Öffentliches Recht

Standort: Baurecht Problem: Ersetzung des Einvernehmens der Gemeinde

VGH MÜNCHEN, BESCHLUSS VOM 27.10.2000
1 ZS/CS 00.2727 (NVWZ-RR 2001, 364)

Problemdarstellung:

Wegen der von Art. 28 II GG gewährleisteten kommunalen Selbstverwaltungsautonomie, zu der auch die Planungshoheit gehört, kann - wenn die Gemeinde nach Landesrecht nicht selbst für die Erteilung der Baugenehmigung zuständig ist (z.B. in den Fällen des §§ 62, 60 I Nr. 3b BauO NW) - eine Baugenehmigung von der zuständigen Bauaufsichtsbehörde nach § 36 I BauGB nur im Einvernehmen mit der Gemeinde erteilt werden. Versagt die Gemeinde ihr Einvernehmen nicht innerhalb von zwei Monaten nach Eingang der entsprechenden Anfrage, wird die Erteilung von § 36 II 2 BauGB fingiert. Verweigert sie das Einvernehmen, kann selbiges nach § 36 III 3 BauGB von der Baugenehmigungsbehörde ersetzt werden.

Im vorliegenden Fall hatte die Gemeinde ihr Einvernehmen nicht rechtzeitig verweigert, so dass die Fiktion des § 36 II 2 BauGB eingriff; die Baugenehmigungsbehörde erkannte dies jedoch nicht, ersetzte auf die verspätete Verweigerung des Einvernehmens hin dieses nach § 36 III 2 BauGB und erteilte dem Bauherrn die begehrte Baugenehmigung. Die Gemeinde wendete sich nun mit Widersprüchen und Anträgen nach § 80a VwGO sowohl gegen die Ersetzung des Einvernehmens als auch gegen die Erteilung der Baugenehmigung.

Der VGH München, welcher in letzter Instanz über die Anträge nach § 80a VwGO zu befinden hatte, hält diese für unzulässig. Gegen die Ersetzung des Einvernehmens fehle dem Antrag das Rechtschutzinteresse, weil selbst bei deren Aufhebung im Widerspruchsverfahren immer noch die gesetzliche Fiktion des § 36 II 2 BauGB verbliebe, Widerspruch und Antrag nach § 80a VwGO also nichts bringen würden. Gegen die Baugenehmigung fehle die Antragsbefugnis, da die Ersetzung bzw. Fiktion des Einvernehmens materielle Einwendungen (im Fall: Bauplanungsrecht nach § 35 BauGB) gegen die Baugenehmigung ausschließe. Die Gemeinde könne nach ungewollter Fiktion bzw. Ersetzung ihres Einvernehmens allenfalls noch eine Veränderungssperre nach § 14 I BauGB erlassen; sei die Baugenehmigung aber - so im Fall - zuvor bereits erlassen worden, helfe ihr wegen § 14 III BauGB auch dies nichts mehr.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung vereinigt Probleme des Verwaltungsprozessrechts (Prüfung von § 80a VwGO) mit solchen des Baurechts. Zur Kenntnis genommen werden sollte, dass für das Rechtsschutzinteresse eines jeden Rechtsbehelfs nicht nur Voraussetzung ist, dass es keine bessere, einfachere, effektivere und schnellere Möglichkeit gibt, den angestrebten Erfolg zu erzielen, sondern auch, dass selbiger überhaupt noch eintreten kann. Eine Verbesserung nur auf dem Papier genügt nicht.

Über den baurechtlichen Aspekt hinaus lässt sich § 36 BauGB auch in Probleme des allgemeinen Verwaltungsrechts einbinden; insbes. gehört die hier ebenfalls erörterte Frage, ob Erteilung bzw. Ersetzung des Einvernehmens nach § 36 BauGB VA-Qualität besitzen (ersteres ist mit dem VGH zu verneinen, letzteres zu bejahen), zu den "Klassikern" im Bereich des § 35 VwVfG.

Vertiefungshinweise:

- Zur Prüfung von § 80a VwGO: *Brühl*, JuS 1995, 627 ff.
- Zur VA-Qualität der Erteilung bzw. Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens: *BVerwGE* 28, 145; *BGHZ* 65, 182, 185
- Rechtsschtz einer Gemeinde gegen ohne Einvernehmen erteilte Baugenehmigung: *BVerwG*, NVwZ 1986, 556; BauR 1988, 694

Kursprogramm:

- *Examenskurs*: "Die Eissporthalle"

Leitsätze:

1. Die Versagung des Einvernehmens zu einem Bauvorhaben ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung der Gemeinde, die erst wirksam wird, wenn sie der Bauaufsichtsbehörde zugeht. Die Gemeinde hat im Zweifel den Zugang der nicht formgebundenen Erklärung zu beweisen.

2. Wird die Versagungsfrist des § 36 II 2 BauGB versäumt, ist eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht gegeben.

Sachverhalt:

Die Ag. erteilte dem Beigel. eine Baugenehmigung zur

Nutzungsänderung einer Berufsimkerei zum Betriebsleiterhaus für einen Pensionspferdehaltungsbetrieb und zum Neubau eines Pferdestalles, nachdem sie das Einvernehmen der ASt., einer Gemeinde, gem. § 36 II BauGB ersetzt hatte. Die ASt. wendete sich mit Widersprüchen sowohl gegen die Ersetzung ihres Einvernehmens durch den Ag. als auch gegen die dem Beigel. erteilte Baugenehmigung selbst. Ihr Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Widersprüche hatte bei VG und VGH keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Beschwerde hat keinen Erfolg, denn das VG hat den Antrag der Ast., die aufschiebende Wirkung ihres Widerspruchs gegen die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens und gegen die dem Beigel. erteilte Baugenehmigung zur Nutzungsänderung einer Berufsimkerei zum Betriebsleiterhaus für einen Pensionspferdehaltungsbetrieb und zum Neubau eines Pferdestalles anzuordnen, zu Recht abgelehnt hat.

A. Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen die Ersetzung des Einvernehmens

Der Antrag, die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen den kraft Gesetzes sofort vollziehbaren Bescheid vom 10. 6. 1999 anzuordnen, ist unzulässig. Dies folgt daraus, dass schon der Widerspruch gegen diesen Bescheid unzulässig ist.

I. Statthaftigkeit des Antrags

Der Antrag, die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen die Ersetzung des Einvernehmens anzuordnen (§ 80a III 1 i. V. mit I Nr. 2 VwGO) ist zwar statthaft, denn diese Maßnahme ist ein Verwaltungsakt, der kraft Gesetzes sofort vollziehbar ist und gegen den fristgerecht Widerspruch erhoben worden ist.

1. VA-Qualität der Ersetzung des Einvernehmens

Die Ersetzung ihres Einvernehmens ist gegenüber der Ast. ein Verwaltungsakt, denn sie stellt eine der Bestandskraft fähige hoheitliche Regelung des Staates gegenüber der Gemeinde dar, die der Sache nach verbindlich feststellt, dass die Gemeinde verpflichtet ist, eine Zustimmungserklärung abzugeben, und die gleichzeitig diese Verpflichtung ersatzweise erfüllt. Daran ändert nichts, dass die Versagung oder Erteilung des Einvernehmens kein Verwaltungsakt ist (BVerwG, NJW 1968, 905, 906), sondern eine bloße verwaltungsinterne Willenserklärung einer Behörde gegenüber einer anderen Behörde im Baugenehmigungsverfahren. Die Rechtsnatur der Ersatzvornahme folgt nämlich nicht der Rechtsnatur des ersatzweise Vorgenommenen (vgl. BVerwG, DVBl 1972, 828, 829 zu einer Satzungsänderung im Wege der Ersatzvornahme).

2. Keine aufschiebende Wirkung des Widerspruchs

Die Ersetzung des Einvernehmens ist kraft Gesetzes sofort vollziehbar. Der Ausschluss der aufschiebenden Wirkung des Art. 74 III 2 BayBauO erfasst von seiner Zweckbestimmung her nicht nur die Fälle, in denen die Genehmigung gem. Satz 1 der Vorschrift zugleich als Ersatzvornahme gilt, sondern auch die Fälle, in denen das Einvernehmen ausdrücklich ersetzt worden ist [...].

II. Rechtsschutzinteresse

Der somit statthafte Antrag ist wie der Widerspruch gegen die Ersetzung des Einvernehmens dennoch unzulässig, weil der Ast. die Aufhebung dieser Regelung nichts nützt. Die Ersetzung des Einvernehmens durch den Bescheid vom 10. 6. 1999 geht nämlich ins Leere, weil das Einvernehmen seit 27. 8. 1998 kraft gesetzlicher Fiktion als erteilt gilt.

1. Eintritt der Fiktionswirkung des § 36 II 2 BauGB durch Fristablauf

Die Fiktionswirkung des § 36 II 2 BauGB ist eingetreten weil die Ast. ihr Einvernehmen nicht rechtzeitig versagt hat. Die Versagung des Einvernehmens ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die entsprechend § 130 III i.V. mit § 130 I 1 BGB erst wirksam wird, wenn sie der Bauaufsichtsbehörde zugeht (Roeser, in: Schlichter/Stich, BauGB, 2. Aufl., § 36 Rdnr. 29; Schmaltz, in: Schrödter, BauGB, 6. Aufl., § 36 Rdnr. 17). Dies ergibt sich daraus, dass sie eine Maßnahme ist, mit welcher sich die Gemeinde an dem von der Bauaufsichtsbehörde durchzuführenden Baugenehmigungsverfahren beteiligt. Die Beteiligung setzt aber eine Äußerung voraus, die der anderen Behörde zugeht; interne Maßnahmen der Gemeinde erfüllen diese Voraussetzung nicht.

a. Keine rechtzeitige Mitteilung

Die Versagungsfrist des § 36 II 2 BauGB ist am 26. 8. 1998 abgelaufen, denn der Beigel. hat den Bauantrag am 26. 6. 1998 gem. Art. 67 I 1 BayBauO bei der Ast. eingereicht. Deren Gemeinderat hat zwar am 29. 7. 1998, also noch innerhalb der Versagungsfrist, beschlossen, das Einvernehmen zu verweigern. Das hat die Ast. jedoch erst mit Schreiben vom 18. 11. 1998, beim Landratsamt eingegangen am folgenden Tag, mitgeteilt. Zu diesem Zeitpunkt war die Versagungsfrist aber bereits abgelaufen und die Fiktionswirkung eingetreten.

b. Beweislast bei der Gemeinde

Etwas anderes ergibt sich nicht daraus, dass der Erste Bürgermeister der Ast. am 29. 2. 2000 eidesstattlich versichert hat, dass er bereits am 30. 7. 1998, also noch vor Ablauf der Versagungsfrist, persönlich das Formblatt über die Versagung des Einvernehmens per Tele-

fax an das Landratsamt übermittelt hat. Beim Landratsamt ist nämlich nach dessen Angaben ein derartiges Telefax nicht auffindbar; die Empfangsprotokolle für diesen Tag liegen nicht mehr vor. Auch die Ast. verfügt nicht mehr über das Sendeprotokoll. Damit kann nicht mehr überprüft werden, ob zu diesem Zeitpunkt das Empfangsgerät des Landratsamts defekt war oder ob das Telefax möglicherweise wegen eines Eingabefehlers an einen anderen Empfänger übermittelt worden ist. Die Nichterweislichkeit der rechtzeitigen Übermittlung an das Landratsamt geht zu Lasten der Ast. Dieser ist zwar zuzustimmen, dass für die Versagung des Einvernehmens keine Formvorschriften bestehen und dass deshalb eine mündliche oder fernmündliche Übermittlung genügt. Entgegen der Auffassung der Ast. gibt es aber keine Vermutung dafür, dass der Bauaufsichtsbehörde die Versagung des Einvernehmens in den Fällen bekannt war, in denen die Gemeinde rechtzeitig einen Versagungsbeschluss gefasst und die Bauaufsichtsbehörde später das Einvernehmen ersetzt hat. Es ist nämlich durchaus möglich - und die Begründung des angefochtenen Bescheids legt hier diese Annahme nahe -, dass die Bauaufsichtsbehörde übersieht, dass die Fiktionswirkung des § 36 II 2 BauGB eingetreten ist.

c. Keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Versagungsfrist des § 36 II 2 BauGB kommt nicht in Betracht. Die Bestimmung des Art. 32 BayVwVfG gilt nicht für Fristen im verwaltungsinternen Verkehr zwischen verschiedenen Behörden (Schmaltz, in: Schrödter, BauGB, 6. Aufl., § 36 Rdnr. 17; Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 5. Aufl., § 32 Rdnr. 9; Grün, in: Obermayer, VwVfG, 3. Aufl., § 32 Rdnr. 4). Speziell für die Frist des § 36 II 2 BauGB spricht hierfür auch der mit dieser Vorschrift im Interesse des Bauherrn und der Allgemeinheit verfolgte Beschleunigungszweck (vgl. BVerwG, NVwZ 1997, 900, 901). Wegen dieser Zweckbestimmung kann die Versagungsfrist auch nicht verlängert, das fingierte Einvernehmen nicht zurückgenommen und nicht widerrufen werden (BVerwG, a.a.O.).

2. Ergebnis

Damit gilt das gemeindliche Einvernehmen als am 27. 8. 1998 erteilt. Die spätere Ersetzung des Einvernehmens geht somit ins Leere und beeinträchtigt die Ast. nicht. Sowohl der Widerspruch gegen die Ersetzung als auch der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs sind daher unzulässig, weil ihnen das Rechtsschutzbedürfnis fehlt.

B. Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen die Baugenehmigung

Der Antrag, die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen die gem. § 212a I BauGB sofort vollziehbare Baugenehmigung anzuordnen, ist unzulässig, weil der Ast. die Antragsbefugnis (§ 42 II VwGO analog) fehlt. Sie kann nicht geltend machen, durch die Baugenehmigung in eigenen Rechten verletzt zu sein.

I. Verstoß gegen § 35 BauGB

Die Rüge, dass das Bauvorhaben gegen planungsrechtliche Vorschriften verstößt, für deren Beachtung sie auf Grund ihrer Planungshoheit mitverantwortlich ist, ist wegen des als erteilt geltenden Einvernehmens ausgeschlossen.

Die Ast. hat als Trägerin der Planungshoheit Mitverantwortung für den Schutz des Außenbereichs und kann zur Erfüllung dieser Aufgabe verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz beanspruchen (BVerwG, NVwZ 2000, 1048, 1049 m. w. Nachw.). Sie kann ihre Rechtsbehelfe gegen eine Baugenehmigung aber nicht auf die Verletzung von Rechten stützen, auf die sie verzichtet hat. Wer einem Bauvorhaben zustimmt - sei es als Nachbar oder als Gemeinde - begibt sich seines Anfechtungsrechts gegen die Genehmigung für dieses Bauvorhaben. Dies gilt auch dann, wenn die Zustimmung kraft Gesetzes fingiert wird. Das - vorliegend wegen Versäumung der Versagungsfrist des § 36 II 2 BauGB als erteilt geltende - Einvernehmen der Ast. schließt damit ihre Rüge aus, das genehmigte Bauvorhaben sei im Außenbereich nicht privilegiert und beeinträchtige öffentliche Belange.

II. Verstoß gegen § 14 III BauGB

Die weitere Rüge der Ast., das Bauvorhaben sei (auch) wegen der am 17. 6. 1999 bekannt gemachten Veränderungssperre unzulässig, geht fehl. Zwar ist die Gemeinde durch die Erteilung des Einvernehmens nicht gehindert, eine die Zulässigkeit des Vorhabens ausschließende Bauleitplanung zu betreiben (BVerwG, Buchholz 406.11 § 36 BauGB Nr. 53) und hierbei eine Veränderungssperre zu erlassen, die der Erteilung der Baugenehmigung entgegensteht. Wird die Veränderungssperre jedoch erst nach der Erteilung der Baugenehmigung erlassen, dann wird das Bauvorhaben gem. § 14 III BauGB von der Veränderungssperre nicht erfasst. So liegt der Fall hier [wird ausgeführt].

Standort: Amtshaftung **Problem: Drittbezug der Amtspflicht**

BGH, URTEIL VOM 01.02.2001 | III ZR 193/99 (DVBL 2001, 807)

Problemdarstellung:

Hat eine Gemeinde ein Gebiet durch Satzung als Sanierungsgebiet förmlich festgelegt (§ 142 I 1 BauGB), bedarf die Veräußerung eines im Sanierungsgebiet gelegenen Grundstücks der Genehmigung der Gemeinde (§§ 144 II Nr. 1, 145 BauGB). Diese Gemehmigung darf nur versagt werden, wenn durch die Veräußerung die Sanierung gefährdet würde (§ 145 II BauGB), was u.a. dann vorliegt, wenn der zu entrichtende Kaufpreis den Wert des Grundstücks übersteigt (§ 153 II BauGB). Der Wert des Grundstücks ist also eine im Rahmen des Genehmigungsverfahrens zu klärende Vorfrage. Zu diesem Zweck bediente sich die bekl. Gemeinde eines vom bekl. Land bestellten Gutachterausschusses. Der BGH hatte nun die Frage zu klären, ob Gemeinde und/oder Land für ein fehlerhaftes Wertgutachten dieses Ausschusses haften, wenn infolge der fehlerhaften Begutachtung die Veräußerungsgenehmigung versagt, dadurch die Veräußerung des Grundstücks verhindert oder verzögert wird und dadurch wiederum dem ASt. (Verkäufer) ein Schaden entsteht.

Das Gericht prüft Ansprüche aus Amtshaftung und enteignungsgleichem Eingriff. Problematisch beim Amtshaftungsanspruch war, ob die Pflicht zur ordnungsgemäßen Begutachtung durch den Gutachterausschuss zugunsten des ASt. drittbezogen i.S.d. § 839 BGB ist. Der BGH bejaht dies entgegen seiner bisherigen Rspr.; zwar erstatte der Gutachterausschuss sein Gutachten nicht gegenüber dem ASt., sondern gegenüber der Gemeinde; auch sei diese an das Gutachten nicht gebunden, so dass es an einer Außenwirkung gegenüber dem ASt. fehlen könne; die faktische Vorwegnahme der gemeindlichen Entscheidung durch das Gutachten genüge jedoch bereits, um eine Schutzwirkung für den ASt. zu bejahen. Zur Begründung führt der BGH die Parallele zur zivilrechtlichen Konstruktion eines Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte an.

Bei einer Amtspflichtverletzung durch den Gutachterausschuss komme daher eine Haftung des Landes als dessen Träger aus § 839 BGB, Art. 34 GG in Betracht. Die Gemeinde handle hingegen nicht schuldhaft, wenn sie sich auf das Gutachten verlasse. In diesem Rahmen macht der BGH interessante Ausführungen zur möglichen Zurechnung des Verschuldens des Gutachterausschusses über § 278 BGB (analog); allein ein Genehmigungsanspruch begründe jedoch noch keine öffentlichrechtliche Sonderverbindung, welche für die Anwendbarkeit des § 278 BGB im öffentlichen Recht Voraussetzung sei. Gegen die Gemeinde blieb mangels eigenen oder zurechenbaren Verschuldens daher nur die Möglichkeit, aus (verschuldensunabhängigem) enteignungsgleichem Eingriff vorzugehen, soweit der geltend gemachte Schaden über diesen ersatzfähig ist.

Prüfungsrelevanz:

Staatshaftungsrecht ist ein beliebter Prüfungsstoff. Besonders der Amtshaftungsanspruch, jedenfalls für Prädikatsexamina aber auch enteignender und enteignungsgleicher Eingriff, müssen daher beherrscht werden. Neben der Kenntnis der Grundstrukturen dieser Ansprüche (hierzu sehr lehrreich Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Auflage, S. 6 ff. [Amtshaftung] und S. 145 ff. [enteignungsgleicher und enteignender Eingriff] oder - etwas kürzer - Schoch, Jura 1988, 585 ff.) sollten besondere, von der Rspr. in der jüngeren Vergangenheit aufgegriffene Probleme beherrscht werden. Hierzu gehört neben den in der vorliegenden Entscheidung angesprochenen Problemen (Drittbezug der Amtspflicht bei faktischer Außenwirkung; Passivlegitimation; Verschuldenszurechnung analog § 278 BGB) u.a. die Zulässigkeit des Einwands rechtmäßigen Alternativverhaltens (BGH, RA 2000, 661 = DVBl 2000, 904) und die Reduktion der Ausschlussklausel des § 839 I 2 BGB (OLG Köln, RA 1999, 189 = NVwZ-RR 1999, 160 und LG Berlin, RA 1999, 399 = NVwZ 1999, 362).

Vertiefungshinweise:

- Zum enteignungsgleichen Eingriff wegen Verzögerung von Grundstrücksveräußerungen: *BGHZ* 134, 316; 136, 183
- Zum Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte bei der Beauftragung von Gutachtern: *Zugehör*, NJW 2000, 1601
- Gutachterliche Lösung eines Amtshaftungsfalls: *Cremer*, JuS 1996, 143
- Überblick zum Amtshaftungsrecht: *Schoch*, Jura 1988, 585

Kursprogramm:

- *Examenskurs*: “Die vergessene Motorsäge”
- *Examenskurs*: “Die R-GmbH”

Leitsatz:

Die Amtspflichten, die der im Rahmen eines sanierungsrechtlichen Genehmigungsverfahrens nach §§ 14, 145 BauGB von der Genehmigungsbehörde intern mit der Wertermittlung beauftragte Gutachterausschuß wahrzunehmen hat, können auch zugunsten des Antragstellers des Genehmigungsverfahrens als eines geschützten “Dritten” bestehen (Modifizierung der bisherigen Rspr.; vgl. Senatsurteil vom 5. 7. 1990, III ZR 190/88, DVBl 1990, 1106).

Sachverhalt:

Die Kl. war Eigentümerin von zwei in einem Sanierungsgebiet der erstbekl. Gemeinde belegenen Grund-

stücken. Sie verkaufte diese zusammen mit einem dritten zum Gesamtpreis von 990.000 DM. Der beurkundende Notar, der bei

der Bekl. zu 1 den Antrag auf sanierungsrechtliche Genehmigung stellte, erklärte, daß auf das eine Grundstück ein Kaufpreis von 380.000 DM und auf das andere ein solcher von 350.000 DM entfalle.

Die Bekl. beauftragte den zuständigen Gutachterausschuß, eine Behörde des zweitbekl. Landes, mit der Prüfung der Kaufpreise, um über die Genehmigung entscheiden zu können. Der Gutachterausschuß ermittelte für das Grundstück, dessen Kaufpreis mit 380.000 DM angegeben worden war, einen Vertragswert von 244.000 DM und für das andere einen solchen von 250.000 DM. Daraufhin versagte die Bekl. zu 1 durch Bescheid vom 17. 5. 1991 die Genehmigung mit der Begründung, die vereinbarten Kaufpreise von 380.000 DM und 350.000 DM wichen so deutlich von den Verkehrswerten von 244.000 DM und 250.000 DM ab, daß eine wesentliche Erschwerung der Sanierung vorliege. Auf die nach erfolglosem Widerspruch erhobene Klage holte das VG das Gutachten eines Bausachverständigen ein, der zu Verkehrswerten von 460.000 DM und 480.000 DM gelangte. Daraufhin hob das VG durch rechtskräftig gewordenes Urteil den Bescheid der Bekl. zu 1 vom 17. 5. 1991 auf und verpflichtete sie, der Kl. die sanierungsrechtliche Genehmigung zu erteilen.

Die von der Kl. geltend gemachten Amtshaftungsansprüche gegen die Bekl. zu 1 wegen rechtswidriger Versagung der sanierungsrechtlichen Genehmigung und gegen den Bekl. zu 2 wegen Erstattung unrichtiger Verkehrswertgutachten in Höhe von 350.875,31 DM nebst Zinsen wegen der Verzögerung der Vertragsabwicklung, den darauf beruhenden Zinsbelastungen sowie Schäden bei der Verwertung von Sicherheiten blieben vor dem LG und dem OLG erfolglos. Die Revision führte zur Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

A. Ansprüche gegen die Bekl. zu 2 (Land) aus Amtshaftung

Eine Amtshaftung (§ 839 BGB i. V. mit Art. 34 GG) des zweitbekl. Landes läßt sich nicht mit der von den Vorinstanzen gegebenen Begründung verneinen, der Gutachterausschuß habe bei der - möglicherweise unrichtigen - Wertermittlung keine Amtspflichten gegenüber der Kl. als einer geschützten "Dritten" verletzt.

I. Amtspflicht: Prüfung der Genehmigungsfähigkeit der Grundstücksveräußerung durch den Gutachterausschuss

Die Grundstücksveräußerung bedurfte der schriftlichen Genehmigung der Gemeinde nach §§ 144 Abs. 2 Nr. 1, 145, 153 Abs. 2 BauGB i. d. damals einschlägigen Fassung. Die Genehmigung durfte nur versagt werden, wenn Grund zu der Annahme bestand, daß der Rechtsvorgang die Durchführung der Sanierung unmöglich machen oder wesentlich erschweren oder den Zielen und Zwecken der Sanierung zuwiderlaufen würde (§ 145 Abs. 2 BauGB). Eine wesentliche Erschwerung der Sanierung in diesem Sinne lag bei der rechtsgeschäftlichen Veräußerung auch dann vor, wenn der Kaufpreis für die Grundstücke über dem Wert lag, der sich ohne Berücksichtigung derjenigen Werterhöhungen ergeben hätte, die lediglich durch die Aussicht auf die Sanierung, durch ihre Vorbereitung oder ihre Durchführung eingetreten waren (§ 153 Abs. 2 i. V. mit Abs. 1 BauGB). Die Einschaltung des Gutachterausschusses durch die für die Entscheidung über den Genehmigungsantrag zuständige Gemeinde, die Bekl. zu 1, diente der Überprüfung, ob bei den Grundstücken der Kl. ein solchermaßen überhöhter Kaufpreis vereinbart worden war.

II. Passivlegitimation der Bekl. zu 2

Unter den Parteien steht außer Streit, daß der Gutachterausschuß in der Trägerschaft des bekl. Landes steht; denn seine Mitglieder werden vom MI ernannt, auch wenn die Ausschüsse jeweils für den Bereich eines Landkreises oder einer kreisfreien Stadt gebildet werden. Haftende Körperschaft i. S. des Art. 34 GG ist dementsprechend das Land.

III. Drittbezug der Amtspflicht

1. Bisherige Rspr. des BGH

Wie beiden Vorinstanzen zuzugeben ist, steht ihre Auffassung, der Gutachterausschuß habe keine drittgerichteten Amtspflichten zugunsten der Kl. wahrzunehmen gehabt, im Einklang mit der bisherigen Senatsrechtsprechung, insbesondere dem Urteil vom 5. 7. 1990 (III ZR 1190/88, DVBl 1990, 1106). Das Ergebnis der Begutachtung war für die Bekl. zu 1 nicht bindend und nahm ihr die Verantwortung für die Entscheidung über die Genehmigung nach § 145 BauGB nicht ab. Nach der bisherigen Betrachtungsweise war somit die Einschaltung des Gutachterausschusses durch die Bekl. zu 1 ein rein behördeninterner Vorgang ohne Außenwirkung.

2. Änderung der Rspr.

An diesen Grundsätzen vermag der Senat indessen nicht mehr uneingeschränkt festzuhalten.

a. Anforderungen an den Drittschutz

Bei der Bestimmung des Kreises der geschützten "Dritten" i. S. des § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB ist jeweils zu prüfen, ob gerade das im Einzelfall berührte Interesse nach dem Zweck und der rechtlichen Bestimmung des Amtsgeschäfts geschützt werden soll. Es kommt dem-

nach vor allem darauf an, ob bei der betreffenden Amtshandlung in qualifizierter und zugleich individualisierbarer Weise auf schutzwürdige Interessen eines erkennbar abgegrenzten Kreises Dritter Rücksicht zu nehmen ist (Senat, BGHZ 108, 224, 227).

b. Faktische Auswirkung ausreichend

Diese Pflicht zur Rücksichtnahme auf die berechtigten Belange der Kl. als Verkäuferin wurde hier für den Gutachterausschuß dadurch begründet, daß er die tatsächliche Beurteilungsgrundlage für die abschließende Entscheidung der Bekl. zu 1 über den Genehmigungsantrag schuf und schaffen sollte. Die haftungsrechtliche Ordnung kann nicht daran vorbeigehen, daß die Aufklärung des relevanten Sachverhaltes in solchen Fällen tatsächlich arbeitsteilig erfolgt und die Stellungnahme einer Fachbehörde unter diesen Umständen die Bedeutung eines Sachverständigengutachtens gewinnt und dieses ersetzt.

Indem die von der zuständigen Behörde eingeschaltete Fachbehörde auf der Grundlage arbeitsteiligen Zusammenwirkens ihr überlegenes Fachwissen in die zu treffende Entscheidung einbringt, gewinnt ihre Mitwirkung - ihr erkennbar - im Verhältnis zum Bürger eine über die innerbehördliche Beteiligung hinausgehende Qualität. Sie ist dann ebenso wie die nach außen tätig werdende Behörde gehalten, bei der Ausübung des Amtsgeschäfts auch die Interessen des betroffenen Bürgers zu wahren. In diesen Fällen wirken die Amtspflichten der Fachbehörde in den Schutzbereich der Amtspflichten, welche die zur Endentscheidung berufene Behörde dem Bürger gegenüber wahrzunehmen hat, hinein und erlangen ihrerseits drittschützenden Gehalt.

c. Parallele zum Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte im Zivilrecht

Damit ist zugleich die Parallelwertung zu den Fallgestaltungen vollzogen, in denen nach der Rspr. für den Bereich privatrechtlicher Rechtsbeziehungen anerkannt ist, daß die Beauftragung eines Sachverständigen Schutzwirkung zugunsten eines Dritten entfalten kann, gegenüber dem der Auftraggeber von dem Gutachten Gebrauch machen will. Diese Schutzwirkung kann unmittelbare Schadensersatzansprüche des Dritten gegen den Sachverständigen begründen (vgl. Senat, BGHZ 127, 378). Dem entspricht es, daß in den hier in Rede stehenden Fällen auch die Drittgerichtetheit von Amtspflichten einer intern eingeschalteten sachverständigen Fachbehörde nicht verneint werden kann, wenn - wie hier - der zur Begutachtung herangezogenen Behörde klar sein muß, daß ihre Stellungnahme die Rechtsposition eines bestimmten Dritten tangiert.

d. Keine Subsidiarität der Haftung der mitwirkenden Behörde gegenüber der Haftung der entscheidenden Behörde

Dabei tritt die Haftung unabhängig davon ein, ob auch die nach außen tätig werdende Behörde ihrerseits haftet. Wird beim Zusammenwirken mehrerer Behörden ein Dritter geschädigt, so ist die Drittgerichtetheit für jede der in Betracht kommenden Amtspflichten eigenständig zu bestimmen. Fragen der Subsidiarität, wie sie im Bereich der vertraglichen Haftung eine Rolle spielen können (vgl. BGHZ 70, 327, 330), stellen sich insoweit nicht.

IV. Verletzung der Amtspflicht

Dementsprechend kann die Klageabweisung gegen das zweitbekl. Land nicht bestehenbleiben. Vielmehr bedarf es nunmehr der - vom Rechtsstandpunkt des OLG aus folgerichtig - unterbliebenen Prüfung, ob dem Gutachterausschuß tatsächlich eine schuldhafte Falschbewertung unterlaufen ist.

B. Ansprüche gegen die Bekl. zu 1 (Gemeinde)

I. Aus Amtshaftung

Hingegen ist der Amtshaftungsanspruch gegen die Bekl. zu 1 mit Recht abgewiesen worden.

1. Kein Eigenverschulden der Bekl. zu 1

Die Auffassung des OLG, die Bekl. zu 1 habe auf die Richtigkeit der Wertermittlung durch den Gutachterausschuß vertrauen dürfen und deshalb bei der Ablehnung des Genehmigungsantrags nicht schuldhaft gehandelt, hält der revisionsgerichtlichen Nachprüfung stand. Das OLG ist zutreffend von dem für das Amtshaftungsrecht maßgeblichen objektiven Sorgfaltsmaßstab ausgegangen. Die Verfahrensrügen, mit denen die Revision im wesentlichen geltend macht, das OLG habe insoweit den vorinstanzlichen Sachvortrag der Kl. nicht ausgeschöpft, greifen - wie der Senat geprüft hat - nicht durch; von einer Begründung wird insoweit abgesehen (§ 565 a ZPO).

2. Keine Zurechnung des Verschuldens des Gutachterausschusses über § 278 BGB (analog)

Die Bekl. zu 1 braucht sich auch ein etwaiges Verschulden des Gutachterausschusses haftungsrechtlich nicht zurechnen zu lassen. Als Zurechnungsnorm käme insoweit nur der Rechtsgedanke des § 278 BGB - sei es in unmittelbarer oder in analoger Anwendung - in Betracht, der eine Haftung für fremdes Verschulden begründen würde.

a. Grundsätzliche Anwendbarkeit auch im öffentlichen Recht

Zwar setzt die Zurechnungsnorm des § 278 BGB keinen Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner voraus. Es genügt eine bestehende rechtliche Sonderverbindung

auf gesetzlicher Grundlage. Der Rechtsgedanke des § 278 BGB gilt grundsätzlich auch im öffentlichen Recht. Er ist insbesondere auf nichtvertragliche öffentlich-rechtliche Sonderverbindungen anzuwenden, soweit diese eine dem privatrechtlichen Schuldverhältnis vergleichbare Leistungs- oder Obhutsbeziehung zum Gegenstand haben.

b. Jedoch keine Sonderrechtsbeziehung gegeben
Die verletzten Pflichten müssen allerdings über allgemeine Amtspflichten i. S. des § 839 BGB hinausgehen; nur ein zwischen dem einzelnen und der öffentlich-rechtlichen Körperschaft bestehendes besonderes, enges Verhältnis kann Grundlage für eine sinngemäße Anwendung des § 278 BGB sein (BGHZ 131, 200, 204 m. w. N.; vgl. zu den einzelnen Fallgruppen einer derartigen Sonderverbindung Staudinger/Löwisch, BGB, 13. Bearb., § 278 Rdnr. 11). Der Rückgriff auf § 278 BGB ist deshalb nicht schon dann möglich, wenn der Bürger gegen die Behörde einen im Verwaltungsrechtsweg durchsetzbaren Anspruch auf Erteilung einer Genehmigung (hier nach §§ 144, 145 Abs. 2 BauGB) hat und sich die Behörde zur Erfüllung ihrer Verpflichtung eines Dritten, insbesondere einer Fachbehörde, bedient. Ein durch einen entsprechenden Antrag eingeleitetes Verwaltungsverfahren vermag für sich allein genommen noch keinen über die "normalen" Amtspflichten hinausgehenden, gesteigerten Pflichtenstatus der Behörde gegenüber dem betroffenen Bürger zu begründen.

II. Aus enteignungsgleichem Eingriff
Gleichwohl kann die Abweisung der Klage auch gegen die Bekl. zu 1 keinen Bestand haben. Die Vorinstanzen haben nämlich unberücksichtigt gelassen, daß hier nach gefestigter Rspr. ein Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff in Betracht kommt.

1. Anspruchskonkurrenz zur Amtshaftung
In der Rspr. des Senats ist anerkannt, daß zwischen dem Amtshaftungsanspruch und dem Entschädigungsanspruch aus enteignungsgleichem Eingriff Anspruchskonkurrenz bestehen kann.

2. Prüfungsumfang des Gerichts
Unerheblich ist, daß die Kl. die Klage nicht ausdrücklich auf enteignungsgleichen Eingriff gestützt hat. Entscheidend ist vielmehr, ob sich auf der Grundlage des vorgetragenen Sachverhalts die begehrte Rechtsfolge auch aus enteignungsgleichem Eingriff herleiten läßt; ist dies der Fall, so sind die Gerichte berechtigt und verpflichtet, den Prozeßstoff auch unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt zu beurteilen. Dies ist eine materiellrechtliche Frage; sie kann daher vom BGH auch ohne eine diesbezügliche Revisionsrüge geprüft werden (BGHZ 136, 182, 184). Im vorliegenden Fall geht es - nicht anders als in den Senatsurteilen BGHZ 134, 316 und 136, 183 - um die rechtswidrige Verzögerung einer Grundstücksveräußerung. Diese kann nach den Grundsätzen der beiden vorgenannten Senatsentscheidungen den Tatbestand des enteignungsgleichen Eingriffs erfüllen.

3. Schadensersatz als Rechtsfolge
Anders als bei dem Senatsurtell vom 18. 6. 1998 (III ZR 100/97, NVwZ 1998, 1329) läßt sich der inhaltlich auf die "Bodenrente" gerichtete Entschädigungsanspruch hier zumindest teilweise auch den bezifferten Schadenspositionen zuordnen, nämlich insoweit, als es um Zinsmehrbelastungen wegen verzögerter Ablösung von Grundpfandrechten geht (vgl. Senat, BGHZ 136, 182, 187).

Standort: § 36 II VwVfG — Problem: Abgrenzung von Bedingung und Auflage

BGH, URTEIL VOM 08.02.2001
III ZR 49/00 (DVBL 2001, 809)

Problemdarstellung:
Der Kl. verlangte vom Bekl. Zahlung seines Maklerlohns für die Vermittlung eines Mietvertrages über ein noch zu errichtendes Kinozentrum. Das Zustandekommen des Mietvertrages war jedoch aufschiebend bedingt um die Erteilung der Baugenehmigung für das Kinozentrum. Diese wurde schließlich erteilt, jedoch mit einer Vielzahl von Nebenbestimmungen versehen, wobei einige katalogartig unter der Überschrift "Bedingungen", andere unter "Auflagen" zusammengefasst waren.

Der BGH hatte nun darüber zu entscheiden, ob die unter der Rubrik "Bedingungen" aufgeführte Pflicht zur Erbringung des Erschließungsnachweises tatsächlich eine solche, oder vielmehr eine Auflage ist. Während eine Auflage nämlich die Wirksamkeit der Baugenehmigung nicht berührt, diese somit wirksam erteilt worden, damit die Bedingung für die Wirksamkeit des Mietvertrages eingetreten und damit der Maklerlohnanspruch des Kl. fällig geworden wäre, ergibt sich aus der Rechtsnatur der Bedingung, dass die Baugenehmigung erst mit dem Eintritt des genannten zukünftigen Ereignisses wirksam werden soll. In diesem Fall wäre mangels Bedingungseintritt der Mietvertrag noch nicht wirksam geworden, der Maklerlohnanspruch mithin noch nicht entstanden.

Während die Vorinstanz (OLG Frankfurt/Main) eine Auflage angenommen hatte, geht der BGH von einer echten Bedingung aus. Wenn die Behörde die gesetzlichen Bezeichnungen "Bedingung" und "Auflage" bewusst verwende und explizit zwischen diesen unterscheide, müssten besonders gewichtige - hier nicht ersichtliche - Gründe vorliegen, um eine als "Bedingung" bezeichnete Nebenbestimmung gleichwohl als Auflage auslegen zu können.

Prüfungsrelevanz:

Das vorliegende BGH-Urteil besitzt trotz seines zivilrechtlichen Einstiegs über einen Maklerlohnanspruch Prüfungsrelevanz im öffentlichen Recht. In der Sache geht es nämlich um die Abgrenzung von Auflage (§ 36 II Nr. 4 VwVfG) und Bedingung (§ 36 II Nr. 2 VwVfG). Die von der Behörde gewählte Bezeichnung soll hierfür nicht maßgeblich, sondern bestenfalls ein Indiz sein, da es - vergleichbar einer Willenserklärung - auf den *objektiven* Erklärungsgehalt, also gerade nicht auf das *subjektiv* Gewollte, ankomme (Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 36 Rz. 34; Obermayer, VwVfG, § 36 Rz. 92). Wird jedoch ausdrücklich zwischen den verschiedenden Formen von Nebenbestimmungen unterschieden, ist mithin erkennbar, dass die Behörde wissend um ihre rechtliche Bedeutung mit den Begriffen umgeht, muss sich - so das BVerwG (E 29, 261, 265), die Literatur (Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 36 Rz. 30) und der BGH im vorliegenden Urteil - auch für einen objektiven Erklärungsempfänger der Eindruck aufdrängen, dass die gewählte auch die richtige Bezeichnung war.

Dass die Abgrenzung für die Lösung eines Examensfalls entscheidende Bedeutung haben kann, liegt auf der Hand: Nach der klassischen Formulierung v. Savignys "suspendiert die Bedingung, zwingt aber nicht, während die Auflage zwingt, aber nicht suspendiert". Nimmt man also - das vorliegende Fallbeispiel aufgreifend - eine Baugenehmigung als Grund-VA an, dürfte im Fall einer nicht erfüllten Bedingung noch nicht gebaut werden, während bei einer nicht erfüllten Auflage mit dem Bau begonnen werden, die Behörde ihrerseits jedoch die Erfüllung der Auflage im Wege der Verwaltungsvollstreckung erzwingen könnte. Wegen der für beide Seiten vorteilhaften Rechtsfolge soll im Zweifel von einer Auflage ausgegangen werden (Kopp/Ramsauer, a.a.O.).

Zur Prüfungsrelevanz des Themas "Nebenbestimmungen" selbst sei nur auf das Urteil des BVerwG vom 22.11.2000 (RA 2001, 249 = NVwZ 2001, 429) zur Anfechtbarkeit von Nebenbestimmungen verwiesen.

Vertiefungshinweise:

- Zu Bedingungen bei Baugenehmigungen: *Weyreuther*, DVBl 1969, 232 und 295
- Überblick zu Nebenbestimmungen: *Brenner*, JuS 1996, 281
- Zur Anfechtbarkeit von Nebenbestimmungen: *Schmidt*, NVwZ 1996, 1188 und *Störmer*, DVBl 1996, 81

Kursprogramm:

- *Examenskurs*: "Rentnerführerschein"
- *Examenskurs*: "Hinterzimmer mit Auflage"

Leitsatz:

Zur Abgrenzung zwischen aufschiebenden Bedingungen und Auflagen in einer Baugenehmigung (hier: Nachweis der Erschließung).

Sachverhalt:

Die Parteien streiten über die Frage, ob der Kl. einen Maklerlohnanspruch gegen den Bekl. hat. Die Wirksamkeit des vom Bekl. abgeschlossenen Mietvertrages über das vom Kl. vermittelte Grundstück war aufschiebend bedingt um die Erteilung der Baugenehmigung für ein auf diesem zu errichtendes Kinozentrum. Die Baugenehmigung wurde unter einer Vielzahl von Nebenbestimmungen erteilt; u. A. enthielt die mit "Bedingungen" überschriebene Rubrik unter "B100" die Pflicht zur Erbringung des Erschließungsnachweises, welcher bisher nicht vorliegt. Die Revision des in der Berufungsinstanz unterlegenen Bekl. hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Rechtsgrundlage für Nebenbestimmung zur Baugenehmigung

Gemäß § 70 Abs. 3 SächsBauO kann die Baugenehmigung unter Auflagen, Bedingungen und dem Vorbehalt der nachträglichen Aufnahme, Änderung oder Ergänzung einer Auflage sowie befristet erteilt werden. Die Vorschrift ermöglicht insoweit der Sache nach diejenigen Nebenbestimmungen, die nach allgemeinem Verwaltungsrecht (vgl. § 36 II VwVfG) einem Verwaltungsakt beigegeben werden können.

B. Abgrenzung zwischen Bedingung und Auflage

I. Definitionen

Unter einer Bedingung ist eine Bestimmung zu verstehen, nach der der Eintritt oder der Wegfall einer Vergünstigung oder einer Belastung von dem ungewissen Eintritt eines zukünftigen Ereignisses abhängt (§ 36 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG), unter einer Auflage eine Bestimmung, durch die dem Begünstigten ein Tun, Dulden oder Unterlassen vorgeschrieben wird (§ 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG).

II. Abgrenzungskriterien

1. (Kein) Einfluss auf die Wirksamkeit des VA
Während die einer Baugenehmigung hinzugefügte Auflage die Wirksamkeit der Baugenehmigung nicht berührt, ergibt sich aus der Natur der einer Baugenehmigung beigegebenen Bedingung, daß die Baugenehmigung erst mit dem Eintritt des genannten zukünftigen Ereignisses wirksam werden oder mit diesem ihre Wirksamkeit verlieren soll.

2. Wortlaut
Maßgeblich für die Abgrenzung ist nicht allein die von der Behörde gewählte Bezeichnung, sondern der objektive Erklärungsinhalt des Verwaltungsakts (Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 5. Aufl., § 36 Rdnr. 29). Falls aber in einem Verwaltungsakt ausdrücklich zwischen Auflagen und Bedingungen unterschieden wird, bedarf es gewichtiger Gründe, wenn entgegen der Bezeichnungen eine Bedingung als Auflage und umgekehrt gewertet werden soll (BVerwGE 29, 261, 265; Stelkens/Bonk/Sachs, aaO, Rdnr. 30 und Fn. 92). Für die rechtliche Einordnung solcher Nebenbestimmungen bei einer Baugenehmigung gilt dies unbeschadet dessen, daß in der Praxis der Verwaltung häufig eher Auflagen als Bedingungen gewollt sein mögen (vgl. Sauter, LBO BW, § 58 Rdnr. 133).

III. Subsumtion
Im Streitfall ist der maßgebliche Baugenehmigungsbescheid der Landeshauptstadt D. vom 15. 8. 1996 ausdrücklich so ausformuliert und darüber hinaus klar und deutlich so aufgebaut, daß u. a. unmißverständlich zwischen einzeln aufgeführten "Bedingungen" und einzeln aufgeführten "Auflagen" unterschieden wird. Dem Berufungsurteil sind keine zwingenden sachlichen Gründe zu entnehmen, warum es sich trotz dieser von der Bauaufsichtsbehörde vorgenommenen Unterscheidung bei den im Baugenehmigungsbescheid aufgeführten "Bedingungen" gleichwohl nur um Auflagen gehandelt haben soll, die - so das OLG - "nicht den feststellenden Teil der Baugenehmigung ihrerseits in Frage (stellen)". Es zeigt sich im Gegenteil bei näherer Betrachtung der als Bedingungen bezeichneten Nebenbestimmungen, daß es sich sehr wohl [...] um Anforderungen handelte, die grundsätzlich erfüllt sein mußten, bevor berechtigterweise gesagt werden konnte, das beabsichtigte Bauvorhaben sei mit dem öffentlichen Recht vereinbar, mithin um nichts anderes als um echte - aufschiebende - Bedingungen.
Dies wird - ohne daß der Senat bei der revisionsrechtlichen Betrachtung auf alle weiteren im Baugenehmigungsbescheid vom 15. 8. 1996 als Bedingungen formulierten Nebenbestimmungen näher einzugehen braucht - besonders augenfällig bei dem von der Bauaufsichtsbehörde geforderten Nachweis der Erschließung. Die Sicherung der Erschließung ist sowohl nach Bauplanungsrecht (vgl. § 30 Abs. 1 BauGB) als auch nach Bauordnungsrecht (vgl. §§ 4, 5 SächsBauO) unerläßliche Voraussetzung der Zulässigkeit eines Bauvorhabens. Solange diese Voraussetzung nicht gegeben ist, kann demnach von Rechts wegen eine (unbedingte) Baugenehmigung nicht erteilt werden. Daraus ergibt sich zugleich, daß die Frage der Sicherung der Erschließung nicht durch bloße Auflagen in einer im übrigen unbedingt erteilten Baugenehmigung erledigt werden darf [...].

Standort: Versammlungsrecht Problem: Einkesselung einer Gegendemonstration

OVG NW, BESCHLUSS VOM 02.03.2001
5 B 273/01 (DVBL 2001, 839)

Problemdarstellung:
Das OVG verneint im vorliegenden Beschluss die Rechtmäßigkeit der polizeilichen Einkesselung einer Gegendemonstration zu einer rechtsradikalen Versammlung. Eine solche könne nur nach allgemeinem Polizeirecht, insbes. im Hinblick auf die Ingewahrsamnahme als Standardmaßnahme in den Polizeigesetzen der Länder, gerechtfertigt sein. Das allgemeine Polizeirecht sei jedoch, wenn eine Versammlung vorliege, durch das Versammlungsgesetz gesperrt. Wolle die Polizei also Standardmaßnahmen ergreifen, müsse sie die Versammlung zuvor nach § 15 II VersG auflösen.
In diesem Zusammenhang macht das OVG interessante Ausführungen zum Versammlungsbegriff. Insbesondere betont es, dass das Element der Meinungskundgabe prägend für den Versammlungsbegriff sei (a.A. der sogen. "weite" Versammlungsbegriff, der bereits eine innere Verbundenheit der Personenmehrheit genügen lässt, vgl. Sachs-Höfling, GG, Art. 8 Rz. 11, 14 m.w.N.). Zudem müsse streng zwischen dem Vorliegen einer Versammlung und deren Friedlichkeit unterschieden werden. Der handelnde Polizeipräsident gehe fehl in seiner Ansicht, dass eine die öffentliche Sicherheit gefährdende Menschenmenge allein wegen der von ihr ausgehenden Gefahren schon keine "Versammlung" i.S.d. VersammlG sei; vielmehr zeige gerade die Eingriffsmöglichkeit des § 15 II VersammlG gegen eben solche Versammlungen, dass das Gegenteil richtig sei.

Prüfungsrelevanz:

Das Versammlungsrecht beschäftigt gegenwärtig wie keine zweite Materie des besonderen Verwaltungsrechts die Gerichte. Auch in der RA ist hierüber in anderen Zusammenhängen (vgl. RA 2001, 256 zur "öffentlichen Ordnung" als Verbotsgrund; RA 2001, 1 zur Rechtsfigur des "Zweckveranlassers" im Versammlungsrecht; RA 2000, 287 zum Eingriff in Art. 8 I GG durch Realakte; RA 2000, 6 zur Notstandspflichtigkeit von Gegendemonstranten) bereits ausführlich berichtet worden. Die vorliegende Entscheidung zeigt, dass sich das Versammlungsrecht hervorragend mit Problemen des Verwaltungsprozessrechts, insbes. im Bereich des vorläufigen Rechtsschutzes nach § 123 I VwGO, kombinieren lässt (hier etwa das Vorliegen eines Anordnungsgrundes nach §§ 123 III VwGO, 920 II, 294 ZPO).

Im Gutachtenaufbau ist es sicherlich vertretbar, wie vorliegend das OVG mit der Prüfung des Anordnungsgrundes zu beginnen; teilweise wird dessen Vorliegen sogar als Zulässigkeitsvoraussetzung angesehen (Kopp, VwGO, 10. Aufl., § 123 Rz. 24 m.w.N.; a.A. die h.M., vgl. Erichsen, Jura 1984, 648 m.w.N.). Allerdings ist dies i.d.R. wenig zweckmäßig, da auf diese Weise Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund vermischt werden: Der Anordnungsgrund setzt voraus, dass die Durchführung der Hauptsache keinen effektiven Rechtsschutz mehr zu vermitteln könnte; der Anordnungsanspruch ist jedoch gerade das "Recht", welches es effektiv zu schützen gilt (Anordnungsanspruch und materieller Anspruch in der Hauptsache sind identisch, OVG NW, NJW 1982, 2117). Ist ein solches schon nicht glaubhaft gemacht, kann es auch keinen Anordnungsgrund geben. Zieht man also die Prüfung des Anordnungsgrundes vor, kommt man um eine Inzidentprüfung des Anordnungsanspruchs - wie sie auch das OVG (teilweise) vorgenommen hat - nicht herum.

Vertiefungshinweise:

- Zum Versammlungsbegriff: *BVerfGE* 84, 203, 209; *Kniesel*, NJW 1992, 8
- Zum Verhältnis des VersammlG zum allg. Polizei- und Ordnungsrecht: *BVerwG*, RA 2000, 6 = BayVBl 1999, 632
- Zum Prüfungsinhalt und -aufbau bei § 123 VwGO: *Brühl*, JuS 1995, 627 ff., insbes. 916 ff.

Kursprogramm:

- *Examenskurs*: "Waffen-SS"
- *Examenskurs*: "Rechtes Verhalten"

Leitsatz:

Eine aus Gründen präventiv-polizeilicher Gefahrenabwehr erfolgende Einkesselung einer öffentlichen Versammlung i. S. des Art. 8 Abs. 1 GG, § 1 Abs. 1 VersammlG ist rechtswidrig, wenn die Versammlung nicht zuvor nach dem Versammlungsgesetz aufgelöst worden ist.

Sachverhalt:

Die Ast. waren in der Vergangenheit als friedliche Teilnehmer von Gegendemonstrationen gegen rechtsextremistische Demonstrationen von Polizeikräften in D. eingekesselt und in Polizeigewahrsam genommen worden, ohne dass die Versammlungen zuvor nach dem VersammlG aufgelöst worden waren. Mit ihrem vorbeugenden Rechtsschutzbegehren wollten die Ast. im einstweiligen Rechtsschutzverfahren erreichen, dass sie bei der nächsten Teilnahme an einer Gegendemonstration am 3. 3. 2001 in D. nicht in gleicher Weise behandelt werden. Das VG lehnte den Antrag ab. Die zugelassene Beschwerde der Ast. hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Das der Sache nach auf die Gewährung vorläufigen vorbeugenden Rechtsschutzes - hier in der Form der einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO - zielende Begehren hat Erfolg.

A. Anordnungsgrund

Die Ast. haben einen Anordnungsgrund (§ 123 Abs. 3 VwGO, §§ 920 Abs. 2, 294 ZPO) glaubhaft gemacht.

I. Voraussetzungen

Vorläufiger vorbeugender Rechtsschutz kommt ausnahmsweise in Betracht, wenn es dem Rechtsschutzsuchenden nicht zugemutet werden kann, die Rechtsverletzung abzuwarten. Dies ist anzunehmen, wenn schon die kurzfristige Hinnahme der befürchteten Handlungsweise geeignet ist, den Betroffenen in seinen Rechten in besonders schwer wiegender Weise zu beeinträchtigen. Insoweit muss eine erhebliche, über Randbereiche hinausgehende Verletzung von Grundrechten der Ast. (dazu II.1.) drohen (dazu II.2.), die über die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr beseitigt werden kann (dazu II.3.), es sei denn, dass ausnahmsweise überwiegende, besonders gewichtige Gründe entgegenstehen (vgl. BVerfG, NJW 1989, 827; BVerwGE 43, 340; OVG Berlin, NJW 1977, 2283; OVG NW, NVwZ-RR 1995, 278).

II. Subsumtion

Diese (besonderen) Voraussetzungen sind hier gegeben. Die Ast. haben glaubhaft gemacht, das der Ag. am 21. 10. 2000 und 16. 12. 2000 Versammlungen i. S. des Art. 8 Abs. 1 GG, § 1 Abs. 1 VersammlG ohne vorherige Auflösung der Versammlung eingekesselt hat und in gleicher Weise ggf. auch in Zukunft verfahren will.

1. Grundrechtseingriff: Art. 8 I GG

a. Versammlungsbegriff: Meinungskundgabe als (notwendige, aber ausreichende) Voraussetzung

Entgegen der Auffassung des Ag. handelt es sich bei Gruppen von Demonstranten - wie den vom Ag. am 21. 10. und 16. 12. 2000 eingekesselten - um Versammlungen i. S. des Versammlungsrechts. Der Begriff der öffentlichen Versammlung i. S. des Art. 8 Abs. 1 GG, § 1 Abs. 1 VersammlG setzt lediglich die Zusammenkunft einer zahlenmäßig nicht bestimmten Mehrheit von Menschen voraus, deren Zusammentreffen einen kollektiven Prozess von gewisser Dauer mit Bezug auf die öffentliche Meinungs- und Willensbildung auslöst (vgl. Ridder/Breitbach/Rühl/Steinmeyer, Versammlungsrecht, Rdnr. 17 zu Art. 8 GG, Rdnr. 12 zu § 1 VersammlG). Die Demonstration als besondere Form der Versammlung wird gekennzeichnet durch den die Versammlung verbindenden Zweck kollektiver Meinungskundgabe (vgl. Dietl/Gienzel/Kniesel, Demonstrations- und Versammlungsfreiheit, 12. Aufl., Rdnr. 18 zu § 1 VersammlG). Art. 8 Abs. 1 GG schützt Versammlungen und Aufzüge - im Unterschied zu bloßen Ansammlungen oder Volksbelustigungen - als Ausdruck gemeinschaftlicher, auf Kommunikation angelegter Entfaltung. Dieser Schutz ist nicht auf Veranstaltungen beschränkt, auf denen argumentiert und gestritten wird, sondern umfasst vielfältige Formen gemeinsamen Verhaltens bis hin zu nicht verbalen Ausdrucksformen. Es gehören auch solche mit Demonstrationscharakter dazu, bei denen die Versammlungsfreiheit zum Zwecke plakativer oder aufsehenerregender Meinungskundgabe in Anspruch genommen wird (vgl. BVerfGE 69, 315, 343).

b. Vorliegen im konkreten Fall

Der Tatbestand der kollektiven Meinungskundgabe war nach den substantiierten Bekundungen der Ast. sowohl bei der am 26. 10. als auch bei der am 21. 12. 2000 vom Ag. eingekesselten Gruppe erfüllt. In der am 26. 10. 2000 an der G.-Straße eingekesselten Gruppe, in die die Ast. mit ihrem zuvor entrollten Transparent "Nazis raus" hineingedrängt worden sind, wurden Fahnen geschwenkt mit der Aufschrift "Solid Sozialistische Jugendvereinigung" und Sprüche skandiert wie "Nazis raus! Hoch die internationale Solidarität! Schützt die Synagogen, nicht die NPD!". An der kollektiven Meinungskundgabe der Ast. und der genannten Gruppe besteht auf der Grundlage des vom Ag. insoweit nicht bestrittenen Vorbringens der Ast. kein Zweifel. Entsprechendes gilt für die Veranstaltung am 21. 12. 2000 [wird ausgeführt].

c. Strenge Trennung von Versammlungsbegriff und Friedlichkeit

Soweit der Ag. der Auffassung sein sollte, es habe sich nicht um Versammlungen gehandelt, weil eine Bestätigung der Versammlungsbehörde nicht erfolgt sei oder Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung bestanden hätten, geht diese Ansicht fehl. Die Beachtung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung durch eine Versammlung ist keine konstitutive Voraussetzung, um den Begriff der Versammlung i. S. des Art. 8 Abs. 1 GG, § 1 Abs. 1 VersammlG zu erfüllen. Dies wird bestätigt durch § 15 Abs. 2 VersammlG, der für den Fall, dass von einer Versammlung unmittelbar Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ausgehen, die Versammlung nicht etwa von der Geltung des VersammlG ausnimmt, sondern auch für derartige Versammlungen die Notwendigkeit vorheriger Auflösung normiert und damit die speziellen Regelungen des VersammlG auch für derartige Versammlungen zur Geltung bringt [...].

2. Wiederholungsgefahr

Die Ast. haben des weiteren glaubhaft gemacht, dass der Ag. ggf. auch am 3. 3. 2001 aus polizeitaktischen Gründen ohne vorherige Auflösung Versammlungen einkesseln wird. Dies hat der Ag. in seinen Stellungnahmen im erst- und zweitinstanzlichen Verfahren hinreichend konkret bestätigt. Hiernach will er auch in Zukunft die Einkesselung vergleichbarer Versammlungen ohne vorherige Auflösung praktizieren, weil er diese - zu Unrecht - nicht als Versammlungen i. S. des Art. 8 Abs. 1 GG, § 1 Abs. 1 VersammlG ansieht und sich deshalb berechtigt glaubt, zur Verhinderung von Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in Anwendung der allgemeinen präventiv-polizeilichen Ermächtigungsgrundlagen vorzugehen.

3. Kein effektiver Rechtsschutz durch Hauptsacheverfahren

Der damit verbundene schwer wiegende Eingriff in die verfassungsrechtlich garantierte Versammlungsfreiheit (Art. 8 Abs. 1 GG) und die Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 1 GG) kann den Ast. nicht zugemutet werden. Eine Hauptsacheentscheidung - auch im Rahmen einer vorbeugenden Feststellungsunterlassungsklage - käme in jedem Fall zu spät und wäre selbst im Falle des Obsiegens der Ast. nicht geeignet, die erlittenen Grundrechtseingriffe nachträglich zu beseitigen. In anderer Weise als durch den Erlass einer einstweiligen Anordnung kann den Ast. effektiver Rechtsschutz i. S. des Art. 19 Abs. 4 GG nicht gewährt werden (vgl. BVerfGE 34, 160, 163).

B. Anordnungsanspruch

Die Ast. haben auch einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht. Der Ag. ist nicht berechtigt, die Ast. als Teilnehmer an einer öffentlichen Versammlung i. S. des

Art. 8 Abs. 1 GG, § 1 Abs. 1 VersammlG in Anwendung präventiv-polizeilicher Ermächtigungsgrundlagen des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts einzukesseln, wenn er nicht zuvor die Versammlung nach § 15 Abs. 2 VersammlG förmlich aufgelöst hat. Handelt es sich um eine den besonderen Vorschriften des VersammlG unterfallende öffentliche Versammlung, kann diese nur durch eine Auflösung nach § 15 Abs. 2 VersammlG, nicht aber auf der Grundlage der polizeilichen Generalklausel oder über polizeiliche Standardmaßnahmen, insbesondere die Ingewahrsamnahme durch Einkesselung, beendet werden (vgl. BVerwG, NVwZ 1988, 250; VGH BW, NVwZ 1998, 761; OVG Bremen, NVwZ 1987, 235; VG Mainz, NVwZ-RR 1991, 242; VG Berlin, NVwZ-RR 1990, 188 ff.; VG Bremen, NVwZ 1986, 862; VG Hamburg, NVwZ 1987, 829; LG Hamburg, NVwZ 1987, 833; OLG München, NJW-RR 1997, 279).

Entgegen der Auffassung des Ag. unterfällt, wie oben dargelegt, eine Versammlung i. S. des Art. 8 Abs. 1 GG, § 1 Abs. 1 VersammlG selbst dann dem Regime des VersammlG, wenn von ihr Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ausgehen [...].

C. Ermessen des Gerichts

Zur Wahrung der Rechte des ASt. erscheint es ausreichend, den Beschlusstenor auf die Feststellung der fehlenden Berechtigung des Ag. zu beschränken, da davon auszugehen ist, dass der Ag. angesichts seiner Bindung an Gesetz und Recht gem. Art. 20 Abs. 3 GG sein zukünftiges Verhalten danach einrichten wird.

Standort: VerwR AT — Problem: VA-Qualität von Schulnoten

OVG NW, BESCHLUSS VOM 22.01.2001
19 A 1901/00 (DVBL 2001, 823)

Problemdarstellung:

Das OVG NW hatte sich mit der Frage zu befassen, ob eine dem Kl. erteilte Zeugnisnote einen Verwaltungsakt (VA) nach § 35 VwVfG NW darstellte. Problematisch ist hierbei die "Regelungswirkung", wonach ein VA auf unmittelbare Herbeiführung einer Rechtsfolge gerichtet sein muss. Eine solche Rechtsfolge wurde von den Gerichten vielfach bejaht, wenn sie Auswirkungen auf die abschließende Bewertung einer Ausbildung - im Extremfall auf Bestehen oder Nichtbestehen derselben - hatte (BVerwG, Buchholz 421.0, Prüfungswesen, Nr. 118, S. 188, 189; HessVGH, DVBl. 1974, 469; OVG Berlin, DÖV 1975, 570). Das OVG bezeichnet diese Rechtsprechung als "überholt". Nach seiner Ansicht sei nicht die Auswirkung auf eine abschließende Bewertung, sondern die Grundrechtsrelevanz einer Maßnahme das entscheidende Kriterium. Verkürze eine Note ein Grundrecht, liege darin die Herbeiführung einer (unliebsamen) Rechtsfolge. Nach dem herrschenden "modernen" ("erweiterten") Eingriffsbegriff (s. Vertiefungshinweise) könne aber auch eine faktische Beeinträchtigung einen Grundrechtseingriff darstellen. Werde also - wie im Fall - die Berufsfreiheit des Kl. aus Art. 12 GG faktisch dadurch verkürzt, dass ihm im Abschlusszeugnis mangelnde Fremdsprachenkenntnisse durch die Note "mangelhaft" im Fach Englisch bescheinigt worden seien, liege wegen der damit geringer gewordenen Aussicht des Kl. auf berufliches Fortkommen ein Grundrechtseingriff und damit Regelungswirkung i.S.d. § 35 VwVfG vor. Auf die Tatsache, dass diese Note sich weder auf das Bestehen noch die abschließende Bewertung der Prüfung ausgewirkt habe, sondern nur deklaratorisch aufgenommen worden sei, komme es mithin nicht an.

Prüfungsrelevanz:

Schulnoten lassen sich deshalb gut in Examensaufgaben integrieren, weil sie Gelegenheit zur Prüfung diverser Standardprobleme bieten. Neben der in der vorliegenden Entscheidung angesprochenen Regelungswirkung lässt sich bei Schülern die VA-Qualität der Schulnote auch unter dem Gesichtspunkt der "Außenwirkung" mit Blick auf die besondere Nähebeziehung der Schüler zum Staat (Stichwort: "Besonderes Gewaltverhältnis") problematisieren. Dass sich die VA-Quali-

tät schon in der Zulässigkeit eines Rechtsbehelfs (Klageart, Notwendigkeit eines Vorverfahrens usw.) und ferner auf die formellen Anforderungen (Anhörung gem. § 28 I VwVfG erforderlich?) entscheidend auswirkt, bedarf keiner weiteren Erörterung.

Materiell-inhaltlich steht der Verwaltung i.Ü. gerade bei Prüfungsentscheidungen wohl ein sogen. "Beurteilungsspielraum" (vgl. Vertiefungshinweise) zu, der von den Gerichten nur sehr eingeschränkt überprüfbar ist. Der Kandidat, welcher z.B. im Rahmen einer Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage über die Richtigkeit einer Note zu entscheiden hat, wird sich in der Rolle des Verwaltungsgerichts daher vorab mit der Frage zu beschäftigen haben, ob und in welchem Umfang die erteilte Note überhaupt der richterlichen Überprüfung unterliegt.

Vertiefungshinweise:

❝ Zum Beurteilungsspielraum: *OVG NW*, RA 1999, 306 = NWVBl 1999, 188; *VG Lüneburg*, RA 2000, 645 = NdsVBl 2000, 251; *Maurer*, Allg. VerwR, § 7 Rz. 31 ff.

❝ Zur modernen Eingriffslehre: *Bleckmann/Eckhoff*, DVBl 1988, 373

❝ Zur VA-Qualität von Schul- und Prüfungsnoten: *BVerwG*, DVBl 1994, 1356; DÖV 1983, 819; DÖV 1995, 114; DVBl 1994, 1356

Kursprogramm:

❝ *Assessorkurs*: "Das Prüfungsgespräch"

Leitsatz:

Eine Note, die für das Bestehen oder Nichtbestehen einer Ausbildung oder Prüfung bzw. eine Versetzung nicht maßgeblich ist, kann im Einzelfall ein VA sein.

Sachverhalt:

Der Kl. war Schüler eines Berufskollegs. In dem zum Ende des 2. Schuljahres 1998/99 erteilten Zeugnis erhielt er in dem zum Wahlbereich gehörenden und allein im 2. Halbjahr des Schuljahres 1998/99 erteilten Fach Englisch die Note "mangelhaft". Den gegen diese Note erhobenen Widerspruch behandelte die Bekl. als "Beschwerde", der sie teilweise stattgab. Die vom Kl. daraufhin beantragte Entscheidung über die Kosten des Vorverfahrens und deren Erstattung lehnte die Bekl. ab. Das VG gab der Klage statt. Der Antrag der Bekl. auf Zulassung der Berufung hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Vorliegen der VA-Merkmale

Die Bekl. bestreitet nicht und es ist auch sonst nicht zweifelhaft, dass die Note im Fach Englisch i. S. des § 35 Satz 1 VwVfG NW eine hoheitliche Maßnahme ist, die das Berufskolleg als Behörde auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts, nämlich des Schulrechts, getroffen hat.

B. Insbesondere: Regelung mit Außenwirkung

Die Note erfüllt darüber hinaus die weiteren nach § 35 Satz 1 VwVfG NW für das Vorliegen eines VA erforderlichen Merkmale der Regelung eines Einzelfalls mit unmittelbarer Rechtswirkung nach außen.

In welchen Fällen eine Note nach ihrem objektiven Sinngehalt (vgl. zu diesem Beurteilungsmaßstab: BVerwGE 60, 144, 145; 41, 253, 258) eine Regelung mit unmittelbarer Rechtswirkung nach außen darstellt, lässt sich nicht abstrakt feststellen. Dies hängt vielmehr entscheidend davon ab, ob die Note nach der einschlägigen Ausbildungs- und Prüfungsordnung rechtlich gesehen selbstständige Bedeutung hat (BVerwG, DÖV 1995, 114, 115; DVBl. 1994, 1356) und ob nach der Ausbildungs- und Prüfungsordnung oder der tatsächlichen Ausgestaltung der Ausbildung und Prüfung durch die Schule unmittelbar durch die in Rede stehende Note Rechtspositionen des Prüflings bzw. Schülers betroffen werden (Niehues, Schul- und Prüfungsrecht, Bd. 2, 3. Aufl., Rdnr. 380 m. w. N.).

I. Vorliegend keine Relevanz der Note für den Abschluss

Zutreffend ist der Vortrag der Bekl., die Note in dem Fach Englisch sei für die Zuerkennung des Berufsschulabschlusses an den Kl. nicht relevant. Der Berufsschulabschluss wird bei Schülern, die - wie der Kl., dessen Ausbildungszeit nach den vorliegenden Unterlagen am 31. 8. 2000 endete - ihre Ausbildung nicht am Ende eines Schulhalbjahres, sondern am Ende eines Schuljahres abschließen, regelmäßig auf der Grundlage der Noten des letzten Schuljahres zuerkannt (§ 14 Abs. 1 Sätze 1 und 2 AO-BS). Eine Ausnahme gilt nur für Fächer des berufsübergreifenden Lernbereichs (§ 4 Abs. 2 Satz 1 AO-BS). Ist im letzten Schuljahr ein Fach dieses Lernbereiches nicht erteilt worden, so ist für dieses Fach gemäß § 14 Abs. 1 Satz 3 AO-BS die letzte dem Schüler in diesem Fach erteilte Note in die Bildung der Berufsschulabschlussnote einzubeziehen. Die übrigen Fächer, die der Schüler bereits vor dem für ihn letzten Schuljahr abgeschlossen hat, sind für die Zuerkennung des Berufsschulabschlusses nicht relevant, sondern lediglich gemäß § 16 Abs. 1 Satz 2 AO-BS in dem Abschlusszeugnis "gesondert aufzuführen", und zwar mit der zuletzt in dem jeweiligen Fach erteilten Note. Danach ist die Note in dem zum Wahlbereich gehörenden Fach Englisch ohne Relevanz für die Zuerkennung des Berufsschulabschlusses an den Kl. Sie wird jedoch in seinem Abschlusszeugnis "gesondert aufgeführt", weil er am Englischunterricht im 2. Halbjahr des Schuljahres 1998/99 teilnahm.

II. Auswirkungen auf den Abschluss für VA-Qualität jedoch irrelevant

Fehl geht allerdings die hieraus gezogene Schlussfolgerung der Bekl., die Note in dem Fach Englisch sei kein VA, weil hierfür Voraussetzung sei, dass sie Einfluss auf die Zuerkennung des Berufsschulabschlusses und/oder die Ermittlung der Berufsschulabschlussnote habe. Denn nach der Rspr. sei eine einzelne Note in einem Schulzeugnis nur dann als VA angesehen worden, wenn sie unmittelbare Auswirkungen auf die Erteilung oder Nichterteilung eines Abschlusses bzw. auf die Qualität eines Abschlusses habe und damit für den "wesentlichen Regelungsgehalt" des (Abschluss-)Zeugnisses relevant sei.

Eine Note hat [jedoch] entgegen der Auffassung der Bekl. nicht zwangsläufig schon dann den Rechtscharakter eines VA, wenn sie Auswirkungen auf die Erteilung oder Nichterteilung eines Abschlusses hat. In aller Regel ist in diesen Fällen vielmehr das nach § 35 Satz 1 VwVfG NW erforderliche Merkmal der Regelung eines Einzelfalls mit unmittelbarer Rechtswirkung zu verneinen. Eine Note hat nämlich rechtlich gesehen keine selbstständige oder nur mittelbare Bedeutung, wenn nach der jeweiligen Ausbildungs- und Prüfungsordnung eine gesonderte behördliche Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen einer Ausbildung oder Prüfung bzw. einer Versetzung vorgesehen ist und die Note - wie die für den Berufsschulabschluss gemäß § 14 Abs. 1 Sätze 1 bis 3 AO-BS maßgeblichen Noten - (lediglich) Grundlage dieser Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen ist. In diesen Fällen enthält allein der Bescheid der Behörde, mit dem dem Schüler bzw. Prüfling mitgeteilt wird, er habe die Prüfung in bestimmter Weise bestanden oder nicht bestanden bzw. er werde nicht versetzt, eine rechtliche Regelung und ist daher nur dieser Bescheid ein selbstständig anfechtbarer VA ((BVerwG, DÖV 1995, 114, 115; DVBl. 1994, 1356; damit sind frühere Entscheidungen überholt, in denen einzelne Noten dann als VAe angesehen wurden, wenn sie Auswirkungen auf die abschließende Bewertung einer Ausbildung haben, vgl. BVerwG, Buchholz 421.0, Prüfungswesen, Nr. 118, S. 188, 189; HessVGH, DVBl. 1974, 469; OVG Berlin, DÖV 1975, 570).

III. Vielmehr: Grundrechtsrelevanz entscheidend

Ob dagegen eine nach der Ausbildungs- und Prüfungsordnung für den Abschluss nicht relevante, sondern rechtlich selbstständige Note die erforderliche unmittelbare Rechtswirkung auf Rechtspositionen des Schülers bzw. Prüflings hat, richtet sich maßgeblich danach, ob und inwieweit sie für seine weitere Schullaufbahn erheblich ist oder über den Schulbereich hinausgehend ohne weiteres Zutun der Behörde die Rechtsstellung des Prüflings ändert (vgl. BVerwG, BayVBl. 1983, 477).

1. Erweiterter Eingriffsbegriff anzuwenden

Letzteres ist nach dem in der Grundrechtslehre herrschenden, gegenüber dem klassischen Eingriffsbegriff erweiterten Verständnis des Eingriffs bereits dann der Fall, wenn die Note tatsächliche Auswirkungen auf das künftige Berufsleben des Schülers bzw. Prüflings hat, weil auch tatsächliche Auswirkungen auf die Freiheit der Berufswahl und Berufsausübung bereits einen Eingriff in den Schutzbereich des Grundrechts der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) darstellen (vgl. BVerfGE 82, 209, 233 f.; 22, 380, 384; verneinend: OVG Rh.-Pf., DÖV 1980, 614). Eine rechtlich selbstständige Note hat dann i. S. des § 35 Satz 1 VwVfG NW unmittelbare Rechtswirkung auf die Berufsfreiheit des Schülers bzw. Prüflings, wenn sie seine Chancen im Berufsleben verbessert oder verschlechtert. In diesem Fall liegt ein unmittelbarer Eingriff in den Schutzbereich des Grundrechts der Berufsfreiheit vor, weil die Note ebenso wie ein Abschluss- und Prüfungszeugnis sowohl für den Zugang zu einem Beruf als auch für das weitere berufliche Fortkommen erheblich sein kann (vgl. auch BVerwGE 73, 376, 377; VGH Bad.-Württ., DVBl. 1989, 1262; OVG NW, NVwZ 1985, 595 und OVGE 30, 153, 154 f.).

2. Subsumtion

Nach Maßgabe dieser Grundsätze hat die dem Kl. im Zeugnis vom 16. 6. 1999 erteilte Note im Fach Englisch den Rechtscharakter eines VA. Sie hat rechtlich gesehen selbstständige Bedeutung, weil sie nicht Grundlage der Entscheidung über die Zuerkennung des Berufsschulabschlusses ist, aber nach § 16 Abs. 1 Satz 2 AO-BS "gesondert" im Abschlusszeugnis aufzuführen ist. Sie hat zudem unmittelbare Rechtswirkung auf die Berufsfreiheit des Kl. Die "gesonderte" Angabe der Note im Abschlusszeugnis hat zur Folge, dass nicht nur mit der nach § 16 Abs. 1 Satz 1 AO-BS ebenfalls im Abschlusszeugnis enthaltenen Entscheidung über die Zuerkennung des Berufsschulabschlusses, sondern gerade auch mit der Note im Fach Englisch eine verbindliche Aussage über die - in diesem Fall fremdsprachliche - Qualifikation des Kl. getroffen wird, die für den Zugang zu einem Beruf und das weitere berufliche Fortkommen des Kl. möglicherweise erheblich ist. Denn mit der "gesonderten" Angabe weiterer Fächer, an deren Unterricht der Schüler mit einem durch das Abschlusszeugnis zum Ausdruck gebrachten (bestimmten) Erfolg oder Misserfolg teilgenommen hat, wird seitens der Schule festgestellt, wie der Ausbildungserfolg des Schülers, insbesondere im Verhältnis zu anderen Schülern, die die gleiche Berufsschulabschlussnote erreicht haben, einzuschätzen ist. Hat der Schüler etwa am Unterricht mehrerer Fächer des Wahlbereichs und zudem in diesen Fächern mit gutem Erfolg teilgenommen, kommt hierdurch eine bessere berufliche Qualifikation

zum Ausdruck als bei solchen Schülern, die zwar dieselbe Berufsschulabschlussnote erzielt, aber am Unterricht lediglich eines weiteren Faches und zudem mit geringerem Erfolg teilgenommen haben. Mit der Regelung in § 16 Abs. 1 Satz 2 AO-BS bezweckt der Verordnungsgeber ebenso wie mit der nach § 14 Abs. 1 Satz 2 AO-BS vorgesehenen Bildung einer Berufsschulabschlussnote eine mit hoheitlichem Geltungsanspruch versehene Aussage über fachliche, für das Berufsleben in aller Regel wichtige Qualifikationen. Die nach § 16 Abs. 1 Satz 2 AO-BS "gesondert aufzuführenden" Fächer und Noten haben insoweit ebenso wie die Zuerkennung des Berufsschulabschlusses und die Erteilung einer bestimmten Berufsschulabschlussnote unmittelbare Rechtswirkung auf das Grundrecht der Berufsfreiheit, weil sie die Position des Schülers im Vergleich zu anderen Schülern verbessern oder verschlechtern können.

Zivilrecht

Standort: Deliktsrecht Problem: Produzentenhaftung von Brauereien

OLG HAMM, BESCHLUSS VOM 14.02.2001
9 W 23/00 (NJW 2001, 1654)

Problemdarstellung:

In diesem Urteil hat das OLG Hamm zu Inhalt, Umfang und Grenzen der Produzentenhaftung im Rahmen des § 823 I BGB - hier insb. zur Instruktionspflicht des Produzenten - Stellung genommen. Im konkreten Fall eines Prozesskostenhilfeverfahrens gem. §§ 114 ZPO ging es um die Frage einer Schadensersatzpflicht einer Bierbrauerei, weil sie auf ihren Bierflaschen nicht vor den Gefahren übermäßigen Alkoholkonsums warnte. Nach anerkannter Rechtsprechung ist der Hersteller eines Produkts im Rahmen der ihm obliegenden Verkehrssicherungspflicht u.a. gehalten, die Produktanwender durch sachgemäße Instruktion vor Gefahren zu warnen, die von dem Produkt ausgehen können (sog. Instruktionspflicht). Da die Instruktionspflicht aber nur im Rahmen einer vernünftigen Verbrauchererwartung besteht, kann eine Instruktion vom Hersteller im Allgemeinen nur dann verlangt werden, wenn er damit rechnen muss, dass seine Produkte in die Hand von Verbrauchern gelangen, die mit den Produktgefahren nicht vertraut sind. Was dagegen auf dem Gebiet allgemeinen Erfahrungswissens der Verbraucher liegt, darüber braucht nicht belehrt zu werden. Unter dieser Prämisse erstreckt sich die Instruktionspflicht einer Bierbrauerei nicht auf die Gefahren übermäßigen Alkoholgenusses.

Prüfungsrelevanz:

Ist die Produzentenhaftung im Rahmen des § 823 I BGB Gegenstand einer Klausur, so muss berücksichtigt werden, dass die Rechtsprechung die Grundsätze zur Produzentenhaftung aufgrund der Schwächen des ProdHG entwickelt hat. Die in diesen Grundsätzen niedergelegten Pflichten eines Produzenten gegenüber dem Endabnehmer stellen berufsspezifische Verkehrssicherungspflichten dar, die von der Rechtsprechung auf der Basis von § 242 BGB entwickelt worden sind. Zu den Pflichten eines Produzenten gehören Konstruktions-, Fabrikations-, Instruktions- und Produktbeobachtungspflicht. Des weiteren führt die Produzentenhaftung zu einer Beweislastumkehr zugunsten des klagenden Endabnehmers, dass das Verschulden des Produzenten im Rahmen des § 823 I BGB vermutet wird.

Vertiefungshinweise:

- Zur Anbringung von Warnhinweisen auf Zigarettenpackungen: *EuGH*, EuZW 1993, 640
- Zur Haftung von Tabakkonzernen für Raucherschäden: *Kullmann*, ZLR 2001, 231

Kursprogramm:

- *Examenskurs*: "Der defekte Gaszug"

Leitsätze:

1. Eine Brauerei ist nicht verpflichtet, auf Bierflaschen vor den Gefahren übermäßigen Alkoholkonsums zu warnen.
2. Die Instruktionspflicht des Herstellers erstreckt sich nicht auf Risiken, die allgemein bekannt sind.

Sachverhalt:

Der Ast. begehrt Prozesskostenhilfe für eine Schadensersatzklage, mit der er die Ag. wegen fehlender Warnhinweise vor Alkoholmissbrauch in Anspruch nehmen will. Er behauptet, er habe seit etwa 17 Jahren von der Ag. hergestelltes Bier konsumiert und sei dadurch alkoholkrank geworden. Aus diesem Grunde habe sich seine Ehefrau von ihm scheiden lassen und sei er arbeitslos geworden. Des Weiteren habe er seine Fahrerlaubnis wegen Trunkenheit am Steuer verloren. Er vertritt die Ansicht, die Ag. sei verpflichtet gewesen, auf die Gefahren hinzuweisen, die bei regelmäßigem, insbesondere aber exzessivem Konsum des von ihr hergestellten Produkts Warsteiner Bier entstehen könnten. Er behauptet, wenn sich auf den von ihm erworbenen Flaschen Warnhinweise befunden hätte, wäre er von übermäßigem Trinkkonsum abgehalten worden. Mit der beabsichtigten Klage will er ein angemessenes Schmerzensgeld von mindestens 30.000 DM sowie die Feststellung einer Schadenersatzpflicht der Ag. für alle weiteren materiellen und immateriellen Schäden, die ihm aus dem Alkoholkonsum noch entstehen werden, durchsetzen. Die Ast. verneint eine Verpflichtung zu besonderen Hinweisen auf die Gefahren übermäßigen Alkoholkonsums und bestreitet, dass der Ag. sich von derartigen Warnhinweisen von seinem Bierkonsum hätte abhalten lassen.
Das LG hat die beantragte Prozesskostenhilfe im Wesentlichen mit der Begründung verweigert, dass es für

eine Hinweispflicht auf "Risiken und Nebenwirkungen" von Bier keine gesetzliche Vorschrift gebe, dass die Alkoholhaltigkeit von Bier allgemein bekannt sei und selbst bei Annahme einer Produkthaftung der Ag. das Eigenverschulden des Ast. derart schwer wiege, dass demgegenüber eine Verantwortlichkeit der Ag. nicht mehr ins Gewicht falle. Die hiergegen gerichtete Beschwerde des Ast. hatte keinen Erfolg; das OLG hat die Erfolgsaussichten der beabsichtigten Klage verneint.

Aus den Gründen:

A. Entscheidungssatz

Dem Ast. steht kein nach §§ 823, 847 BGB aus Produzentenhaftung hergeleiteter Schadenersatzanspruch gegen die Ag. zu.

B. Keine Instruktionspflicht des Produzenten bei allgemeinem Erfahrungswissen

Nach anerkannter Rechtsprechung ist der Hersteller eines Produkts im Rahmen der ihm obliegenden Verkehrssicherungspflicht zwar unter anderem gehalten, die Produktanwender durch sachgemäße Instruktionen vor Gefahren zu warnen, die von dem Produkt ausgehen können (Instruktionspflicht). Diese Pflicht erstreckt sich jedoch nicht auf solche Risiken, die jedem Verständigen einleuchten. Da sie nur die selbstverantwortliche Gefahrensteuerung ermöglichen soll, ist eine Warnung nicht erforderlich, wenn und soweit der Produktanwender selbst über die sicherheitsrelevanten Informationen verfügt und sie ihm im konkreten Fall gegenwärtig sind (BGH, NJW 1994, 932 [933] = LM § 823 [Dc] BGB Nr. 191 m. w. Nachw.; Meyer, Instruktionshaftung, 1992, S. 126). Da hiernach die Instruktionspflicht grundsätzlich nur im Rahmen der vernünftigen Verbrauchererwartung besteht, kann eine Instruktion von dem Hersteller im Allgemeinen nur dann verlangt werden, wenn er damit rechnen muss, dass seine Produkte in die Hand von Personen gelangen, die mit den Produktgefahren nicht vertraut sind. - Was dagegen auf dem Gebiete allgemeinen Erfahrungswissens der in Betracht kommenden Abnehmerkreise liegt, braucht nicht zum Inhalt einer Warnung gemacht werden.

C. Keine Instruktionspflicht für Brauereien

Legt man diesen Maßstab, von dem abzuweichen auch in Fällen der vorliegenden Art kein Grund besteht, auf die Frage der Warnbedürftigkeit vor den Gefahren übermäßigen Alkoholkonsums an, so ist hier eine Instruktionspflicht zu verneinen. Die Kenntnis von den Wirkungen alkoholischer Getränke gehört zwar nicht bezüglich der medizinischen Details, wohl aber hinsichtlich der Kernproblematik zum allgemeinen Grundwissen. Daran kann bei lebensnaher Würdigung kein ernsthafter Zweifel bestehen.

Von der Instruktionspflicht überhaupt nicht berührt ist die Frage der mehr oder weniger leichten Verführbarkeit zum Alkoholkonsum. Die Instruktionspflicht soll dem Produktbenutzer nämlich lediglich eine Entscheidungsgrundlage dafür bieten, ob er das Risiko bei der Produktbenutzung auf sich nehmen oder das Produkt wegen seines Risikos meiden will (Zekoll, NJW 1999, 2722 [2723]). Hingegen soll sie ihm nicht diese Entscheidung selbst abnehmen. Diese ist vielmehr grundsätzlich von dem Produktverwender in Selbstverantwortung für die eigene Lebensführung zu treffen. Der Senat verkennt nicht, dass charakterlich weniger gefestigte Menschen erfahrungsgemäß trotz ihrer Kenntnis von den Gefahren übermäßigen Alkoholkonsums dazu verleitet werden können, dieses Risiko einzugehen. Diese Gefahren sind jedoch die Sphäre der eigenen Lebensführung zuzuordnen und können auf der Suche nach "Verantwortlichen" nicht ohne weiteres auf die Hersteller von Produkten abgewälzt werden, die von der Gesellschaft nicht nur toleriert, sondern auch als gesellschaftsfähig akzeptiert werden (vgl. Steffen, NJW 1996, 3063).

D. Keine Kausalität zwischen fehlendem Warnhinweis und Alkoholkrankheit des Ast.

Der Ast. hat auch nicht nachvollziehbar dargelegt, dass er etwaige Warnhinweise auf den Bierflaschen der Ag. tatsächlich zum Anlass genommen hätte, seinen Alkoholkonsum zumindest erheblich einzuschränken, und dass damit eine etwaige Verletzung von Instruktionspflichten für seine Gesundheitsschädigung Oberhaupt ursächlich geworden wäre. Nach gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung obliegt dem Verletzten die Beweislast dafür, dass die Schäden durch eine ausreichende Warnung vor dem Risiko vermieden worden wären. Es kann zwar eine tatsächliche Vermutung dafür sprechen, dass dann, wenn auf bestehende Gefahren deutlich und für den Adressaten plausibel hingewiesen worden wäre, diese Warnung auch Beachtung gefunden hätte (BGH, NJW 1999, 2273 [2274]). Für eine solche Vermutung sind jedoch konkrete Anhaltspunkte erforderlich, die hier weder vorgetragen noch aus dem Akteninhalt ersichtlich sind.

Standort: Zivilprozessrecht **Problem: Feststellungsinteresse gem. § 256 ZPO**

BGH, URTEIL VOM 16.01.2001 | VI ZR 381/99 (NJW 2001, 1431)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Revisionsverfahren wurde die Frage nach den Anforderungen an das Feststellungsinteresse gem. § 256 I ZPO gestellt. Gem. § 256 I ZPO ist eine Feststellungsklage nur zulässig, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse an der Feststellung des streitigen Rechtsverhältnisses hat. Im vorliegenden Fall stellten die Kl. den Antrag, festzustellen, dass der Bekl. auch zum Ersatz aller zukünftigen materiellen und immateriellen Schäden aus einem vom ihm verursachten Verkehrsunfall verpflichtet sei. Das BerGer. lehnte ein entsprechendes Feststellungsinteresse gem. § 256 I ZPO ab, weil nach seiner Ansicht die Kl. nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit dargelegt hätten, dass auch in Zukunft weitere Schadenseintritte zu befürchten seien. Dieser Rechtsprechung ist der BGH entgegen getreten, indem für ein Feststellungsinteresse gem. § 256 I ZPO bereits die Möglichkeit eines entsprechenden Schadenseintritts für ausreichend hält. An der Erforderlichkeit eines zusätzlichen Begründungselements für das Feststellungsinteresse (hier: Wahrscheinlichkeit eines späteren Schadenseintritts) hat der BGH Zweifel zumindest für den Fall, dass Gegenstand der Feststellungsklage ein befürchteter Folgeschaden aus der Verletzung eines deliktsrechtlich geschützten absoluten Rechtsguts ist. Die Wahrscheinlichkeit einer späteren Schadensentstehung gehört vielmehr zur Begründetheit der Feststellungsklage (BGH NJW 1991, 2707; NJW 1998, 160).

Prüfungsrelevanz:

Das Feststellungsinteresse gem. § 256 I ZPO ist als gesteigertes Rechtsschutzbedürfnis eine besondere Prozessvoraussetzung zur Erhebung einer Feststellungsklage (Thomas/Putzo, 22. Aufl., § 256 Rz. 3, 13). Allgemein besteht ein Feststellungsinteresse, wenn durch eine tatsächliche Unsicherheit Ansprüche und Rechte des Klägers in ihrer Durchsetzung gefährdet sind; das Feststellungsurteil muss mit seiner rein ideellen Rechtskraftwirkung geeignet sein, diese Unsicherheit zu beseitigen und somit für den Kl. Rechtssicherheit herbeizuführen. (BGHZ 69, 144).

Vertiefungshinweise:

- Zum Feststellungsinteresse gem. § 256 ZPO: *OLG Düsseldorf*, NJW-RR 2000 973 = NZBau 2000, 384; *OLG Hamm*, NVersZ 1999, 380; *OLG Karlsruhe*, NZV 1998, 412.

Kursprogramm:

- *Examenskurs*: “Das verhängnisvolle Skate-Board”
- *Assessorkurs*: “Das Geschäftslokal”

Leitsatz:

Wird die Feststellung der Pflicht zum Ersatz künftigen Schadens aus einer bereits eingetretenen Rechtsgutsverletzung beantragt, so reicht für das Feststellungsinteresse die Möglichkeit eines Schadenseintritts aus, die nur verneint werden darf, wenn aus der Sicht des Klägers bei verständiger Würdigung kein Grund besteht, mit dem Eintritt eines Schadens wenigstens zu rechnen.

Sachverhalt:

Die Kl. machen Schadensersatzansprüche aus einem Verkehrsunfall vom 25. 5. 1994 geltend, bei welchem die Ehefrau des Kl. zu 1 und Mutter der Kl. zu 2 und zu 3 als Fahrerin eines Pkw getötet wurde, nachdem sie nach links in eine bevorrechtigte Straße eingebogen und dort mit dem Kraftfahrzeug des Bekl. zu 1 zusammengestoßen war, dessen Haftpflichtversicherer die Bekl. zu 2 war. Der im Jahre 1985 geborene Kl. zu 2 war Beifahrer im Wagen seiner Mutter; er wurde bei dem Unfall selbst verletzt und erlebte den Tod seiner Mutter mit. Der beim Unfallgeschehen nicht anwesende Kl. zu 3 ist 1980 geboren. Die Kl. haben ein unfallursächliches, schuldhaft verkehrswidriges Verhalten des Bekl. zu 1 behauptet und die Verurteilung der Bekl. zum Ersatz bezifferten materiellen Schadens, zur Zahlung von Schmerzensgeld an die Kl. aus eigenem und aus ererbtem Recht, des Weiteren zur Entrichtung von Schadensersatzrenten wegen entgangenen Unterhalts begehrt sowie die Feststellung der Pflicht der Bekl. beantragt, ihnen allen künftig entstehenden materiellen und immateriellen Schaden zu ersetzen. Hinsichtlich des Feststellungsantrags haben die Kl. zu 2 und zu 3 auf psychische Störungen, insbesondere Depressionen, abgestellt, die sie durch den Unfalltod ihrer Mutter erlitten hätten.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Kl. hat das OLG durch Teil- und Grundurteil - unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen - die Klageanträge hinsichtlich des bezifferten materiellen Schadensersatzbegehrens sowie der Unterhaltsrenten dem Grunde nach zu l/5 für gerechtfertigt erklärt. Der Senat hat die Revision der Kl., mit der sie ihr Klagebegehren in vollem Umfang weiterverfolgt haben, nur insoweit angenommen, als die Anträge auf Feststellung der Ersatzpflicht der Bekl. für materielle Schäden der Kl. zu 2 und zu 3 mit einer Haftungsquote von 1/5 abgewiesen worden sind. Die Revision führte im Umfang der Annahme zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung der Vorinstanz: keine Wahrscheinlichkeit für spätere Schäden

Das BerGer. hält die - allein noch im. Streit befindlichen - Feststellungsanträge der Kl. zu 2 und zu 3 für unzulässig.

Die Kl. hätten sich für ihr Feststellungsbegehren ausschließlich auf andauernde unfallbedingte Störungen der Psyche (Depressionen) berufen. Soweit sich diese Anträge auf die Ersatzpflicht für hieraus resultierende finanzielle Belastungen (Arztbehandlungen, Medikamente) bezögen, mangele es der Klage an dem erforderlichen Feststellungsbedürfnis. Die Kl. hätten weder hinreichend dargetan, dass bei ihnen psychische Störungen mit Krankheitswert aufgetreten seien, noch sei ersichtlich, dass mit hinreichender Wahrscheinlichkeit mit dem Auftreten solcher Beeinträchtigungen zu rechnen sei. Insoweit sei zu berücksichtigen, dass in den zurückliegenden Jahren für keinen der Kl. entsprechende Kosten angefallen seien. Sollte es dementgegen künftig zu unfallbedingten psychischen Erkrankungen der Kl. kommen, stünde der Geltendmachung diesbezüglicher Ansprüche eine Rechtskraft des Urteils nicht entgegen.

B. Rechtsansicht des BGH: Möglichkeit eines späteren Schadens ausreichend

Die Beurteilung des BerGer. zu den Feststellungsanträgen der Kl. zu 2 und zu 3 hält den Angriffen der Revision nicht stand. Die Überlegungen im Berufungsurteil, die teilweise auf nicht verfahrensfehlerfrei zu Stande gekommenen Feststellungen beruhen, tragen die Verneinung des Feststellungsinteresses und die Abweisung dieser Anträge als unzulässig nicht.

I. Inhalt der begehrten Feststellung

Das BerGer. geht beanstandungsfrei davon aus, dass die Anträge der Kl. zu 2 und zu 3 auf die Feststellung der Ersatzpflicht der Bekl. ausschließlich für Schäden aus psychischen Störungen mit Krankheitswert, insbesondere Depressionen, gerichtet sind. Es geht insoweit um von diesen beiden Kl. befürchtete künftige materielle Beeinträchtigungen, die aus einer unfallbedingten Gesundheitsbeschädigung im Hinblick auf das traumatische Erlebnis des Todes ihrer Mutter resultieren könnten

II. Voraussetzungen an das Feststellungsinteresse gem. § 256 I ZPO

Das Feststellungsinteresse i. S. des § 256 I ZPO hinsichtlich eines solchen - vorliegend allein noch auf § 7 I StVG gegründeten - Schadensersatzanspruchs, der noch nicht abschließend mit der Leistungsklage geltend gemacht werden kann, ist grundsätzlich dann zu bejahen, wenn der Anspruchsgegner seine haftungsrechtliche Verantwortlichkeit in Abrede stellt und durch die Klageerhebung einer drohenden Verjährung nach § 14 StVG i. V. mit § 852 BGB entgegengewirkt werden soll. Geht es dabei wie hier um den Ersatz erst künftig befürchteten Schadens auf Grund einer nach Behauptung der Kl. bereits eingetretenen Rechtsgutsverletzung, so setzt das Feststellungsinteresse weiter die Möglichkeit dieses Schadenseintritts voraus; diese ist zu verneinen, wenn aus der Sicht der Kl. bei verständiger Würdigung kein Grund besteht, mit dem Eintritt eines derartigen Schadens wenigstens zu rechnen (vgl. z. B. BGHZ 116, 60 [75] = NJW 1992, 560 = LM H. 7/1992 § 823 [Dc] BGB Nr. 181 m. w. Nachw.); entgegen der Auffassung des BerGer. kann im Rahmen der Zulässigkeit nicht darüber hinaus eine hinreichende Schadenswahrscheinlichkeit gefordert werden.

Ein in solcher Weise zulässig gestellter Feststellungsantrag ist begründet, wenn die sachlich-rechtlichen Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs vorliegen, also insbesondere ein haftungsrechtlich relevanter Eingriff in ein nach § 7 I StVG geschätztes Rechtsgut des Geschädigten gegeben ist, der zu den für die Zukunft befürchteten Schäden führen kann. Ob darüber hinaus im Rahmen der Begründetheit eine gewisse Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts zu verlangen ist (vgl. dazu z. B. Senat, NJW 1998, 160 = LM H. 2/1998 § 256 ZPO Nr. 197 = VersR 1997, 1508 [1509] m. w. Nachw.; BGH, NJW 1993, 648 = LM H. 4/1993 § 852 BGB Nrn. 122-124 = BGHR ZPO § 256 Abs. 1 Schadensersatz 2, und NJW 1991, 2707 [2708] = LM H. 3/1992 § 130 ZPO Nr. 16) bedarf unter den Umständen des Streitfalls keiner abschließenden Entscheidung. An der Erforderlichkeit eines solchen zusätzlichen Begründungselements hat der Senat Zweifel jedenfalls für den Fall, dass - wie hier - Gegenstand der Feststellungsklage ein befürchteter Folgeschaden aus der Verletzung eines deliktsrechtlich geschätzten absoluten Rechtsguts ist.

III. Auswirkung auf den vorliegenden Fall

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze durfte das BerGer. nicht ohne weitere Sachaufklärung zu einer vollständigen Abweisung der Feststellungsanträge der Kl. zu 2 und zu 3 gelangen, sie insbesondere nicht mangels Feststellungsinteresses für unzulässig erachten. Die Revision rügt zu Recht, dass sich das BerGer. in diesem Zusammenhang verfahrensfehlerhaft nicht hinreichend mit entscheidungserheblichem Sachvortrag und Beweisangeboten der Kl. auseinander gesetzt hat.

1. Vortrag der Kl. zu späteren psychischen Schäden

Die Kl. haben in der Berufungsbegründung vorgetragen, beim Kl. zu 2, der habe miterleben müssen, wie seine Mutter verstarb, und der noch vergeblich versucht habe, ihr zu helfen, sie aus dem Auto zu ziehen und mit ihr zu sprechen, seien nach dem Unfall psychisch bedingte Lähmungserscheinungen aufgetreten; er habe das Unfallereignis nach wie vor nicht verarbeitet und leide unter Albträumen. Für diesen Vortrag wurde Beweis angetreten unter anderem durch das (sachverständige) Zeugnis, der Psychologin Prof. Dr. R sowie des Arztes Dr. T.

Für den Kl. zu 3 wurde in der Berufungsbegründung behauptet - und in gleicher Weise wie beim Kl. zu 2 unter Beweis gestellt -, dass der Tod seiner Mutter bei ihm schwere depressive Verstimmungen ausgelöst habe und er heute noch unter dem Tod seiner Mutter leide; er habe sich nach dem Unfallereignis mehr und mehr verschlossen und sich noch nicht von dem unfallbedingten Trauma erholt.

2. Ausreichende Möglichkeit weiterer psychischer Schäden

Mit diesem Vorbringen haben die Kl. zu 2 und zu 3 nicht nur in hinreichend substanziierter Weise schlüssig eine unfallbedingte Gesundheitsbeeinträchtigung i. S. des § 7 I StVG. vorgetragen, sondern auch - im Hinblick auf das Feststellungsinteresse - ausreichend dargetan und unter Beweis gestellt, weshalb sie aus ihrer Sicht den Eintritt künftiger Schäden aus dieser Rechtsgutsverletzung für möglich erachten.

a. Depressionen als psychischer Schaden

Dass durch ein Unfallgeschehen ausgelöste, traumatisch bedingte psychische Störungen von Krankheitswert, die sich etwa in Depressionen niederschlagen, eine Verletzung des geschätzten Rechtsguts Gesundheit darstellen können, ist nicht zu bezweifeln und wird ersichtlich auch im Berufungsurteil nicht in Abrede gestellt (vgl. zu Fällen des Schockschadens sowie der Aktual- oder Unfallneurose z. B. BGHZ 139, 341 [344] = NJW 1996, 2425 = LM H. 10/1996 § 249 [Ba] BGB Nr. 38 m. w. Nachw.).

b. Ausreichende Darlegung durch die Kl.

Entgegen der Auffassung des BerGer. waren von den Kl. zu 2 und zu 3 für das Vorliegen solcher gesundheitlichen Beeinträchtigungen und die Möglichkeit hieraus künftig resultierender, im Rahmen der auf die Bekl. entfallenden Haftungsquote von 1/5 ersatzfähiger Schäden keine weiter gehenden Darlegungen erforderlich. Dabei darf nicht außer Acht gelassen werden, dass derartige traumatische psychische Störungen mit Krankheitswert und mit negativen Folgen für ihre spätere körperliche und seelische Entwicklung bei Kindern, die - wie hier - im Alter von neun bzw. 14 Jahren mit dem plötzlichen Unfalltod ihrer Mutter konfrontiert werden oder ihn sogar, wie dies beim Kl. zu 2 der Fall war, unmittelbar miterlebt haben, von vornherein nahe liegen; dies gibt besonderen Anlass, die Anforderungen an die Erfüllung der Darlegungslast in angemessenen Grenzen zu halten, , vor allem, soweit es im Hinblick auf das Feststellungsinteresse nur um die Möglichkeit künftiger Schäden geht. Das BerGer. durfte dabei nicht entscheidend darauf abstellen, dass in den zurückliegenden Jahren - auch ausweislich der Bezifferung des bisher geforderten materiellen Schadensersatzes - für keinen der Kl. entsprechende Kosten angefallen seien. Vielmehr hätte das BerGer., bevor es zu einer vollständigen Abweisung der Feststellungsanträge der Kl. zu 2 und zu 3 gelangte, erst recht bevor es sie bereits mangels Feststellungsinteresses als unzulässig behandelte, auf der Grundlage des dargestellten Sachvortrags den Beweisangeboten nachgehen müssen.

C. Entscheidung des BGH: Urteilsaufhebung und Zurückverweisung

Das Berufungsurteil war daher, soweit die Anträge der Kl. zu 2 und zu 3 auf Feststellung der Ersatzpflicht der Bekl. für materielle Schäden mit einer Haftungsquote von 115 abgewiesen worden sind, aufzuheben; die Sache war in diesem Umfang zur weiteren Aufklärung an das BerGer. zurückzuverweisen.

Standort: Familienrecht Problem: Unterhaltspflicht trotz Haushaltsführung

BGH, URTEIL VOM 21.02.2001
XII ZR 308/98 (NJW 2001, 1488)

Problemdarstellung:

In diesem Rechtsstreit musste der BGH die Frage klären, ob seine sog. Hausmann-Rechtsprechung (vgl. u. zum Inhalt dieser Rechtsprechung) auch auf nicht eheliche Lebensgemeinschaften übertragbar ist. Diese Rechtsfrage wird in Rechtsprechung und Literatur nicht einhellig beantwortet. Der BGH hält jedoch eine Ausdehnung seiner Rechtsprechung für gerechtfertigt, da es keine zwingende Gründe für eine Differenzierung danach gibt, ob der Unterhaltsschuldner später eine weitere Ehe oder eine nicht eheliche Lebensgemeinschaft eingeht. Vor dem Hintergrund der Kindschaftsreform von 1998 und des Schwangeren- und Familienhilfe-

änderungsgesetz von 1995 ist die Annahme einer rechtlichen Unverbindlichkeit einer nicht ehelichen Lebensgemeinschaft nicht mehr tragbar. Die geänderte Rechtsstellung nicht ehelicher Eltern begründet gegenseitige Rechte und Pflichten. Daher muss ein nicht ehelicher Lebensgefährte darauf Rücksicht nehmen, wenn sein Lebensgefährte aufgrund einer vorherigen Ehe oder Elternschaft zum Unterhalt verpflichtet ist.

Zugleich nutzte der BGH die Gelegenheit, die Anforderungen an einen zulässigen Rollenwechsel zum Hausmann klarzustellen.

Prüfungsrelevanz:

Nach der sog. Hausmann-Rechtsprechung entfällt die Unterhaltspflicht, eine zumutbare Erwerbstätigkeit aufzunehmen, gegenüber minderjährigen unverheirateten Kindern und den gem. § 1603 II 2 BGB gleichgestellten volljährigen unverheirateten Kindern nicht ohne weiteres dadurch, dass der Unterhaltspflichtige eine neue Ehe eingegangen ist und im Einvernehmen mit seinem Ehegatten allein die Haushaltsführung übernimmt. Die Ehegatten können zwar nach § 1356 I BGB im gegenseitigem Einverständnis regeln, dass einer von ihnen die Haushaltsführung und ggf. die Kinderbetreuung allein übernimmt. Unterhaltsrechtlich entlastet die häusliche Tätigkeit den unterhaltspflichtigen Ehegatten aber nur gegenüber den Mitgliedern seiner neuen Familie. Der unterhaltsrechtliche Gleichrang der Kinder aus erster und zweiter Ehe verwehrt es dem unterhaltspflichtigen Ehegatten deshalb, sich ohne weiteres auf die Sorge für die Mitglieder seiner neuen Familie zu beschränken. Hierzu ist er auch dem anderen Ehegatten gegenüber nicht verpflichtet. Vielmehr darf er gerade im Hinblick auf seine Unterhaltspflichten gegenüber den weiteren gleichrangig Berechtigten grundsätzlich von seinem auch gegenüber dem anderen Ehegatten bestehenden Recht auf Erwerbstätigkeit Gebrauch machen. Letzterer muss nach § 1356 II BGB insoweit auf die bestehenden Unterhaltspflichten seines Gatten Rücksicht nehmen.

Diese Unterhaltspflicht gilt auch gegenüber einem unterhaltsberechtigten geschiedenen Ehegatten.

Vertiefungshinweise:

“ Zur Übertragung der Hausmann-Rechtsprechung auf nicht eheliche Lebensgemeinschaften: *OLG Koblenz*, FamRZ 2000, 367; *Hohloch*, LM 7/2001, § 1570 BGB Nr. 21

“ Zur Begründung der Hausmann-Rechtsprechung im allgemeinen: *BGH*, NJW 1996, 1815; *Dieckmann*, LM 7/1996 § 1570 BGB Nr. 16.

Leitsätze:

1. Die sog. “Hausmann-Rechtsprechung” findet entsprechende Anwendung, wenn der Unterhaltspflichtige in nicht ehelicher Lebensgemeinschaft mit einem anderen Partner zusammenlebt und ein aus dieser Beziehung stammendes Kind betreut.

2. Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen ein seinem geschiedenen Ehegatten Unterhaltspflichtiger unter Aufgabe seiner bisherigen Erwerbstätigkeit in einer nicht ehelichen Lebensgemeinschaft die Haushaltsführung und Kinderbetreuung übernehmen darf (Fortführung von Senat, NJW 1996,1815 = LM H. 7/1996 § 1570 BGB Nr. 16 = FamRZ 1996, 796).

Sachverhalt:

Der Kl. begehrt die Abänderung der Verurteilung zur Zahlung nachehelichen Unterhalts. Die 1984 geschlossene Ehe der Parteien, aus der die Kinder j (geboren am 4. 5. 1986) und A (geboren am 31. 3. 1988) hervorgegangen sind, wurde 1993 geschieden. Im Scheidungsverbundurteil wurde der Bekl. die elterliche Sorge für die Kinder übertragen; der Kl. wurde außerdem auf Grund seines Anerkenntnisses verurteilt, nachehelichen Unterhalt von monatlich 800 DM an die Bekl. und Kindesunterhalt von monatlich jeweils 340 DM zu zahlen. Mit der vorliegenden Abänderungsklage begehrt er den völligen Wegfall der Verpflichtung zur Zahlung nachehelichen Unterhalts für die Zeit ab 8. 12. 1997 mit der Behauptung, zu Unterhaltsleistungen finanziell nicht mehr in der Lage zu sein. Der 1962 geborene Kl. war nach einer Ausbildung als Bauschlosser zwölf Jahre Zeitsoldat. Zum 31. 8. 1994 schied er bei der Bundeswehr aus und absolvierte bis August 1997 eine Umschulung als Kaufmann für Immobilien- und Grundstückswesen. Seitdem geht er keiner Erwerbstätigkeit mehr nach. Er lebt in einer nicht ehelichen Lebensgemeinschaft mit einer neuen Partnerin, von der sein am 24. 9. 1995 geborener Sohn P stammt. Der Kl. führt den Haushalt und betreut dieses Kind, während seine Partnerin erwerbstätig ist und ein durchschnittliches monatliches Nettoeinkommen von 2.600 DM erzielt, von dem sie den Kl. und das Kind unterhält.

Das AG hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Kl. hat das OLG - unter Zurückweisung der weiter gehenden Berufung des Kl. - das Scheidungsverbundurteil dahin abgeändert, dass der Kl. für die Zeit vom 8. 12. 1997 bis zum 3. 5. 1998 monatlich 222 DM und ab 4. 5. 1998 monatlich 211 DM an nachehelichem Unterhalt zu zahlen hat. Die - zugelassene - Revision der Bekl. führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

A. Begründung des BerGer. zur (eingeschränkten) Leistungsfähigkeit des Kl.

Das BerGer. hat den Kl. für eingeschränkt leistungsfähig gehalten und den nachehelichen Unterhalt deshalb herabgesetzt. Zur Begründung hat es im Wesentlichen

ausgeführt:
Der Kl. sei der nach wie vor unterhaltsbedürftigen Bekl. und den ehegemeinschaftlichen Kindern weiterhin unterhaltspflichtig. Er könne sich nicht durch Übernahme der Haushaltsführung und der Betreuung des aus der nicht ehelichen Lebensgemeinschaft hervorgegangenen Kindes seinen weiteren Unterhaltspflichten entziehen. Vielmehr finde die so genannte Hausmann-Rechtsprechung zur Leistungsfähigkeit eines bisher barunterhaltspflichtigen Ehegatten, der nach Wiederverheiratung die Haushaltsführung übernehme, bei der Begründung einer nicht ehelichen Lebensgemeinschaft entsprechende Anwendung. Die Bekl. müsse die Rollenwahl des Kl. innerhalb der nicht ehelichen Lebensgemeinschaft zwar hinnehmen, weil diese Gestaltung zu einer wesentlich günstigeren Einkommenssituation der neuen Familie führe. Während die neue Partnerin nämlich über ein monatliches Erwerbseinkommen von ca. 2.600 DM netto einschließlich Schichtzulagen verfüge, sei der Kl. bereits längere Zeit als arbeitssuchend gemeldet, weshalb nicht davon auszugehen sei, dass er ohne weiteres das Einkommen seiner Lebensgefährtin erzielen könne. Der Kl. sei allerdings gehalten, in zumutbarem Umfang einem Nebenerwerb nachzugehen, um seiner Barunterhaltspflicht teilweise zu genügen. Ein solcher ermögliche ihm einen Nebenverdienst von monatlich 800 DM netto. Da er nicht dargetan habe, sich um eine entsprechende Stelle in ausreichender Weise bemüht zu haben, sei ihm ein Einkommen in der vorgenannten Höhe fiktiv anzurechnen. Für die durchzuführende Mangelfallberechnung sei einerseits von einem Unterhaltsbedarf der Bekl. auszugehen, der sich bei Annahme eines möglichen bereinigten Erwerbseinkommens des Kl. von 2.400 DM - als Quote von 3/7 des nach Abzug des Mindesttabellenunterhalts für die beiden gemeinschaftlichen Kinder verbleibenden Betrags - auf 630 DM belaufe. Andererseits sei unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Lebensgefährtin des Kl. dessen eigenen notwendigen Unterhalt nicht in vollem Umfang decken könne, eine Verteilungsmasse von 521 DM zu Grunde zu legen (800 DM abzüglich Fehlbedarf von 279 DM), die anteilig auf den Bedarf der Bekl. und der gemeinschaftlichen Kinder zu verteilen sei.

B. Entscheidung des BGH: Falsche Anwendung der Hausmann-Rechtsprechung

Das hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand. Das OLG hat zwar im Ansatz zutreffend die so genannte Hausmannn-Rechtsprechung des Senats herangezogen. Die getroffenen Feststellungen tragen aber nicht die Annahme, dass die Bekl. den Rollentausch, den der Kl. und seine Lebensgefährtin vorgenommen haben, hinnehmen muss.

I. Die Hausmann-Rechtsprechung

Nach ständiger Rechtsprechung des Senats entfällt die unterhaltsrechtliche Obliegenheit, eine zumutbare Erwerbstätigkeit aufzunehmen, gegenüber minderjährigen unverheirateten Kindern und gegenüber diesen seit dem 1. 7. 1998 unter den Voraussetzungen des § 1603 II 2 BGB gleichgestellten volljährigen unverheirateten Kindern nicht ohne weiteres dadurch, dass der Unterhaltspflichtige eine neue Ehe eingegangen ist und im Einvernehmen mit seinem Ehegatten allein die Haushaltsführung übernimmt. Die Ehegatten können zwar nach § 1356 I BGB im gegenseitigem Einverständnis regeln, dass einer von ihnen die Haushaltsführung und gegebenenfalls die Kinderbetreuung allein übernimmt. Unterhaltsrechtlich entlastet die häusliche Tätigkeit den unterhalts-pflichtigen Ehegatten aber nur gegenüber den Mitgliedern seiner neuen Familie, denen diese Fürsorge allein zugute kommt. Der unterhaltsrechtliche Gleichrang der Kinder aus erster und zweiter Ehe verwehrt es dem unterhaltspflichtigen Ehegatten deshalb, sich ohne weiteres auf die Sorge für die Mitglieder seiner neuen Familie zu beschränken. Hierzu ist er auch dem anderen Ehegatten gegenüber nicht verpflichtet. Vielmehr darf er gerade im Hinblick auf seine Unterhaltspflichten gegenüber den weiteren gleichrangig Berechtigten grundsätzlich von seinem auch gegenüber dem anderen Ehegatten bestehenden Recht auf Erwerbstätigkeit Gebrauch machen. Letzterer muss nach § 1356 II BGB insoweit auf die bestehenden Unterhaltspflichten seines Gatten Rücksicht nehmen.
Das gilt grundsätzlich auch dann, wenn in der neuen Ehe ein betreuungsbedürftiges Kind vorhanden ist. In diesem Fall muss die Rollenwahl - unter Abwägung der beiderseitigen Interessen im Einzelfall - zwar dann hingenommen werden, wenn sich der Familienunterhalt in der neuen Ehe dadurch, dass der andere Ehegatte voll erwerbstätig ist, wesentlich günstiger gestaltet als es der Fall wäre, wenn dieser die Kindesbetreuung übernehmen würde und der unterhaltspflichtige Elternteil voll erwerbstätig wäre. Die Gleichrangigkeit der Unterhaltsansprüche der weiteren Unterhaltsberechtigten gebietet es allerdings auch unter diesen Umständen, die Beeinträchtigung dieser Ansprüche so gering wie möglich zu halten. Der unterhaltspflichtige Ehegatte muss daher im Allgemeinen seine häusliche Tätigkeit in der neuen Ehe auf das unbedingt notwendige Maß beschränken und wenigstens eine Nebentätigkeit aufnehmen, um auch zum Unterhalt der gleichrangig Unterhaltsberechtigten aus seiner ersten Ehe beitragen zu können.
Diese Grundsätze sind auch bei der Bestimmung der Erwerbsobliegenheit des bisherigen Unterhaltsschuldners im Verhältnis zu seinem unterhaltsberechtigten geschiedenen Ehegatten heranzuziehen, da letzterer unterhaltsrechtlich auf der gleichen Rangstufe steht wie minderjährige Kinder. Das gilt insbesondere dann, wenn der Unterhaltsanspruch des früheren Ehegatten -

wie hier - aus § 1570 BGB folgt, der im Interesse des Kindeswohls sicherstellen soll, dass das Kind nach der Trennung von dem einen Elternteil nicht auch noch weit gehend auf die persönliche Betreuung durch den anderen Elternteil verzichten muss, weil dieser sich seinen Lebensunterhalt durch eigene Erwerbstätigkeit verdienen muss (Senat, BGHZ 75, 272 [275 ff.] = NJW 1980, 340 = LM § 1356 BGB Nr. 21 [L]; NJW 1982,175 = LM § 1356 BGB Nr. 22 = FamRZ 1982,25; NJW 1987,1549 = LM § 1356 BGB Nr. 27 = FamRZ 1987, 472 m. w. Nachw.; NJW 1996, 1815 = LM mH. 7/1996 § 1570 BGB Nr. 16 = FamRZ 1996, 796).

II. Übertragung dieser Rechtsprechung auf eine spätere nicht-eheliche Lebensgemeinschaft

Ob diese Grundsätze auch dann heranzuziehen sind, wenn der barunterhaltspflichtige Elternteil nicht wieder verheiratet ist, sondern in nicht ehelicher Lebensgemeinschaft mit einem neuen Partner zusammenlebt und ein aus dieser Beziehung stammendes Kind betreut, wird in Rechtsprechung und Schrifttum nicht einhellig beantwortet.

1. Bisherige Ansicht des BGH

Der Senat hat bisher für den Fall einer gegenüber ihren minderjährigen Kindern aus erster Ehe barunterhaltspflichtigen Mutter, die ein von ihrem neuen Partner stammendes nicht eheliches Kind betreut und deshalb keiner Erwerbstätigkeit nachgeht, die Auffassung vertreten, eine entsprechende Anwendung der Hausmann-Rechtsprechung komme nicht in Betracht, weil der Lebensgefährte angesichts der rechtlichen Unverbindlichkeit einer nicht ehelichen Lebensgemeinschaft nicht verpflichtet sei, auf die finanziellen Belange seiner Partnerin Rücksicht zu nehmen, um dieser die Ausübung einer Erwerbstätigkeit zu ermöglichen (Senat, NJW-RR 1995, 451 = FamRZ 1995, 598; ebenso: OLG Frankfurt a. M., FamRZ 1992, 979; OLG Düsseldorf, FamRZ 1991, 592 [593 f.]; OLG Karlsruhe, FamRZ 1996, 1238; OLG Köln, NJW 1999, 725).

2. Kritik des Schrifttums

Die Gegenmeinung betont demgegenüber, dass die unterschiedliche Behandlung eines Unterhaltspflichtigen, die sich danach ausrichte, ob er mit dem anderen Elternteil des von ihm betreuten Kindes verheiratet sei oder in nicht ehelicher Lebensgemeinschaft zusammenlebe, nicht (mehr) berechtigt sei. Die Zeit, in der die Auffassung habe vertreten werden können, dass zwischen nicht miteinander verheirateten Eltern keine Rechtsbeziehungen bestanden, gehöre der Vergangenheit an. Ein solches Verständnis werde auch den gesellschaftlichen Gegebenheiten nicht mehr gerecht. Vielmehr befänden sich Eltern, die - ohne miteinander verheiratet zu sein - gemeinsam die elterliche Verantwortung ausübten, in einer mit verheirateten Eltern vergleichbaren Lage. Deshalb könne auch von dem neuen Partner erwartet werden, die Kinderbetreuung teilweise zu übernehmen, um dem anderen die Fortsetzung einer Erwerbstätigkeit zur Erfüllung seiner Unterhaltspflichten aus erster Ehe zu ermöglichen (OLG Köln, NJW 2000, 2117; OLG Hamm, NJW 1999, 3642; Wendl/Scholz, UnterhaltsR, 5. Aufl., § 2 Rdnr. 192; Kalthoener/Büttner/Niepmann, Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts, 7. Aufl., Rdnr. 665; Scbwab, Hdb. des Scheidungsr, 4. Aufl., Kap. V Rdnr. 141; Ermanl/Holzhauer, BGB, 10. Aufl., § 1603 Rdnr. 34; Palandt/Brudermüller, BGB, 60. Aufl., § 1581 Rdnr. 7; Palandt/Diederichsen, § 1603 Rdnr. 46).

3. Umschwenken der BGH-Ansicht

Nachdem die Rechtslage sich geändert hat, folgt der Senat der zuletzt genannten Auffassung. Durch das Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz vom 21. 8. 1995 (BGBl I, 1050 [1055]) wurden die Voraussetzungen des Unterhaltsanspruchs der Mutter eines nicht ehelichen Kindes gegen den Vater nach § 1615 I BGB erweitert und der Anspruch bis auf drei Jahre nach der Entbindung verlängert. Betreuungsunterhalt wird damit unter Voraussetzungen gewährt, wie sie § 1570 BGB bei Betreuung eines ehelichen Kindes vorsieht. Seit dem In-Kraft-Treten des Kindschaftsrechtsreformgesetzes am 1. 7. 1998 sieht § 1615 l II 3 BGB eine weitere Verbesserung des Betreuungsunterhalts vor: Die Unterhaltspflicht endet nicht drei Jahre nach der Geburt des Kindes, sofern die Versagung des Unterhaltsanspruchs nach Ablauf dieser Frist insbesondere unter Berücksichtigung der Belange des Kindes unbillig wäre. Wenn der Vater das Kind betreut, steht ihm seit dem 1. 7. 1998 der Unterhaltsanspruch nach § 1615 1 II 2 BGB gegen die Mutter zu (§ 1615 1 V BGB). Nach der ebenfalls zum 1. 7. 1998 in Kraft getretenen Bestimmung des § 1626 a I Nr. 1 BGB sind Eltern, die bei der Geburt eines Kindes nicht miteinander verheiratet sind, gemeinsam sorgeberechtigt, wenn sie erklären, die elterliche Sorge gemeinsam übernehmen zu wollen. Machen Eltern von dieser Möglichkeit Gebrauch, so haben sie die zum Wohl des Kindes zu treffenden Entscheidungen, und damit auch diejenige über die Betreuung des Kindes, im gegenseitigem Einvernehmen zu treffen (§ 1627 BGB). Die von den Eltern insoweit zu verlangende Rücksichtnahme auf die Belange des jeweils anderen schafft indessen eine dem § 1356 BGB vergleichbare Situation (OLG München, FamRZ 1999, 1526 [1527]). Daran ändert der Umstand nichts, dass der eine Partner nicht zur Rücksichtnahme auf Unterhaltspflichten des anderen sowie insbesondere nicht dazu gezwungen werden kann, dessen zeitweise arbeitsbedingte Abwesenheit durch eigene

Betreuungsleistungen zu ermöglichen. Denn auch in der Ehe sind Betreuungspflichten gegenüber einem Kind nicht einklagbar (Wendl/Scholz, § 2 Rdnr. 192).

Vor diesem Hintergrund ist die Annahme, die rechtliche Unverbindlichkeit einer nicht ehelichen Lebensgemeinschaft stehe der Heranziehung der Hausmann-Rechtsprechung entgegen, nicht mehr gerechtfertigt. Sie entspricht nicht der durch die Kindschaftsrechtsreform veränderten Rechtsstellung nicht ehelicher Eltern, durch die nicht nur die beiderseitigen Rechte verstärkt, sondern auch Pflichten begründet worden sind. Dieses Ergebnis gilt unabhängig davon, ob im Einzelfall Sorgeerklärungen nach § 1626 1 Nr. 1 BGB abgegeben worden sind. Denn die tatsächliche Situation in nicht ehelicher Lebensgemeinschaft lebender Eltern wird davon in der Regel nicht berührt, so dass eine unterschiedliche Behandlung nicht gerechtfertigt ist. Diese Auffassung wird auch von der Revision nicht angegriffen.

III. Vorliegen der Voraussetzungen zur Hausmann-Rechtsprechung im konkreten Fall

Die Revision tritt aber der weiteren Annahme des BerGer. entgegen, die Bekl. müsse die Rollenwahl des Kl. innerhalb der nicht ehelichen Lebensgemeinschaft hinnehmen. Sie beanstandet insoweit zu Recht, dass die hierfür erforderlichen Feststellungen nicht getroffen worden sind.

Wie der Senat bereits in seinem Urteil vom 13. 3. 1996 (NJW 1996, 1815 = LM H. 7/1996 § 1570 BGB Nr. 16 = FamRZ, 1996, 796 [797]) hervorgehoben hat, gilt für die Frage, ob die Rollenwahl gerechtfertigt ist, ein strenger, auf enge Ausnahmefälle begrenzter Maßstab, der einen wesentlichen, den Verzicht auf die Aufgabenverteilung unzumutbar machenden Vorteil für die neue Familie voraussetzt. Die weiteren Unterhaltsberechtigten müssen eine Einbuße ihrer Unterhaltsansprüche deshalb nur dann hinnehmen, wenn das Interesse des Unterhaltspflichtigen und seiner neuen Familie ihr eigenes Interesse an der Beibehaltung der bisherigen Unterhaltssicherung deutlich überwiegt. Ob die Rollenwahl gerechtfertigt ist, kann auch davon abhängen, dass der Unterhaltspflichtige zumutbare Vorsorgemaßnahmen zur Sicherstellung des Unterhalts der alten Familie trifft. Selbst im Fall eines zulässigen Rollentauschs muss der unterhaltspflichtige Ehegatte im Übrigen - um die Beeinträchtigung der Unterhaltsansprüche der gleichrangigen weiteren Berechtigten so gering wie möglich zu halten - seine häusliche Tätigkeit gegebenenfalls unter Inanspruchnahme einer (entgeltlichen) Betreuung des Kindes durch Dritte - auf das unbedingt notwendige Maß beschränken und grundsätzlich wenigstens eine Nebentätigkeit aufnehmen, um auch zum Unterhalt seiner ersten Familie beitragen zu können. Diese Grundsätze gelten in besondere in Maße, wenn der Unterhaltspflichtige vorher durch seine Erwerbstätigkeit für den finanziellen Familienunterhalt gesorgt hat. Der Senat hat im vorgenannten Urteil insoweit sogar die Frage aufgeworfen, ob es generell ausreichen kann, dass die andere Rollenverteilung zu einer wesentlich günstigeren Einkommenssituation der neuen Familie führt. Diese Frage kann im vorliegenden Fall indessen ebenfalls offen bleiben. Denn das BerGer. hat unabhängig davon keine Umstände festgestellt, die bei der gebotenen restriktiven Beurteilung die Übernahme der Haushaltsführung und Kinderbetreuung durch den Kl. rechtfertigen könnten.

Das BerGer. ist davon ausgegangen, dass die Lebensgefährtin des Kl. über ein monatliches Erwerbseinkommen von 2.600 DM netto einschließlich Schichtzulagen verfügt. Es hat weiter angenommen, dass der als arbeitssuchend gemeldete Kl. dieses Einkommen nicht ohne weiteres erzielen könne. Der Bemessung des Unterhaltsbedarfs der Bekl. hat das BerGer. allerdings ein mögliches bereinigtes Erwerbseinkommen des Kl. von monatlich 2.400 DM zu Grunde gelegt und damit zu erkennen gegeben, dass seiner Auffassung nach der Kl. bei Aufnahme einer Erwerbstätigkeit ein entsprechendes Einkommen erreichen könnte. Wenn das indessen der Fall ist, kann nicht von einer unverhältnismäßig günstigeren Einkommenssituation infolge des Rollentauschs ausgegangen werden. Dafür reicht die Einkommensdifferenz von 200 DM keinesfalls aus. Davon abgesehen kann selbst dieser Betrag noch nicht einmal zu Grunde gelegt werden. Das BerGer. hat nämlich von dem Einkommen des Kl., das als bereinigt bezeichnet wird, ersichtlich bereits berufsbedingte Aufwendungen abgezogen, bei demjenigen seiner Partnerin indessen nicht. Setzt man den insoweit üblichen Satz von 5% an (vgl. etwa Anm. 3 zur Düsseldorfer Tabelle), beläuft sich das bereinigte Einkommen der Lebensgefährtin des Kl. nur noch auf 2470 DM. Die dann noch verbleibende Differenz fällt kaum mehr ins Gewicht. Dass der Kl. bei gehörigen Anstrengungen keine volle Erwerbstätigkeit hätte finden können, hat das BerGer. ebenfalls nicht festgestellt; dies wäre auch mit den Ausführungen zur Ermittlung des Bedarfs der Bekl. nicht zu vereinbaren. Dann bleiben aber keine Gründe übrig, die den Rollentausch für die Unterhaltsberechtigten aus der ersten Ehe des Kl. hinnehmbar machen könnten.

C. Auswirkung auf das Urteil des BerGer.

Das angefochtene Urteil kann deshalb keinen Bestand haben. Wenn die Rollenwahl nicht akzeptiert zu werden braucht, ist dem Unterhaltspflichtigen weiterhin eine Vollerwerbstätigkeit zuzumuten. Dass der Kl. sich um eine solche Stelle in einer den zu erwartenden intensiven Anstrengungen genügenden Weise erfolglos bemüht hätte, hat das BerGer., wie bereits ausgeführt, bisher nicht festgestellt. Im Übrigen lassen die Ausführungen im Rahmen der Bedarfsermittlung nicht erkennen, auf

Grund welcher konkreten Umstände von einem möglichen bereinigten Nettoeinkommen des Kl. von monatlich 2.400 DM ausgegangen worden ist. Die Sache ist deshalb zur Nachholung der erforderlichen Feststellungen an das BerGer. zurückzuverweisen.

Standort: Allg. Teil — Problem: Verjährung des Prospekthaftungsanspruchs

BGH, URTEIL VOM 18.12.2000
II ZR 84/99 (NJW 2001, 1203)

Problemdarstellung:

Hat ein Kapitalanleger aufgrund eines Prospekts sich an einer Geldanlagemöglichkeit beteiligt (hier: Beitritt zu einem geschlossenen Immobilienfonds) und ist das Prospekt fehlerhaft, so hat der Kapitalanleger gegen den Herausgeber des Prospekts einen Schadensersatzanspruch nach den Grundsätzen zur sog. Prospekthaftung.

Fraglich war im vorliegenden Fall, wann dieser Schadensersatzanspruch verjährt. Der BGH stellt fest, dass die Grundsätze zur sog. Prospekthaftung eine Weiterentwicklung zu den gesetzlich geregelten Fällen einer Prospekthaftung (§§ 20 KAGG, 12 AuslInvG, 13 VerkaufspropektG, 47 BörsG) darstellen. Folglich überträgt auch die gesetzlich geregelten Verjährungsregeln auf die allgemeine Prospekthaftung, so dass der darauf gestützte Schadensersatzanspruch sechs Monate ab Kenntnis vom Prospektfehler, spätestens aber drei Jahre nach dem Erwerb des Anteils verjährt. Einzige Ausnahme soll dabei die Prospekthaftung bei Bauherrenmodellen (vgl. BGHZ 126, 166), wo für die Verjährungsfrage auf werkvertragliche Aspekte abgestellt wird. Der Grund für diese Differenzierung liegt in der unterschiedlichen Struktur dieses Anlagemodells.

Prüfungsrelevanz:

Neben der durch Spezialgesetze (s.o.) geregelten Prospekthaftung hat die Rechtsprechung des BGH, gestützt auf den Gedanken der Vertrauenshaftung und den Grundsätzen zur c.i.c., für den Kapitalmarkt eine Haftung für die Vollständigkeit und Richtigkeit von Prospekten entwickelt (BGHZ 111, 314; 115, 213; 123, 106). Die Prospekthaftung geht davon aus, dass das Prospekt i.d.R. die einzige Informationsquelle des Anlegers ist. Sie knüpft nicht an persönliches, sondern an typisiertes Vertrauen an und setzt nicht voraus, dass der Anleger die Verantwortlichen für das Prospekt und seine Mitwirkung kennt. Haftender nach der sog. Prospekthaftung sind die Gründer, Initiatoren und Gestalter der Kapitalanlage; ebenso haften alle Personen, die als Referenz oder Garant für die Kapitalanlage im Prospekt auftreten, also Banken, Rechtsanwälte, Steuerberater etc. (Palandt/Heinrichs, 60. Aufl., § 276 BGB Rz. 23 ff.).

Vertiefungshinweise:

❝ Zur Verjährung von Prospekthaftungsansprüchen: *OLG München*, NJW-RR 2000, 624; *Gehrlein*, NJW 1995, 110

Kursprogramm:

❝ *Examenskurs*: “Der defekte Gaszug”

Leitsatz:

Prospekthaftungsansprüche, die sich aus dem Beitritt zu einem geschlossenen Immobilienfonds ergeben, verjähren in sechs Monaten ab Kenntnis des Prospektfehlers, spätestens aber drei Jahre nach dem Erwerb des Anteils.

Sachverhalt:

Die Kl. zeichnete am 20. 11. 1990 zwei Gesellschaftsanteile gemäß Zeichnungsschein des B. Herausgeber des Prospekts zu diesem geschlossenen Immobilienfonds war die I-GmbH, deren damaliger Geschäftsführer unter anderem der Bekl. zu 2 war; dieser war zugleich mit 50% an der Gesellschaft beteiligt. Die Kl. geriet wegen der finanziellen Belastungen durch die zur Finanzierung ihrer Gesellschaftsanteile auf sie abgeschlossene Lebensversicherung in wirtschaftliche Schwierigkeiten. Sie nimmt den Bekl. zu 2 als Gesamtschuldner neben dem wegen fehlerhafter Anlagevermittlung belangten Bekl. zu 1 auf Zahlung von Schadensersatz in Anspruch. Die Kl. wirft dem Bekl. zu 2 vor, dass der Prospekt zu dem (streitbefangenen) geschlossenen Immobilienfonds fehlerhaft und insbesondere die Finanzierung über die Kapitallebensversicherung nicht in der im Prospekt angegebenen Weise möglich gewesen sei. Der Bekl. zu 2 bestreitet dies und erhebt die Einrede der Verjährung.

Das LG hat der Klage gegen beide Bekl. stattgegeben, das OLG hat die Berufung beider Bekl. zurückgewiesen. Die Revision des Bekl. zu 1 ist durch Senatsbeschluss vom 11. 9. 2000 nicht angenommen worden. Die Revision des Bekl. zu 2 hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung über den Erfolg der Revision

Die Revision des Bekl. zu 2 ist begründet und führt zur Abweisung der gegen diesen gerichteten Klage wegen

Verjährung der Klageforderung. Das BerGer. hat die von dem Bekl. zu 2 erhobene Einrede der Verjährung nicht durchgreifen lassen, weil es von einer Verjährungsfrist von 30 Jahren ausgegangen ist. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision haben Erfolg.

B. Herleitung einer kurzen Verjährungsfrist für Prospekthaftungsansprüche

Die Grundsätze zur allgemeinen Prospekthaftung hat die Rechtsprechung in Analogie zu den gesetzlich geregelten Prospekthaftungstatbeständen entwickelt (etwa BGHZ 71, 284 [286 ff.] = NJW 1978, 1625 = LM § 276 [Fa] BGB Nr. 50 L; BGHZ 11 1, 314 [316 ff.] = NJW 1990, 2461 = LM § 276 [Fa] BGB Nr. 111; BGHZ 115, 213 [217ff.] = NJW 1992, 228 = LM H. 3/1992 § 276 [Fa] BGB Nr. 120; BGHZ 123, 106 [109 f.] = NJW 1993, 2865 = LM H. 1/1994 § 276 [Fa] BGB Nr. 133). Diese Tatbestände sehen durchweg vor, dass Ansprüche aus Prospekthaftung in sechs Monaten nach Kenntnis des Anlegers von dem Prospektfehler, spätestens jedoch nach drei Jahren verjähren. Dies ist etwa in § 20 V KAGG und § 12 V AuslInvestmG sowie seit In-Kraft-Treten des Dritten Finanzmarktförderungsgesetzes vom 1. 4. 1998 in § 47 BörsG und § 13 VerkaufsprospektG i. V. mit § 47 BörsG vorgesehen. Dabei stellen § 20 V KAGG und § 12 V AuslInvestmG für. den Beginn der Drei-Jahres-Frist auf den Kaufvertrag, § 47 BörsG und § 13 VerkaufsprospektG i. V. mit § 47 BörsG auf die Prospektherausgabe ab. Unter diesen Umständen lag es nahe, die gesetzlichen Bestimmungen nicht nur bei den Haftungsvoraussetzungen, sondern auch bei der Verjährungsfrist als Maßstab zu berücksichtigen. Dies hat dazu geführt, dass der Senat in Anlehnung an die damals bereits in Kraft gewesenen Bestimmungen des § 20 V KAGG und des § 12 V AuslInvestmG entschieden hat, dass auch die in der Rechtsprechung entwickelten Prospekthaftungsansprüche in sechs Monaten ab Kenntnis des Prospektfehlers und spätestens drei Jahre nach dem Beitritt zu der Gesellschaft oder dem Erwerb der Anteile verjähren. Der Senat sieht keinen Anlass, von diesem seit BGHZ 83, 222 (224 ff.) = NJW 1982, 1514 = LM § 195 BGB Nr. 24, vertretenen Standpunkt, der in der Literatur allgemein Zustimmung gefunden hat (vgl. Kiethe, BB 1999, 2253 [2257]; Emmerich, in: Münch-Komm, 3. Aufl., Vorb. § 275 Rdnr. 152; Staudinger/Löwisch, BGB, 13. Aufl., Vorb. §§ 275 ff. Rdnr. 93; speziell zum geschlossenen Immobilienfonds: Michalski/Schulenburg, NZG 1999, 615), abzugehen.

C. Ausnahme für die Prospekthaftung beim Bauherrenmodell

Entgegen der Auffassung des BerGer. ergibt sich auch aus der Entscheidung des BGH vom 1. 6. 1994 (BGHZ 126, 166 = NJW 1994, 2226 = LM H. 1/1995 § 195 BGB Nr. 37; zu Prospekthaftungsansprüchen bei Bauherrenmodellen (vgl. auch BGH, NJW 2001, 436, zum Bauträgermodell) weder die Notwendigkeit noch eine Rechtfertigung dafür, die Prospekthaftungsansprüche bei geschlossenen Immobilienfonds in Abweichung von der allgemein für die Prospekthaftung geltenden kurzen Verjährung der 30-jährigen Verjährungsfrist des § 195 BGB zu unterwerfen. Die Entscheidung VOM 1. 6. 1994 basiert auf der Prämisse, dass sich Bauherrenmodelle von anderen Anlageformen grundlegend unterscheiden. Auf dieser Grundlage wird in der Entscheidung zur Verjährung von Prospekthaftungsansprüchen bei Bauherrenmodellen eine Lösung erarbeitet, die ausschließlich in den Besonderheiten dieser Anlageform ihre Ableitung und Erklärung findet.

Im Unterschied zu anderen Anlageformen ist das Bauherrenmodell nicht auf unbestimmte Dauer angelegt; es zielt vielmehr darauf ab, dass der Anleger einen Teil der fraglichen Immobilie nach den Grundsätzen des Wohnungseigentumsgesetzes zu Eigentum erwirbt. Zudem muss der Anleger aus konzeptionellen Gründen als Bauherr der Immobilie auftreten. Er muss rechtlich und wirtschaftlich dem Werkbesteller gleichstellen. Allein im Hinblick auf diese Umstände sind die vertraglichen Beziehungen bei Bauherrenmodellen in erheblichem Umfang vom Werkvertragsrecht geprägt. Wegen dieser Besonderheit der Bauherrenmodelle wird in der Entscheidung vom 1. 6. 1994 bei der Verjährungsfrage ausschließlich auf werkvertragliche Gesichtspunkte abgestellt (BGHZ 126, 166 [171] = NJW 1994, 2226 = LM H. 1/1995 § 195 BGB Nr. 37).

Entgegen der Auffassung des BerGer. besteht bereits vom Ansatz her keine Veranlassung, die auf ausschließlich werkvertraglicher Argumentation beruhende Entscheidung vom 1. 6. 1994 zu Bauherrenmodellen auf geschlossene Immobilienfonds zu übertragen. Anders als Bauherrenmodelle sind geschlossene Immobilienfonds nicht auf den Erwerb von (Teil-) Grundeigentum ausgerichtet. Ihre Konzeption erfordert es zudem nicht, dass die Anleger rechtlich oder wirtschaftlich die Position eines Bauherren einnehmen. Auch sonst sind die vertraglichen Beziehungen zwischen den Beteiligten nicht von werkvertraglichen Elementen geprägt. Im Vordergrund steht - ähnlich wie bei den Publikumskommanditgesellschaften - ein auf Dauer angelegter gesellschaftsrechtlicher Zusammenschluss, wobei diese Fonds sich von anderen gesellschaftsrechtlich geprägten Anlageformen im Wesentlichen lediglich dadurch unterscheiden, dass eine Immobilie (selten mehrere Immobilien) den wesentlichen Vermögensgegenstand der Gesellschaft bildet. Die Interessenlage gleicht damit derjenigen der Anleger und der Prospektverantwortlichen bei anderen von der Prospekthaftung erfassten Tatbeständen in allen wesentlichen Punkten.

D. Übertragung auf den vorliegenden Fall
Danach hat der Bekl. zu 2 die Einrede der Verjährung zu Recht erhoben. Die Verjährungsfrist war unstreitig verstrichen, da die Kl. ihre Anteile 1990 gezeichnet, ihre Schadensersatzansprüche aber erst mit einer im August 1996 eingereichten Klage rechtshängig gemacht hat.

Standort: Schenkung Problem: Bedürftigkeitseinrede gem. § 529 II BGB

BGH, URTEIL VOM 19.12.2000
X ZR 146/99 (NJW 2001, 1207)

Problemdarstellung:
Gem. § 528 I BGB kann nach vollzogener Schenkung der Schenker das Geschenkte zurückfordern, wenn er nunmehr außerstande ist, seinen eigenen Unterhalt sicherzustellen bzw. seiner gesetzlichen Unterhaltspflicht gegenüber anderen nachzukommen. Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, ob ein solches Rückforderungsbegehren gem. § 529 II BGB ausgeschlossen ist, weil der Beschenkte inzwischen selbstverschuldet nicht mehr in der Lage ist, seinen eigenen Unterhalt sicherzustellen bzw. seiner gesetzlichen Unterhaltspflicht gegenüber anderen nachzukommen (sog. Notbedarfs- oder Bedürftigkeitseinrede).

Der BGH stellt zunächst klar, dass es grundsätzlich für die Bedürftigkeitseinrede von § 529 II BGB nach Wortlaut und Schutzzweck unerheblich ist, wann und wodurch der Notbedarf des Beschenkten ausgelöst worden ist. Insbesondere der systematische Vergleich mit § 529 I BGB zeigt, dass sich der Gesetzgeber der Möglichkeit einer selbstverschuldeten Bedürftigkeit bewusst war, sie aber für § 529 II BGB nicht als Ausschlussgrund normieren wollte.

Jedoch stellt der BGH fest, dass die Geltendmachung der Notbedarfseinrede - wie bei jedem anderen Recht auch - im Einzelfall ausnahmsweise eine unzulässige Rechtsausübung gem. § 242 BGB darstellen kann. Unter Berücksichtigung entsprechender Rechtsprechungsgrundsätze im Unterhaltsrecht ist demnach dem Beschenkten die Berufung auf die eigene Bedürftigkeit zu verwehren, wenn er in Kenntnis von der Notbedarf des Schenkers mutwillig seine eigene Bedürftigkeit herbeiführt.

Prüfungsrelevanz:
Diese Entscheidung eignet sich dazu, dem Examenskandidaten den nicht immer leichten Umgang mit der Generalvorschrift von § 242 BGB näher zu bringen. Die Anwendbarkeit von § 242 BGB erschließt sich nicht anhand des Gesetzestextes, sondern erst durch das Studium der dazu ergangenen Judikatur. Es ist seit langem anerkannt, dass § 242 BGB über seinen Wortsinn hinaus einen den gesamten Zivilrechtsverkehr beherrschenden Grundsatz aufstellt, dass jedermann bei Ausübung seiner Rechte und Pflichten nach den Geboten von Treu und Glauben zu handeln hat ("sozialethische Schranke des Rechts"). Deshalb bildet der Grundsatz von Treu und Glauben eine allen Rechten, Rechtslagen und Rechtsnormen immanente Inhaltsbegrenzung (sog. Innentheorie) (BGHZ 30, 145; Palandt/Heinrichs, 60. Aufl., § 242 BGB Rz. 38); dabei ist die gegen § 242 BGB verstoßende Rechtsausübung als Rechtsüberschreitung missbräuchlich und unzulässig. Welche Anforderungen Treu und Glauben ergeben, lässt sich nur unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls entscheiden.

Vertiefungshinweise:
❝ Zur Heranziehung familienrechtlicher Bestimmungen und Rechtsprechung im Rahmen von § 529 II BGB: *BGH*, NJW 2000, 3488; *Michalski/Radke*, LM H. 2/2001 § 529 BGB Nr. 2
❝ Zum Eintritt der Bedürftigkeit des Schenkers: *BGH*, NJW 2000, 728
❝ Zum Rechtsmissbrauch im Bürgschaftsrecht: *BGH*, RA 2000, 173 = NJW 2000, 362

Kursprogramm:
❝ *Examenskurs*: "Die gestohlene Jacke"

Leitsätze:
1. Für die Berechtigung der Einrede nach § 529 II BGB ist es grundsätzlich unerheblich, wann und wodurch die eigene Bedürftigkeit des Beschenkten bzw. seines Erben entstanden ist.
2. Die Berufung auf die eigene Bedürftigkeit stellt allerdings eine unzulässige Rechtsausübung dar, wenn der Beschenkte bzw. sein Erbe Kenntnis von dem Notbedarf des Schenkers hatte und gleichwohl die eigene Bedürftigkeit mutwillig herbeigeführt hat.

Sachverhalt:
Die Bekl. ist die Erbin ihres Ehemanns, des am 14. 3. 1993 verstorbenen L. Dessen Mutter M ist seit dem 10. 3. 1994 pflegebedürftig und in einem Pflegeheim untergebracht. Da ihre Renteneinkünfte zur Bestreitung der Heimkosten nicht ausreichten, übernahm der Kl. die Kostenträgerschaft hinsichtlich der nicht gedeckten

Heimkosten aus Mitteln der Kriegsopferfürsorge nach dem Bundesversorgungsgesetz. Nachdem die Bekl. und L geheiratet hatten, übertrug M ihrem Sohn 1990 ein damals ihr gehörendes Hausgrundstück in E. Zwischen den Parteien ist streitig, ob L von seiner Mutter damals auch einen Geldbetrag als Schenkung erhalten hat. 1991 veräußerte L das Hausgrundstück zu einem Kaufpreis von ca. 348 000 DM; für ca. 265 000 DM erwarb er für sich und die Bekl. zu je hälftigem Nuteigentumsanteil ein Hausgrundstück in W. Nachdem die Eheleute die Absicht gefasst hatten, sich zu trennen, kaufte die Bekl. im Januar 1993 für sich eine Eigentumswohnung. Das Hausgrundstück in W. veräußerte sie im März 1993 nach dem Tode des Ehemanns. Mit Bescheid vom 2. 8. 1994 leitete der Kl. den sich seiner Meinung nach aus § 528 I BGB ergebenden Rückforderungsanspruch der M gegen die Bekl. auf sich über. Da die Bekl. Zahlungen nicht leistete, hat er mittels Klage, die der Bekl. am 24. 8. 1995 zugestellt worden ist, Wertersatz für die Geschenke verlangt. Am 21. 5. 1996 veräußerte die Bekl. die Anfang 1993 erworbene Eigentumswohnung zu einem Kaufpreis, von 90 000 DM und zog in eine Mietwohnung. Zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem OLG erhielt die Bekl. eine Witwenrente in Höhe von 890,53 DM monatlich. Durch eine Aushilfstätigkeit in einer Gaststätte verdiente sie monatlich 240 DM netto hinzu. Außerdem erhielt sie einen monatlichen Mietkostenzuschuss in Höhe von 100 DM. Für ihre Wohnung zahlte sie monatlich 500 DM Miete. Hinzu kamen Aufwendungen in Höhe von etwa 80 DM monatlich für Heizkosten. Für eine Lebensversicherung wendete die Bekl. monatlich 17,33 DM auf. Abgesehen von einem Guthaben in Höhe von ca. 4 DM auf ihrem Girokonto verfügte sie über kein Vermögen.

Das LG hat unter Abweisung der Klage im Übrigen die Bekl. verurteilt, an den Kl. 54 977,36 DM nebst Zinsen zu zahlen. Außerdem hat es die Verpflichtung der Bekl. festgestellt, dem Kl. seit dem 1. 9. 1995 alle Aufwendungen bis zur Höhe eines Betrags von 66 000 DM zu ersetzen, die diesem aus der Heimunterbringung von M künftig entstehen. Auf die Berufung der Bekl. hat das OLG die Klage insgesamt abgewiesen. Die Revision des Kl. hatte im Ergebnis keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Bezugnehmend auf die tatsächlichen Feststellungen des LG ist das BerGer. davon ausgegangen, dass M ihrem Sohn das Hausgrundstück in E. mit einem Wert von 86.000 DM geschenkt hat; lediglich hinsichtlich der weiteren Feststellung des LG, L habe von seiner Mutter ferner 35 000 DM schenkweise erhalten, hat das BerGer. Bedenken gehabt. Da es zu der behaupteten schenkweisen Hingabe des Geldbetrags eigene abschließende Feststellungen nicht getroffen hat, ist deshalb jedoch für die revisionsrechtliche Überprüfung des angefochtenen Urteils davon auszugehen, dass M ihrem Sohn, den die Bekl. beerbt hat, 1990 Gegenstände im Gesamtwert von 121 000 DM geschenkt hat.

Das BerGer. hat ferner unter Bezugnahme auf die landgerichtliche Entscheidung angenommen, dass der für den der Klage zu Grunde liegenden Rückforderungsanspruch nach § 528 I 1 BGB außerdem noch notwendige Notbedarf der Schenkerin ebenfalls gegeben ist. Auch das ist der revisionsechtlichen Überprüfung zu Grunde zu legen; die Revision hat die ihr günstige Feststellung nicht angegriffen; Rechtsfehler sind nicht ersichtlich.

Das BerGer. hat die Klage abgewiesen, weil dem geltend gemachten Anspruch die Einrede des § 529 II BGB entgegenstehe.

Nach den Unterhaltsrichtsätzen der Düsseldorfer Tabelle Stand 1. 7. 1998 und auch Stand 1. 7. 1999 betrage der angemessene Eigenbedarf in der Regel mindestens monatlich 1800 DM bei einer darin enthaltenen Warmmiete von 800 DM. Der Bekl. verblieben indessen nach Abzug der realen Miet-, Neben- und Heizkosten sowie des Beitrags für die Lebensversicherung monatlich lediglich 633,20 DM, tatsächlich also ohnehin schon weniger, als sie für ihren angemessenen Unterhalt nach der Düsseldorfer Tabelle für sich beanspruchen dürfe. Demgegenüber sei ohne Belang, dass die Bekl. nach der Klagezustellung den beim Verkauf der Eigentumswohnung erlangten Erlös von 90 000 DM verbraucht habe. Nach Wortlaut und Schutzzweck des § 529 II BGB sei es unerheblich, wann und wodurch - ob verschuldet oder unverschuldet - der Notbedarf entstanden sei. Die Vorschrift des § 529 II BGB beruhe von ihrer Entstehung her auf der Erwägung des Gesetzgebers, dass die Rechtsordnung kein Interesse daran haben könne, den einen in die Notlage zu stürzen, nur um den anderen der Notlage zu entreißen. Nur der Beschenkte habe nach § 529 I BGB das Privileg, gegenüber dem Herausgabeanspruch nach § 528 BGB einzuwenden, der andere habe seine Bedürftigkeit vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt.

B. Entscheidung des BGH

Diese Ausführungen tragen der gesetzlichen Regelung nicht hinreichend Rechnung.

I. Keine Berücksichtigung von § 819 I BGB

Ohne Erfolg macht die Revision allerdings geltend, dass § 819 I BGB hier dazu führen müsse, dass sich die Bekl. gegenüber dem Anspruch nach § 528 I 1 BGB nicht auf § 529 II BGB berufen könne. Die Revision verkennt den rechtssystematischen Zusammenhang zwischen § 529 II BGB und den §§ 812 ff. BGB, auf die § 528 I 1 BGB verweist. Bei dieser Verweisung handelt es sich um eine Rechtsfolgenverweisung (allg. M., vgl.

etwa Kollbosser, in: MünchKomm, 3. Aufl., § 528 Rdnr. 5; Staudinger/Cremer, BGB, 13. Bearb. [1995], § 528 Rdnr. 6; Soergel/Mühl/Teichmann, BGB, 12. Aufl., § 528 Rdnr. 4); die bereicherungsrechtlichen Voraussetzungen bestimmen Art und Umfang des schenkungsrechtlichen Rückforderungsanspruchs. § 529 II BGB gibt hingegen nach allgemeiner Meinung (vgl. z. B. Staudinger/Cremer, § 529 Rdnr. 2; Soergel/Mühl/Teichmann, § 529 Rdnr. 5; Kollhosser, in: MünchKomm, § 529 Rdnr. 6) eine Einrede, die dem Beschenkten und nach dessen Tod seinem Erben zusteht, wenn dann in seiner Person die gesetzlichen Voraussetzungen bestehen. Zu diesen Voraussetzungen gehört, dass überhaupt ein Anspruch auf Herausgabe des Geschenks nach § 528 I 1 i. V. mit § § 812 ff. BGB besteht. Die Anwendung der §§ 818 IV, 819 1 BGB mag deshalb zwar dazu führen, dass der nach Kenntnis der Bekl. von der Überleitungsanzeige und nach Klageerhebung vorgenommene Verbrauch des Erlöses aus dem Verkauf der Eigentumswohnung dem Kl. nicht als Entreicherungseinwand gem. § 818 III BGB entgegengehalten werden kann. Der Tatbestand des § 529 II BGB bleibt davon jedoch unberührt, weil er erst eingreift, wenn unter Heranziehung der §§ 812 ff. BGB vom Bestehen eines Rückforderungsanspruchs nach § 528 I 1 BGB auszugehen ist.

II. Gründe für die Bedürftigkeit als Einfluss auf die Anwendbarkeit von § 529 II BGB

Rechtlichen Bedenken begegnet es aber, dass das BerGer. gemeint hat, für die Anwendung des § 529 II BGB könne es schlechthin keine Rolle spielen, ob es selbst verschuldet sei, dass das Geschenk oder sein Wert ohne Gefährdung des eigenen angemessenen Unterhalts nicht herausgegeben werden könne.

1. Grundsätzliche Irrelevanz der Gründe für die Bedürftigkeit

Dem BerGer. kann allerdings darin gefolgt werden, dass es wie bei der Notbedarfseinrede des § 519 I BGB auch bei § 529 II BGB nach Wortlaut und Schutzzweck grundsätzlich unerheblich ist, wann und wodurch der Notbedarf entstanden ist (zu § 519 BGB: vgl. Kollhosser, in: MünchKomm, § 519 Rdnr. 3; Staudinger/Cremer, § 519 Rdnr. 3). Wie die Regelung des § 529 I BGB zeigt, hat der Gesetzgeber den Fall, dass nach vollzogener Schenkung die eigene Bedürftigkeit selbst herbeigeführt wird, durchaus bedacht, jedoch für den Anwendungsbereich des § 529 II BGB darauf verzichtet, eine entsprechende Regelung zu treffen. Dies steht im Einklang damit, dass Übermaß und Verschwendung - obwohl ein solches Verfahren in früheren deutschen Rechtsordnungen sanktioniert werden konnte - nach dem BGB einen eigenen Grund für den Widerruf der Schenkung nicht bilden (vgl. Mot. 11, 305). Für die grundsätzliche Geltung des § 529 II BGB auch in Fällen selbstverschuldeter Bedürftigkeit spricht ferner, dass für die erst durch die Reichstagskommission eingefügte Norm maßgebend die Erwägung gewesen ist, dass die Rechtsordnung kein Interesse daran haben könne, den einen in die Notlage zu stürzen, nur um den anderen ihr zu entreißen (so Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl., § 529 BGB Rdnr. 2).

Der Grundsatz, dass die eigene Bedürftigkeit auch dann zur Einrede nach § 529 II BGB berechtigen kann, wenn sie selbst - auch schuldhaft - herbeigeführt ist, wird entgegen der Auffassung der Revision auch nicht durch das seit Einführung des BGB geschaffene Sozialstaatssystem in Frage gestellt. Die von Teilen des Schrifttums vertretene Ansicht, dass das Interesse der Allgemeinheit im Zweifel für eine anspruchsgünstige Auslegung der §§ 528 ff. BGB spreche (vgl. nur Kollbosser, in: MünchKomm, § 528 Rdnr. 3 m. w. Nachw.), verkennt, dass es in Fällen wie dem vorliegenden auch zu Lasten der Allgemeinheit geht, wenn die Anwendung des § 529 II BGB ausgeschlossen wird; dann nämlich hat der verarmte Beschenkte bzw. sein verarmter Erbe statt des verarmten Schenkers dem Grunde nach einen Anspruch auf Sozialhilfeleistungen.

2. Ausnahme infolge Rechtsmissbrauchs gem. § 242 BGB

Das BerGer. hat aber zu Unrecht nicht in Betracht gezogen, dass gerade die Geltendmachung einer Einrede eine unzulässige Rechtsausübung darstellen kann (vgl. BGHZ 121, 179 = NJW 1993, 663 = LM H. 611993 § 6 KO Nr. 30) und dass die insoweit zu berücksichtigenden Grundsätze von Treu und Glauben (§ 242 BGB) gebieten, bei besonderen, schwer wiegenden Gründen dem Beschenkten bzw. seinem Erben im Einzelfall die Berufung auf seine eigene Bedürftigkeit zu verwehren.

Unter Hinweis auf die Voraussetzungen, unter denen ein Unterhaltsberechtigter nach § 1579 Nr. 3 BGB oder § 1611 I BGB bei selbstverschuldeter Herbeiführung seiner Bedürftigkeit seinen Unterhaltsanspruch verliert, hat die höchstrichterliche Rechtsprechung auf dem Gebiet des Unterhaltsrechts dem Verpflichteten die Berufung auf seine Leistungsunfähigkeit versagt, wenn ihm ein verantwortungsloses Verhalten vorzuwerfen ist (BGH, NJW 1993, 1974 [1975] = LM H. 9/1993 § 1603 BGB Nr. 44). Dem Unterhaltsschuldner ist die Berufung auf die eigene Leistungsunfähigkeit dann verwehrt, wenn er diese durch unterhaltsbezogene Mutwilligkeit herbeigeführt hat, die nicht nur vorsätzliches oder absichtliches, sondern auch leichtfertiges Handeln umfasst (BGH, NJW 2000, 2351 = LM H. 10/2000 § 1603 BGB Nr. 50 = FamRZ 2000, 815 [817]). Die Interessenlage, der diese Rechtsprechung gerecht werden will, ist derjenigen vergleichbar, die bei Verarmung von Schenker und Beschenktem bzw. seinem Erben besteht.

Die zum Unterhaltsrecht entwickelten Grundsätze sind deshalb unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Schenkungsrechts auch bei der Einrede des § 529 II BGB anzuwenden. Dem Beschenkten bzw. seinem Erben ist danach die Berufung auf seine eigene Bedürftigkeit zu versagen, wenn er diese, nachdem er Kenntnis davon hat, dass der Schenker bedürftig ist und deshalb ein Rückforderungsanspruch gern. § 528 I 1 BGB gegen ihn geltend gemacht wird, durch Mutwilligkeit herbeigeführt hat.

Da der Beschenkte bzw. sein Erbe die das Geschenk betreffende Rechtsposition aus einer verbindlichen vertraglichen Zusage des Schenkers herleitet, wird im Rahmen des § 529 II BGB die danach erforderliche hinreichende Kenntnis von der Bedürftigkeit des Schenkers regelmäßig erst ab dem Zeitpunkt angenommen werden können, zu dem der Beschenkte bzw. sein Erbe von Umständen erfahren hat, aus denen er die Bedürftigkeit des Schenkers erkennen kann, und er durch eindeutige Leistungsaufforderung auf die ihm deshalb dro-hende Inanspruchnahme auf Rückgabe des Geschenks oder Wertersatz hingewiesen bzw. ihm eine entsprechende Klage zugestellt ist. Die ferner erforderliche Mutwilligkeit hingegen ist gegeben, wenn der Beschenkte bzw. sein Erbe die Möglichkeit des Eintritts seiner Bedürftigkeit als Folge des eigenen Verhaltens erkennt, im Bewusstsein dieser Möglichkeit, wenn auch im Vertrauen auf den Nichteintritt jener Folge gleichwohl handelt und sich dabei unter grober Missachtung dessen, was jedem einleuchten muss, oder in Verantwortungs- und Rücksichtslosigkeit gegen den Schenker über die erkannte Möglichkeit nachteiliger Folgen für seine Fähigkeit, seinen eigenen Lebensunterhalt zu bestreiten, hinwegsetzt (vgl. BGH, NJW 2000, 2351 = LM H. 10/2000 § 1603 BGB Nr. 50 = FamRZ 2000, 815 [817]).

3. Anforderungen an einen solchen Rechtsmissbrauch im Einzelfall

Die Feststellung dieser Voraussetzungen erfordert vom Tatrichter eine genaue Bewertung und Abwägung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalls. Nicht jede Verwertung des Vermögens im Rahmen der Lebensführung, die nach dem Zeitpunkt geschieht, zu dem der Beschenkte bzw. sein Erbe von seiner drohenden Inanspruchnahme hinreichende Kenntnis hat, rechtfertigt es unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben, diesem die Berufung auf die eigene Bedürftigkeit zu verwehren. Von grober Missachtung dessen, was jedem einleuchtet, oder von Verantwortungs- und Rücksichtslosigkeit kann erst dann gesprochen werden, wenn wesentlich mehr ausgegeben wird, als die im Einzelfall vorliegenden Verhältnisse unter Beachtung auch eines alters- oder krankheitsbedingten Mehrbedarfs angemessen erscheinen lassen (vgl. BGH, LM § 1579 BGB Nr. 21 = FamRZ 1984, 364 [368] zu § 1579 I Nr. 3 BGB a. E). Wer sein Vermögen verbraucht, weil er über kein ausreichendes Einkommen verfügt und deshalb auch aus der Vermögenssubstanz seinen Lebensunterhalt bestreiten muss, handelt nicht mutwillig. Darüber hinaus wird es aber auch zu billigen sein, wenn aus dem Vermögen Ausgaben bestritten werden, die unterhaltsrechtlich als Sonderbedarf (§ 1613 II Nr. 1 BGB) anzusehen sind und die aus den laufenden Einkünften beglichen werden können. Dagegen wird ein mutwilliges Herbeiführen der eigenen Bedürftigkeit nahe liegen, wenn das Vermögen

zur Bestreitung von Luxusausgaben, zum Beispiel für teuere Hobbies, Reisen, Kleidung usw. (vgl. dazu Wendl/Gerhardt, Das UnterhaltsR in der familienrichterlichen Praxis, 5. Aufl., § 4 Rdnr. 686), verbraucht wird. Das gleiche gilt, wenn das Vermögen angegriffen wird, obwohl der Lebensunterhalt einschließlich eines etwaigen Mehr- oder Sonderbedarfs ohne weiteres aus den laufenden Einkünften hätte bestritten werden können und die Bedürftigkeit des Beschenkten eintritt, weil gleichwohl das ursprünglich vorhandene Vermögen verbraucht wird und deshalb Einkünfte aus dem Vermögen ausbleiben. Insoweit wird der Tatrichter in solchen Fällen regelmäßig im Einzelnen bewerten müssen, ob es sich um eine anerkennenswerte Verwertung des Vermögens handelt oder nicht.

4. Übertragung auf den konkret vorliegenden Fall

Im zu entscheidenden Fall hat es das BerGer. zu Unrecht unterlassen, das Verhalten der Bekl. (Verkauf der Eigentumswohnung nach Klageerhebung und anschließender Verbrauch des erlösten Geldes) unter Heranziehung dieser Maßstäbe zu würdigen. Insbesondere hätte das BerGer. die in der von der Bekl. vorgelegten Aufstellung im Schriftsatz vom 30. 10. 1997 enthaltenen Ausgaben unter Beachtung dieser Grundsätze im Hinblick auf ihre Berücksichtigungswürdigkeit einer eingehenden Prüfung unterziehen müssen. Bei den dort angeführten Beträgen von 3000 DM für "Lotto, Glücksspiele", 5000 DM für "Urlaub (Taschengeld)" oder 5000 DM für "Freizeit", aber auch bei anderen Positionen kommt in Betracht, dass es sich um unter den ansonsten gegebenen Umständen nicht zu billigende Luxusausgaben handele.

III. Ausnahme von Vorwurf des Rechtsmissbrauchs: Bedürftigkeit auch bei hypothetischem Unterlassen des verantwortungslosen Handelns

Gleichwohl stellt sich die angefochtene Entscheidung als richtig dar. Sie wird getragen von den hilfsweisen Erwägungen des BerGer., dass die Bekl. auch dann, wenn man ihr - in Anbetracht der vorstehend erörterten, sich möglicherweise aus § 242 BGB ergebenden Einrede - als noch vorhandenen Vermögenswert den Erlös von 90 000 DM zurechnete, zu Recht die Einrede nach

§ 529 II BGB geltend gemacht habe.

1. Ausführungen des BerGer.

Das BerGer. hat insoweit ausgeführt: Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 529 II BGB entsprächen völlig denjenigen des § 519 I BGB. Danach gelte auch hier, dass die bloße Gefährdung des eigenen angemessenen Unterhalts ausreiche, eine Beeinträchtigung müsse nicht bereits eingetreten sein. Es reiche die begründete Besorgnis, dass die Mittel des Beschenkten künftig nicht ausreichen werden. Diese Besorgnis sei hier gegeben angesichts eines bereits bestehenden Fehlbetrags von monatlich 366,80 DM. Selbst wenn die Bekl. bis zur Vollendung ihres 60. Lebensjahres noch monatlich 240 DM zu ihrer Witwenrente werde hinzuverdienen können, errechne sich bis zu diesem Zeitpunkt bei zu Grunde gelegten 36 Monaten ein Gesamtfehlbetrag von 13 204,80 DM. Bei Wegfall des zusätzlichen Einkommens aus der Aushilfstätigkeit erhöhe sich der Fehlbetrag zum angemessenen Eigenbedarf auf 606,80 DM. Ausgehend von einer durchschnittlichen Lebenserwartung der Bekl. von dann noch ca. 20 Jahren errechne sich ein Mindestfehlbetrag von 145.632 DM. Das zeige, dass der Bekl. zur Sicherung ihres angemessenen Unterhalts für die erwartende Dauer ihres restlichen Lebens ein Mindestbetrag von insgesamt rund 159.000 DM zusätzlich zu ihrem laufenden Einkommen in ihrem Vermögen verbleiben müsste. Ein Ausgleich der streitgegenständlichen Klageforderung würde somit selbst unter der Prämisse eines bei der Bekl. noch vorhandenen Vermögenswertes von 90.000 DM eine aktuelle Gefährdung ihres zukünftigen angemessenen Lebensunterhalts herbeiführen.

2. Bewertung durch den BGH

Das ist im Ergebnis nicht zu beanstanden.

a. Gefährdung des Unterhalts schon ausreichend für § 529 II BGB

Zutreffend ist der Ausgangspunkt des BerGer., dass die Einrede des § 529 II BGB nicht zur Voraussetzung hat, dass der Berechtigte bei ihrer Geltendmachung schon außer Stande ist, seinen angemessenen Unterhalt zu bestreiten oder ihm obliegende Unterhaltspflichten zu erfüllen. Das Gesetz stellt auf eine Gefährdung ab. Die Einrede besteht deshalb bereits dann, wenn zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz ernstlich damit zu rechnen ist, dass der Beschenkte bei Erfüllung des Rückforderungsanspruchs in Zukunft nicht mehr genügend Mittel für einen angemessenen Unterhalt und die Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltspflichten hat (Kollhosser, in: MünchKomm, § 529 Rdnr. 4, § 519 Rdnr. 2).

b. Heranziehung der Düsseldorfer Tabelle zur Bestimmung der Unterhaltsgefährdung zulässig

Das BerGer. hat bei der Bestimmung des danach maßgeblichen zukünftigen Unterhaltsbedarfs sich auch zu Recht an den Unterhaltsrichtsätzen der Düsseldorfer Tabelle orientiert. Denn das Gesetz knüpft mit der in § 529 II BGB enthaltenen Bezugnahme auf den Unterhalt des Beschenkten bzw. die ihm obliegenden Unterhaltspflichten an die Begrifflichkeiten des Unterhaltsrechts an, weshalb die jeweils einschlägigen familienrechtlichen Bestimmungen und die von der Rechtsprechung hierzu entwickelten Maßstäbe auch im Rahmen des § 529 II BGB heranzuziehen sind (Senat, NJW 2000, 3488 = LM H. 2/2001 § 529 BGB Nr. 2).

Bei der Anwendung der Unterhaltsrichtsätze der Düsseldorfer Tabelle hat das BerGer. den Selbstbehalt, den es mit mindestens 1800 DM angenommen hat, auch keinesfalls zu hoch angesetzt. Da die Bekl. sich wegen ihrer Bedürftigkeit auf § 529 II BGB beruft und zwischen ihr und M mangels Abstammung in gerader Linie keine Unterhaltsverpflichtung besteht, ist ihr jedenfalls so viel zu belassen, wie sie auch gegenüber ihren eigenen Eltern beanspruchen könnte (vgl. Senat, NJW 2000, 3488 = LM H. 2/2001 § 529 BGB Nr. 2). Das sind einschließlich 800 DM Warmmiete monatlich 2250 DM. Unter Zugrundelegung der sonstigen Berechnung des BerGer., nach welcher der Bekl. zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts Nettoeinkünfte in Höhe von 633,20 DM monatlich verbleiben, bestand daher zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz sogar ein Fehlbetrag in Höhe von monatlich 816,80 DM. Angesichts dieser Höhe ist es unschädlich, dass das BerGer. es unterlassen hat, in seine Berechnung des Bedarfs der Bekl. einzubeziehen, dass die Bekl. aus den erlösten 90 000 DM bzw. - bei Verbrauch von Teilbeträgen - aus dem noch unverbrauchten Rest Zinserträge hätte erzielen können.

c. Auswirkungen auf den vorliegenden Fall

Die aus dem zutreffenden Ausgangspunkt und dem mithin gegebenen Unterhaltsbedarf der Bekl. abgeleitete Folgerung des BerGer., auch bei Annahme der Existenz eines Vermögenswerts von 90 000 DM seien die Voraussetzungen des § 529 II BGB gegeben, begegnet schließlich ebenfalls keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

Vermögen dient, zusammen mit Einkünften, der lebenslangen Unterhaltssicherung. Muss der Unterhalt ganz oder - wie hier angesichts des bereits bestehenden monatlichen Fehlbetrags - teilweise aus dem Vermögen bestritten werden, muss auf dieses zurückgegriffen werden. Die Verwertung hat so zu erfolgen, dass bei Berücksichtigung der überschaubaren wirtschaftlichen Entwicklung der Unterhaltsbedarf während der voraussichtlichen Lebensdauer gedeckt werden kann (Wendl/Haußleiter, Das UnterhaltsR in der

familienrichterlichen Praxis, 5. Aufl., § 1 Rdnr. 322; vgl. auch BGH, FamRz 1985, 354 [356]). Bei der Bestimmung des Vermögens, das zur Sicherung des eigenen Unterhaltsbedarfs zu schonen ist, ist deshalb die voraussichtliche Lebensdauer des Verpflichteten zu berücksichtigen (BGH, NJW 1989, 524 [525] = LM § 1603 BGB Nr. 37). Da sie im Vorhinein nicht festgestellt werden kann, bietet die durchschnittliche Lebenserwartung des sich auf § 529 II BGB Berufenden eine verlässliche Entscheidungsgrundlage. Die durchschnittliche Lebenserwartung wiederum kann unter Heranziehung gebräuchlicher Sterbetafeln ermittelt werden.

All diesen Grundsätzen hat das BerGer. Rechnung getragen. Auch die Revision zeigt nicht auf, dass sie verkannt oder bei ihrer Anwendung entscheidungserhebliche Rechtsfehler gemacht worden seien. Die Feststellung des BerGer., dass die Bekl. einen 90 000 DM übersteigenden Betrag benötigt, um nach der bereits zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz bestehenden Einkommenslage ihren künftigen Lebensunterhalt bestreiten zu können, rechtfertigt nach allem die Klageabweisung. Anders als in Fällen, in denen Vermögenswerte allein für die künftige Altersversorgung dienen sollen (vgl. hierzu OLG Düsseldorf, FamRZ 1984, 887 [888]), bestand hier bereits eine aktuell wirtschaftliche Notlage der Bekl. Nur bei einem Rückgriff auf den Verkaufserlös hätte die Bekl. sicherstellen können, dass ihr ausreichende Geldmittel zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts zur Verfügung stehen.[...]

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: § 224 StGB — Problem: Mitschleifen einer Person

BGH, URTEIL VOM 08.03.2001
4 STR 477/00 (DAR 2001, 280)

Problemdarstellung:

Der BGH hatte sich mit der Strafbarkeit eines Angekl. zu befassen, der als Fahrer eines Kleintransporters den Firmeninhaber einer Spedition, der ihn am Verlassen des Betriebsgeländes hindern wollte, zunächst mitgeschliffen und dann überfahren hat.

Das LG hat den Angekl. wegen gefährlicher Körperverletzung und wegen unerlaubten Entfernens vom Unfallort verurteilt. Gegen dieses Urteil wenden sich der Angekl. und die Staatsanwaltschaft mit ihren Revisionen. Beide Rechtsmittel haben keinen Erfolg.

Der BGH geht davon aus, dass das LG zu Recht ein Handeln des Angekl. mit Körperverletzungsvorsatz bejaht und auch zutreffend einen bedingten Tötungsvorsatz verneint hat. Zwar liege es bei besonders gefährlichen Verhaltensweisen nahe, dass der Täter auch den Tod des Opfer billigend in Kauf nehme, doch sei aufgrund der gegenüber der Tötung eines anderen Menschen bestehenden erhöhten Hemmschwelle eine besonders eingehende Prüfung erforderlich (sog. Hemmschwellentheorie).

Prüfungsrelevanz:

Das Urteil spricht das klassische Examensproblem der Abgrenzung von dolus eventualis und bewusster Fahrlässigkeit im Rahmen der Tötungs- und Körperverletzungsdelikte an (s. dazu RA 1999, 567; RA 2000, 697 m.w.N.). Der BGH bestätigt zunächst die in ständige Rspr. vertretene sog. Billigungstheorie, wonach dolus eventualis materiell-rechtlich voraussetzt, dass der Täter den Erfolgseintritt nicht nur für möglich hält, sondern ihn auch billigend in Kauf nimmt.

In diesem Zusammenhang ist auf eine bemerkenswerte Entscheidung des OLG Hamm hinzuweisen. Das OLG Hamm hat in einem Beschluss vom 9.1.2001 (DAR 2001, 176, 177) folgende Abgrenzungsformel aufgestellt: “Bedingt vorsätzlich bzw. mit dolus eventualis handelt nach allgemeiner Meinung derjenige, der den Erfolgseintritt als möglich und nicht ganz fern liegend erkennt. “Bewusste Fahrlässigkeit” ist hingegen gegeben, wenn die Pflichtverletzung dazu führt, dass der Täter statt die Gewissheit der Tatbestandsverwirklichung zu erkennen, nur mit deren Möglichkeit rechnet, aber dennoch das Risiko seines Handelns auf sich nimmt.” Bemerkenswert ist an dieser Abgrenzung zum einen, dass das OLG Hamm - unter Berufung auf eine “allgemeine Meinung” - für dolus eventualis mit dem Kriterium des Erkennens der “nicht ganz fern liegenden “ Möglichkeit des Erfolgseintritts offenbar allein ein intellektuelles Moment verlangt. Zum anderen soll bewusste Fahrlässigkeit vorliegen, wenn der Täter den Erfolg zwar nicht für gewiss, wohl aber für möglich hält und sich mit dem Risiko seines Tuns abfindet. Dazu ist anzumerken, dass dann, wenn der Täter die Tatbestandsverwirklichung für “gewiss” hält, typischerweise dolus directus 2. Grades vorliegt und die h.M. gerade das Vorliegen von dolus eventualis mit der Formel “für möglich halten und sich abfinden” umschreibt. Da das OLG sich auf Tröndle beruft, scheint es aber wohl nicht von der bisherigen Rechtsprechung abweichen zu wollen.

Vertiefungshinweise:

- Rechtsprechungsübersicht zu den Tötungsdelikten: *Altvater*, NStZ 2001, 19
- Zur Abgrenzung von dolus eventualis und bewusster Fahrlässigkeit: *Schroth*, JuS 1992, 1

Kursprogramm:

- *Examenskurs*: “Eiskalter Engel”

Leitsätze (der Redaktion):

Zwar liegt es bei besonders gefährlichen Verhaltensweisen, wie es das Mitschleifen eines Menschen an einem beschleunigenden Kfz darstellt, nahe, dass der Täter nicht nur mit Körperverletzungsvorsatz handelt, sondern auch mit der Möglichkeit rechnet, das Opfer könne dabei zu Tode kommen.

Der bedingte Tötungsvorsatz setzt jedoch weiter voraus, dass der Täter den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges, den er als möglich und nicht ganz fern liegend erkennt, auch billigt. Deshalb bedarf der Schluss von der Gefährlichkeit der Tathandlung auf einen bedingten Tötungsvorsatz im Hinblick auf die gegenüber der Tötung eines anderen Menschen bestehende hohe Hemmschwelle einer eingehenden Prüfung anhand aller Umstände des Einzelfalles.

Sachverhalt:

Am Nachmittag des Tattages fuhr der Angekl. zusammen mit den gesondert Verfolgten A. und D. mit einem Kleintransporter des Typs Renault Traffic auf den in R. gelegenen Betriebshof der Spedition des 71-jährigen Johann Sch., um dort gelagerte gebrauchte Gitterboxen und Paletten zu entwenden. Sie hatten bereits den Kleintransporter verlassen, als sie von dem Kraftfahrer der Firma, T., bemerkt wurden, der etwa zeitgleich mit einem Lkw auf den Betriebshof gefahren war. Nach Rücksprache mit dem Juniorchef der Firma forderte T. die drei auf, das Gelände sofort zu verlassen, woraufhin sie sich zu dem Kleintransporter begaben. Bevor sie das Fahrzeug erreicht hatten, kam ihnen Johann Sch., der Seniorchef der Firma, zusammen mit dem Kraftfahrer T. und drei weiteren Betriebsangehörigen entgegen, und forderte sie auf, "zum Zwecke der Feststellung der Personalien stehen zu bleiben, er habe die Polizei verständigt". Der Angekl. und seine Begleiter wollten sich "auf keinen Fall von der Polizei festnehmen lassen" und "entschlossen [...] sich, mit dem Kleintransporter zu fliehen". Während D. und A. durch die Hofzufahrt auf die Straße rannten, gelang es dem Angekl. trotz Eingreifens von Johann Sch. in den Kleintransporter einzusteigen. Er wendete nunmehr das Fahrzeug, um das Gelände ebenfalls zu verlassen, schaffte den Wendevorgang jedoch nicht in einem Zuge, sondern musste vor einer Mauer kurz anhalten und zurücksetzen. Der Versuch eines der Betriebsangehörigen, ihn in diesem Augenblick aus dem Fahrzeug zu ziehen, misslang. "Der Angekl. legte den Vorwärtsgang ein und gab kräftig Gas." Zu diesem Zeitpunkt stand Sch. auf dem Zufahrtsweg mit Blickrichtung zur Straße. "Als er hörte, wie hinter ihm der Kleintransporter mit aufheulendem Motor und quietschenden Reifen anfuhr, drehte er sich nach rechts um." Weiter stellt das LG fest: "Bevor er die Körperdrehung vollendet hatte, wurde er von der Fahrerseite des Kleintransporters, welcher nach dem Anfahren etwa eine Fahrzeuglänge zurückgelegt hatte, erfasst, so dass er [...] teils an die Motorhaube, teils an die Windschutzscheibe angeschmiegt wurde. Zugunsten des Angekl. ist anzunehmen, dass er [...] Sch. überhaupt nicht gesehen oder erst so spät bemerkt hat, dass er den Zusammenstoß nicht mehr hat verhindern können. Sicher ist jedoch, dass er jedenfalls nach dem Zusammenstoß erkannte, dass sich der Zeuge auf der Fahrzeugfront befand, bei Fortsetzung der Fahrt überfahren werden und dadurch auch tödliche Verletzungen davontragen konnte. [...] Aus Angst vor einer polizeilichen Festnahme setzte [er] die Fahrt mit unverminderter Beschleunigung fort. Hierbei nahm er erhebliche Verletzungen das Zeugen Sch. in Kauf, er vertraute aber darauf, dass der Zeuge das Überfahren überleben werde. 1 bis 2 Sekunden nach dem Zusammenstoß war der Zeuge Sch. so weit nach unten gerutscht, dass sein rechtes Bein vom linken (fahrerseitigen) Vorderrad erfasst und dadurch [...] auf die Fahrbahndecke gezogen wurde. Sodann fuhr der Wagen mit dem linken Vorder- und dem linken Hinterrad über die rechte Wade, quer über den Rumpf und über das linke Schulterblatt und Schlüsselbein des Zeugen."

Zwischenzeitlich war der Kraftfahrer T. mit einem Sattelschlepper der Firma an dem Kleintransporter vorbei auf die Straße gefahren, wo er dem Angekl. den Weg abschnitt, indem er mit dem Lkw von rechts gegen den Kleintransporter stieß, der dadurch zwischen dem Lkw und zwei links geparkten Pkw eingekeilt wurde. Um sich aus dieser Situation zu befreien, gab der Angekl. "Vollgas", so dass es ihm gelang, die Lücke zu durchstoßen und zu flüchten. An einem der Pkw und dem Lkw entstand ein Sachschaden in Höhe von zusammen mindestens 20.000 DM.

Aus den Gründen:

1. Revision des Angekl.

Die gegen die Beweiswürdigung gerichteten Angriffe der Revision sind unbegründet. Die Annahme des - sachverständig beratenen - LG, der Angekl. habe den Geschädigten nach dem Anstoß, durch den er ihn auf dem Fahrzeug mitnahm, wahrgenommen, beruht auf einer ausreichenden Tatsachengrundlage.

a. Die Begründung von Körperverletzungsvorsatz

Ohne Rechtsfehler hat das LG auch ein Handeln mit (bedingtem) Körperverletzungsvorsatz durch den Angekl. bejaht. Dass dem Angekl. - wovon zu seinen Gunsten auszugehen ist - nur eine Sekunde für die Entscheidung verblieb, durch Abbremsen einer Verletzungsgefahr für den Geschädigten zu begegnen oder unter Inkaufnahme dieser Gefahr weiterzufahren, stellt den Vorsatz nicht in Frage. Der Kleintransporter fuhr - wie das LG feststellt - beim Zusammenstoß mit dem Geschädigten nur "wenige Stundenkilometer", "so dass es ohne weiteres möglich gewesen wäre, das Fahrzeug durch Betätigung der Fußbremse sofort anzuhalten". Davon ausgehend stellt es einen möglichen - und deshalb vom Revisionsgericht hinzunehmenden - Schluss dar, wenn sich das LG unter Berücksichtigung insbesondere der Motivlage des Angekl. die Überzeugung verschafft hat, dass er sich "bewusst für die Fortsetzung der Flucht und - damit verbunden - für die Gefahr eines Überrollens des Zeugen Sch. entschieden hat". Ein Erfahrungssatz, dass - wie die Revision mit Blick auf den Begriff der "Schrecksekunde" meint innerhalb einer Sekunde ein solcher Verletzungsvorsatz nicht gefasst werden kann, besteht nicht; vielmehr ist in der Rspr. anerkannt, dass Reaktionszeiten von unter einer Sekunde in Betracht kommen (vgl. die Nachweise bei Hentschel, Straßenverkehrsrecht, 36. Aufl. StVO § 1 Rz. 29 und 30). Die Würdigung durch das Schwurgericht steht

schließlich auch nicht im Widerspruch zur Verneinung eines (bedingten) Tötungsvorsatzes (dazu unten 2 auf die Revision der Staatsanwaltschaft).

b. Verurteilung wegen unerlaubten Entfernens vom Unfallort

Auch die Verurteilung des Angekl. wegen unerlaubten Entfernens vom Unfallort und die Rechtsfolgenentscheidung sind frei von Rechtsfehlern zum Nachteil des Angekl.

2. Revision der Staatsanwaltschaft

Die Begründung, mit der das LG zwar einen Verletzungsvorsatz beim Angekl. bejaht, einen (bedingten) Tötungsvorsatz aber verneint hat, hält im Ergebnis ebenfalls rechtlicher Nachprüfung stand.

a. Allgemeine Voraussetzungen des bedingten Tötungsvorsatzes

Zwar liegt es bei besonders gefährlichen Verhaltensweisen, wie es das Mitschleifen eines Menschen an einem beschleunigenden Kfz darstellt, nahe, dass der Täter auch mit der Möglichkeit rechnet, das Opfer könne dabei zu Tode kommen. Das hat das LG auch angenommen. Der bedingte Tötungsvorsatz setzt jedoch weiter voraus, dass der Täter den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges, den er als möglich und nicht ganz fern liegend erkennt, auch billigt (st. Rspr., BGH NStZ 1981, 22 f.; 1984, 19 m.w.N.). Deshalb bedarf der Schluss von der Gefährlichkeit der Tathandlung auf einen bedingten Tötungsvorsatz im Hinblick auf die gegenüber der Tötung eines anderen Menschen bestehende hohe Hemmschwelle einer eingehenden Prüfung anhand aller Umstände des Einzelfalles (st. Rspr.; BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter, 1, 2, 3, 5, 12, 13). Diesen Anforderungen wird das angefochtene Urteil noch gerecht.

b. Nachweis des bedingten Tötungsvorsatzes im vorliegenden Fall

Die Beschwerdeführerin weist allerdings zu Recht darauf hin, dass sich der vorliegende Fall wesentlich von jenen Sachverhalten unterscheidet, in denen der Täter zwar mit einem Kfz auf eine Person zufährt, aber - wie namentlich in den Fällen der Polizeiflucht - darauf vertraut, der andere werde unter dem Eindruck des sich nähernden Fahrzeugs noch rechtzeitig die Fahrspur freigeben (vgl. BGH StV 1992, 420; BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 28 und 43). Bei der hier gegebenen Situation, bei der der Angekl. den Geschädigten nach dem Anstoß mit dem Fahrzeug mitschleifte, konnte sich jener kaum ohne Schaden außer Gefahr bringen. Dies vermag zwar den von dem Schwurgericht zutreffend bejahten Körperverletzungsvorsatz zu begründen, belegt für sich jedoch noch nicht auch einen bedingten Tötungsvorsatz (vgl. Senat, Urteil vom 21.1.93 - 4 StR 624/92). Dass der Angekl. die Lebensgefährlichkeit der Verletzungshandlung erkannt, sich dennoch aber nicht bewusst mit dem Tod des Geschädigten abgefunden hat, entspricht der Unterscheidung des Gesetzes zwischen vorsätzlicher Tötungshandlung und vorsätzlicher Körperverletzung "mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung" (§ 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB; vgl. BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 10, 41) und lässt deshalb in Bezug auf einen möglichen Tötungserfolg nur den Vorwurf der (bewussten) Fahrlässigkeit zu (st. Rspr., BGH NJW 1999, 2533, 2534). Davon ist das LG hier im Ergebnis ohne einen den Angekl. begünstigenden Rechtsfehler ausgegangen.

c. Einwände der Beschwerdeführerin

Was die Beschwerdeführerin dagegen einwendet, erschöpft sich letztlich in dem im Revisionsverfahren unbeachtlichen Versuch, die dem Tatrichter vorbehaltene Würdigung der zur inneren Tatseite getroffenen Feststellungen durch eine eigene zu ersetzen. Dabei verfehlt die Beschwerdeführerin schon insoweit den revisionsrechtlich zutreffenden Ansatz, als sie davon ausgeht, dass der Angekl. "vorsätzlich auf den Zeugen zugefahren ist"; denn hiermit wendet sie sich gegen die vom LG getroffenen Feststellungen, das sich gerade nicht die Überzeugung zu verschaffen vermocht hat, "dass der Angekl. den Zeugen Sch. so rechtzeitig bemerkt hat, dass er den Zusammenstoß noch durch Abbremsen oder Ausweichen hätte verhindern können". Die nach den Umständen mögliche und deshalb rechtsfehlerfrei gezogene Schlussfolgerung, dem Angekl. sei ein gezieltes Zufahren auf den Geschädigten nicht nachzuweisen, bindet das Revisionsgericht (Kuckein in KK-StPO 4. Aufl. § 337 Rdn. 3). Hiernach verblieb dem Angekl. nach dem Anstoß bis zum Überrollen des Geschädigten nach dem Zweifelsgrundsatz nur *eine* Sekunde für die Entschließung, entweder anzuhalten oder unter Inkaufnahme der für den Geschädigten bestehenden Gefahr die Fahrt zur Flucht fortzusetzen. Wenn sich das LG angesichts dieser Kürze und Schnelligkeit des Geschehensablaufs, der Spontaneität des Tatentschlusses und des auf Flucht und - wie es ausdrücklich erörtert - nicht auf "Einsatz von körperlicher Gewalt" ausgerichteten Bestrebens des Angekl. nicht mit der für eine Verurteilung ausreichenden Sicherheit davon überzeugen konnte, dass der Angekl. "auch die erhöhte Hemmschwelle, welche vor der Billigung eines tödlichen Ausgangs liegt, überwunden hat", so ist dies von Rechts wegen nicht zu beanstanden (vgl. Senatsurteil vom 30. 5. 2000 - 4 StR 90/00, StraFo 2000, 417).

Die Verneinung eines bedingten Tötungsvorsatzes durch das Schwurgericht steht auch nicht in unauflösbarem Widerspruch zu Erwägungen im Rahmen der Strafzumessung. Zwar lastet das LG dem Angekl. stra-

ferschwerend an, es sei "einzig dem Zufall zu verdanken", dass der Unfall nicht tödlich ausgegangen sei. Damit umschreibt das Urteil aber - wie der Zusammenhang erkennen lässt - nur die objektive "besondere Gefährlichkeit der Tathandlung". Dies belegt aber - wie ausgeführt - nicht schon für sich das voluntative Element des (bedingten) Tötungsvorsatzes.

Standort: § 250 StGB Problem: Verwenden einer Schreckschußpistole

BGH, BESCHLUSS VOM 30.11.2000
4 STR 493/00 (STV 2001, 274)

Problemdarstellung:

Der Angekl. hatte eine Spielhalle und einen Supermarkt überfallen und dabei jeweils aus 1-2 m Entfernung eine geladene Schreckschusspistole direkt auf den Kopf des Angestellten gerichtet, um die Herausgabe von Bargeld zu erzwingen. Der BGH entschied, dass der vom Landgericht angenommene Tatbestand des schweren Raubes gem. § 250 II Nr. 1 StGB zwar grundsätzlich auch dann verwirklicht sein kann, wenn der Täter eine noch nicht durchgeladene Schreckschusspistole einsetzt, eine "Waffe" i.S. der Vorschrift aber nur dann vorliegt, wenn sie geeignet ist, erhebliche Körperverletzungen hervorzurufen. Werde eine Schreckschusspistole aus 2m Entfernung auf den Kopf des Opfers gerichtet, sei dies nicht zwangsläufig der Fall, sondern hänge von den näheren Umständen des Einzelfalles ab.

Prüfungsrelevanz:

Die Probleme um die Auslegung des Begriffs des "Verwendens einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs" zählen inzwischen zu den Examensklassikern (vgl. zuletzt BGH, NStZ-RR 2001, 41 = RA 2001, 89 m.w.N.; zum Verwenden einer Schreckschusspistole s. BGH, NStZ-RR 2000, 43 = RA 2000, 156). Der BGH bestätigt mit der vorliegenden Entscheidung seine bisherige Rechtsprechung, wonach die Begriffe "Waffe" und "gefährliches Werkzeug" im Rahmen des § 250 II Nr. 1 StGB in Anlehnung an § 224 I Nr. 2 StGB unter Berücksichtigung der konkreten Anwendung im Einzelfall zu bestimmen sind.

In einer weiteren aktuellen Entscheidung hatte sich das OLG Hamm mit dem Beisichführen eines gefährlichen Werkzeugs i.S. des § 244 I Nr. 1 a StGB zu befassen. Die Leitsätze des Beschlusses vom 7. 9. 2000 - 2 Ss 638/00 (StV 2001, 352 m. Anm. Kindhäuser/Wallau) lauten: "Ein Butterfly-Messer ist ein gefährliches Werkzeug im Sinn von § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB. Zum Begriff des "Beisichführens" im Sinn von § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB reicht es aus, wenn das gefährliche Werkzeug offen als Mittel zum Aufbrechen eines Pkw benutzt wird." Das OLG hat seine Entscheidung folgendermaßen begründet: "Zu Recht ist der insoweit geständige Angekl. im Fall 7 wegen gemeinschaftlichen Diebstahls mit Waffen verurteilt worden. Da der Mittäter an diesem Tag die PKW mittels eines mitgeführten Butterflymessers öffnete, während der Angekl. aufpaßte, begingen die Täter einen Diebstahl, bei dem einer der Beteiligten ein gefährliches Werkzeug bei sich führte (§ 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB). Ein Butterfly-Messer ist ein gefährliches Werkzeug. Als solches wird in § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB nur ein objektiv gefährliches Tatmittel erfaßt, das nach seiner objektiven Beschaffenheit und nach der Art seiner Benutzung im konkreten Einzelfall geeignet ist, erhebliche Verletzungen zuzufügen (BGH NStZ-RR 2000, 43; BGHSt 45,92; BGH NJW 1998, 3130; 1998, 3131 jeweils zu § 250 StGB). Zur Verletzung geeignet sind daher auch ein "Stiefelmesser", ein "Einhandklappmesser" und ein Taschenmesser wie das "Schweizer Offiziersmesser" angesehen worden (vgl. BGHSt 43, 266/267 f.; BayObLGSt 1999, 46/47). Darauf, ob die nach Beschaffenheit und - möglicherweise sogar zugeklapptem - Zustand des Messers gegebene Gefährlichkeit aufgrund anderer Umstände der Tatsituation für den konkreten Einzelfall ausnahmsweise ausgeschlossen werden kann, kommt es insoweit nicht an (vgl. BGHSt 45,92; BayOblG, StV 2001,17 m. Anm. Kindhäuser/Wallau). Zum Begriff des "Beisichführens eines gefährlichen Werkzeugs" reicht es aus, daß sich das gefährliche Werkzeug derart in der Nähe des Täters (oder eines Beteiligten) befindet, daß er sich dessen jederzeit, also ohne nennenswerten Zeitaufwand und ohne besondere Schwierigkeiten bedienen kann, es ihm also zu jedem von ihm gewünschten Zeitpunkt einsatzbereit zur Verfügung steht. Das ist bei einem am Körper des Täters getragenen gefährlichen Werkzeug der Fall (vgl. BGH NStZ 1999. 618; 1998, 354). Das BayObLG hat dies auch bei einem in der Hosentasche mitgeführten kleinen zusammengeklappten normalen Taschenmesser angenommen (vgl. BayOblG, StV 2001, 17). Erst recht muß dies für ein - wie hier - offen als Mittel zum Aufbrechen von PKW benutztes und somit mitgeführtes Butterfly-Messer gelten."

Bemerkenswert ist insoweit, dass das OLG Hamm zum einen das Butterflymesser nicht unter den Begriff der Waffe subsumiert und zum anderen auch im Rahmen des § 244 I Nr. 1 a StGB, der lediglich das Beisichführen erfordert, die Gefährlichkeit des Werkzeugs an der

konkreten Art der Verwendung festmacht (vgl. zur Kritik Kindhäuser/Wallau, StV 2001, 352).

Vertiefungshinweise:

- Zum Begriff des gefährlichen Werkzeugs: *Küper*, JZ 1999, 187; *Dencker*, JR 1999, 35

Kursprogramm:

- *Examenskurs*: "Bankräuber"
- *Examenskurs*: "Elektromeister"

Leitsatz:

Wird bei einem schweren Raub eine geladene Schreckschußpistole in einer Entfernung von 2 m auf Kopf oder Gesicht des Opfers gerichtet, bedarf es näherer Ausführungen dazu, daß ein aus dieser Entfernung abgegebener Schuß zu erheblichen Körperverletzungen führen kann.

Sachverhalt:

Nach den Feststellungen überfielen die Angekl. zunächst eine Spielothek und wenige Tage darauf einen Supermarkt. In beiden Fällen führte der Mitangekl. R. eine mit Schreckschußmunition bestückte, nicht durchgeladene Schreckschußpistole, Kaliber 9 mm mit sich, die so beschaffen war, daß bei Schußabgabe die Explosionsgase aus dem Lauf nach vorne austreten. Mit dieser Pistole bedrohte R. die jeweils anwesenden Mitarbeiter, um an das vorhandene Bargeld zu gelangen; bei dem Überfall auf die Spielothek richtete er die Waffe "aus einer Entfernung von 1 - 2 m direkt auf [den] Kopf" der Aufsichtskraft, bei dem Tatgeschehen im Supermarkt wurde die Pistole "aus einer Entfernung von 1 - 2 m direkt auf das Gesicht" einer Angestellten gerichtet.

Aus den Gründen:

A. Ansicht des LG

Das LG ist zur Auffassung gelangt, daß die Angekl. in beiden Fällen den Tatbestand des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB erfüllt haben, und hat daher bei der Straffindung jeweils den Strafrahmen dieser Bestimmung zugrunde gelegt.

B. Ansicht des BGH

Dies hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

1. Allerdings steht einer Anwendung des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB nicht bereits entgegen, daß die bei den beiden Taten eingesetzte Schreckschußpistole (noch) nicht durchgeladen war (vgl. BGHSt 45, 249,251; BGH, Beschluss vom 9.11.1999 - 1 StR 501/99 und v. 16.5.2000 - 4 StR 89/00). Jedoch setzt eine "Waffe" im Sinne dieser Vorschrift voraus, daß sie nach ihrer objektiven Beschaffenheit und nach der Art ihrer Verwendung im konkreten Einzelfall geeignet ist, erhebliche Verletzungen zuzufügen (st. Rspr.; vgl. nur BGH NStZ 1998, 567; NStZ-RR 1998, 294; StV 1998, 422, 486). Dies kann bei Verwendung einer Schreckschußpistole - wie der BGH wiederholt entschieden hat - dann der Fall sein, wenn sie dem Opfer (unmittelbar) an den Körper gehalten wird, da ein aufgesetzter Schuß mit einer Platzpatrone aufgrund der austretenden Explosionsgase und der mitgerissenen Munitionspartikel regelmäßig zu erheblichen Verletzungen führt (vgl. BGHR StGB § 250 Abs. 2 Nr. 1 Waffe 2; BGH NStZ-RR 1999,102, jew. m. w. N.); er kann sogar tödlich sein. Wird jedoch eine geladene Schreckschußwaffe dem Opfer aus einer Entfernung - wovon hier nach den getroffenen Feststellungen zugunsten des Angekl. auszugehen ist von 2 m vorgehalten, so versteht sich dies nicht von selbst. Vielmehr hätte die nicht weiter begründete Auffassung des LG, daß eine aus einer solchen Distanz auf den Kopf oder das Gesicht des Opfers gerichtete Schreckschußpistole "objektiv gefährlich" ist und ein aus dieser Entfernung aus ihr abgegebener Schuß zu erheblichen Körperverletzungen führen kann, näherer Darlegung bedurft.

2. Der aufgezeigte Rechtsfehler zwingt zur Aufhebung der gegen den Angekl. T. und den Mitangekl. R. (§ 357 StPO) festgesetzten Einzel- und Gesamtstrafen.

Standort: § 266 StGB — Problem: Unmittelbarkeit des Vermögensschadens

LG MAINZ, BESCHLUSS VOM 13.11.2000
1 QS 257/00 (STV 2001, 296)

Problemdarstellung:

Die Angekl. hatten als ärztliche Bedienstete eines Krankenhauses überteuerte Herzschrittmacher-Implantate bezogen, die dafür monatlich von der Lieferfirma erhaltenen Zuwendungen aber für den Kauf eines in der Klinik eingesetzten EKG-Gerätes verwandt.

Im Rahmen einer sofortigen Beschwerde der StA gem. § 210 StPO hatte sich das LG Mainz mit der Frage zu befassen, ob das AG zu Recht einen hinreichenden Tatverdacht des Treubruchs gem. § 266 I, 2.Var. StGB verneint hat. Die Kammer führt aus, dass erhebliche Zweifel an einer Vermögensbetreuungspflicht der Angekl. bestehen und auch der eingetretene Vermögensnachteil durch die Anschaffung des EKG-Gerätes kom-

pensiert werde. Das LG Mainz ist der Ansicht, dass es irrelevant sei, dass dieser Vorteil nicht unmittelbar durch das treuwidrige Verhalten eingetreten sei. Da auch an dem Vorsatz der Angekl. erhebliche Zweifel bestünden, könne das Rechtsmittel der StA keinen Erfolg haben.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung spricht prüfungsrelevante Einzelfragen des sog. Treuebruchtatbestandes an. Da die 2. Variante des § 266 I StGB im Gegensatz zum nach h.M. spezielleren Missbrauchstatbestand (1. Variante) nicht nur durch rechtsgeschäftliches Handeln im Rahmen der Vertretungsmacht, sondern durch jedwede Pflichtverletzung verwirklicht werden kann, besteht weitgehend Einigkeit, dass dem Treuebruchtatbestand über eine restriktive Auslegung des Merkmals der Vermögensbetreuungspflicht "Konturen" verliehen werden müssen. Bei der Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen muss sich um eine Hauptpflicht handeln, bei deren Wahrnehmung dem Täter ein selbstständiger Entscheidungsspielraum zukommen muss (zur umstrittenen Frage, ob das so auch für den Missbrauchstatbestand gilt, siehe Schönke/Schröder/Lenckner/Perron, § 266, Rn. 2 m.w. N.).

Wenig geklärt ist die Frage, ob auch § 266 StGB ein Unmittelbarkeitserfordernis dergestalt fordert, dass zur Schadenskompensation nur solche Vorteile herangezogen werden dürfen, die unmittelbar infolge des treuwidrigen Verhaltens einfließen. Während der BGH und Teile der Literatur diese Frage offenbar bejahen (s. Tröndle/Fischer, § 266, Rn. 24; Schönke/Schröder/Lenckner/Perron, § 266, Rn. 41), vertritt das LG Mainz die gegenteilige Ansicht. Gegen das Erfordernis der Unmittelbarkeit auch im Rahmen des § 266 StGB lässt sich anführen, dass dieses Kriterium beim Betrug (und für die h.L. auch bei der Erpressung) dazu dient, den Selbstschädigungscharakter dieser Delikte zum Ausdruck zu bringen, es sich bei der Untreue nach einhelliger Ansicht aber um ein Fremdschädigungsdelikt handelt. Wenn aber der Vermögensnachteil schon nicht unmittelbar durch das treuwidrige Verhalten eintreten muss, lässt sich gut vertreten, dass auch mittelbare Vorteile kompensationsfähig sind.

Schließlich folgt das LG Mainz der Rechtsprechung des BGH insoweit, als dieser trotz anhaltender Kritik der Literatur (s. Schönke/Schröder/Lenckner/Perron, § 266, Rn. 50 m.N.) an den Nachweis des Vorsatzes bei der Untreue besonders hohe Anforderungen stellt, um den "außerordentlich weiten Rahmen des objektiven Tatbestandes" zu kompensieren.

Vertiefungshinweise:

- Verfahren gegen Dr. Helmut Kohl: *LG Bonn*, NJW 2001, 1736
- Zum Unmittelbarkeitserfordernis: *Haft*, NJW 1996, 238

Kursprogramm:

- *Examenskurs*: "Perlenkette"

Leitsätze:

1.Einem ärztlichen Mitarbeiter eines Krankenhauses, dessen vertragliche Verpflichtung in der Erbringung ärztlicher Leistungen obliegt, kommt keine Vermögensbetreuungspflicht als typischer und hauptsächlicher Inhalt seines Dienstverhältnisses zu, auch wenn aufgrund seiner Veranlassung von der Klinikverwaltung (überteuerte) Herzschrittmacher-Implantate erworben werden.

2. Für die Frage eines Vermögensnachteils i. S. d. § 266 StGB ist maßgeblich, ob der Weggabe eines Vermögenswerts eine begründete Aussicht auf einen äquivalenten Vermögenszuwachs gegenübersteht, auch wenn die zu saldierenden Vor- und Nachteile nicht unmittelbar durch das treuwidrige Verhalten herbeigeführt worden sind.

Sachverhalt:

Durch Anklageschrift v. 27.1. 1999 legt die StA den Angesch. zur Last, sich in der Zeit v. 30. 1. 1992 bis 27.4.1994 in Mainz der gemeinschaftlichen Untreue in Gestalt des sog. Treubruchs (§§ 266 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB) dergestalt schuldig gemacht zu haben, daß sie als ärztliche Bedienstete des Mainzer H.-Hospitals von der Firma M.-GmbH medizinische Produkte und Hilfsmittel (Herzschrittmacher-Implantate) zu überhöhten Preisen bezogen und dafür monatliche, zur Anschaffung eines in der Klinik eingesetzten EKG-Geräts verwendete Zahlungen der Lieferfirma in Höhe von insgesamt 76 500 DM empfangen haben sollen.

Durch Beschl. v. 27. 9. 2000 hat das AG die Eröffnung des Hauptverfahrens mangels Vorliegens eines hinreichenden Tatverdachts abgelehnt. [...] Gegen diese Entscheidung richtet sich die begründete sofortige Beschwerde der StA.

Aus den Gründen:

Dem gem. § 210 Abs. 2 StPO zulässigen, insbes. fristgerecht (§ 311 Abs. 2 StPO) eingelegten Rechtsmittel der StA bleibt in der Sache der Erfolg versagt. Die Entscheidung des AG entspricht jedenfalls im Ergebnis - der Sach- und Rechtslage. Die Beschwerdebegründung der StA rechtfertigt keine abweichende Beurteilung. Zu Recht hat das AG den hinreichenden Tatverdacht des Treubruchs (§§ 203 StPO, 266 StGB) verneint.

I. Begriff des hinreichenden Tatverdachts (§ 203 StPO)

Hinreichender Verdacht besteht bei vorläufiger Tatbewertung in der Wahrscheinlichkeit der späteren Verurteilung. Ein hinreichender Verdacht ist zu verneinen, wenn nach Aktenlage bei den gegebenen Beweismöglichkeiten am Ende wahrscheinlich nach dem Zweifelssatz freizusprechen sein wird. Dabei steht dem AG ein gewisser Beurteilungsspielraum zu (vgl. Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO 44. A., § 203 Rdnr. 2 m. w. N.). Diesen Beurteilungsspielraum hat der angefochtene Beschl. nicht überschritten.

II. Voraussetzungen des Treuebruchtatbestandes (§ 266 I, 2. Var. StGB)

1. Vermögensbetreuungspflicht

Der - durch die Rspr. eingeengte - Treubruchtatbestand setzt nicht lediglich voraus, daß der Täter innerhalb eines nicht unbedeutenden Pflichtenkreises bei Einräumung von Ermessensspielraum, Selbständigkeit und Bewegungsfreiheit zur fremdnützigen Vermögensfürsorge verpflichtet ist (Tröndle/Fischer. StGB 49. A., § 266 Rdnr. 8). Er erfordert nach der Rspr. des RG und des BGH (vgl. die Nachw. bei Schönke-Schröder-Lenckner, StGB 24. A., § 266 Rdnr. 24) bei einem auf Dienstvertrag beruhenden Beschäftigungsverhältnis vielmehr auch, daß die Treupflicht wesentliche und nicht nur beiläufige Pflicht des Vertragsverhältnisses ist, daß die Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen mithin der "typische« und "hauptsächliche« Inhalt des den Täter mit dem Vermögensinhaber verbindenden Verhältnisses sein müsse.

Die Kammer folgt diesem durch die Rspr. entwickelten Erfordernis, das von Lenckner (Schönke-Schröder, StGB 24. A., § 266 Rdnr. 24) zu Unrecht und ohne nähere Begründung als ein "untaugliches" Kriterium bezeichnet wird.

Diesem Erfordernis aber wird die berufliche Stellung der Angesch. ersichtlich nicht gerecht. Der Angesch. Dr. A. war im Tatzeitraum Chefarzt für Kardiologie, der Angesch. Dr. B. war Oberarzt für Kardiologie am H.-Hospital in Mainz. Wesentliche Pflicht ihres Vertragsverhältnisses war die Erbringung ärztlicher Leistungen im Rahmen der Verwirklichung des gemeinsamen Werkes christlicher Nächstenliebe (vgl. Dienstvertrag Dr. A. v. 24.10.1988). Die - als solche jedem Arbeitnehmer obliegende - Verpflichtung, Vermögensinteressen des Dienstherrn jedenfalls nicht mutwillig oder grob fahrlässig zu schädigen, war allenfalls eine selbstverständliche Nebenpflicht. Sie war aber jedenfalls nicht der "typische" und "hauptsächliche" Inhalt des Dienstverhältnisses der Angesch. Schon aus diesem Grunde muß eine Verurteilung der Angesch. wegen Treubruchs bei vorläufiger Bewertung des Akteninhalts als so unwahrscheinlich gelten, daß sich eine Eröffnung des Hauptverfahrens verbietet.

2. Vermögensnachteil - Unmittelbarkeitserfordernis

An dem Entstehen eines durch die Angesch. zu verantwortenden Vermögensnachteils müssen begründete Zweifel bestehen. Es kann dahinstehen, ob durch das behauptete Vorgehen der Angesch. - die angebliche Veranlassung des Erwerbs überteuerter Herzschrittmacher-Implantate - der Klinik oder ihrem Träger ein Schaden entstanden ist. Darauf kommt es nicht an. Denn jedenfalls fehlt ein Vermögensschaden i. S. d. § 266 StGB, falls der Schaden durch gleichzeitige Vorteile, durch einen den Verlust aufwiegenden Vermögenszuwachs (Schönke-Schröder-Lenckner, StGB 24. A., § 266 Rdnr. 41) ausgeglichen wird. Davon aber muß hier angesichts des Umstands, daß dem behaupteten Schaden, der - worauf die Verteidigung zutreffend hingewiesen hat - nicht notwendigerweise identisch sein muß mit den durch die Angekl. angeblich erlangten Vorteilen (76 500 DM), durch den Einsatz des EKG-Geräts erzielte Einsparungen i. H. v. 636 550 DM gegenüber gestanden haben, mit einiger Gewißheit ausgegangen werden.

Dem steht entgegen der Auffassung der Bf. die Rspr. des BGH im Ergebnis nicht entgegen.

Zwar will der BGH (Nachw. bei Tröndle/Fischer, StGB 49. A., § 266 Rdnr. 24) einen Ausgleich von Vor- und Nachteilen nur dann zulassen, wenn beide unmittelbar durch das treuwidrige Verhalten herbeigeführt werden, nicht jedoch dann. wenn der Schadensausgleich durch andere rechtlich selbständige Handlungen herbeigeführt wird. Dies mag zutreffen. Denn ausreichend ist nach der Auffassung des BGH jedenfalls, daß mit der Weggabe eines Vermögenswerts eine äquivalente Erwerbsaussicht eröffnet wird, daß also eine begründete Aussicht - nicht nur eine vage Chance - auf Vermögenszuwachs besteht. Von letzterem aber mußte hier angesichts des geplanten und planmäßig verwirklichten Einsatzes des EKG-Geräts - zumindest aus der Sicht der Angesch. - mit ausreichender Sicherheit ausgegangen werden. Auch aus diesem Grunde muß eine Verurteilung der Angesch. wegen Treubruchs als eher unwahrscheinlich gelten.

3. Vorsatz

Begründete Zweifel, die einer Eröffnung des Hauptverfahrens entgegen stehen, richten sich endlich gegen die Nachweisbarkeit des erforderlichen Tatvorsatzes.

Der Vorsatz des Täters muß die Pflichtwidrigkeit umfassen. Dazu gehört nicht nur, daß der Täter das Vorhandensein aller Tatbestandsmerkmale des § 266 Abs. 1 StGB kennt, er muß sich auch seines Mißbrauchs oder seiner Pflichtwidrigkeit bewußt sein. Der Täter muß nicht nur wissen, daß sein Tun das Vermögen seines Auftraggebers schädigt; er muß dies auch wollen

(vgl. die Nachw. bei Tröndle/Fischer, StGB 49. A., § 266 Rdnr. 26). Dabei sind nach der Auffassung des BGH (NStZ 97, 543) gerade bei der Untreue - vor allem in Fällen, in denen der Täter nicht eigensüchtig gehandelt hat - an den Vorsatz strenge Anforderungen zu stellen. Angesichts des Umstandes aber, daß die Angesch. die angeblich erzielten vermögenswerten Vorteile zum Erwerb eines EKG-Gerätes verwendet haben, das anschließend im Interesse und zum wirtschaftlichen Nutzen ihres Dienstherrn eingesetzt worden ist, müssen an der Beweisbarkeit einer gewollten Schädigung der Klinik oder ihres Trägers megr als nur begründete Zweifel bestehen. Auch aus diesem Grunde ist die Eröffnung des Hauptverfahrens zu Recht abgelehnt worden. Nach alledem kann das Rechtsmittel der StA - in der Sache - keinen Erfolg haben.

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht **Problem: Rüge eines Ratsmitgliedes**

VG STUTTGART, URTEIL VOM 24.06.1999
9 K 1380/98 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Das VG Stuttgart hatte über die Rechtmäßigkeit einer Rüge zu entscheiden, die der Oberbürgermeister (OB), der Klägerin (Kl.), einer Stadträtin, erteilt hatte. Selbige hatte - wie der OB und andere Gemeindevertreter - an einer Gesprächsrunde zu einem wirtschaftlichen Thema teilgenommen und sich dort abfällig über den Sinn solcher Gespräche geäußert. Der Gemeinderat und der OB sahen darin eine Verletzung ihrer Pflichten als Gemeinderätin, wofür die §§ 16, 17 GO BW Sanktionsmöglichkeiten, insbes. ein Ordnungsgeld, vorsehen. Eine Rügemöglichkeit ist nicht dort explizit genannt.

Das VG stellt zunächst fest, dass eine solche trotzdem, nämlich als ein "Weniger" zum Ordnungsgeld, von §§ 16, 17 GO BW gedeckt sein könne. Allerdings lägen die Voraussetzungen im konkreten Fall nicht vor, da die Kl. an der Veranstaltung nicht als Stadträtin, sondern als Privatperson teilgenommen habe. Sie habe demgemäß auch nicht ihre Pflichten als Stadträtin verletzt, sondern sich allenfalls persönlich unmöglich gemacht. Die Entscheidung enthält darüber hinaus interessante Ausführungen zur (verneinten) VA-Qualität einer solchen Rüge und - wenn auch knapp - zu der Frage, wie die Folgen der bereits in der Presse veröffentlichten Rüge wieder beseitigt werden können (öffentlich-rechtlicher Folgenbeseitigungsanspruch, gerichtet auf die Übermittlung des die Rechtswidrigkeit der Rüge feststellenden Urteilstenors an die Presse).

Prüfungsrelevanz:

Die vorliegend mit Blick auf die VA-Qualität der Rüge erörterte Abgrenzung von Fortsetzungsfeststellungs- zur Feststellungsklage hat in anderer Gestalt, nämlich durch das Urteil des BVerwG vom 14.07.1999 (6 C 7.98, RA 1999, 592) zur Frage der Klageart bei Erledigung vor Klageerhebung, hohe Wellen geschlagen. Ein Klassiker ist auch die Abgrenzung zwischen dem Auftreten als Privatperson und öffentlich-rechtlichem Funktionsträger, z.B. bei Warnungen durch einen Minister (vgl. BVerwGE 87, 37). Diese kann schon für den Rechtsweg erheblich sein (wenn die Warnung im Sachzusammenhang mit dem öffentlichen Amt steht, liegt i.d.R. eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit i.S.d. § 40 I 1 VwGO vor), sich auf die Klagebefugnis auswirken (Privatpersonen können sich für ihre Äußerungen auf Grundrechte berufen, Hoheitsträger nicht) und, wie im vorliegenden Fall, materielle Konsequenzen für ein Einschreiten gegen solche Äußerungen haben.

Zum öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch enthält das vorliegende Urteil nur recht knappe Ausführungen, die einer gutachterlichen Prüfung im Examen nicht genügen würden. Zu ausführlicheren Darstellungen dieses Anspruchs vgl. die Vertiefungshinweise.

Die einschlägigen Vorschriften der GO BW sind in ähnlicher Form auch in den Gemeindeordnungen der anderen Bundesländer enthalten (vgl. z.B. §§ 29 III, 30 VI GO NW), so dass der vorliegende Fall länderübergreifende Bedeutung besitzt.

Der VGH BW hat i.Ü. inzwischen mit Berufungsurteil vom 11.10.2000 (1 S 2624/99, NVwZ-RR 2001, 262) die vorliegende Entscheidung des VG Stuttgart bestätigt.

Vertiefungshinweise:

- Zum Folgenbeseitigungsanspruch: *OVG NW*, RA 2000, 349 = NWVBl 2000, 216; RA 1999, 301 = NWVBl 1999, 189; *Brugger*, JuS 1999, 625
- Zu staatlichen Warnungen: *BVerwGE* 82, 76; 87, 37; *Lege*, DVBl 1999, 569: *di Fabio*, JuS 1997, 1.

Kursprogramm:

- *Examenskurs*: "Kranführer im Rat"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Nimmt ein Ratsmitglied in Rahmen einer öffentlichen Veranstaltung an einer Diskussion teil, äußert er sich dort als Privatperson und nicht als Ratsmitglied, solange ihm die Repräsentanz der Gemeinde nicht durch Rechtsvorschrift, Auftrag oder sonstwie übertragen worden ist.

2. Ein Gemeinderatsmitglied ist selbst dann nicht verpflichtet, sich in einer öffentlichen Veranstaltung "gemeindeverträglich" zu äußern, wenn er gerade wegen seiner Eigenschaft als Gemeinderat oder Fraktionsvorsitzender im Gemeinderat eingeladen

worden ist.

3. Zu den Voraussetzungen einer Rüge eines Gemeinderatsmitgliedes nach der Gemeindeordnung des Landes Baden-Württemberg.

Sachverhalt:

Am 12. 1. 1998 fand in E. anlässlich des traditionellen "Kalten Marktes" eine Gesprächsrunde zum Thema: "Konjunkturaufschwung ohne Arbeitsplätze - die Zukunft der deutschen Wirtschaft? Eine Diskussion zur aktuellen Entwicklung" statt. Zu dieser Gesprächsrunde waren vom Oberbürgermeister der bekl. Stadt E auch die Kl., die Stadträtin und Vorsitzende einer Ratsfraktion ist, die anderen Fraktionsvorsitzenden im Gemeinderat sowie einzelne Gemeinderäte eingeladen worden. Der Oberbürgermeister der Bekl. selbst sowie ein Beigeordneter nahmen ebenfalls teil.

In der nichtöffentlichen Gemeinderatssitzung vom 12. 2. 1998 entrüsteten sich sechs Gemeinderatsmitglieder über das Verhalten der Kl. während des Gesprächs. Sie habe dort den Sinn der Veranstaltung in Abrede gestellt, die Anwesenden dadurch brüskiert und sich auch in ihren übrigen Äußerungen nicht gemeindeverträglich verhalten. Der Gemeinderat beschloss daraufhin, den Oberbürgermeister mit einem Schreiben an die Kl. zu beauftragen, in dem ihr eine öffentliche Rüge erteilt und angekündigt werden solle, sie werde im Wiederholungsfall keine Einladung mehr zu solchen Veranstaltungen erhalten. Als die Kl. (verspätet) zu der Sitzung erschien, teilte ihr der Oberbürgermeister den Beschluss des Gemeinderats mit.

Am 3. 3. 1998 sandte der Oberbürgermeister der Bekl. an die Kl. ein Schreiben, in dem ihre Äußerungen vom 12. 1. 1998 gerügt wurden. Der Inhalt dieses Schreibens ist in diversen örtlichen Zeitungen veröffentlicht worden. Am 19. 3. 1998 hat die Kl. beim VG Klage erhoben und zuletzt beantragt, festzustellen, dass die vom Gemeinderat der Bekl. am 12. 2. 1998 beschlossene und ihr durch Schreiben des Oberbürgermeisters vom 3. 3. 1998 mitgeteilte Rüge rechtswidrig war, und die Bekl. zu verpflichten, den Tenor des Feststellungsurteils in gleicher Weise der Presse zugänglich zu machen wie seinerzeit die Rüge selbst. Hat die Klage Erfolg?

Lösung:

Die Klage hat Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist. Diesbezüglich ist zwischen dem auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Rüge und dem auf Veröffentlichung dieser Feststellung gerichteten Begehren zu differenzieren:

1. Teil: Feststellung der Rechtswidrigkeit der Rüge

A. Verwaltungsrechtsweg

Fraglich ist zunächst, ob der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet ist. Für den vorliegenden Fall sind keine aufdrängenden Spezialzuweisungen ersichtlich, so dass sich dies nach der Generalklausel des § 40 I 1 VwGO richtet. Diese fordert eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art.

Öffentlich-rechtlich ist eine Streitigkeit mit der modifizierten Subjektstheorie dann, wenn die streitentscheidende Norm zwingend einen Hoheitsträger berechtigt oder verpflichtet. Hier wird über eine Rüge gestritten, deren rechtliche Grundlage allein in §§ 16, 17 GO BW liegen kann. Diese berechtigen mit dem Bürgermeister der Gemeinde einen Hoheitsträger, sind mithin öffentlich-rechtlicher Natur.

Nichtverfassungsrechtlicher Art ist die Streitigkeit ebenfalls, da nicht Verfassungsorgane um Verfassungsrecht streiten, sondern Gemeinde und Gemeinderätin um die Anwendung der GO BW.

B. Zulässigkeit

Die Klage ist zulässig, wenn die Sachurteilsvoraussetzungen der statthaften Klageart vorliegen.

I. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Begehren der Klägerin, § 88, 2. Hs VwGO. Diese möchte hier festgestellt haben, dass die an sie gerichtete Rüge rechtswidrig war.

1. Fortsetzungsfeststellungsklage

Das VG prüft zunächst, ob eine Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 I 4 VwGO in Betracht kommt, verwirft diesen Gedanken aber, da die Rüge kein Verwaltungsakt i.S.d. § 114 I 4 VwGO sei:

"Entgegen der Auffassung der Beklagten handelt es sich bei Klagantrag Nr. 1 nicht um eine sogenannte Fortsetzungsfeststellungsklage i. S. von § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO. Die Fortsetzungsfeststellungklage setzt voraus, dass die Klage zunächst gegen einen Verwaltungsakt gerichtet war, der sich nach Klageerhebung erledigt hat; sie wird in ständiger Rechtsprechung auch dann für zulässig gehalten, wenn die Erledigung des Verwaltungsakts bereits vor Klageerhebung eingetreten ist, wobei die Geltung der Fristvorschriften der §§ 74 und 58 Abs. 2 VwGO postuliert wird (vgl. zum Streitstand: Kopp/Schenke, VwGO, 11. Aufl., § 113 Rz. 128). Der von der Klägerin angegriffenen Rüge kommt jedoch keine Verwaltungsaktsqualität zu.

Das Verwaltungsgericht sieht mit der Beklagten die Erteilung der Rüge rechtlich in § 17 Abs. 4 i. V. mit § 16 Abs. 3 GO BW verankert. Nach diesen Regelungen hat der Gemeinderat die Möglichkeit, gegen einen Bürger, der ein Ehrenamt bekleidet und dieses nicht ausübt oder bestimmte Pflichten verletzt, Sanktionen zu verhängen. Zum Zeitpunkt der Befassung des Gemeinderats

mit dem umstrittenen Vorfall war vorgesehen, ein Ordnungsgeld bis 1.000 DM zu verhängen oder das Bürgerrecht bis zur Dauer von vier Jahren abzuerkennen (vgl. jetzt § 16 Abs. 3 GO BW n.F., in Kraft seit 01. 08. 1998). Entsprechenden Maßnahmen kommt Verwaltungsaktsqualität zu (VGH BW, Beschluss vom 10.09.1987, EKBW § 17 GemO, E 8; siehe auch § 10 Abs. 2 DVO GO).
Der Gemeinderat hat jedoch keine der im Gesetz genannten Sanktionen verhängt, sondern hat es mit der nicht ausdrücklich vorgesehenen Rüge [...] bewenden lassen. Das ist ihm nicht verwehrt, wenn es sich um eine weniger einschneidende Maßnahme handelt; insbesondere in den Fällen, in denen eine gröbliche Pflichtverletzung erst bei wiederholtem Verhalten angenommen-werden kann, ist eine solche Maßnahme, etwa eine Ermahnung, im Sinne einer Abmahnung und eines rechtlichen Hinweises auf die gesetzlichen Konsequenzen einer Pflichtverletzung zu verstehen (so VGH BW, VBlBW 1996, 99). Sie ist kein Verwaltungsakt, weil es gerade ihr Sinn ist, unterhalb der Eingriffsebene der formalisierten Sanktion zu bleiben und eine solche nur warnend in Erinnerung zu rufen, ohne ihr unmittelbare Rechtswirkung im Sinne von § 35 S. 1 VwVfG zu verleihen. Bei der umstrittenen Maßnahme der Beklagten handelt es sich um eine einer Ermahnung und einer Inaussichtstellung nachteiliger Konsequenzen vergleichbare, jedenfalls gegenüber den in § 16 Abs. 3 GO BW vorgesehenen Sanktionen mildere Reaktion auf die Äußerungen der Klägerin und daher mangels unmittelbarer Rechtswirkung nicht um einen Verwaltungsakt."

2. Feststellungsklage
Das VG bejaht statt dessen eine Feststellungsklage nach § 43 I VwGO:
"Mit dem Klagantrag Nr. 1 verfolgt die Klägerin eine Feststellungsklage i. S. von § 43 Abs. 1, 1. Fall VwGO. Zulässig ist danach nicht nur das Begehren, das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses als Ganzes, sondern auch einzelner Rechte und Pflichten daraus feststellen zu lassen. Hierher gehört auch die vorliegende Streitigkeit, ob die Klägerin sich einer Pflichtverletzung nach § 17 Abs. 1 GO BW schuldig gemacht hat und die Reaktion der Beklagten zu Recht erfolgt ist."

II. Feststellungsinteresse, § 43 I VwGO a.E.
"Das ferner erforderliche, berechtigte Interesse an der baldigen gerichtlichen Feststellung ergibt sich aus dem Bedürfnis der Klägerin nach Rehabilitierung sowie nach Vermeidung des ihr in Aussicht gestellten Übergangenwerdens bei künftigen Veranstaltungen."

[Anm.: Auf die von der st. Rspr. des BVerwG und der wohl h.M. für die Feststellungsklage geforderte Klagebefugnis analog § 42 II VwGO (BVerwG, NVwZ 1990, 162; 1991, 471; Ehlers, NVwZ 1990, 111; a.A. z.B. Schoch, JuS 1987, 780) geht das VG nicht ein. Eine Prüfung derselben hätte sich jedoch angeboten, da die Betroffenheit der Kl. durch die Rüge nur tatsächlicher bzw. ideeller Art war. Dies genügt für das Feststellungsinteresse, nicht jedoch für die Klagebefugnis, welche die Möglichkeit einer Rechtsverletzung fordert. Spricht man die Klagebefugnis an, kommt die Meinungsfreiheit aus Art. 5 I als subjektiv-öffentliches Recht der Kl. in Betracht. Prüft man dies, muss u.U. jedoch schon hier die vom VG erst in der Begründetheit aufgeworfene Frage geklärt werden, ob die Kl. sich auf Grundrechte überhaupt berufen kann, d.h. als Privatperson und nicht als Ratsmitglied von der Rüge betroffen ist.]

III. Keine Subsidiarität, § 43 II VwGO
"Der Feststellungsantrag ist nicht aufgrund des Subsidiaritätsgrundsatzes in § 43 Abs. 2 VwGO ausgeschlossen, denn die Klägerin hat nicht die Möglichkeit der Gestaltungsklage, weil ihr die Anfechtungsklage, wie ausgeführt, mangels Verwaltungsaktsqualität der angegriffenen Sanktion verschlossen ist, und auch nicht der Leistungsklage. In Betracht zu ziehen wären Leistungsklagen auf Widerruf der Rüge und auf deren Unterlassung. Die Klage auf Widerruf ginge indessen ins Leere, da mit ihr nur gegen eine (unwahre) Tatsachenbehauptung vorgegangen werden kann, nicht aber gegen ein Werturteil (vgl. z. B. VGH BW, VBlBW 1990, 186), wie es die Rüge darstellt. Mit einer Unterlassungsklage könnte die Klägerin nur das Verbot einer Wiederholung der Rüge erreichen; ihr geht es aber darum, den durch die Rüge erzeugten Makel nachträglich zu tilgen, wofür die Unterlassungsklage nicht taugt."

IV. Klagegegner
Die Feststellungsklage ist mangels gegenteiliger Regelungen in der VwGO nach dem allgemeinen Rechtsträgerprinzip gegen die juristische Person des öffentlichen Rechts zu richten, deren Maßnahme in Rede steht. Da es hier um eine Rüge des Bürgermeisters geht, ist dies die Gemeinde. Diese ist auch verklagt worden.

[Anm.: Das VG sieht in der Originalentscheidung die Frage des Klagegegners mit der zumindest im süddeutschen Raum vorherrschenden Auffassung (VGH München, BayVBl 1988, 630) als Teil der Begründetheitsprüfung an. Dieser Auffassung liegt jedoch eine Verwechslung (bzw. irrige Gleichsetzung) der Begriffe "Partei" und "Passivlegitimation" zugrunde, weshalb nach richtiger Auffassung die (formelle) Wahl des richtigen Beklagten als Teil der Zulässigkeit, die (materielle) Passivlegitimation desselben im Rahmen der Rechtsfolge der dem Rechtsstreit zu Grunde liegenden

Normen, also in der Begründetheit zu prüfen ist (OVG Münster, NJW 1991, 2586; Ehlers, FS Menger, S. 381). Zu den Argumenten vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 11. Aufl., § 78 Rz. 1 unter Aufgabe der bis zur Vorauflage von Kopp vertretenen Gegenansicht.]

Der Klageantrag zu 1 ist damit insgesamt zulässig.

C. Begründetheit

Die Feststellungsklage ist begründet, wenn die Bekl. durch ihren Bürgermeister nicht berechtigt war, die Rüge gegenüber der Kl. auszusprechen.

I. Ermächtigungsgrundlage

"Die Beklagte beruft sich darauf, auf der Grundlage von §§ 17 Abs. 1, Abs. 4 und 16 Abs. 3 GO BW zur Rüge berechtigt gewesen zu sein. Hiernach muss, wer zu ehrenamtlicher Tätigkeit bestellt wird, die ihm übertragenen Geschäfte uneigennützig und verantwortungsbewusst führen (§ 17 Abs. 1). Verletzt er diese seine Pflichten gröblich, gilt gemäß § 17 Abs. 4 die Bestimmung des § 16 Abs. 3 GO BW, wonach der Gemeinderat mit einem Ordnungsgeld - zum damaligen Zeitpunkt auch mit der Aberkennung des Bürgerrechts - reagieren oder, wie dargelegt, auch eine weniger einschneidende Maßnahme treffen kann."

II. Formelle Rechtmäßigkeit

Für formelle Verstöße beim Ausspruch der Rüge gibt es keinerlei Anhaltspunkte. Insbesondere bedurfte es, da es sich nicht um einen Verwaltungsakt handelte, keiner vorherigen Anhörung der Kl. nach § 28 I VwVfG.

III. Materielle Rechtmäßigkeit

In materieller Hinsicht müsste der Tatbestand der Ermächtigungsgrundlage erfüllt und die richtige Rechtsfolge gewählt worden sein. Tatbestandliche Voraussetzung ist hier gem. §§ 17 I, IV i.V.m. 16 III GO BW, dass die Kl. ihre Pflichten als Gemeinderätin durch ihr Verhalten anlässlich der Gesprächsrunde zum Thema: "Konjunkturaufschwung ohne Arbeitsplätze - - die Zukunft der deutschen Wirtschaft? Eine Diskussion zur aktuellen Entwicklung" verletzt hat. Das VG verneint dies mit der Begründung, dass die Kl. schon nicht als Gemeinderätin, sondern als Privatperson aufgetreten sei:

"Eine sanktionsfähige Pflichtverletzung im Sinne von § 17 Abs. 1 GO BW setzt voraus, dass die verletzte Pflicht zum Kreis der dem ehrenamtlich Tätigen übertragenen Geschäfte gehört. Bereits diese Voraussetzung sieht das Verwaltungsgericht im vorliegenden Streitfall als nicht erfüllt an, weil die Teilnahme der Klägerin am Wirtschaftsgespräch, bei dem sie die beanstandeten Äußerungen gemacht hat, nicht zu diesen Geschäften gehört."

1. Keine Kernbereichsaufgabe

"Sie ist offensichtlich mit einer der in der Gemeindeordnung ausdrücklich geregelten gemeinderätlichen Aufgaben, nämlich der Mitwirkung im Gemeinderat und seinen Ausschüssen (§§ 34 Abs. 3, 39 Abs. 5 S. 1, 41 Abs. 3 GO BW) als dem Kern der Tätigkeit oder der Vertretung der Gemeinde in dem Organ eines wirtschaftlichen Unternehmens (§§ 32 Abs. 5, 105 GO BW) nicht in Zusammenhang zu bringen."

2. Keine Repräsentation der Gemeinde

"Am ehesten ist sie in die Nähe von Repräsentationsaufgaben zu rücken, wie sie im gesellschaftlichen oder wirtschaftlichen Leben der Gemeinde, aus Anlass von öffentlichen Veranstaltungen oder der Pflege von Städtepartnerschaften anfallen. Da das Kommunalrecht keinen Numerus clausus von Tätigkeiten kennt, auf die die Amtsausübung eines Gemeinderatsmitglieds zwingend beschränkt wäre, steht grundsätzlich nichts entgegen, auch die Mitwirkung bei der Selbstdarstellung der Gemeinde den Grundpflichten nach § 17 Abs. 1 GO BW zu unterwerfen."

a. Erkennbare Übertragung als Voraussetzung

"Allerdings muss Voraussetzung sein, dass dem Gemeinderatsmitglied bekannt oder jedenfalls erkennbar ist, ob es in seiner Eigenschaft als Gemeinderatsmitglied oder als sonstiger Bürger handelt. Denn außerhalb seines Amtes, also außerhalb der ihm übertragenen Geschäfte i. S. von § 17 Abs. 1 GO BW hat das Gemeinderatsmitglied keine andere Rechtsstellung und mithin auch keine andere Pflichtenstellung als jeder andere Bürger auch (vgl. Kunze/Bronner/Katz, GO BW, § 32 Rz. 4) und hat daher auch bei seinen Äußerungen nicht auf seine Amtspflichten Rücksicht zu nehmen, sondern unterliegt lediglich den allgemeinen Schranken der Meinungsfreiheit. Folglich muss die Teilnahme am Wirtschaftsgespräch der Klägerin eindeutig und erkennbar als zu ihrem Ehrenamt gehörige Aufgabe übertragen worden sein, wenn die Beklagte berechtigt gewesen sein soll, an ihren dabei gefallenen Meinungskundgaben disziplinarische Folgen zu knüpfen."

b. Hier keine Übertragung durch Rechtsvorschrift oder Auftrag

Eine Rechtsvorschrift, aus der sich dies auch ohne Übertragungsakt ergeben würde, ist nicht ersichtlich. Ebenso wenig vermag die erkennende Kammer festzustellen, dass die Klägerin mit dem Besuch der Veranstaltung als einer konkreten, ausdrücklich oder erkennbar namens und im Auftrag des Gemeinderats zu erfüllenden Aufgabe betraut worden wäre. Sie ist vom Oberbürgermeister, wie alle anderen Teilnehmer auch, ausweislich der Kopie des Einladungsschreibens hierzu "herzlich eingeladen" und um ihre Zusage gebeten wor-

den; als Diskussionsforum zu dem Thema "Konjunkturaufschwung ohne Arbeitsplätze - die Zukunft der deutschen Wirtschaft?" hatte die Veranstaltung allenfalls einen losen Bezug zu ihrem Wirkungskreis als Gemeinderatsmitglied. Dass sie die Gemeinde oder den Gemeinderat hätte repräsentieren sollen, ist der Einladung nicht zu entnehmen und angesichts der Anwesenheit des Oberbürgermeisters, der die Gemeinde vertritt und zudem Vorsitzender des Gemeinderats ist (§ 42 Abs. 1 GO BW), nicht anzunehmen. Demnach bestand für die Klägerin keine erkennbare rechtliche, sondern lediglich eine kommunalpolitische oder gesellschaftliche Verpflichtung zum Besuch, die sie aber von den Bindungen des § 17 Abs. 1 GO BW unberührt ließ."

Der Klageantrag zu 1 ist damit auch begründet.

2. Teil: Übermittlung des Tenors des Urteils zum Klageantrag zu 1 an die örtliche Presse

A. Verwaltungsrechtsweg

Fraglich ist, ob auch bzgl. der begehrten Veröffentlichung der Feststellung der Rechtswidrigkeit der Rüge der Verwaltungsrechtsweg gegeben ist. Dies richtet sich wiederum nach § 40 I 1 VwGO, wobei allein fraglich ist, ob es sich hierbei um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handelt.

Die modifizierte Subjektstheorie ist diesbezüglich nicht erhellend, da sowohl zivilrechtliche (Veröffentlichung als Naturalrestitution über §§ 823, 1004, 249 ff. BGB) als auch öffentlich-rechtliche Anspruchsgrundlagen (Veröffentlichung als Folgenbeseitigung über den öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch) in Betracht kommen. Die Veröffentlichung der Feststellung der Rechtswidrigkeit der Rüge ist jedoch lediglich der actus contrarius der Veröffentlichung der Rüge selbst; diese basierte auf öffentlich-rechtlichen Normen (s.o.) und wurde vom Oberbürgermeister im Auftrag des Rates, also durch öffentlich-rechtliche Gewaltenträger ausgesprochen. Mit der Kehrseitentheorie ist sie daher ihrerseits als öffentlich-rechtlich einzuordnen.

B. Zulässigkeit

I. Statthafte Klageart

Die Übermittlung des Tenors des Urteils zum Klageantrag zu 1 an die örtliche Presse hat keine Rechts-, sondern tatsächliche Folgen, nämlich voraussichtlich die Veröffentlichung desselben. Mangels Regelungswirkung stellt sie mithin auch keinen Verwaltungs-, sondern einen Realakt dar, der mit der allgemeinen Leistungsklage zu erstreiten ist. Selbige ist in der VwGO zwar nicht geregelt, aber zumindest erwähnt (vgl. §§ 43 II, 111, 113 IV VwGO) und allgemein als statthaft anerkannt.

II. Klagebefugnis

Zum Ausschluss von Popularklagen ist es gerechtfertigt, die Notwendigkeit einer Klagebefugnis analog § 42 II VwGO auch auf die allg. Leistungsklage zu übertragen. Vorliegend besteht zumindest die Möglichkeit, dass die Kl. aus dem öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch einen Anspruch auf Übermittlung des Tenors des Urteils zum Klageantrag zu 1 an die örtliche Presse hat, mithin durch die Nichtgewährung in selbigem verletzt ist.

III. Klagegegner

Auch die allg. Leistungsklage ist mangels abweichender gesetzlicher Regelung gegen den Rechtsträger, hier also die Gemeinde, zu richten.

Der Klageantrag zu 2) ist damit ebenfalls zulässig.

C. Objektive Klagehäufung

Nach § 44 VwGO können die Anträge zu einheitlichen Entscheidung verbunden werden, da mit dem VG dasselbe Gericht für beide Begehren zuständig ist, sie sich mit der Gemeinde gegen denselben Beklagten richten und im Zusammenhang stehen.

D. Begründetheit

Die Leistungsklage ist begründet, sofern der Kl. der begehrte Anspruch zusteht. Das VG bejaht dies knapp unter Verweis auf den öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch als Anspruchsgrundlage:

"Die rechtswidrige Erteilung der Rüge [...] hat zu einem rechtswidrigen Zustand in Gestalt einer fortwirkenden Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Klägerin geführt. Ihr steht daher ein Anspruch auf Beseitigung dieses als Folge der rechtswidrigen Maßnahme eingetretenen, noch andauernden rechtswidrigen Zustands zu, der auf die Wiederherstellung des Zustands, wie er im Zeitpunkt des Eingriffs bestand oder, falls unmöglich, eines annähernd gleichwertigen Zustands gerichtet ist (vgl. BVerwGE 82, 76, 95; VGH BW, DVBl. 1987, 953). Diesem Anspruchsinhalt wird angemessen Rechnung getragen, wenn die von der Klägerin zu Recht angestrebte Wiederherstellung ihres Ansehens in der Öffentlichkeit auf demselben Weg erfolgt wie dessen Beeinträchtigung, also durch Herausgabe von Pressemitteilungen mit dem Wortlaut der vom Gericht getroffenen Feststellung an diejenigen Zeitungsredaktionen, die auch den Inhalt des Rügeschreibens veröffentlicht haben. Der Nachrichtenwert dieser Feststellung garantiert nach der Überzeugung der erkennenden Kammer, dass sie ebenso wie seinerzeit die Rüge den Weg an die Öffentlichkeit findet."

Mithin ist auch der Klageantrag zu 2) begründet.

Die Klagen haben damit Erfolg.

Standort: Zivilrecht Problem: Haftung bei versagter Baugenehmigung

BGH, URTEIL VOM 21.12.2000
VII ZR 17/99 (NJW 2001, 1642)

Problemdarstellung:

In diesem Fall hatte der BGH über das rechtliche Schicksal eines Werkvertrages zu befinden, der sowohl Architekten- als auch Bauleistungen nach Maßgabe eines noch nicht durch die Baubehörde genehmigten Plans des beklagten Unternehmers umfasste.

Zum einen war über die Anwendbarkeit des HWiG und der damit verbundenen Möglichkeit zum Widerruf des Vertrages diskutiert worden. Umstritten war dabei, ob das Widerrufsrecht gem. § 1 II Nr. 1 HWiG aufgrund einer vorherigen Bestellung der Kl. ausgeschlossen war. Der BGH lehnte dies ab, da die vorherige Bestellung durch die Kl. dem Erwerb einer Eigentumswohnung diente; damit stand der später geschlossene Werkvertrag in keinem Zusammenhang.

Zum anderen ging es um die Mangelhaftigkeit der Planung durch den Unternehmer i.S.d. §§ 633 ff. BGB, weil die Baugenehmigung versagt wurde. Der BGH erkannte einen Mangel am geschuldeten Werk in Form eines Fehlers an. Der beklagte Unternehmer schuldete eine dauerhafte genehmigungsfähige Planung. Aus Rechtsgründen konnte jedoch die Baugenehmigung nicht erteilt werden; dieses Risiko trug der Unternehmer. Etwas anderes hätte sich nur ergeben, wenn im konkreten Fall sich die klagende Bestellerin vertraglich verpflichtet hätte, ihr Bauvorhaben entsprechend der allein genehmigungsfähigen Planung anzupassen.

Zum Abschluss führt der BGH noch aus, dass diese aus Rechtsgründen folgende Planungsunmöglichkeit des beklagten Unternehmers nicht zur Vertragsnichtigkeit gem. § 306 BGB führt, da insoweit die §§ 633 ff. BGB verdrängende Spezialregeln darstellen.

Prüfungsrelevanz:

Das Sachmängelgewährleistungsrecht im Besonderen Schuldrecht (z.B. §§ 459 ff., 537 ff., 633 ff. BGB) gehört zu den wichtigsten Themen der Juristischen Staatsprüfung. Dabei liegt ein Schwerpunkt in der Abgrenzung des Sachmängelgewährleistungsrechts zu den allgemeinen Leistungsstörungsrechten (Verzug, Unmöglichkeit, Anfechtung, p.F.V., etc.). Dabei bemüht sich die Rechtsprechung vor allem die Anwendbarkeit von § 306 BGB (objektive anfängliche Unmöglichkeit) zugunsten des Sachmängelgewährleistungsrechts einzugrenzen (Palandt/Heinrichs, 60. Aufl., § 306 BGB Rz. 14). Diese rechtspolitisch umstrittene Vorschrift wegen ihrer eingreifenden Rechtsfolgen abgelehnt; ihre ersatzlose Streichung ist daher auch im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung vorgesehen. Weiterhin ist diese Entscheidung von examenrelevanter Bedeutung, weil sie verdeutlicht, dass der Erfolg der geschuldeten Werkleistung allein in den Risikobereich des Unternehmers fällt und er dafür nach werkvertraglichem Gewährleistungsrecht gem. §§ 633 ff. BGB einzustehen hat.

Vertiefungshinweise:

- Besprechung zu dieser BGH-Entscheidung: *Emmerich*, LM 7/2001, § 306 BGB Nr. 15
- Unternehmerhaftung wg. nicht genehmigungsfähiger Planung: *OLG Düsseldorf*, NJW-RR 2000, 310

Kursprogramm:

- *Examenskurs*: "Die sturm- und wetterfeste Aluminiumfassade"
- *Examenskurs*: "Die neue Kanzlei"

Leitsätze:

1. Die Gewährleistungsvorschriften des Werkvertragsrechts stellen eine Sonderregelung dar, die grundsätzlich die Anwendbarkeit des § 306 BGB ausschließt. Daher haftet der Unternehmer, der ein Bauvorhaben nach von ihm gefertigten Plänen zu errichten verspricht, nach den §§ 633 ff. BGB, wenn feststeht, dass die Baugenehmigung aus Rechtsgründen nicht erteilt werden kann.

2. Legen die Parteien dem Bau- und Architektenvertrag eine vom Unternehmer gefertigte, aber noch nicht genehmigte Planung zu Grunde, so führen ein Wegfall der ursprünglich geplanten französischen Balkone und die Verringerung der Wohnraumhöhe von 2,5 m auf das Mindestmaß von 2,4 m in allen Stockwerken zu Mängeln des ursprünglich geplanten Bauwerks, sofern sich aus dem Vertrag kein Recht zur entsprechenden Umplanung ergibt (im Anschluss an BGH, NJW-RR 1989, 775 = LM § 633 BGB Nr. 72 = BauR 1989, 219 [221] = ZfBR 1989, 58).

Sachverhalt (der Redaktion):

Die Kl. fordert Rückzahlung einer Anzahlungsrate in Höhe von 250.000 DM. Die Parteien schlossen in der Privatwohnung der Kl. am 14. 12. 1994 einen Bauvertrag, in dem sich die Bekl. verpflichtete, einen Neubau

mit zwölf Eigentumswohnungen zum Preis von 2.866.704 DM nach einem von ihr gefertigten Planungsentwurf auf den der Kl. gehörenden Baugrundstücken zu errichten. Die Kl. hatte die Beklagte wegen des Erwerbes einer Eigentumswohnung bestellt, während des Gesprächs schlug der Geschäftsführer der Bekl. den vorgenannten Planungs- und Bauvertrag vor. Nachdem die Bekl. zwei Tage später den Antrag auf Baugenehmigung fertiggestellt hatte, forderte sie die erste der vereinbarten Raten, auf die die Kl. 250.000 DM zahlte. In keinem der Gespräche hatte die Bekl. die Kl. darüber aufgeklärt hatte, dass für das westlich gelegene Nachbargrundstück, das dem Ende Oktober 1994 verstorbenen Ehemann der Kl. gehört hatte, eine Vereinigungsbaulast und für das östlich gelegene Grundstück des Nachbarn L eine Abstandsbaulast zu bewilligen war. Die Kl. ist nach dem Testament ihres verstorbenen Ehemanns befreite Vorerbin. Nachdem die Bauaufsichtsbehörde die Kl. im Januar und März 1995 zur Vorlage zahlreicher fehlender Unterlagen zum Bauantrag aufgefordert hatte, setzte die nunmehr anwaltlich beratene Kl. der Bekl. mit Schreiben vom 3. 4. 1995 eine Frist, sämtliche noch fehlende Unterlagen einschließlich der Erklärung über die Vereinigungsbaulast einzureichen. Mit Schreiben vom 19. 4. 1995 nahm sie Abstand vom Bauvertrag unter anderem mit der Begründung, die Bekl. hätte sie auf die Notwendigkeit von Baulasterklärungen nicht hingewiesen. Zudem müsse für eine Baugenehmigung eine Reduzierung der geplanten Raumhöhe der Wohnungen in den drei Stockwerken um jeweils zehn Zentimeter sowie die Umwandlung der französischen Balkone in Dachgauben erfolgen, was die Kl. nicht hinnehmen wolle. Die Kl. hat Rückzahlung von 250.000 DM gefordert und sich hilfsweise auf Wandelung berufen. Zu Recht?

Lösung:

1. Teil: Hauptvorbringen

A. Anspruch auf Rückzahlung von 250.000 DM gem. § 3 I HWiG a.F.

Die Kl. könnte infolge eines Widerufs gegen die Bekl. einen Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Anzahlung von 250.000 DM gem. § 3 I HWiG haben.

[Anm.: Seit dem 01.10.2000 ist das verbraucherrechtliche Widerrufsrecht reformiert worden, § 361 a BGB. Der Rückabwicklungsanspruch ergibt sich seitdem aus §§ 1 I HWiG, 361 a II, 346 S. 1 BGB. Für alle Altverträge bleibt es jedoch bei der Anwendbarkeit der ursprünglichen Regeln.]

I. Anwendbarkeit des HWiG

1. Überrumpelnder Abschluss eines entgeltlichen Vertrages

Für eine widerrufsbedingte Rückabwicklung des fraglichen Planungs- und Bau vertrages müsste die Kl. ihre auf den Abschluss eines Vertrages über eine entgeltliche Leistung gerichtete Willenserklärung abgegeben haben, weil sie z.B. durch mündliche Verhandlungen im Bereich einer Privatwohnung dazu bestimmt worden ist, § 1 I Nr. 1 HWiG. Ein Vertrag über eine entgeltliche Leistung ist regelmäßig, aber nicht unbedingt ein gegenseitiger Vertrag (Palandt/Putzo, 60. Aufl., Einl. zum HWiG, Rz. 5).

Der Planungs- und Bauvertrag vom 14.12.1994 verpflichtete die Bekl. zum Neubau von zwölf Eigentumswohnungen nach selbst angefertigten Plänen zum Preis von 2.866.704 DM und ist somit als Werkvertrag gem. § 631 I BGB zu qualifizieren. Der Abschluss eines entgeltichen Vertrages zwischen den Parteien liegt vor.

Zudem kam es zum Vertragsabschluss in der Privatwohnung der Kl., so dass auch die besondere Vertragsabschlusssituation einer Überrumpelung gem. § 1 I Nr. 1 HWiG gegeben ist.

2. Kein Ausschluss gem. § 1 II HWiG

Das Widerrufsrecht der Kl. könnte jedoch nach § 1 II Nr. 1 HWiG ausgeschlossen sein, wenn im Fall von Absatz 1 Nr. 1 die mündliche Verhandlungen, auf denen der Abschluss des Vertrages beruht, auf vorhergehende Bestellung der Kl. als Kundin erfolgte. Fraglich ist daher, wie die Tatsache zu werten ist, dass die Kl. die Bekl. bzw. deren Geschäftsführer zwecks Erwerb einer Eigentumswohnung in ihre Privatwohnung ausdrücklich bestellt hatte.

Der BGH führt dazu aus:

"Nach § 1 II Nr. 1 HWiG besteht das Widerrufsrecht dann nicht, wenn die mündlichen Verhandlungen, auf denen der Abschluss des Vertrags beruht, auf vorhergehende Bestellung des Verbrauchers geführt worden sind. Dafür ergibt sich aus dem Vortrag der Kl. kein Anhalt. Sie will vielmehr nach der ersten, nicht von ihr veranlassten Verhandlung versucht haben, die weitere Planung der Bekl. zu stornieren. Bei der zweiten Verhandlung habe der Geschäftsführer der Bekl. neben umfangreichen Planungsunterlagen bereits vorbereitete Bauverträge und -beschreibungen mitgebracht. Sie habe den Vertrag im Hinblick auf die Erklärung des Geschäftsführers, der Bauantrag müsse noch im Dezember 1994 gestellt werden, unterschrieben.

Eine vorhergehende Bestellung liegt auch nicht etwa deshalb vor, weil die Kl. als erste Kontakt zu der Bekl. aufgenommen hatte. Denn die Kl. wollte von sich aus zunächst nur eine Eigentumswohnung erwerben; damit steht der später geschlossene Bauvertrag in keinem Zusammenhang (vgl. BGH, NJW 1999, 575)."

3. Kein Ausschluss gem. § 6 HWiG a.F.
Gem. § 6 Nr. 1 HWiG a.F. ist die Anwendbarkeit des HWiG ausgeschlossen, wenn der Widerrufende den Vertrag in Ausübung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit abschließt oder die andere Vertragspartei nicht geschäftsmäßig handelt. Für einen solchen Ausschluss bestehen jedoch keine Anhaltspunkte. Der BGH führt dazu aus:
"Ein Widerrufsrecht der Kl. ist nicht nach § 6 Nr. 1 HWiG ausgeschlossen. Es ist nicht ersichtlich, dass der von der Kl. beabsichtigte Verkauf der Eigentumswohnungen als Ausübung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit im Sinne dieser Vorschrift anzusehen ist."

4. Ergebnis
Demzufolge ist das HWiG auf den vorliegenden Fall anzuwenden, so dass die Kl. gem. § 1 I HWiG ihre Willenserklärung zum Abschluss des Planungs- und Bauvertrages widerrufen kann.

[Anm.: Die Frage, ob der Planungs- und Bauvertrag nicht bereits wegen der rechtlich bedingten Genehmigungsunfähigkeit des Vorhabens gem. § 306 BGB nichtig ist, kann aufgrund der Lehre von der Doppelnichtigkeit im Recht offen bleiben (Fischer/Machunsky, HWiG, 2. Aufl., Einl. Rz. 56).]

II. Form- und fristgerechte Ausübung des Widerrufs
Gem. §§ 1 I, 2 I HWiG a.F. muss der Widerruf schriftlich innerhalb einer Woche nach Abgabe der zu widerrufenden Willenerklärung erfolgen. Der Lauf der Frist beginnt erst nach ordnungsgemäßer Belehrung über das Widerrufsrecht i.S.d. § 2 I 2, 3 HWiG a.F. Unterbleibt diese Belehrung, so erlischt das Widerrufsrecht erst einen Monat nach beiderseits vollständiger Leistungserbringung. Der BGH führt dazu aus:
"Der Vertrag vom 14. 12. 1994, der nach zwei mündlichen Verhandlungen in der Privatwohnung der Kl. geschlossen wurde, enthält keine Belehrung über ein Recht der Kl. zum Widerruf.[...] Die Kl. hat ihre auf den Abschluss des Vertrags gerichtete Willenserklärung mit ihrem Schreiben vom 19. 4. 1995 wirksam [*Anm.: Damit ist vor allem die Fristwahrung gemeint*.] widerrufen. Das Wort "Widerruf" musste dabei nicht ausdrücklich gebraucht werden. Denn es genügt, wenn deutlich zum Ausdruck gebracht wird, dass der Widerrufende den Vertragsschluss nicht mehr gegen sich gelten lassen will (BGH, NJW 1996, 1965 = LM H. 9/1996 § 1 b AbzG Nr. 31). Das ist der Fall. Die Kl. hat in ihrem Schreiben die Anfechtung des Vertrags erklärt, auf weitere Bedenken gegen den Vertragsschluss wegen fehlender Belehrung über das Widerrufsrecht nach dem Haustürwiderrufsgesetz hingewiesen und die Bekl. aufgefordert, den erhaltenen Geldbetrag zurückzuzahlen. [...]

III. Ergebnis
Die Kl. hat infolge Widerrufsausübung gegen die Bekl. einen Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Anzahlung von 250.000 DM gem. § 3 I HWiG.

B. Anspruch gem. § 812 I 2 1. Fall BGB
Die Kl. könnte infolge der Widerrufsausübung gegen die Bekl. einen Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Anzahlung von 250.000 DM gem. § 812 I 2 1. Fall BGB.

I. Anwendbarkeit des Bereicherungsrechts
Durch den Widerruf der Willenserklärung der Kl. ist der Planungs- und Bauvertrag endgültig unwirksam geworden. Es stellt sich somit die Frage, ob für die trotzdem daraufhin erbrachten Leistungen Bereicherungsrecht angewendet werden kann. Nach allgemeiner Meinung enthält § 3 HWiG eine abschließende Regelung der Rückabwicklungsansprüche bei Widerrufsausübung, welche die allgemeinen Vorschriften des BGB - und damit auch der §§ 812 ff. BGB - verdrängt (Ulmer in: MünchKomm., 3. Aufl., § 3 HWiG Rz. 5; Fischer/Machunsky, § 3 HWiG Rz. 18).

II. Ergebnis
Die Kl. hat gegen die Bekl. keinen Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Anzahlung von 250.000 DM gem. § 812 I 2 1. Fall BGB.

2. Teil: Hilfsvorbringen

A. Anspruch gem. §§ 631 I, 634 I, IV, 465, 467 S. 1, 346 S. 1 BGB
Sofern die Kl. nicht widerruft, könnte sie einen Anspruch auf Rückzahlung der Anzahlung von 250.000 DM gem. §§ 631 I, 634 I, IV, 465, 467 S. 1, 346 S. 1 BGB haben.

I. Wirksamer Werkvertrag

1. Werkvertragsabschluss gem. § 631 I BGB
Indem die Parteien am 14.12.1994 einen Planungs- und Bauvertrag für den Neubau von zwölf Eigentumswohnungen auf der Basis selbst erstellter Pläne zum Preis von 2.866.704 DM abschlossen, wurde ein Werkvertrag gem. § 631 I BGB begründet.

2. Unwirksamkeit gem. § 306 BGB
Wegen der aus Rechtsgründen gegebenen Unmöglichkeit der Bekl., die versprochene Planung umzusetzen, könnte der Werkvertrag jedoch gem. § 306 BGB nichtig sein. Nach § 306 BGB ist ein Vertrag nichtig, wenn er auf eine anfänglich und objektiv unmögliche Leistung gerichtet ist.
Der BGH führt dazu aus:

"Die aus Rechtsgründen gegebene Unmöglichkeit eines Unternehmers, die versprochene Planung umzusetzen, führt nicht zur Nichtigkeit des Vertrags nach § 306 BGB. Grundsätzlich stellen die Gewährleistungsvorschriften des Werkvertragsrechts eine Sonderregelung dar, die die Anwendbarkeit der §§ 306, 307 BGB ausschließen. Wer es übernimmt, ein Bauwerk nach von ihm gefertigten Plänen zu errichten, haftet nach den §§ 633 ff. BGB, wenn feststeht, dass die Baugenehmigung aus Rechtsgründen nicht erteilt werden kann (vgl. BGHZ 54, 236 [237f.] = NJW 1970, 2021 = IM § 346 [Ea] HGB Nr. 14). Ansprüche gem. den §§ 634, 635 BGB stehen dem Besteller dann nicht zu, wenn eine Nachbesserung möglich ist oder sich aus dem Vertrag etwas anderes ergibt. Eine Nachbesserung ist dann unmöglich, wenn der Mangel durch die technisch und rechtlich möglichen Maßnahmen nicht behoben werden kann oder wenn die zur Beseitigung der Mangelfolgen geeignete Maßnahme die Grundsubstanz oder die Konzeption des Werks nicht unwesentlich verändert (BGH, NJW-RR 1989, 775 = LM § 633 BGB Nr. 72 = BauR 1989, 219 [221] = ZfBR 1989, 58).

Ein Besteller ist vorbehaltlich einer vertraglichen Vereinbarung nicht verpflichtet, sein Bauvorhaben entsprechend der allein genehmigungsfähigen Planung anzupassen (vgl. BGH, NJW-RR 1998, 952 = LM H. 9/1998 MietrechtsverbesserungsG Nr. 23 = BauR 1998, 579 = ZfBR 1998, 186). Dies gilt auch, wenn die Parteien einen Bauvertrag geschlossen haben, dem eine vom Unternehmer gefertigte, aber nicht genehmigungsfähige Planung zu Grunde liegt (vgl. BGH, NJW-RR 19.89, 775 = LM § 633 BGB Nr. 72 = BauR 1989, 219 [221] = ZfBR 1989, 58)."

3. Ergebnis

Zwischen den Parteien wurde ein wirksamer Werkvertrag gem. § 631 I BGB abgeschlossen.

II. Mangel am hergestellten Werk

Das von der Bekl. hergestellte Werk auf der Grundlage des Planungs- und Bauvertrages müsste mangelhaft sein. Gem. § 633 I BGB ist das Werk mangelhaft, wenn es fehlerhaft ist oder zugesicherte Eigenschaften fehlen. Ein Fehler liegt vor, wenn die tatsächliche Ist-Beschaffenheit des hergestellten Werkes von der vertraglich vereinbarten Soll-Beschaffenheit negativ abweicht (Palandt/Sprau, § 633 BGB Rz. 2).

1. Mangelhaftigkeit der Bauplanung wegen fehlender Vereinigungsbaulast

Ein Fehler könnte in der Bauplanung der Bekl. bereits darin liegen, dass es an der Vereinigungsbaulast zum Nachbargrundstück der Kl. fehlt.

Der BGH führt dazu an:

"Die Bekl. schuldete eine dauerhaft genehmigungsfähige Planung. Nach den Feststellungen des BerGer. konnte eine Baugenehmigung für das von der Bekl. geplante Bauvorhaben nur erteilt werden, wenn die vorgesehenen Baugrundstücke und das westlich angrenzende, ebenfalls der Kl. gehörende Grundstück im Wege einer von ihr zu übernehmenden Vereinigungsbaulast gem. § 4 I der Niedersächsischen Bauordnung (NdsBauO) zu einem Baugrundstück gemacht wurden.

Das Risiko, dass die Planung nur dann genehmigungsfähig war, wenn die Kl. eine Vereinigungsbaulast übernahm, trug die Bekl., sofern die Kl. sich nicht vertraglich zur Übernahme verpflichtet hatte oder rechtzeitig vor Vertragsschluss über die Notwendigkeit einer Vereinigungsbaulast aufgeklärt worden und mit der Übernahme einverstanden war.

Die Kl. hat sich im Vertrag nicht verpflichtet, eine Vereinigungsbaulast zu übernehmen. Sie war auch nicht ohne weiteres gehalten, für ein benachbartes Grundstück eine Baulast zu übernehmen, die als öffentlich-rechtliche, im Baulastverzeichnis einzutragende Verpflichtung die Bebaubarkeit des belasteten Grundstücks nachhaltig einschränkt. Eine rechtzeitige Aufklärung der Kl. über die Notwendigkeit, eine Vereinigungsbaulast zu bewilligen, stellt das BerGer. nicht fest. Es unterstellt vielmehr, die Bekl. habe die Kl. bei Vertragsschluss hierüber nicht aufgeklärt. In diesem Fall, von dem in der Revision auszugehen ist, hat die Kl. die Planung, zu der die Übernahme der Vereinigungsbaulast gehörte, in ihrem Schreiben vom 3. 4. 1995 auch nicht gebilligt. Das gegenteilige Verständnis des BerGer. trifft nicht zu. Aus der Sicht der Bekl. als Erklärungsempfängerin enthielt das Schreiben keine rechtsgeschäftliche Erklärung, die als Billigung verstanden werden konnte. Die Kl. gab der Bekl. lediglich auf, innerhalb bestimmter Frist zahlreiche als fehlend gerügte Unterlagen beizubringen, darunter auch die "von der Bekl." abzugebende Erklärung der Vereinigungsbaulast. Dies verdeutlicht, dass die Kl. keine Vorstellung hatte, in diesem Punkt eine rechtsgeschäftliche Erklärung abzugeben, die als Billigung der bisherigen Planung mit dem Erfordernis einer Vereinigungsbaulast verstanden werden konnte. Denn eine Vereinigungsbaulast kann nur vom Grundstückseigentümer übernommen werden. Die Planung der Bekl. war danach mangelhaft."

2. Mangelhaftigkeit der Bauplanung wegen fehlender Abstandslast

Ein Fehler könnte im Weiteren in der Bauplanung liegen, weil es an der Abstandslast zum Grundstück des Nachbar L mangelt. Der BGH meint zu diesem Punkt:

"Dasselbe [*Anm.: Damit ist die Mangelhaftigkeit der Bauplanung gemeint.*] gilt auch hinsichtlich der Abstandsbaulast, die nach der ursprünglichen Planung der Grundstücksnachbar L zu bewilligen hatte. Soweit die

Revision allerdings rügt, auch eine geänderte Planung der Bekl. setze eine Abstandsbaulast des Nachbarn L voraus, hat sie keinen Erfolg. Der Senat hält die Verfahrensrügen zu der Feststellung des BerGer., die Tiefgaragenzufahrt könne so umgeplant werden, dass sie ohne eine Abstandsbaulast des L genehmigungsfähig ist, nicht für durchgreifend; er sieht von einer Begründung ab (§; 565 a ZPO).
Die Revision rügt zu Recht, das BerGer. habe den Vortrag der Kl. übergangen, es fehle ein aus privatrechtlichen Gründen erforderliches Einverständnis des Grundstücksnachbarn L zu dem geplanten Bauvorhaben. Die Kl. hat behauptet, dem Grundstück des Nachbarn L werde durch die Errichtung einer bis zu 2,12 m unter Geländeoberfläche reichenden Stützmauer an der gemeinsamen Grundstücksgrenze die erforderliche Stütze entzogen. In welchem Umfang eine Stütze im Einzelfall notwendig ist, richtet sich nach den örtlichen Verhältnissen, darunter auch der vorhandenen oder der zu erwartenden Benutzung des Nachbargrundstücks (BGHZ 63, 176 [1791 = NJW 1975, 257 = LM § 909 BGB Nr. 15). Feststellungen hierzu fehlen. Der Sachverständige A hat weder in seinem schriftlichen Gutachten noch bei seiner mündlichen Anhörung hierzu Stellung genommen. Solange die geplante Vertiefung noch nicht vorgenommen worden ist, kann dem Nachbarn L nach § 909 BGB ein Anspruch auf Unterlassung gegenüber der Kl. als Grundstückseigentümerin zustehen. An einer Zustimmung des Nachbarn L zum Bauvorhaben der Kl. fehlt es."

3. Mangelhaftigkeit der Bauplanung wegen bauordnungsrechtlicher Verstöße
Ein zusätzlicher Fehler könnte in der Bauplanung der Bekl. liegen, weil eine Reduzierung der Wohnungshöhe in den drei Stockwerken um jeweils zehn Zentimeter sowie die Umwandlung der französischen Balkone zu Dachgauben nach geltendem Baurecht erforderlich war. Der BGH führt dazu aus:
"Ausgehend von diesem Vertragsinhalt konnte die Bekl. ihre Pflichten nicht erfüllen, da eine Baugenehmigung für die ursprüngliche Planung zu Recht nicht erteilt worden wäre und die Kl. die vorgeschlagene Umplanung nicht akzeptieren musste. Ein solcher Vertrag ist auf eine unmögliche Leistung errichtet."

4. Ergebnis
Die von der Bekl. geschuldete Planung des Bauvorhabens ist in mehreren Punkten mangelhaft gem. § 633 I BGB.

III. Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung gem. § 634 I 1 BGB
Gem. § 634 I 1 BGB muss der Besteller dem Unternehmer zur Beseitigung des Mangels eine angemessene Frist mit der Erklärung erteilen, dass er die Beseitigung des Mangels nach Ablauf der Frist ablehnt; grundsätzlich kann der Besteller erst nach ungenutztem Fristablauf Wandlung begehren. Eine solche Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung ist durch die Kl. nicht erfolgt, könnte aber in diesem Fall auch entbehrlich sein. Der BGH meint diesbezüglich:
"Nach den bisherigen Feststellungen des BerGer. scheidet eine Nachbesserung der nicht genehmigungsfähigen Pläne gem. § 633 I BGB aus; die Kl. musste der Bekl. daher auch keine Frist setzen (§ 634 II BGB). Der Wegfall der ursprünglich geplanten französischen Balkone und die Verringerung der Wohnraumhöhe von 2,5 in auf das Mindestmaß von 2,4 in in allen Stockwerken würden zu Mängeln des ursprünglich geplanten und geschuldeten Bauwerks führen. Eine derartige Umplanung weicht von dem vereinbarten Vertragssoll in nicht zumutbarer Weise ab. Sie würde die Konzeption des Werks nicht unwesentlich verändern.[...] Da die Planung mangels Zustimmung der Kl. zur Vereinigungsbaulast auch nicht genehmigungsfähig ist, ist der Bekl. die Beseitigung dieses Mangels (auch) unmöglich."

IV. Kein Ausschluss
Für eine Wandlung des Werkvertrages finden sich weder vertragliche noch gesetzliche Ausschlussgründe.

V. Keine Verjährung
Der Anspruch der Kl. auf Wandlung dürfte nicht bereits verjährt sein, § 638 I BGB. Der Werkvertrag wurde am 14.12.1994 geschlossen, zwei Tage später stellte die Bekl. den Antrag auf Baugenehmigung fertig. Bereits mit Schreiben vom 19.04.1995 nahm die Kl. Abstand vom Vertrag. Die Verjährungsfristen von § 638 I BGB sind daher gewahrt.

VI. Vollzug gem. §§ 634 IV, 465 BGB
Gem. §§ 634 IV, 465 BGB muss der Unternehmer der Wandlung zustimmen, damit sie vollzogen wird. Zwar widersetzt sich die Bekl. einer solchen Wandlung, jedoch kann ihre fehlende Zustimmung durch richterlichen Gestaltungsakt im Rahmen der Wandlungsklage ersetzt werden (Palandt/Putzo, § 465 BGB Rz. 2 ff.).

VII. Ergebnis
Die Kl. hat gegen die Bekl. einen Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Anzahlung von 250.000 DM gem. §§ 631 I, 634 I, IV, 465, 467 S. 1, 346 S. 1 BGB.

B. Anspruch gem. § 812 I 2 1. Fall BGB
Im Falle einer vollzogenen Wandlung kommt Bereicherungsrecht neben den Rückabwicklungsregeln der §§ 634 IV, 467 S. 1, 346 ff. BGB nicht in Betracht. Folglich hat die Kl. auch in diesem Fall keinen Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Anzahlung gegen die

Bekl. gem. § 812 I 2 1. Fall BGB.

3. Teil: Gesamtergebnis
Die Kl. kann von der Bekl. die erbrachte Anzahlung in Höhe von 250.000 DM nach Widerrufsausübung gem. § 3 I HWiG a.F., hilfsweise durch Wandlung gem. §§ 631 I, 634 I, IV, 465, 467 S. 1, 346 S. 1 BGB zurückverlangen.

Standort: Strafrecht Problem: Überlassen von Betäubungsmitteln zum Suizid

BGH, URTEIL VOM 07.02.2001
5 STR 474/00 (NSTZ 2001, 324)

Problemdarstellung:

Der BGH hatte über die Strafbarkeit eines 83jährigen Angekl. zu entscheiden, der als "Freitodbegleiter" einer unheilbar Schwerstkranken eine tödliche Dosis von Betäubungsmitteln zum unmittelbaren Verbrauch überlassen hatte. Das LG hat den Angekl. wegen unerlaubter Einfuhr von Betäubungsmitteln (§ 29 I Nr. 1 BtMG) in Tateinheit mit unerlaubtem Überlassen von Betäubungsmitteln zum unmittelbaren Verbrauch (§ 29 I Nr. 6 b BtMG) unter Einbeziehung der Sanktionen aus zwei früheren Verurteilungen zu einer Gesamtgeldstrafe von 70 Tagessätzen zu je 120 DM verurteilt. Jeweils allein auf die Sachrüge gestützt, begehrt der Angekl. mit seiner Revision einen Freispruch, während die StA mit ihrem vom Generalbundesanwalt vertretenen Rechtsmittel einen Schuldspruch auch wegen Überlassens von Betäubungsmitteln mit leichtfertiger Todesverursachung nach § 30 1 Nr. 3 BtMG erstrebt. Die Revision der Staatsanwaltschaft hatte keinen Erfolg. Sie führte zu Gunsten des Angekl. (§ 301 StPO) wie dessen eigene Revision zu einer Änderung des Rechtsfolgenausspruchs, nämlich zum Ausspruch einer Verwarnung mit Strafvorbehalt (s. dazu i.e. BGH, NStZ 2001, 327). Im Übrigen blieb auch die Revision des Angekl. ohne Erfolg.

Der BGH führt zunächst aus, dass zwar die Teilnahme an einer Selbsttötung eines vollverantwortlich Handelnden mangels Haupttat straflos bleiben muss, diese Straflosigkeit sich aber nicht auch auf das vom Angekl. begangene Betäubungsmitteldelikt (§ 29 I Nr. 1, 6 b BtMG) erstreckt, da insoweit das überindividuelle Rechtsgut der Volksgesundheit geschützt werden soll. Die Tat sei auch nicht gerechtfertigt oder entschuldigt, da weder ein Fall der sog. indirekten Sterbehilfe noch ein sonstiger Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund eingreife.

Allerdings habe sich der Angekl. nicht auch gem. § 30 I Nr. 3 BtMG strafbar gemacht, da die erforderliche "Leichtfertigkeit" ausnahmsweise nicht vorliege, wenn der Empfänger des Betäubungsmittels in jeder Hinsicht selbstverantwortlich handele.

Schließlich verneint der Senat auch eine Unterlassensstrafbarkeit, da das Opfer nach Einnahme der schnell wirkenden Mittels sofort unrettbar verloren war, mithin keine Möglichkeit der Rettung mehr bestand.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung betrifft zahlreiche sehr examensrelevante Themenbereiche des Allgemeinen Teils. Aufgehängt an Delikten des Betäubungsmittelgesetzes (BtMG) [s. zur Übersicht Winkler, NStZ 2000, 247; 2001, 301] erörtert der BGH die Reichweite des sog. Eigenverantwortlichkeitsprinzips: Danach sind die (vorsätzliche) Teilnahme an der Selbstverletzung eines vollverantwortlich Handelnden und ("erst recht") die Veranlassung, Förderung oder Ermöglichung einer eigenverantwortlich gewollten und verwirklichten Selbstgefährdung nicht als Tötungs- oder Körperverletzungsdelikte strafbar. Im Rahmen des BtMG ist jedoch nicht nur die eigenverantwortliche Selbstgefährdung durch eine Fremdverantwortung des "Teilnehmers" überlagert (so bereits BGHSt 37, 179 und ausdrücklich BGH, NJW 2000, 2286 = RA 2000, 461), sondern aufgrund des durch die Vorschriften des BtMG bezweckten Schutzes des universalen Rechtsguts der Volksgesundheit, welches nicht zur Disposition des Einzelnen steht, auch die vorsätzliche Teilnahme durch Überlassen von Betäubungsmitteln strafbar. Konsequent wäre es danach gewesen, den Angekl. auch gem. § 30 I Nr. 3 BtMG wegen leichtfertiger Todesverursachung durch Überlassen von Betäubungsmitteln zu bestrafen. Der BGH geht jedoch davon aus, dass das vorsätzliche Handeln des Angekl. nicht als "leichtfertig" bewertet werden kann und erkennt insoweit eine Ausnahme von dem Grundsatz an, dass Leichtfertigkeit "erst recht" auch vorsätzliches Handeln erfasst. Diese Ausnahme sieht der Senat durch die vorliegende "besondere Fallgestaltung" gerechtfertigt.

Vertiefungshinweise:

- Zur Tötung durch Abgabe von Heroin: *BGH*, NJW 2000, 2286
- Zur Sterbehilfe: *Kutzer*, NStZ 1994, 110

Kursprogramm:

- *Examenskurs*: "Koma"
- *Examenskurs*: "Heroin"

Leitsätze:

1. Die Einfuhr und die Überlassung von Betäubungsmitteln sind nicht dadurch gerechtfertigt oder entschuldigt, dass der Täter einen unheilbar schwerstkranken Betäubungsmittelempfänger, dem er nicht persönlich nahesteht, zu einem freien Suizid verhelfen will.

2. Das Überlassen eines Betäubungsmittels zum freien Suizid an einen unheilbar Schwerstkranken, der kein Betäubungsmittelkonsument ist, erfüllt nicht den Tatbestand der Betäubungsmittelüberlassung mit leichtfertiger Todesverursachung gem. § 30 I Nr. 3 BtMG.

3. Im besonderen Einzelfall kann sich das Ermessen eines Tatrichters derart verengen, dass allein eine Verwarnung mit Strafvorbehalt in Betracht kommt, so dass das RevGer. auf diese Sanktion erkennen kann. Eine rechtskräftig verhängte Geldstrafe kann gem. § 55 StGB in eine Verwarnung mit Strafvorbehalt einbezogen werden.

Sachverhalt:

Der jetzt 83jährige Angekl. A, Schweizer Staatsbürger, ist Theologe und Psychologe. Er war bis zum Jahre 1986 als evangelischer Gemeindepfarrer sowie zwischenzeitlich zwölf Jahre lang als Leiter einer "Entgiftungsstelle" in Basel tätig. Seit langem beschäftigt sich der Angekl. aktiv mit dem Problembereich "Sterbehilfe und Sterbebegleitung". Auslösend hierfür war der Krebstod seines besten Freundes, dessen unmittelbar miterlebter, über mehrere Monate andauernder qualvoller Sterbeprozess den Angekl. zu der Überzeugung führte, dass man - nach seinen eigenen Worten - "solchen Menschen einfach helfen muss, wenn sie sterben wollen". Von diesem Wunsch geleitet, gründete der Angekl. im Jahr 1982 die Vereinigung E als deren Generalsekretär er seitdem ehrenamtlich fungiert. In den Statuten dieser Vereinigung heißt es unter anderem: “(1) Die Vereinigung setzt sich in Wort und Schrift für das Selbstbestimmungsrecht aller Menschen über ihre Gesundheit und ihr Leben, also für die “Therapie-Hoheit des Patienten” ein d. h. für die staatliche Anerkennung der Freiheit selbstbestimmten menschenwürdigen Sterbens. (2) Darüber hinaus besteht der Vereinszweck darin, seinen Mitgliedern, die unter hoffnungsloser Krankheit oder unzumutbarer Behinderung leiden, im selbstbestimmten Sterben beizustehen. (3) Unter der Voraussetzung, dass sich alle Möglichkeiten erschöpft haben, welche aus Sicht des Betroffenen ein lobenswertes Leben erlauben würden, leisten Beauftragte der Vereinigung Freitodbegleitung, wobei ein ärztliches Zeugnis die hoffnungslose Krankheit oder die unzumutbare Behinderung bezeugen muss und Angehörige respektive Bezugspersonen dem Vorhaben des Betroffenen zustimmen. (4) Um jede Form des Missbrauchs zu verhindern, gibt die Vereinigung keinerlei Freitod-Anleitungen oder -Medikamente ohne Assistenz ab." Über die Funktion des Generalsekretärs der Vereinigung hinaus übernahm der Angekl. auch die Aufgaben eines "Freitodbegleiters". Nach eigenen Angaben ist er inzwischen in über 300 Fällen entsprechend tätig geworden. Für sein Tätigwerden verlangt er kein Entgelt, sondern lediglich die Vorauserstattung seiner Reisekosten. Bei seiner Tätigkeit als "Freitodbegleiter" verwendete der Angekl. regelmäßig (Natrium-) Pentobarbital. Dieses Mittel ist seit dem Jahr 1981 - mit im Detail unterschiedlichen Einzelregelungen verkehrsfähiges und verschreibungsfähiges Betäubungsmittel nach Anlage III zu § 1 I BtMG. Es handelt sich um ein hochwirksames und sehr schnell anflutendes Barbiturat, das normalerweise bei einer Dosierung von bis zu 100 mg als Schlafmittel, im Übrigen zur Behandlung von Angst- oder Erregungszuständen zum Einsatz kommt. In hoher Dosierung führt dieses Mittel jedoch zu einem sicheren, von Einnehmenden allerdings schon nicht mehr wahrgenommenen Tod. Namentlich tritt im Falle einer Überdosierung zunächst - vergleichbar einer Narkose - eine Ausschaltung des Bewusstseins und erst danach eine tödliche Atemlähmung ein, wobei im Regelfall 3 g des Mittels die für einen Erwachsenen tödliche Dosis darstellen. Die minimale letale Dosis beträgt etwa 1 g. Danach stuft der Angekl. das Mittel als "geradezu ideal geeignet" zur Herbeiführung eines "sanften" Todes ein, insbesondere im Vergleich zum Zyankali, welches beim Einnehmenden zwar ebenfalls schnell zum Tode führt, aber zuvor noch bei Bewusstsein des Sterbenden schwere krampfartige Schmerzen auslöst. Die verstorbene Frau Dr. T die lange Zeit als Ärztin tätig gewesen war, litt an Multipler Sklerose. Nach progredientem Verlauf der Krankheit von 1982 bis 1998 war Frau Dr. T schließlich weitestgehend bewegungsunfähig. Sie verbrachte die Tage in ihrem Haus in Berlin größtenteils in Rückenlage. Sie war wegen einer Sehschwäche auf eine Leselupe angewiesen, die sie in Folge ihrer nachlassenden Kräfte nur über einen sehr kurzen Zeitraum halten konnte, so dass ihr die Lektüre längerer Texte nicht mehr möglich war. Ein im Jahr 1997 unternommener Selbsttötungsversuch scheiterte am Einschreiten ihres Ehemanns. In monatelangen Diskussionen überzeugte Frau Dr. T ihren Ehemann, dass er sie "gehen lassen" müsse. Sie wandte sich an die Vereinigung E mit dem Wunsch nach einer "Sterbebegleitung" und übersandte dem Angekl ein ärztliches Gutachten, in dem der Verlauf ihrer Krankheit beschrieben und deren Unheilbarkeit bestätigt war. Bei einem Besuch verschaffte sich der Angekl. im persönlichen Gespräch mit der Verstorbenen und ihrem Ehemann die Überzeugung, dass diese im Vollbesitz ihrer geistigen Kräfte war und ihr Todeswunsch ernsthaft und nicht Folge eines auch nur ent-

fernt erkennbaren äußeren Drängens war. Nach alledem fasste der Angekl. den Entschluss, die gewünschte "Sterbebegleitung" zu gewähren, nämlich in der Schweiz 10 g Natrium-Pentobarbital zu beschaffen, diese in die Bundesrepublik Deutschland einzuführen und hier der Verstorbenen zur entsprechenden Verfügung zu stellen. Dabei ging er davon aus, dass auf Grund der hohen Dosis und der schnellen Anflutung des Mittels schon ab dem Eintritt einer Bewusstlosigkeit für die Verstorbene keine Rettungsmöglichkeit mehr bestehen werde. Er nahm an, dass sein Verhalten nach deutschem Recht nicht strafbar sei. Dabei ging er von der Straflosigkeit der Teilnahme an einer Selbsttötung aus. Er wusste nicht, dass Pentobarbital dem deutschen Betäubungsmittelrecht unterliegt. Entsprechende Erkundigungen unternahm er nicht. In die Schweiz zurückgekehrt, übergab der Angekl. einem "Vertrauensarzt" der E das von der Verstorbenen überlassene Gutachten zur Prüfung, ob eine im Sinn der Statuten der Vereinigung hoffnungslose Krankheit vorliege. Darauf stellte dieser das erforderliche Rezept aus, mit dem der Angekl. in einer Schweizer Apotheke 10 g Natrium-Pentobarbital in Pulverform erwarb. Am 20. 4. 1998 reiste der Angekl. mit dem genannten Betäubungsmittel aus der Schweiz in die Bundesrepublik Deutschland ein. Im Haus der Familie T versicherte der Angekl. sich im Beisein ihres Ehemanns davon, dass Frau Dr. T in vollem Besitz ihrer geistigen Kräfte war und ihr Todeswunsch nach wie vor bestand. Sie füllte eine formularmäßig vorbereitete "Freitoderklärung" aus. In Anwesenheit des Ehemanns löst der Angekl. die 10 g Natrium-Pentobarbital in einem Glas Wasser auf und reichte dies der Frau Dr. T zur sofort erfolgten Einnahme. In Folge der schnell eintretenden Wirkung des Mittels wurde Frau Dr. T nach drei Minuten bewusstlos. Bereits zu diesem Zeitpunkt wären alsdann eingeleitete Rettungsversuche, namentlich ein Auspumpen des Magens, erfolglos verlaufen, da wegen der schnellen Anflutung bereits eine tödliche Konzentration des Mittels im Blut der Verstorbenen erreicht war, wovon auch der Angekl. ausging. Der Tod trat binnen der nächsten halben Stunde ein.

Strafbarkeit des A?

Lösung:

A. Strafbarkeit des A wegen Tötung auf Verlangen gem. § 216 I StGB durch das Überreichen des Betäubungsmittels

Eine Strafbarkeit gem. § 216 I StGB durch aktives Tun muss ausscheiden, da Frau Dr. T die Tatherrschaft innehatte, als sie freiverantwortlich das Betäubungsmittel zu sich nahm. Damit liegt eine - mangels tauglicher Haupttat - straflose Teilnahme an der Selbsttötung vor. Insoweit muss auch eine Strafbarkeit wegen weiterer Tötungsdelikte ausscheiden.

B. Strafbarkeit des A wegen unerlaubter Einfuhr von Betäubungsmitteln gem. § 29 I Nr. 1 BtMG durch das Überreichen des Mittels

I. Tatbestand

1. Vorliegen der Tatbestandsmerkmale

Gem. § 29 I Nr. 1 BtMG macht sich u.a. strafbar, wer Betäubungsmittel unerlaubt einführt. Indem A das Natrium-Pentobarbital aus der Schweiz in die Bundesrepublik verbrachte, hat er ein Betäubungsmittel i.S. der Anlage III zu § 1 I BtMG unerlaubt eingeführt.

2. Teleologische Reduktion des Tatbestandes

Zu einer möglichen teleologischen Reduktion des Tatbestandes aufgrund des Sterbewillens der Frau Dr. T führt der BGH aus: “Demgegenüber ergibt sich - entgegen der Ansicht der Revision des Angekl. - weder aus dem Prinzip der Menschenwürde (Art. 1 I GG) noch aus dem Gesichtspunkt der Straflosigkeit der Hilfe zur Selbsttötung oder aus der jüngsten Rechtsentwicklung des Problemkreises "Sterbehilfe und Sterbebegleitung" eine Einschränkung des Anwendungsbereichs des Betäubungsmittelgesetzes.

Allerdings ist nach der ständigen Rechtsprechung des BGH und der einhelligen Lehre die - theoretisch gegebene Teilnahme an der Selbsttötung eines vollverantwortlich Handelnden mangels einer Haupttat straflos (Tröndle/Fischer, StGB, 50. Aufl., Vorb. § 211 Rdnr. 10 m. Nachw. der Rspr. und des Schrifttums). Ein solcher Fall liegt hier vor. Frau Dr. T nahm sich, wie die vom LG umfassend festgestellten Einzelheiten ergeben, in voller Selbstverantwortlichkeit das Leben. Der Angekl. half ihr hierbei. Die Straflosigkeit seines Verhaltens unter dem vorstehend genannten Aspekt beschränkt sich jedoch auf eben diesen und erstreckt sich nicht etwa auf das vom Angekl. begangene Betäubungsmitteldelikt, mit dem andere Rechtsgüter gefährdet wurden. Der Verordnungsgeber hat mit der Entscheidung, Pentobarbital in die Liste der Betäubungsmittel gem. § 1 I BtMG aufzunehmen, dem Gesichtspunkt Rechnung getragen, dass ein Umgang mit diesem Betäubungsmittel für die Volksgesundheit grundsätzlich gefährlich ist.”

II. Rechtswidrigkeit

Nach Ansicht des BGH kann auch keine Rechtfertigung des Tuns begründet werden. Insbesondere kommt kein rechtfertigender Notstand gem. § 34 StGB wegen einer sog. indirekten Sterbehilfe in Betracht: “Die so genannte "indirekte Sterbehilfe" ist nach der Rechtsprechung des BGH (BGHSt 42, 301 [305]; vgl. auch BGHSt 37, 376; 40, 257) und einem nahezu einhelligen Grundkon-

sens im Schrifttum zulässig (Kutzer, NStZ 1994, 110 [114 f.] m. Nachw.). Dabei wird unter indirekter Sterbehilfe verstanden, dass die ärztlich gebotene schhmerzlindernde Medikation beim tödlich Kranken nicht dadurch unzulässig wird, dass sie als unbeabsichtigte, aber unvermeidbare Nebenfolge den Todeseintritt beschleunigen kann. Soweit eine solche Medikation den Tatbestand eines Tötungsdeliktes durch bedingt vorsätzliche Verursachung eines früheren Todes verwirklicht, ist das Handeln des Arztes nach § 34 StGB gerechtfertigt, sofern es nicht - ausnahmsweise - dem erklärten oder mutmaßlichen Willen des Patienten widerspricht (Kutzer, NStZ 1994, 110 [l14 f.])

Weder aus diesen Rechtsgesichtspunkten noch aus sonstigen allgemeinen Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründen kann die Straflosigkeit des Umgangs des Angekl. mit dem Betäubungsmittel hergeleitet werden. Der Angekl. handelte weder als Arzt noch als Angehöriger der Verstorbenen oder als sonst persönlich Betroffener, auf dessen Gewissensentscheidung es ankommen könnte. Er agierte vielmehr als persönlich Unbeteiligter im Rahmen einer moralpolitisch getragenen Bewegung, deren Ziele anerkennenswert sein mögen. Sein Handeln war nicht primär vom Zweck der Schmerzlinderung (unter Inkaufnahme eines früheren Todeseintritts) getragen. Vielmehr zielte seine Aktivität direkt auf den Tod. Zur Beantwortung der Frage, ob solches Verhalten unter den Gesichtspunkten des § 34 StGB gerechtfertigt oder unter den Aspekten des § 35 StGB entschuldigt sein kann, ist von den Grundentscheidungen der Rechtsordnung auszugehen. Das Leben eines Menschen steht in der Werteordnung des Grundgesetzes - ohne eine zulässige Relativierung - an oberster Stelle der zu schützenden Rechtsgüter. Die Rechtsordnung wertet eine Selbsttötung deshalb - von äußersten Ausnahmefällen abgesehen - als rechtswidrig (BGHSt 6, 147 [153]), stellt die Selbsttötung und die Teilnahme hieran lediglich straflos.

Dieser grundsätzliche Vorrang des Lebensschutzes ist zu beachten, wenn wie hier in eine Abwägung ein auch in Art. 1 I GG angelegtes Recht des Einzelnen auf ein Sterben unter "menschenwürdigen" Bedingungen einzustellen ist. Dabei muss auch die Grundentscheidung berücksichtigt werden, die aus der Vorschrift des § 216 StGB spricht, wonach die Tötung auf Verlangen des Getöteten lediglich eine Strafmilderung gegenüber dem Totschlag auslöst. Dies zeigt an, dass die Rechtsordnung die Mitwirkung eines anderen am Freitod eines Menschen grundsätzlich missbilligt. Es kann dahingestellt bleiben, ob Besonderheiten namentlich etwa für das Handeln naher Angehöriger eines Sterbewilligen gelten können. Für Außenstehende wie hier den Angekl., der im Rahmen einer Organisation ohne persönliches Näheverhältnis handelte, kann eine Abwägung der genannten Art grundsätzlich nicht zur Straflosigkeit des Umgangs mit Betäubungsmitteln führen. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem moralpolitischen Engagement des Angekl."

III. Schuld

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass das Verhalten des A auch nicht gem. § 35 StGB entschuldigt ist. Es könnte jedoch ein unvermeidbarer Verbotsirrtum gem. § 17 StGB vorliegen.

Dazu der BGH: "Das LG hat angenommen, dass dem Angekl. die Verbotenheit seines Tuns unter dem Gesichtspunkt des deutschen Betäubungsmittelrechts nicht bekannt war, dass der Angekl. diesen Verbotsirrtum jedoch hätte vermeiden können; es hat dem zu Folge die Vorschrift des § 17 S. 1 StGB für nicht anwendbar erachtet. Auch dies birgt keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angekl.

Das Pentobarbital ist seit dem Jahr 1981 in der Bundesrepublik Deutschland als Betäubungsmittel in Anlage III zu 1 I BtMG erfasst.[...]. Auch in der Schweiz unterfällt das Pentobarbital dem Betäubungsmittelrecht. [...]

Die Einfuhr und die Überlassung zum unmittelbaren Verbrauch von Pentobarbital in der hier vorliegenden Dosis von 10 g sind mithin seit dem Jahr 1981 in der Bundesrepublik Deutschland strafbar. Die oben genannten differenzierten Regelungen betreffend abgeteilte Formen mit geringer Dosierung des Mittels kannte der Angekl. nicht. Jedes Argument seiner Revision aus dieser Rechtsentwicklung muss daher im Rahmen der Prüfung der Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums versagen. Das verwendete Mittel unterfällt auch dem Betäubungsmittelrecht der Schweiz. Es kommt Folgendes hinzu: Wie der Angekl. wusste, kam es auf Grund der etwas "liberaleren" Regelung des Umgangs mit Pentobarbital in der Schweiz, scil. wegen "strengerer" Rechtslage außerhalb der Schweiz, zu einem "Sterbetourismus" von Ausländern in die Schweiz. In Deutschland wurde der Angekl. in etwa 50 Fällen in gleicher Weise "geradezu routiniert" tätig. Erging dabei mit einem in der jeweiligen Dosierung tödlichen Stoff um. Nach alledem hat das LG rechtsfehlerfrei eine Rechtserkundigungspflicht des Angekl. angenommen und den Verbotsirrtum des Angekl. als vermeidbar erachtet."

IV. Ergebnis

Der Angekl. hat sich der unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln gem. § 29 I Nr. 1 BtMG strafbar gemacht.

C. Strafbarkeit gem. § 29 I Nr. 6 b BtMG durch Überreichen des Betäubungsmittels

Indem A der Frau Dr. T Betäubungsmittel zum unmittelbaren Verbrauch überlassen, ohne dass ein Fall ärztlicher Verabreichung oder Überlassung gem. § 13 I 1 BtMG vorlag, hat er sich tateinheitlich gem. § 29 I Nr.

6 b BtMG strafbar gemacht.

D. Strafbarkeit gem. § 30 I Nr. 3 BtMG durch das Überreichen des Betäubungsmittels

Gem. § 30 I Nr. 3 BtMG macht sich strafbar, wer Betäubungsmittel abgibt, einem anderen verabreicht oder zum unmittelbaren Verbrauch überlässt und dadurch leichtfertig dessen Tod verursacht. Der BGH verneint eine Strafbarkeit mit folgenden Erwägungen: "Die einzige ausdrückliche Beanstandung der StA, der Angekl. sei zu Unrecht nicht auch wegen Überlassung von Betäubungsmitteln mit leichtfertiger Todesverursachung nach § 30 1 Nr. 3 BtMG verurteilt worden, bleibt ohne Erfolg. Das LG hat aus dem "Prinzip der Eigenverantwortlichkeit" eine "teleologische Reduktion des Tatbestands" hergeleitet und deshalb die genannte Vorschrift für nicht anwendbar erachtet. Diese Beurteilung ist zutreffend.

I. Allerdings hat der Angekl. der Frau Dr. T das Betäubungsmittel zum unmittelbaren Verbrauch überlassen und dadurch eine Ursache für deren Tod gesetzt. Der Kausalzusammenhang wurde nicht dadurch unterbrochen, dass die Empfängerin des Betäubungsmittels sich dieses Mittel selbst verabreichte (BGH, NStZ 1983, 72; BGH bei Holtz, MDR 1980, 985). Ihr Tod war auch vom Vorsatz des Angekl. umfasst. Jedenfalls in anderen Regelungszusammenhängen findet der Gedanke Verwendung, dass Vorsatz die Fahrlässigkeit und die Leichtfertigkeit als mindere Verschuldensformen einschließt (vgl. BGHSt 39, 100; Tröndle/Fischer, StGB, 50. Aufl., § 18 Rdnr. 5).

II. Indes gelten für den hier vorliegenden Fall des Freitods des Betäubungsmittelempfängers besondere Regeln.

1. Es greift der Grundsatz der Selbstverantwortung des sich selbst eigenverantwortlich gefährdenden Tatopfers ein. Danach ist von Folgendem auszugehen:

a) Die eigenverantwortlich gewollte und verwirklichte Selbstgefährdung unterfällt grundsätzlich nicht den Tatbeständen eines Körperverletzungs- oder Tötungsdelikts, wenn das mit der Gefährdung vom Opfer bewusst eingegangenen Risiko sich realisiert. Wer lediglich eine solche Gefährdung veranlasst, ermöglicht oder fördert, macht sich danach nicht wegen eines Körperverletzungs- oder Tötungsdelikts strafbar (st. Rspr. des BGH seit BGHS 32, 262; s. auch BGHSt 37, 179; 39, 322 [324]; NJW 2000, 2286). Dabei hat der BGH darauf abgestellt, dass derjenige, der sich an einem Akt der eigenverantwortlich gewollten und bewirkten Selbstgefährdung beteiligt, an einem Geschehen teilnimmt, welches soweit es um die Strafbarkeit wegen Tötung oder Körperverletzung geht - kein tatbestandsmäßiger und damit kein strafbarer Vorgang ist (BGHSt 32, 262 [265]). Das Gesetz bedroht nur die Tötung oder Verletzung eines anderen mit Strafe. Die Strafbarkeit des sich Beteiligenden wegen Körperverletzung oder Tötung beginnt erst dort, wo dieser kraft überlegenen Sachwissens das Risiko besser erfasst als der sich selbst Gefährdende.

b) Allerdings kann dieser Grundsatz nicht ohne Weiteres auf das Betäubungsmittelrecht übertragen werden (BGHSt 37,179). Das durch die betäubungsmittelrechtlichen Strafvorschriften geschützte Rechtsgut ist nicht nur die Gesundheit des Einzelnen, sondern auch die Volksgesundheit. Dieses universale Rechtsgut steht dem Einzelnen nicht zur Disposition (Franke/Wienroeder, BtMG, 2. Aufl., § 30 Rdnr. 35; Weber, BtMG, § 30 Rdnrn. 125 f.).

2. Das Merkmal der Leichtfertigkeit i. S. des § 30 1 Nr. 3 BtMG wird durch den BGH dahin interpretiert, dass leichtfertig handelt, wer die Möglichkeit eines tödlichen Verlaufs des Geschehens "aus besonderem Leichtsinn oder aus besonderer Gleichgültigkeit" außer Acht lässt (BGHSt 33, 66 [67]). Solches ist bei der hiesigen besonderen Fallgestaltung, in der die Empfängerin des Betäubungsmittels in jeder Hinsicht selbstverantwortlich handelte, nicht gegeben (vgl. BGH, NJW 2000, 2286). Insoweit erfasst der Vorwurf der Leichtfertigkeit - ausnahmsweise - nicht "erst recht" auch vorsätzliches Handeln.

3. Auch die Entstehungsgeschichte der vorgenannten Vorschrift spricht für eine restriktive Interpretation der Art, dass das Überlassen eines Betäubungsmittels zum Zweck des in jeder Hinsicht freien Suizids des Empfängers den Qualifikationstatbestand nicht erfüllt. Hintergrund und auslösender Umstand für die Schaffung der Verbrechensvorschrift war "die rasch ansteigende Zahl von Todesfällen als Folge von Rauschgiftmissbrauch" (BT-DR 8/3551, S. 37). Damit waren die Todesfälle von Betäubungsmittelabhängigen und gelegentlichen Betäubungsmittelkonsumenten gemeint. Als besonders strafwürdig wurde die Tatsache gewertet, dass die Todesverursachung auf ein Handeln zurückgeht, das in Kenntnis der großen Gefährlichkeit des Tuns "unter Hintanstellung aller Bedenken" erfolgt (Endriß/Malek, BtM-StrafR, 2. Aufl., Rdnr. 464; Hügel/Junge, Deutsches BtM-Recht, 7. Aufl., § 30 Rdnr. 4.1). An einen demgegenüber ganz und gar untypischen Fall wie den vorliegenden hat der Gesetzgeber ebenso wenig gedacht, wie dies danach die Kommentatoren getan haben.

4. Zudem spielt der Strafrahmen des § 30 I BtMG von zwei bis 15 Jahren Freiheitsstrafe - selbst eingedenk des Ausnahmestrafrahmens von drei Monaten bis fünf Jahren Freiheitsstrafe für minder schwere Fälle (§ 30 II BtMG) - eine vom Gesetzgeber ins Auge gefasste Unrechtsdimension, hinter der Fälle der vorliegenden Art von vornherein weit zurückbleiben. Auch dies indiziert eine restriktive Auslegung der Vorschrift im vorstehenden Sinn."

E. Strafbarkeit des A wegen Tötung auf Verlangen durch Unterlassen gem. §§ 216 I, 13 I StGB durch Nichteinschreiten

Der BGH verneint im Ergebnis auch eine Strafbarkeit des Angekl. wegen Tötung auf Verlangen durch Unterlassen: "Schließlich birgt das Urteil auch sonst keinen sachlichrechtlichen Fehler zu Gunsten des Angekl. Insbesondere folgt im Ergebnis keine strafrechtliche Haftung des Angekl. aus Tötungsdelikten - begangen durch Unterlassen - daraus, dass er als Lieferant des tödlichen Betäubungsmittels unter dem Gesichtspunkt seines vorausgegangenen rechtswidrigen gefährdenden Tuns grundsätzlich Lebensgarant sein konnte (vgl. Jähnke, in: LK-StGB, 11. Aufl., § 222 Rdnr. 11 sub Betäubungsmittel und Rdnr. 21 sub Selbstgefährdung m. Nachw.; Hügel/Junge, § 30 Rdnr. 4.4). Eine Verantwortlichkeit des Angekl. unter diesem Gesichtspunkt würde jedenfalls voraussetzen, dass in dem Zeitpunkt als Frau Dr. T durch den Eintritt ihrer Bewusstlosigkeit die Kontrolle über das Geschehen verlor, noch eine Möglichkeit zur Rettung ihres Lebens bestand (vgl. BGH, NStZ 1984, 452 m. Anm. Fünfsinn, StV 1985, 57; BGH, NStZ 1985, 319 [320]; NStZ 1987, 406). Hierzu hat das LG festgestellt, dass in dem Zeitpunkt, als Frau Dr. T bewusstlos wurde, etwaige Rettungsversuche - wegen der bereits eingetretenen gravierenden Wirkung des Mittels - gescheitert wären. Davon ging nach den Feststellungen auch der Angekl. aus, so dass selbst ein versuchtes (Unterlassungs-)Tötungsdelikt ausscheidet."

F. Strafbarkeit des A wegen unterlassener Hilfeleistung gem. § 323 c StGB durch Nichteinschreiten

Da Frau Dr. T nach dem Überlassen des Betäubungsmittels ohnehin nicht mehr geholfen werden konnte, kommt auch eine unterlassene Hilfeleistung nach § 323 c StGB nicht in Betracht (vgl. BGH, NStZ 1983, 117 [118]).

G. Ergebnis

A hat sich wegen unerlaubter Einfuhr von Betäubungsmitteln (§ 29 I Nr. 1 BtMG) in Tateinheit mit unerlaubtem Überlassen von Betäubungsmitteln zum unmittelbaren Verbrauch (§ 29 I Nr. 6 b BtMG) strafbar gemacht.