl dies in § 15 I VersG ausdrücklich vorgesehen ist, diesbezüglich sehr zurückhaltend. Es stellt zwar klar, dass die "öffentliche Ordnung" nicht von vornherein aus dem Tatbestand des § 15 I VersG zu streichen sei; allerdings komme wegen der überragenden Bedeutung des Art. 8 GG in einer Demokratie im Hinblick auf die "öffentliche Ordnung" bei verfassungskonformer Auslegung derselben i.d.R. nur der Erlass von Auflagen, nicht aber ein Verbot der Versammlung in Betracht. Das OVG Münster hat hier deutlich weniger Skrupel, indem es die "öffentliche Ordnung" u.a. zum Schutz der Feiertagsruhe (Ostermontag) anwendet.

Auf die "Öffentliche Ordnung" muss selbstverständlich nur zurückgegriffen werden, wenn nicht schon die "öffentliche Sicherheit" nach § 15 I VersG betroffen ist. Diese umfasst neben dem Staat und seinen Einrichtungen das geschriebene Recht und die Individualrechtsgüter. Sind im Rahmen der Versammlung also Straftaten, z.B. die Verwendung von Nazi-Symbolen, Ausschreitungen usw. zu befürchten, werden mit dem StGB (geschriebenes Recht) sowie Gesundheit und Eigentum Dritter (Individualrechtsgüter) bereits Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit gefährdet. Eines Rückgriffs auf die "öffentliche Ordnung" bedarf es daher nur, wenn solche Übergriffe nicht hinreichend wahrscheinlich sind, der Aufzug aber den ethisch-moralischen Wertvorstellungen zuwider läuft.

Vertiefungshinweise:

BVerfG, NJW 2001, 1407

BVerfG, NVwZ-RR 2000, 554

BVerfG, NVwZ 1992, 54

OVG NW, DVBl 2001, 584

Kursprogramm:

Examenskurs: "Rechtes Verhalten"

Examenskurs: "Tomatenkrieg"

Assessorkurs: "Fieser Verein"

A. Beschluss des BVerfG vom 26.01.2001 (1 BvQ 9/01):

Leitsätze (der Redaktion):

1. Die Anordnung der Versammlungsbehörde, eine Versammlung nicht am 27. 1. 2001, sondern am 28. 1. 2001 durchzuführen, ist nicht als Versammlungsverbot, sondern als Auflage bezüglich der zeitlichen Durchführung der Versammlung i. S. des § 15 I VersG anzusehen.

2. Im Rahmen des Eilrechtsschutzes gegen Entscheidungen der Versammlungsbehörden legt das BVerfG die behördliche oder gerichtliche Gefahrenprognose (nur) dann nicht zu Grunde, wenn das für

eine Einschränkung der Versammlungsfreiheit herangezogene Schutzgut in rechtlicher Hinsicht die Einschränkung eindeutig nicht trägt.
3. Die öffentliche Ordnung scheidet nicht grundsätzlich als Schutzgut für eine Einschränkung des Versammlungsrechts aus.
4. Sie kann betroffen sein, wenn einem bestimmten Tag eine eindeutige Symbolkraft zukommt, und die hiermit verbundenen sozialen oder ethischen Anschauungen durch die Durchführung einer Versammlung an diesem Tag in erheblicher Weise verletzt werden (bejaht für einen Aufzug rechtsextremer Gruppen am Tag des Gedenkens der Opfer des Nationalsozialismus).

Sachverhalt:
Der Ast. meldete am 7. 1. 2001 bei der Versammlungsbehörde für den 27. 1. 2001 eine Kundgebung mit dem Thema "Für Meinungsfreiheit - Demo statt Infotisch!" an. Hintergrund des Kundgebungsthemas war die Versagung einer Sondernutzungserlaubnis für einen Büchertisch des ASt. am 23. 12. 2000.
Die Versammlungsbehörde wies den Ast. auf die Problematik eines rechtsextremistischen Aufzugs am 27. 1. 2001, dem Tag des Gedenkens an die Opfer des Nationalsozialismus (Jahrestag der Befreiung des Konzentrationslagers Auschwitz am 27. 1. 1945), hin und regte zur Vermeidung des Verdachts einer beabsichtigten Provokation eine Verschiebung der Demonstration auf den 28. 1. 2001 an. Der Ast. erwiderte, ihm sei die Bedeutung des Datums 27. 1. nicht bekannt gewesen, und lehnte die Verlegung auf einen anderen Tag ab. Zugleich meldete er mit dem Hinweis, dass dies keine Ersatzanmeldung für die Demonstration am 27. 1. 2001 sei, eine weitere Kundgebung mit Aufzug für den 28. 1. 2001 an. Die Anmeldung war bezüglich Thema, Ort und Zeit im Wesentlichen identisch mit der Anmeldung für den 27. 1. 2001.
Mit Bescheid vom 23. 1. 2001 verfügte die Versammlungsbehörde hinsichtlich der Aufzugsanmeldungen für den 27. und 28. l. 2001 gem. § 15 I VersG unter Anordnung der sofortigen Vollziehung unter anderem die Auflage, dass der für den 27. 1. 2001 angemeldete Aufzug zeitlich verlegt werde und am 28. 1. 2001 in der Zeit von 12 bis 16 Uhr stattfinde. Zur Begründung verwies die Versammlungsbehörde darauf, dass rechtsextreme Aufzüge und Kundgebungen an dem Holocaust-Gedenktag eine erhebliche Störung der öffentlichen Ordnung darstellten. Die Herabwürdigung des Gedenktags beeinträchtige quer durch alle Bevölkerungsschichten das sittliche Empfinden aller Bürgerinnen und Bürger.
Einen Eilantrag des Ast. auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs lehnte das VG ab. Bei der Verlegungsanordnung durch die Versammlungsbehörde handele es sich um eine Auflage i. S. des § 15 I VersG. Diese sei gerechtfertigt, weil gute Gründe für die Annahme sprächen, dass ein Demonstrationszug von Rechtsextremisten am Gedenktag für die Opfer des Nationalsozialismus die öffentliche Ordnung gefährde. Den hiergegen eingelegten Antrag auf Zulassung der Beschwerde wies das OVG mit Beschluss vom 26. 1. 2001 zurück. In seinem Antrag nach § 32 BVerfGG rügte der Ast. die Verletzung seiner Grundrechte aus Art. 5 und 8 GG. Der Antrag hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

I. Prüfungsumfang des BVerfG bei Anträgen nach § 32 BVerfGG: Grds. nur Folgenabwägung
Nach § 32 I BVerfGG kann das BVerfG im Streitfall einen Zustand durch einstweilige Anordnung vorläufig regeln, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist. Bei - wie hier - offenem Ausgang eines noch möglichen Verfassungsbeschwerdeverfahrens muss das BVerfG die Folgen, die eintreten würden, wenn eine einstweilige Anordnung nicht erginge, die Verfassungsbeschwerde aber Erfolg hätte, gegenüber den Nachteilen abwägen, die entständen, wenn die begehrte einstweilige Anordnung erlassen würde, der Verfassungsbeschwerde aber der Erfolg zu versagen wäre (BVerfGE 71, 158, 161; 88, 185, 186; 91, 252, 257; st. Rspr.).

II. Folgenabwägung in der Sache
Vorliegend führt die Abwägung ungeachtet der Frage, ob dem Ast. ein schwerer Nachteil i. S. des § 32 I BVerfGG droht, zu einem Überwiegen derjenigen Gründe, die gegen den Erlass einer einstweiligen Anordnung sprechen.

1. Mögliche Nachteile für den ASt.
Bliebe die sofortige Vollziehbarkeit der Verlegung des Versammlungstermins bestehen, hätte eine Verfassungsbeschwerde aber später Erfolg, wäre der Ast. um die Möglichkeit gebracht worden, von dem ihm zustehenden Grundrecht auf Versammlungsfreiheit zu dem von ihm gewünschten Zeitpunkt Gebrauch zu machen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass sich die versammlungsbehördliche Anordnung der Verlegung des Termins als Versammlungsverbot darstellt. Dem Ast. wird (lediglich) zugemutet, die Demonstration einen Tag später durchzufahren. Er hat weder dargelegt, noch ergibt sich aus den sonstigen Umständen, dass der mit der Demonstration ausweislich des Versammlungsthemas verfolgte Zweck, gegen die Versagung einer Sondernutzungserlaubnis für das Aufstellen eines Bü-

chertisches zu protestieren, ausschließlich oder auch nur vorrangig am 27. 1. 2001 erreicht werden könnte. Vor diesem Hintergrund ist es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass die Gerichte die Anordnung der Versammlungsbehörde als Auflage bezüglich der zeitlichen Durchführung der Versammlung i. S. des § 15 I VersG angesehen haben.

2. Mögliche Nachteile für die Ag.

Könnte die Versammlung wie geplant am 27. 1. 2001 stattfinden, erwiese sich eine Verfassungsbeschwerde später aber als unbegründet, wäre die Versammlung durchgeführt worden, obwohl mit ihr nach der Einschränkung der Versammlungsbehörde eine erhebliche Störung der öffentlichen Ordnung verbunden wäre. Die in ihrer Gefahrenprognose von den Verwaltungsgerichten bestätigte Behörde begründet dies damit, dass mit einem rechtsextremen Aufzug an dem Holocaust-Gedenktag eine erhebliche und unerträgliche Beeinträchtigung des sittlichen Empfindens aller Bürgerinnen und Bürger verbunden wäre.

3. Abwägung der möglichen Nachteile

a. Regelmäßig keine Sachverhaltserforschung und -würdigung durch das BVerfG

Im Zuge der anzustellenden Folgenabwägung ist es in Verfahren der vorliegenden Art für das BVerfG regelmäßig ausgeschlossen, in eine eigenständige Ermittlung und Würdigung des dem Eilrechtsschutzbegehren zu Grunde liegenden Sachverhalts einzutreten. Dies gilt insbesondere dann, wenn es - wie auch im vorliegenden Verfahren - bereits aus Zeitgründen ausscheidet, behördliche und fachgerichtliche Akten heranzuziehen sowie Stellungnahmen sämtlicher Beteiligten einzuholen und diese auszuwerten.

In Fällen dieser Art hat das BVerfG seiner Abwägung in aller Regel die Tatsachenfeststellungen und Tatsachenwürdigung in den angegriffenen Entscheidungen zu Grunde zu legen (BVerfGE 34, 211, 216; 36, 37, 40).

b. Ausnahme: Offensichtliche Unrichtigkeiten

Anderes gilt nur dann, wenn die getroffenen Tatsachenfeststellungen offensichtlich fehlsam sind oder die angestellte Tatsachenwürdigung der betroffenen Grundrechtsnorm offensichtlich widerspricht (vgl. BVerfG, NJW 2000, 3053, 3054). Entsprechendes muss dann gelten, wenn das für eine Einschränkung der Versammlungsfreiheit herangezogene Schutzgut in rechtlicher Hinsicht die Einschränkung eindeutig nicht trägt.

c. Keine offensichtliche Unrichtigkeit im vorliegenden Fall

Vorliegend ist die Argumentation der Versammlungsbehörde und der Gerichte auch unter Berücksichtigung des Art. 8 GG jedoch ohne weiteres nachvollziehbar.

aa. Öffentliche Ordnung als Schranke der Versammlungsfreiheit

Nach der Rechtsprechung des BVerfG darf ein Verbot von Aufzügen oder Versammlungen nach § 15 VersG nur zum Schutz von Rechtsgütern, die der Bedeutung des Grundrechts aus Art. 8 I GG zumindest gleichwertig sind, unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und nur bei einer unmittelbaren, aus erkennbaren Umständen herleitbaren Gefährdung dieser Rechtsgüter erfolgen.

(1). Grundsätzlich keine Rechtfertigung eines Versammlungsverbots durch die öffentliche Ordnung

Eine bloße Gefährdung der öffentlichen Ordnung, das heißt von ungeschriebenen Regeln, deren Befolgung nach den jeweils herrschenden sozialen und ethischen Anschauungen als unerlässliche Voraussetzung eines geordneten menschlichen Zusammenlebens innerhalb eines bestimmten Gebiets angesehen wird, rechtfertigt demgegenüber im Allgemeinen ein Versammlungsverbot nicht (vgl. BVerfGE 69, 315, 352).

(2). Öffentliche Ordnung als Rechtfertigungsgrund für eine Auflage

Dies haben auch die Gerichte nicht verkannt, vielmehr die Gefährdung der öffentlichen Ordnung zur Begründung (lediglich) einer Auflage in Gestalt der Verlegung der grundsätzlich erlaubten Versammlung um einen Tag herangezogen.

Es bedarf im vorliegenden Zusammenhang keiner abschließenden Entscheidung, unter welchen Voraussetzungen eine zeitliche Verschiebung einer Versammlung mit der Gefährdung der öffentlichen Ordnung begründet werden kann. Die öffentliche Ordnung scheidet jedenfalls nicht grundsätzlich als Schutzgut für eine Einschränkung des Versammlungsrechts unterhalb der Schwelle eines Versammlungsverbots aus. Die öffentliche Ordnung kann betroffen sein, wenn einem bestimmten Tag ein in der Gesellschaft eindeutiger Sinngehalt mit gewichtiger Symbolkraft zukommt, der bei der Durchführung eines Aufzugs an diesem Tag in einer Weise angegriffen wird, dass dadurch zugleich grundlegende soziale oder ethische Anschauungen in erheblicher Weise verletzt werden.

(3). Würdigung des vorliegenden Falles

So liegt der Fall hier. Der 27. 1. ist der Jahrestag der Befreiung des Konzentrationslagers Auschwitz am 27. 1. 1945, der durch den früheren Bundespräsidenten Roman Herzog staatlicherseits zum offiziellen Tag des Gedenkens an die Opfer des Nationalsozialismus bestimmt worden ist. Mit der Begehung dieses Gedenktags wird Verantwortung für die Vergangenheit über-

nommen und bundesweit nicht nur der Opfer gedacht, sondern zugleich mahnend an die Folgen des Nationalsozialismus erinnert, um deren Wiederholung dauerhaft auszuschließen. Es leuchtet unmittelbar ein und ist auch verfassungsrechtlich tragfähig, wenn die Versammlungsbehörde der Durchführung eines Aufzugs durch Personen aus dem Umfeld der rechtsextremen "Kameradschaften" an diesem Gedenktag eine Provokationswirkung zumisst und dies als Gefahr einer erheblichen Beeinträchtigung des sittlichen Empfindens der Bürgerinnen und Bürger bewertet. Wie die Situation zu beurteilen ist, wenn der Aufzug zu einem in seiner Symbolwirkung nicht eindeutigen oder in öffentlichen Auseinandersetzungen umstrittenen Zeitpunkt durchgeführt werden soll, bedarf vorliegend keiner Entscheidung.

bb. Praktische Konkordanz von öffentlicher Ordnung und Versammlungsfreiheit

Die Versammlungsbehörde war auch auf Grund des aus Art. 8 I GG abzuleitenden Selbstbestimmungsrechts des Veranstalters über Ort, Zeitpunkt, Art und Inhalt der Veranstaltung (BVerfGE 69, 315, 343) an der Anordnung der Auflage nicht gehindert. Aus diesem Selbstbestimmungsrecht folgt nämlich nur, dass der Veranstalter sein Demonstrationsinteresse eigenständig konkretisieren darf. Kollidiert sein Grundrecht der Versammlungsfreiheit aber mit anderen Rechtsgütern, steht ihm nicht auch ein Bestimmungsrecht darüber zu, wie gewichtig diese Rechtsgüter in die Abwägung einzubringen sind und wie die Interessenkollision rechtlich bewältigt werden kann. Insoweit bleibt ihm nur die Möglichkeit, seine Vorstellungen im Zuge einer Kooperation mit der Verwaltungsbehörde (BVerfGE 69, 315, 355 ff.; BVerfG, NJW 2001, 1407) einzubringen. Die Abwägung, ob und wieweit gegenläufige Interessen die Einschränkung der Demonstrationsfreiheit rechtfertigen, obliegt der Versammlungsbehörde und den mit der rechtlichen Überprüfung befassten Gerichten.

Wenn jedoch die Versammlungsbehörde und die Gerichte die Auflage auf die Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung stützen konnten, kommt diesem Gesichtspunkt gegenüber dem Interesse des Ast., gerade an diesem Tag zu demonstrieren, im Rahmen der Abwägung des § 32 I BVerfGG der Vorrang zu. Der ASt. hat weder gegenüber der Versammlungsbehörde, noch gegenüber den Verwaltungsgerichten, noch in seinem Antrag auf Erlass der einstweiligen Anordnung dargelegt, worin sein besonderes Interesse an der Durchführung des Aufzugs gerade am 27. 1. besteht. Nach seiner eigenen Darstellung wusste er nicht einmal von dem thematischen Bezug des Demonstrationsdatums mit dem Holocaust-Gedenktag. Darüber hinaus meldete er für den Sonntag einen weiteren Aufzug mit dem nahezu gleichen Versammlungsthema an. Auch dies verdeutlicht, dass ein besonders schutzwürdiges Interesse an einem Aufzug gerade am 27. 1. 2001 nicht bestand.

An dem Abwägungsergebnis ändert sich auch nichts dadurch, dass nach dem Vortrag des Ast. der Aufzug am Sonntag weniger Aufmerksamkeit erregen würde als am Samstag. Auch die Möglichkeit, durch einen Aufzug Aufmerksamkeit zu erregen, ist nach Maßgabe des Schrankenvorbehalts des Art. 8 II GG begrenzt.

B. Beschluss des OVG NW vom 12. 04. 2001 (5 B 492/01)

Leitsätze (der Redaktion):

1. Zum Schutz der "öffentlichen Ordnung" i.S.d. § 15 I VersG kann auch das Verbot einer Versammlung gerechtfertigt sein.

2. Art. 5 und 8 GG unterliegen einer verfassungsimmanenten Beschränkung dergestalt, dass sie nicht geeignet sind, die Verbreitung rechtsextremistischer Ideologien wie der des Nationalsozialismus zu legitimieren.

Sachverhalt:

Die für Ostermontag in Hagen geplante Demonstration von rechtsextremistischen Gruppierungen unter Leitung des mit ähnlichen Demonstrationen wiederholt in Erscheinung getretenen Christian Worch aus Hamburg darf nicht stattfinden. Dies hat der 5. Senat des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen (OVG NRW) durch Beschluss vom heutigen Tage entschieden und damit eine entsprechende Verbotsverfügung des Polizeipräsidiums Hagen bestätigt. Ein gegen diese Verfügung gerichteter Eilantrag des Herrn Worch war bereits vor dem Verwaltungsgericht Arnsberg ohne Erfolg geblieben.

Aus den Gründen:

In seinem Beschluss setzt sich der 5. Senat des OVG NRW zunächst kritisch mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auseinander:

I. "Öffentliche Ordnung" kann Verbot von rechtsgerichteten Versammlungen rechtfertigen

"Nach der Rechtsprechung des 5. Senats lässt sich eine rechtsextremistische Ideologie wie der Nationalsozialismus unter dem Grundgesetz nicht - auch nicht mit den Mitteln des Demonstrationsrechts - legitimieren; bei der Auslegung des Grundrechts der Demonstrationsfreiheit (Art. 5 Abs. 1, 8 Abs. 1 GG) ist dieser verfassungsimmanenten Beschränkung auch unterhalb der Schwelle strafrechtlicher und verfassungsgerichtlicher Verbots- und Verwirkungsentscheidungen Rechnung zu tragen, so dass Versammlungen, die durch ein Bekenntnis zum Nationalsozialismus geprägt sind, wegen Verstoßes gegen die öffentliche Ordnung gemäß § 15 Abs.

1 des Versammlungsgesetzes (VersammlG) verboten werden können.

II. Abweichende Ansicht des BVerfG

Diese Rechtsprechung hat die 1. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts durch Beschluss vom 24. März 2001 - 1 BvQ 13/01 - mit der Begründung verworfen, die vom beschließenden Senat bejahte verfassungsimmanente Schranke gebe es nicht. Eine Grenze der Meinungsäußerung bildeten gemäß Art. 5 Abs. 2 GG die Strafgesetze, die zum Rechtsgüterschutz ausnahmsweise bestimmte geäußerte Inhalte untersagten. Daneben kämen zusätzliche verfassungsimmanente Grenzen der Inhalte von Meinungsäußerungen entgegen der Auffassung des beschließenden Senats nicht zum Tragen. Eine Äußerung aber, die nach Art. 5 Abs. 2 GG nicht unterbunden werden dürfe, könne auch nicht Anlass für versammlungsbeschränkende Maßnahmen nach Art. 8 Abs. 2 GG sein.

Nach dieser Bewertung des Bundesverfassungsgerichts fallen grundsätzlich auch das öffentliche Auftreten von Neonazis und die Verbreitung nationalsozialistischen Gedankengutes in öffentlichen Versammlungen und Aufzügen, soweit sie die Strafbarkeitsschwelle nicht überschreiten, unter den Schutz des Grundgesetzes.

III. OVG NW bestätigt seine Ansicht

Der beschließende Senat teilt diese Auffassung nicht und hält die mit ihr verbundenen Konsequenzen für problematisch.

1. Das GG schützt keine verfassungsfeindlichen Aktivitäten

Vor dem Hintergrund der jüngeren deutschen Geschichte werden durch das öffentliche Auftreten von Neonazis und das Verbreiten entsprechenden Gedankenguts grundlegende soziale und ethische Anschauungen einer Vielzahl von Menschen - zumal der in Deutschland lebenden ausländischen und jüdischen Mitbürger - in erheblicher Weise verletzt. Dieser Befund gilt nicht nur an Tagen mit gewichtiger Symbolkraft wie dem Holocaust-Gedenktag, sondern an jedem Tag des Jahres. Dies ist ein wesentlicher Aspekt der Verfassungswirklichkeit im wiedervereinten Deutschland, den es bei der Auslegung und Anwendung der hier in Rede stehenden Normen zu berücksichtigen gilt. Der Hinweis der 1. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts auf die vom Grundgesetz getroffenen

Vorkehrungen der Gefahrenabwehr als Ausdruck einer wehrhaften und streitbaren Demokratie trägt dem nicht hinreichend Rechnung. Die in Art. 9 Abs. 2, Art. 18, Art. 21 Abs. 2 GG enthaltenen Regelungen dienen zwar auch dem Ziel, ein Wiederaufleben des Nationalsozialismus zu verhindern.

Angesichts der nahezu unüberwindbaren Hürden, die das Bundesverfassungsgericht insoweit aufgestellt hat, können jene Vorkehrungen in der Verfassungswirklichkeit jedoch nur in den seltensten Fällen ihre Schutzwirkung entfalten. Sie erweisen sich jedenfalls als ungeeignet, die mit dem Auftreten von Neonazis verbundenen - hier in Rede stehenden - Verletzungen grundlegender sozialer und ethischer Anschauungen einer Vielzahl von Menschen zu verhindern."

2. (Angebliche) Bestätigung dieser These auch durch das BVerfG

Zur Begründung hat der 5. Senat des OVG NRW im Übrigen ausgeführt, dass vorliegend auch nach der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts ein Versammlungsverbot gerechtfertigt sei:

"Von der für den Ostermontag - ohne späteren Ausweichtermin - geplanten Versammlung in der Form eines "Nationalen Ostermarsches" geht nach aktueller Sachlage eine unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Ordnung aus, die die erlassene Verbotsverfügung auch nach den Maßstäben der 1. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts rechtfertigt. Die öffentliche Ordnung kann nach diesen Maßstäben betroffen sein, wenn einem bestimmten Tag ein in der Gesellschaft eindeutiger Sinngehalt mit gewichtiger Symbolkraft zukommt, der bei der Durchführung eines Aufzuges an diesem Tage in einer Weise angegriffen wird, dass dadurch zugleich grundlegende soziale oder ethische Anschauungen in erheblicher Weise verletzt werden.

a. Ostermontag als Tag mit "gewichtiger Symbolkraft" i.S.d. Rechtsprechung des BVerfG

So liegt der Fall hier. Das alljährlich von Millionen von Menschen begangene Osterfest gilt als höchstes Fest der Christenheit und wird als Fest der Hoffnung, des Lebens, des Friedens und der Versöhnung gefeiert. Mit diesem Charakter des Osterfestes ist in einer christlich geprägten Gesellschaft die Durchführung einer Versammlung mit erkennbar neonazistischem Gepräge unvereinbar; sie würde den religiösen Anschauungen einer Vielzahl von Menschen zuwiderlaufen und das sittliche Empfinden einer Vielzahl von Bürgerinnen und Bürgern in erheblicher Weise verletzen.

b. Störung des Osterfestes durch die verbotene Versammlung

aa. Rechtsextremistische Gesinnung des ASt.

Dass der Antragsteller und seine Versammlungen dem rechtsextremen Spektrum zuzuordnen sind, hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 26. Januar 2001 - 1 BvQ 9/01 - ausdrücklich bestätigt. Diese Einschätzung folgt überdies aus zahlreichen Tatsachen: ... (wird ausgeführt). Der Verfassungsschutzbe-

richt des Landes Nordrhein-Westfalen 1999, S. 81, 97, qualifiziert den Antragsteller als bundesweit agierenden Neonazi. Die nationalsozialistische Gesinnung des Antragstellers ist ferner in zahlreichen von ihm initiierten Veranstaltungen zum Ausdruck gekommen, worauf der Antragsgegner in seiner Verbotsverfügung zu Recht hinweist und wie dem Senat im Übrigen aus anderen Verfahren hinlänglich bekannt ist. Den Umfang dieser Aktivitäten bestätigt der Antragsteller selbst, indem er in seiner Antragsbegründung vom 3. April 2001 darauf hinweist, dass er seit dem Sommer 2000 in verstärktem Maße als Veranstalter, Anmelder und Leiter von Demonstrationen in Erscheinung getreten ist.

bb. Begehung von Straftaten in der Vergangenheit
Bei der Bewertung der geplanten Versammlung hat der Antragsgegner überdies zu Recht berücksichtigt, dass Versammlungsteilnehmer bei den vom Antragsteller initiierten Veranstaltungen in der Vergangenheit wiederholt durch einschlägige Straftaten (Verwendung von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen) und Meinungsbekundungen mit eindeutig nationalsozialistischem Bezug (z.B. Skandieren der Parole "Ruhm und Ehre der Waffen-SS") aufgefallen sind. Auch die Resonanz, die die Versammlungen des Antragstellers auf rechtsextremistischen Internet-Seiten finden, und der ausschließlich dem rechtsextremistischen Spektrum angehörende Kreis der Versammlungsteilnehmer bestätigen die Einschätzung, dass die geplante Versammlung ein neonazistisches Gepräge aufweist. Dass der Zweck der Versammlung in der Öffentlichkeit auch in diesem Sinne wahrgenommen wird, belegen schließlich die zahlreichen Presseveröffentlichungen im Vorfeld einer jeden vom Antragsteller geplanten Aktion.

IV. Zusammenfassung
Vor diesem Hintergrund liegt es auf der Hand, dass die geplante Versammlung den Frieden des Osterfestes nachhaltig stören und das sittliche Empfinden zahlloser Bürgerinnen und Bürger erheblich verletzen würde. Eine Verschiebung der Veranstaltung auf einen Termin nach dem Osterfest würde dem Sinn und Zweck des vom Antragsteller geplanten "Nationalen Ostermarsches" zuwiderlaufen. Dementsprechend hat denn auch der Antragsteller das Angebot des Antragsgegners zu einem Kooperationsgespräch über den konkreten Versammlungstermin abgelehnt. Damit ist hier auch nach den Maßstäben der 1. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts das vom Antragsgegner verfügte Versammlungsverbot gerechtfertigt."

C. Beschluss des BVerfG vom 12.04.2001 (1 BvQ 19/01)

Leitsätze (der Redaktion):

1. Der Schutz der "öffentlichen Ordnung" i.S.d. § 15 I VersG allein kann das Verbot einer Versammlung nicht rechtfertigen.
2. Unter diesem Gesichtspunkt kann jedoch der Erlass von Auflagen gerechtfertigt sein.
2. Art. 5 und 8 GG können auch die Verbreitung rechtsgerichteter Ideologien legitimieren.

Sachverhalt:
Die 1.Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts hat erneut in einem Eilverfahren das Verbot einer rechtsextremen Demonstration suspendiert.
Das OVG Münster hatte die Verbotsverfügung der Versammlungsbehörde vorläufig bestätigt, weil von der am Ostermontag ab 12 Uhr unter dem Motto "Nationaler Ostermarsch - Für Frieden, Freiheit und Gerechtigkeit" geplanten Demonstration eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ausgehe. Das zu erwartende Bekenntnis zum Nationalsozialismus mißachte den Charakter des Osterfestes. Die Kammer hat dem Veranstalter der Demonstration Eilrechtsschutz gewährt.

Aus den Gründen:

I. Keine Rechtfertigung des Versammlungsverbots durch die "öffentliche Ordnung"
Eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung wegen "Mißachtung des Osterfestes" ab 12 Uhr trägt ein Versammlungsverbot nicht. Durch das Gesetz über die Sonn- und Feiertage für das Land Nordrhein-Westfalen sind Umzüge an Feiertagen bis 11 Uhr untersagt. Damit hat das Gesetz eine Spezialregelung getroffen. Zeitlich später liegende Veranstaltungen können nicht allein wegen des Feiertages als gegen die öffentliche Ordnung verstoßend gewertet werden.

1. Keine "verfassungsimmanente Beschränkung" der Art. 5 und 8 GG bei der Verbreitung rechtsgerichteter Ansichten
Strafrechtlich nicht relevante Äußerungen hingegen sind durch das Grundrecht der Meinungsfreiheit (Art. 5 GG) geschützt. Eine Versammlung kann nicht schon deshalb, weil politisch mißliebige Meinungen geäußert werden, wegen Verstosses gegen die öffentliche Ordnung verboten werden. Art.5 GG ist auch Maßstab für die Beurteilung von Meinungen, die grundlegenden sozialen und ethische Anschauungen einer Vielzahl von Menschen widerstreiten.

2. Keine Bestätigung der gegenteiligen NAsicht des OVG Münster durch das BVerfG
Zu Unrecht beruft sich das OVG Münster für seine gegenteilige Auffassung auf den Beschluß der 1.Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 26.1.2001 (1 BvQ 9/01). Zwar hat die

Kammer dort die polizeilich angeordnete Verschiebung einer rechtsextremen Demonstration vom 26. Januar auf einen anderen Tag gebilligt. Dies ist jedoch auf die spezifische Provokationswirkung eines solchen Aufzugs am Holocaust-Gedenktag gestützt worden. Auf das Osterfest läßt sich dieser Gedanke nicht übertragen. Insbesondere die Ostermärsche der Friedensbewegung finden traditionell an diesen Feiertagen statt. Die Ausübung des Demonstrationsrechts an diesen Tagen ist nicht auf Gruppierungen, die in der Tradition der Ostermarschbewegung stehen, beschränkt.

3. Keine hinreichende Tatsachengrundlage für eine "Gefahr"

Die darüber hinaus vom OVG geäußerte Erwartung, die geplante Versammlung werde durch ein Bekenntnis zum Nationalsozialismus geprägt sein, ist nicht hinreichend durch Tatsachen begründet. Allein der Hinweis auf zurückliegende Straftaten des Antragstellers (Ast) trägt nicht die Prognose, es werde erneut zu solchen kommen.

II. Die "öffentliche Ordnung" kann jedoch ggf. Auflagen rechtfertigen

Die Kammer hat der Versammlungsbehörde ausdrücklich die Erteilung von Auflagen für die Durchführung der Versammlung vorbehalten.

Standort: VerwProzessR Problem: Rechtsschutz gegen Schlachtung von Rindern

VG FRANKFURT A. M., BESCHLUSS VOM 01.03.2001 1 G 429/01 (V) (NJW 2001, 1295)

Problemdarstellung:

Das VG Frankfurt nimmt vorliegend zu drei examensrelevanten Problemen Stellung: Erstens bejaht es eine analoge Anwendung des § 42 II VwGO im Rahmen der einstweiligen Anordnung nach § 123 I VwGO, zweitens verneint es den Verfassungsrang des Tierschutzes über Art. 1 I GG, und drittens geht es auf die Rechtsprechung des EuGH zur Zulässigkeit der Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes durch ein nationales Gericht ein, wenn ein nationaler Hoheitsträger (typischerweise eine Behörde) eine EG-Verordnung anwenden will bzw. muss.

Während die Analogie zu § 42 II VwGO im Rahmen des § 123 I VwGO und die Kriterien des EuGH zu dessen Anwendung bei der Anwendung von EG-Verordnungen mittlerweile durch st. Rspr. abgesichert sind (Nachweise in den Gründen; vgl. auch die Vertiefungshinweise), ist der Verfassungsrang des Tierschutzes nach wie vor sehr umstritten. Da es vorliegend nur um die Frage ging, ob den ASt. ein subjektiv-öffentliches Recht zusteht, konnte bzw. musste das VG nur auf die in der Verfassung enthaltenen subjektiven Rechte, also die Grundrechte, und hier namentlich Art. 1 I GG eingehen. Während eine m.M. (z.B. OVG Hamburg, NVwZ 1994, 592) versucht, über ethische Grundsätze aus der Menschenwürde auch den Tierschutz abzuleiten, schützt Art. 1 I GG diesen nach h.M., der sich auch das VG anschließt, gerade nicht.

Prüfungsrelevanz:

Der Verfassungsrang des Tierschutzes war bereits mehrfach Gegenstand von Erörterungen in der RA (vgl. RA 2001, 185 und RA 2000, 497, jeweils bzgl. des Schächtens von Tieren). Neben dem hier angesprochenen Art. 1 I 1 GG wird diesbezüglich vor allem versucht, Art. 20 a GG heranzuziehen. Während das BVerfG die Frage offen gelassen hat (BVerfGE 101, 1, 44), verneint sie das BVerwG (E 105, 73, 81) explizit, sieht sich jedoch kritischen Stimmen aus der Literatur (z.B. Maunz/Dürig, GG, Art. 20 a Rz. 36 f.) gegenüber. Abzuwarten bleibt, ob die Absichtserklärung der jetzigen Bundesregierung, eine Initiative zur Aufnahme des Tierschutzes in das GG starten zu wollen (vgl. ZRP 1998, 492), noch realisiert wird.

Prozessual interessant ist die Tatsache, dass im vorliegenden Fall vorbeugender mit vorläufigem Rechtsschutz kombiniert worden ist. In der Hauptsache wäre eine (vorbeugende) Leistungsklage auf Unterlassen der Schlachtungen zu erheben gewesen; da eine solche keinen Suspensiveffekt entfaltet (dieser kommt gem. § 80 V VwGO nur Anfechtungsklage und -widerspruch zu), wäre sie nicht mehr geeignet, die unmittelbar bevorste-

hende Durchführung der Schlachtungen zu verhindern. Es blieb den ASt. daher nur der Weg über § 123 I VwGO. Da vorbeugende Klagen (deren Zulässigkeit bzgl. ob, wann und wie i.Ü. nach wie vor streitig sind, vgl. nur Würtenberger, VerwProzessR, Rz. 491 ff.) in der Hauptsache jedenfalls eine Klagebefugnis voraussetzen (Würtenberger, a.a.O., Rz. 488), war diese auch im vorläufigen Rechtsschutz nach § 123 I VwGO zu fordern.

Vertiefungshinweise:

VGH Kassel, NVwZ 1986, 766
OVG Hamburg, NVwZ 1994, 592
Discher, JuS 1996, 529
Caspar, ZRP 1998, 441
Zuck, NJW 2001, 1258.

Kursprogramm:

Examenskurs: "Rinderwahnsinn"
Examenskurs: "Die nervigen Demonstranten"
Examenskurs: "Armer Wurm"

Leitsätze:

1. Die Zulässigkeit einer auf vorbeugende Unterlassung gerichteten einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO setzt in analoger Anwendung von § 42 II VwGO das Vorliegen einer Antragsbefugnis voraus.
2. Das Protokoll Nr. 5 zum Amsterdamer Vertrag über den Tierschutz und das Wohlergehen der Tiere enthält nur eine Zielbestimmung für staatliches Handeln und vermittelt keine subjektiven Rechte.
3. Die Garantie der Menschenwürde in Art. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union und in Art. 1 I GG schützt allein die Würde des Menschen, nicht der Tiere. Ein Recht auf ethischen Tierschutz kann aus der Garantie der Menschenwürde nicht hergeleitet werden.
4. Die Menschenwürde vermittelt daher kein subjektives Recht für ein Rechtsschutzersuchen, mit dem sich ein Bürger dagegen wendet, dass Rinder allein aus Gründen der Stützung des Rindfleischmarktes getötet werden.
5. Das Gericht hat keine erheblichen Zweifel an der Gültigkeit der Verordnung Nr. 2777/2000 (EG), die die nationale Marktordnungsbehörde verpflichtet, angebotene Rinder aufzukaufen, zu töten und unschädlich beseitigen zu lassen.

Sachverhalt:

Die Ast. wenden sich dagegen, dass die Ag., gestützt auf die Verordnung Nr. 277/2000 (EG) der Kommission vom 18. 12. 2000 über außerordentliche Stützungsmaßnahmen für den Rindfleischmarkt Maßnahmen zum Ankauf von Rindern ergreift, um diese zu töten und anschließend unschädlich beseitigen zu lassen. Die Ast. betreiben einen kontrollierten ökologischen Bauernhof, auf dem sie nur Getreide, Gemüse und Obst anbauen. Nutztiere halten sie nicht, weil sie Tiere nicht töten können und wollen. Sie wollen verhindern, dass in der Bundesrepublik Deutschland 400.000 Rinder aus deutschen Zuchtbetrieben aus Gründen der Marktstützung angekauft, getötet, zu Tiermehl verarbeitet und verbrannt werden. Sie vertreten die Auffassung, der Schutz der Menschenwürde in Art. 1 GG setze auch der Behandlung von Tieren Grenzen. Das VG hat den Antrag abgelehnt.

Aus den Gründen:

A. Unzulässigkeit wegen fehlender Antragsbefugnis

Der Antrag der Ast. ist bereits unzulässig. Den Ast. fehlt die erforderliche Antragsbefugnis.

I. Analoge Anwendung des § 42 II VwGO im Rahmen des § 123 I VwGO

Die Ast. wollen in der Sache erreichen, dass die Ag. nicht zur Koordinierung der Schlachtung von rund 400.000 Rindern in Anwendung der Verordnung Nr. 2777/2000 (EG) tätig wird. Dieses Begehren der Ast. ist rechtlich als vorbeugende Unterlassungs- bzw. Feststellungsklage einzuordnen. Die Zulässigkeit einer solchen Klage in der Hauptsache setzt in analoger Anwendung von § 42 II VwGO voraus, dass der jeweilige Kläger zur Klage befugt ist (vgl. hierzu BVerwG, NVwZ 1991, 470; Kopp/Schenke, VwGO, 11. Aufl., § 42 Rdnr. 62 m. w. Nachw.). Zweck der Klagebefugnis ist es, die Popularklage auszuschließen, die dem auf Individualrechtsschutz ausgerichteten Rechtsschutzsystem der VwGO fremd ist. Diese subjektiv rechtliche Begrenzung gilt entsprechend § 42 II VwGO auch für das einstweilige Anordnungsverfahren nach § 123 VwGO (vgl. VGH Kassel, NVwZ 1986, 766).

II. Vorliegen eines subjektiv-öffentlichen Rechts der ASt.

An solchen subjektiven Rechten, auf die sich die Ast. berufen könnten, fehlt es hier. Die Ast., die selbst keine Nutztiere halten, sind von den Maßnahmen der Ag. auf Grund der Verordnung Nr. 2777/2000 (EG) unmittelbar nicht betroffen.

1. Aus dem Protokoll Nr. 5 zum Amsterdamer Vertrag über den Tierschutz und das Wohlergehen der Tiere vom 10.11.1997

Ein subjektives Recht können die Ast. auch nicht aus dem Protokoll über den Tierschutz und das Wohlergehen der Tiere herleiten, das dem Vertrag von Amsterdam zur Änderung des Vertrages über die Europäische

Union und der Verträge zur Gründung der europäischen Gemeinschaften beigefügt ist.

a. Inhalt und Rang des Protokolls
Nach dem zitierten Protokoll tragen die Gemeinschaft und die Mitglieder bei der Festlegung und Durchführung der Politik der Gemeinschaft in den Bereichen Landwirtschaft, Verkehr, Binnenmarkt und Forschung den Erfordernissen des Wohlergehens der Tiere in vollem Umfang Rechnung; sie berücksichtigen hierbei die Rechts- und Verwaltungsvorschriften und die Gepflogenheiten der Mitgliedstaaten, insbesondere in Bezug auf religiöse Riten, kulturelle Traditionen und das regionale Erbe. Die Protokolle, die dem EG-Vertrag im gegenseitigem Einvernehmen der Mitgliedstaaten beigefügt wurden, sind gem. Art. 311 EG integraler Bestandteil des EG-Vertrages und haben damit den gleichen Rang wie der EG-Vertrag selbst (vgl. Geiger, EGV, 2. Aufl. [1995], Art. 239 Rdnr. 2).

b. Lediglich Zielbestimmung
Das Protokoll über den Tierschutz und das Wohlergehen der Tiere enthält jedoch lediglich eine Zielbestimmung für die Durchführung und Festlegung der Politik der Gemeinschaft, jedoch keine Regelung, die inhaltlich unbedingt und hinreichend genau ist, um im Einzelfall angewendet zu werden.

2. Aus der Menschenwürde

a. Nach Art. 1 I 1 GG
Entgegen der Ansicht der Ast. ergibt sich ein subjektives Recht nicht bereits aus der grundgesetzlich geschützten Garantie der Menschenwürde (Art. 1 I GG).

aa. Definition des Schutzbereichs
Art. 1 I 1 GG erklärt die Würde des Menschen für unantastbar. Sie zu achten und zu schützen wird zur vornehmsten Pflicht aller staatlichen Gewalt erhoben (Art. 1 I 2 GG). Mit der Menschenwürde als oberstem Wert des Grundgesetzes und tragendem Konstitutionsprinzip ist der soziale Wert und Achtungsanspruch des Menschen verbunden, der es verbietet, ihn zum bloßen Objekt des Staates zu machen oder ihn einer Handlung auszusetzen, die seine Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt (vgl. BVerfGE 96, 375, 399).

bb. Tierschutz mit umfasst
Unter Rückgriff auf die Menschenwürde wird teilweise vertreten, dass die Menschenwürde jedenfalls mittelbar auch den Schutz der Tiere umfasse und so der Idee des ethischen Tierschutzes Verfassungsrang zukomme (vgl. v. Münch/Kunig, GG, Art. 1 Rdnr. 16; Erbel, DVBl 1986, 1235, 1251; Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 5 Rdnr. 269). Diese Auffassung stützt sich darauf, dass es mit der Würde des Menschen nicht vereinbar ist, mit Tieren unangemessen umzugehen. Der unangemessene Umgang mit Tieren führe mittelbar auch zu einem die Würde des Mitmenschen beeinträchtigenden Verhalten.

cc. Gegenteilige Ansicht des VG
Dieser Auffassung vermag sich die erkennende Kammer nicht anzuschließen.
Art. 1 I GG schützt die Würde des Menschen, nicht der Tiere (Dreier, GG, Art. 1 Rdnr. 63). Tierschutz hat - anders formuliert - mit Menschenwürde nichts zu tun (vgl. Jarass/Pieroth, GG, Art. 1 Anm. 11; Höfling, in: Sachs, GG, Art. 1 Rdnr. 30). Gegen die Auffassung, die dem ethischen Tierschutz Verfassungsrang zubilligen will, spricht insbesondere die anthropozentrische Ausrichtung des Grundgesetzes, die ausschließlich den Schutz des Menschen und nicht der anderen Lebewesen zum Ziel hat. Die Interessen eines Tieres selbst können deshalb nicht als Bestandteil er Menschenwürdegarantie betrachtet werden. Zudem droht bei einer Ausweitung der Menschenwürdegarantie auch auf den Tierschutz eine Überstrapazierung des Art. 1 I GG, der die Würde des Menschen vor Verletzungen schützen soll, und nicht im Sinne seiner "Besserung" zum Vehikel höchst ehrenhafter, aber partikulärer moralischer Standards werden soll. Auch angesichts einer kulturell gefestigten und auf absehbare Zeit wohl nicht grundlegend veränderten Praxis systematischer Aufzucht von Tieren zum Zwecke ihres späteren Verzehrs - Musterfall der Behandlung als bloßes Objekt - kann vom Tier als integralem Bestandteil der Menschenwürde keine Rede sein (Dreier, a.a.O., Art. 1 Rdnr. 64).

b. Nach Art. 1 der Grundrechtscharta der EU
Entgegen der Ansicht der Ast. ergibt sich ein solches Recht nicht aus der Garantie der Menschenwürde, die jetzt in Art. 1 der Grundrechtecharta der Europäischen Union Anerkennung gefunden hat.
Das Grundrecht der Würde des Menschen ist in der Rechtsprechung des EuGH - soweit ersichtlich - bisher nicht ausdrücklich erwähnt; es ist jedoch davon auszugehen, dass es im Hinblick auf die generelle Anerkennung der Grundrechte durch den EuGH auch Bestandteil der europäischen Grundrechte ist. Denn der EuGH hat wiederholt entschieden, dass die Grundrechte zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen gehören, die er zu wahren hat, und dass er bei der Gewährleistung dieser Rechte von ihnen auszugehen hat (EuGH, Slg. 1969, 419, 425; st. Rspr.). Der Schutzbereich des europäischen Grundrechts der Menschenwürde geht jedoch nicht über den Schutzbereich der Menschenwürde aus Art. 1 I GG hinaus.

B. Befugnis zur Gewährung vorläufigen Rechtsschut-

zes bei Anwendung von EG-Verordnungen durch nationale Behörden

I. Voraussetzungen nach der Rechtsprechung des EuGH

Ungeachtet der Frage der Zulässigkeit des Antrags ist der Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes aber auch deshalb ohne Erfolg, weil die Maßgaben des EuGH für die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes durch nationale Verwaltungsgerichte gegenüber Maßnahmen nationaler Behörden in Anwendung von primärem oder sekundärem Gemeinschaftsrecht nicht vorliegen.

Vorliegend wollen die Ast. im Ergebnis im einstweiligen Rechtsschutzverfahren erreichen, dass die nationale Marktordnungsbehörde keinerlei Maßnahmen zur Umsetzung der Verordnung Nr. 2777/2000 (EG) ergreift. Da somit nach dem Willen der Ast. in der Bundesrepublik Deutschland vorläufig eine Verordnung der EG, die nach Art. 249 EG in allen ihren Teilen verbindlich und unmittelbar in jedem Mitgliedstaat gilt, außer Anwendung bleiben soll, kann der begehrte einstweilige Rechtsschutz im Übrigen nur unter den Voraussetzungen gewährt werden, die der EuGH für die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes durch nationale Verwaltungsgerichte gegenüber sekundärem Gemeinschaftsrecht entwickelt hat (vgl. EuGH, NJW 1996, 1333). Voraussetzung für die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes ist danach:

1. dass das nationale Gericht erhebliche Zweifel an der Gültigkeit der Gemeinschaftsordnung hat,
2. die Frage dieser Gültigkeit dem EuGH vorlegt,
3. die Eilentscheidung dringlicher ist und
4. den Ast. ein schwerer, nicht wieder gutzumachender Schaden droht und
5. wenn das Gericht die Interessen der Gemeinschaft angemessen berücksichtigt.

II. Vorliegen der Voraussetzungen

Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Das Gericht hat schon keine erheblichen Zweifel an der Gültigkeit der streitbefangenen Gemeinschaftsverordnung. Die Verordnung findet entgegen der Auffassung der Ast. ihre Rechtsgrundlage in Art. 38 I, II der Verordnung Nr. 1254/199 (EG) des Rates vom 17. 5. 1999. Nach Art. 38 I können die notwendigen Maßnahmen ergriffen werden, wenn auf dem Gemeinschaftsmarkt ein erheblicher Preisanstieg oder erheblicher Preisrückgang festgestellt wird und damit zu rechnen ist, dass diese Lage anhält und dadurch Marktstörungen auftreten oder aufzutreten drohen.

Vorliegend sind - wie sich aus der ersten Begründungserwägung zur Verordnung Nr. 2777/2000 (EG) der Kommission ergibt, die Erzeugerpreise im Hinblick auf den Zusammenbruch des Rindfleischmarktes erheblich zurückgegangen, ohne dass ein Ende dieser Marktstörung absehbar ist, so dass die Kommission außerordentliche Stützungsmaßnahmen für erforderlich gehalten hat. Sonstige Bedenken gegen die Gültigkeit der einschlägigen Verordnung sind weder ersichtlich noch dargetan. Insbesondere verstößt die Verordnung nicht gegen primäres Gemeinschaftsrecht oder allgemeine Rechtsgrundsätze, wozu auch die Menschenwürde gehört.

Standort: Polizei- und Ordnungsrecht — Problem: Störerauswahl

VGH MÜNCHEN, BESCHLUSS VOM 15.09.2000
22 ZS 00.1994 (NVwZ 2001, 458)

Problemdarstellung:

Der VGH München nimmt zu der Frage Stellung, ob bei der Entscheidung über die Störerauswahl im Gefahrenabwehrrecht zivilrechtliche Regelungen der Störer untereinander beachtlich sind. Entgegen der wohl h.M., nach der sich das Auswahlermessen bei der Störerauswahl auf null reduzieren kann, wenn und soweit die zivilrechtliche Letztverantwortlichkeit eines der Störer offensichtlich und eindeutig ist und das Interesse an effektiver und schneller Gefahrenabwehr durch eine solche Beschränkung nicht geschmälert werde (vgl. die Vertiefungshinweise und die Nachweise in den Gründen), lehnt der VGH eine Berücksichtigung zivilrechtlicher Regelungen generell ab. Für vertragliche Vereinbarungen gelte dies schon deshalb, weil öffentlich-rechtliche Pflichten zur Gefahrenabwehr nicht disponibel seien. Im Übrigen sei zwischen externer Ordnungspflicht (gegenüber der Behörde bzw. der von dieser repräsentierten Allgemeinheit) und internen Ausgleichspflichten der Störer untereinander zu trennen. Eine solche Trennung liege dem allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht der Länder, aber auch dem hier einschlägigen Bundesbodenschutzgesetz zu Grunde (§ 24 I, II BBodSchG).

Prüfungsrelevanz:

Die Befugnisnormen des Polizei- und Ordnungsrechts räumen den zuständigen Behörden auf Rechtsfolgenseite i.d.R ein Ermessen ein. Ist dieses zu überprüfen, lassen sich Entschließungs- und Auswahlermessen unterscheiden. Während ersteres die Frage betrifft, "ob" überhaupt eingeschritten werden darf, geht es beim Auswahlermessen um das "Wie" des Handelns, insbe-

sondere also um die richtige Auswahl unter mehreren Ordnungspflichtigen (i.d.R. Störern) und Mitteln. Erstes Kriterium der Störerauswahl ist nach nahezu einhelliger Auffassung die Effektivität der Gefahrenabwehr (vgl. nur Wolffgang u.a., POR NRW, Rz. 320); lassen sich mehrere Ordnungspflichtige finden, welche die Gefahr gleich effektiv beseitigen können (im vorliegenden Fall: Zwei gleich finanzkräftige Unternehmen), müssen Sekundärkriterien gefunden werden. Anerkannt sind z.B. die Grundsätze "Doppelstörer vor Einzelstörer" und "Handlungs- vor Zustandsstörer". Für zivilrechtliche Regelungen gesetzlicher oder vertraglicher Art ist dies - wie die vorliegende Entscheidung belegt - streitig.

Das BBodSchG gewinnt in der Praxis immer mehr an Bedeutung. In der RA wurden bereits mehrfach Urteile hierzu veröffentlicht (vgl. nur VG Frankfurt, RA 2000, 67 = NVwZ 2000, 107; BVerwG, RA 1999, 237 = NVwZ 1999, 421).

Vertiefungshinweise:

VG Karlsruhe, NVwZ 1993, 1018

BayVGH, RA 1999, 129 = NVwZ 1999, 99

BVerwG, NVwZ 2000, 1179

OVG Lüneburg, NVwZ 2000, 1199

Kursprogramm:

Examenskurs: "Parken nur für Töchter"

Leitsatz:

Die sachgerechte behördliche Ermessensausübung beim Zugriff auf eine Störermehrheit erfordert nicht, dass die Behörde sich dabei an den zivilrechtlichen Regelungen des internen Ausgleichs innerhalb der Störermehrheit orientiert.

Sachverhalt:

Die Ast. wendet sich gegen die Anordnung sofortiger Vollziehung eines bodenschutzrechtlichen Bescheids der Ag. vom 29. 3. 2000. Die Ast. war von 1967 bis 1996 Betreiberin des Autohofs T. in E. und Eigentümerin des Betriebsgrundstücks. Im Zusammenhang mit dem Betrieb kam es in dem genannten Zeitraum zu schädlichen Bodenveränderungen durch Mineralölabsickerungen. Die Ast. nahm anhand mehrerer hydrogeologischer Gutachten eine Boden- und Grundwassersanierung in Angriff, führte diese allerdings nicht zu Ende. Auf Grund notariellen Vertrags vom 28. 6. 1996 wurden der Betrieb und das Grundstück von der Ast. auf die R.-AG für Mineralöl und Chemie und von dieser auf die D.-AG übertragen; die Grundstücksübertragung erfolgte, vorbehaltlich einer besonderen Regelung zur Altlastenfreistellung, unter Ausschluss jeglicher Gewährleistung. Im Blick auf die Befristung ihrer Freistellungsverpflichtung bis 31. 12. 1998 beendete die Ast. ihre Sanierungsbemühungen zu diesem Zeitpunkt und verwies auf eine aus ihrer Sicht von da an bestehende Verantwortlichkeit der D.-AG. Da diese sich hierzu jedoch passiv verhielt, erließ die Ag. den Bescheid vom 29. 3. 2000. Unter Anordnung sofortiger Vollziehung verpflichtete sie die Ast., die Untersuchung und Sanierung der Untergrundverunreinigungen des in Rede stehenden Grundstücks nach bestimmten Maßgaben unverzüglich wieder aufzunehmen und zügig zum Abschluss zu bringen; die D.-AG als neue Eigentümerin wurde zur Duldung verpflichtet. Der Bescheid stützt sich rechtlich auf §§ 9 II, 10 I BBodSchG, fachlich auf die vorliegenden Gutachten; freiwillige Maßnahmen seien weder von der Ast. noch von der D.-AG zu erwarten; beide Unternehmen seien gleichermaßen leistungsfähig; für die Heranziehung der Ast. spreche, dass sie Handlungsstörerin sei (§ 4 III 1 BBodSchG) und von der gefahrverursachenden Tätigkeit wirtschaftlich profitiert habe; privatrechtliche Vereinbarungen innerhalb einer Störermehrheit seien für die verwaltungsrechtliche Adressatenauswahl nicht bindend.

Die Ast. erhob Widerspruch gegen den Bescheid und rügte insbesondere die ihrer Ansicht nach fehlerhafte Störerauswahl. Beim VG beantragte sie die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung. Dieses lehnte den Antrag mit Beschluss vorn 5. 6. 2000 ab. Rechtsfehler des Bescheids, auch bei der Störerauswahl, seien nicht erkennbar. Der Ast erstrebte ohne Erfolg die Zulassung der Beschwerde wegen Unrichtigkeit des angegriffenen Beschlusses und grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache.

Aus den Gründen:

Die Richtigkeit des Standpunkts des VG zur Vertretbarkeit der Störerauswahl der Ag. begegnet keinen ernstlichen Zweifeln.

A. Zivilrechtliche Regelung für öffentl.-rechtl. Störerauswahl relevant

Allerdings ist, wie der Ast. eingeräumt sei, die Relevanz der Zivilrechtslage für eine sachgerechte Störerauswahl durchaus bisweilen Gegenstand verwaltungsrechtlichen Raisonnements. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit behördlicher Eingriffe in seiner Ausprägung als Grundsatz der Zumutbarkeit könne, so die These, gebieten, dass die Behörde sich beim Zugriff auf eine Störermehrheit von vornherein an Regelungen des internen Ausgleichs orientiert. Unbeschadet insoweit grundsätzlich zu respektierenden behördlichen Ermessens könne sich dieses etwa dann auf Null reduzieren, wenn die zivilrechtliche Letztverantwortlichkeit eines der Störer offensichtlich und eindeutig sei und das Interesse an effektiver und schneller Gefahrenabwehr durch eine solche Beschränkung nicht geschmälert werde (vgl. BVerwG, NVwZ 1990, 474, 475; VGH Mün-

chen, BayVBl 1986, 590, 593 und NVwZ 1998, 1195, 1196; OVG Lüneburg, NVwZ 1990, 786, 787] und NJW 1998, 97, 98; VGH Mannheim, VBlBW 1993, 298, 301; VGH Kassel, UPR 1995, 198; OVG Schleswig, UPR 1996, 194, 195; Schlabach, VBlBW 1996, 41, 43; Hipp/Rech/Purian, BBodSchG, Rdnr. 421). Die Ast. macht sich diese These zu eigen und erachtet die Voraussetzungen ihrer Anwendung für gegeben.

B. Gegenansicht des erkennenden Senats

Nach Auffassung des erkennenden Senats (bisher unentschieden, vgl. VGH Müncben, NVwZ 2000, 450) ist schon die These als solche nicht tragfähig.

I. Kritik in tatsächlicher Hinsicht

Rechtstatsächlich ist an jener These zunächst bemerkenswert, dass sie in der obergerichtlichen Praxis, soweit publiziert, zwar immer wieder in Betracht gezogen, das Vorliegen ihrer Voraussetzungen aber regelmäßig verneint wird. Bei realistischer Betrachtung ist das unschwer damit zu erklären, dass die Voraussetzungen praktisch kaum erfüllbar sind und deshalb kaum je vorliegen werden. Ein Bescheiderlass gegen einen Störer wird in aller Regel nur dann veranlasst sein, wenn dieser der zu fordernden Gefahrenabwehr nicht von sich aus näher tritt, m. a. W. er seine Verantwortlichkeit zumindest konkludent in Abrede stellt, d. h. bestreitet. Ein Bestreiten wird gerade in dem in Rede stehenden Bereich der Verantwortlichkeit für Boden- und Grundwassersanierungen nahe liegen, da es hier zumeist um hohe Kosten geht und sich für das Bestreiten leicht mehr oder weniger gute, nicht ohne weiteres widerlegbare Gründe finden lassen. In der Realität wird es deshalb letztlich kaum vorkommen, dass innerhalb einer Mehrheit von nicht leistungsbereiten Störern die Person des Letztverantwortlichen evident ist und es im Übrigen nicht jedenfalls einen sachlichen Grund gibt, einen anderen als ihn heranzuziehen. Der vorliegende Fall ist für all dies geradezu exemplarisch.

II. Kritik in rechtlicher Hinsicht

Abgesehen davon erweist sich jene These auch rechtlich als nicht haltbar. Namentlich die Einheit der Rechtsordnung ist in diesem Kontext kein tragfähiger Gedanke.

1. Vergleich mit dem Zivilrecht

Das gilt schon innerhalb des Zivilrechts und erst recht für dessen Verhältnis zum Verwaltungsrecht. Regelungen etwa zum Innenausgleich unter Gesamtschuldnern, gleichgültig ob vertraglicher oder gesetzlicher Natur, erlauben bereits im Rahmen des Zivilrechts in keinem Fall irgend einen Schluss auf entsprechende Beschränkungen der Ansprüche des Gläubigers (vgl. § 421 S. 1 BGB); gleiches gilt für die Rechtsposition des Gläubigers gegenüber demjenigen, der neben dem Erstschuldner oder statt seiner für eine Schuld einzustehen hat (vgl. Fälle der Rechtsnachfolge, der Schuldübernahme, der Garantenhaftung sowie handels- oder gesellschaftsrechtlicher Einstandspflicht). Es gibt keinen Grund, das anders zu sehen, wenn es um Ansprüche der Allgemeinheit gegenüber öffentlich-rechtlich Verantwortlichen geht. Die Trennung der Regelungen über externe und über interne Verantwortlichkeiten liegt deshalb - selbstverständlich - auch dem Bundesbodenschutzgesetz zu Grunde (vgl. § 24 I, II BBodSchG). Die Trennung ist eine sachlogische; der Interessenkonflikt etwa zwischen Schädiger und Geschädigtem ist ein grundsätzlich anderer und daher - in den tatbestandlichen Anknüpfungen wie in den Rechtsfolgen - anders regelungsbedürftig als der Interessenkonflikt im Verhältnis mehrerer Schädiger untereinander. Hier übergreifende Parallelen konstruieren zu wollen, geht damit von vornherein fehl und regelmäßig überdies am klaren Text bzw. Erklärungswert der einschlägigen, sei es vertraglichen oder gesetzlichen, Regelungen vorbei. Der vorliegende Fall ist auch dafür exemplarisch.

2. Keine Disponibilität ordnungsrechtlicher Verantwortlichkeit

Die Ast. macht in erster Linie geltend, durch den Vertrag vom 28. 6. 1996 sei ihre Gewährleistungspflicht für Sachmängel (§§ 459 ff. BGB), also ihre Haftung für den Zustand des Grundstücks, gegenüber den Käuferinnen ausgeschlossen worden. Selbst wenn dies zutrifft, besagt es doch nicht und kann daraus auch nicht geschlossen werden, durch den Vertrag sei zugleich ihre Verhaltensstörerhaftung gegenüber der Allgemeinheit ausgeschlossen worden. Versteht man die Ast. so, dass sie darüber hinaus geltend mache, durch den Vertrag sei unter Einbeziehung ihrer Verhaltensverantwortlichkeit eine umfassende befreiende Schuldübernahme der Käuferinnen vereinbart worden, so ließe das wiederum unberührt, dass diese Schuldübernahme entsprechend § § 414, 415 I 1 BGB zu ihrer Wirksamkeit der Genehmigung des Gläubigers bedürfte und von diesem Erfordernis ein solcher Vertrag weder dispensieren konnte noch wollte. Die These einer Präjudizialität des Zivilrechts für die öffentlich-rechtliche Störerauswahl beruht letztlich auf einer Verkennung und Überschätzung des Erklärungswerts und der Bedeutung zivilrechtlicher Regelungen für diesen Zusammenhang.

Zivilrecht

Standort: Vertragsabschluss gem. §§ 145 ff. BGB Problem: Internetauktionen

OLG HAMM, URTEIL VOM 14.12.2000
2 U 58/00 (NJW 2001, 1142)

Problemdarstellung:

In diesem Berufungsverfahren hatte sich das OLG Hamm mit den Möglichkeiten eines Vertragsabschlusses via Internet zu beschäftigen. Der Bekl. startete über einen Internetdienst eine private Internetauktion und bot einen Neuwagen zum Startpreis von 10 DM. Interessierte Käufer konnten nunmehr per Mausklick für diesen Wagen innerhalb einer Frist mitbieten, wobei sich der Bekl. bereits vorweg bereit erklärte, das am Ende der Frist eingegangene höchste Gebot anzunehmen. Zum Fristablauf gab der Kl. das höchste Gebot mit 26.350 DM ab; per Email wurde ihm zum Erwerb des Wagens gratuliert. Der Bekl. lehnte jedoch eine Lieferung des PKW ab, da ein solcher Neuwagen im Autohandel einen Listenpreis von 57.000 DM erzielt.

Das OLG Hamm stellt zunächst fest, dass Rechtsgeschäfte im Internet den allgemeinen Regeln des BGB folgen, so dass es für den wirksamen Abschluss eines Kaufvertrages Angebots und Annahme gem. §§ 145 ff. BGB bedarf. Diese Willenserklärungen können dabei auch per Mausklick online erfolgen. Im Gegensatz zum Ausgangsgericht erkennt das OLG Hamm bereits in der Freischaltung der Angebotsseite durch den Bekl. nicht bloß eine invitatio ad offerendum, sondern bereits ein verbindliches Vertragsangebot. Zu diesem Ergebnis kommt der Senat durch Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB dieser Internetseite, wobei er auch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des benutzten Internetdienstes heranzieht. Die Annahme erfolgt dann durch denjenigen Bieter, der zum Fristende das höchste Gebot abgegeben hat. Diese Annahmeerklärung musste dabei dem Bekl. nicht persönlich zugehen, da bei solchen Internetauktionen mit einem Zugang gem. § 151 BGB nicht zu rechnen ist.

An der Ernstlichkeit des Vertragsangebots durch den Bekl. lässt das OLG Hamm auch insofern keinen Zweifel, als er einen Neuwagen zum Startpreis für nur 10 DM anbietet. Denn die Gefahr den Wagen zum Schleuderpreis veräußern zu müssen, konnte er durch die Festlegung eines Mindestangebots ausräumen. Wegen der grundsätzlichen Bedeutung dieses Falls hat das OLG Hamm die Revision zum BGH zugelassen.

Prüfungsrelevanz:

Diese Entscheidung ist von examensrelevanter Bedeutung, weil es um die Anwendbarkeit der allgemeinen Lehren zum Vertragsabschluss gem. §§ 145 ff. BGB beim Einsatz neuster Kommunikationsmittel geht. Unsere Gesellschaft wird mit immer mehr Telekommunikationsmöglichkeiten überhäuft (Internet, Computerfax, elektronischer Zahlungsverkehr, WAP-Handy, etc.), so dass sich die Frage stellt, ob unsere Gesetze aus dem letzten Jahrhundert diese Möglichkeiten überhaupt noch zeitgemäß erfassen. Mit dieser Entscheidung hat das OLG Hamm klar gestellt, dass die allgemeinen Regeln des BGB nach wie vor Bedeutung haben und auch in diesen Fällen zur Anwendung kommen.

Im Übrigen setzt sich diese Entscheidung mit der Abgrenzung zwischen einer unverbindlichen invitatio ad offerendum und einem rechtsverbindlichen Angebot gem. § 145 BGB auseinander; dabei kann die zur Abgrenzung erforderliche Auslegung auch auf AGBs eines Dritten gestützt werden.

Vertiefungshinweis:

LG Münster NJW-CoR 2000, 167
Ulrici, NJW 2001, 1112
Lampert, JABl 2000, 628
Mankowski, EWiR § 156 BGB 1/2000, 415
Klewitz/Mayer, K & R 2000, 197

Kursprogramm:

Klausurenkurs: “Die Internetauktion”
Klausurenkurs: “Der AB aus dem Internet”

Leitsatz (der Redaktion):

Zur Frage, wann bei einer Internetauktion das Freischalten der Angebotsseite durch den Anbietenden eine bloße invitatio ad offerendum oder ein rechtsverbindliches Angebot vorliegt, das unter Verzicht auf den Zugang der Annahmeerklärung am Ende der Bietzeit vom höchsten Bieter angenommen wird.

Sachverhalt:

Die ricardo.de AG in Hamburg verkauft über das Internet eigene Gegenstände gegen Höchstgebot, vermittelt auf diesem Wege Vertragsabschlüsse mit anderen An-

bietern und gibt unter der Bezeichnung "ricardo private Auktionen" auch Dritten die Möglichkeit, eigene Verkaufsveranstaltungen durchzuführen. Vor der Teilnahme müssen sich die Teilnehmer bei "ricardo.de" anmelden und dabei die Anerkennung der AGB durch Doppelklick erklären. Bereits auf der Homepage von "ricardo.de" wird auf die AGB für "ricardo.de" Verkaufsveranstaltungen (AGB) hingewiesen. Die Teilnehmer können durch zweimaliges Anklicken den Text der AGB in druckgerechter Form abrufen. Die AGB lauten unter anderem wie folgt:

§ 3. Beschreibung des Kaufgegenstands, Verkaufsangebot bei privaten Auktionen. (1) ricardo.de ermöglicht es Teilnehmern, im Eigentum des jeweiligen Teilnehmers stehende Gegenstände, die im Rahmen von private Auktionen verkauft werden sollen, auf Augebotsseiten öffentlich zu präsentieren.

(5) Der anbietende Teilnehmer wird im Rahmen der Freischaltung der Angebotsseite aufgefordert, die in Abs. 4 und § 5 IV genannten Zusicherungen und Erklärungen gegenüber ricardo.de abzugeben. ricardo.de handelt dabei als Empfangsvertreter aller anderen Teilnehmer, § 164 III BGB. Die Freischaltung erfolgt erst, wenn der anbietende Teilnehmer die geforderten Zusicherungen und Erklärungen abgegeben hat.

§ 4. Vertragsangebot. (1) Für die von ricardo.de im Rahmen von ricardo Auktionen und die von anbietenden Teilnehmern im Rahmen von private Auktionen angebotenen Gegenstände können alle Teilnehmer mit Ausnahme des in Abs. 2 genannten Personenkreises während des jeweils für den angebotenen Gegenstand angegebenen Angebotszeitraums (§ 6) verbindliche Kaufangebote über die ricardo.de-Website abgeben.

(3) Die Angebote sind verbindlich und unwiderruflich. Sie erlöschen ohne weiteres mit Ablauf des übernächsten Werktags nach dem Ende des jeweiligen Angebotszeitraums, wenn sie nicht bis dahin von ricardo.de oder dem anbietenden Teilnehmer angenommen worden sind, § 151 S. 2 BGB.

(5) Um eine ordnungsgemäße Durchführung von ricardo Auktionen und private Auktionen sicherzustellen ist ricardo.de berechtigt, Angebote ohne Angabe von Gründen, insbesondere jedoch Angebote von Teilnehmern, die

a) von ricardo.de gem. § 1 III von der Teilnahme an Verkaufsveranstaltungen ausgeschlossen werden könnten oder

b) gem. Abs. 2 kein Kaufangebot abgeben dürfen, zurückzuweisen; insofern stehen die Kaufangebote unter der auflösenden Bedingung, dass sie von ricardo.de nicht innerhalb von einer Woche nach Ende des jeweiligen Angebotszeitraums zurückgewiesen werden.

(7) Bei Angeboten, die im Rahmen von private Auktionen abgegeben werden, handelt ricardo.de als Empfangsvertreter der anbietenden Teilnehmer, § 164 III BGB.

§ 5. Annahme eines Vertragsangebots. (1) Der Vertrag über einen angebotenen Gegenstand kommt ohne Erklärung gegenüber dem Teilnehmer, der das Vertragsangebot abgegeben hat (nachfolgend auch "Antragender" genannt), bereits durch Annahme des Vertragsangebots zu Stande. Der Antragende verzichtet auf eine Annahmeerklärung, § 151 S. 1 BGB. Über die Annahme seines Vertragsantrags wird der Antragende alsbald, spätestens jedoch bis 24 Uhr des zweiten Werktages nach Ende des Angebotszeitraums (§ 6) von ricardo.de per E-Mail unter der von ihm angegebenen E-Mail-Adresse unterrichtet.

(4) Bei private Auktionen erklärt der anbietende Teilnehmer bereits mit der Freischaltung seiner Angebotsseite gem. § 3 V die Annahme des höchstens unter Berücksichtigung von § 4 IV und V wirksam abgegebenen Kaufangebots. Der anbietende Teilnehmer wird von ricardo.de vom Zustandekommen des Kaufvertrags alsbald, spätestens jedoch bis 24 Uhr des zweiten Werktages nach Ende des Augebotszeitraums (§ 6) per E-Mail unter der von dem anbietenden Teilnehmer angegebenen E-Mail-Adresse unterrichtet.

§ 6. Angebotszeitraum. (1) Angebote zum Vertragsschluss können nur während eines für den jeweiligen Gegenstand von ricardo.de festgelegten Zeitraums abgegeben werden ("Angebotszeitraum"). Bei private Auktionen wird ricardo.de die Wünsche des anbietenden Teilnehmers nach Möglichkeit berücksichtigen. (3) ricardo.de ist berechtigt, den Angebotszeitraum nach eigenem Ermessen zu verkürzen oder zu verlängern oder Veranstaltungen ohne Abschluss eines Vertrags abzubrechen.

Der Bekl. ist BWL-Student, der im Rahmen seines Ende 1997 angemeldeten Gewerbes nach seinen Angaben ca. 20 bis 50 Neufahrzeuge als EU-Reimporte auf Kundenbestellung auf "konventionellem Wege" verkauft hat. 1999 führte er unter "ricardo private auktionen" eine eigene Verkaufsveranstaltung durch und bot unter dem Namen A-Automobile einen Neuwagen mit der Beschreibung: "Passat Variant TDI 110 PS Neuwagen Trendline, satinsilber metallic, innen schwarz, Edelholzausstattung, Klimaautomatic, Technik- und Winterpaket, Radiovorbereitung, Nebelscheinwerfer etc. ohne Zulassung, 0 KM" bei einem Startpreis von 10 DM ohne Angabe eines Mindestpreises vom 22. 7. 1999, 21.33 Uhr, bis zum 27. 7. 1999, 21.35 Uhr an. Ein Neufahrzeug mit diesen Ausstattungsmerkmalen hatte im Autohandel einen Listenpreis von ca. 57 000 DM. Innerhalb der Bieterzeit gab der Kl. als 963ster und letzter Bieter online ein Gebot über 26 350 DM ab. Am 27. 7. 1999 um 21.54 Uhr erhielt er von "ricardo.de" per E-Mail die Nachricht, dass er "bei ricardo private (...) für 26 350 DM den Zuschlag bei der Auktion von A-Automobile mit dem Titel VW Passat Va-

riant TDI 110 PS - Neuwagen (Auktions-Nr.: 174124) erhalten" habe. Neben der Beglückwünschung zum erhaltenen Zuschlag wies "ricardo.de" den Kl. unter Angabe der E-Mail-Adresse und Telefon-/Fax-Nummer des Bekl. darauf hin, "sich mit A-Automobile in Verbindung (zu setzen), um Versand und Bezahlung schnell und einfach zu regeln". Daraufhin nahm der Kl. am 28. und 29. 7. 1999 jeweils telefonisch Kontakt mit dem Bekl. auf. Im Rahmen dieser Telefonate lehnte der Bekl. die Lieferung des von ihm angebotenen Fahrzeugs zu dem vom Kl. gebotenen Kaufpreis i. H. von 26 350 DM ab.

Die auf Lieferung eines Pkw VW Passat Variant TDI, 110 PS, mit den weiteren vorbeschriebenen Ausstattungsmerkmalen gerichtete Klage, Zug um Zug gegen Zahlung von 26 350 DM, hat das LG abgewiesen (MMR 2000, 280 = NJW-CoR 2000, 167 = CR 2000, 313 = GewA 2000, 205 = ZUM 2000, 515 = K & R 2000, 197 = JABl 2000, 628). Die Berufung des Kl. hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Einleitung

Die Parteien haben einen Kaufvertrag über einen Pkw des beschriebenen Typs zu einem Kaufpreis von 26 350 DM durch Angebot und Annahme - via Internet - geschlossen. Zutreffend hat das LG insoweit ausgeführt, dass Rechtsgeschäfte im Internet den allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts folgen (Palandt/Heinrichs, BGB, 59. Aufl., § 145 Rdnrn. 6ff.), so dass es für den wirksamen Abschluss des Kaufvertrags eines Angebots und einer entsprechenden Annahme bedurfte, §§ 145 ff. BGB. Diese Erklärungen konnten rechtswirksam auch online per Mausklick abgegeben werden (Ernst, NJW-COR 1997, 165).

I. Angebot des Anbieters durch Freischaltung der Angebotsseite

1. Abgrenzung zur invitatio ad offerendum durch Auslegung

Entgegen den Ausführungen des LG neigt der Senat dazu, in der Freischaltung der Angebotsseite durch den Bekl. für die hier streitige Auktion nicht lediglich eine "invitatio ad offerendum", sondern bereits ein rechtsverbindliches Angebot auf Abschluss eines entsprechenden Kaufvertrags zu sehen.

a. Auslegung unter Heranziehung der AGB des Internetdienstes "ricardo.de"

Wie vom LG zutreffend ausgeführt sind bei der rechtlichen Bewertung der Parteierklärungen (auch) die AGB von "ricardo.de" zu berücksichtigen.

Diese wurden von den Parteien gegenüber "ricardo.de" wirksam i. S. des § 2 AGBG einbezogen, da die Teilnehmer bereits auf der Startseite sowie nochmals bei der Anmeldung bei "ricardo.de" auf die AGB hingewiesen werden und die Bestimmungen sowohl online eingesehen als auch in druckgerechter Form von den Teilnehmern abgerufen werden können. Damit ist den Anforderungen des § 2 AGBG Genüge getan, wie die Kammer zutreffend ausgeführt hat (so auch Ulrici, JuS 2000, 947 [948]; Ernst, NJW-COR 1997, 165 [167]). Da die Anerkennung der AGB für alle Teilnehmer zwingende Voraussetzung für die Teilnahme an Veranstaltungen von ricardo.de ist, durfte und musste jeder Teilnehmer von einer entsprechenden Anerkennung der Bedingungen durch alle anderen Teilnehmer ausgehen. So haben die Parteien auch übereinstimmend jeweils gegenüber ricardo.de erklärt, dass sie im Verhältnis Antragender/Annehmender zu den Bedingungen von ricardo.de kontrahieren wollen. Soweit diese Bedingungen Regelungen hinsichtlich des Vertragsschlusses unter den Teilnehmern enthielten, musste und durfte daher jeder Teilnehmer aus der maßgeblichen Sicht des objektiven Empfängerhorizonts davon ausgehen, dass den abgegebenen Erklärungen der in den AGB beigemessene Erklärungswert zukommt.

Auf eine wirksame Einbeziehung der Bestimmungen nach § 2 AGBG im Verhältnis der Parteien zueinander kommt es dabei nicht an. Denn bei den Vertragsbestimmungen handelt es sich, bezogen auf die Parteien, nicht um AGB i. S. der §§ 1 ff. AGBG, da keiner von beiden Vertragsparteien Verwendet der AGB ist; diese sind vielmehr von einem Dritten, nämlich dem Unternehmen ricardo.de, das die Plattform für die Auktion anbietet, zur Voraussetzung der Teilnahme an dem System gemacht worden. Darauf, dass Vertragsbedingungen "gestellt" sein müssen, um als AGB i. S. der §§ 1 ff. AGBG zu gelten, kann angesichts der eindeutigen gesetzlichen Regelung - entgegen der von Wiebe (MMR 2000, 323 [325]) vertretenen Auffassung - insbesondere auch nicht unter Hinweis auf ein "berechtigtes Interesse aller Beteiligten an einer einheitlichen Marktordnung" im Verhältnis "Verkäufer/Käufer" verzichtet werden.

Ebenso wenig kommt es bei der Auslegung des Erklärungsverhaltens der Parteien auf die Frage der Wirksamkeit der Klauseln im Verhältnis zu ricardo.de an, da beide Parteien die Regelungen unabhängig von ihrer rechtlichen Qualifizierung anerkannt haben und damit als Erklärungsempfänger die daraufhin abgegebenen Erklärungen im Sinne dieser Bestimmungen verstehen mussten.

b. Auslegung der freigeschalteten Angebotsseite

Damit bilden die AGB von ricardo.de die Auslegungsgrundlage, wie die Parteien als Erklärungsempfänger bzw. ricardo.de gem. § 166 I BGB als nach § 3 V und

§ 4 VII der AGB jeweils i.S. von § 167 I Alt. 1 BGB bevollmächtigter Empfängsvertreter die jeweilig abgegebenen Erklärungen der Parteien nach dem objektiven Empfängerhorizont verstehen durften. Zwar regelt § 3 I AGB, dass ricardo.de den Teilnehmern ermöglicht, Gegenstände, die im Rahmen von "private Auktionen" verkauft werden sollen, auf Angebotsseiten öffentlich zu präsentieren, was für eine bloße invitatio ad offerendum" spricht. Im Übrigen regeln die §§ 3 IV, 4 I, 4 IV, 4 VII, 5 I der AGB, dass das Kaufangebot von den Bietern abgegeben wird und der Verkäufer nach § 5 IV AGB durch das Freischalten der Angebotsseite antizipiert die Annahme des letzten innerhalb der Bietzeit wirksam abgegebenen Gebots erklärt. Dabei handelt es sich aber rechtlich um "Falschbezeichnungen " ("falsa demonstratio"). Denn die Freischaltung der Angebotsseite erfüllt unabhängig von ihrer Bezeichnung in den AGB alle Voraussetzungen eines Angebots i. S. des § 145 BGB.

So ist unter einem Angebot i. S. des § 145 BGB jede mit Rechtsbindungswillen abgegebene einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung zu verstehen, die auf Abschluss eines Vertrags gerichtet ist, dessen Gegenstand und Inhalt in der Erklärung hinreichend bestimmt oder bestimmbar ist, wobei eine ausreichende Bestimmbarkeit auch dann vorliegt, wenn der Anbietende die Festlegung einzelner Vertragspunkte dem Angebotsempfänger überlässt (Palandt/Hein-richs, § 145 Rdnrn. 1 f. m. w. Nachw.). Kennzeichnend für das Angebot ist dabei, dass dieses der Annahme in der Regel zeitlich vorangeht (Palandt/Hein-richs, Vorb. § 145 Rdnr. 4).

Aus § 5 IV der AGB ergibt sich sinngemäß, dass die Freischaltung der Angebotsseite die rechtlich verbindliche Erklärung auf Abschluss eines Kaufvertrags über den angebotenen Gegenstand enthält. Die allgemeine Erwägung, die im Zweifel für die Annahme einer unverbindlichen "invitatio ad offerendum" spricht, dass nämlich der in seinen Kapazitäten eingeschränkte Warenanbieter keine rechtsverbindliche Erklärung abgeben wolle, um nicht gegenüber allen potenziellen Auktionsteilnehmern rechtlich verpflichtet zu sein, greift nicht ein, da das Angebot insoweit beschränkt ist, als es gem. § 5 der AGB nur durch das am Ende der Bietzeit abgegebene höchste Gebot angenommen werden konnte. Diese Erklärung ist auch hinsichtlich der wesentlichen Vertragsbestandteile hinreichend bestimmt bzw. bestimmbar. Denn neben der bestimmten Angabe des Kaufgegenstands sind durch die AGB von ricardo.de sowohl der Vertragspartner als auch der Kaufpreis hinreichend bestimmbar. So ergibt sich aus dem durch die AGB von ricardo.de festgelegten Auktionsablauf der Vertragspartner als der letzte Bieter innerhalb der vorgesehenen Bietzeit. Ebenso ist die Erklärung des Bekl. hinsichtlich des Kaufpreises im Hinblick auf die Regelung in den AGB, dass der Kaufpreis im Rahmen des Auktionsverfahrens durch das gegenseitige Überbieten durch die Bieter bis zum Ablauf des festgelegten Auktionszeitraums bestimmt wird, hinreichend bestimmbar.

Die Bezeichnung als vorweggenommene bindende Annahmeerkläung ist somit lediglich eine "Falschbenennung" einer tatsächlich auf Abschluss eines Vertrags gerichteten Erklärung, die alle Voraussetzungen eines Angebots erfüllt. Das auf dieses Angebot erfolgte höchste Gebot des Kl. stellt danach dessen Annahme dar.

2. Keine Unwirksamkeit infolge AGB-Kontrolle

Auch unter dem Gesichtspunkt der "AGB-Kontrolle" bestehen keine Bedenken hinsichtlich der Wirksamkeit der auf § 5 IV AGB beruhenden Erklärung.

Das folgt schon daraus, dass die Regelungen im Verhältnis der Parteien zueinander, wie ausgeführt, nicht der Kontrolle nach dem AGB-Gesetz unterliegen, da keine der Parteien Verwendet i. S. des § 1 AGBG ist, das heißt die Bestimmungen von keiner der Parteien der anderen i. S. des § 1 AGBG "gestellt" wurden. Auch aus der zeitlichen Reihenfolge der Anmeldungen der Teilnehmer bei "ricardo.de" per Login mit Benutzername und Passwort unter Anerkennung der Bedingungen kann auf ein "Stellen" i. S. des § 2 AGBG nicht geschlossen werden, da die Anmeldungsreihenfolge rein zufällig ist.

Selbst wenn man aber - entgegen der Ansicht des Senats - auch zwischen den Parteien von einer Anwendbarkeit des AGB-Gesetzes ausginge, neigt der Senat dazu, nach der Interessenlage (allein) den anbietenden Teilnehmer (Bekl.) als Verwender i. S. des § 1 AGBG anzusehen (so wohl auch Wilmer, NJW-CoR 2000, 94 [99]). Denn der Verkäufer bedient sich des von "ricardo.de" bereitgestellten Verkaufsportals, um unter Anerkennung und Geltung der dortigen AGB seine Ware an potenzielle Bieter zu verkaufen. Insoweit macht er sich deren AGB, zumindest soweit sie Modalitäten des Kaufvertragsabschlusses vorsehen, zu eigen. Unabhängig vom Zeitpunkt des Login fungiert er dabei als Initiator des Verkaufs, da es nur durch seine Teilnahme am System überhaupt zum Abschluss eines Kaufvertrags - mit welchem Käufer auch immer - über den von ihm angebotenen Gegenstand kommen kann. Als Verwender unterfiele der Bekl. im Verhältnis zum Bieter (Kl.) aber nicht dem Schutzzweck des AGB-Gesetzes.

Selbst wenn man aber - entgegen der Ansicht des Senats - den Käufer als Verwender ansähe, so verstieße die Bestimmung des § 5 IV AGB weder gegen § 10 Nr. 5 AGBG noch gegen § 9 II Nr. 1 AGBG. § 10 Nr. 5 AGBG wäre wegen § 24 Nr. 1 AGBG schon nicht anwendbar, weil der Bekl., der nach seinen Angaben seit Anmeldung des Gewerbes Ende 1997 nebenberuflich ca. 20 bis 50 EU-Reimporte auf Kundenbestellung durchführte, als "Unternehmer" i. S. des § 24 Nr. 1

AGBG anzusehen ist.

Ohnedies läge auch kein Verstoß gegen § 10 Nr. 5 AGBG vor, da die Klausel keine Erklärungsfiktion aufstellt, sondern i. V. mit § 4 V AGB nur die Verpflichtung beinhaltet, mit der Freischaltung der Angebotsseite die rechtsverbindliche Erklärung auf Abschluss eines Kaufvertrags abzugeben (vgl. auch Wiebe, MMR 2000, 284). Ebenso wenig läge ein Verstoß gegen § 9 II Nr. 1 AGBG - wegen Abweichung vom Leitbild des § 156 BGB - vor. Eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders könnte nämlich nicht angenommen werden (so auch Wiebe, MMR 2000, 284 [286]; Ulrici, JuS 2000, 947 [949]; Wilkens, DB 2000, 666 [668]).

So spräche zwar die vom LG zutreffend angeführte Unausgereiftheit des Verfahrens, wonach ein "Ausbieten" auf Grund des begrenzten Zeitraums und der kleinen Bietschritte unter Umständen nicht möglich sei und die Bieter in Kenntnis des festgelegten Zeitraums unter Umständen bis zum Ende zögerten, um erst in der Schlussphase zu bieten, für eine Unangemessenheit. Denn in derartigen Fällen besteht wegen des Fehlens eines Auktionators i. S. des § 156 BGB grundsätzlich nicht die Möglichkeit, die Auktion situationsbedingt zu verlängern, um auf diese Weise für den anbietenden Teil einen günstigen Vertragsabschluss zu erreichen. § 6 III AGB sieht zwar eine solche Verlängerungsmöglichkeit für "ricardo.de" vor, von dieser ist aber vorliegend kein Gebrauch gemacht worden.

Gegen die Annahme einer unangemessenen Benachteiligung spräche aber entscheidend, dass der anbietende Teilnehmer den Verlauf der Auktion durch die Angabe eines Mindest- und Startpreises, der Größe der Bietschritte sowie des Bietzeitraums nachhaltig beeinflussen und sein Risiko damit in Grenzen halten kann.

Im Übrigen ist allgemein bekannt, dass es sich bei Auktionen um risikoreiche Transaktionsformen handelt. So geht der anbietende Teilnehmer dieses Risiko bewusst ein, um gleichsam die Chance wahrzunehmen, durch die Preisbestimmung mittels des gegenseitigem Überbietens der Bieter einen guten Preis zu erlangen, der möglicherweise sogar über dem Marktpreis liegt. Dass sich diese Chance unter Umständen nicht realisiert, liegt in der Natur der Auktion. Im Übrigen bietet erst die Verfahrensgestaltung ohne Auktionator die Möglichkeit, den Angebotszeitraum auf mehrere Wochen auszudehnen, was die einzelne Warenpräsentation für einen wesentlich größeren Personenkreis zugänglich macht und somit in der Regel die Erzielung eines angemessenen Preises sicherstellt (Wilkens, DB 2000, 666 [668]).

3. Mangelnde Ernstlichkeit des Angebots gem. § 118 BGB

Soweit der Bekl. geltend macht, dass sich Bedenken hinsichtlich der Ernsthaftigkeit und Verbindlichkeit der Angebote wegen des Zulassungsverfahrens nach § 1 AGB und der Rücknahmemöglichkeit der Anmeldung nach § 4 III AGB ergäben, kann dies allenfalls die Wirksamkeit dieser Regelungen berühren, nicht jedoch die des § 5 IV der AGB. Gleiches gilt hinsichtlich der Bedenken bezüglich § 4 VAGB.

Im Übrigen hat das LG zu Recht angenommen, dass bei der Auslegung einer Erklärung neben dem Wortlaut auch außerhalb des Erklärungsakts liegende Begleitumstände aus der Sicht des objektiven Empfängerhorizonts miteinzubeziehen sind (Palandt/Hein- richs, § 133 Rdnr. 15 m. w. Nachw.).

Der Senat kann allerdings der Kammer, die ausgeführt hat, dass diese Begleitumstände gegen die Annahme einer auf Abschluss eines Kaufvertrags unter dem Einstandspreis gerichteten Erklärung sprächen, nicht folgen. Die Kammer hat gemeint, der Kl. habe nicht davon ausgehen dürfen, dass der Bekl. die Auktion als Werbeveranstaltung habe nutzen wollen und Vermögenseinbußen durch einen Verkauf des Pkw unter dem Einkaufspreis einkalkuliert habe. Dem ist aber entgegenzuhalten, dass der Bekl. als Verkaufsplattform gerade eine Internetauktion benutzt hat und den Pkw nicht zu einem Festpreis, sondern mit einem Startpreis von lediglich 10 DM anbot, was ihm die potenzielle Möglichkeit verschaffte, einen größeren Bieterkreis zu erreichen. Die vom Bekl. gewählte Verkaufsform spricht daher für eine auf Abschluss eines Kaufvertrags über den Pkw zu jedem Kaufpreis oberhalb des Startpreises gerichtete Willenserklärung (so auch Ulrici, JuS 2000, 947 [949]).

Entgegen den Ausführungen des LG ist also aus der Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers, der Kenntnis von der Möglichkeit der Festsetzung eines (weit höheren) Mindestgebots hat, auf den Willen des Erklärenden zu schließen, mit jedem Gebot über dem festgelegten Startpreis einverstanden zu sein, selbst wenn dieses noch so niedrig liegt (so auch Ulrici, JuS 2000, 947 [950]). Der geheim gehaltene Wille, den Pkw erst ab Erreichen des Einkaufspreises verkaufen zu wollen, ist nach § 116 BGB unbeachtlich.

Das Risiko, den Pkw möglicherweise lediglich für wenige hundert DM "zum Schleuderpreis" verkaufen zu müssen, kann der Verkäufer, durch die Angabe eines entsprechend hohen Mindestgebots gerade vermeiden. Macht er dies nicht, so ist bei verständiger Würdigung anzunehmen, dass er aus Marketing- oder sonstigen Gründen bei der Versteigerung auch hohe Verluste in Kauf zu nehmen bereit ist.

Auch der Umstand, dass der Anbietet nach Freischaltung der Angebotsseite keinerlei Korrekturmöglichkeit mehr hat, vermag keine andere Bewertung zu rechtfertigen, da dem Erklärenden dieser Umstand bei Bestätigung seiner Angaben gegenüber "ricardo.de" erkennbar

war. Nimmt er die der Freischaltung zeitlich vorgelagerten Korrekturmöglichkeiten nicht wahr, so geschieht dies auf sein Risiko.

4. Beschränkung des Angebots nach Billigkeitsgesichtspunkten (§ 315 BGB)

Eine Beschränkung der Erklärung des Bekl. auf Gebote im Rahmen der Billigkeit folgt auch nicht dem Rechtsgedanken des § 315 BGB, da die Parteien ausdrücklich eine andere Regelung hinsichtlich der Leistungsbestimmung - nämlich durch Bieterwettstreit - getroffen haben und somit ein Zweifelsfall i. S. des § 315 BGB nicht vorliegt. Die Leistungsbestimmung wurde angesichts der Festlegung von Startpreis und Bieterschritten auch nicht in das Belieben des Kl. gestellt.

Es entspricht vielmehr dem Prinzip der Privatautonomie, dass denjenigen, der sich in Anbetracht der mit Auktionen verbundenen Chancen und Risiken für diese Verkaufsform entscheidet, auch die Pflicht trifft, die Folgen bei Realisierung der Risiken zu tragen. So darf der privatautonom erklärte Wille nicht - wie vom LG im Ergebnis vorgenommen - durch den vernünftigen Willen ersetzt werden ("Es gibt ihn doch, den gerechten Preis", Wiebe, MMR 2000, 284), denn die Privatautonomie gestattet - in den hier nicht tangierten Grenzen der §§ 134, 138 BGB - auch (ganz) unvernünftiges Verhalten.

5. andere Auslegungsmöglichkeit: Freischalten der Angebotsseite als antizipierte Annahmeerklärung

Selbst wenn man aber entgegen der Ansicht des Senats in der Freischaltung der Angebotsseite kein Angebot i. S. des § 145 BGB sähe, so stellte es in jedem Fall eine antizipierte Annahmeerklärung hinsichtlich des in diesem Fall durch den letzten Bieter - hier des Kl. - im Angebotszeitraum wirksam abgegebenen Angebots dar. Das LG hat zutreffend ausgeführt, dass keine grundsätzlichen Bedenken bezüglich der Zulässigkeit einer derartigen antizipierten Annahme bestehen. Dies folgt aus dem Grundsatz der Privatautonomie und der damit verbundenen Freiheit, Risiken einzugehen.

II. Zugang durch Empfangsvertreter gem. § 164 III BGB

Die Erklärungen sind den Parteien jeweils dergestalt zugegangen, dass "ricardo.de" von den Parteien durch wirksame Anerkennung der AGB als Empfangsvertreter bezüglich der Erklärungen in §§ 3 V, 4 VII AGB bevollmächtigt wurde. Wie das LG zutreffend ausgeführt hat, haben die Parteien im Verhältnis zu "ricardo.de" die AGB i. S. des § 2 AGBG wirksam in den Vertrag einbezogen (s. o.), so dass eine Bevollmächtigung i. S. des § 167 I 1 BGB gegenüber dem Vertreter erfolgt ist.

Die Bestellung von "ricardo.de" zum Empfangsvertreter beider Parteien verstößt auch nicht gegen § 181 BGB. Unabhängig von der Frage, ob die Vorschrift nach ihrem Schutzzweck auf den Empfangsvertreter überhaupt anwendbar ist, ist die Doppelvertretung in jedem Fall als gestattet i.S. des § 181 BGB anzusehen, da sie jeweils in Kenntnis der Bestellung durch die andere Partei erfolgte.

III. Keine Anfechtung durch den Anbietenden

Die Willenserklärung des Bekl. ist nicht durch Anfechtung nach §§ 119, 142 I BGB untergegangen.

1. Kein Anfechtungsgrund gem. § 119 I BGB

Insoweit fehlt es bereits an einem Anfechtungsgrund. Ein vom Bekl. geltend gemachter Erklärungsirrtum i. S. des § 119 I Alt. 2 BGB durch versehentliche Eingabe eines Startpreises von 10 DM an Stelle von 10 000 DM lag nicht vor. Es fehlte insoweit an einer entsprechenden Fehlvorstellung. So hat der Bekl. im Rahmen der persönlichen Anhörung gem. § 141 ZPO eingeräumt, dass es ihm infolge Zeitdrucks bei Einrichtung der Angebotsseite "egal" gewesen sei, was er inhaltlich eingegeben und dass er sich auf die Kontrollfrage "Alles recht so?" durch "ricardo.de" vor der Freischaltung seine Eingaben und die rechtlichen Hinweise zwecks Zeitersparnis nicht durchgelesen habe. An einem zur Anfechtung berechtigenden Irrtum fehlt es aber, wenn der Erklärende die Erklärung in dem Bewusstsein abgibt, ihren Inhalt nicht genau zu kennen (Palandt/Heinrichs, § 119 Rdnr. 9 m. w. Nachw.).

2. Keine Kausalität zwischen Irrtum und Willenserklärung

Im Übrigen fehlt es auch an der Ursächlichkeit des Irrtums für die Abgabe der Willenserklärung, da der erzielte Kaufpreis von 26 350 DM über dem angeblich gewollten Startpreis von 10 000 DM liegt. Die Erwägung, dass bei einem höheren Startpreis innerhalb der Bietzeit ein höheres letztes Gebot möglich gewesen wäre (so Ulrici, JuS 2000, 947 [951]), ist spekulativ und kann nicht zur Bejahung der Ursächlichkeit herangezogen werden. Dies gilt insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass es bei einem höheren Startpreis unter Umständen keine so rege Bieterbeteiligung gegeben hätte. Zweifel gehen hier zu Lasten des Bekl.

3. Verfristung der Anfechtungserklärung gem. § 121 BGB

Im Übrigen fehlt es an der Unverzüglichkeit der Anfechtungserklärung i. S. des § 121 BGB. Dabei mag dahinstehen, ob man entgegen dem Wortlaut des § 121 BGB - für den Fristbeginn hier nicht auf den Auktionsbeginn abstellen kann (s. Ulricz, JuS 2000, 947 [951]), sondern auf den Zeitpunkt der Kenntniserlangung von der Person des Käufers abstellen muss, da dem Bekl.

erst ab diesem Zeitpunkt die Abgabe der Anfechtungserklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner i. S. des § 143 I, II BGB möglich war (so auch Wilkens, DB 2000, 666 [668]). Die Anfechtungserklärung ist, wie vom Bekl. auch schriftsätzlich vorgetragen, erst in dem Anwaltsschreiben vom 6. 8. 1999 und nicht bereits in den Ende Juli geführten Telefonaten zwischen den Parteien abgegeben worden. Denn der bezüglich der Telefonate erfolgte Vortrag, der Bekl. habe mitgeteilt, er habe sich "verklickt" und wolle deswegen den Vertrag nicht gegen sich gelten lassen, steht im Widerspruch zu seinem Vorbringen, man habe seinerzeit einen Aufhebungsvertrag geschlossen. Eine am 6. 8. 1998 abgegebene Anfechtungserklärung erfolgte nicht mehr unverzüglich i. S. des § 121 BGB.

IV. Keine Unwirksamkeit wegen Gesetzesverstoßes gem. § 134 BGB

Der Vertrag ist auch nicht wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nichtig, § 134 BGB. In Betracht käme ein Verstoß gegen § 34 b I GewO und § 34 b VO Nr. 5 b GewO . Diese Vorschriften richten sich aber nur an den Auktionsveranstalter, weshalb sie schon aus diesem Grunde nicht zur Nichtigkeit des Vertrags zwischen den Parteien führen können.

Der Anspruch des Kl. auf Lieferung und Übereignung eines Pkw des im Tenor beschriebenen Typs ist auch nicht nach § 275 BGB wegen nachträglichen Unvermögens untergegangen.[...] Insoweit kann dahinstehen, ob die Parteien eine Stück- oder Gattungsschuld vereinbart haben. Denn abgesehen von fehlenden Beweisangeboten durch den Bekl. ist eine Beweiserhebung über die Frage, ob dem Bekl. die Lieferung des speziellen oder eines entsprechenden Neufahrzeugs - wie dieser behauptet - wegen Weiterverkaufs des ursprünglich vorhandenen Fahrzeugs und einer inzwischen eingetretenen Produktionsänderung nicht mehr möglich ist, nicht erforderlich, da feststeht, dass der Bekl. auf Grund des Weiterverkaufs ein mögliches Unvermögen zu vertreten hätte. Sollte sich in der Zwangsvollstreckung ergeben, dass dem Bekl. die Erfüllung des Klageanspruchs tatsächlich unmöglich ist, so hat der Kl. die Möglichkeit des Vorgehens nach § 283 BGB (Palandt/Heinrichs, § 275 Rdnr. 25 m. w. Nachw. aus der Rspr.; OLG Hamm, WM 1998, 1949 [1950] m. w. Nachw.).

V. Keine Naturalobligation gem. § 762 BGB

Die Verbindlichkeit ist auch klagbar. Bei der Internetauktion handelt es sich nicht um ein Glücksspiel i. S. des § 762 BGB (so auch Wiebe, MMR 2000, 284 [285]; Wilkens, DB 2000, 666 [668]). Bei einem Glücksspiel hängen Gewinn und Verlust (hauptsächlich) vom Zufall, nicht aber von der Einwirkung der Parteien ab. Bei der vorliegenden Auktion war aber nur die Höhe des zu erzielenden Preises ungewiss und auch hier hatte der Anbietet Möglichkeiten der Einwirkung durch Festlegung eines Mindest- sowie Startpreises, der Bietschritte und des Bietzeitraums.

Daran ändert sich auch nichts dadurch, dass "ricardo.de" nach § 6 III AGB berechtigt war, den Angebotszeitraum nach eigenem Ermessen zu verkürzen oder zu verlängern oder Veranstaltungen ohne Abschluss eines Vertrags abzubrechen. Denn den Begriff des Spiels i. S. des § 762 BGB zeichnet insbesondere aus, dass sich der Zweck in der Unterhaltung und/oder Gewinnerzielung erschöpft, das heißt ein ernster sittlicher oder wirtschaftlicher Geschäftszweck fehlt (Palandt/Sprau, § 762 Rdnr. 2). Vorliegend verfolgten beide Partelen dagegen den wirtschaftlichen Zweck, das Fahrzeug zu einem - aus ihrer jeweiligen Sicht - günstigen Kaufpreis zu verkaufen bzw. zu erwerben. Dass eine solche Auktion spekulativen Charakter hat, macht sie noch nicht zum Spiel i. S. von § 762 BGB.

Standort: Familienrecht — Problem: Inhaltskontrolle von Eheverträgen

BVERFG, URTEIL VOM 06.02.2001
1 BVR 12/92 (NJW 2001, 957)

Problemdarstellung:

Bei dieser Urteilsverfassungsbeschwerde hatte das BVerfG über die Möglichkeiten und Grenzen einer gerichtlichen Inhaltskontrolle von Eheverträgen zu befinden. Die Bf. hatte als werdende Mutter vor der Eheschließung mit dem Kindsvater einen Ehevertrag abgeschlossen, indem sie gegenseitig auf alle Unterhaltsansprüche für die Zukunft verzichteten und die Bf. den Kindsvater vom Unterhalt für das gemeinsame Kind nahezu freistellte. Während das Ausgangsgericht eine Sittenwidrigkeit gem. § 138 BGB bei diesem Vertrag verneinte, insb. im Hinblick auf die Eheschließungsfreiheit, bejaht das BVerfG eine solche gerichtliche Kontrollpflicht gem. Art. 2 I, 6 IV GG.

Zunächst führt das BVerfG aus, dass die Eheschließungsfreiheit nicht die Freiheit zur unbegrenzten Ehevertragsgestaltung rechtfertige, insb. nicht zur einseitigen Lastenverteilung. Enthält ein Ehevertrag eine erkennbar einseitige Lastenverteilung zu Ungunsten der schwangeren Frau, gebietet es der Anspruch auf Schutz und Fürsorge der werdenden Mutter gem. Art. 6 IV GG, die ehevertraglichen Vereinbarungen einer besonderen richterlichen Kontrolle zu unterwerfen. Zumal

das Gesetz keinerlei Maßnahmen zum Schutz vor Übereilung oder Übervorteilung beim Abschluss von Eheverträgen, z.B. durch Formerfordernisse oder Verfahrensregeln, vorsieht.

Prüfungsrelevanz:

Wie bereits im Zusammenhang mit einer anderen Gerichtsentscheidung angemerkt (vgl. RA 2/2001, S. 85), bilden die Grundrechte nicht nur Abwehrrechte gegenüber dem Staat, sondern auch eine objektive Wertordnung, die unserer gesamten Rechtsordnung zugrunde liegt und dieselbe daher beeinflusst. Im Zivilrecht spricht man insofern von der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte, so dass auch in zivilrechtlichen Rechtsverhältnissen zwischen den Bürgern die Bedeutung der Grundrechte zu beachten ist. Eine solche mittelbare Drittwirkung entfalten die Grundrechte u.a. bei unbestimmten Rechtsbegriffen, wie z.B. Sittenwidrigkeit gem. § 138 BGB. Die gem. Art. 1 III GG an die Grundrechte gebundene Rechtsprechung muss bei Auslegung und Anwendung dieser unbestimmten Rechtsbegriffe auf die Wertentscheidungen der Grundrechte Rücksicht nehmen.

In examensrelevanter Hinsicht ist dieses Thema deshalb so wichtig, weil es eine Schnittstelle zwischen Zivilrecht und öffentlichem Recht bietet, so dass der Examenskandidat auf zwei Sachgebieten zugleich geprüft werden kann.

Vertiefungshinweis:

BGH, NJW 1991, 913 (914)

BGH, NJW 1992, 3164 (3165)

OLG Hamm, NJW-RR 1999, 950.

Kursprogramm:

Examenskurs: “Die Prinzessin und die Paparazzi”

Leitsatz:

Zur gerichtlichen Kontrolle des Inhalts ehevertraglicher Abreden, die vor der Eheschließung mit einer Schwangeren getroffen werden und die Betreuungs- und Unterhaltssituation des gemeinsamen Kindes nach einer Scheidung berühren, am Maßstab des Art. 2 I i. V. mit Art. 6 IV GG und des Art. 6 II GG.

Sachverhalt:

Im Frühsommer 1976 stellte die damals 26-jährige Bf., (F), die aus erster Ehe ein fünfjähriges Kind zu versorgen hatte und seit zwei Jahren mit einem neuen Partner, ihrem späteren Ehemann (S), zusammenlebte, fest, dass sie schwanger war. Als sie dies ihrem Partner mitteilte, erinnerte dieser sie an seine Erklärung zu Beginn ihrer Beziehung, keine Kinder haben und auch nicht heiraten zu wollen. Ob er sie dabei drängte, das Kind abzutreiben, blieb im Ausgangsverfahren streitig. Die Bf. reagierte nach seinem Bekunden "hysterisch" und drängte auf eine Heirat noch vor der Geburt des Kindes, damit es ehelich geboren würde. Seine Bedenken gegen eine Heirat rührten aus der damals bevorstehenden Reform des Scheidungsrechts und der Furcht vor Unterhaltsansprüchen der Frau im Falle einer Scheidung her. Die Bf. ließ daraufhin einen Ehevertragsentwurf ausarbeiten, den beide Anfang Juli unterzeichneten. Die Vereinbarung hat folgenden Wortlaut:

Die Vertragsschließenden beabsichtigen spätestens im August 1976 zu heiraten. Frau F erwartet ein Kind, das nach ärztlichem Urteil im November 1976 geboren werden wird. Sollte die zu schließende Ehe geschieden werden aus jetzt noch nicht ersichtlichen Gründen, so haben die Vertragsschließenden für den Fall der Scheidung folgende Vereinbarung getroffen:

1. Frau F und Herr S verzichten gegenseitig für Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft auf jeglichen Unterhalt ab Rechtskraft der Scheidung gerechnet, auch für den Fall der Not.

2. Herr S verpflichtet sich auch für den Fall der Scheidung, ab Rechtskraft der Scheidung gerechnet, an das zu erwartende Kind einen monatlichen Unterhalt von 150 DM im Voraus bis spätestens zum 5. Werktag eines jeden Monats zahlbar zu Händen von Frau F zu leisten.

Von allen weiter gehenden Unterhaltsansprüchen des zu erwartenden Kindes gegen Herrn S stellt Frau F Herrn S frei.

Noch im selben Monat schlossen die Parteien die Ehe. Im November 1976 wurde der gemeinsame Sohn geboren. Nach dem Ende des Mutterschutzes nahm die Bf. ihre vorherige Berufstätigkeit als Bürokraft mit deutlich niedrigerem Entgelt, als es ihr Ehemann bezog, wieder auf. Die Ehe wurde im Dezember 1989 geschieden und das Sorgerecht für den Sohn der Bf. übertragen, die später wieder heiratete. 1990 nahm der Sohn seinen Vater im Wege der Stufenklage auf Auskunft und Kindesunterhalt in Anspruch. Nachdem das AG den Vater durch Teilurteil zur Auskunftserteilung über seine Einkünfte mit der Begründung verurteilt hatte, die Vereinbarung aus dem Jahr 1976 sei sittenwidrig, klagte dieser gegen die Bf. auf Freistellung von einem über 150 DM monatlich hinausgehenden Unterhaltsanspruch des Kindes gegen ihn. Das AG wies die Klage ab. Auf die Berufung des geschiedenen Ehemanns hin verurteilte das OLG die Bf. in Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung antragsgemäß. Die Verfassungsbeschwerde hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Einleitung

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet. Die angegriffene Entscheidung verletzt die Bf. in ihrem Recht aus Art. 2 I i. V. mit Art. 6 IV GG. Darüber hinaus verstößt sie gegen Art. 6 II GG.

Das OLG hat das Recht der Bf. aus Art. 2 I i. V. mit Art. 6 IV GG auf Schutz vor unangemessener Benachteiligung durch den Ehevertrag verkannt.

B. Zur mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht

I. Im Allgemeinen

Im Privatrechtsverkehr entfalten die Grundrechte ihre Wirkkraft als verfassungsrechtliche Wertentscheidungen durch das Medium der Vorschriften, die das jeweilige Rechtsgebiet unmittelbar beherrschen, damit vor allem auch durch die zivilrechtlichen Generalklauseln (vgl. BVerfGE 7, 198 [205 f.] = NJW 1958, 257; BVerfGE 42, 143 [148] = NJW 1976, 1677). Der Staat hat auch insoweit die Grundrechte des Einzelnen zu schützen und vor Verletzung durch andere zu bewahren (vgl. BVerfGE 46, 160 = NJW 1977, 2955; BVerfGE 49, 89 = NJW 1979, 359; BVerfGE 53, 30 = NJW 1980, 759; BVerfGE 56, 54 = NJW 1981, 1655; BVerfGE 88, 203 = NJW 1993, 1751). Den Gerichten obliegt es, diesen grundrechtlichen Schutz durch Auslegung und Anwendung des Rechts zu gewähren und im Einzelfall zu konkretisieren. Ihrer Beurteilung und Abwägung von Grundrechtspositionen im Verhältnis zueinander kann das BVerfG nur dann entgegentreten, wenn eine angegriffene Entscheidung Auslegungsfehler erkennen lässt, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Auffassung von der Bedeutung eines Grundrechts, insbesondere vom Umfang seines Schutzbereichs, beruhen und auch in ihrer materiellen Bedeutung für den Rechtsfall von einigem Gewicht sind (vgl. BVerfGE 18, 85 [93] = NJW 1964, 1715; BVerfGE 42, 143 [149] = NJW 1976, 1677; st. Rspr.). Diese Voraussetzungen für eine Korrektur durch das BVerfG liegen hier vor.

Die durch Art. 2 I GG gewährleistete Privatautonomie setzt voraus, dass die Bedingungen der Selbstbestimmung des Einzelnen auch tatsächlich gegeben sind (vgl. BVerfGE 81, 242 [254 f.] = NJW 1990, 1469). Maßgebliches Instrument zur Verwirklichung freien und eigenverantwortlichen Handelns in Beziehung zu anderen ist der Vertrag, mit dem die Vertragspartner selbst bestimmen, wie ihre individuellen Interessen zueinander in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden. Wechselseitige Bindung und Freiheitsausübung finden so ihre Konkretisierung. Der zum Ausdruck gebrachte übereinstimmende Wille der Vertragsparteien lässt deshalb in der Regel auf einen durch den Vertrag hergestellten sachgerechten Interessenausgleich schließen, den der Staat grundsätzlich zu respektieren hat (vgl. BVerfGE 81, 242 [254] = NJW 1990, 1469). Ist jedoch auf Grund einer besonders einseitigen Aufbürdung von vertraglichen Lasten und einer erheblich ungleichen Verhandlungsposition der Vertragspartner ersichtlich, dass in einem Vertragsverhältnis ein Partner ein solches Gewicht hat, dass er den Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmen kann, ist es Aufgabe des Rechts, auf die Wahrung der Grundrechtspositionen beider Vertragspartner hinzuwirken, um zu verhindern, dass sich für einen Vertragsteil die Selbstbestimmung in eine Fremdbestimmung verkehrt (vgl. BVerfGE 89, 214 [232] = NJW 1994,36).

II. Bei Eheverträgen

Dies gilt auch für Eheverträge, mit denen Eheleute ihre höchstpersönlichen Beziehungen für die Zeit ihrer Ehe oder danach regeln. Art. 6 I GG gibt ihnen hierbei das Recht, ihre jeweilige Gemeinschaft nach innen in ehelicher und familiärer Verantwortlichkeit und Rücksicht frei zu gestalten (vgl.. BVerfGE 80, 81 [92] = NJW 1989, 2195). Allerdings setzt der Schutz der staatlichen Ordnung, der für Ehe und Familie in Art. 6 I GG ausdrücklich verbürgt ist, eine gesetzliche Ausgestaltung der Ehe voraus (vgl. BVerfGE 31, 58 [69] = NJW 1971, 1509). Dabei ist zu berücksichtigen, dass die eheliche und familiäre Freiheitssphäre ihre verfassungsrechtliche Prägung auch durch Art. 3 II GG erfährt. Verfassungsrechtlich geschützt ist deshalb eine Ehe, in der Mann und Frau in gleichberechtigter Partnerschaft zueinander stehen (vgl. BVerfGE 37, 217 [249 ff.] = NJW 1974, 1609). Der Staat hat infolgedessen der Freiheit der Ehegatten, mit Hilfe von Verträgen die ehelichen Beziehungen und wechselseitigen Rechte und Pflichten zu gestalten, dort Grenzen zu setzen, wo der Vertrag nicht Ausdruck und Ergebnis gleichberechtigter Lebenspartnerschaft ist, sondern eine auf ungleichen Verhandlungspositionen basierende einseitige Dominanz eines Ehepartners widerspiegelt. Es ist Aufgabe der Gerichte, in solchen Fällen gestörter Vertragsparität über die zivilrechtlichen Generalklauseln zur Wahrung beeinträchtigter Grundrechtspositionen eines Ehevertragspartners den Inhalt des Vertrags einer Kontrolle zu unterziehen und gegebenenfalls zu korrigieren (vgl. BVerfGE 89, 214 [234] = NJW 1994, 36).

III. Kein Entgegenstehen der Eheschließungsfreiheit

Zu Unrecht ist das OLG davon ausgegangen, die Eheschließungsfreiheit stehe einer solchen Inhaltskontrolle entgegen. Aus dem Recht des Einzelnen, die Ehe mit einem selbst gewählten Partner einzugehen oder dies zu unterlassen und hierbei staatlicherseits keine ungerechtfertigte Behinderung zu erfahren (vgl. BVerfGE 31, 58 [67] = NJW 1971, 1509), folgt nicht, dass sich der Staat der Kontrolle jedweder ehevertraglicher Vereinbarung zu enthalten hat, wenn in dieser ein Eheverspre-

chen abgegeben wird. Die Eheschließungsfreiheit rechtfertigt nicht die Freiheit zu unbegrenzter Ehevertragsgestaltung und insbesondere nicht eine einseitige ehevertragliche Lastenverteilung. Dementsprechend ist ein Teil des Eherechts herkömmlich zwingendes Recht.

C. Maßstab bei der Inhaltskontrolle: vertragliches Ungleichgewicht

I. Infolge Schwangerschaft - Art. 6 IV GG

Enthält ein Ehevertrag eine erkennbar einseitige Lastenverteilung zu Ungunsten der Frau und ist er vor der Ehe und im Zusammenhang mit ihrer Schwangerschaft geschlossen worden, gebietet es auch der Anspruch auf Schutz und Fürsorge der werdenden Mutter aus Art. 6 IV GG, die ehevertragliche Vereinbarung einer besonderen richterlichen Inhaltskontrolle zu unterziehen. Dies gilt umso mehr, als der Gesetzgeber davon abgesehen hat, bei ehevertraglichen Abreden über Unterhaltslasten, anders als bei Vereinbarungen über den ehelichen Zugewinn oder den Versorgungsausgleich, durch Formerfordernisse oder Verfahrensregelungen einen gewissen Schutz vor Übervorteilung eines Vertragsteils zu bieten. In diesem Fall obliegt es vornehmlich den Gerichten, bei der Inhaltskontrolle den verfassungsrechtlichen Schutzauftrag umzusetzen und der Schwangeren Schutz vor Druck und Bedrängung aus ihrem sozialen Umfeld oder seitens des Kindesvaters zu gewähren (vgl. BVerfGE 88, 203 [296 f.] = NJW 1993, 1751), insbesondere wenn sie dadurch zu Vertragsvereinbarungen gedrängt wird, die ihren Interessen massiv zuwiderlaufen.

Eine Situation von Unterlegenheit ist regelmäßig anzunehmen, wenn eine nicht verheiratete schwangere Frau sich vor die Alternative gestellt sieht, in Zukunft entweder allein für das erwartete Kind Verantwortung und Sorge zu tragen oder durch Eheschließung den Kindesvater in die Verantwortung einzubinden, wenn auch um den Preis eines mit ihm zu schließenden, sie aber stark belastenden Ehevertrags. Ihre Verhandlungsposition wird hier geschwächt sein durch die tatsächliche Lage, in der sie sich befindet, durch ihre Rechtsstellung als ledige Mutter und insbesondere durch das Bemühen um die Sicherung der eigenen Existenz und der des erwarteten Kindes.

Schwangerschaft bedeutet für jede Frau einen existenziellen Umbruch in ihrem Leben. Die Schwangere durchläuft einen Entwicklungsprozess, der sie körperlich Veränderungen erfahren lässt und für ihre eigene Gesundheit sowie die des Kindes Risiken in sich birgt. Unweigerlich kommt auf sie mit dem Kind eine Umstellung ihrer Lebensführung und Lebensplanung zu. Neue Aufgaben, Pflichten und Verantwortlichkeiten entstehen. Dies geht gerade bei unverheirateten Müttern häufig einher mit dem Scheitern der Beziehung zum Vater des Kindes (vgl. Vaskovics/Rost/Rupp, Lebenslage nichtehelicher Kinder, 1997, S. 59 ff .). Darüber hinaus bestehen auch heute noch gesellschaftliche und soziale Zwänge, auf Grund derer sich eine werdende Mutter - nicht zuletzt auch gegenüber dem Kind - für ihre Nichtheirat unter Rechtfertigungsdruck fühlen kann. Für den Zeitpunkt des Abschlusses des hier strittigen Ehevertrags sprechen wissenschaftliche Untersuchungen sogar noch vom Stigma der ledig bleibenden Mutter und ihrer deutlich höheren psychischen Belastung gegenüber verheirateten Müttern, mit der auch das Phänomen der höheren Sterblichkeit nichtehelicher Säuglinge erklärt wird (vgl. Anthes, Vorurteile gegenüber ledigen Müttern, in: Neumann, Sozialforschung und soziale Demokratie, Festschr. f. Blume, 1979, S. 157 [162 ff.]).

Hinzu kommt für die nicht verheiratete Schwangere die Gewissheit, die alleinige Verantwortung und Sorge für das Kind tragen zu müssen. Auch nach inzwischen geltendem Recht bleibt sie allein für das Kind verantwortlich, wenn der Vater zur gemeinsamen Sorge nicht bereit ist. Zudem stand und steht ihr auch heute noch ein nur eingeschränkter Unterhaltsanspruch gegenüber dem Vater zu. Während dieser Anspruch in dem hier maßgeblichen Zeitraum noch beschränkt war auf die Dauer eines Jahres nach der Geburt des Kindes und nur bei mangelnder Erwerbsfähigkeit der Mutter oder fehlender anderweitiger Versorgung des Kindes gewährt wurde, entsteht er nunmehr gern. § 1615 l II 3 BGB zwar in der Regel für drei Jahre, ist aber nicht -vergleichbar mit der unterhaltsrechtlichen Absicherung verheirateter Frauen, die den ehelichen Kindern zugute kommt. Eine nicht verheiratete Mutter sieht sich insofern schon im frühen Alter des Kindes, generell vor das Problem gestellt, Kinderbetreuung und eigene Existenzsicherung gleichermaßen sicherzustellen.

Besonders gravierend ist in der Regel die ökonomische Perspektive für Mütter nichtehelicher Kinder. Nach der Geburt des Kindes sinkt ihr Einkommen wegen der alleinigen Verantwortung für das Kind meist auf weniger als die Hälfte ihres vorherigen Einkommens. Dies führt dazu, dass etwa ein Drittel von ihnen für sich und ihre Kinder nur eine finanzielle Absicherung hat, die unter oder auf Sozialhilfeniveau liegt, während lediglich 15% der ehelichen Kinder in ebenso beengten Verhältnissen leben (Vaskovics/Rost/Rupp, S. 126). Zusätzlich belastet wird diese Situation durch eine deutlich schlechtere Zahlungsmoral von Vätern gegenüber nichtehelichen Kindern. In der Folge sind nichteheliche Kinder unter den Berechtigten nach dem Unterhaltsvorschussgesetz weit überrepräsentiert (s. Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend [Hrsg.], Die wirtschaftlichen Folgen von Trennung und Scheidung, 2000, S. 139 f.). Die besondere und schwierige Situation nicht verheirateter Schwangerer, die nicht vergleich-

bar ist mit der verheirateter Schwangerer oder der nicht verheirateter Frauen ohne Kinder, wirkt sich auch auf die Gegebenheiten bei Abschluss eines Ehevertrags aus, der die Voraussetzung für eine Eheschließung bilden soll. Gerade wegen ihrer Sorge auch um die Zukunft des Kindes und unter dem Druck der bevorstehenden Geburt befindet sich die Schwangere typischerweise in einer dem Vertragspartner gegenüber weit unterlegenen Position.

II. Infolge der Vermögensverhältnisse

Allerdings ist die Schwangerschaft bei Abschluss eines Ehevertrags nur ein Indiz für eine vertragliche Disparität, das Anlass gibt, den Vertrag einer stärkeren richterlichen Kontrolle zu unterziehen. Die Vermögenslage, die berufliche Qualifikation und Perspektive sowie die von den Ehevertragsparteien ins Auge gefasste Aufteilung von Erwerbs- und Famillenarbeit in der Ehe sind weitere maßgebliche Faktoren, die die Situation der Schwangeren bestimmen. Im Einzelfall können sie dazu führen, ihre Unterlegenheit auszugleichen, auch wenn im Ehevertrag gesetzliche Rechtspositionen abbedungen werden.

Wenn aber auch der Inhalt des Ehevertrags eine solche Unterlegenheitsposition der nicht verheirateten Schwangeren zum Ausdruck bringt, wird die Schutzbedürftigkeit offenkundig. Dies ist der Fall, wenn der Vertrag die Schwangere einseitig belastet und ihre Interessen keine angemessene Berücksichtigung finden (vgl. BVerfGE 89,214 [234] =NJW 1994, 36). Ob die vertraglichen Vereinbarungen die Frau deutlich mehr belasten als den Mann, hängt wesentlich auch davon ab, welche familiäre Konstellation die Vertragspartner anstreben und ihrem Vertrag zu Grunde legen. Verzichten die Ehepartner etwa gegenseitig auf nacheheliche gesetzliche Unterhaltsansprüche, liegt darin bei Ehen, in denen beide Partner einer etwa gleichwertigen Berufstätigkeit nachgehen und sich Haus- und Familienarbeit teilen, keine ungleiche Belastung. Sieht die Lebensplanung der Partner jedoch vor, dass sich in der Ehe einer der beiden unter Aufgabe einer Berufstätigkeit im Wesentlichen der Kinderbetreuung und Haushaltsführung widmet, bedeutet der Verzicht auf den nachehelichen Unterhalt eine Benachteiligung der Person, die sich der Betreuung des Kindes und der Arbeit im Hause gewidmet hat. Je mehr im Ehevertrag gesetzliche Rechte abbedungen oder zusätzliche Pflichten übernommen werden, desto mehr kann sich dieser Effekt einseitiger Benachteiligung verstärken.

Das in dem Ehevertrag enthaltene Eheversprechen wiegt die einseitige Belastung eines Vertragspartners nicht auf. In ihrer Entscheidung, ob sie eine Ehe eingehen wollen, sind die Vertragspartner frei. Entschließen sie sich dafür, bringt die Ehe beiden Rechte wie auch Pflichten und verteilt sie gleichermaßen auf Mann und Frau, deren Leistungen, die sie füreinander erbringen, gleichrangig sind (vgl. BVerfGE 37, 217 [251] = NJW 1974, 1609). Das Eheversprechen als solches begründet keine einseitige Belastung eines der Versprechenden. Zwar übernehmen Ehepartner damit gegenüber ihrem bisherigen Stand als Ledige neue Pflichten, und sie werden hierdurch in den eigenen Dispositionen eingeschränkt. Dies gilt jedoch für beide Ehepartner gleichermaßen.

III. Missachtung durch das OLG

Die aus Art. 2 I i. V. mit Art. 6 IV GG folgende Schutzpflicht hat das OLG in der angegriffenen Entscheidung verkannt. Es hat weder die besondere Situation beachtet, in der sich die Bf. als Schwangere mit schon einem Kind bei Vertragsabschluss befunden hat, noch ist es der Frage nachgegangen, ob der Ehevertrag die Bf. in unangemessener Weise belastet, obwohl der Inhalt des Vertrags hierfür Anlass geboten hat.

So hat die Bf. zum einen darin auf eigenen nachehelichen Unterhalt verzichtet. Angesichts der geringen Höhe ihres Einkommens und des Umstands, dass beide Ehegatten davon ausgingen, sie solle für den Fall der Scheidung die Sorge für das gemeinsame Kind tragen, schwächte sie durch diesen Verzicht ihre wirtschaftliche Lage nachhaltig. Mit zwei Kindern konnte sie nicht damit rechnen, ihre Einkommenslage aus eigener Kraft wesentlich zu verbessern. Hingegen gab der Ehemann mit seinem eigenen Verzicht nichts auf; denn er konnte nicht damit rechnen, im Falle der Scheidung Unterhalt gegenüber der Bf. durchsetzen zu können.

Darüber hinaus hat die Bf. trotz ihrer vergleichsweise schlechten wirtschaftlichen Lage vertraglich die Pflicht übernommen, den Vater weit gehend von seiner Unterhaltspflicht dem gemeinsamen Kind gegenüber freizustellen. Aus ihrem Einkommen war der Barunterhalt des Kindes, der sich nach dem höheren Einkommen des Vaters richtet, aufzubringen. Damit ist ihr für den Fall der Scheidung sowohl die Aufgabe der alleinigen Kinderbetreuung als auch die Sorge für ihren eigenen Unterhalt und gleichzeitig den des gemeinsamen Kindes zugewiesen worden. Dieser deutlichen Belastung der Bf. hat die Entlastung des Ehemanns vom etwaigen Unterhaltsanspruch der Bf. wie auch von dem über 150 DM hinausgehenden des Kindes gegenübergestanden. Dadurch wurde er angesichts der damaligen Regelbetragshöhe sogar besser gestellt als der Vater eines nichtehelichen Kindes. Das Gericht hat diese Vertragskonstellation unter Hinweis auf die Eheschließungsfreiheit nicht zum Anlass für eine Kontrolle des Vertragsinhalts genommen und dadurch verkannt, dass diese Freiheit nicht die Freiheit zur unangemessenen einseitigen vertraglichen Interessendurchsetzung eröffnet.

D. Inhaltskontrolle durch Art. 6 II GG zum Wohl des

Kindes

Darüber hinaus hat das OLG den Schutz aus Art. 6 II GG außer Acht gelassen, der vertraglichen Abreden von Eltern im Interesse des Kindeswohls Grenzen setzt.

I. Inhalt des Art. 6 II GG

Art. 6 II l GG begründet für die Eltern gleichermaßen das Recht wie die Pflicht zur Pflege und Erziehung ihrer Kinder (vgl. BVerfGE 24, 119 [143 f.] = NJW 1968, 2233). Diese den Eltern zuvörderst zugewiesene Verantwortung hat dem Kindeswohl zu dienen, ist also ein Grundrecht im Interesse des Kindes (vgl. BVerfGE 59, 360 [382] = NJW 1982, 1375; BVerfGE 75, 201 [218] = NJW 1988, 125). Das Recht der Eltern auf freie Gestaltung ihrer Sorge für das Kind verdient deshalb dort keinen Schutz, wo sich Eltern ihrer Verantwortung gegenüber dem Kind entziehen und eine Vernachlässigung des Kindes droht (vgl. BVerfGE 24, 119 [143 f.] = NJW 1968, 2233). Erreicht das elterliche Fehlverhalten ein solches Ausmaß, dass das Kindeswohl nachhaltig gefährdet ist, ist der Staat in Wahrnehmung seines Wächteramtes nach Art. 6 II 2 GG nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, die Pflege und Erziehung des Kindes sicherzustellen, denn das Kind als Grundrechtsträger hat Anspruch auf staatlichen Schutz vor verantwortungsloser Ausübung des Elternrechts (vgl. BVerfGE 24, 119 [144] = NJW 1968, 2233; BVerfGE 55, 171 [179] = NJW 1981, 217; BVerfGE 72, 122 [134] = NJW 1986, 3129). Dabei bestimmen sich die Schutzmaßnahmen nach dem Ausmaß des elterlichen Versagens und danach, was im Interesse des Kindes geboten ist (vgl. BVerfGE 24, 119 [144 f.] = NJW 1968, 2233; BVerfGE 60, 79 [91, 93] = NJW 1982, 1379).

Zur Verantwortung der Eltern gehört auch, für einen ihrem eigenen Vermögen gemäßen und zugleich angemessenen Unterhalt des Kindes zu sorgen und seine Betreuung sicherzustellen (vgl. BVerfGE 68, 256 [267] = NJW 1985, 1211; BVerfGE 80, 81 [90 f.] = NJW 1989, 2195). Wie Eltern diese Aufgaben unter sich aufteilen und ob sie dabei personelle Unterstützung durch Dritte heranziehen, liegt in ihrer Entscheidungsfreiheit (vgl. BVerfGE 47, 46 [70] = NJW 1978, 807; BVerfGE 68, 256 [267 f.] = NJW 1985, 1211; BVerfGE 99, 216 [231 f.] = NJW 1999, 557). Dies gilt auch für den Fall der Scheidung. Treffen Eltern für diesen Fall eine vertragliche Vereinbarung, haben sie aus Verantwortung ihrem Kinde gegenüber Sorge dafür zu tragen, dass die regelmäßig mit der Trennung der Eltern verbundenen seelischen Belastungen des Kindes nach Möglichkeit gemildert werden und eine vernünftige, den Interessen des Kindes entsprechende Lösung für seine Pflege und Erziehung gefunden wird (vgl. BVerfGE 31, 194 [205] = NJW 1971, 1447; BVerfGE 61, 3518 [372 f.] = NJW 1983, 101).

II. Auswirkungen des Art. 6 II GG auf Unterhaltsvereinbarungen

Soll nach dem Willen der Eltern im Falle der Scheidung ein Elternteil die alleinige Sorge für das gemeinsame Kind tragen sowie dessen Betreuung übernehmen, und vereinbaren die Eltern für diesen Fall eine Freistellung des nicht betreuenden Elternteils vom Kindesunterhalt durch den Betreuenden, werden sie ihrer Verantwortung dem Kinde gegenüber nicht gerecht und gefährden dessen Wohl, wenn dadurch eine den Interessen des Kindes entsprechende Betreuung und ein den Verhältnissen beider Eltern angemessener Barunterhalt nicht mehr sichergestellt sind.

Unterhaltszahlungen für das Kind haben sich auszurichten an dem Leistungsvermögen des Unterhaltspflichtigen und dem Bedürfnis des Kindes (s. §§ 1602 II, 1603, 1610 BGB). Ihre Höhe wird damit auch durch die soziale Lage der Eltern bestimmt und ist als solche kein Anhaltspunkt für eine Kindeswohlgefährdung. Auch in finanziell beengten Verhältnissen kann ein Kind eine gedeihliche Entwicklung durch die Pflege und Erziehung seiner Eltern im Rahmen ihrer Möglichkeiten erfahren, wobei gegebenenfalls staatliche Leistungen die familiäre finanzielle Grundsicherung gewährleisten.

Wie Eltern ihre Erziehungsverantwortung erfüllen und wie sie dabei die Lebensumstände des Kindes ausgestalten, liegt in ihrer primären Entscheidungszuständigkeit nach Art. 6 II 1 GG, die auf der Erwägung beruht, dass sie in aller Regel die Interessen ihres Kindes am besten wahrnehmen. Dies gilt auch dann, wenn dem Kind durch sie nicht die nach objektiven Maßstäben bestmögliche Förderung zuzukommen scheint (vgl. BVerfGE 34, 165 [184] = NJW 1973, 133; BVerfGE 60, 79 [94] = NJW 1982, 1379). Halten Eltern den Lebensstandard ihres Kindes im Verhältnis zu ihrem Einkommen beispielsweise als Ausdruck ihrer Erziehungsvorstellungen zur Förderung der Persönlichkeitsentwicklung des Kindes niedrig, so rechtfertigt dies allein kein staatliches Eingreifen. Werden die finanziellen Mittel für die Lebensbedarfsdeckung des Kindes von den Eltern allerdings nur deshalb in nachhaltiger Weise eingeschränkt, weil zumindest ein Elternteil sich der Sorge um sein Kind auch finanziell entziehen will, ist dies nicht mehr eine Form der elterlichen Interessenwahrnehmung für das Kind. Will der Elternteil sich der Aufgabe, die Interessen des Kindes zu währen, entledigen, gebietet es Art. 6 II 2 GG, staatlicherseits zum Schurze des K.indeswohls tätig zu werden.

Die Freistellung eines Elternteils vom Kindesunterhalt durch den anderen hat rechtlich allerdings keine Auswirkungen auf den Unterhaltsanspruch des Kindes gegen seine Eltern. Tatsächlich verändert sich die wirtschaftliche Lage des Kindes jedoch wesentlich, wenn der betreuende Elternteil nicht über erhebliche finan-

zielle Mittel verfügt. Denn trifft diese vertragliche Verpflichtung den betreuenden Elternteil, erhält dieser nicht nur keine Zahlungen zur Unterhaltsdeckung des Kindes vom anderen Elternteil, sondern sein ihm selbst zur Verfügung stehendes Einkommen wird gleichzeitig durch diese Verpflichtung zur Abdeckung des Kindesunterhalts gemindert und wirkt de facto wie ein Unterhaltsverzicht. Das dem gemeinsamen Haushalt von betreuendem Elternteil und Kind zur Verfügung stehende Einkommen sinkt hierdurch deutlich. Darüber hinaus ist für die Betreuung des Kindes Sorge zu tragen, so dass die Möglichkeit zu weiterem Erwerb begrenzt ist.

Führt die Vereinbarung der Eltern dazu, dass der sorgende Elternteil im Falle der Scheidung wegen der Übernahme der Kindesunterhaltslasten vom anderen Elternteil seinen Unterhalt und den des Kindes nicht mehr durch Einkünfte decken oder aus Vermögen bestreiten kann, beeinträchtigt dies die Lebensumstände des Kindes in einer der Elternverantwortung zuwiderlaufenden Weise.

Will der sorgende Elternteil das Kind persönlich betreuen, damit das Kind nach der Trennung von einem Elternteil nicht auch noch auf die Betreuung durch den anderen verzichten muss, führt dies bei jüngeren Kindern zwangsläufig zur Einschränkung oder Unmöglichkeit seiner außerhäuslichen Erwerbstätigkeit und damit zur Reduzierung oder zum Wegfall eigenen Einkommens. Nur wenn das so verbleibende Einkommen noch ausreicht, um auch den Unterhaltsbedarf des Kindes zu decken, oder wenn der Einkommenswegfall durch Vermögen oder eigene Unterhaltsansprüche ausgeglichen werden kann, bleiben auch bei einer Freistellungsvereinbarung sowohl die Betreuung als auch die Versorgung des Kindes gesichert. Ist dies jedoch nicht der Fall und verzichtet der sorgende Elternteil zusätzlich zur Freistellung auch auf eigenen nachehelichen Unterhalt, zwingen ihn die durch die Abrede verursachten Umstände dazu, entweder die Betreuung des Kindes in fremde Hände zu geben oder mit dem Kind unter Verhältnissen zu leben, die dessen Entwicklungsmöglichkeiten weit mehr einschränken, als es dem gemeinsamen elterlichen Vermögen entsprechen würde. Beide Handlungsoptionen beeinträchtigen die Interessen des Kindes nachhaltig und sind Folge mangelnder elterlicher Verantwortung gegenüber dem Kind.

Auch dann, wenn der sorgende Elternteil einer Erwerbstätigkeit nachgehen und das Kind in Obhut geben will, ist eine durch die Freistellungsabrede eintretende Beeinträchtigung der Kindesinteressen nur auszuschließen, wenn das zu erzielende Einkommen ausreicht, um ohne erhebliche Einschränkungen des eigenen Unterhalts auch die Betreuungskosten und den angemessenen Lebensunterhalt für das Kind sicherstellen zu können. Ist dies bei Vereinbarung der Freistellung erkennbar nicht gewährleistet, gefährdet auch hier die elterliche Vertragsabrede das Kindeswohl.

III. Missachtung durch das OLG

Dies hat das OLG bei seiner Entscheidung nicht berücksichtigt, obwohl die Situation der Bf. bei Ehevertragsabschluss Anlass für eine entsprechende Prüfung geboten hat. Es hat sich damit begnügt, darauf hinzuweisen, dass der Anspruch des Kindes auf Unterhalt durch eine Freistellungsvereinbarung nicht berührt wird. Dies ist zwar rechtlich zutreffend, lässt aber schon unberücksichtigt, ob die Mutter den konkreten Anspruch ohne übermäßige Anstrengungen oder erhebliches Absinken des familiären Lebensstandards erfüllen kann. Es hat letztlich nicht bedacht, dass die Freistellung Einfluss auf die Realisierung dieses Kindesanspruchs und damit auf die Interessen des Kindes nehmen kann. So hat das OLG außer Acht gelassen, dass die Bf. zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses schon ein eigenes Kind zu versorgen hatte und ihr mit der Abrede für den Fall der Scheidung die Sorge für die Kinder sowie die Bestreitung ihres eigenen Lebensunterhalts und des gesamten Unterhalts beider Kinder aufgebürdet wurde. Angesichts ihrer eher bescheidenen Verdienstmöglichkeit als kaufmännische Angestellte hätte sich dem Gericht die Frage aufdrängen müssen, ob die Freistellung unter solchen Umständen nicht die Interessen des gemeinsamen Kindes verletzt und der den Eltern obliegenden Verantwortung zuwiderläuft. Damit hat es Umfang und Bedeutung des Schutzes durch Art. 6 II GG vor verantwortungsloser Ausübung des Elternrechts zu Lasten des Kindeswohls verkannt.

Standort: Allg. Teil des BGB — Problem: Sittenwidrigkeit gem. § 138 BGB

BGH, URTEIL VOM 19.01.2001
V ZR 437/99 (NJW 2001, 1127)

Problemdarstellung:

Mit dieser Entscheidung hat der BGH seine Anforderungen an die subjektiven Merkmale für eine Sittenwidrigkeit gem. § 138 I BGB präzisiert. Nach § 138 I BGB ist ein Rechtsgeschäft u.a. sittenwidrig, wenn zwischen Leistung und Gegenleistung objektiv ein auffälliges Missverhältnis besteht und mindestens ein weiterer Umstand hinzukommt, der den Vertrag bei Zusammenfassung der subjektiven und objektiven Merkmale als sit-

tenwidrig erscheinen läßt. Dies ist der Fall, wenn eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten hervorgetreten ist. Aufgrund der Schwierigkeit, subjektive Merkmale im Prozess zu beweisen, hilft der BGH mit Vermutungen weiter. Ist das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besonders grob, so kann dies den Schluss auf die bewusste oder grob fahrlässige Ausnutzung eines den Vertragspartner in seiner Entscheidungsfreiheit beeinträchtigenden Umstandes rechtfertigen. Fraglich war jedoch in diesem Fall, ob diese Vermutung auch dann eingreift, wenn der Begünstigte keine Kenntnis von den divergierenden Wertverhältnissen hat. Der BGH hat seine Rechtsprechung dahingehend konkretisiert, dass eine solche Kenntnis für die Vermutungswirkung unerheblich ist. Allein schon das grobe Missverhältnis erlaubt es, auf die verwerfliche Gesinnung i.S.d. § 138 I BGB zu schließen.

Im Übrigen hat der BGH die Grenzen der Saldotheorie bei der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung von gegenseitigen Verträgen neu festgelegt. Neben den bereits anerkannten Grenzen der Geschäftsunfähigkeit bzw. der verschärften Haftung gem. § 819 I BGB eines Beteiligten lehnt der BGH nunmehr die Anwendung der Saldotheorie auch ab, wenn eine Partei durch ein wucherähnliches bzw. sittenwidriges Geschäft benachteiligt wird.

Prüfungsrelevanz:

Die rechtliche Handhabung der Sittenwidrigkeit von Rechtsgeschäften gem. § 138 I BGB bereitet aufgrund der Unbestimmtheit dieses Rechtsbegriffs Schwierigkeiten, die nur durch intensives Studium der gängigen Rechtsprechung behoben werden können. Ein Rechtsgeschäft ist nach § 138 I BGB nichtig, wenn es nach seinem aus der Zusammenfassung von Inhalt, Bewegung und Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter mit den guten Sitten nicht zu vereinbaren ist. Hierbei ist weder das Bewusstsein der Sittenwidrigkeit noch eine Schädigungsabsicht erforderlich, es genügt vielmehr, wenn der Handelnde die Tatsachen kennt, aus denen die Sittenwidrigkeit folgt.

Des weiteren ist diese Entscheidung für den Umgang mit der bereicherungsrechtlichen Saldotheorie von Bedeutung. Wie bereits zu einer anderen Entscheidung des BGH (NJW 2000, 3562 = RA 2001, 46) erwähnt, ist die Saldotheorie die logische Folge des Synallagmas beim gegenseitigen Vertrag, denn trotz der Rechtsgrundlosigkeit bleiben die beiden Leistungen durch den Austauschzweck miteinander verbunden. Damit besteht von vornherein nur ein einheitlicher Anspruch auf Ausgleich der beiderseitigen Vermögensverschiebungen, der auf Herausgabe des jeweiligen Saldos gerichtet ist. Die Saldotheorie findet jedoch dort keine Anwendung, wo eine der beiden Parteien schützenswert ist.

Vertiefungshinweis:

BGH NJW 2000, 3562 = RA 2001, 46
OLG Brandenburg, NJWE-VHR 1996, 119
BGHZ 131, 209 = NJW 1996, 990

Kursprogramm:

Examenskurs: “Kurzbeispiele zur Saldotheorie”

Leitsätze:

1. Ist bei einem auf entgeltlichen Erwerb eines Grundstücks gerichteten Rechtsgeschäft das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besonders grob, so ist der Schluss auf eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten auch dann zulässig, wenn er keine Kenntnis von dem Wertverhältnis hat.

2. Die damit begründete tatsächliche Vermutung hat der Tatrichter bei der Beweiswürdigung zu berücksichtigen. Sie kann nur dann nicht zur Anwendung kommen, wenn sie im Einzelfall durch besondere Umstände erschüttert ist.

3. Auch wenn für den Begünstigten die Voraussetzungen des § 819 I BGB nicht erfüllt sind, findet die Saldotheorie zum Nachteil der durch ein wucherähnliches und nach § 138 I BGB sittenwidriges Geschäft benachteiligten Partei keine Anwendung.

Sachverhalt:

Die Kl. verlangt von den Bekl. Rückauflassung, hilfsweise Grundbuchberichtigung, weiter hilfsweise Duldung der Zwangsvollstreckung hinsichtlich dreier zusammen 3005 qm großer Grundstücke in V. Die Grundstücke, von denen eines seit 1963 mit einem Drei-Familien-Haus bebaut ist, standen im Eigentum der am 31. 7. 1907 geborenen und am 5. 8. 1991 verstorbenen Mutter der Kl. Die Kl.. die im Testament ihrer Mutter nicht berücksichtigt worden war, erwarb durch notarielle Urkunde den gesamten Nachlass im Wege des Erbschaftskaufs von der Alleinerbin. Die Mutter der Kl. verkaufte die Grundstücke mit notariellem Vertrag vom 15. 5. 1990 in die Bekl. je zur Hälfte zum Preis von 100 000 DM. Außerdem verpflichteten sich die Bekl.. ab Juni 1990 eine lebenslange, wertgesicherte monatliche Rente in Höhe von 1400 DM an die Mutter der Kl. zu zahlen, und bestellten eine entsprechende Reallast. De Bekl. räumten ferner der Mutter der Kl. ein lebenslanges und unentgeltliches Wohnungsrecht an allen Räumen im ersten Obergeschoss mit der Verpfilichtung ein, bis auf die Stromkosten alle Nebenkosten zu tragen. Die Kl. ist der Ansicht, der Kaufvertrag vom 15. 5. 1990 sei als wucherähnliches Geschäft nach § 138 I BGB nichtig. Sie hat behauptet, das Grundstück habe einen Wert von mindestens 860 000 DM gehabt; als

Gegenleistung seien neben dem Barkaufpreis von 100 000 DM nur noch 66 500 DM für die kapitalisierte Rente und 37 958 DM für das kapitalisierte Wohnungsrecht aufgewandt worden. Es komme hinzu, dass die Bekl. über den Gesundheitszustand der Erblasserin, die seit 1988 an Lvmphknotenkrebs erkrankt gewesen sei und Ende 1988 einen Schlaganfall erlitten habe, informiert gewesen seien. Außerdem sei, so hat die Kl. behauptet. ihre Mutter bei Abschiuss des Kaufvertrags geschäftsunfähig gewesen.
Die Klage ist in erster Instanz nur im Hilfsantrag in Höhe eines Teilbetrags von 69 886, 20 DM erfolgreich gewesen. Das OLG hat die Berufung der Kl. und auf die Anschlussberufung der Bekl. die Klage insgesamt abgewiesen.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung der Vorinstanz
Das BerGer. verneint die Nichtigkeit des Kaufvertrages wegen Wuchers. Es fehle jedenfalls an den subjektiven Voraussetzungen.
Hierfür sei erforderlich, dass der Wucherer das objektiv auffällige Missverhältnis und die objektive Ausbeutungssituation bei dem Benachteiligten kenne und sich diese Situation vorsätzlich zu Nutze mache. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme habe sich nicht feststellen lassen, dass den Bekl. das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung sowie eine Schwächesituation der Erblasserin bekannt gewesen sei. Auch die subjektiven Voraussetzungen für ein sittenwidriges Geschäft nach § 138 I BGB seien nicht erfüllt. Zwar möge ein grobes, besonders krasses Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vorliegen, es sei aber für die Annahme eines wucherähnlichen Geschäfts erforderlich, dass dem Begünstigten die objektiven Werte bekannt seien. Der Schluss von einem groben Missverhältnis auf eine verwerfliche Gesinnung könne nur dann gezogen werden, wenn dem Begünstigten bewusst sei, dass er ein außergewöhnliches Zugeständnis erfahre. Dieses Bewusstsein lasse sich jedoch nicht feststellen. Schließlich habe die Kl. auch die von ihr behauptete Geschäftsunfähigkeit der Erblasserin bei Abschluss des Kaufvertrags und Erklärung der Auflassung nicht nachweisen können.

B. Entscheidung des BGH
Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Prüfung nicht in jeder Hinsicht stand.
Entgegen der Auffassung des BerGer. kann die Kl. von den Bekl. die mit dem Hauptantrag verfolgte Rückauflassung verlangen. Die Kl. hat den zunächst der Erblasserin zustehenden und nach dem Erbfall auf die Alleinerbin übergegangenen Anspruch im Wege der Abtretung gem. § 2 der notariellen Urkunde vom 26. 2. 1992 auf der Grundlage eines Erbschaftskaufs erworben.
Das BerGer. hat frei von Rechtsfehlern ausgeführt, dass die Voraussetzungen eines wucherischen Rechtsgeschäfts nach § 138 II BGB nicht festzustellen sind. Die Revision nimmt dies hin. Der Kaufvertrag zwischen der Mutter der Kl. und den Bekl. ist jedoch nach § 138 I BGB als wucherähnliches Rechtsgeschäft sittenwidrig und damit nichtig.

I. Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts wegen Sittenwidrigkeit gem. § 138 I BGB

1. Voraussetzungen von § 138 I BGB im allgemeinen
Ein Rechtsgeschäft ist nach § 138 I BGB nichtig, wenn es nach seinem aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter mit den guten Sitten nicht zu vereinbaren ist. Hierbei ist weder das Bewusstsein der Sittenwidrigkeit noch eine Schädigungsabsicht erforderlich, es genügt vielmehr, wenn der Handelnde die Tatsachen kennt, aus denen die Sittenwidrigkeit folgt; dem steht es gleich, wenn sich jemand bewusst oder grob fahrlässig der Kenntnis erheblicher Tatsachen verschließt (vgl. Senat, NJW-RR 1998, 590 = LM H. 8/1998 § 138 [Aa] BGB Nr. 55 a = WM 1998, 513 [514] m. w. Nachw.). Danach können gegenseitige Verträge, auch wenn der Wuchertatbestand des § 138 II BGB nicht in allen Voraussetzungen erfüllt ist, als wucherähnliche Rechtsgeschäfte nach § 138 I BGB sittenwidrig sein, wenn zwischen Leistung und Gegenleistung objektiv ein auffälliges Missverhältnis besteht und außerdem mindestens ein weiterer Umstand hinzukommt, der den Vertrag bei Zusammenfassung der subjektiven und objektiven Merkmale als sittenwidrig erscheinen lässt. Dies ist insbesondere der Fall, wenn eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten hervor-getreten ist, weil er etwa die wirtschaftlich schwächere Position des anderen Teils bewusst zu seinem Vorteil ausgenutzt oder sich zumindest leichtfertig der Erkenntnis verschlossen hat. dass sich der andere nur unter dem Zwang der Verhältnisse auf den für ihn ungünstigen Vertrag eingelassen hat. Dem wirtschaftlichen Zwang zum Eingehen auf ungünstige Vertragsbedingungen stehen die in 138 II BGB genannten Umstände in ihren Auswirkungen auf die freie Willensentschließung gleich. Es reicht daher aus, wenn sich der Begünstigte bewusst oder grob fahrlässig der Einsicht verschließt, dass der andere Teil den Vertrag nur aus Mangel an Urteilsvermögen oder wegen erheblicher Willensschwäche eingegangen ist (Senat, NJW 1985, 3006 = LM § 138 [Bc] BGB Nr. 39 = WM 1985, 1269 [1270]; NJW-RR 1993, 198 = WM 1992, 1916 (1918]).

2. Konkretisierung für Grundstücksgeschäfte
Ist das Missverhältnis zwischen Leistung und

Gegenleistung besonders grob, so kann dies den Schluss auf die bewusste oder grob fahrlässige Ausnutzung eines den Vertragspartner in seiner Entscheidungsfreiheit beeinträchtigenden Umstandes rechtfertigen (Senat WM 1980, 597; WM 1981, 404 (405]; NJW 1992, 899 [900] = LM H. 8/1992 § 138 BGB Nr. 40. NJW 2000, 1487 [1488] = LM H. 8/2000 § 138 [Bc] BGB Nr. 87; Senat, Urt. v. 8. 12. 2000 - V ZR 270/99; s. auch BGH, NJW 1994, l275 = LM H. 7/1994 § 138 [Ba] BGB = WM 1994, 583 [584]; DtZ 1997, 66 = LM H. 2/1997 Rpfl AnpG Nr. 7 = WM 1997, 230 [232]; NJW-RR 2000, 1431 = LM H. 11/2000 § 138 [Bc] BGB Nr. 88 = WM 2000, 1580 [1581]). Von einem solchermaßen groben Missverhältnis, das den Schluss auf eine verwerfliche Gesinnung zulässt, ist bei Grundstücksgeschäften bereits dann auszugehen, wenn der Wert der Leistung knapp doppelt so hoch ist wie der Wert der Gegenleistung (Senat, NJW 1992, 899 [900] = LM H. 8/1992 § 138 [Aa] BGB Nr. 40; NJW 1995, 2635 [2636] = LM H. 1/1996 § 1149 BGB Nr. 1, insoweit in BGHZ 130, 101, nicht abgedr.; BGH, NJW 2000 1487 [1488]; Beschl. v. 8. 12. 2000 - V ZR 270/99; vgl. für den Kauf beweglicher Sachen auch BGH, NJW-RR 1998, 1065 [1066] = LM H. 5/1998 § 138 [Bb] BGB Nr. 83; NJW 2000, 1254 [1255] = LM H. 8/2000 § 138 [Bb] BGB Nr. 95). Die hieran anknüpfende Schlussfolgerung leitet sich aus dem Erfahrungssatz her. dass in der Regel außergewöhnliche Leistungen nicht ohne Not - oder nicht ohne einen anderen den Benachteiligten hemmenden Umstand - zugestanden werden und auch der Begünstigte diese Erfahrung teilt (vgl. Senat, LM § 138 [Aa] Nr. 22; WM 1987, 353 [354], m. zust. Anm. Emmerich, WuB IV A § 138 BGB 2.87; Senat, NJW 1992, 899 [900]; DtZ 1997, 229 = LM H. 8/1997 § 138 [Ba] BGB Nr. 15 = WM 1997, 1155 [l156]; Senat, Urt. v. 8. 12. 2000 - V ZR 270/99; Staudinger/Sack, BGB, 1996, § 138 Rdnr. 237; Soergel/Hefermehl, BGB, 13. Aufl., § 138 Rdnr. 86).

II. Anforderungen an die subjektiven Merkmale für eine Sittenwidrigkeit gem. § 138 I BGB

Das BerGer. hat dies zwar im Ansatz nicht verkannt, für den Schluss auf die verwerfliche Gesinnung aber zusätzlich gefordert, dem Begünstigten müsse bewusst sein, dass er ein außergewöhnliches Zugeständnis erfahre. Dem kann der Senat nicht folgen.

1. bisherige Rechtsprechung zur Vermutung einer verwerflichen Gesinnung gem. § 138 I BGB

Wie der Senat wiederholt ausgesprochen hat, kommt es für das Vorliegen eines besonders groben Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung und die daran anknüpfende Schlussfolgerung auf die verwerfliche Gesinnung allein auf die objektiven Werte dieser Leistungen an (Senat, WM 1981, 404 [405]; NJW-RR 1990, 950; NJW 1996, 1204 = LM H. 6/1996 § 138 [Ab] BGB Nr. 14). Bislang bestand aber noch kein Anlass für eine Präzisierung in dem Sinne, dass hiernach die Kenntnis des Begünstigten von den Wertverhältnissen unerheblich ist. Mit Senatsurteil vom 8. 11. 1991 (NJW 1992, 899 [900]) wurde zwar das BerGer. aufgefordert, nach der Zurückverweisung der Sache Feststellungen zur Kenntnis des dortigen Bekl. vom Wert der verkauften Wohnungen zu treffen. Dem lag jedoch zu Grunde, dass der Bekl. die Vertragsverhandlungen und den Vertragsschluss anderen überlassen hatte und daher - wenn ihm das Wertverhältnis nicht ohnehin bewusst war - nicht davon die Rede sein konnte, er habe sich der Kenntnis des Missverhältnisses leichtfertig verschlossen. Nach dem Sachverhalt, der dem Senatsurteil vom 18. 1. 1991 (NJW-RR 1991, 589) zu Grunde lag, stand die Kenntnis des Vertreters des Bekl. vom besonders groben Missverhältnis bereits fest. Soweit der Senat im Urteil vom 12. 1. 1996 (NJW 1996, 1204) auf die Kenntnis des Bekl. vom objektiven Missverhältnis abstellte, drängte sich dies wegen seines beruflichen Wissens als eines Immobilienhändlers, Maklers und Anlageberaters sowie seiner Kenntnis des Kaufobjekts auf. Hieraus folgt jedoch nicht, dass nur unter dieser Voraussetzung auf die verwerfliche Gesinnung des Bekl. geschlossen werden sollte. Schließlich zog der Senat im Urteil vom 3. 7. 1992 (NJW-RR 1993, 198) lediglich in Erwägung, es liege nahe, dass der Bekl. als angehender Jurist gewusst habe, in welcher Weise die betagte Kl. übervorteilt werde. Diese Frage blieb aber mit dem Hinweis unentschieden, dass es für das Vorliegen der subjektiven Merkmale des § 138 I BGB schon ausreiche, wenn der Begünstigte sich nur der Einsicht verschließe, dass sich der andere Teil auf die für ihn ungünstigen Vertragsbedingungen nur aus Mangel an Urteilsvermögen einlasse.

2. Erweiterung dieser Vermutung

Allein das besonders grobe Äquivalenzmissverhältnis erlaubt es, auf die verwerfliche Gesinnung als subjektives Merkmal des § 138 I BGB zu schließen. Denn eine verwerfliche Gesinnung muss schon dann bejaht werden, wenn sich der Begünstigte zumindest leichtfertig der Einsicht verschließt, dass sich der andere Teil nur unter dem Zwang der Verhältnisse oder den in § 138 II BGB genannten Umständen auf den ungünstigen Vertrag eingelassen hat (vgl. Senat, NJW-RR 1993, 198). Nach dem geschilderten Satz der Lebenserfahrung, dass außergewöhnliche Gegenleistungen nicht ohne Not zugestanden werden, kann sich der Begünstigte der Kenntnis der “misslichen Lage” des anderen Teils nicht nur dadurch verschließen, dass er bei erkannt krassem Missverhältnis dessen Zwangslage oder einen anderen ihn hemmenden Umstand nicht zur Kenntnis nimmt,

sondern auch dadurch, dass er sich schon des objektiv besonders groben Missverhältnisses nicht bewusst wird. Diese Überlegung steht im Einklang mit der Rechtsprechung des BGH, auch bei anderen auf Leistungsaustausch gerichteten Vertragsverhältnissen die Schlussfolgerung auf eine verwerfliche Gesinnung grundsätzlich schon dann eingreifen zu lassen, wenn allein der objektive Tatbestand des § 138 I BGB durch ein entsprechendes Äquivalenzmissverhältnis erfüllt ist (vgl. für Kreditverträge: BGHZ 98, 174 [178] = NJW 1986, 564 = LM § 197 BGB Nr. l; BGHZ 104, 102 [107] = NJW 1988, 1659 = LM § 138 [Bc] BGB Nr. 53; für Maklerverträge: BGHZ 125, 135 [140] = NJW 1994, 1475 = LM H. 8/1994 § 652 BGB Nr. 134; BGH, NJW 2000, 2669 [2670]; für Finanzierungsleasing: BGHZ 128, 255 [267] = NJW 1995, 1019 = LM H. 7/1995 § 138 [Bc] BGB Nr. 81). Bei Rechtsgeschäften, die auf den entgeltlichen Erwerb von Grundstückseigentum gerichtet sind, liegen die Dinge nicht anders. Auch hier ergibt sich das Wertverhältnis der beiderseitigen Leistungen aus einem Vergleich mit dem Marktpreis. Ist der Begünstigte nicht ohnehin auf Grund einer Tätigkeit im Immobiliengewerbe hinreichend sachkundig, wird er sich im Allgemeinen - gleich ob er auf der Erwerber- oder Veräußererseite steht - wegen der hohen finanziellen Aufwendungen, die mit einem Grundstückserwerb verbunden sind, vor Vertragsschluss etwa durch Beobachtung des Grundstücksmarkts oder Einholung sachverständiger Auskünfte zumindest grundlegende Kenntnisse von den Marktpreisen verschafft haben. Er ist damit im Regelfall ohne weiteres in der Lage, ein Geschäft als für ihn außergewöhnlich vorteilhaft zu erkennen, so dass er sich zumindest leichtfertig der Erkenntnis eines besonders groben Äquivalenzmissverhältnisses und der hierdurch indizierten Zwangslage seines Vertragspartners verschließt. Verlangte man die Kenntnis des Begünstigten vom Äquivalenzmissverhältnis, würden nicht alle Fälle verwerflicher Gesinnung erfasst werden.

3. Rechtsfolgen dieser Vermutung: Voller Beweis oder nur Indizwirkung

Ob die Schlussfolgerung angesichts der Vielgestaltigkeit individueller Umstände, die eine Willensentscheidung zum Vertragsschluss beeinflussen können (vgl. Senat, NJW 1968, 2139 = LM § 123 BGB Nr. 38; BGH, NJW 1996, 1051 = LM H. 4/1996 § 123 BGB Nr. 78), derart zwingend ist, dass sie im Wege des Anscheinsbeweises vollen Beweis für die verwerfliche Gesinnung des Begünstigten erbringen könnte, oder ob ihr Bedeutung lediglich als Indizienbeweis zukommt (vgl. Senat, DtZ 1994, 316 = LM H. 1/1995 § 18 DDR-LPGG Nr. 18 = WM 1994, 1851; BGH, VIZ 1997, 249 = LM H. 5/1997 DDR-LPGPflProdStat Nr. 3 = WM 1997, 888 [890]; Prütting, in: MünchKomm-ZPO, 2. Aufl., § 292 Rdnr. 27; Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast, 1983, S. 57f.; Baumgärtel, in: Festschr. f. Schwab, 1990, S. 50; Engels, Der Anscheinsbeweis der Kausalität, 1994, S. 194; Bruske, Beweiswürdigung und Beweislast bei Aufklä-rungspflichtverletzungen im BankR, 1994, S. 47; Heinrich, Die Beweislast bei Rechtsgeschäften, 1996, S. 99), bedarf keiner Entscheidung (Senat, Urt. v. 8. 12. 2000 - V ZR 270/99). Jedenfalls handelt es sich um eine beweiserleichternde tatsächliche Vermutung, die vom Tatrichter im Bereich der Beweiswürdigung zu berücksichtigen ist. Sie kann nur dann nicht zur Anwendung kommen, wenn sie im Einzelfall durch besondere Umstände erschüttert ist.

Solche die Vermutung erschütternden Umstände werden, wenn sich der Begünstigte des besonders groben Missverhältnisses nicht bewusst ist, eher gegeben sein, als im Fall seiner Kenntnis. So ist etwa denkbar, dass den Vertragsparteien das Wertverhältnis der beiderseitigen Leistungen völlig gleichgültig war, weil der wirtschaftlich außergewöhnlich gut gestellte Erwerber ein Grundstück ohnehin erwerben wollte. Weiter kommen besondere Motive oder ein Affektionsinteresse in Betracht. Auch solche Umstände spielen für die Feststellung eines krassen Äquivalenzmissverhältnisses keine Rolle, erlangen aber für die Prüfung der subjektiven Seite der Sittenwidrigkeit Bedeutung (vgl. Senat, WM 1987, 353 [354], und NJW-RR 1993, 198). Wenn die Vertragsparteien ein (fehlerhaftes) Verkehrswertgutachten zur Grundlage des vereinbarten Kaufpreises gemacht hatten, kann dies ebenfalls die Vermutung entkräften (Senat, WM 1997, 1155 [1156]). Gleiches gilt für besondere Bewertungsschwierigkeiten (vgl. Senat, WM 1997, 1155 [1156]; Soergel/Hefermehl, § 138 Rdnr. 86 a). Darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen sind solche besonderen Umstände nach den allgemeinen Grundsätzen (vgl. BGHZ 141, 179 [182] = NJW 1999, 2034 = LM H. 10/1999 § 275 BGB Nr. 27) von der Partei, zu deren Vorteil sie wirken, hier also vom Begünstigten (vgl. BGHZ 98, 74 [178] = NJW 1986, 2564 = LM § 197 BGB Nr. 17; BGHZ 104,102 [107] = NJW 1988, 1659 = LM § 138 [Bc] BGB Nr. 53; BGHZ 128, 255 [269] = NJW 1995, 1019 = LM H. 7/1995 § 138 [Bc] BGB Nr. 81; Tiedtke, EWiR 1997, 639 [640]; ders., EWiR 1998,201 [202]).

III. Übertragung auf den vorliegenden Fall

Obwohl das BerGer. die Frage des Wertverhältnisses zwischen der Leistung der Erblasserin und der Gegenleistung der Bekl. offen gelassen hat, ist es dem Senat möglich, hierüber auf Grund des Sachverhalts, der unstreitig ist und weitere Feststellungen nicht erfordert, eine Entscheidung zu treffen.

1. Grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung

Ein besonders grobes Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung ist von den Bekl. nicht in erheblicher Weise bestritten worden. Es lässt sich selbst nach deren Vorbringen feststellen. Die Bekl. haben ihren - auf das Privatgutachten des Sachverständigen N vom 30. 8. 1991 gestützten - Vortrag aus dem ersten Rechtszug, der Wert der von ihnen gekauften Grundstücke habe sich auf lediglich 340 000 DM belaufen, in der Berufungsinstanz nicht weiterverfolgt und nun auf der Grundlage des vom LG eingeholten Sachverständigengutachtens ausdrücklich auch zum 15. 5. 1990 - dem maßgeblichen Termin des Vertragsabschlusses (vgl. Senat, NJW 1991, 899 [900]) - einen Grundstückswert von 441 660 DM und eigene Gegenleistungen in Höhe von insgesamt 224 000 DM behauptet. Damit ist der Wert der Leistung der Verkäuferin knapp doppelt so hoch wie der Wert der Gegenleistung der Bekl., was nach feststehender Senatsrechtsprechung für die Annahme eines besonders groben Missverhältnisses genügt. Selbst wenn man das Bekl.-Vorbringen mit dem BerGer. dahin versteht, die Bekl. hätten nur den vom Sachverständigen zum 15. 5. 1990 ermittelten Ertragswert in Höhe von 412 800 DM vortragen wollen, ändert sich in dem besonders groben Missverhältnis nichts. Der Senat hat zum Beispiel bereits bei einem Kaufpreis von 43 000 DM und einem Grundstückswert von 80 000 DM (Senat, WM 1980, 597) oder bei einer Wertrelation von 220 000 DM zu 400 000 DM (Senat, NJW-RR 1991, 589) ein krasses Missverhältnis bejaht; unter besonderen Umständen wurde sogar ein noch geringeres Missverhältnis als ausreichend angesehen (Senat, NJW-RR 1993, 198).

2. Vermutung bezüglich einer verwerflichen Gesinnung im vorliegenden Fall

Liegt danach ein besonders grobes Missverhältnis vor, wird die verwerfliche Gesinnung vermutet. Besondere Umstände, welche diese Vermutung entkräften könnten, liegen nicht vor.

Allerdings war der Umfang der Gegenleistung der Bekl., soweit sie über den Baranteil von 100 000 DM hinausging, von der Lebenserwartung der Erblasserin abhängig. Der Bekl. zu 1 war aber gleichwohl in der Lage, den Erwerb des Anwesens, wie er bei seiner Vernehmung als Partei ausgeführt hat, "in etwa durchzukalkulieren". Dass er hierbei einen zwar in der zutreffenden Größenordnung, aber doch außerhalb eines besonders groben Missverhältnisses liegenden Aufwand von 250 000 bis 270 000 DM ermittelt hat, hindert angesichts der offensichtlichen Unsicherheit der vorgenommenen Schätzung nicht die Annahme, der Bekl. zu 1 habe sich der Kenntnis der die Erblasserin i. S. des § 138 II BGB hemmenden Umstände leichtfertig verschlossen. Nichts anderes folgt aus der vom BerGer. festgestellten Kenntnis des Bekl. zu 1 von dem Verkaufsangebot hinsichtlich eines in der Nachbarschaft gelegenen Hausgrundstücks für 320 000 DM. Dieses Objekt sah sich der Bekl. zu 1, wie er selbst ausgesagt hat, noch nicht einmal an. Er konnte deshalb nicht davon ausgehen, dass es mit dem von ihm gekauften Anwesen überhaupt vergleichbar war und Rückschlüsse auf dessen Wert zuließ. Da die Bekl. zu 2 den Bekl. zu 1, ihren Ehemann, nach ihrer Aussage als Partei ersichtlich mit der Verhandlungsführung betraut hatte, muss sie sich dessen Kenntnisstand auch im Rahmen von § 138 I BGB zurechnen lassen (vgl. Senat, NJW 1992, 899 [900]).

Die Vertragsparteien hatten auch kein Verkehrswertgutachten eingeholt und zur Grundlage des vereinbarten Kaufpreises gemacht. Das Gutachten des Sachverständigen N wurde von den Bekl. erst mehr als ein Jahr nach Vertragsabschluss und unmittelbar nach dem Tod der Erblasserin in Auftrag gegeben. Nachdem vor dem BerGer. nicht einmal mehr die Bekl. die Richtigkeit dieses Gutachtens behauptet haben, spricht auch nichts dafür, dass ein Sachverständiger, wenn ihn im Zuge der Vertragsverhandlungen beide Parteien mit der Verkehrswertermittlung betraut hätten, zu einem vergleichbaren Ergebnis wie der Sachverständige N gelangt wäre.

IV. Rechtsfolge des § 138 I BGB

Das angefochtene Urteil kann mithin keinen Bestand haben. Da die Sache nach den vom BerGer. getroffenen Feststellungen zur Endentscheidung reif ist, hat der Senat abschließend zu entscheiden (§ 565 III Nr. 1 ZPO). Danach hat die Klage bereits im Hauptantrag weit gehend Erfolg.

1. Rückabwicklung gem. § 812 I 1 1.Fall BGB

Folge des wucherähnlichen Geschäfts ist nach § 138 I BGB die Nichtigkeit nur des schuldrechtlichen Vertrags. Das abstrakte Verfügungsgeschäft wird von der Nichtigkeitsfolge nicht erfasst, weil das Äquivalenzmissverhältnis allein das Kausalgeschäft betrifft (vgl. Senat, WM 1997, 1155 [1156]). Die Kl. kann daher nach § 812 I 1 BGB von den Bekl. die Rückauflassung der veräußerten Grundstücke fordern. Nichts anderes gilt, wenn die Kl. aus culpa in contrahendo wegen Verletzung vorvertraglicher Rücksichtnahmepflichten die Rückgängigmachung des Vertrags fordert (vgl. BGH, NJW 1962, 1196 [1198] = LM § 276 [H] BGB Nr. 5; Senat, NJW 1996, 1204). Auch dann kann sie von den Bekl. verlangen, so gestellt zu werden, als wäre der Vertrag mit diesen nicht geschlossen worden (vgl. Senat, NJW 1998, 302 [305] = LM H. 4/1998 § 249 [A] BGB Nr. 113).

2. Keine Anwendung der Saldotheorie

Die Kl. braucht, nachdem die Bekl. ein Zurückbehaltungsrecht nicht geltend gemacht haben, ihren Klageanspruch nicht durch das Angebot einer Gegenleistung Zug um Zug einzuschränken. Zwar kann die Rückforderung, wenn es um die Rückabwicklung eines gegenseitigem Vertrags geht, nach der Saldotheorie (vgl. BGHZ 53, 144 [147] = NJW 1970, 656 = LM § 818 III BGB Nr. 15; BGHZ 57, 137 [146] = NJW 1972, 36 = LM § 812 BGB Nr. 97; BGHZ 116, 251 = NJW 1992, 1037 = LM H.6/1992 § 818 III BGB Nr. 35; Senat, NJW 2000, 3128 [3130], und NJW 2000, 3064) nur auf Ausgleich der beiderseitigen Vermögensverschiebungen gerichtet werden. Sind die Leistungen wie hier ungleichartig, muss der Bereicherungskl. - wie dies die Kl. mit ihrem Hilfsantrag jedenfalls in Teilen getan hat - die Gegenleistung schon im Klageantrag dadurch berücksichtigen, dass er ihre Rückgewähr Zug um Zug anbietet (vgl. Senat, NJW 1995, 454 [455] = LM H. 4/1995 § 988 BGB Nr. 6; NJW 1995, 2627 [2628] = LM H. 11/1995 § 100 BGB Nr. 4; Flume, 50 Jahre BGH, Festgabe aus der Wissenschaft, 2000, Bd. I, S. 537 f.). Zumindest unter den besonderen Umständen des konkreten Falls kann die Saldotheorie jedoch keine Geltung beanspruchen.

a. Keine Einschränkung der Saldotheorie aufgrund einer Geschäftsunfähigkeit

Die Anwendung der Saldotheorie ist allerdings nicht durch fehlende Geschäftsfähigkeit der Erblasserin ausgeschlossen (vgl. BGHZ 126, 105 [108] = NJW 1994, 2021 = LM H. 10/1994 § 818 III BGB Nr. 37; Senat, NJW 2000, 3562). Das BerGer. hat unbeeinflusst von Rechtsfehlern die von der Kl. für den Zeitpunkt der Beurkundung behauptete Geschäftsunfähigkeit ihrer Mutter nicht feststellen können. Die Revision beanstandet hierzu nur, das BerGer. habe sich angesichts der Widersprüche zwischen dem Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen P einerseits und dem Privatgutachten des Facharztes für Nervenheilkunde R vom 30. 5. 1997 und dessen ergänzender Stellungnahme vom 6. 8. 1999 andererseits nicht mit einer Anhörung des Sachverständigen P begnügen dürfen. Mit dieser Rüge dringt die Revision nicht durch. Die im Streitfall erfolgte Anhörung des Sachverständigen bedeutet nichts anderes als die Erstattung eines mündlichen (Ergänzungs-)Gutachtens. Da es im Ermessen des BerGer. liegt, ob eine mündliche oder schriftliche Begutachtung erfolgt (vgl. Damrau, in: MünchKomm-ZPO, § 411 Rdnr. 2; Zöller/Greger, ZPO, 22. Aufl., § 411 Rdnr. 2), ist dem Senat nur eine beschränkte Nachprüfung auf Rechtsfehler möglich. Solche sind nicht gegeben, insbesondere hat das BerGer. bei seiner Entscheidung alle wesentlichen Umstände beachtet. So konnte der Sachverständige P trotz der komplizierten Materie sein mündliches Gutachten ausreichend vorbereiten, nachdem ihm mit der Terminsladung durch Verfügung des Vorsitzenden die Privatgutachten übersandt worden waren.

b. Keine Einschränkung der Saldotheorie durch eine verschärfte Haftung gem. § 819 I BGB

Auch § 819 I BGB steht der Heranziehung der Saldotheorie nicht entgegen. Zwar ist für die Anwendung der Saldotheorie kein Raum, wenn § 818 III BGB keine Anwendung findet, sondern der Bereicherungsschuldner gem. den §§ 818 IV, 819, 292, 987ff. BGB nach den allgemeinen Vorschriften und damit im Wesentlichen nicht mehr nach Bereicherungsrecht haftet (vgl. dazu BGHZ 57, 137 [150] = NJW 1972, 36 = LM § 812 BGB Nr. 97; BGHZ 72, 252 [255] = NJW 1979, 160 = LM § 818 IV BGB Nr. 3). Die Voraussetzungen des § 819 I BGB sind vorliegend aber nicht erfüllt, weil die Bekl. nach den rechtsfehlerfreien und insoweit von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des BerGer. nicht die notwendige positive Kenntnis von den Tatsachen hatten, die zur Sittenwidrigkeit und damit zur Rechtsgrundlosigkeit ihres Erwerbs führten (vgl. BGHZ 133, 246 [250] = NJW 1996, 2652 = LM H. 11/1996 § 819 BGB Nr. 12).

c. Einschränkung der Saldotheorie wegen Sittenwidrigkeit gem. § 138 I BGB

Es ist jedoch mit den Wertungen des Gesetzes nicht zu vereinbaren, die Saldotheorie zum Nachteil der Kl. als Rechtsnachfolgerin der durch ein wucherähnliches Geschäft benachteiligten Partei anzuwenden. Da die Saldotheorie letztlich eine von der Rechtsprechung aus Billigkeitsgründen vorgenommene Gesetzeskorrektur darstellt, kann sie keine Geltung beanspruchen, wenn die mit ihr verbundene Bevorzugung des Bereicherungsschuldners im Einzelfall der Billigkeit widerspricht. Aus diesem Grunde lehnt der BGH die Anwendung der Saldotheorie auf die Rückgewähransprüche der arglistig getäuschten Vertragspartei ab (BGHZ 53, 144 [147] = NJW 1970, 656 = LM § 818 III BGB Nr. 15; BGHZ 57, 137 [148] = NJW 1972, 36 = LM § 812 BGB Nr. 97; BGH, NJW 1990, 2880 [2882] = LM § 437 BGB Nr. 7).

Der Wertungswiderspruch ergibt sich aus dem Vergleich mit dem Ausschluss der Saldotheorie im Fall der Bösgläubigkeit des Bereicherungsschuldners nach § 819 1 BGB. Dies setzt, wie ausgeführt, voraus, dass der Bereicherungsschuldner positive Kenntnis von den Tatsachen hat, aus denen sich die Rechtsgrundlosigkeit seines Erwerbes ergibt. Dagegen ist in Fällen des besonders groben Äquivalenzmissverhältnisses die Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts schon dann begründet, wenn sich der Begünstigte lediglich grob fahrlässig der Erkenntnis verschließt, dass sich die andere Vertragspartei nur aus mangelndem Urteilsvermögen oder erheblicher Willensschwäche auf den übermäßig nachtei-

ligen Vertrag eingelassen hat, was wiederum keine positive Kenntnis der maßgeblichen Umstände voraussetzt. Die Anwendung der Saldotheorie wäre danach, abhängig vom Kenntnisstand des sittenwidrig Handelnden, in einigen Fällen wucherähnlicher Grundstücksgeschäfte ausgeschlossen, in anderen jedoch nicht. Eine Rechtfertigung für die damit verbundene Bevorzugung des Bereicherungsschuldners lässt sich nicht erkennen. Es geht nicht um die Begründung einer verschärften Haftung des Bereicherungsschuldners, die das Gesetz in § 819 I BGB von dessen Kenntnis abhängig macht. Entscheidend ist hier vielmehr der Schutz des Übervorteilten vor einem Missbrauch der Vertragsfreiheit durch § 138 I BGB (vgl. BGHZ 80, 153 [156] = NJW 1981, 1206 = LM § 138 [Bc] BGB Nr. 31). Verweigert die Rechtsordnung, um dieses Ziel zu erreichen, wucherähnlichen Geschäften die Wirksamkeit ungeachtet des Umstandes, ob bewusstes oder fahrlässiges Handeln vorzuwerfen ist, so gibt es keinen nachvollziehbaren Grund, den Schutz der übervorteilten Partei im letztgenannten Fall durch die Anwendung der Saldotheorie insbesondere durch die mit ihr verbundene Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 818 III BGB (vgl. Staudinger/Lorenz, BGB, 1999, § 818 Rdnr. 41; Lieb, in: MünchKomm, 3. Aufl., § 818 Rdnr. 87), zu schwächen (i.E. gegen eine Anwendung der Saldotheorie in Fällen der Sittenwidrigkeit auch Canaris, in: Festschr. f. Lorenz, 1991, S. 19 [42]; ders., in: Larenz/Canaris, Lehrbuch des SchuldR, 11/2, 13. Aufl., § 73 III 5 c; wohl auch Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983, S. 611; Staudinger/Lorenz, § 818 Rdnr. 44 a. E., für nicht "neutrale" Nichtigkeitsgründe).

3. Gesamtschuldnerschaft oder Teilschuldnerschaft der Bekl.

Der Hauptantrag ist allerdings nicht in vollem Umfang begründet. Die Bekl. haften als Bereicherungsschuldner nicht gesamtschuldnerisch, herauszugeben ist jeweils nur das, was jeder von ihnen erlangt hat (vgl. BGH, NJW 1979, 2205 [2207] = LM § 812 BGB Nr. 142; Senat, NJW 1985, 3006 = LM § 138 [Bc] BGB Nr. 39 = WM 1985,1269 [1271]; BGH, NJW 1993, 648 = LM H. 4/1993 § 852 BGB Nr. 122-124 = WM 1993, 251 [257]). Außerdem kann der Klageantrag insoweit keinen Erfolg haben, als er mit dem Zusatz, zu bewilligen sei die "zu Abteilung III des Grundbuchs lastenfreie" Eigentumseintragung, auf die Löschung etwaiger Grundstücksbelastungen abzielt. Ungeachtet der Frage, ob der Bereicherungsschuldner überhaupt zur Beseitigung einer Belastung des rechtsgrundlos erlangten Grundstücks verpflichtet ist (vgl. BGHZ 112, 376 [380] = NJW 1991, 917 = LM § 812 BGB Nr. 218), lässt sich schon den Feststellungen des BerGer. nicht entnehmen, dass solche Belastungen durch die Bekl. überhaupt erfolgt und in der dritten Abteilung des Grundbuchs eingetragen sind.[...]

Standort: Gesamtschuld Problem: Verjährung geg. den Gesamtschuldnern

BGH, URTEIL VOM 12.12.2000
VI ZR 345/99 (NJW 2001, 964)

Problemdarstellung:

In diesem Rechtsstreit hatte der BGH die Frage zu klären, wann die Verjährung für eine deliktische Haftung einer juristischen Person einerseits und ihrer Organe bzw. Mitarbeiter andererseits gem. § 852 I BGB beginnt. Der Beginn der Verjährungsfrist gem. § 852 I BGB setzt die Kenntnis des Geschädigten vom Schaden und von der Person des Schädigers voraus. Kommen mehrere Personen als Schädiger in Frage, so richtet sich der Verjährungsbeginn gegenüber jedem einzelnen dieser möglichen Schädigern danach, wann der Geschädigte von der Person des betreffenden Schädigers Kenntnis erlangt hat. Dies gilt nach der Überzeugung des Gerichts auch dann, wenn es sich bei der Mehrheit von Schädigern einerseits um eine juristische Person und andererseits um ihre Organe bzw. Mitarbeiter, für die die juristische Person gem. §§ 31 analog, 831 BGB haftet, handelt.

Des weiteren stellt der BGH fest, dass die den Verjährungsbeginn markierende Kenntnis gem. § 852 I BGB erst dann vorliegt, wenn der Geschädigte die Person des Schädigers in Bezug auf Namen, Anschrift und Aufgabenstellung im Betrieb kennt. Dies gilt ebenfalls auch, wenn es sich bei der Mehrheit von Schädigern um eine juristische Person und um ihre Organe bzw. Mitarbeiter geht. Nur ausnahmsweise ist eine positive Kenntnis des Geschädigten nicht nötig, wenn - dem Rechtsgedanken von § 162 BGB folgend - der Geschädigte die Möglichkeit eines solchen Kenntnisstand gehabt hat, sich also die erforderlichen Kenntnisse in zumutbarer Weise ohne nennenswerte Mühe hätte beschaffen können.

Prüfungsrelevanz:

Der erste examensrelevante Punkt in dieser Entscheidung ist die Behandlung verschiedener Gesamtschuldner. Im Recht der Gesamtschuldnerschaft muss zunächst festgestellt werden, dass zwischen dem Gläubiger und jedem einzelnen Gesamtschuldner ein eigenes und selbstständiges Schuldverhältnis besteht, unabhängig von den Schuldverhältnissen des Gläubigers zu den

übrigen Gesamtschuldnern. Infolgedessen müssen Einwendungen, Einreden, Leistungsstörungen, etc. für jeden einzelnen Gesamtschuldner in seinem Rechtsverhältnis zum Gläubiger isoliert geprüft werden, § 425 BGB ("Jeder für sich"). Nur in wenigen gesetzlich bestimmten Ausnahmefällen beeinflussen sich die verschiedenen Schuldverhältnisse der jeweiligen Gesamtschuldner zum Gläubiger auch untereinander, §§ 422 - 424 BGB ("Einer für alle").

Der zweite examensrelevante Punkt ist die Frage nach dem Verjährungsbeginn gem. § 852 I BGB. Die Frage nach der Verjährung von Ansprüchen wird in Klausuren oft als zusätzliche Problematik aufgegriffen. Grundsätzlich beginnt die 30jährige Verjährungsfrist eines Anspruchs mit seiner Entstehung gem. §§ 194 ff. BGB. Werden kürzere Verjährungsfristen im Besonderen Schuldrecht aufgestellt, so wird regelmäßig auch der Verjährungsbeginn verlagert (z.B. § 477 BGB: Ablieferung; § 638 BGB: Abnahme; § 852 BGB: Kenntnis des Geschädigten).

Vertiefungshinweis:

BGHZ 133, 370 = NJW 1997, 130

BGHZ 133, 192 = NJW 1996, 2933

BGH NJW 2000, 953 = RA 2000, 338

Schiemann, LM H. 11/1996 § 852 BGB Nr. 137

Schiemann, LM H. 2/1997 § 823 [Be] BGB Nr. 45

Kursprogramm:

Examenskurs: "Der betrunkene Kranführer"

Examenskurs: "Schuldnermehrheit"

Leitsatz:

Die Verjährungsvoraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs sind auch dann gegenüber mehreren Gesamtschuldnern selbstständig und unabhängig voneinander zu prüfen, wenn zum einen Organe und Mitarbeiter eines in der Rechtsform einer juristischen Person betriebenen Unternehmens, zum anderen dieses Unternehmen selbst haftungsrechtlich in Anspruch genommen werden.

Sachverhalt:

Der am 31. 8. 1982 geborene Kl. nimmt die Bekl. auf Ersatz materieller und immaterieller Schäden wegen der Zerstörung seines Milchzahngebisses in Anspruch. Zu dieser sei es gekommen, weil ihm in den beiden ersten Lebensjahren im Wege des "Dauernuckelns" ein Kinderteeprodukt der früheren Bekl. zu 1 zugeführt worden sei; dabei sei eine ebenfalls von dieser Bekl. vertriebene Plastik-Saugflasche zum Einsatz gekommen, auf welcher gebotene Warnhinweise gefehlt hätten. Im Jahre 1985 erfuhr die Mutter des Kl. seitens der behandelnden Zahnärzte, dass die Zahnschäden auf den Genuss von Kindertee zurückzuführen sein könnten. Im Herbst 1993 wurde sie auf einer Veranstaltung der zuständigen Allgemeinen Ortskrankenkasse auf mögliche Schadensersatzpflichten des Teeherstellers hingewiesen; hierauf nahm sie Rechtsrat in Anspruch. Mit seiner am 4. 1. 1996 bei Gericht eingegangenen Klage hat der Kl. Schadensersatz zum einen von der früheren Bekl. zu 1, zum anderen jedoch auch von deren als Bekl. zu 2 bis 6 verklagten leitenden Mitarbeitern begehrt, die nach Ansicht des Kl. (zum Teil als Mitglieder des Vorstands, zum Teil als Prokuristen, Abteilungsleiter etc.) für Entwicklung, Herstellung und Vertrieb des schadensursächlichen Kindertees und für die Verletzung hieraus resultierender Pflichten gegenüber den Verbrauchern haftungsrechtlich mitverantwortlich seien.

Das LG hat die Klage auf die seitens der Bekl. erhobene Einrede der Verjährung hin abgewiesen. Die Berufung des Kl. hatte keinen Erfolg. Mit seiner gegen die Bekl. zu 2 bis 6 geführten Revision verfolgt der Kl. sein Klagebegehren weiter. Die zunächst auch gegenüber der Bekl. zu 1 eingelegte Revision wurde zurückgenommen. Im Übrigen führte das Rechtsmittel zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache an das BerGer.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung der Vorinstanz

Das BerGer. hält - in Übereinstimmung mit dem LG - die mit der Klage geltend gemachten Ansprüche für verjährt. Die dreijährige Verjährungsfrist des § 852 BGB habe spätestens am 1. 1. 1986 zu laufen begonnen; Verjährung sei daher am 31. 12. 1988 eingetreten, da es zu keiner rechtzeitigen Unterbrechung gekommen sei.

Die Mutter des Kl. habe - nach entsprechenden Hinweisen durch die behandelnden Zahnärzte - jedenfalls Ende 1985 die erforderliche Kenntnis davon gehabt, dass der Genuss des Kindertees und die Art seiner Verabreichung ursächlich für die Zahnschäden gewesen sei. Seit dieser Zeit habe sie auch wissen können, dass die Bekl. zu 1 als Herstellerin des Tees und Vertreiberin der Nuckel- und Saugflaschen als Schädigerin in Betracht komme. Tatsächlich sei der Mutter aber überhaupt nicht bewusst gewesen, dass sich der Kl. als Geschädigter wegen Schadensersatzes an die Bekl. hätte wenden können. Dieser Umstand hindere jedoch den Lauf der Verjährungsfrist nicht. Denn letztere beginne nur dann nicht zu laufen, wenn der Geschädigte bzw. sein gesetzlicher Vertreter die Rechtskenntnis habe, dass ihm ein Schadensersatzanspruch zustehe. Habe er dagegen keinerlei Kenntnis von einem möglichen Schadensersatzanspruch und bilde diese Unkenntnis das Hindernis, von den Schädigern Kenntnis zu erlangen, so beginne der Lauf der Verjährungsfrist mit Kenntnis des

Schadens. Die Mutter des Kl. habe erstmals 1993 anlässlich einer Veranstaltung der Allgemeinen Ortskrankenkasse davon erfahren, dass es Schadensersatzansprüche gegen den Hersteller solcher Tees geben könnte. Dass die zuvor bestehende Unkenntnis von möglichen Schadensersatzansrüchen tatsächlich der Hinderungsgrund gewesen sei, die Bekl. in Anspruch zu nehmen, werde durch die Tatsache verdeutlicht, dass der Mutter des Kl. der Genuss des von der Bekl. zu 1 hergestellten und vertriebenen Tees mit der Nuckelflasche als Ursache der Schäden bekannt gewesen sei, sie aber dennoch über acht Jahre hinweg keine Veranlassung gesehen habe, sich wegen Schadensersatzes an die Bekl. zu 1 zu wenden oder sich auch nur rechtlich beraten zu lassen.

B. Entscheidung des BGH

Diese Überlegungen des BerGer. halten den Angriffen der Revision nicht stand. Sie tragen nicht die rechtliche Beurteilung, die mit der Klage geltend gemachten Schadensersatzansprüche seien gegenüber den Bekl. zu 2 bis 6 verjährt.

I. Fehlerhaftigkeit des Berufungsurteils wegen mangelnder Begründung (absoluter Revisionsgrund gem. § 551 Nr. 7 ZPO)

Es kann dahinstehen, ob das Berufungsurteil - wie die Revision meint - bereits im Hinblick auf § 551 Nr. 1 ZPO wegen fehlender Begründung durchgreifenden Bedenken begegnet, soweit es um die Verjährung der gegen die Bekl. zu 2 bis 6 gerichteten Ansprüche des Kl. geht. Selbst wenn man die Begründungsüberlegungen, auf die das Berufungsurteil hinsichtlich der Verjährung der Ansprüche gegenüber der Bekl. zu 1 gestützt ist, auch auf die restlichen Bekl. beziehen will, vermögen sie jedenfalls in der Sache keine rechtlich tragfähige Grundlage für die Abweisung der Klage gegenüber den Bekl. zu 2 bis 6 zu geben.

2. Isolierte Prüfung der Verjährung für jeden einzelnen Gesamtschuldner

Die Beurteilung des BerGer. (die nicht mehr Gegenstand des Revisionsverfahrens ist), mögliche Ansprüche des Kl. gegen die Bekl. zu 1 als Herstellerin und Vertreiberin des Kindertees und der Saugflasche seien verjährt, hat keine rechtlichen Auswirkungen auf die nunmehr noch im Raume stehenden Ansprüche gegenüber den übrigen Bekl. Die Revision weist zu Recht darauf hin, dass die Voraussetzungen für den Lauf der Verjährungsfrist und den Verjährungseintritt für jeden Bekl. selbstständig zu prüfen sind.

a. Voraussetzungen zum Verjährungsbeginn gem. § 852 I BGB: Kenntnis vom einzelnen Schuldner

Der Beginn des Laufs der Verjährungsfrist setzt nach § 852 I BGB die Kenntnis des Geschädigten nicht nur vom Schaden, sondern auch von der Person des Ersatzpflichtigen voraus. Kommen mehrere Personen als Schädiger in Betracht, so richtet sich der Verjährungsbeginn gegenüber jedem einzelnen dieser möglichen Schuldner danach, wann der Geschädigte von der Person des betreffenden Schädigers Kenntnis erlangt hat (vgl. Senat, VersR 1963, 285 [286]; Kreft, in: RGRK, § 852 BGB Rdnr. 63). Dementsprechend kann die Verjährungsfrist hinsichtlich mehrerer Schuldner, auch wenn sie aus demselben Schadensereignis für denselben Schaden nebeneinander verantwortlich sind, zu unterschiedlichen Zeitpunkten beginnen und ablaufen.

b. Entsprechende Geltung auch für juristische Personen und ihre Organe

Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung gilt insweit auch nichts anderes, wenn es sich bei den mehreren für eine Ersatzpflicht in Betracht kommenden Verantwortlichen einerseits um ein (in Form einer juristischen Person betriebenes) Unternehmen und andererseits um Personen handelt, die dessen Organe oder (leitende) Mitarbeiter sind, für welche das Unternehmen über § 31 BGB oder § 831 BGB einzustehen hat. Der nach § 823 I BGB haftende Mitarbeiter und sein nach § 831 BGB einstandspflichtiger Geschäftsherr treten dem Geschädigten ebenso als Gesamtschuldner gegenüber (§ 840 BGB) wie die über § 31 BGB haftende juristische Person und ihr deliktisch unmittelbar verantwortliches Organ (Reuter, in: MünchKomm 3. Aufl., § 31 BGB Rdnr. 27). Demgemäß kann die Verjährung eines Anspruchs nur gegenüber demjenigen Gesamtschuldner wirken, hinsichtlich dessen ihre Voraussetzungen im Einzelnen festgestellt sind (§ 425 II BGB). Die persönliche Verantwortlichkeit des unmittelbar deliktisch Handelnden steht nicht nur im Falle des § 831 BGB, sondern auch im Rahmen der Organhaftung nach § 31 BGB als eigene und selbstständige Haftung neben derjenigen des Unternehmens (vgl. für den Fall des Geschäftsführers einer GmbH Senat, NJW 1996, 1535 = LM H. 7/1996 § 823 [Ac] BGB Nr. 64 = VersR 1996, 713 [714] m. w. Nachw.); auch hier kommt eine automatische Parallelität der Behandlung der Verjährungsvoraussetzungen nicht in Betracht.

3. Übertragung auf den Fall

Die Verjährungsfrist für eventuelle Ansprüche der Kl. gegenüber den Bekl. zu 2 bis 6 konnte daher erst ab dem Zeitpunkt zu laufen beginnen, ab welchem der Kl. (bzw. seine sorgeberechtigte Mutter) die erforderliche Kenntnis hinsichtlich der Person dieser möglichen Ersatzpflichtigen hatte, also jedenfalls deren Namen, Anschrift und Aufgabenstellung im Betrieb kannte (vgl. Senat, NJW 1998, 988 = LM H. 8/1998 § 852 BGB Nr. 145 = VersR 1998, 378 [379 f.]). Auch bei dem

Organ einer juristischen Person kann die deliktsrechtliche Verantwortlichkeit für die Verletzung der Rechtsgüter Dritter nämlich in erheblichem Umfang von der betrieblichen Zuständigkeits- und Aufgabenverteilung abhängen (vgl. z.B. BGHZ 133, 370 [377 f.] = NJW 1997, 130 = LM H. 2/1997 § 823 [Be] BGB Nr. 45). Das BerGer. hat keinerlei Feststellungen dazu getroffen, ab wann die Mutter des Kl. über die insoweit erforderliche Kenntnis bezüglich der Bekl. zu 2 bis 6 verfügte. Es ist nichts dafür ersichtlich, dass dies früher als drei Jahre vor Klageeinreichung der Fall gewesen sein könnte.

4. Keine grobfahrlässige Unkenntnis des Kl. bzw. seiner sorgeberechtigten Mutter

Der Revisionserwiderung ist zwar zuzugeben, dass ausnahmsweise - dem Rechtsgedanken des § 162 BGB folgend - der Fristbeginn i. S. des § 852 I BGB auch dann zu bejahen sein kann, wenn der Geschädigte einen den Lauf der Verjährung auslösenden Kenntnisstand positiv nicht besessen, wohl aber die Möglichkeit gehabt hat, sich die erforderlichen Kenntnisse in zumutbarer Weise ohne nennenswerte Mühe zu beschaffen (st. Rspr., vgl. z.B. BGHZ 133, 192 [198 f.] = NJW 1996, 2933 = LM H. 11/1996 § 852 BGB Nr. 137). Dies gilt aber nur dann, wenn der Geschädigte die Augen vor einer sich aufdrängenden Kenntnis geradezu verschließt und es versäumt, eine gleichsam auf der Hand liegende Erkenntnismöglichkeit wahrzunehmen, so dass das Sichberufen auf die Unkenntnis als Förmelei erscheint, weil jeder andere in der Lage des Geschädigten unter denselben konkreten Umständen die Kenntnis gehabt hätte (vgl. Senat, NJW 1994. 3092 [3093]; NJW 1999, 423 = LM H. 6/1999 § 852 BGB Nr. 149 = VersR 1999, 585 [587]; NJW 2000, 953 = LM H. 7/2000 § 852 BGB Nr. 155 = VersR 2000, 503 [504]).

Von einer derartigen Fallgestaltung kann vorliegend nicht ausgegangen werden, und zwar auch nicht hinsichtlich derjenigen Bekl., die im Schädigungszeitpunkr nicht nur leitende Angestellte, sondern Vorstandsmitglieder der früheren Bekl. zu 1 waren. Es ist den getroffenen Feststellungen keinerlei Anhaltspunkt dafür zu entnehmen, dass die Mutter des Kl. Namen., Anschrift und Zuständigkeitsbereich der im vorliegenden Zusammenhang für eine Haftunf in Frage kommenden Vorstandsmitglieder auf eine derart einfache und für jeden selbstverständliche Weise jederzeit hätte in Erfahrung bringen können, dass die Berufung auf die Nichtkenntnis als unzulässig erscheinen könnte. Erst recht gilt dies hinsichtlich derjenigen Bekl., die - ohne Vorstandsmitglieder zu sein - als Abteilungsleiter oder Prokuristen im Rahmen der Herstellung und des Vertriebes der Teeprodukte tätig waren.

5. Unerheblichkeit einer entsprechenden Rechtskenntnis vom Schadensersatzanspruch für den Verjährungsbeginn gem. § 852 I BGB

Dem Berufungsurteil ist zu entnehmen, dass das BerGer. Feststellungen zur konkreten Kenntnis von der Person der Bekl. zu 2 bis 6 als Ersatzpflichtigen deshalb bereits aus Rechtsgründen nicht für erforderlich erachtete, weil der Mutter des Kl. überhaupt nicht bewusst gewesen sei, dass sich der Kl. als Geschädigter wegen Schadensersatzes an diese Bekl. hätte wenden können. Das BerGer. ist der Auffassung, der Lauf der Verjährungsfrist beginne bereits mit der Kenntnis des Schadens, wenn der Geschädigte keinerlei Kenntnis von einem möglichen Schadensersatzanspruch habe und diese Unkenntnis das Hindernis bilde, von den Schädigern Kenntnis zu erlangen. Gegen diese Überlegungen wendet sich die Revision mit Erfolg.

Die Auffassung des BerGer. kann nicht auf die im Berufungsurteil hierzu angeführte Entscheidung des BGH vom 17. 3. 1966 (VersR 1966, 632 [634]) gestützt werden: In jenem Urteil wird darauf abgestellt, dass auch im Bereich des § 852 BGB der Rechtssatz des Inhalts, dass Gesetzesunkenntnis stets und unter allen Umständen schade, nicht ausnahmslos und insbesondere dann nicht gelte, wenn die Unkenntnis von Rechtssätzen und Rechtsgrundsätzen das Hindernis bilde, von der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis zu nehmen. Zu Lasten des Geschädigten gehe es allerdings, wenn die Person des Ersatzpflichtigen tatsächlich bekannt sei und zur Geltendmachung des Ersatzanspruchs nichts fehle als die Kenntnis der Rechtsnorm, die den Zugriff gegen den Schädiger zulasse. Aus diesen Grundsätzen folgt für den vorliegenden Fall:

Hätte die Mutter des Kl. Namen und Anschrift der Bekl. zu 2 bis 6 und deren betriebliche Stellung tatsächlich gekannt, so wäre es für den Lauf der Verjährungsfrist nicht von Bedeutung gewesen, dass sie aus mangelnder Rechtskenntnis von der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs abgesehen hätte. Solange sie aber Namen, Anschriften und Stellung dieser Bekl. nicht kannte (und davon ist hier mangels gegenteiliger Feststellungen für die Zeit bis drei Jahre vor Klageeinreichung auszugehen), verbleibt es dabei, dass die Verjährungsfrist mangels der gebotenen Kenntnis von der Person des Schädigers nicht zu laufen begann; bei einer solchen Sachverhaltsgestaltung ist es ohne rechtlichen Einfluss, ob der Geschädigte die für die Verfolgung eventueller Ansprüche erforderliche Rechtskenntnis hatte oder nicht. § 852 I BGB macht den Verjährungsbeginn von der gebotenen Tatsachenkenntnis abhängig; fehlt diese, dürfen keine hypothetischen Überlegungen dahin angestellt werden, wie sich der Geschädigte - aus welchen Gründen auch immer - verhalten hätte, wenn er die Kenntnis gehabt hätte.

Das Berufungsurteil kann auch nicht aus anderen Grün-

den aufrechterhalten werden, da die Frage, ob eine deliktsrechtliche Haftung der Bekl. zu 2 bis 6 in Betracht kommt, mangels jeglicher Feststellungen des BerGer. nicht beurteilt werden kann. Die angefochtene Entscheidung war daher, soweit darin die Klageabweisung gegenüber den Bekl. zu 2 bis 6 wegen Verjährung bestätigt worden ist, aufzuheben und die Sache zur weiteren Aufklärung zurückzuverweisen.

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: § 234 StGB — Problem: Menschenraub durch Aussetzen in hilfloser Lage

BGH, BESCHLUSS VOM 01.12.2000
2 STR 379/00 (NSTZ 2001, 247)

Problemdarstellung:

Der BGH hatte über die Strafbarkeit von drei Angekl. zu entscheiden, die eine 16-jährige unter Einsatz von

Fesseln und Knebeln entführt hatten. Der Angekl. S hatte die Entführung veranlasst, um das Opfer sexuell zu missbrauchen und es anschließend wieder freizulassen. Den Angekl. B und W hatte er vorgespiegelt, das Mädchen sollte für 500.000 DM an einem Harem verkauft werden.

Der BGH verneint eine Strafbarkeit wegen Menschenraubs durch Aussetzen in hilfloser Lage, da die Angekl. nicht mit der für die Tatbestandsverwirklichung erforderlichen Absicht (dolus directus 1. Grades) handelten, das Opfer in eine Lage zu bringen, in der es auf fremde Hilfe angewiesen und konkret an Leib oder Leben gefährdet ist. Dagegen ist der Senat der Ansicht, dass die Angekl. sich der Freiheitsberaubung gem. § 239 I StGB und die Angekl. B und W des Versuchs der Erfolgsqualifikation gem. §§ 239 III Nr. 1, 22 StGB strafbar gemacht haben. Der Strafbarkeit des S stehe nicht entgegen, dass er seine Mitangeklagten getäuscht habe und lediglich Beiträge im Vorbereitungsstadium erbracht habe. Vielmehr habe er sich auch wegen einer Geseilnahme (§ 239 b StGB) strafbar gemacht.

Prüfungsrelevanz:

§ 234 StGB betrifft einen Sonderfall der Freiheitsberaubung und bezieht wie § 239 StGB - und auch § 239 b StGB - seine Prüfungsrelevanz aus seinem Charakter als Begleiterscheinung zu anderen Delikten, insbesondere zu den §§ 249 ff. StGB und zu § 221 StGB (Aussetzen in hilfloser Lage).

Der BGH bestätigt mit seiner Entscheidung die in der Literatur vorherrschende Ansicht, wonach sich die Absicht des Täters nicht nur auf das Aussetzen in hilfloser Lage, sondern auch auf die Umstände erstrecken muss, die die Lebens- oder Leibesgefahr für das Opfer begründen.

In diesem Zusammenhang ist auf eine aktuelle Entscheidung des OLG Köln zu den Voraussetzungen einer gefährlichen Körperverletzung durch eine das Leben gefährdende Behandlung (§ 224 I Nr. 5 StGB) hinzuweisen. Der Angekl. hatte die Zeugin am Hals gewürgt und sie von hinten umklammert, als sie versuchte sich los zu reißen. Der Senat führt in seinem Beschluss vom 3.11.2000 - Ss 430/00 - 237 (VRS Bd. 100/01, S. 185) dazu u.a. aus: "Diese Feststellungen tragen eine Verurteilung des Angekl. wegen gefährlicher Körperverletzung durch eine das Leben gefährdende Behandlung nicht rechtsfehlerfrei. Zwar kann ein Würgegriff an den Hals geeignet sein, eine Lebensgefährdung herbeizuführen, z.B. durch das Abschnüren der Halsschlagader oder den Bruch des Kehlkopfknorpels (vgl. BGH, StV 1993, 26, 27; GA 1961, 241; BGHSt 2, 160, 163). Wann eine Einwirkung schwer und gefährlich genug ist, um lebensgefährdend im Sinne des § 224 Nr.5 StGB zu sein, ist jedoch Tatfrage und bedarf der gesonderten Feststellung und Würdigung der konkreten Umstände des Einzelfalles. Es ist erforderlich, daß die nach den konkreten Umständen des Einzelfalles der Körperverletzung zu beurteilende Handlung geeignet war, eine Lebensgefährdung herbeizuführen (BGH, NStZ-RR 1997, 67). Dies kann den bisher getroffenen Feststellungen nicht entnommen werden. Das AG hat keine Feststellungen zu Dauer und/oder Intensität des Würgevorgangs getroffen. Auch über etwaige Folgen und Verletzungen wie z.B. Druck- oder Würgemale am Hals, Luftnot der Zeugin und ähnliche Beeinträchtigungen enthält das Urteil keine Angaben, so daß dem Revisionsgericht die Prüfung, ob der vorliegende Würgevorgang den Begriff der lebensgefährdenen Handlung ausfüllt, nicht möglich ist".

Vertiefungshinweise:

Park/Schwarz, Jura 1995, 294

Müller-Dietz, JuS 1996, 110

Kursprogramm:

Assessorkurs: "Fall Hansen"

Leitsätze (der Redaktion):

Dem Täter eines Menschenraubs muss es in der Alternative des Aussetzens in hilfloser Lage im Sinne zielgerichteten Wollens darauf ankommen, das Opfer in eine Lage zu bringen, in der es - zur Selbsthilfe unfähig - auf fremde Hilfe angewiesen und konkret an Leib oder Leben gefährdet ist.

Sachverhalt:

Nach den Feststellungen forderte der Angekl. S die Mitangeklagten B und W, die sich zuvor schon mehrfach bemüht hatten, S auf dessen Geheiß Mädchen angeblich für pornographische Film- und Videoaufnahmen gegen Entgelt zu vermitteln, unter Beschimpfungen und Drohungen auf, ihm noch am Abend desselben Tages ein Mädchen gefesselt und geknebelt in seine am Ufer der E. gelegene Hütte zu bringen. Dabei spiegelte er den beiden vor, das Opfer solle verschleppt und im Ausland in einen Harem verkauft werden, wofür man 500 000 DM erhalte. Tatsächlich wollte S das Opfer selbst sexuell missbrauchen und es anschließend freilassen. B und W glaubten die Äußerungen Ss und waren mit dem Tatvorhaben einverstanden. Nachdem sie von S Geld zum Tanken erhalten hatten, fuhren sie mit dem Auto nach Marburg, wo sie die 16-jährige A. D unter dem Vorwand, sie auf eine Party mitnehmen zu wollen, abholten. Während der Rückfahrt teilte B dem Angekl. S telefonisch mit, dass sie ein Mädchen hätten. Auf einem abseits gelegenen Parkplatz hielt W mit dem Fahr-

zeug an. Nach dem Aussteigen griff B wie geplant der zunächst an einen Scherz glaubenden Geschädigten von hinten um den Hals, während W sofort begann, ihre Arme und Beine mit einem Klebeband zu fesseln und das Klebeband auch über den Mund und die kinnlangen Haare zu wickeln. Ihnen war klar, dass die Geschädigte dadurch schwer in ihrer Atmung behindert war und das spätere Entfernen des Klebebandes von Gesicht und Haaren sehr schmerzhaft sein würde. Sodann legten sie die Geschädigte ins Auto und fuhren zu der an der E. gelegenen Hütte. Nachdem sie das Mädchen ins Innere der Hütte getragen hatten, klebten sie weiter Klebeband um Arme, Beine und über den Mund. Sie erkannten, dass die Fesselung der Geschädigten Angst bereite und sie in Gefahr war zu ersticken. W prüfte deshalb genau den Sitz des Klebebandes über dem Mund, damit die Nase zum Atmen frei blieb. Anschließend fesselten sie die Geschädigte zusätzlich mit einem Strick und verließen die Hütte. Ehe sie mit dem Auto wegfuhren, kehrte W noch einmal zurück, weil er meinte, das Klebeband über dem Mund sei verrutscht und das Mädchen könne ersticken. B und W hatten die Vorstellung, die Geschädigte völlig hilflos in einer lebensgefährlichen Situation zurückzulassen. Kurze Zeit nachdem die beiden davongefahren waren, begab sich der Angekl. S, der nach dem Telefonanruf seiner Komplizen zur Hütte gekommen war, zur Geschädigten.

Das LG hat den Angekl. B unter Freisprechung im Übrigen wegen Menschenraubs in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung sowie wegen Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger gegen Entgelt in 3 Fällen zu der Jugendstrafe von 3 Jahren und 3 Monaten und den Angekl. W wegen Menschenraubs in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung sowie wegen Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger gegen Entgelt in 4 Fällen, davon in einem Fall in Tateinheit mit Förderung sexueller Handlungen einer anvertrauten Minderjährigen und in einem anderen Fall wegen Versuchs zur Gesamtfreiheitsstrafe von 3 Jahren und 9 Monaten verurteilt. Gegen den Angekl. W hat es darüber hinaus ein Fahrverbot von 3 Monaten verhängt. Den im Übrigen freigesprochenen Angekl. S hat das LG wegen Vergewaltigung in 2 Fällen, davon in einem Fall in Tateinheit mit versuchter Vergewaltigung, und wegen Anstiftung zum Menschenraub zu der Gesamtfreiheitsstrafe von 10 Jahren verurteilt. Ihre Revisionen hatten teilweise Erfolg.

Aus den Gründen:

I. Verurteilung der Angekl. W und B wegen Menschenraubs gem. § 234 I StGB

Die Feststellungen tragen die Verurteilung wegen Menschenraubs nicht. Der subjektive Tatbestand des § 234 I StGB in der hier allein in Betracht kommenden Alternative setzt voraus, dass der Täter bei der Tathandlung des Sichbemächtigens in der Absicht handelt, das Opfer in hilfloser Lage auszusetzen. Dem Täter muss es i. S. zielgerichteten Wollens (LK-Gribbohm 11. Aufl., § 234 Rn 34; S/S-Eser 25. Aufl., § 234 Rn 6; Tröndle/Fischer 49. Aufl., § 234 Rn 4; Lackner/Kühl 23. Aufl., § 234 Rn 3) darauf ankommen, das Opfer in eine Lage zu bringen, in der es - zur Selbsthilfe unfähig - auf fremde Hilfe angewiesen und konkret an Leib oder Leben gefährdet ist (LK-Gribbohm aaO, Rn 41). Eine solche nach § 234 I StGB täterschaftsbegründende Absicht lag bei den Angekl. B und W nicht vor. Dies gilt im Übrigen selbst dann, wenn man das Erfordernis einer Absicht im engeren Sinne nicht gleichermaßen auf sämtliche das Aussetzen in hilfsloser Lage charakterisierende Umstände erstreckt, sondern für die Leibes- oder Lebensgefahr lediglich dolus eventualis genügen lässt (SKStGB-Horn § 234 Rn 4; LK-Vogler 10. Aufl., § 234 Rn 8; a. A. LK-Gribbohm aaO, Rn 42). Denn hinsichtlich einer konkreten Lebensgefahr für die Geschädigte fehlte es nach den Feststellungen an einem bedingten Vorsatz der Angekl. Dass die Angekl. eine solche Gefährdung der Geschädigten in einer für das voluntative Element des bedingten Vorsatzes ausreichenden Weise billigten, hat die StrK nicht festgestellt. Ihre Bemühungen die von ihnen erkannte Gefahr eines Erstickens durch das Freilassen der Nase und die wiederholte Kontrolle des über den Mund geklebten Klebebandes zu vermeiden, legen vielmehr nahe, dass sich die Angekl. mit einer Lebensgefährdung gerade nicht willensmäßig abfanden, sondern auf das Ausbleiben einer Gefahrenlage vertrauten. Der Senat schließt aus, dass in einer neuerlichen Hauptverhandlung noch Feststellungen getroffen werden können, welche die Annahme einer tatbestandsmäßigen Absicht bezogen auf eine konkrete Lebensgefährdung der Geschädigten rechtfertigen könnten.

II. Verurteilung der Angekl. B und W wegen Freiheitsberaubung gem. § 239 I StGB in Tateinheit mit versuchter erfolgsqualifizierter Freiheitsberaubung gem. §§ 239 III Nr. 1, 22 StGB

Nach den Feststellungen haben die Angekl. jedoch - tateinheitlich zu der verwirklichten gefährlichen Körperverletzung - eine Freiheitsberaubung nach § 239 I StGB und, da ihr Tun auf die Verschleppung der Geschädigten in einen Harem im Ausland abzielte, den Versuch einer Freiheitsberaubung von über einer Woche Dauer gem. §§ 239 III Nr. 1, 22 StGB begangen. Das vollendete Grunddelikt wird durch die versuchte qualifizierte Freiheitsberaubung nach § 239 III Nr. 1 StGB nicht verdrängt. Durch die Annahme von Tateinheit ist, um den Unrechtsgehalt der Tat erschöpfend zu erfassen, vielmehr auch im Schuldspruch zum Ausdruck zu bringen, dass der Versuch der Qualifikation

bereits zu einer vollendeten Freiheitsberaubung gem. § 239 I StGB geführt hat (zur Klarstellungsfunktion der Idealkonkurrenz vgl. BGHSt 44, 196; 39, 100, 109; S/S-Stree 25. Aufl., § 52 Rn 2).

III. Verurteilung des Angekl. S wegen Anstiftung zum Menschenraub gem. §§ 234 I, 26 StGB

Die Verurteilung des Angekl. S wegen Anstiftung zum Menschenraub scheitert - abgesehen vom Fehlen einer Haupttat - auch an fehlenden Feststellungen zur inneren Tatseite. Denn das LG hat nicht festgestellt, dass der Vorsatz des Angekl. S dahinging, die Mitangeklagten würden bei der Begründung der physischen Herrschaft über die Geschädigte in der für § 234 I StGB erforderlichen Absicht handeln, das Opfer in einer hilflosen mit konkreter Leibes- oder Lebensgefahr verbundenen Lage auszusetzen.

IV. Verurteilung des Angekl. S wegen mittäterschaftlich begangener Freiheitsberaubung gem. §§ 239 I, 25 II StGB

Die tatrichterlichen Feststellungen ergeben aber, dass sich die Angekl. S gemeinsam mit den Mitangeklagten B und W einer mittäterschaftlich begangenen Freiheitsberaubung nach § 239 I StGB schuldig gemacht hat. S, der an der Entführung der Geschädigten ein sexuell motiviertes Eigeninteresse hatte, war Initiator des gemeinsamen Tatentschlusses und leistete, in dem er das zum Tanken erforderliche Geld und seine an der E. gelegene Hütte als Verbringungsort zur Verfügung stellte, wesentliche die Tatbestandsverwirklichung objektiv fördernde Tatbeiträge. Dass er seine Tatgenossen über die mit der Freiheitsberaubung verfolgten weiteren Ziele täuschte, steht einer mittäterschaftlichen Zurechnung der Tat ebenso wenig entgegen, wie der Umstand, dass seine Tatbeiträge im Vorbereitungsstadium erbracht wurden (BGHSt 37, 289. 292; BGH NStZ 1995, 285).

V. Verurteilung des Angekl. S wegen Geiselnahme gem. § 239 b I Alt. 2 StGB

Da der Angekl. S die durch die ihm mittäterschaftlich zurechenbare Entführung geschaffene Lage des Opfers (S/S-Eser, § 239 a Rn. 21) zu einer mittels konkludenter Todesdrohung begangenen Nötigung zu sexuellen Handlungen ausnutzte, ist er des weiteren der Geiselnahme nach § 239 b I 2. Alt StGB schuldig. Das Verbrechen der Geiselnahme verdrängt auf der Konkurrenzebene die Freiheitsberaubung und steht zu der zum Nachteil der Geschädigten verwirklichten Vergewaltigung in Tateinheit, mit versuchter Vergewaltigung seinerseits in Idealkonkurrenz.

Der Senat sieht sich durch § 265 StPO gehindert, den Schuldspruch entsprechend zu ändern [...].

Standort: § 263 StGB — Problem: Prozessbetrug durch Rechtsanwalt

OLG KOBLENZ, BESCHLUSS VOM 25.01.2001
2 WS 30/01 (NJW 2001, 1364)

Problemdarstellung:

Das OLG hatte im Rahmen eines Klageerzwingungsantrags gem. § 172 StPO über die Anklageerhebung gegen einen beschuldigten Rechtsanwalt zu entscheiden, der im einstweiligen Verfügungsverfahren in der mündlichen Verhandlung wahrheitswidrig erklärt hatte, es gebe mehrere Gerichtsentscheidungen, die das Vorgehen seines Mandaten als rechtmäßig erscheinen ließen. Der Senat geht davon aus, dass der Beschuldigte nicht hinreichend verdächtig ist, einen versuchten Prozessbetrug begangen zu haben. Zwar liege in der Erklärung des Rechtsanwalts, es gebe gerichtliche Entscheidung, die das Vorgehen seines Mandanten stützten, eine Tatsachenbehauptung, doch diese sei in keiner Weise geeignet, beim zuständigen Richter einen Irrtum herbeizuführen. Denn “wegen der Pflicht des Gerichts zur eigenverantwortlichen Rechtsermittlung” werde “kein Richter eine solche bloße Behauptung seiner Entscheidungsfindung zu Grunde legen”. Sollte der Beschuldigte die Absicht gehabt haben, einen Prozessbetrug zu begehen, so liege darin lediglich ein strafloser sog. umgekehrter Subsumtionsirrtum.

Prüfungsrelevanz:

Der Beschluss betrifft nicht nur die examensrelevante Sonderkonstellation des Prozessbetrugs, sondern auch die Problembereiche der Abgrenzung von Tatsachenbehauptungen und Werturteilen sowie des untauglichen Versuchs vom Wahndelikt (vgl. dazu Roxin, JZ 1996, 981).

Beim Prozessbetrug i.e.S. wird ein Rechtspflegeorgan (z.B. Richter, Gerichtsvollzieher, Rechtspfleger) durch eine Täuschung zu einer das Vermögen der anderen Prozesspartei schädigenden Entscheidung veranlasst. Es handelt sich daher um einen sog. Dreiecksbetrug, wobei die erforderliche Nähebeziehung aus der z.B. mit dem Richteramt verbundenen gesetzlichen Befugnis folgt, über das Vermögen der Parteien zu verfügen. Im Übrigen ist die rechtliche Problematik im Bereich der Tatbestandsmerkmale Täuschung und Irrtum angesiedelt (vgl. zur Übersicht: Krey, BT 2, Rn. 419 ff.; Schönke/Schröder/Cramer, § 263, Rn. 51 ff./69 ff.). So liegt auch im vorliegenden Fall die zentrale Problematik in der Frage, ob der Rechtsanwalt mit der Behauptung, es gebe bestimmte gerichtliche Entscheidungen, eine tatbestandsrelevante Täuschung über Tatsachen verübt hat. Bei Rechtsauskünften handelt es sich nach h.M. grundsätzlich um persönliche Bewertungen über die Beziehung von Tatsachen zu Normen, so dass derjenige, der geltend macht, ihm stehe ein bestimmter Rechtsanspruch zu, grundsätzlich nur ein Werturteil aufstellt. Es handelt sich jedoch dann um Tatsachen, wenn der Täuschende mit dem Anspruch der Verbindlichkeit und Richtigkeit seiner Äußerung auftritt (Schönke/Schröder/Cramer, § 263, Rn. 9/10; LK-Tiedemann, § 263, Rn. 18/19).

Das OLG Koblenz sieht dementsprechend in dem Verhalten des Anwalts eine Tatsachenbehauptung, verneint aber deren "Tatbestandsrelevanz": Da die rechtliche Beurteilung in den Aufgabenbereich des Richters falle, sind durch die Parteien vorgetragene Rechtsauffassungen nur unverbindliche Denkanstösse, die in keiner Weise geeignet seien, beim Richter einen Irrtum hervorzurufen. Dogmatisch lässt diese Aussage mit der Lehre von der objektiven Zurechnung stützen: Der Vermögensschaden ist dem Rechtsanwalt nicht objektiv zurechenbar, da er ausschließlich in den Verwantwortungsbereich eines Dritten, nämlich des Richters, fällt (s. Seier, ZStW 102, 573/574).

Vertiefungshinweise:

Fahl, Jura 1996, 74

Seier, ZStW 102 (1990), 563

Graul, JZ 1995, 595

Kursprogramm:

Examenskurs: "Die erschlichene Wohnungseinrichtung"

Leitsatz (der Redaktion):

Behauptet ein Rechtsanwalt in einem Zivilprozess der Wahrheit zuwider, es gebe gerichtliche Entscheidungen, in denen eine bestimmte Rechtsauffassung vertreten worden sei, so macht er sich nicht wegen versuchten Betrugs strafbar.

Sachverhalt:

Der Anzeigeerstatter bezichtigt den Beschuldigten des versuchten Betrugs. Diesen soll der Beschuldigte dadurch begangen haben, dass er in dem einstweiligen Verfügungsverfahren in der mündlichen Verhandlung vom 26. 5. 2000 wahrheitswidrig erklärt habe, "dass es mehrere Gerichtsentscheidungen gebe, die das Vorgehen der G als gerechtfertigt ansehen, dass also keine Verstöße gegen das Wohnungsbindungsgesetz festgestellt werden konnten, durch gerichtliche Entscheidungen". Durch Bescheid vom 13. 10. 2000 hat die StA das Ermittlungsverfahren gegen den Beschuldigten gem. § 170 II StPO eingestellt. Die hiergegen gerichtete Beschwerde hat die GenStA Koblenz am 6. 12. 2000 zurückgewiesen.

Dagegen richtete sich der Antrag des Anzeigeerstatters, mit dem er das Ziel der Anklageerhebung gegen den Beschuldigten weiterverfolgt. Der Klageerzwingungsantrag hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Der Beschuldigte hat sich nicht wegen versuchten Betrugs strafbar gemacht. Zutreffend gehen StA und GenStA davon aus, dass falsche Rechtsbehauptungen eine Strafbarkeit wegen Betrugs nicht begründen können. Der Wahrheitspflicht nach § 138 ZPO unterliegen nur Tatsachen, nicht aber Rechtsausführungen (vgl. BGH, JR 1958, 106).

I. Tatsachenbehauptung

Allerdings hat der Beschuldigte auch eine Tatsachenbehauptung aufgestellt. Er hat behauptet, es gebe gerichtliche Entscheidungen, in denen das Vorgehen der G als mit dem Wohnungsbindungsgesetz vereinbar erklärt worden sei.

II. Keine betrusrelevante Risikoschaffung

Diese Behauptung kann jedoch eine Strafbarkeit wegen versuchten Betrugs nicht begründen. Denn sie war objektiv in keiner Weise geeignet, bei dem zuständigen Richter einen Irrtum herbeizuführen. Kein Richter wird eine solche bloße Behauptung seiner Entscheidungsfindung zu Grunde legen. Jeder Richter ist dazu verpflichtet, den ihm vorgetragenen Sachverhalt in recht-

licher Hinsicht zu überprüfen. Wenn der Anzeigeerstatter meint, das Gericht habe in dem Eilverfahren "mangels Kenntnis der von dem Beschuldigten behaupteten gerichtlichen Entscheidungen überhaupt keine Überprüfung der behaupteten Rechtstatsachen vornehmen (können) und auf die Redlichkeit und bessere Kenntnis des Sachverhalts durch den Beschuldigten vertrauen" müssen, beruht dies auf einer völligen Unkenntnis der einem Richter obliegenden Pflichten und des hierbei geltenden Mindeststandards. Wer darauf verweist, dass eine bestimmte Rechtsfrage in einer bestimmten Weise entschieden sei, belegt dies in der Regel mit einer Fundstelle oder einem Aktenzeichen nebst Datum der Entscheidung. Tut er dies nicht, macht er sich verdächtig.

Kein Richter wird seine Entscheidung auf eine derartige Behauptung stützen. Daran ändert auch nichts, dass die Erklärung in einem Verfahren der einstweiligen Verfügung abgegeben wurde. Der Hinweis des Anzeigeerstatters auf die Eilbedürftigkeit des Verfahrens und die dort notwendige, aber auch ausreichende Glaubhaftmachung geht fehl. Im Verfahren der einstweiligen Verfügung sind *Tatsachen* glaubhaft zu machen, die Intensität der rechtlichen Prüfung wird, jedenfalls nach herrschender Meinung, nicht erleichtert (vgl. Thomas/Putzo, ZPO, 22. Aufl., § 920 Rdnr. 4). Aber auch dann, wenn man eine nur eingeschränkte Schlüssigkeitsprüfung für erforderlich hält bzw. ausreichen lässt (vgl. Zöller/Vollkommer, ZPO, 22. Aufl., § 922 Rdnr. 6), ist eine Erklärung, wie sie der Beschuldigte abgegeben hat, nicht dazu geeignet, die von dem Gericht zu treffende Entscheidung zu beeinflussen.

Wegen der Pflicht des Gerichts zur eigenverantwortlichen Rechtsermittlung kommt in Fällen wie dem vorliegenden deshalb eine Strafbarkeit wegen (versuchten) Betrugs nicht in Betracht (Tiedemann, in: LK-StGB, 11. Aufl., § 263 Rdnr. 19; Seier, ZStW 102 [1990], 563 [573, 578]; Graul, JZ 1995, 595 [602] m. zahlr. w. Nachw.).

Sollte der Beschuldigte die Absicht gehabt haben, einen Prozessbetrug zu begehen, wäre er einem so genannten umgekehrten Subsumtionsirrtum erlegen (Seier, ZStW 102 [1990], 563 [579]). Die wahnhafte Vorstellung, ein bestimmtes Verhalten sei strafbar, bleibt straflos (Tröndle/Fischer, StGB, 50. Aufl., § 22 Rdnr. 49 m.w. Nachw.).

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht Problem: Fristbeginn bei § 48 IV VwVfG

BVERWG, URTEIL VOM 24.01.2001
8 C 8/00 (NJW 2001, 1440)

Problemdarstellung:

Das BVerwG setzt sich in dem vorliegenden Urteil mit der Frage auseinander, wann genau die Rücknahmefrist des § 48 IV VwVfG zu laufen beginnt. Es bestätigt seine st. Rspr., wonach hierzu nicht etwa - wie der Wortlaut des § 48 IV VwVfG nahelegt - die reine Tatsachenkenntnis genügt, sondern die Behörde bereits eine zutreffende rechtliche Würdigung der Tatsachen vorgenommen haben muss.

Neben der Frage, welcher Erkenntnisstand für den Fristbeginn Voraussetzung ist, nimmt das BVerwG auch Stellung dazu, bei wem dieser Kenntnisstand vorliegen muss, also zu der Frage, ob der konkrete Sachbearbeiter Rechts- und Tatsachenkenntnis haben muss, oder diesem die Kenntnis anderer Behörden (bzw. von Mitarbeitern derselben) zugerechnet werden kann. Das BVerwG hatte diese Frage früher offen gelassen, in RA 2000, 366 (= NJW 2000, 1512) jedoch in dem Sinne entschieden, dass eine Zurechnung zu verneinen sei. In der Literatur wird zum Schutz des Bürgers z.T. die gegenteilige Auffassung vertreten (z.B. Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 48 Rz. 145).

Das Urteil ist zu § 49 II 1 Nr. 2 VwVfG, also zu einem Widerrufsfall ergangen; im Rahmen des § 49 II VwVfG findet § 48 IV VwVfG jedoch über § 49 II 2 VwVfG entsprechende Anwendung, so dass sich das Problem des Fristbeginns auch hier stellte.

Prüfungsrelevanz:

Der Fristbeginn bei § 48 IV VwVfG hat die Gerichte in der jüngeren Vergangenheit immer wieder beschäftigt. das BVerwG hat hierzu neben der vorliegenden einige weitere interessante Entscheidungen getroffen; auch das OVG Münster hat sich diesbezüglich hervorgetan (Nachweise s. Vertiefungshinweise).

Hinsichtlich der vom BVerwG vertretenen Nichtzurechenbarkeit der Kenntnis fremder Behörden erscheint die gegenläufige Literaturansicht zumindest sehr gut vertretbar, wenn nicht vorzugswürdig. Zum einen kann hat der Bürger auf behördeninterne Vorgänge keinen Einfluss; es kann nicht zur Verzögerung des Fristbeginns und damit zu seinem Nachteil führen, wenn behördeninterne Kompetenzkonflikte dazu führen, dass seine Akte auf dem falschen Schreibtisch landet. Zudem verliert das BVerwG kein Wort darüber, dass § 48 IV VwVfG in erster Linie der Rechtssicherheit dienen soll. Wäre es tatsächlich nur die Intention der Norm, der Behörde "eine angemessene Entscheidungsfrist zu gewährleisten", hätte man auf § 48 IV VwVfG auch ganz verzichten können. Fristen sollen den zeitlichen Entscheidungsspielraum der Verwaltung verkürzen, nicht gewährleisten (zum Ganzen bereits RA 2000, 366, 367).

Vertiefungshinweise:

BVerfG, RA 2000, 181
BVerwG, RA 2000, 366 (= NJW 2000, 1512)
BVerwG, RA 2000, 241 (= NVwZ-RR 2000, 196)
OVG NW, RA 2000, 188 (= NWVBl 2000, 105)
VGH BW, NVwZ-RR 2001, 6

Kursprogramm:

Examenskurs: "Waffenbesitzkarte"
Examenskurs: "Stipendium"
Assessorkurs: "Schluckspecht"

Leitsätze:

1. Wird eine mit einem begünstigenden Verwaltungsakt verbundene Auflage nicht erfüllt, beginnt die Frist für dessen Widerruf erst zu laufen, wenn die Behörde den Auflagenverstoß erkannt hat und ihr die weiteren für die Widerrufsentscheidung erheblichen Tatsachen vollständig bekannt sind.
2. Dient eine Anhörung des Betroffenen der Ermittlung weiterer entscheidungserheblicher Tatsachen, beginnt die Frist erst danach zu laufen.
3. Maßgebend ist die Kenntnis des für die Entscheidung über Rücknahme oder Widerruf zuständigen Amtswalters. Die Kenntnis eines einzelne Fachfragen begutachtenden Mitarbeiters derselben oder einer anderen Behörde genügt nicht.
4. Die Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) ist keine revisible Rechtsnorm.

Sachverhalt:

Die zuständige Regierung von Oberbayern bewilligte der Kl. in den Jahren 1984 bis 1991 für die Erweiterung einer Volksschule Zuwendungen in Höhe von insgesamt 960.000 DM. Dabei wurde der Kl. u.a. zur Auflage gemacht, die Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) zu beachten und nach Abschluss der Baumaßnahmen einen Verwendungsnachweis zu erbringen.
Ende 1991 legte die Kl. einen entsprechenden Nachweis vor, den die Regierung von Oberbayern auf die Vereinbarkeit der Mittelverwendung mit der VOB überprüfen ließ. Der im Februar 1994 der Regierung von Oberbayern vorgelegte Prüfbericht bezeichnete die Mittelverwendung fälschlich als "VOB-gerecht". Erst bei einer neuerlichen Rechnungsprüfung im August 1995 stellte sich heraus, dass bei der Vergabe eines Auftrags zur Heizungsinstallation unter Verstoß gegen die einschlägigen VOB-Bestimmungen eine ortsansässige Firma bevorzugt behandelt worden war. Die Kl. wurde hierzu angehört; ihre Stellungnahme ging der Regierung von Oberbayern am 25.3.1996 zu.
Mit Bescheid vom 19.7.1996 hob die Regierung von Oberbayern die Bewilligung der Mittel für die Erweiterung der Volksschule in Höhe des VOB-widrig vergebenen Auftragsvolumens von 111.000 DM wieder auf. Zu Recht?

[Anm.: Der Fall ist nach dem VwVfG des Bundes zu lösen. Die im Originalfall einschlägigen Vorschriften des BayVwVfG sind, soweit für die Falllösung relevant, ohnehin mit denen des Bundes-VwVfG identisch.]

Lösung:
Die Aufhebung des Bewilligungsbescheids ist rechtmäßig, wenn sie von einer Ermächtigungsgrundlage gedeckt ist. Das setzt voraus, dass eine solche existiert und deren formelle und materielle Voraussetzungen vorliegen.

A. Ermächtigungsgrundlage
Als Ermächtigungsgrundlage für die Aufhebung des Bewilligungsbescheids kommt hier nur § 49 II 1 Nr. 2 VwVfG in Betracht.

B. Formelle Rechtmäßigkeit
In formeller Hinsicht müsste die zuständige Behörde nach einem ordnungsgemäßen Verfahren in der richtigen Form gehandelt haben.

I. Zuständigkeit
Die Zuständigkeit für den Widerruf von Verwaltungsakten ist in § 49 VwVfG nicht geregelt. Der Widerruf stellt sich jedoch als Kehrseite des Erlasses dar, so dass zur Bestimmung der Zuständigkeit der "actus-contrarius"-Gedanke fruchtbar gemacht werden kann. Widerrufsbehörde ist danach die Erlassbehörde. Hier war die Regierung von Oberbayern für den Erlass der Mittelbewilligung zuständig; mithin hat selbige auch als zuständige Widerrufsbehörde gehandelt.

II. Verfahren
In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist vor dem Erlass eines belastenden Verwaltungsakts nach § 28 VwVfG insbesondere die Anhörung des Betroffenen, hier also der Kl., vorgeschrieben. Diese ist erfolgt, indem die Kl. um Stellungnahme zur VOB-widrigen Verwendung der Mittel gebeten worden ist.

III. Form
Es mag dahinstehen, ob vom Grundsatz der Formfreiheit (§ 37 II VwVfG) bei § 49 VwVfG, wiederum unter Anwendung des "actus-contrarius"-Gedankens, eine ungeschriebene Ausnahme dergestalt zu machen ist, dass der Widerrufsakt der selben Form bedarf wie der Bewilligungsakt; beide sind hier schriftlich durch "Bescheid" erfolgt, so dass die Schriftform jedenfalls gewahrt wäre. Demzufolge ist der Widerruf formell rechtmäßig.

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

I. Tatbestand

1. Rechtmäßiger, begünstigender Verwaltungsakt
§ 49 II VwVfG fordert zunächst einen rechtmäßigen, begünstigenden Verwaltungsakt. Die Bewilligung von Geldern zum Ausbau einer Schule ist unzweifelhaft ein - begünstigender - Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG. Ob dieser rechtmäßig sein muss, wie es der Gesetzeswortlaut fordert (so eine m.M., vgl. Erichsen, Jura 1981, 590, 593), oder ob § 49 VwVfG "erst Recht" auf rechtswidrige Verwaltungsakte anwendbar ist (so die ganz h.M., vgl. BVerwG, NVwZ 1987, 498), mag dahinstehen, da keinerlei Anhaltspunkte für eine Rechtswidrigkeit der Mittelbewilligung vorliegen. Hält man also § 49 VwVfG nur auf rechtmäßige Verwaltungsakte für anwendbar, wäre diese Voraussetzung jedenfalls erfüllt.

2. Widerrufsgrund
Fraglich ist, ob ein Widerrufsgrund vorliegt. Vorliegend kommt die Nichterfüllung einer Auflage nach § 49 II 1 Nr. 2 VwVfG in Betracht. Die Mittelbewilligung war mit der Auflage verbunden, die Vorschriften der VOB zu beachten. Dies ist durch die Kl. teilweise nicht geschehen, da sie sich bei Vergabe des Auftrag zum Ein-

bau der Heizungsanlage über selbige hinweg gesetzt und eine ortsansässige Firma gegenüber dem tatsächlich günstigsten Angebot bevorzugt hat. Insoweit liegt also ein Widerrufsgrund nach § 49 II 1 Nr. 2 VwVfG vor. Da die Regierung von Oberbayern die Bewilligung auch nur in diesem Umfang (i.H.v. 110.000 DM) widerrufen hat, deckt § 49 II 1 Nr. 2 VwVfG diesen Widerruf.

3. Frist

Über § 49 II 2 VwVfG ist die einjährige Rücknahmefrist des § 48 IV VwVfG auch für den Widerruf anwendbar. Fraglich ist, ob diese gewahrt ist.

a. Tatsachenkenntnis

Stellt man mit dem Gesetzeswortlaut auf die Kenntnis der den Widerruf begründenden Tatsachen ab (so z.B. HessVGH, NVwZ 1984, 382, 383), hätte die Frist bereits 1991 begonnen, als die Kl. der Regierung von Oberbayern den Verwendungsnachweis übermittelte. In diesem war u.a. die (VOB-widrige) Mittelverwendung für die Heizungsanlage enthalten. Die Tatsachen, welche einen Widerruf rechtfertigten, lagen der Regierung von Oberbayern also 1991 vor. Dass sie nicht erkannte, dass eine VOB-widrige Verwendung vorlag, also einem Rechtsirrtum unterlag, spielt keine Rolle, wenn man lediglich auf die Tatsachenkenntnis abstellt.

Dieser Ansicht folgend wäre die Widerrufsfrist eine Bearbeitungsfrist, innerhalb derer die Behörde die ihr bekannt gewordenen Tatsachen auszuwerten, rechtlich zu würdigen und eine Entscheidung zu treffen hätte. Sie wäre am 19.7.1996, dem tag der Bekanntagabe des Widerrufs, seit langem abgelaufen gewesen.

b. Rechts- und Tatsachenkenntnis

Das BVerwG geht demgegenüber in st. Rspr. davon aus, dass die Frist des § 48 IV VwVfG erst mit vollständiger Rechts- und Tatsachenkenntnis des zuständigen Sachbearbeiters beginnt. Danach ist die Frist des § 48 IV VwVfG keine Bearbeitungs-, sondern eine reine Entscheidungsfrist, die erst zu laufen beginnt, wenn die Bearbeitung vollständig abgeschlossen ist:

aa. Rechtskenntnis erforderlich

"Die Frist beginnt erst zu laufen, wenn die Behörde die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts erkannt hat und ihr die weiteren für die Rücknahmeentscheidung erheblichen Tatsachen vollständig bekannt sind (st. Rspr., vgl. BVerwGE 70, 356). Erkennt eine Behörde nachträglich, dass sie den beim Erlass eines begünstigenden Verwaltungsakts vollständig bekannten Sachverhalt unzureichend berücksichtigt oder unrichtig gewürdigt und deswegen rechtswidrig entschieden hat, beginnt die Jahresfrist nicht etwa bereits mit dem Erlass des Verwaltungsakts, sondern frühestens mit dem Zeitpunkt, in dem die Behörde die Rechtswidrigkeit ihrer Entscheidung erkannt hat."

(1). Wortlautargument: "Rechtfertigen"

"Nach § 48 IV 1 VwVfG muss die Behörde nämlich Kenntnis von Tatsachen erhalten, welche die Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsakts *rechtfertigen*. Zur Rechtfertigung der Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsakts gehört aber - neben weiteren Voraussetzungen - die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts, der zurückgenommen werden soll (vgl. BVerwGE 70, 356 ff.)."

(2). Sinn und Zweck

"Für diese Auslegung sprechen auch Sinn und Zweck des § 48 IV 1 VwVfG. Die Vorschrift unterwirft die zuständige Behörde einer Jahresfrist, weil der Behörde die Notwendigkeit einer Entscheidung über die Rücknahme bewusst und diese Entscheidung infolge vollständiger, Kenntnis des hierfür erheblichen Sachverhalts auch möglich geworden ist. Die Jahresfrist dient der im Interesse der Rechtssicherheit nötigen Klarstellung, ob ein rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakt zurückgenommen wird oder ob und von welchem Zeitpunkt an der jeweilige Einzelfall durch Nichtrücknahme des Verwaltungsakts endgültig abgeschlossen ist (vgl. BVerwGE 70, 356, 359 f.)."

(3). Gesetzesmaterialien

"Schließlich wird diese Auslegung durch die Gesetzesmaterialien bestätigt (vgl. BVerwGE 70, 356, 361 f.)."

(4). Widerlegung der Gegenansicht

"Die Auffassung, zur Auslösung der Jahresfrist genüge, dass die die Rücknahme bzw. den Widerruf des Verwaltungsakts rechtfertigenden Tatsachen aktenkundig - d. h. aus den Akten ersichtlich - seien, wird dem Charakter der Frist nicht gerecht, die der Behörde zur sachgerechten Entscheidung über die Rücknahme eingeräumt ist und deshalb nicht in Lauf gesetzt wird, bevor sich die Behörde der Notwendigkeit bewusst geworden ist, über die Rücknahme oder den Widerruf entscheiden zu müssen. Die Jahresfrist beginnt erst zu laufen, wenn diese Tatsachen vollständig, uneingeschränkt und zweifelsfrei ermittelt sind (vgl. BVerwGE 70, 356, 364 f.). Eine schuldhafte Unkenntnis der Behörde genügt nicht.

Zu Unrecht beruft sich der VGH auf das Urteil vom 22. 10. 1987 (BVerwG, NVwZ 1988, 349). Auch in dieser Entscheidung geht das BVerwG davon aus, dass die Jahresfrist frühestens zu laufen beginnt, wenn der Behörde ein Auflagenverstoß bekannt ist und sie erkannt hat, dass der Widerruf grundsätzlich gerechtfertigt ist. Als für den Fristbeginn unschädlich ist in dieser Entscheidung lediglich ein Rechtsirrtum bei Anwendung

der Widerrufsvorschrift - in dem entschiedenen Fall hinsichtlich des Umfangs der Widerrufsmöglichkeit - angesehen worden (BVerwG, NVwZ 1988, 349)."

bb. Zeitpunkt des Fristbeginns

(1). Bei durchgeführter Anhörung
"Zu den weiteren für die Rücknahmeentscheidung erheblichen Tatsachen im o.g. Sinne gehören insbesondere die für die Ermessensbetätigung wesentlichen Umstände (vgl. BVerwG, Buchholz 421.11 § 4 GFaG, S. 1, 5 f.). Diente eine Anhörung (§ 28 I VwVfG) des Betroffenen der Ermittlung weiterer entscheidungserheblicher Tatsachen, beginnt die Jahresfrist erst danach zu laufen (vgl. BVerwGE 70, 356, 364; NVwZ-RR 2001, 198).
Wird ein rechtmäßiger begünstigender Verwaltungsakt widerrufen, weil mit dem Verwaltungsakt eine Auflage verbunden ist und der Begünstigte diese nicht erfüllt hat (§ 49 II 1 Nr. 2 VwVfG), gilt die Fristbestimmung des § 48 IV 1 VwVfG entsprechend (§ 49 II 2 VwVfG). Dies bedeutet, die Jahresfrist beginnt nicht bereits dann, wenn die zuständige Behörde einen ihr vollständig bekannten Sachverhalt, aus dem sich ein Auflagenverstoß ergibt, unzureichend berücksichtigt oder unrichtig gewürdigt hat und deswegen den Auflagenverstoß nicht erkannt hat. Vielmehr beginnt die Frist erst, wenn die Behörde den Auflagenverstoß erkannt hat und ihr die weiteren für die Widerrufsentscheidung erheblichen Tatsachen vollständig bekannt sind."

(2). Maßgebliche Person für die Kenntnisnahme
"Die Behörde erhält die Kenntnis, wenn der nach der innerbehördlichen Geschäftsverteilung zur Rücknahme oder zum Widerruf des Verwaltungsakts berufene Amtswalter oder ein sonst innerbehördlich zur rechtlichen Prüfung des Verwaltungsakts berufener Amtswalter positive Kenntnis erlangt hat (vgl. BVerwGE 70, 356, 364). Ein einzelne Fachfragen begutachtender Mitarbeiter einer Behörde ist kein zur rechtlichen Prüfung berufener Amtswalter. Ebenso wenig stehen Mitarbeiter einer nachgeordneten Behörde, welche die für den Widerruf zuständige Behörde mit der Prüfung einzelner Fachfragen beauftragt hat, einem innerbehördlich zur rechtlichen Überprüfung berufenem Amtswalter gleich. Würde die Jahresfrist dadurch verkürzt oder beseitigt, dass der zuständigen Behörde die Kenntnisse anderer Behörden zugerechnet werden, würde das mit § 48 IV 1 VwVfG verfolgte Ziel, der zuständigen Behörde eine hinreichend lange Zeit für eine Prüfung und Entscheidung zu gewähren, verfehlt (vgl. BVerwGE 110, 226, 234)."

cc. Subsumtion
"Davon ausgehend gilt hier Folgendes: Die Jahresfrist begann erst zu laufen, als der zuständige Amtswalter der Regierung von Oberbayern den Auflagenverstoß positiv erkannt hatte und ihm die weiteren für den Widerruf erheblichen Tatsachen vollständig positiv bekannt waren. Auf die Kenntnis [der Behörde], die die Vergabeunterlagen der Kl. geprüft hatte, kommt es nicht an. Im Übrigen hatte [diese] keine positive Kenntnis von einem Verstoß gegen Bestimmungen der VOB und damit von einem Verstoß gegen eine Auflage. Vielmehr hatte [sie] festgestellt, die Bauleistungen seien "VOB-gemäß" vergeben worden. Der zuständige Amtswalter der [Regierung von Oberbayern] erhielt erst [...] im August 1995 Kenntnis von dem Auflagenverstoß. Die Jahresfrist des § 49 II 2 i. V. mit § 48 IV 1 VwVfG war schon deshalb bei Erlass des angefochtenen Bescheids im Juli 1996 nicht abgelaufen. Außerdem war die Anhörung (§ 28 I VwVfG) der Kl. zur Ermittlung zumindest der für die Ermessensbetätigung wesentlichen Umstände und damit zur Ermittlung weiterer entscheidungserheblicher Tatsachen erforderlich. Die Frist begann daher erst am 25. 3. 1996, mit dem Eingang der von der [Regierung von Oberbayern] bei der Kl. angeforderten Stellungnahme, [zu laufen]."

Mithin war auch die Widerrufsfrist gewahrt; der Tatbestand des § 49 II 1 Nr. 2 VwVfG ist somit insgesamt erfüllt.

II. Rechtsfolge
Auf Rechtsfolgenseite sieht § 49 VwVfG ein Ermessen der Behörde vor. Ermessensverstöße sind nach dem Sachverhalt jedoch nicht ersichtlich, so dass auch von einer ordnungsgemäßen Ermessensausübung auszugehen ist.

D. Ergebnis
Der Widerruf ist rechtmäßig.

Standort: Zivilrecht — Problem: Kein Maklerlohn bei Arglist

BGH, URTEIL VOM 14.12.2000
III ZR 3/00 (NJW 2001, 966)

Problemdarstellung:

In diesem Revisionsverfahren hatte der BGH zum Einfluss einer Kaufvertragswandlung wegen eines arglistig verschwiegenen Sachmangels auf den Maklerlohnanspruch gem. § 652 BGB Stellung zu nehmen. Grund-

sätzlich schließen nur solche Umstände den Maklerlohnanspruch aus, die einen wirksamen Abschluss des Hauptvertrages verhindern oder ihn als von Anfang an unwirksam erscheinen lassen (z.B. Formnichtigkeit, Sittenwidrigkeit, Anfechtung). Daher lässt eine spätere Wandlung des nachgewiesenen oder vermittelten Kaufvertrages den mit Abschluss des Kaufvertrages erworbenen Mäklerlohn unberührt ohne Rücksicht darauf, wann der Sachmangel vorlag. Eine Ausnahme ist für die Wandlung aber jedoch dann geboten, wenn - wie bei der arglistigen Täuschung (§ 123 BGB) - wegen desselben Mangels ein Anfechtungsrecht neben den Gewährleistungsrechten besteht und der Vollzug der Wandlung zugleich das aus derselben Fehlerquelle stammende Anfechtungsrecht realisiert. Die freie Wahl des Käufers zwischen Anfechtung und Sachmängelgewährleistung darf nicht zum willkürlichen Bestehen bzw. Nichtbestehen des Maklerlohnanspruchs führen.

Prüfungsrelevanz:

Maklerrecht gem. §§ 652 ff. BGB gehört vor allem im Assessorexamen zum beliebten Prüfungsstoff. Die Maklerprovision gem. § 652 I BGB ist ein Erfolgshonorar, folglich steht der Lohn dem Makler nur zu, wenn zwischen dem Auftraggeber und dem nachgewiesenen oder vermittelten Dritten der anvisierte Hauptvertrag tatsächlich wirksam zustande kommt. Die Gefahr des Nichtzustandekommens liegt damit beim Makler. Daher muss der Hauptvertrag wirksam abgeschlossen werden und darf auch nicht wegen einer im Vertragsschluss schon angelegte Unvollkommenheit nachträglich beseitigt werden (z.B. vertraglicher Rücktritt, Anfechtung). Sonstige Umstände, die zur nachträglichen Aufhebung des Vertrages führen, aber auf anderen Gründen beruhen (z.B. Aufhebungsvertrag, Kündigung), berühren den bereits entstandenen Maklerlohnanspruch nicht mehr.

Vertiefungshinweis:

BGH NJW 2000, 3067 = RA 2000, 710

OLG Hamburg NZM 2000, 148

OLG Frankfurt a.M., MDR 2000, 24

Kursprogramm:

Assessorprogramm: “Die Maklerprovision”

Assessorprogramm: “Der Makler”

Leitsatz:

Der Anspruch auf Zahlung des Maklerlohns entfällt, wenn die Wandelung des vom Makler nachgewiesenen oder vermittelten Kaufvertrags wegen eines arglistig verschwiegenen Sachmangels erfolgt, sofern infolge derselben Täuschung der Käufer auch zur Anfechtung des Kaufvertrags nach § 123 BGB berechtigt gewesen wäre.

Sachverhalt (der Redaktion):

Im August 1995 wendeten sich die Kl. an die Bekl. in ihrer Eigenschaft als Grundstücksmaklerin auf der Suche nach einem geeigneten Hausgrundstück im Bezirk N. Die Bekl. unterbreitete ihr mehrere Verkaufsangebote von Grundstücken in dieser Gegend. Die Kl. kauften am 6. 10. 1995 ein entsprechend gelegenes Hausgrundstück von V zum Preis von 185 000 DM unter Ausschluss sämtlicher Gewährleistungsrechte und zahlten dafür an die Bekl. eine Vermittlungsprovision von 6.382,50 DM. Mit der Behauptung, das erworbene Wohnhaus weise zahlreiche, von V in betrügerischer Absicht verdeckte Mängel auf, erhoben sie im Mai 1996 gegen diesen Wandelungsklage. Das LG gab der Klage rechtskräftig statt und führte zur Begründung aus, die Statik des Hauses sei dermaßen unzureichend, dass Einsturzgefahr bestehe. Diesen Mangel habe der bekl. V arglistig verschwiegen.

Im vorliegenden Rechtsstreit nehmen die Kl. die Bekl. auf Rückzahlung der Maklerprovision in Anspruch.

Lösung:

Anspruch auf Rückzahlung von 6.382,50 DM gem. § 812 I 2 1.Fall BGB

Die Kl. könnten gegen die Bekl. einen Anspruch auf Rückzahlung der entrichteten Maklercourtage in Höhe von 6.382,50 DM gem. § 812 I 2 1.Fall BGB haben.

A. Etwas erlangt

Zunächst müsste die Bekl. etwas i.S.d. § 812 I BGB erlangt haben. Unter einem “etwas” versteht man jeden vermögenswerten Vorteil, d.h. es muss zu einer Verbesserung der Vermögensstellung des Anspruchsgegners gekommen sein (Palandt/Thomas, 60. Aufl., § 812, Rdnr. 16). Die Bekl. hat Eigentum und Besitz an dem Geld i.H.v. 6.382,50 DM erhalten, so dass sich ihre Vermögenslage dementsprechend vermehrt hat. Folglich hat die Bekl. etwas erlangt.

B. Durch Leistung der Kl.

Des weiteren müsste der Erwerb des erlangten “etwas” auf einer Leistung der Kl. beruhen. Leistung i.S.d. Bereicherungsrechts ist jede auf bewusste und zweckgerichtete Vermögensmehrung gerichtete Zuwendung (BGHZ 40, 272 [277]; 58, 184 [188]; NJW 1999, 1393; Palandt/Thomas, a.a.O, Rdnr. 3; a.A. Lieb in: MünchKomm., 3. Aufl., § 812, Rdnr. 23 ff.) Der Erwerb der fraglichen 6.382,50 DM durch die Bekl. erfolgte aufgrund einer Zahlung der Kl., mit der dieselben ihrer Maklerlohnverpflichtung nachkommen wollten. Damit haben die Kl. bewusst und mit dem Zweck der Anspruchserfüllung das Vermögen der Bekl. vermehrt.

Eine Leistung der Kl. liegt infolgedessen vor.

C. Wegfall des Rechtsgrund

Schließlich müsste der Rechtsgrund für den Erwerb des geleisteten "etwas" nachträglich weggefallen sein. Voraussetzung eines jeden Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung ist das Fehlen eines die Vermögensverschiebung objektiv rechtfertigenden Grundes (BGH LM § 812 Nr. 33; Palandt/Thomas, a.a.O., Rdnr. 68; a.A.: Lieb, in: MünchKomm., § 812, Rdnr. 137: subjektive Zweckverfehlung). Bei einem wirksamen Verfügungsgeschäft fehlt ein Rechtsgrund für die Leistung, wenn das ihr zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft aus irgendeinem Grund nachträglich endgültig unwirksam wird. Der rechtfertigende Grund zum Erwerb der fraglichen Zahlung von 6.382,50 DM könnte jedoch in einem Maklerlohnanspruch der Bekl. gegenüber den Kl. gem. § 652 I BGB bestehen.

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

I. Abschluss eines wirksamen Maklervertrages

Zwischen den Parteien müsste zunächst ein wirksamer Maklervertrag abgeschlossen worden sein (§§ 145 ff. BGB). Im August 1995 wendeten sich die Kl. an die Bekl. in ihrer Eigenschaft als gewerbliche Maklerin, damit sie ihnen bei der Suche nach einem geeigneten Hausgrundstück zum Ankauf hilft. Dieser Bitte ist die Bekl. nachgekommen. Damit ist ausdrücklich ein Maklervertrag zwischen den Beteiligten zustande gekommen.

Gem. § 653 BGB ist für den Vertragsabschluss eine Abrede über die Maklervergütung als wesentlicher Vertragsbestandteil nicht erforderlich, vielmehr wird dann eine entsprechende Abrede durch das Gesetz fingiert.

II. Erbringung der Maklerleistung

Auf der Grundlage dieses Vertrages müsste die Bekl. ihre Maklerleistung gegenüber den Kl. erbracht haben. Ein Makler ist Nachweis- oder Vermittlungsmakler oder beides. Welche Art von Maklerleistung im Einzelfall geschuldet wird, ist ggf. durch Auslegung des Vertrages zu ermitteln. Im vorliegenden Fall sollte die Bekl. lediglich bei der Suche nach der Möglichkeit zum Abschluss eines Grundstückskaufvertrages behilflich sein. Damit ist sie als Nachweismaklerin beauftragt worden. Der Nachweis besteht darin, dass der Makler dem Auftraggeber eine bisher unbekannte Möglichkeit zum Vertragsabschluss nachweist (BGH NJW 1987, 1628; Palandt/Thomas, § 652 BGB, Rdnr. 11). Inhaltlich muss der Nachweis hinsichtlich der Person (Name und Anschrift) und des Objekts (insb. Lage) so hinreichend bestimmt sein, dass es dem Auftraggeber möglich ist, von sich aus die Vertragsverhandlungen aufzunehmen (BGH a.a.O.). Die Bekl. hat den Kl. mehrere Verkaufsangebote von Grundstücken in der gewünschten Gegend unterbreitet, u.a. jenes von V. Damit hat sie ihrer vertraglichen Nachweispflicht als Maklerin genüge getan.

III. Rechtsgültiges Zustandekommen des anvisierten Hauptvertrages

Gem. § 652 I BGB muss zur Entstehung des Maklerlohnanspruchs zwischen dem Maklerkunden und dem nachgewiesenen Dritten der anvisierte Hauptvertrag tatsächlich zustande gekommen sein. Die Kl. und V haben am 06.10.1995 einen entsprechenden Grundstückskaufvertrag abgeschlossen. Doch allein der Abschluss des anvisierten Hauptvertrages genügt nicht.

1. Wirksamkeit des Hauptvertrages

Da die Maklercourtage ein Erfolgshonorar ist, muss der vermittelte bzw. nachgewiesene Hauptvertrag auch wirksam abgeschlossen worden sein. Fraglich ist dabei, welche Unwirksamkeitsgründe gegenüber dem Hauptvertrag auch den Maklerlohnanspruch beeinflussen. Der BGH führt dazu aus:

"§ 652 I BGB macht das Entstehen eines Provisionsanspruchs des Maklers nur vom Zustandekommen des Hauptvertrags, nicht von dessen Ausführung abhängig. Demnach schließen Umstände, die einen wirksamen Abschluss des Hauptvertrags verhindern oder ihn als von Anfang an unwirksam erscheinen lassen (Formnichtigkeit, Gesetzwidrigkeit, Sittenwidrigkeit, anfängliche objektive Unmöglichkeit, Anfechtung wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung) eine Provisionspflicht aus. Dagegen lassen Umstände, die ohne eine im Vertragsschluss selbst liegende Unvollkommenheit lediglich die Leistungspflichten aus dem Vertrag beseitigen (wie nachträgliche Unmöglichkeit, Kündigung, Rücktritt oder einverständliche Vertragsaufhebung), den Provisionsanspruch regelmäßig unberührt (BGH, NJW-RR 1993, 248 [249]; Senat, NJW 1997, 1583 = VersR 1997, 1233; Roth, in: MünchKomm, 3. Aufl., § 652 Rdnr. 139 m. w. Nachw.).

Zu den zuletzt genannten, nur die Durchführung des nachgewiesenen oder vermittelten Geschäfts betreffenden Umständen rechnet die ganz herrschende Meinung auch eine Wandlung des Kaufvertrags ohne Rücksicht darauf, ob der Mangel der Kaufsache bereits bei Vertragsschluss vorgelegen hat oder erst nachträglich entstanden ist (OLG Hamburg, OLGE 39, 208 [209]; OLG Köln, MDR 1956, 294; OLG Oldenburg, RDM-Slg. A 137 Bl. 13; Erman/Werner, BGB, 10.Aufl., § 652 Rdnr. 40 a.E.; Palandt/Sprau, BGB, 59. Aufl., § 652 Rdnr 26; Dehner, in: RGRK 12. Aufl., § 652

Rdnr. 13; Soergel/Lorentz, BGB, 12. Aufl., § 652, Rdnr. 33; Kempen, Der Provisionsanspruch des Zivilmaklers bei fehlerhaftem Haupvertrag, 1984, S. 93 f.; i. E. teilw. abw. - bei ursprünglichen Sachmängeln könne die wirtschaftliche Gleichwertigkeit zwischen dem beabsichtigten und dem abgeschlossenen Hauptvertrag fehlen, Roth, in: MünchKomm, § 652 Rdnr. l50; Staudinger/Reuter, BGB, 13. Bearb., §§ 652, 653 Rdnr. l02)."

2. Problem: Wandlung anstelle von Anfechtung

Die Problematik in diesem Fall liegt darin, dass die Kl. zwar den Kaufvertrag gem. §§ 459 ff. BGB gewandelt haben, jedoch anstelle der Wandlung auch eine Anfechtung gem. §§ 123 I, 142 I BGB hätten vornehmen können. Hätten die Kl. wegen der arglistigen Täuschung durch V den Kaufvertrag angefochten, dann wäre damit auch unproblematisch der Maklerlohnanspruch zu Fall gebracht worden.

a. Ansicht in Rechtsprechung und Literatur

In Rechtsprechung und Literatur hat sich bis dato folgende Überlegung durchgesetzt:

"Etwas anderes *[Anm.: es ist die grundsätzliche Einflusslosigkeit der Wandlung auf den Maklerlohnanspruch gemeint]* soll nur dann gelten, wenn die Wandelung an die Stelle eines sonst bestehenden Anfechtungsrechts nach § 119 II BGB tritt, weil der Makler aus den auf die Verkäufer-Käufer-Beziehung zugeschnittenen Sonderregelungen über die Sachmängelgewährleistung in den §§ 459 ff. BGB, die in ihrem Anwendungsbereich einen Rückgriff auf die allgemeinen Vorschriften grundsätzlich ausschließen, keine Vorteile ziehen dürfe (OLG Braunschweig, NJW 1954, 1083; OLG Karlsruhe, RDM-Slg. A 137 Bl. 9; Erman/Werner, § 652 Rdnr. 40; Reichel, Die Mäklerprovision, 1913, S. 67 f.; Schwerdtner, MaklerR, 4. Aufl., Rdnr. 492; i. E. auch Staudinger/Reuter, §§ 651, 653 Rdnrn. 85 f., 103 - fehlende wirtschaftliche Gleichwertigkeit; a. A. Kempen, S. 65 ff., 94)."

b. Entscheidung des BGH

Der BGH, der diese Frage bisher nicht entscheiden musste, klärt den Rechtsstreit wie folgt:

"Der Senat muss diese Fragen ebenso wenig entscheiden wie dazu Stellung nehmen, inwieweit ein ursprünglicher Sachmangel die wirtschaftliche Identität der beiden Geschäfte entfallen lassen kann. Eine Irrtumsanfechtung greift schon deswegen nicht durch, weil der Kaufvertrag einen umfassenden Gewährleistungsausschluss enthält, der auch eine Anfechtung wegen Eigenschaftsirrtum umfasst (vgl. Westermann, in: MünchKomm., § 459 Rdnr. 85 m.w.Nachw.). Eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass spätere Einflüsse auf das rechtliche Schicksal des Hauptvertrages sich nicht auf die Maklerprovision auswirken, ist aber jedenfalls in den Fällen geboten, in denen - wie bei der arglistigen Täuschung (§ 123 BGB) - wegen desselben Mangels ein Anfechtungsrecht neben den kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften besteht und der Vollzug der Wandelung daher zugleich das aus derselben Fehlerquelle stammende, alternative Recht des Käufers, den Kaufvertrag ex tunc zu beseitigen realisiert (vgl. auch Staudinger/Reuter, §§ 652, 653 Rdnr. 87 zur Ausübung eines gesetzlichen Rücktrittsrechts statt der Anfechtung). Der Käufer hat bei einem solchen Sachverhalt - ohne Rücksicht auf den Gewährleistungsausschluss (§ 476 BGB) - die freie Wahl zwischen dem Verlangen nach einer Gewährleistung und der Anfechtung des Kaufvertrags (Westermann, in: MünchKomm, § 459 Rdnr. 86 m.w.Nachw.); wofür er sich entscheidet, wird weitgehend von den ihm im Einzelfall günstigsten Rechtsfolgen abhängen.

Aus der Sicht des Maklers ist diese Entscheidung rein zufällig. Es wäre willkürlich, hiervon das Bestehen seines Provisionsanspruchs abhängig zu machen. Für die Maklervergütung ist vielmehr allein maßgebend, dass der vermittelte oder nachgewiesene Vertrag wegen des Makels der Anfechtbarkeit von Anfang an an einer Unvollkommenheit leidet und daran wirtschaftlich auch scheitert, vergleichbar darin denjenigen Fallgestaltungen, in denen die Vertragsparteien den Hauptvertrag mit Rücksicht auf ein Anfechtungsrecht einverständlich wieder aufheben (s. hierzu OLG Köln, NJW-RR 1997, 693; OLG Celle, NZM 1998, 678 = NJW-RR 1999, 128; OLG Hamburg, NZM 1998, 824 = NJW-RR 1999, 351; Schwerdtner, Rdnr. 473; vgl. auch OLG Hamm, NJW-RR 1991, 249; Staudinger/Reuter, §§ 652, 653 Rdnr. 93). Eine solche Gleichbehandlung von Gewährleistung und Vertragsanfechtung setzt allerdings voraus, dass das Anfechtungsrecht noch bestand, der Käufer mithin seine Gewährleistungsrechte insbesondere noch innerhalb der einjährigen Anfechtungsfrist des § 124 I BGB geltend gemacht hat (vgl. Schwerdtner, Rdnr. 492)."

Der Kaufvertrag wurde zwischen den Kl. und V am 06.10.1995 abgeschlossen, im Mai 1996 wurde bereits die Wandlungsklage erhoben. Damit ist von den Kl. noch innerhalb der einjährigen Anfechtungsfrist von § 124 BGB das Gewährleistungsrecht geltend gemacht worden.

3. Ergebnis zu III

Infolge der Wandlung des nachgewiesenen Grundstückskaufvertrages fehlt es nachträglich an einem wirksamen Hauptvertrag für einen Maklerlohnanspruch der Bekl. gem. § 652 I BGB.

IV. Ergebnis zu C

Infolge des weggefallenen Maklerlohnanspruchs der

Bekl. gem. § 652 I BGB besteht kein Rechtsgrund mehr zum Behaltendürfen der empfangenen Geldzahlung in Höhe von 6.382,50 DM.

Endergebnis:
Die Kl. haben gegen die Bekl. einen Anspruch auf Rückzahlung von 6.382,50 DM gem. § 812 I 2 1. Fall BGB.

Standort: Strafrecht Problem: Diebstahl einer Scheckkarte und Computerbetrug

BGH, BESCHLUSS VOM 30.01.2001
1 STR 512/00 (NJW 2001,1508)

Problemdarstellung:
Der BGH hatte über die Strafbarkeit eines Angekl. zu entscheiden, der sich zunächst rechtswidrig eine Scheckkarte samt persönlicher Geheimzahl verschafft hatte, um dann unberechtigte Bargeldabhebungen an einem Geldautomaten vorzunehmen. Das LG hat den Angekl. wegen Diebstahls in zwei Fällen, wegen versuchten Diebstahls sowie wegen Computerbetrugs in 20 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und vier Monaten verurteilt, ihm die Fahrerlaubnis entzogen und mehrere Gegenstände eingezogen. Die dagegen gerichtete Revision des Angekl., die Verfahrensrügen und die Sachbeschwerde erhebt, hatte keinen Erfolg. Der BGH bestätigt die Verurteilung u.a. wegen Diebstahls und Computerbetrug und spricht aus, dass die Delikte im Verhältnis der Tatmehrheit stehen können, wenn sie sich gegen verschiedene Rechtsgutsträger richten.

Prüfungsrelevanz:
Die Problematik des Bankomatenmißbrauchs besitzt erhebliche Prüfungsrelevanz (vgl. zur Übersicht Meier, JuS 1992, 1017). Die zentrale Streitfrage ist dabei, ob das Verhalten des Täters als unbefugte Verwendung von Daten i.S. des § 263 a I 3.Variante StGB bewertet werden kann. Während die h.M. insoweit eine betrugsnahe Auslegung befürwortet und eine unbefugte Verwendung annimmt, wenn das Verhalten gegenüber einem gedachten Bankmitarbeiter eine Täuschung darstellen würde (sog. Täuschungsäquivalenz), geht eine a.M. davon aus, dass es auf die Willensrichtung des Vermögensinhabers bzw. des über den Datenverarbeitungsvorgang Verfügungsberechtigten ankommt (vgl. zum Streit Rengier, BT I, 14/9 ff.; Joecks, StGB, § 263 a, Rn.17 ff.). Danach kann in den Fällen des Handelns eines nichtberechtigten Karteninhabers, der die Karte durch verbotene Eigenmacht erlangt, nach beiden Ansichten unproblematisch von einem unbefugten Handeln ausgegangen werden (s. z.B. OLG Köln, NJW 1992, 125); im Übrigen ist auch innerhalb der h.M. umstritten, ob dies auch dann gelten kann, wenn eine absprachewidrige Verwendung der Karte vorliegt (s. dazu OLG Düsseldorf, NStZ-RR 1998, 137) oder der berechtigte Karteninhaber unter Überziehung seines Kreditlimits gehandelt hat (vgl. Rengier, aaO, Rn. 14; Schmitz, Jura 2001, 335).

Da der Angekl. im vorliegenden Fall die Schekkarte gestohlen hatte, musste sich der BGH lediglich mit der Frage befassen, wie sich der Computerbetrug zum vorangegangenen Diebstahl verhält.

Mit der - gegen die herrschende Ansicht in der Literatur (vgl. etwa Schönke/Schröder/Cramer, § 263 a, Rn. 41) - getroffene Feststellung, dass der Diebstahl einer Scheckkarte zu einem anschließendem Computerbetrug durch unbefugtes Abheben einer Bargeldauszahlung an einem Geldautomaten im Verhältnis der Tatmehrheit stehen kann, verstärkt sich die in letzter Zeit zu beobachtende Tendenz des BGH, sich in der Alternative zwischen echter Konkurrenz (§§ 52, 53 StGB) und Gesetzeseinheit aus Klarstellungsgründen für Tateinheit bzw. Tatmehrheit zu entscheiden (s. RA 1999, 30 ff.; RA 2000, 402 ff.).

Vertiefungshinweise:
Meier, JuS 1992, 1017
Hilgendorf, JuS 1997, 137
Hilgendorf, JuS 1999, 542 ff.
Otto, Jura 1993, 612 ff.

Kursprogramm:
Examenskurs: “Mißbrauch des Sparbuchs”

Leitsatz:
Der Diebstahl einer Scheckkarte kann zu einem Computerbetrug (durch unberechtigtes Bewirken einer Bargeldauszahlung an einem Geldautomaten) in Tatmehrheit stehen.

Sachverhalt:
Der Angekl. A entwendete einen Spindschlüssel des Thermariums in Bad S. und bearbeitete diesen, so dass er zu einem Spind im Thermarium passte, in dem er mitnehmenswerte Gegenstände vermutete. Mit dem Schlüssel öffnete er sodann den Spind und entnahm diesem die Scheckkarte des Badegasts; zugleich verschaffte er sich Kenntnis von der zugehörigen persönlichen Geheimzahl (PIN), die der Karteninhaber auf einer Visitenkarte als Telefonnummer “getarnt” vermerkt hatte.

Mit dieser Scheckkarte und der "enttarnten" Geheimzahl tätigte der Angekl. in der Folge an einem Geldautomaten einige Abhebungen. Strafbarkeit des A?

Lösung:

1. Teil: Die Erlangung der Scheckkarte

A. Strafbarkeit des A wegen Diebstahls gem. §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 2 StGB

I. Tatbestand

1. Fremde bewegliche Sache
Bei der Scheckkarte handelte es sich um eine für A fremde und bewegliche Sache.

2. Wegnahme
Als er dem Spind die Karte entnahm, hat er den Gewahrsam des Badegastes ohne dessen Willen aufgehoben und neuen eigenen Gewahrsam begründet, mithin die Sache weggenommen.

3. Vorsatz
A handelte hinsichtlich der Wegnahme der Scheckkarte auch vorsätzlich. Dem steht nicht entgegen, dass sich sein Vorsatz zunächst auf "mitnehmenswerte Gegenstände" bezog

4. Zueignungsabsicht
Der Angeklagte hatte auch die Absicht, die Sache selbst unter dauerndem Ausschluss des Eigentümers (Enteignung) seinem eigenen Vermögen wenigstens vorübergehend einzuverleiben (Aneignung). Die angestrebte Zueignung widersprach auch der materiellen Eigentumsordnung, was A auch wusste.

[Anm.: Da der A nicht geplant hatte, die Scheckkarte wieder an der ursprünglichen Berechtigten zurück gelangen zu lassen, lässt sich die Zueignunsgabsicht im vorliegenden Fall unproblematisch bejahen. Will der Täter die Karte dagegen nach Benutzung dem Berechtigten zurückbringen, stellt sich die Frage, ob er insoweit mit Enteignungsvorsatz handelt. Die h.M. (Vereinigungstheorie mit engem Sachwertbegriff) geht davon aus, dass die Kennkarte lediglich als Automatenschlüssel zu behandeln ist und somit - anders als ein Sparbuch - nicht den Wert des Kontoguthabens unmittelbar verkörpert (vgl. etwa Krey, BT 2, Rn. 513 e m.N.).]

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

III. Strafzumessung: Besonders schwerer Fall gem. § 243 I 2 Nr. 2 StGB
Im Rahmen der Strafzumessung könnte zu berücksichtigen sein, dass ein besonders schwerer Fall gem. § 243 I 2 Nr. 2 StGB vorliegt.

1. Regelbeispiel des § 243 I 2 Nr. 2 StGB
Bei dem Spind handelt es sich um verschlossenes Behältnis, das den Inhalt gegen Wegnahme besonders sichert. Indem er einen für einen anderen Spind bestimmten Schlüssel manipulierte, hat A die besondere Gewahrsamssicherung auch unbefugt überwunden, so dass die objektiven Voraussetzungen des Regelbeispiels vorliegen. A handelte auch mit dem erforderlichen vorsatzähnlichen Bewusstsein.

2. Ausschluss der Regelwirkung gem. § 243 II StGB
Die Regelwirkung wäre jedoch gem. § 243 II StGB ausgeschlossen, wenn sich die Tat auf eine geringwertige Sache bezieht. Fraglich ist allerdings, ob die Vorschrift auf Gegenstände, die, wie z.B. eine Scheckkarte, keinen meßbaren Verkehrswert besitzen, überhaupt Anwendung finden kann (vgl. Tröndle/Fischer, § 243, Rn. 41; Schönke/Schröder/Eser, § 243, Rn. 51). Die Frage kann jedoch dahinstehen, da A mit dem Vorsatz handelte, alle mitnehmenswerten Gegenstände zu entwenden und die Tat sich somit nicht auf eine geringwertige Sache bezieht (vgl. dazu Lackner/Kühl, § 243, Rn. 4 ff.).

IV. Antragserfordernis gem. § 248 a StGB
Gem. § 248 a StGB ist bei einem Diebstahl von objektiv geringwertigen Sachen ein Strafantrag erforderlich. Auch insoweit ist fraglich, ob es sich bei einer Scheckkarte um eine objektiv geringwertige Sache handelt (s. Schönke/Schröder/Eser, § 248 a, Rn. 7 m.w.N.). Allerdings wird die Tat lediglich "in den Fällen der §§ 242 und 246 nur auf Antrag verfolgt", so dass § 248 a StGB im Falle eines besonders schweren Diebstahls nach § 243 StGB nicht zur Anwendung gelangt (Lackner/Kühl, § 248 a, Rn. 4). Ein Antrag ist daher entbehrlich.

V. Ergebnis
A hat sich wegen eines Diebstahls in besonders schweren Fall gem. §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1 StGB strafbar gemacht.

B. Mitverwirklichte Begleittaten
Die mitverwirklichte Unterschlagung (§ 246 I StGB) tritt im Wege der formellen Subsidiarität zurück. Das gleiche gilt hinsichtlich des Schlüsseldiebstahls (mitbestrafte Vortat).
Durch das Entwenden der Scheckkarte hat sich A auch der Urkundenunterdrückung gem. § 274 I Nr. 1 StGB schuldig gemacht. Diese tritt jedoch ebenfalls hinter § 242 I StGB zurück (vgl. Schönke/Schröder/Cramer, §

274, Rn. 20 m.w.N.).
Hinsichtlich der auf der Scheckkarte gespeicherten Daten könnte er sich gem. §§ 274 I Nr. 2, 303 a I StGB strafbar gemacht haben. Fraglich ist, ob sein Verhalten den tatbestandlichen Anforderungen der genannten Delikte genügt (vgl. Hilgendrof, JuS 1997, 133 m.w.N.). Diese Frage kann jedoch dahinstehen, da § 242 I StGB auch die Tatbestände der Unterdrückung beweiserheblicher Daten und der Datenveränderung jedenfalls im Wege der Gesetzeskonkurrenz verdrängt (vgl. Lackner/Kühl, StGB, § 274, Rn. 2, 8; Schönke/Schröder/Cramer, § 274, Rn. 20 jeweils m.w.N.). Das wird man auch im Verhältnis zu dem möglicherweise ebenfalls verwirklichten Tatbestand des Ausspähens von Daten (§ 202 a I StGB) anzunehmen haben (sehr streitig; vgl. Schönke/Schröder/Lenckner, § 202 a, Rn. 13; Hilgendorf, JuS 1996, 704).

2. Teil: Das Abheben des Geldes

A. Strafbarkeit des A wegen Betrugs gem. § 263 I StGB zum Nachteil der Bank
Eine Strafbarkeit scheitert daran, dass A mit dem Abheben keine natürliche Person getäuscht hat und somit auch keine irrtumsbedingte Verfügung vorliegt.

B. Strafbarkeit des A wegen des Missbrauchs von Scheckkarten gem. § 266 b StGB
Eine Strafbarkeit des A gem. § 266 b StGB scheidet ebenfalls aus, da ihm nicht durch Überlassung einer Scheckkarte die Möglichkeit eingeräumt worden ist, den Aussteller zu einer Zahlung zu veranlassen. Als nichtberechtigter Karteninhaber kann er das echte Sonderdelikt des § 266 b StGB mithin nicht verwirklichen.

C. Strafbarkeit des A wegen Computerbetrugs gem. § 263 a I, 3. Variante StGB zum Nachteil der Bank

I. Tatbestand

1. Tathandlung i. S. der 3. Variante: Unbefugte Verwendung von Daten
Die auf dem Magnetstreifen gespeicherten Informationen sind Daten i.S. des § 263 a I StGB (zum Unterschied zu § 202 a StGB s. LK-Tiedemann, § 263 a, Rn. 19 ff.). Indem A die Daten in den Verarbeitungsvorgang im Geldautomaten einführte, hat er sie auch verwendet. Dies geschah auch unbefugt, da der Einsatz der Daten gegenüber einem Menschen eine konkludente Täuschung über die Bererchtigung darstellen würde und das Verhalten somit die erforderliche Täuschungsäquivalenz besitzt (sog. betrugsnahe Auslegung; s. Hilgendorf, JuS 1997, 131 ff.).

2. Beeinflussung des Ergebnisses eines Datenverarbeitungsvorgangs
Durch das Eingeben der Daten hat A auch das Ergebnis eines Datenverarbeitungsvorgangs beeinflusst. Der Ergebnisbeeinflussung steht nicht entgegen, dass der konkrete Vorgang erst durch das Verhalten des A in Gang gesetzt wird (h.M.; vgl. Schönke / Schröder/Cramer, § 263 a, Rn. 10 m.w.N.). Denn der Bankomat als solcher ist bereits in Gang gesetzt. Zudem wirkt gerade derjenige auf den Ablauf besonders ein, der den konkreten Vorgang in Gang setzt.

3. Vermögensschaden
Fraglich ist, wer durch das Abheben des Geldes in seinem Vermögen geschädigt ist. Dazu führt der BGH aus:" Begeht der Täter mit der entwendeten Scheckkarte einen Computerbetrug, greift er hingegen unmittelbar das Vermögen des betroffenen Geldinstituts an. Das durch den Geldautomaten ausgezahlte Bargeld wird aus dem Vermögen des Geldinstituts ausgefolgt (vgl. BGHSt 38, 120 [122 f.]). Geschieht die Auszahlung durch den Geldautomaten eines so genannten fremden Geldinstituts, wird sie dem kartenausgebenden Institut zugerechnet (vgl. Gößmann, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, BankR Hdb. Bd. I, § 54 Rdnr. 15). Grundsätzlich hat die Bank gegenüber dem Kontoinhaber, auf dessen Konto ohne seinen Auftrag oder sonstigen Rechtsgrund Belastungsbuchungen vorgenommen werden, keinen Aufwendungsersatzanspruch nach den §§ 670, 675 I BGB; denn die Auszahlung ist nicht auf Grund wirksamer Weisung des Berechtigten (i. S. des § 665 BGB), sondern durch das Handeln eines Unbefugten erfolgt (vgl. dazu BGH, NJW 2001, 286; BGHZ 121, 98 [106]). Der Kontoinhaber hat Anspruch auf Rückbuchung. Dieser Rückbuchung kommt indes lediglich rechtsbestätigende (deklaratorische) Bedeutung zu (BGHZ 121, 98 [106]). Ob die Bank ihrerseits einen Ersatzanspruch gegen den Kontoinhaber wegen einer etwaigen Pflichtverletzung bei der Aufbewahrung von Scheckkarte und schriftlich niedergelegter persönlicher Geheimzahl hat, ist eine Frage des Einzelfalls, namentlich auch der regelmäßig in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorgenommenen Risikoverteilung zwischen Kunde und Bank. Das hat aber keinen Einfluss darauf, dass der Vermögensschaden zunächst unmittelbar bei der kontoführenden Bank eintritt. Dies gilt auch dann, wenn die den Geldautomaten betreibende Bank nicht das kartenausgebende Institut ist. Denn die automatenbetreibende (sog. fremde) Bank tritt nur als Erfüllungsgehilfe des kartenausgebenden Instituts auf; die Auszahlung ist - wie erwähnt - der kartenausgebenden Bank zuzurechnen (vgl. Gößmann, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, § 54 Rdnrn. 15 f.). Die im Rahmen eines Online-Verbunds autorisierten institutsübergreifenden Verfügungen am Geldautomaten werden unverzüglich und beleglos beim kartenausgebenden Institut

per Lastschrift eingezogen.
Rückgabe der Lastschrift etwa wegen Widerspruchs, fehlender Deckung oder aus anderen Gründen ist nicht möglich und unter den beteiligten Instituten abbedungen (Vereinbarung über das deutsche ec-Geldautomatensystem vom 1. 1. 1995, Anlage 2, Richtlinien, Nr. 8).
Der unmittelbar bei der Bank eingetretene Vermögensschaden wird durch einen etwaigen Schadensersatzanspruch der Bank gegen den Karten- und Kontoinhaber nicht in rechtserheblicher Weise kompensiert und so - gleichsam mit seiner Entstehung - auf den Kontoinhaber verlagert. Für den Tatbestand des Betrugs (§ 263 I StGB) ist anerkannt, dass in eine solche saldierende Betrachtung nur Vermögensbewegungen einzubeziehen sind, welche unmittelbar durch die in Rede stehende Vermögensverfügung herbeigeführt werden. Das gilt entsprechend auch für den Fall der unbefugten Einwirkung auf einen Datenverarbeitungsvorgang (§ 263 a StGB). Ein Schadensersatzanspruch ist unter den hier gegebenen Umständen regelmäßig eine unsichere Rechtsposition, die den Vermögensverlust durch die Auszahlung nicht sogleich vollends auszugleichen geeignet wäre (vgl. zum Maßstab für eine Schadenskompensation BGH, StV 1995, 254). Deshalb kommt es für den vorliegenden Fall nicht darauf an, ob solche Ansprüche der Banken entstanden sind oder nicht."

4. Vorsatz und Bereicherungsabsicht
A handelte auch vorsätzlich und mit der Absicht, sich einen unmittelbaren und rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen.

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

III. Ergebnis
A hat sich wegen Computerbetrugs gem. § 263 a I, 3. Variante StGB strafbar gemacht.

D. Strafbarkeit des A wegen Diebstahls, Unterschlagung und Erschleichen von Leistungen eines Automaten gem. §§ 242 I, 246 I, 265 a I StGB
Es kann dahinstehen, ob auch ein Diebstahl und eine Unterschlagung hinsichtlich des entwendeten Bargelds vorliegen, da § 263 a StGB als Sondervorschrift vorgeht. § 265 a StGB würde ohnehin aufgrund der gesetzlich angeordneten Subsidiarität zurücktreten.

[Anm.: Eine solche kurze Feststellung wäre wohl auch im Rahmen einer Examensklausur zulässig (so z.B. Krey, BT 2, Rn. 513d; Tiedemann/Waßmer, Jura 2000, 536). Zur Vertiefung sollte man sich die bestehenden Streitfragen zur Tatbestandsmäßigkeit jedoch ansehen, etwa bei Krey, aaO; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn. 168 ff. und Küper, BT, 3. Aufl., S. 39).]

3. Teil: Konkurrenzen und Ergebnis

A. Konkurrenz
Zum Konkurrenzverhältnis zwischen dem vollendeten Diebstahl der Scheckkarte und der mit dieser begangenen Tat des Computerbetrugs führt der BGH aus:
"Die Annahme des LG, zwischen den Diebstählen und den sodann mit den dabei entwendeten Scheckkarten begangenen Taten des Computerbetrugs bestehe Tatmehrheit, hält rechtlicher Nachprüfung stand.

I. Keine Gesetzeseinheit
Der Tatbestand des Computerbetrugs (§ 263 a StGB) steht zu demjenigen des voraufgegangenen Diebstahls (§ 242 StGB) der jeweils unberechtigt eingesetzten Scheckkarte nicht etwa in Gesetzeskonkurrenz. Zwar soll nach einer in der Literatur verbreiteten Auffassung der Diebstahl der Scheckkarte als "mitbestrafte Nachtat" hinter dem anschließend damit begangenen Computerbetrug zurücktreten (Cramer, in: Schönke/Schröder, StGB, 25. Aufl., § 263 a Rdnrn. 16, 41; Günther, in: SK-StGB, § 263 a Rdnr. 32; Kühl, StrafR AT, 3. Aufl., § 21 Rdnr. 67; ebenso für den Fall, dass der Kontoinhaber berechtigter Karteneigentümer ist: Tiedemann, in: LK-StGB, 11. Aufl., § 263 a Rdnr. 84).
Der Senat tritt dieser Ansicht indessen nicht bei. Der Unwertgehalt der Taten des Angekl. würde allein durch eine Verurteilung wegen Computerbetrugs nur unvollkommen erfasst. Durch beide Taten verwirklicht der Täter vielmehr eigenwertiges, selbstständiges Unrecht. Der Diebstahl dient zwar nach seinem Tatplan dem Ziel, die Voraussetzungen für die Begehung eines Computerbetrugs zu schaffen. Gleichwohl erweist sich der Diebstahl der Scheckkarte aber nicht nur als Durchgangsstufe zur Begehung des Computerbetrugs. Richtig ist, dass mit dem Diebstahl der Scheckkarte und der Erlangung der Kenntnis von der persönlichen Geheimzahl im Blick auf die Möglichkeit der unbefugten Nutzung bereits eine Vermögensgefährdung eintreten kann, die durch den Gebrauch der gestohlenen Scheckkarte am Geldautomaten weiter konkretisiert und zum Schadenseintritt vertieft wird (vgl. BGH, NStZ 1993, 283, zum Kreditkartenmissbrauch). Das ändert jedoch nichts daran, dass beide Delikte sich zunächst gegen verschiedene Rechtsgüter und Rechtsgutsträger richten: [Mit dem Computerbetrug wird - wie gesehen - unmittelbar in das Vermögen des betroffenen Geldinstituts eingegriffen.].
Mit dem Diebstahl der Scheckkarte verletzt der Täter das Eigentum ihres Inhabers, wenn es diesem im Einzelfall übertragen ist. Er bricht zugleich dessen Gewahrsam, hier zumal unter den Voraussetzungen des besonders schweren Falls des Diebstahls wegen des Überwindens von Schutzvorrichtungen. Auch der bloße Gewahrsamsinhaber ist aber Verletzter i. S. des Diebs-

tahlstatbestands (BGHSt 10, 400 [401]). Mit dem Gewahrsamsbruch und der Zueignung der Scheckkarte durch den Täter tritt indes noch kein Vermögensschaden ein, weil die Scheckkarte den wirtschaftlichen Wert, auf den mit ihrer Nutzung zugegriffen werden kann, nicht selbst verkörpert; sie "verbrieft" keine Forderung. Insoweit verhält es sich anders als etwa bei einem Sparkassenbuch (vgl. BGHSt 35, 152 [156 f.]; vgl. zum Diebstahl eines Sparkassenbuchs mit anschließender Abhebung als "mitbestrafter Nachtat": BGH, StV 1992,272).

Da die Taten sich nach allem gegen verschiedene Rechtsgüter unterschiedlicher Rechtsgutträger richten, würde eine Verurteilung nur unter dem einen rechtlichen Gesichtspunkt des Computerbetrugs den Unwert des Gesamtgeschehens nicht abgelten (so i. E. auch Weber, JZ 1987, 215 [217]; vgl. weiter Ranft, JuS 1997, 19 [23]). Schließlich kann auch keine Rede davon sein, dass der Computerbetrug regelmäßig und typischerweise im Zusammenhang mit dem Scheckkartendiebstahl geschähe. Das verdeutlicht schon der Blick auf die bei solchen Delikten ebenfalls nicht seltene Vorgehensweise der Fälschung einer Scheckkarte (vgl. den BGHSt 38, 1203 zu Grunde liegenden Fall). Eine das Unrecht des Diebstahls konsumierende Wirkung der Verurteilung wegen Computerbetrugs kommt also auch unter diesem Aspekt nicht in Betracht (vgl. zu den Anforderungen bei sog. mitabgegoltener Begleittat auch Rissing-van Saan, in: LK-StGB, 11. Aufl., Vorb. §§ 52 ff. Rdnrn. 116-131). Daraus erhellt, dass in beiden Taten eigengeartetes Unrecht gründet. Gerade das ausgeklügelte Vorgehen des Angekl. verdeutlicht, dass beiden Schritten seines Handelns in besonderer Weise unrechtsprägender Charakter zukommt. Um der erschöpfenden Bestimmung seiner Schuld willen muss das auch im Schuldspruch Ausdruck finden [...].

II. Keine Handlungseinheit

Auch sonst begegnet die Annahme von Tatmehrheit hier keinen rechtlichen Bedenken. Die Ausführungshandlungen der Taten überschneiden sich in objektiver Hinsicht nicht. Zwischen den Tatorten der Diebstähle und der anschließenden Fälle des Computerbetrugs lagen zum Teil große Entfernungen. Dass der Diebstahl der Scheckkarte jeweils die Voraussetzung für die Begehung des Computerbetrugs war und der Angekl. schon bei dem Stehlen der Karten ein einheitliches Ziel verfolgte, ändert an der Beurteilung nichts. Ein einheitlicher Tatplan begründet für sich gesehen keine Tateinheit (vgl. dazu Stree, in: Schönke/Schröder, StGB, 25. Aufl., § 52 Rdnr. 6 m. Rspr.-Nachw.).” A hat sich also zusammenfassend wegen Diebstahls in besonders schweren Fall in Tatmehrheit mit Computerbetrug strafbar gemacht.