Öffentliches Recht

Standort: VerwR AT — Problem: Rücknahme eines Verwaltungsakts

VGH MÜNCHEN, URTEIL VOM 15.03.2001
7 B 00.107 (NVWZ 2001, 931)

Problemdarstellung:

Der VGH München hatte sich mit der Rechtmäßigkeit eines rückwirkenden Rückforderungsbescheids zu befassen, der gegenüber den Betreibern einer Waldorfschule ergangen war. Diese hatten durch unrichtige Angaben über ihre Finanzen die Bewilligung überhöhter staatlicher Fördermittel erwirkt. Das Gericht macht Ausführungen zu vielen Problemen des § 48 VwVfG (im Fall: zum mit Bundesrecht identischen Art. 48 BayVwVfG), insbes. zum Ausschluss des Vertrauensschutzes nach § 48 II 3 Nr. 2 VwVfG bei unrichtigen Angaben und zum Beginn der Frist des § 48 IV VwVfG, einem "Klassiker" in Praxis und Examen (s. zuletzt RA 2001, 299).

Interessant sind ferner die Ausführungen zum sogen. "intendierten Ermessen". Hiervon spricht man, wenn der Gesetzgeber eine Sachentscheidung zwar grds. in das Ermessen der Behörde gestellt, für bestimmte Fallkonstellationen aber selbst vorgegeben hat, wie im Regelfall die Ermessensentscheidung auszusehen habe. Ein solches intendiertes Ermessen findet sich in § 48 II 4 VwVfG. Der VGH ist sodann der Auffassung, dass immer dann, wenn es keine Anhaltspunkte für ein Abweichen vom gesetzlich vorgegebenen Regelfall gebe, es auch keiner gesonderten Begründung der getroffenen, dem Regelfall folgenden Ermessensentscheidung bedürfe, weil diese dann offensichtlich i.S.d. § 39 II Nr. 2 VwVfG sei.

Prüfungsrelevanz:

Die RA hat bereits viele Male auf die ständige Aktualität (und damit ständige Prüfungsrelevanz) der Aufhebung von Verwaltungsakten hingewiesen (RA 2000, 181; RA 2000, 188; RA 2000, 241; RA 2000, 366; RA 2001, 299). Anlässlich der vorliegenden Entscheidung sollte sich der Examenskandidat noch einmal vergegenwärtigen, dass die Prüfung des entgegenstehenden Vertrauensschutzes nach § 48 II VwVfG im Gutachten "von hinten nach vorn" zu erfolgen hat, also zuerst die Ausschlusstatbestände des § 48 II 3 VwVfG, bei Verneinung derselben sodann das Regelvertrauen nach § 48 II 2 VwVfG und schließlich die allgemeine Abwägung nach § 48 II 1 VwVfG zu prüfen sind. Hinsichtlich der Fristproblematik ist festzustellen, dass der Fristbeginn bei § 48 IV VwVfG für die Rspr. seit der Entscheidung des Großen Senats des BVerwG (E 70, 356) geklärt sein mag, sich der VGH folglich auch damit zufrieden geben konnte, dem BVerwG ohne weitere Begründung zu folgen, dies dem Prüfungskandidaten angesichts der hiervon abweichenden, ganz h.L. (Überblick bei Maurer, VerwR AT, § 11 Rz. 35 m.w.N.) eine Erörterung des Streits bei entsprechendem Anlass im Sachverhalt jedoch nicht erspart.

Vertiefungshinweise:

- Zur Rückforderung von Beihilfen und Subventionen: *EuGH*, NVwZ 2001, 310; *OVG Magdeburg*, NVwZ 2001, 214
- Zum Ausschluss des Vertrauensschutzes nach § 48 II 3 Nr. 3 VwVfG: *BVerwGE* 78, 142; *VGH München*, BayVBl 1987, 696
- Zum Ausschluss der Rücknahme nach Treu & Glauben bei Mitverschulden der Behörde: *BVerwGE* 110, 226; *BVerwG*, NVwZ-RR 2001, 198
- Zum Beginn der Rücknahmefrist des § 48 IV VwVfG: *BVerwGE* 70, 356; *BVerwG*, RA 2001, 299 = NJW 2001, 1440; NVwZ-RR 2001, 198; *Kopp*, DVBl 1985, 525; *Schoch*, NVwZ 1985, 880
- Zur Finanzierung einer Privatschule: *VGH München*, NVwZ-RR 2001, 385

Kursprogramm:

- *Examenskurs*: "Die Waffenbesitzkarte"
- *Examenskurs*: "Stipendium"
- *Assessorkurs*: "Schluckspecht"

Leitsatz:

Zur Rücknahme eines rechtswidrigen begünstigenden Verwaltungsakts (Bewilligung eines Ausgleichsbeitrags) und zur Ermessensausübung (hier: intendiertes Ermessen bei fehlendem Vertrauensschutz; keine außergewöhnlichen Umstände).

Sachverhalt:

Gegenstand des Rechtsstreits war die Rücknahme eines Förderbescheids und die Rückforderung von Fördermitteln gegenüber dem Kl., der in A. eine Freie Waldorfschule betreibt. Mit Bescheid vom 31. 3. 1999 hob

das Bayerische Staatsministerium für Unterricht und Kultus (im Folgenden: StMUK) nach längerem Schriftwechsel die Bewilligungsbescheide über die Ausgleichsbeiträge für die Haushaltsjahre 1992 bis einschließlich 1996 mit Wirkung für die Vergangenheit auf, soweit sie auf Grund unrichtiger Angaben des Kl. über Aufwendungen und Erträge rechtswidrig waren. Gleichzeitig wurden die zu viel bezahlten Ausgleichsbeträge in Höhe von insgesamt 205.341,40 DM zuzüglich der Zinsen in Höhe von 38.258,22 DM zurückgefordert. Mit seiner auf die Rücknahme des Bewilligungsbescheids vom 29. 8. 1995 für das Haushaltsjahr 1995 beschränkten Klage trug der Kl. vor, die Jahresfrist für die Rücknahme dieses Bewilligungsbescheids sei bei Bescheiderlass bereits abgelaufen gewesen. Mit Schreiben vom 23. 1. 1997 habe das StMUK den Kl. aufgefordert, bestimmte, für die Rücknahme erforderliche Fragen zu beantworten. Bereits mit Schreiben vom 9. 4. 1997 habe der Kl. alle für den Jahresabschluss 1994 relevanten Angaben gemacht. Spätestens mit Schreiben des Kl. vom 24. 6. 1997 seien auch die Schulgeldeinnahmen korrigiert worden. Selbst wenn man sein unter dem 4. 2. 1998 datiertes Schreiben, das dem StMUK am 6. 3. 1998 zugegangen ist, als maßgeblichen Zeitpunkt für den Fristbeginn ansehen wolle, sei die Jahresfrist abgelaufen. Das weitere Schreiben des Kl. vom 2. 4. 1998 enthalte dagegen für den Jahresabschluss 1994 keine neuen Angaben. Das VG gab der Klage mit Urteil vom 2. 12. 1999 statt. Die Berufung des Bekl. führte zur Klageabweisung.

Aus den Gründen:

Der ergangene Bescheid vom 31. 3. 1999 ist, soweit er angefochten ist, rechtmäßig und verletzt den Kl. bereits deshalb nicht in seinen Rechten (§ 113 I 1 VwGO).

I. Ermächtigungsgrundlage

Rechtsgrundlage der teilweisen Rücknahme des Bescheids vom 29. 8. 1995 zur Bewilligung des Ausgleichsbeitrags für das Jahr 1995 ist Art. 48 I, II sowie Art. 48 IV BayVwVfG.

II. Tatbestand

1. Verwaltungsakt, Art. 48 I 1 BayVwVfG

Dabei handelte es sich um einen Verwaltungsakt i. S. des Art. 35 S. 1 BayVwVfG, der auf eine einmalige Geldleistung gerichtet war. Ein solcher begünstigender Verwaltungsakt darf - auch nach Eintritt der Unanfechtbarkeit - grundsätzlich nach pflichtgemäßem Ermessen der Behörde zurückgenommen werden, wenn und soweit er rechtswidrig ergangen ist, sofern der Begünstigte sich nicht auf schutzwürdiges Vertrauen in den Fortbestand des Verwaltungsakts als Grundlage der empfangenen Leistung berufen kann (vgl. im Einzelnen Art. 48 II BayVwVfG).

2. Rechtswidrigkeit, Art. 48 I 1 BayVwVfG

Der Bescheid vom 29. 8. 1995 war von Anfang an teilweise rechtswidrig. Es ist zwischen den Bet. unstreitig und aus den Akten unmittelbar nachvollziehbar, dass die Angaben des Kl. über Aufwendungen und Erträge, also das Betriebsergebnis für das Jahr 1994, objektiv unrichtig waren. Die Berechnung des Ausgleichsbetrags nach Art. 39 BaySchFG erfolgte u. a. deshalb fehlerhaft, weil der Kl. im Verwendungsnachweis für das Jahr 1994, der Grundlage für den Bewilligungsbescheid 1995 war, den Schulgeldersatz nur informatorisch angegeben und nicht bei den Einnahmen mit berücksichtigt hatte. Das StMUK ist deshalb irrtümlich davon ausgegangen, dass der Schulgeldersatz vom Kl. bei den Schulgeldeinnahmen bereits mit einberechnet worden war, und hat deshalb die Einnahmen entsprechend zu niedrig angesetzt. Dies führt zur anfänglichen Rechtswidrigkeit des Bescheids, ohne dass es in diesem Zusammenhang noch auf die Frage ankäme, ob z.B. Rückstellungen zu Recht in das Betriebsergebnis einbezogen wurden.

3. Kein entgegenstehender Vertrauensschutz, Art. 48 I 2, II BayVwVfG

Ein schutzwürdiges Vertrauen des Kl. steht der Teilrücknahme des Bewilligungsbescheids vom 29. 8. 1995 nicht entgegen. Nach Art. 48 II 1 BayVwVfG darf ein rechtswidriger Verwaltungsakt, der eine einmalige Geldleistung gewährt oder hierfür Voraussetzung ist, nicht zurückgenommen werden, soweit der Begünstigte auf den Bestand des Verwaltungsaktes vertraut hat und sein Vertrauen unter Abwägung mit dem öffentlichen Interesse an einer Rücknahme schutzwürdig ist. Auf Vertrauen kann sich der Begünstigte u. a. nicht berufen, wenn er den Verwaltungsakt durch Angaben erwirkt hat, die in wesentlicher Beziehung unrichtig oder unvollständig waren (Satz 3 Nr. 2), oder wenn er die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes kannte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte (Satz 3 Nr. 3).

Im vorliegenden Fall ist der Ausschlusstatbestand des Art. 48 II 3 Nr. 2 BayVwVfG gegeben; jedenfalls kannte der Kl. die Rechtswidrigkeit der Bewilligung des Ausgleichsbetrags in der gewährten Höhe bzw. ist ihm grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen, wenn er sie nicht gekannt haben sollte (Art. 48 11 3 Nr. 3 BayVwVfG). Der Kl. hat den zum Teil zurückgenommenen Bescheid durch Angaben erwirkt, die in wesentlicher Beziehung unrichtig bzw. unvollständig waren.

a. Voraussetzungen des § 48 II 3 Nr. 2 BayVwVfG

Voraussetzung hierfür ist, dass ein darauf gerichtetes zweck- und zielgerichtetes Handeln vorliegt und die

Angaben in diesem Sinne entscheidungserheblich gewesen sind (zusammenfassend: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 7. Aufl., § 48 Rdnr. 101). Dabei muss sich die Kausalität auf die Fehlerhaftigkeit des Verwaltungsakts, nicht auf den Erlass als solchen beziehen, die Angaben oder das Unterlassen von Angaben müssen deshalb ursächlich dafür sein, dass der Verwaltungsakt rechtwidrig ist, wobei es ausreicht, dass das Handeln oder Unterlassen für den Mangel mit ursächlich war.

b. Subsumtion

Wie erwähnt, hat der Kl. den Schulgeldersatz bei den (damals) angegebenen Schulgeldeinnahmen in Höhe von 630.741,28 DM nur informatorisch angegeben und nicht bei den Einnahmen mit berücksichtigt. Damit fehlte aber ein für die Berechnung des Ausgleichsbeitrags nach Art. 39 I 2 BaySchFG wesentlicher Posten des Betriebsergebnisses, so dass das StMUK bei vollständiger bzw. richtiger Angabe den Fehler nicht begangen und den Verwaltungsakt nicht so wie er ergangen ist oder nur mit einer ungünstigeren Regelung erlassen hätte. An der damit gegebenen Kausalität ändert insbesondere auch nichts die Tatsache, dass der Kl. den Schulgeldersatz informatorisch angegeben hat, da er jedenfalls nicht in der objektiv unrichtigen Summe der Einnahmen enthalten war. Im Übrigen könnte daraus allenfalls geschlossen werden, das StMUK habe auf Grund mangelnder Sorgfalt nicht erkannt, dass der Schulgeldersatz nicht bei den angegebenen Schulgeldeinnahmen mit berücksichtigt worden war. Selbst mangelnde Sorgfalt der Behörde würde aber nichts am Ausschluss des Vertrauensschutzes ändern, wenn jedenfalls - objektiv (hierzu BVerwGE 78, 142) - falsche bzw. unvollständige Angaben gemacht wurden. Denn eine Mitverantwortung der Behörde könnte verlorenen Vertrauensschutz nicht wieder begründen, sondern allenfalls dazu führen, dass der Rücknahme eines Bewilligungsbescheids nach Treu und Glauben der Einwand unzulässiger Rechtsausübung entgegensteht (BVerwG, Urt. v. 23. 5. 1996, 3 C 13/94; s. auch BVerwGE 110, 226; BVerwG, NVwZ-RR 2001, 198). Ein treuwidriges Verhalten des StMUK läge hier indes ohnehin nicht vor, da der "Fehler" gerade darin gelegen hätte, auf die Richtigkeit der Angaben des Kl. zu den Schulgeldeinnahmen (einschließlich des Schulgeldersatzes) vertraut zu haben.

4. Wahrung der Rücknahmefrist, Art. 48 IV BayVwVfG

Der streitgegenständliche Rücknahmebescheid ist auch innerhalb der Jahresfrist des Art. 48 IV 1 BayVwVfG ergangen.

a. Fristbeginn

Ein rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakt kann nur innerhalb eines Jahres seit dem Zeitpunkt, in dem die Behörde Kenntnis von Tatsachen erhalten hat, welche dessen Rücknahme rechtfertigen, zurückgenommen werden (Art. 48 IV 1 BayVwVfG). Die Frist beginnt erst zu laufen, wenn die Behörde die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts erkannt hat und ihr die weiteren für die Rücknahmeentscheidung erheblichen Tatsachen vollständig bekannt sind (st. Rspr. des BVerwG seit dem Beschluss des Großen Senats vom 19. 12. 1984, BVerwGE 70, 356; zuletzt BVerwG, RA 2001, 299 = NJW 2001, 1440). Nach dieser Rechtsprechung, der der Senat folgt, wird die Jahresfrist in Lauf gesetzt, wenn die Behörde positive Kenntnis von den Tatsachen, welche die Rücknahme rechtfertigen, erhalten hat. Dabei genügt es nicht, dass die die Rücknahme des Verwaltungsakts rechtfertigenden Tatsachen aktenkundig - d. h. aus den Akten ersichtlich - sind, da dadurch dem Charakter der Frist nicht Genüge getan wird, die der Behörde zur sachgerechten Entscheidung über die Rücknahme eingeräumt ist. Sie wird deshalb nicht in Lauf gesetzt, bevor sich die Behörde der Notwendigkeit bewusst geworden ist, über die Rücknahme entscheiden zu müssen. Die Jahresfrist beginnt demgemäß erst zu laufen, wenn diese Tatsachen vollständig, uneingeschränkt und zweifelsfrei ermittelt sind (BVerwGE 70, 356; BVerwG, NVwZ-RR 2001, 198; BVerwG, RA 2001, 299 = NJW 2001, 1440). Eine schuldhafte Unkenntnis der Behörde genügt nicht.

b. Fristwahrung

Unter Beachtung dieser Grundsätze waren dem StMUK alle für die Rücknahme erforderlichen Tatsachen erstmals mit Eingang des Schreibens des Kl. vom 2. 4. 1998 am 17. 4. 1998 samt der Stellungnahme der Steuerkanzlei F und S vom 14. 4. 1998 vollständig, uneingeschränkt und zweifelsfrei bekannt. Zu Recht weist das StMUK darauf hin, dass hinsichtlich des Betriebsergebnisses des Kl. für das Jahr 1994 mehrere Einzelfragen, insbesondere zum Schulgeldersatz, zu den Schulgeldeinnahmen und zu den in der Bilanz enthaltenen Rückstellungen sowie zu der Höhe der ausgewiesenen Spendeneinnahmen bis zu diesem Zeitpunkt offen waren. Erst von da an standen dem StMUK unterschriebene und damit rechtsverbindliche Unterlagen zur Verfügung. Erst mit diesen Unterlagen war es - zweifelsfrei - möglich, die Verwendungsnachweise für die betreffenden Jahre miteinander zu vergleichen und das Betriebsergebnis für die jeweiligen Jahre neu zu berechnen mit der Folge, dass dann auch der jeweilige Ausgleichsbetrag und in Konsequenz dazu der jeweilige Rückforderungsbetrag ermittelt werden konnten. Der Vortrag des Kl., der mit Schreiben vom 4. 2. 1998 übersandte Verwendungsnachweis für das Jahr 1994 habe weder bezüglich der Einnahmen noch der Ausgaben irgendwelche neuen Angaben enthalten, führt nicht dazu, dass dem StMUK zu diesem Zeitpunkt bereits alle

entscheidungsrelevanten Tatsachen bekannt waren. Zu Recht hat das StMUK mit Schreiben vom 13. 3. 1998 unter genauer Erläuterung der Rechtslage den Kl. ausdrücklich angewiesen, bei der Ermittlung bzw. Überprüfung der Zahlen bestimmte Vorgaben, z. B. bezüglich der Rückstellungen, zu beachten und die Verfahrensweise zu begründen. Die Aufforderung zur Erläuterung der Bildung von Rückstellungen war auch entscheidungsrelevant, da diese den Aufwand des Schulträgers erhöhen und damit sein Betriebsergebnis verschlechtern, was jedoch Auswirkungen auf den zu gewährenden Ausgleichsbetrag und damit auch auf die Höhe der Rückforderung haben konnte. Der Kl. wurde deshalb zu Recht gleichzeitig gebeten, als Fußnote zu den jeweiligen Verwendungsnachweisen zu vermerken, ob die Bildung bzw. Auflösung von Rückstellungen in die für die Jahre 1991 bis 1996 vorgelegten Verwendungsnachweise eingeflossen ist [...]. Nach alledem stand der für die Rücknahme wesentliche Sachverhalt erst nach Eingang des Schreibens des Kl. vom 2. 4. 1998 am 17. 4. 1998 vollständig, uneingeschränkt und zweifelsfrei fest. Der Rücknahmebescheid vom 31. 3. 1999 erging deshalb rechtzeitig innerhalb der Jahresfrist des Art. 48 IV 1 BayVwVfG [...].

III. Rechtsfolge: Ermessen

Lagen somit alle rechtlichen Voraussetzungen einer Teilrücknahme vor, konnte das StMUK nach pflichtgemäßem Ermessen von dieser rechtlichen Möglichkeit Gebrauch machen.

1. Ermessensunterschreitung angesichts fehlender Ermessenserwägungen im Bescheid

Entgegen der Auffassung des Kl. und des VG kann aus dem Fehlen von Ermessenserwägungen im Rücknahmebescheid nicht auf das Nichtvorliegen einer Ermessensentscheidung geschlossen werden.

Dabei ist der Senat zum einen der Auffassung, dass das StMUK nicht seinen Ermessensspielraum bereits anfänglich verkannt und sich zur Rücknahme verpflichtet gehalten hat. Dies folgt aus den umfangreichen schriftlichen und mündlichen Verhandlungen mit dem Kl. und insbesondere aus der Tatsache, dass unter Nr. II des angefochtenen Bescheids die für eine Ermessensentscheidung maßgeblichen Vorschriften des Art. 48 I, II 3 Nr. 2 sowie Art. 48 II 4 BayVwVfG ausdrücklich genannt werden.

2. Entbehrlichkeit der Ermessenserwägungen aufgrund intendierten Ermessens durch Art. 48 II 4 BayVwVfG

Zum anderen verkennt der Kl. die Besonderheiten, die sich im vorliegenden Fall aus der Anwendbarkeit der Grundsätze über das so genannte “gelenkte” bzw. “intendierte” Ermessen ergeben.

a. Voraussetzungen

Nach der Rechtsprechung des BVerwG müssen, wenn eine ermessenseinräumende Vorschrift dahingehend auszulegen ist, dass sie für den Regelfall von einer Ermessensausübung in einem bestimmten Sinne ausgeht, besondere Gründe vorliegen, um eine gegenteilige Entscheidung zu rechtfertigen. Liegt ein vom Regelfall abweichender Sachverhalt nicht vor, versteht sich das Ergebnis der Abwägung von selbst. Versteht sich aber das Ergebnis von selbst, so bedarf es insoweit nach Art. 39 I 3 BayVwVfG auch keiner das Selbstverständliche darstellenden Begründung (BVerwGE 72, 1, 6; 91, 82 1901; 105, 55 = DVBl 1998, 145 m. Anm. Schwabe). Als eine ermessenslenkende Norm in diesem Sinne hat das BVerwG z. B. § 48 II 4 VwVfG angesehen, der für die Fälle des Satzes 3 die Rücknahme des Verwaltungsakts mit Wirkung für die Vergangenheit als Regel festlegt (BVerwGE 105, 55 = DVBl. 1998, 145 m. Anm. Schwabe). Nur dann, wenn der Behörde außergewöhnliche Umstände des Falles bekannt geworden oder erkennbar sind, die eine andere Entscheidung möglich erscheinen lassen, liegt ein rechtsfehlerhafter Gebrauch des Ermessens vor, wenn diese Umstände von der Behörde nicht erwogen worden sind (BVerwG, a.a.O.).

b. Subsumtion

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze gilt hier - für die Begründung der getroffenen Ermessensentscheidung - Folgendes: Der Kl. hat auf das Anhörungsschreiben des StMUK vom 5. 3. 1999 in den Schreiben vom 17. 3. 1999 und vom 26. 3. 1999 darum gebeten, die Rückzahlung - und zwar in der gesamten Höhe für die Jahre 1992 bis einschließlich 1996 - auf vier gleich hohe Raten zu verteilen. Damit hat er aber keine außergewöhnlichen Umstände dargelegt, die - sozusagen auf der ersten Stufe - die Rücknahme als solche hindern und damit diese Entscheidung als ermessensfehlerhaft erscheinen lassen würden. Vielmehr wies der Kl. im Schreiben vom 26. 3. 1999 darauf hin, dass eine Rückzahlung der Zuschüsse in der vom StMUK angekündigten Höhe im laufenden Jahr ihn vor unüberwindliche Hindernisse stellen würde. Damit trug er aber lediglich Tatsachen vor, die der "zweiten Stufe" zur Abwicklung der Rückzahlung zuzuordnen sind. Der Senat lässt offen, ob hierin nicht sogar ein Anerkenntnis der Rücknahme und der Rückforderung als solcher zu sehen ist. Jedenfalls hat der Kl. damit keine außergewöhnlichen, gegen die Rücknahme als solche sprechenden Umstände im Sinne der genannten Rechtsprechung des BVerwG dargelegt, so dass Ermessenserwägungen hierzu im angefochtenen Bescheid nicht erforderlich waren.

IV. Ergebnis

Nach alledem erweist sich der Bescheid des StMUK

vom 31. 3. 1999 als rechtmäßig, so dass das Urteil des VG abzuändern und die Klage abzuweisen war.

Standort: Kommunalrecht Problem: Anspruch auf Öffentlichkeit der Ratssitzung

OVG MÜNSTER, URTEIL VOM 24.04.2001
15 A 3021/97 (DVBL 2001, 1281)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Kommunalverfassungsstreitverfahren hatte das OVG Münster darüber zu entscheiden, ob einzelnen Ratsmitgliedern und einer Ratsfraktion ein Anspruch auf Wahrung der Öffentlichkeit einer Ratssitzung zusteht. Das Gericht bejaht dies - entgegen der wohl h.M. - für beide. Wohl überwiegend wird davon ausgegangen, dass die Normen der Gemeindeordnungen über die Öffentlichkeit von Ratssitzungen entweder überhaupt keine subjektiven Rechte vermitteln (sondern es allein der Kommunalaufsicht obliege, die Öffentlichkeit sicherzustellen), oder diese jedenfalls nur den Bürgern - also den potentiell Ausgeschlossenen - zukommen. Das Gericht beruft sich zur Begründung der Gegenansicht insbesondere auf die Gesetzessystematik der GO NW. Danach stehe der Öffentlichkeitsgrundsatz in untrennbarem Zusammenhang mit den Rechten und Pflichten der einzelnen Ratsmitglieder (namentlich ihres Antragsrechts und ihrer Verschwiegenheitspflicht) und der Ratsfraktionen (namentlich deren Antragsrechts und ihrer Befugnis zur Öffentlichkeitsarbeit).

Prüfungsrelevanz:

Streiten sich Organe oder Organteile derselben Gemeinde über ihre wechselseitigen Rechte und Pflichten aus der Gemeindeordnung, spricht man von einem sogen. "Kommunalverfassungsstreit" (hierzu bereits RA 1999, 663). Nach ganz. h.M. handelt es sich hierbei nicht um eine eigene Klageart, sondern um eine besondere Fallgestaltung der Leistungs- oder Feststellungsklage. Streitig ist, ob bei der Feststellungsklage eine Klagebefugnis analog § 42 II VwGO zu fordern ist. Während dies für den "Normalfall" der Feststellungsklage streitig ist, wird die Notwendigkeit einer Klagebefugnis gerade im Kommunalverfassungsstreitverfahren ganz überwiegend bejaht (gleiches gilt i.Ü. für Dritt- und Nichtigkeitsfeststellungsklagen). Ist für die Zulässigkeit einer solchen Organklage demnach die Möglichkeit einer Verletzung eigener, subjektiv-organschaftlicher Rechte Voraussetzung, ist zu prüfen, ob eine Norm der GO dem klagenden Organ ein solches Recht zur eigenen Wahrnehmung, Geltendmachung und Verteidigung gegenüber anderen Organen spezifisch zuweist. Man spricht dann von einer "wehrfähigen Innenrechtsposition" des Organs, die - da subjektives Recht - zugleich die Klagebefugnis begründet (vgl. zuletzt OVG NW, RA 1999, 663 = NVwZ 1999, 1252 zum Anspruch eines Ratsmitglieds auf Akteneinsicht).

Vertiefungshinweise:

- Zur "wehrfähigen Innenrechtsposition": *BVerwG*, NVwZ 1989, 470; *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 1992, 373; *Schnapp*, VerwArch. 78 [1987], 407, 415
- Für eine Analogie zu § 42 II VwGO bei der Feststellungsklage: *BVerwG*, NVwZ 1989, 470; NJW 1990, 1805; DVBl 1993, 888 (st. Rspr.)
- Gegen eine Analogie zu § 42 II VwGO bei der Feststellungsklage: *Schoch*, JuS 1987, 780; *Krebs*, Jura 1981, 580
- Für eine Analogie zu § 42 II VwGO gerade im Kommunalverfassungsstreit: *Hufen*, VerwProzessR, § 18 Rz. 26 ff.; *Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner*, VwGO, § 42 II, Rz. 23 ff.
- Zum Kommunalverfassungsstreit: *Ehlers*, JuS 1990, 105

Kursprogramm:

- *Examenskurs*: "Rauchverbot"
- *Examenskurs*: "Friedenstaube im Rathausfenster"

Leitsätze:

1. Ratsmitgliedern und Ratsfraktionen steht ein eigenes wehrfähiges subjektives Organrecht auf Wahrung des Grundsatzes der Sitzungsöffentlichkeit in § 48 Abs. 2 Satz 1 GO durch den Bürgermeister und durch den Rat zu.

2. Die Voraussetzungen für eine nicht öffentliche Beratung liegen regelmäßig dann vor, wenn das prozesstaktische Vorgehen in einem von der Gemeinde geführten Rechtsstreit zum Gegenstand der Erörterung im Rat gemacht werden soll.

Sachverhalt:

In einem Rechtsstreit des damaligen Stadtdirektors gegen die Stadt vor dem OVG machte der Berichterstatter des Senats im August 1995 einen schriftlichen Vergleichsvorschlag. Nach nicht öffentlicher Beratung beschloss der Rat in öffentlicher Sitzung die Annahme dieses Vorschlags. Die drei klagenden damaligen Oppositionsfraktionen sowie deren drei damalige Vorsitzende als Ratsmitglieder beantragten beim VG erfolglos die Feststellung, durch den Ausschluss der Öffentlichkeit in ihren organschaftlichen Mitwirkungsrechten verletzt zu sein. Wegen Ausscheidens aus dem beklagten Rat er-

klärten zwei der drei Einzelkläger im Berufungsverfahren die Hauptsache für erledigt. Die Berufung der übrigen Kl. blieb erfolglos.

Aus den Gründen:
Im Übrigen ist die Berufung unbegründet. Das VG hat die Klage hinsichtlich der Kl. zu 1 bis 3 und 5 zu Recht abgewiesen. Sie ist zulässig, aber unbegründet.

A. Zulässigkeit

I. Statthafte Klageart
Die Klage der verbliebenen Kl. ist als Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO statthaft. Denn dieses Begehren ist auf die Feststellung des Bestehens eines innerorganschaftlichen Rechtsverhältnisses gerichtet.
Gegenstand des Klagebegehrens ist die Frage, ob die Kl. zu 1 bis 3 und 5 berechtigt waren, vom beklagten Rat die Herstellung der Sitzungsöffentlichkeit nicht nur, wie vom Bürgermeister schon ohnehin vorgesehen, für die Beschlussfassung, sondern auch für die Beratung des Tagesordnungspunktes der Annahme des Vergleichsvorschlags zu verlangen. Dieser von den Kl. zu 1 bis 3 und 5 behauptete Anspruch ist ein konkretes organschaftliches Rechtsverhältnis i. S. des § 43 Abs. 1 VwGO.

II. Klagebefugnis
Eine Klage auf Feststellung des Bestehens eines organschaftlichen Rechtsverhältnisses innerhalb kommunaler Organe ("kommunalverfassungsrechtliche Feststellungsklage") ist in entsprechender Anwendung des § 42 Abs. 2 VwGO nur zulässig, wenn es sich bei der geltend gemachten Rechtsposition um eine durch das Innenrecht eingeräumte Zuständigkeit handelt, die dem klagenden Organ oder Organteil als wehrfähiges subjektives Organrecht zur eigenständigen Wahrnehmung zugewiesen ist. Ob das der Fall ist, ist durch Auslegung der jeweils einschlägigen innerorganisatorischen Norm zu ermitteln (BVerwG, NVwZ 1989, 470). Nach diesem Maßstab ist die Klagebefugnis sowohl der drei klagenden Ratsfraktionen (Kl. zu 1 bis 3) als auch der Kl. zu 5 zu bejahen.

1. Anspruch auf Herstellung der Öffentlichkeit als wehrfähige Innenrechtsposition des einzelnen Ratsmitglieds
Die Kl. zu 5 tritt im vorliegenden Rechtsstreit in ihrer Eigenschaft als Ratsmitglied, nicht hingegen in ihrer Eigenschaft als (ehemalige) Vorsitzende der von ihr früher geführten Ratsfraktion (Kl. zu 2) auf [...]. Der Kl. zu 5 steht als Ratsmitglied ein eigenes wehrfähiges subjektives Organrecht auf Wahrung des Grundsatzes der Sitzungsöffentlichkeit in § 48 Abs. 2 Satz 1 GO durch den Bürgermeister und durch den Rat zu.
Insofern hält der Senat entgegen vielfach geübter Kritik für das nordrhein-westfälische Gemeinderecht an seiner früheren Rspr. fest (OVGE 35, 8, 12; DVBl. 1990, 160; zustimmend Fehrmann, DÖV 1983, 311, 316; ablehnend VGH Mannheim, NVwZ-RR 1992, 373; Erichsen, KommunalR NW, 2. Aufl., S. 154 f.; Schnapp, VerwArch. 78 (1987), 407, 428 ff.; Sendler, DVBl. 1982, 923, 931; kritisch Hoppe, NJW 1980, 1017, 1020 f.; Schröder, NVwZ 1985, 246, 247).

a. Anspruchsgrundlage: § 48 II GO NW
Einschlägige innerorganisatorische Norm, auf deren Auslegung es für die hier zu erörternde Frage nach subjektiven Organrechten auf Einhaltung der Sitzungsöffentlichkeit ankommt, ist § 48 Abs. 2 GO in der Neufassung der Bekanntmachung vom 14. 7. 1994 (GV NW S. 666), der die Öffentlichkeit von Ratssitzungen regelt.

b. Auslegung der Norm
Aus einer an Wortlaut, Systematik, Entstehungsgeschichte und dem Zweck der genannten Vorschrift orientierten Auslegung ergibt sich, dass der Grundsatz der Sitzungsöffentlichkeit zumindest auch den Ratsmitgliedern als wehrfähiges subjektives Organrecht zugewiesen ist. Nach § 48 Abs. 2 Satz 1 GO sind die Sitzungen des Rates öffentlich. Durch die GeschO kann die Öffentlichkeit für Angelegenheiten einer bestimmten Art ausgeschlossen werden (§ 48 Abs. 2 Satz 2 GO). Auf Antrag des Bürgermeisters oder eines Ratsmitglieds kann für einzelne Angelegenheiten die Öffentlichkeit ausgeschlossen werden (§ 48 Abs. 2 Satz 3 GO). Anträge auf Ausschluss der Öffentlichkeit dürfen nur in nicht öffentlicher Sitzung begründet und beraten werden (§ 48 Abs. 2 Satz 4 GO).

aa. Gesetzessystematik
Maßgeblicher Auslegungsgesichtspunkt für den Senat ist die Systematik der GO: Belegt schon das Antragsrecht des Ratsmitglieds aus § 48 Abs. 2 Satz 3 GO, dass subjektive Organrechte im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Sitzungsöffentlichkeit auch Ratsmitgliedern zustehen, so kommt entscheidend hinzu, dass die Behandlung einer Angelegenheit in nicht öffentlicher Sitzung das Ratsmitglied verpflichtet, über diese Angelegenheit nach Maßgabe des § 30 Abs. 1 Satz 1 GO Verschwiegenheit zu wahren. Denn als Angelegenheiten, deren Geheimhaltung i. S. des § 30 Abs. 1 Satz 1 GO vom Rat beschlossen wurde, gelten nach nahezu übereinstimmender Auffassung in Rspr. und Lit. diejenigen Angelegenheiten, die auch ohne ausdrücklichen Ratsbeschluss in nicht öffentlicher Sitzung beraten werden (OVG NW, OVGE 9, 92, 97 f.; DVBl. 1959, 858, 859; VG Gelsenkirchen, Eildienst StT NW 1991, 215, 216; Rehn/Cronauge, GO NW,

Stand: Mai 2000, § 30, Anm. II 2 c; ähnlich - "starkes Indiz" - BayVGH, NVwZ 1989, 182, 183). Durch diese gleichsam automatische Einbeziehung in die Verschwiegenheitspflicht gerät jeder Ausschluss der Sitzungsöffentlichkeit notwendig in Konflikt mit dem sonst gegebenen Recht des Ratsmitglieds auf freie Mandatsausübung (§ 43 Abs. 1 GO), dessen wesentliches Element die Befugnis ist, zu jeder Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft öffentliche Überzeugungsbildung innerhalb und außerhalb der Ratsgremien zu betreiben. Berät der Rat eine Angelegenheit in nicht öffentlicher Sitzung, so liegt darin zugleich eine Einschränkung des Mandatsausübungsrechts, die das Ratsmitglied nur dann hinzunehmen hat, wenn die gesetzlichen oder geschäftsordnungsrechtlichen Voraussetzungen für eine derartige Verfahrensweise gegeben sind.

bb. Wortlaut und Historie

Der Wortlaut und der aus der Entstehungsgeschichte ableitbare Zweck der in § 48 Abs. 2 Satz 1 GO normierten Sitzungsöffentlichkeit stehen diesem aus der Systematik des Gesetzes gewonnenen Auslegungsergebnis nicht entgegen. Unschädlich ist insbesondere zunächst, dass die programmsatzartige Formulierung der Vorschrift nicht erkennen lässt, wer aus ihr berechtigt und verpflichtet sein soll (vgl. zur Wortlautauslegung Schnapp, aaO, S. 428). Das kann nicht die Schlussfolgerung rechtfertigen, der Grundsatz der Sitzungsöffentlichkeit sei ein ausschließlich objektiv-rechtlicher Rechtssatz, dessen Wahrung allein der Kommunalaufsicht obliege. Dem steht die aus der Entstehungsgeschichte zu entnehmende Zielsetzung der Vorschrift entgegen, das Interesse des Bürgers am kommunalpolitischen Geschehen und seine Bereitschaft zum kommunalpolitischen Engagement durch Schaffung von Publizität und Kontrolle der kommunalen Willensbildungs- und Entscheidungsprozesse zu fördern. Diese Zielsetzung legt es nahe, einen Anspruch zumindest des Bürgers auf Teilnahme an und auf Herstellung oder Beibehaltung der Öffentlichkeit von Rats- und Ausschusssitzungen anzunehmen (so Schnapp, aaO, S. 431).

cc. Keine Gefahr des Publikwerdens von Geheimnissen

Gegen die hier vertretene Auslegung spricht auch nicht die in § 48 Abs. 2 Satz 4 GO statuierte zwingende Verpflichtung des Rates, über Anträge auf Ausschluss der Öffentlichkeit in nicht öffentlicher Sitzung zu beraten. Diese gesetzliche Bestimmung wird nicht dadurch unterlaufen, dass das überstimmte Gemeinderatsmitglied nach der Ablehnung des Antrags durch die Ratsmehrheit gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch nehmen kann. Denn es ist nicht davon auszugehen, dass das überstimmte Gemeinderatsmitglied auf diesem Weg eine unberechtigte Preisgabe geheimschutzbedürftiger Tatsachen etwa im Rahmen einer öffentlichen Gerichtsverhandlung erreichen kann (so aber VGH Mannheim, a.a.O.). Denn auch das Verwaltungsprozessrecht sieht ausreichende Maßnahmen vor, durch die das ungerechtfertigte Bekanntwerden geheimhaltungsbedürftiger Tatsachen wirksam unterbunden werden kann (Vorlageverweigerung nach § 99 VwGO, Ausschluss der Öffentlichkeit nach den §§ 171 b, 172 GVG, Verzicht auf mündliche Verhandlung, § 101 Abs. 2 VwGO) [...].

2. Anspruch auf Herstellung der Öffentlichkeit als wehrfähige Innenrechtsposition der Ratsfraktion

Auch den klagenden Ratsfraktionen (Kl. zu 1 bis 3) steht ein eigenes wehrfähiges subjektives Organrecht auf Wahrung des Grundsatzes der Sitzungsöffentlichkeit in § 48 Abs. 2 Satz 1 GO durch den Bürgermeister und durch den Rat zu. Auch insoweit ergibt die systematische Auslegung der genannten Vorschrift, dass Ratsfraktionen in Bezug auf die Sitzungsöffentlichkeit mit eigenen wehrfähigen Organrechten ausgestattet sind.

a. Herleitung aus dem Antragsrecht

Anerkannt ist nämlich, dass der Verpflichtung des Bürgermeisters aus § 48 Abs. 1 Satz 2 GO, einen durch eine Fraktion vorgeschlagenen Tagesordnungspunkt in die Tagesordnung der Ratssitzungen aufzunehmen, ein subjektives Organrecht der Fraktion darstellt. Diese hat einen Anspruch auf Aufnahme ihres Vorschlags in die Tagesordnung des Rates, sofern der Vorschlag die formalen Voraussetzungen des § 48 Abs. 1 Satz 2 GO erfüllt (OVG NW, DVBl. 1984, 155; OVGE 40, 266, 266; NwVBl. 1996, 7; Bick, Die Ratsfraktion, 1989, S. 23).

b. Herleitung aus der Befugnis zur Öffentlichkeitsarbeit

Dieser Anspruch umfasst zwar nicht zugleich auch das Recht darauf, dass der Rat den vorgeschlagenen Tagesordnungspunkt in öffentlicher Sitzung berät. Aus § 56 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 GO ergibt sich jedoch das grundsätzliche Recht der Ratsfraktionen, ihre Auffassung öffentlich darzustellen, soweit sie bei der Willensbildung und Entscheidungsfindung im Rat mitwirken. Dieses Recht ist durch das Gesetz zur Änderung der Kommunalverfassung vom 17.5.1994 in die GO aufgenommen worden, um die öffentliche Darstellung von Fraktionsmeinungen, die zuvor in Rspr. und Lit. unterschiedlich beurteilt worden war (vgl. dazu OVG NW, NwVBl. 1992, 395; Erichsen, aaO, S. 100 m.w.N.), im Rahmen der verfassungsrechtlichen Grenzen für zulässig zu erklären (Gesetzentwurf der LReg., LT-Drucks. 11/4983, Begr., S. 2, 13). [...] Dass sich dieses Recht im Ergebnis nicht auch auf die Preisgabe anvertrauter geheimhaltungsbedürftiger Tatsachen erstreckt (OLG

Köln, NVwZ 2000, 351), ändert nichts daran, dass die genannte Vorschrift den Ratsfraktionen jedenfalls ein subjektives Organrecht einräumt, vermittels dessen sie die gerichtliche Klärung der Frage verlangen können, ob eine bestimmte Angelegenheit nach Maßgabe des § 48 Abs. 2 GO und der zu dessen Ausführung ergangenen GeschO-Bestimmungen geheimhaltungsbedürftig ist.

B. Begründetheit

Die Klage der Kl. zu 1 bis 3 und 5 ist jedoch nicht begründet. Die Ratsbeschlüsse vom 25.9.1995 und vom 6.11.1995 verletzen die Kl. zu 1 bis 3 und 5 nicht in ihren subjektiven Organrechten aus § 48 Abs. 2 Satz 1 GO. Der Ausschluss der Sitzungsöffentlichkeit war ungeachtet der Frage, ob es sich um eine geheimhaltungsbedürftige Personalangelegenheit i. S. des § 48 Abs. 2 Satz 2 GO, § 6 Nr. 2 Satz 1 lit. a der GeschO für den Rat und die Ausschüsse der Stadt gehandelt hat, jedenfalls durch § 48 Abs. 2 Satz 3 GO, § 6 Nr. 3 GeschO gerechtfertigt.

I. Voraussetzungen des Öffentlichkeitsausschlusses

Nach diesen Vorschriften kann auf Antrag des Bürgermeisters oder eines Ratsmitglieds für einzelne Angelegenheiten die Öffentlichkeit ausgeschlossen werden. Von dieser Verfahrensermächtigung hat der beklagte Rat im vorliegenden Fall unausgesprochen, aber gleichwohl ermessensfehlerfrei Gebrauch gemacht. Denn die Voraussetzungen für eine nicht öffentliche Beratung liegen regelmäßig dann vor, wenn das prozesstaktische Vorgehen in einem von der Gemeinde geführten Rechtsstreit zum Gegenstand der Erörterung im Rat gemacht werden soll. Diese Erörterung kann i. d. R. nur nicht öffentlich erfolgen, weil sonst der Beratungsinhalt der Gegenseite vorzeitig bekannt werden könnte (Seeger, Handbuch für die Gemeinderatssitzung, 4. Aufl., S. 63).

II. Subsumtion

Dieser Ausschlussgrund lag hier vor. Denn es ging in den streitgegenständlichen Tagesordnungspunkten um die Besprechung der prozesstaktischen Überlegung, ob und mit welchem Inhalt der vom Berichterstatter vorgeschlagene Vergleich abgeschlossen werde. Dieser Zweck rechtfertigte den Ausschluss der Öffentlichkeit hier ohne weiteres, zumal Gegner in dem fraglichen Rechtsstreit vor dem erkennenden Gericht der eigene Stadtdirektor war. Die Maßnahme war auch nicht ungeeignet deshalb, weil der ehemalige Stadtdirektor unabhängig von der Sitzungsöffentlichkeit aus § 48 Abs. 1 Satz 1 GO a. F. zur Teilnahme an Ratssitzungen verpflichtet war. Diese Teilnahmepflicht bestand hier ausnahmsweise nicht, weil der ehemalige Stadtdirektor aufgrund persönlicher Interessenkollision gehindert war, als Leiter der Verwaltung an diesem Teil der Ratssitzung teilzunehmen; an seine Stelle trat insoweit sein allgemeiner Vertreter.

Standort: Kommunalrecht — Problem: Vertretungsrecht des Bürgermeisters

BGH, URTEIL VOM 10.05.2001
III ZR 11 1/99 (BGH-REPORT 2001, 591)

Problemdarstellung:

In den Gemeindeordnungen der Länder ist - z.T. mit Ausnahmen für bestimmte Fälle, z.B. Geschäfte der laufenden Verwaltung - geregelt, dass Geschäfte, durch die der Bürgermeister die Gemeinde verpflichtet, der Schriftform bedürfen (im Fall: § 54 Abs. 1 GO Bad.-Württ.; vgl. ferner z.B. §§ 68 Abs. 1 NdsGO; 56 Abs. 1 RhPfGO; 56 Abs. 1 NRWGO; 71 Abs. 2 HessGO; 60 Abs. 1 SächsGO). Der BGH steht in st. Rspr. auf dem Standpunkt, dass diese "Formerfordernisse" der Gemeindeordnungen, obwohl z.T. ausdrücklich als "Form"-Vorschriften bezeichnet, keine solchen sein können, da den Ländern zur Regelung der Form von Rechtsgeschäften die Gesetzgebungskompetenz fehle. Diese stehe über Art. 74 I Nr. 1 GG allein dem Bund zu; landesrechtliche Regelungen seien nach Art. 55 EGBGB ausgeschlossen. Der BGH "rettet" die Vorschriften vor der formellen Verfassungswidrigkeit, indem er sie als Regelungen der Vertretungsmacht einstuft. Der Bürgermeister darf die Gemeinde in den geregelten Fällen also nur schriftlich vertreten. Ein Kompetenzproblem stellt sich dann nicht, weil es für den Umfang der Vertretungsmacht der Gemeindeorgane keine Bundeskompetenz gibt.

Ausgehend von dieser Prämisse stellte sich nun die Frage, ob ein Bürgermeister, der die Schriftform nicht beachtet, auch als Vertreter ohne Vertretungsmacht nach

§ 179 I BGB persönlich haftet. Begreift man § 54 I GOBW als Regelung der Vertretungsmacht, wäre dies nur konsequent. Dem BGH schien diese Rechtsfolge jedoch offensichtlich zu gewagt. Das Gericht vollzieht eine "Rolle rückwärts", indem es von der Unanwendbarkeit des § 179 I BGB ausgeht. Zur Begründung wird darauf verwiesen, die Norm bezwecke nicht - wie § 179 I BGB voraussetze - den Vertrauensschutz des Vertragspartners, sondern habe - vergleichbar anderen Formerfordernissen - in erster Linie Klarstellungs- und Beweisfunktionen und solle lediglich die Gemeinde vor Übereilung schützen. Der BGH stuft damit i.E. die Formvorschriften der Gemeindeordnungen auf "Primärebene" (bei der Frage der Wirksamkeit des Vertragsschlusses) als Beschränkungen der Vertretungsmacht, auf "Sekundärebene" (bei der Frage der Haftung auf Schadensersatz) hingegen als Formvorschriften ein, welche die Rechtsfolge des § 179 I BGB nicht nach sich ziehen könnten. Der hierin bestehende Widerspruch wird in der Urteilsbegründung ebenso wenig aufgelöst wie die vom BGH selbst aufgezeigten Probleme mit der formellen Verfassungsmäßigkeit der Norm, wenn man sie denn als Formvorschrift begreift. Als "Trostpreis" wird der Vertragspartner auf Amtshaftungsansprüche verwiesen, welche - wie der vorliegende Fall deutlich zeigt - in praxi an den hohen Hürden dieses Anspruchs (insbes. am Drittbezug der Amtspflicht, am Verschulden sowie an den Ausschlusstatbeständen des § 839 I 2, III BGB) scheitern werden.

Prüfungsrelevanz:

Die Schriftformerfordernisse der Gemeindeordnungen können einmal auf "Primärebene" von Bedeutung sein, nämlich dann, wenn nach der Wirksamkeit eines vom Bürgermeister nur mündlich geschlossenen Verpflichtungsgeschäfts gefragt ist. Hier gilt es zu erkennen, dass die Nichtbeachtung der Schriftformerfordernisse nicht über § 125 BGB zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts führt, weil diese eben - wie vom Kandidaten darzulegen ist - keine Form-, sondern Vertretungsmachtsbeschränkungen enthalten. Vielmehr ist ein solches Geschäft mangels Vertretungsmacht - sollten nicht Rechtsscheinsgesichtspunkte hinzutreten - schwebend unwirksam, mit der Folge, dass es noch genehmigt werden kann.

Auf "Sekundärebene" kann die Vorschrift Bedeutung haben, wenn der Vertragspartner vom formlos handelnden Bürgermeister Schadensersatz verlangt. Hier wären als Anspruchsgrundlage § 179 BGB sowie mit dem BGH § 839 BGB zu erwägen. Darauf, dass die Lösung des BGH über § 839 BGB unter Verneinung der Anwendbarkeit des § 179 BGB inkonsequent und dogmatisch höchst bedenklich ist, wird in der Literatur (Glauben, BGH-Report 2001, 593 f.) bereits hingewiesen. Diese vertritt z.T. explizit eine Anwendbarkeit des § 179 BGB (Glauben, a.a.O.; ferner MüKo-Eisele, BGB, 4. Aufl., § 125 Rz. 28 m.w.N.), so dass diese Lösung zumindest auch vertretbar ist.

Abschließend sei noch darauf hingewiesen, dass bereits die Prämisse des BGH, die Formvorschriften der GOen seien in Wahrheit Regelungen der Vertretungsmacht, nicht unbestritten ist. Teilweise wird diese Auslegung mit Blick auf den eindeutigen Wortlaut ("Schrift*form*") abgelehnt. Allerdings wird von den Vertretern dieser Ansicht überwiegend bestritten, dass dies zur Verfassungswidrigkeit der Normen führe. Es handele sich bei den GOen vielmehr insgesamt um öffentlichrechtliche Normen, die mit Art. 74 I Nr. 1 BGB nicht in Konflikt geraten könnten. Eine differenzierende Lösung will die Normen nur bei zivilrechtlichen Willenserklärungen als Regelung der Vertretungsmacht einstufen, nicht jedoch, wenn der Bürgermeister die Gemeinde auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts vertritt. Zur Begründung wird angeführt, dass nur - aber immerhin - auf dem Gebiet des Zivilrechts der Kompetenzkonflikt mit Art. 74 I Nr. 1 GG bestehe.

Vertiefungshinweise:

- Formerfordernisse der GOen als echte Formvorschriften: *Soergel-Hefermehl*, § 125 BGB Rz. 2; *Staudinger-Dilcher*, BGB, § 125 Rz. 55 ff.; früher *BGH*, NJW 1958, 866
- Formerfordernisse der GOen als Regelungen der Vertretungsmacht: *BGHZ* 32, 375, 380; *BGH*, NJW 1980, 117, 118; NJW 1984, 606; NJW 1994, 1528; DtZ 1997, 222, 223
- Differenzierende Lösung: *MüKo-Einsele*, BGB, 4. Aufl., § 125 Rz. 29; *Schmidt-Jortzig/Petersen*, JuS 1989, 27, 28
- (Ablehnende) Urteilsanmerkung: *Glauben*, BGH-Report 2001, 593

Kursprogramm:

- *Examenskurs*: "Kein Geld für den Spielplatz"

Leitsätze:

1. Ist eine im Privatrechtsverkehr namens der Gemeinde abgegebene Verpflichtungserklärung des Bürgermeisters für die Gemeinde nur deshalb nicht bindend, weil sie der Bürgermeister entgegen der kommunalrechtlichen Bestimmung (hier: § 54 Abs. 1 Gemeindeordnung von Baden-Württemberg) nicht unterzeichnet hat, kann er von dem betroffenen Adressaten der Verpflichtungserklärung nicht als Vertreter ohne Vertretungsmacht nach § 179 Abs. 1 BGB auf Erfüllung oder Schadensersatz in Anspruch genommen werden.

2. Zur Anwendung des § 179 Abs. 3 S. 1 BGB bei Vertragsverhandlungen mit dem Bürgermeister einer Gemeinde.
3. Zur persönlichen Haftung des Bürgermeisters nach § 839 BGB und zum Inhalt seiner Schadensersatzpflicht in einem solchen Fall.

Sachverhalt:
Die Kläger nehmen den Beklagten, den ehemaligen Bürgermeister einer baden-württembergischen Gemeinde, auf Schadensersatz aus einem Handeln als Vertreter ohne Vertretungsmacht in Anspruch. Sie waren auf Grund eines im Jahr 1989 geschlossenen Vertrages Jagdpächter eines Eigenjagdbezirks dieser Gemeinde. Im Jagdpachtvertrag war vorgesehen, dass der Pächter für den entstehenden Wild- und Jagdschaden entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen Ersatz zu leisten habe. Vom Wildschaden im Stadtwald sollten der Verpächter 25% und der Pächter den Rest tragen. Der Verpächter sollte den Anspruch auf Ersatz von Wildschaden nur geltend machen dürfen, wenn der Pächter den Abschussplan in zwei aufeinander folgenden Jahren bei weiblichem Wild nicht erfüllte. Nachdem die Kläger dieser Pflicht in der Zeit von April 1991 bis April 1993 nicht vollständig nachgekommen waren, fand am 6.10.1993 im Rathaus eine Besprechung statt, die sich mit dem Anstieg der Schälschäden und der Geltendmachung von Wildschadensersatz befasste. Um eine gerichtliche Auseinandersetzung über die Ersatzpflicht der Pächter zu vermeiden, nahmen die Parteien den Vorschlag eines Mitarbeiters des Staatlichen Forstamts an, die Jagdpächter sollten den Abschuss beim weiblichen Rotwild im laufenden Pachtjahr um zwei Stück erhöhen, was die Kläger in der Folgezeit auch taten. Über das Ergebnis der Besprechung wurde ein den Klägern Ende Oktober 1993 zugeleitetes Protokoll gefertigt, das ein bei der Gemeinde tätiger Forstoberinspektor unterzeichnet hatte. Der Gemeinderat beschloss ungeachtet dieses Vorgangs im März 1994, die Schälschäden den Pächtern in Rechnung zu stellen. In einem Vorprozess, in dem die Pächter dem Beklagten den Streit verkündet hatten, wurden diese verurteilt, an die Gemeinde 46.303,66 DM nebst Zinsen zu zahlen.
Die auf Erstattung des Verurteilungsbetrags im Vorprozess und auf Ersatz vorgerichtlicher Anwaltskosten und der Kosten des Vorprozesses gerichtete Klage über insgesamt 77.200,46 DM nebst Zinsen hatte in den Vorinstanzen keinen Erfolg. Auch die Revision der Kläger blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Ansprüche der Kl. gegen den Bekl. aus § 179 I BGB

I. Bürgermeister als Vertreter ohne Vertretungsmacht

Auf Grund der Interventionswirkung des landgerichtlichen Urteils im Vorprozess zwischen der Gemeinde und den Jagdpächtern (§§ 68, 74 ZPO) ist im vorliegenden Verfahren zu Lasten des Beklagten davon auszugehen, dass die im Protokoll über die Besprechung vom 6.10.1993 wiedergegebene Einigung, von der Geltendmachung der entstandenen Schälschäden abzusehen, wenn die Kläger im laufenden Pachtjahr - wie dann auch geschehen - den Abschuss beim weiblichen Rotwild erhöhten, die Gemeinde rechtlich nicht gebunden hat. Die Bindungswirkung der Streitverkündung bezieht sich auch auf die rechtliche Begründung der Entscheidung im Vorprozess (vgl. BGHZ 116, 95, 102), die dahin geht, der Beklagte habe diese Erklärung nicht - wie nach § 54 Abs. 1 BWGO geboten - schriftlich abgefasst und handschriftlich unterzeichnet, und es habe sich nicht um eine Erklärung in einem Geschäft der laufenden Verwaltung gehandelt, für das diese Formvorschrift unbeachtlich gewesen wäre (§ 54 Abs.4 BWGO).

1. § 54 BWGO keine Formvorschrift
Auch wenn die Gemeindeordnung in diesem Zusammenhang von "Formvorschriften" spricht, geht es nach der st. Rspr. des BGHs insoweit nicht um Bestimmungen, deren Nichteinhaltung zur Nichtigkeit nach § 125 BGB führt. Denn mit dem In-Kraft-Treten des BGB sind entsprechende privatrechtliche Vorschriften der Landesgesetze außer Kraft getreten (Art. 55 EGBGB), und zur Einführung solcher Vorschriften fehlt dem Landesgesetzgeber die Kompetenz (Art. 72 Abs. 1, 74 Abs. 1 Nr. 1 GG).

2. § 54 I BWGO als Regelung der Vertretungsmacht
Vielmehr handelt es sich um materielle Vorschriften über die Beschränkung der Vertretungsmacht, die dem Schutz der öffentlich-rechtlichen Körperschaften und ihrer Mitglieder dienen (vgl. BGHZ 32, 375, 380 zu § 68 Abs. 1 NdsGO; BGH, NJW 1980, 117, 118 zu § 56 Abs. 1 RhPfGO; NJW 1984, 606 zu § 56 Abs. 1 NRWGO; NJW 1994, 1528 zu § 71 Abs. 2 HessGO; DtZ 1997, 222, 223 zu § 60 Abs. 1 SächsGO); die Landesgesetzgeber machen insoweit von ihrer Befugnis Gebrauch, die dem öffentlichen Recht zugehörige Organisation dieser juristischen Personen zu regeln und dabei zu bestimmen, in welcher Weise diese durch ihre Organe vertreten werden (vgl. schon RGZ 64, 408, 413).

II. Anwendbarkeit des § 179 I BGB
Von diesem rechtlichen Ausgangspunkt her zieht das Berufungsgericht in Betracht, dass der Beklagte den Klägern wegen eines Mangels seiner Vertretungsmacht nach § 179 Abs. 1 BGB zu Schadensersatz verpflichtet sein könnte [wird ausgeführt]. Die Versagung eines An-

spruchs nach § 179 Abs. 1 BGB erweist sich jedoch im Ergebnis als richtig, weil diese Norm dann nicht anwendbar ist, wenn eine gemeindliche Formvorschrift durch ein Organ nicht beachtet wird.

1. Grundsätzliche Anwendbarkeit auf gesetzliche Vertretungsmacht

Allerdings steht nicht in Frage, dass § 179 Abs. 1 BGB nicht nur im Bereich rechtsgeschäftlich erteilter Vollmacht gilt, sondern auch in Fällen anzuwenden ist, in denen Organe die ihnen gesetzten Vertretungsbefugnisse überschreiten (vgl. BGHZ 6, 330, 333; 32, 375, 381).

2. Unanwendbarkeit bei kommunalrechtlichen "Formvorschriften"

Während [...] Vorschriften über die Vertretungsmacht der zur Vertretung berufenen Organe, soweit sie etwa eine Gesamtvertretung anordnen, im Ergebnis nicht durch den Einwand des Verstoßes gegen Treu und Glauben außer Kraft gesetzt werden können - insoweit kommt lediglich eine Haftung der Gemeinde auf Ersatz des Vertrauensschadens aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluss in Betracht -, unterliegen die Bestimmungen über reine Förmlichkeiten wie Schriftform, Angabe der Dienstbezeichnung und Beifügung des Amtssiegels im Wesentlichen einer rechtlichen Behandlung, wie sie für die Verletzung von Formvorschriften auch im Übrigen gilt (vgl. zur Abgrenzung BGHZ 92, 164, 174).

a. Schutzzweck der Norm: Übereilungsschutz der Gemeinde

Auch der Zweck des § 54 Abs. 1 BWGO, der dahin geht, im Interesse einer klaren Verantwortung des Bürgermeisters gegenüber dem Gemeinderat und einer einwandfreien Rechnungslegung zu vermeiden, dass nachträglich Zweifel am Verpflichtungswillen des Bürgermeisters oder Streit über Inhalt und Zeitpunkt der eingegangenen Verpflichtung entstehen, fügt sich in die Zwecke privatrechtlicher Formvorschriften ein, indem das Vertretungsorgan von der Eingehung übereilter und unüberlegter Verpflichtungen, die den Gemeindeinteressen zuwiderlaufen, abgehalten (vgl. BGH, NVwZ 1990, 403, 404, allerdings in einem Fall zusätzlich angeordneter Gesamtvertretung; BGH, NJW-RR 1992, 1435, 1436) und zugleich der Klarstellungs- und Beweisfunktion Rechnung getragen wird. Demgegenüber bezieht sich die Regelung des § 179 BGB, die einen im Interesse der Verkehrssicherheit eingeführten Fall der Vertrauenshaftung darstellt (vgl. RGZ 106, 68, 70; BGHZ 39, 45, 51; NJW 2000, 1407, 1408), im Kern auf das Vertrauen, dass der Vertreter für den Vertretenen bindend handeln kann, nicht aber darauf, dass der Vertreter die in welchen Vorschriften auch immer angeordneten Förmlichkeiten zutreffend beachtet. Dementsprechend trägt selbst der Vertreter ohne Vertretungsmacht grundsätzlich nicht das Risiko sonstiger Mängel des Vertretergeschäfts [...].

b. Keine Schlechterstellung des Bürgermeisters gegenüber sonstigen Stellvertretern

Der Schutz der Gemeinde vor übereilten und unüberlegten Verpflichtungserklärungen des Bürgermeisters kann, weil dem Landesgesetzgeber insoweit die Gesetzgebungskompetenz fehlt, nicht unmittelbar durch Einführung einer Formvorschrift erreicht werden; er wird vielmehr durch Verknüpfung des Formerfordernisses mit der Vertretungsregelung bewirkt. Das würde im Falle der Anwendung des § 179 Abs. 1 BGB bei Nichtbeachtung der Form zur persönlichen Haftung des Bürgermeisters führen, während sonst im rechtsgeschäftlichen Verkehr der Vertreter einer natürlichen Person oder einer juristischen Person des Privatrechts beim Abschluss eines formfehlerhaften Geschäfts nicht nach der genannten Vorschrift haftet. Damit würde der Kompetenzmangel, der die Einbeziehung einer für notwendig erachteten Formvorschrift in die Vertretungsregelung veranlasst, zum Auslöser einer Ungleichbehandlung, die unter dem von der Sache her allein maßgeblichen Gesichtspunkt des haftungsrechtlichen Vertrauensschutzes der inneren Rechtfertigung entbehrt. Der Senat hält deshalb dafür, dass die angesprochene Verletzung des § 54 Abs. 1 BWGO die scharfe, am Erfüllungsinteresse orientierte Vertrauenshaftung des grundsätzlich allein vertretungsberechtigten Organs nach § 179 Abs. 1 BGB nicht rechtfertigt und dass kein Anlass besteht, den Vertragsgegner besser zu stellen, als sei dem rechtsgeschäftlich bevollmächtigten Vertreter einer natürlichen Person oder einer juristischen Person des Privatrechts ein die Wirksamkeit des Geschäfts beeinträchtigender Formfehler unterlaufen.

B. Ansprüche der Kl. gegen den Bekl. aus § 839 BGB

Die Kläger werden durch eine solche Lösung nicht rechtlos gestellt.

I. Tatbestand

1. Amtspflichtverletzung

Dem Beklagten oblag als Bürgermeister auch bei seinem Handeln für die Gemeinde im privatrechtlichen Bereich die Amtspflicht, die Bestimmungen der Gemeindeordnung einzuhalten und Sorge dafür zu tragen, dass den Klägern als Vertragspartnern der Gemeinde aus seinem Verhalten keine Schäden entstehen konnten.

2. Drittbezug der Amtspflicht

Mögen die in § 54 Abs. 1 BWGO enthaltenen Bestim-

mungen, die die Vertretungsberechtigung des Bürgermeisters für die Abgabe von Verpflichtungserklärungen ausgestalten, im Wesentlichen Pflichten umreißen, die er im Interesse der Allgemeinheit wahrzunehmen hat, so lässt sich doch nicht leugnen, dass der Beklagte im Rahmen der bestehenden Vertragsbeziehung verpflichtet war, sich auch in Bezug auf die Kläger darüber zu vergewissern, ob er im Rahmen eines Geschäfts der laufenden Verwaltung formlos eine Vereinbarung schließen konnte oder ob er die Förmlichkeiten des § 54 Abs. 1 BWGO zu beachten hatte. Danach kommt grundsätzlich eine persönliche Haftung des Beklagten nach § 839 BGB in Betracht, die nicht nach Art. 34 S. 1 GG auf die Gemeinde überzuleiten ist, weil es sich um keine hoheitliche Tätigkeit handelte.

3. Verschulden

Unter Zugrundelegung des objektivierten Sorgfaltsmaßstabs, der im Rahmen des § 839 Abs. 1 BGB gilt und nach dem es für die Beurteilung des Verschuldens auf Kenntnisse und Fähigkeiten ankommt, die für die Führung des übernommenen Amts im Durchschnitt erforderlich sind (vgl. BGHZ 134, 268, 274; BGH WM 2001, 147, 149), ist ein Verschulden des Beklagten nach dem im Revisionsverfahren zu Grunde gehenden Sachverhalt nicht zu verneinen.

II. Rechtsfolge

Allerdings erfasst der mögliche Anspruchsinhalt nicht, wie die Kläger begehren, die Freistellung von dem der Gemeinde zugesprochenen Wildschadensersatz.

1. Begrenzung des Anspruchs durch den Schutzzweck der Norm

Denn die Kläger können im Rahmen eines Anspruchs nach § 839 BGB lediglich verlangen, so gestellt zu werden, als hätte sich der Beklagte amtspflichtgemäß verhalten. Dann aber hätte der Beklagte davon absehen müssen, vor einer entsprechenden Beschlussfassung im Gemeinderat auf die entstandenen Ansprüche zu verzichten. Da der Gemeinderat, wie der weitere Fortgang gezeigt hat, zu einem entsprechenden Verzicht nicht bereit war, hätten sich die Kläger damit abfinden müssen, dass die Ansprüche nach Maßgabe des Pachtvertrages geltend gemacht und geklärt werden. Im Schutzbereich des § 839 BGB liegen hier daher nur solche Schadenspositionen, die darauf beruhen, dass die Kläger auf die Wirksamkeit der mit dem Beklagten getroffenen Vereinbarung vertraut haben. Hierzu gehören etwa Aufwendungen, die die Kläger im Hinblick auf die Erhöhung der Abschusszahlen tätigten. Solche werden indes im laufenden Verfahren nicht geltend gemacht. Darüber hinaus kommt in Betracht, dass die Kläger bis zu dem Zeitpunkt, zu dem die Gemeinde die Wirksamkeit der mit dem Beklagten getroffenen Vereinbarung unter Bezugnahme auf die Vorschrift des § 54 Abs. 1 BWGO leugnete, vom rechtlichen Bestand dieser Vereinbarung ausgehen durften. Sie waren auch danach nicht ohne weiteres verpflichtet, dem erhobenen Anspruch der Gemeinde Folge zu leisten. Vielmehr waren sie im Hinblick auf die geschlossene Vereinbarung berechtigt, sich über deren Wirksamkeit anwaltlichen Rat einzuholen.

2. Begrenzung des Anspruchs durch § 839 I 2 BGB

Der Senat muss im gegenwärtigen Verfahrensstadium nicht abschließend entscheiden, ob die Sach- und Rechtslage es rechtfertigte, dass die Kläger neben der vorgerichtlichen Zuziehung eines Rechtsanwalts zwei gerichtliche Instanzen zur Klärung der Frage in Anspruch nahmen, ob es sich hier um ein Geschäft der laufenden Verwaltung handelte, das die Gemeinde an den erklärten Verzicht band. Auch wenn man dies unterstellt, besteht derzeit gegen den Beklagten ein Anspruch nicht, weil dieser die Kläger nach § 839 Abs. 1 S. 2 BGB auf eine anderweitige Ersatzmöglichkeit verweisen darf, die in der Haftung der Gemeinde nach §§ 31, 89 BGB für das Verhalten ihres verfassungsmäßig berufenen Vertreters besteht. Zwar haben die Kläger im Vorprozess bereits Gegenansprüche gegen die Gemeinde geltend macht, denen das LG nicht entsprochen hat. Sie betrafen jedoch im Kern Freistellungsansprüche in Bezug auf den Wildschadensersatz und Bereicherungsansprüche aus dem Umstand, dass die Kläger den Abschuss weiblichen Rotwilds erhöht hatten. Die vorstehend umrissenen Ansprüche wegen Kosten anwaltlicher Beratung und des Vorprozesses sind jedoch bislang nicht geltend gemacht worden. Dass im Vorprozess zu Lasten der Kläger eine Kostenentscheidung ergangen ist, steht einem möglichen materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch als Schadensersatzanspruch auf der Grundlage der §§ 31, 89, 839 BGB nicht entgegen.

Standort: Amtshaftung — Problem: Hypothetischer Kausalverlauf

BGH, BESCHLUSS VOM 21.12.2000
III ZR 119/00 (BAYVBL 2001, 506)

Problemdarstellung:

Die vorliegende Entscheidung betrifft die Frage, ob im Rahmen des Amtshaftungsanspruchs (§ 839 BGB, Art. 34 GG) hypothetische Kausalverläufe beachtlich sind. Die Beklagte, eine Gemeinde, die ihr Einvernehmen nach § 36 BauGB zu einem Bauvorhaben des Kl. rechtswidrig verweigert hatte, stellte sich nämlich auf

den Standpunkt, der Kl. könne keinen Verzögerungsschaden gegen sie geltend machen, weil sich sein Bauvorhaben auch bei rechtzeitiger Erteilung des Einvernehmens durch sicher zu erwartende Nachbarwidersprüche ohnehin verzögert hätte. Juristisch liegt hierin ein Bestreiten der Kausalität zwischen Amtspflichtverletzung und Schaden.

Der BGH hält einen solchen, auf hypothetische Kausalverläufe abstellenden Einwand "rechtmäßigen Alternativverhaltens" in st. Rspr. (vgl. nur BGHZ 63, 319, 325 f.; NJW 1995, 2778, 2780) grds. für beachtlich (anders jedoch in dem von BGH, RA 2000, 661 = DVBl 2000, 904 entschiedenen Fall).

In der vorliegenden Entscheidung prüft der BGH, ob der hypothetische Nachbarwiderspruch tatsächlich ebenfalls zu einem Verzögerungsschaden beim Kl. geführt hätte. Nachdem der Senat dies verneint, kommt er zu dem Ergebnis, dass folglich das rechtswidrige Verhalten der Bekl. nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Schaden des Kl. entfiele (conditio sine qua non). Mithin scheiterte der Amtshaftungsanspruch auch nicht an der Kausalität zwischen Amtspflichtverletzung und Schaden.

Prüfungsrelevanz:

Staatshaftungsrecht ist ein beliebter Prüfungsstoff. In der aktuellen Rechtsprechung finden sich zudem zahlreiche Urteile zu Amtshaftungsansprüchen, ein Umstand, der die Examensrelevanz der Materie weiter erhöht. Hierzu gehören:

- Zulässigkeit des Einwands rechtmäßigen Alternativverhaltens (BGH, RA 2000, 661 = DVBl 2000, 904 sowie die vorliegende Entscheidung)
- Drittbezug der Amtspflicht bei faktischer Außenwirkung und eine Verschuldenszurechnung analog § 278 BGB (BGH, RA 2001, 316 = DVBl 2001, 807)
- Passivlegitimation (BGH, RA 2001, 131 = BayVBl 2001, 122)
- Bindung der Zivilgerichte an Beschlüsse des VG (BGH, RA 2001, 133 = DVBl 2001, 305)
- Reduktion der Ausschlussklausel des § 839 I 2 BGB (OLG Köln, RA 1999, 189 = NVwZ-RR 1999, 160; LG Berlin, RA 1999, 399 = NVwZ 1999, 362; aktuell OLG Koblenz, NVwZ-RR 2001, 492).

Hingewiesen sei noch auf § 212a BauGB, der die aufschiebende Wirkung von Widersprüchen gegen Baugenehmigungen i.V.m. § 80 II Nr. 3 VwGO ausschließt. Einer Anordnung der sofortigen Vollziehung der Genehmigung durch die Behörde, wie vom BGH geprüft, bedarf es hiernach in aller Regel nicht mehr.

Vertiefungshinweise:

❝ Beachtlichkeit rechtmäßigen Alternativverhaltens: *BGHZ* 96, 157, 171; 120, 281, 285; *BGH*, NJW 1998, 1307, 1308

❝ Zur Verweigerung des gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 BauGB: *BVerwG*, RA 2000, 545 = NVwZ 2000, 1048

Kursprogramm:

❝ *Examenskurs*: "Die vergessene Motorsäge"

❝ *Examenskurs*: "Auf Müll gebaut"

Leitsatz (der Redaktion):

Zur Kausalität zwischen Amtspflichtverletzung und Schaden, wenn bei rechtmäßiger Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens mit Nachbarwidersprüchen gegen die Baugenehmigung zu rechnen gewesen wäre.

Sachverhalt:

Der Kl. macht entgangenen Gewinn wegen der sich aus der anfänglichen Nichterteilung einer von ihm begehrten Baugenehmigung entstandenen Verzögerungen geltend. Diese war eingetreten, weil die bekl. Gemeinde ihr Einvernehmen nach § 36 BauGB rechtswidrig verweigert hatte. Die Bekl. wendete ein, dass es selbst bei rechtzeitiger Erteilung des Einvernehmens und damit der Baugenehmigung zu den entstandenen Verzögerungen gekommen wäre, weil gegen die Genehmigung Nachbarwidersprüche mit aufschiebender Wirkung nach § 80 I VwGO eingelegt worden wären. Die Vorinstanz hatte den Bekl. ungeachtet dessen zur Zahlung von Schadensersatz verurteilt. Auch die Revision der Bekl. blieb i.E. ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Entscheidungsgründe der Vorinstanz

Bei der Beantwortung der Frage, ob die Amtspflichtverletzung den geltend gemachten Schaden verursacht hat, kommt es nach der ständigen Rechtsprechung darauf an, welchen Verlauf die Dinge bei pflichtgemäßem Verhalten des Amtsträgers genommen hätten und wie dann die Vermögenslage des Geschädigten wäre (BGHZ 96, 157, 171; Senatsurteil vom 7.12.2000 - III ZR 84/00 -, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen). In diesem Zusammenhang unterstellt das Berufungsgericht zugunsten der Beklagten, dass bei einer rechtzeitigen (pflichtgemäßen) Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens zu der beantragten Baugenehmigung der Nachbar B. dagegen - und auch gegen eine etwaige Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit durch die Bauaufsichtsbehörde - vorgegangen wäre und sich dann das Vorhaben in gleicher Weise verzögert haben würde. Das Berufungsgericht hält indessen diese Erwägung für nicht durchgreifend, weil in diesem Falle

zwischen dem widersprechenden Nachbarn und der ihr Einvernehmen versagenden Gemeinde eine "deliktsrechtliche Gesamtschuldnerschaft" anzunehmen sei, wie sie etwa auch zwischen Gemeinde und Bauaufsichtsbehörde bestehen könne (vgl. Senatsurteil, BGHZ 118, 263).

B. Entscheidung des BGH

I. Keine Gesamtschuldnerschaft zwischen Bekl. und potenziellem Widerspruchsführer

Diese Begründung ist, wie die Revision zu Recht geltend macht, nicht haltbar. Ein Grundstückseigentümer, der in der - hier keineswegs fern liegenden (geplante Errichtung eines Schweinemaststalles mit 684 Mastplätzen) - Befürchtung, ein Bauvorhaben bringe für ihn erhebliche und unzumutbare Geruchsbelästigungen mit sich, die nach der Verwaltungsgerichtsordnung vorgesehenen Rechtsbehelfe gegen die seinem Nachbarn erteilte Baugenehmigung ergreift, begeht grundsätzlich - wenn nicht die besonderen Voraussetzungen des § 826 BGB vorliegen - keine unerlaubte Handlung zum Nachteil des Begünstigten im Sinne der §§ 823 ff. BGB. Eine Gesamtschuldnerschaft zwischen Nachbar und Gemeinde im Sinne des § 840 Abs. 1 BGB ist daher nicht begründbar.

II. Kein Schadenseintritt bei hypothetischem Nachbarwiderspruch

Gleichwohl erweist sich das Berufungsurteil im Ergebnis als richtig.

1. Klägervorbringen: Generell keine Berücksichtigung hypothetischer Kausalverläufe

Die Revisionserwiderung macht geltend, schon nach allgemeinen Grundsätzen der Haftungszurechnung könne sich die beklagte Gemeinde nicht darauf berufen, bei eigenem pflichtgemäßen Verhalten wäre der gleiche Schaden durch den Rechtsbehelf eines Nachbarn verursacht worden. In Rechtsprechung und Schrifttum sei einhellig anerkannt, dass der Schädiger sich nicht auf die hypothetische Schadensverursachung durch einen Dritten berufen könne, wenn dem Geschädigten gegen diesen ebenfalls ein Schadensersatzanspruch zugestanden hätte (vgl. BGH, NJW 1967, 551, 552; Staudinger/Schiemann, BGB, 13. Bearb., § 249 RdNr.95; Palandt/Heinrichs, BGB, 60. Aufl., Vor § 249 RdNr. 100). Dieser Grundsatz sei dahin zu erweitern, dass das hypothetische schädigende Verhalten eines Dritten immer unberücksichtigt bleiben müsse, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob hieraus für den Geschädigten ein Ersatzanspruch gegen den Dritten hätte entstehen können. Jedenfalls sei das hypothetische Verhalten des Nachbarn im vorliegenden Fall deshalb unerheblich, weil dessen Berücksichtigung mit dem Schutzzweck der verletzten Amtspflicht nicht zu vereinbaren sei. Ansonsten könne sich der Amtsträger unter Hinweis auf das Verhalten eines Dritten, der anders als die Behörde keine besonderen Amts- oder Sorgfaltspflichten gegenüber dem Geschädigten zu beachten hat, seiner Verantwortung entziehen.

2. BGH: Jedenfalls hier kein Schadensausschluss

Ob diesen Ausführungen in dieser Allgemeinheit zu folgen ist, kann vorliegend dahinstehen. Die Revision hat jedenfalls deshalb keinen Erfolg, weil zugunsten des Klägers der Grundsatz zum Tagen kommt, dass im Amtshaftungsprozess bei der Beantwortung der Frage, wie sich die (hypothetische) Einlegung eines Rechtsbehelfs und die daraufhin ergehenden behördlichen oder gerichtlichen Entscheidungen auf das Entstehen oder die Entwicklung eines Schadens ausgewirkt hätte, auf die rechtliche Sicht des über den Ersatzanspruch entscheidenden Gerichts abzustellen ist (vgl. Senatsurteil, NJW 1986, 1924, 1925 zur Frage, ob ein Rechtsbehelf des Geschädigten den aus einer Amtspflichtverletzung herrührenden Schaden hätte abwenden können). Dabei ist weiter zu berücksichtigen, dass aufgrund des rechtskräftigen Urteils des Verwaltungsgerichts für den Amtshaftungsprozess bindend feststeht, dass der Kläger von Anfang an einen Anspruch auf Erteilung der Baugenehmigung hatte. Hieraus ergibt sich:

a. Hypothetische Anordnung der sofortigen Vollziehung der Genehmigung durch die Bauaufsichtsbehörde

Die Bauaufsichtbehörde ist nach eingehender Prüfung des Sachverhalts zu dem Ergebnis gelangt, dass das Bauvorhaben des Klägers insbesondere unter Berücksichtigung immissionsschutzrechtlicher Gesichtspunkte genehmigungsfähig ist und die von den Nachbarn erhobenen Einwände unzumutbarer Geruchsbelästigungen nicht stichhaltig sind. Sie hat ihre Würdigung der Sach- und Rechtslage der Beklagten mit dem Ersuchen mitgeteilt, das erforderliche Einvernehmen zu erteilen.

Vor diesem Hintergrund kann es nicht ernsthaft zweifelhaft sein, dass die Bauaufsichtsbehörde, wenn die Beklagte ihr Einvernehmen erteilt hätte, mit Blick auf die - zu erwartenden - Nachbarwidersprüche entweder gleich nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO die sofortige Vollziehbarkeit der Baugenehmigung angeordnet oder eine dahin gehende Anordnung jedenfalls sofort nach Einlegung des Widerspruchs auf Antrag des Klägers nach § 80a Abs. 1 Nr. 1 VwGO erlassen hätte [...].

b. Hypothetischer Antrag des Widerspruchsführers auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung erfolglos

Wenn bei Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit der

Nachbar B. - wovon aufgrund der Feststellungen des Berufungsgerichts auszugehen ist - nach § 80 a Abs. 3 Satz 2 i.V.m. § 80 Abs. 5 VwGO beim Verwaltungsgericht beantragt hätte, die aufschiebende Wirkung seines Widerspruchs wiederherzustellen, so hätte das Verwaltungsgericht prüfen müssen, ob das Vollzugsinteresse des Bauherrn oder das Aussetzungsinteresse des Nachbarn höher zu veranschlagen sei. Bei dieser Prüfung stellen die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs ein bedeutsames Gewichtungselement dar. Das hat zur Folge, dass ein schutzwürdiges privates Nachbarinteresse daran, von der Vollziehung eines offensichtlich rechtmäßigen Verwaltungsakts verschont zu bleiben, nicht anzuerkennen ist. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Vollzug dringlich ist oder nicht (vgl. Eyermann, VwGO, 11. Aufl., § 80 RdNrn. 73 ff.).

3. Ergebnis

Nach dem zuvor Gesagten ist im Amtshaftungsprozess davon auszugehen, dass das Verwaltungsgericht auch im Aussetzungsverfahren die Rechtmäßigkeit der erteilten Baugenehmigung erkannt und dementsprechend einem Aussetzungsantrag des Nachbarn B. nicht entsprochen hätte. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann deshalb zugunsten der Beklagten nicht unterstellt werden, das Bauvorhaben des Klägers hätte sich aufgrund der von dem Nachbarn B. eingelegten Rechtsbehelfe in gleicher Weise verzögert, wie dies tatsächlich wegen der rechtswidrigen Versagung des gemeindlichen Einvernehmens durch die Beklagte geschehen ist.

Standort: § 123 VwGO Problem: Vorwegnahme der Hauptsache bei Bürgerbegehren

BAYVGH, BESCHLUSS VOM 06.11.2000
4 ZE 00.3018 (BAYVBL 2001, 500)

Problemdarstellung:

Der BayVGH nennt die Voraussetzungen, unter denen im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes nach § 123 I VwGO ein Bürgerbegehren einstweilen zugelassen werden kann. Das Gericht stellt zunächst heraus, dass darin eine (faktische) Vorwegnahme der Hauptsache liegt und eine solche im einstweiligen Rechtsschutz grds. unzulässig ist. Lediglich aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 IV GG) seien Ausnahmen möglich. Hierfür sei allerdings ein hoher Grad an Wahrscheinlichkeit dafür erforderlich, dass der ASt. in der Hauptsache ebenfalls obsiegen werde. Bei einem Bürgerbegehren wegen der von diesem (bzw. dem ihm folgenden Bürgerentscheid) ausgehenden Wirkungen müsse sogar nahezu ausgeschlossen sein, dass es in der Hauptsache zu einer anderen Entscheidung komme als im Verfahren nach § 123 VwGO.

Am Rande nimmt das Gericht zu den formellen Anforderungen Stellung, denen die eingereichten Unterschriften (nach bay. KommunalR) genügen müssen.

Prüfungsrelevanz:

Bürgerbegehren und Bürgerentscheid lassen sich sehr gut mit vorläufigem Rechtsschutz kombinieren. "Klassisch" ist ein Antrag auf Erlass einer Sicherungsanordnung gegen ein beabsichtigtes Verhalten der Gemeinde, welches dem Bürgerbegehren zuwider laufen und vor dessen Abschluss konträre faktische Verhältnisse schaffen würde. Ob und wann einem auf den Weg gebrachten Bürgerbegehren eine "Sperrwirkung" hiergegen zukommt, ist - wenn nicht wie hier in Art. 18a IX BayGO eine ausdrückliche Regelung existiert - heftig umstritten. Während manche eine Sperrwirkung unter Hinweis auf die Gefahr einer Aushöhlung des Bürgerbegehrens bejahen, befürchtet die wohl h.M. eine Lähmung der Verwaltungstätigkeit, verweist auf die Selbstverwaltungsautonomie der Gemeinde und vertritt die Ansicht, dass der Gesetzgeber, hätte er eine Sperrwirkung gewollt, diese ausdrücklich geregelt hätte.

Die Problematik der Sperrwirkung wäre in der Begründetheitsprüfung des Antrags nach § 123 VwGO unter "Anordnungsanspruch" zu erörtern. Die Vorwegnahme der Hauptsache wird entweder im Ermessen des Gerichts (§§ 123 III VwGO, 938 ZPO) oder - von einer m.M. - bereits in der Zulässigkeit im "Allgemeinen Rechtsschutzbedürfnis" geprüft (vgl. zum Prüfungsstandort Schoch/Schmidt-Aßmann/ Pietzner, VwGO, § 123 Rz. 121 m.w.N.).

Vertiefungshinweise:

" Für eine Sperrwirkung des Bürgerbegehrens: *HessVGH*, NVwZ 1994, 396; *Fischer*, NWVBl 1995, 366, 370

" Gegen eine Sperrwirkung des Bürgerbegehrens: *OVG Münster*, RA 1999, 119 = NVwZ-RR 1999, 140; NWVBl 1998, 328; *Hager*, NVwZ 1994, 766, 767

" Zur Vorwegnahme der Hauptsache bei § 123

VwGO: *VGH Mannheim*, RA 2000, 375 = NVwZ-RR 2000, 397; VG Gießen, RA 2001, 445 = NVwZ-RR 2001, 418

Kursprogramm:
" *Examenskurs*: "Wechselstrominitiative"

Leitsätze:
1. Der Erlass einer einstweiligen Anordnung zur vorläufigen Zulassung eines Bürgerbegehrens ist auf Fälle zu beschränken, in denen dessen Zulässigkeit bereits im einstweiligen Rechtsschutzverfahren mit solcher Wahrscheinlichkeit bejaht werden kann, dass eine gegenteilige Entscheidung im Hauptsacheverfahren praktisch ausgeschlossen ist.
2. Zu Inhalt und Form der eingereichten Unterschriftenlisten.

Sachverhalt:
Die Antragsteller reichten am 20.7.2000 bei der Antragsgegnerin Unterschriftenlisten mit 1024 Unterschriften der Gemeindebürger für ein Bürgerbegehren ein. Die Unterschriftenlisten bestanden aus zwei Blättern mit Vorder- und Rückseite, die während der Sammlung der Unterschriften jeweils mit einer Heftklammer verbunden waren. Die Fragestellung und die Begründung des Bürgerbegehrens sowie die Namen der drei Vertreter sind auf der ersten bis dritten Seite aufgeführt. Die Unterschriften befinden sich auf der vierten Seite (Rückseite des zweiten Blattes).
Mit Bescheid vom 18.8.2000 erklärte die Antragsgegnerin im Vollzug des Gemeinderatsbeschlusses vom 8.8.2000 das Bürgerbegehren mit der Begründung für unzulässig, die Unterschriften und die nach Art. 18a Abs. 4 GO notwendigen Angaben müssten auf jeder einzelnen Liste stehen. Die Verklammerung mehrerer Blätter sei unzulässig.
Gleichzeitig mit ihrer auf Zulassung des Bürgerbegehrens gerichteten Verpflichtungsklage beantragten die Antragsteller im Wege der einstweiligen Anordnung, der Antragsgegnerin aufzugeben, das "Zweite Bürgerbegehren zur Wasserversorgung der Gemeinde S." zuzulassen. Das Verwaltungsgericht lehnte den Antrag mit Beschluss vom 18.9.2000 mit der Begründung ab, die Antragsteller hätten jedenfalls einen Anordnungsanspruch nicht glaubhaft gemacht. Die Anforderungen, die Art. 18a Abs. 4 GO an Inhalt und Form der Unterschriftenlisten stelle, seien im vorliegenden Fall nicht erfüllt; die Verwendung mehrerer, wenn auch miteinander verklammerter Blätter für die Unterschriftenliste sei unzulässig.
Mit ihrem Antrag auf Zulassung der Beschwerde machen die Antragsteller ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Beschlusses des Verwaltungsgerichts geltend.

Aus den Gründen:
Der Antrag auf Zulassung der Beschwerde hat keinen Erfolg. Der geltend gemachte Zulassungsgrund der ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit der Entscheidung des Verwaltungsgerichts liegt nicht vor (§ 146 Abs. 4 i.V.m. § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO).

A. Antragsbegehren
Das Begehren der Antragsteller ist sachlich an sich darauf gerichtet, die an die Zulassung des Bürgerbegehrens geknüpfte Sperrwirkung gemäß Art. 18a Abs. 9 GO zu erreichen. Der richtige Weg dafür wäre der Antrag auf Erlass einer Sicherungsanordnung (vgl. BayVGH, VWRR By 1998, 243), die jedoch im vorliegenden Fall wegen der offenen Fragen im Zusammenhang mit der Gestaltung der Unterschriftenlisten ebenfalls keinen Erfolg hätte.

B. Vorwegnahme der Hauptsache durch das Begehren
Der Erlass der beantragten einstweiligen Anordnung mit dem Inhalt, der Antragsgegnerin aufzugeben, das - zweite - Bürgerbegehren zuzulassen, widerspricht auch im Hinblick auf das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG) dem Wesen und Zweck der einstweiligen Anordnung, grundsätzlich nur vorläufige Regelungen zu treffen (vgl. z.B. Kopp/Schenke, VwGO, 12. Aufl. 2000, RdNr. 13 zu § 123). Auch wenn es sich nur um eine vorläufige Zulassung des Bürgerbegehrens unter dem Vorbehalt einer Entscheidung in der Hauptsache handelte, würde dadurch die Hauptsache vorweggenommen (zum Begriff der Vorwegnahme der Hauptsache vgl. Kopp/Schenke, RdNr. 14b zu § 123).
Zwar stünde auch der Bürgerentscheid unter dem Vorbehalt der Hauptsacheentscheidung, mit der Folge, dass er unwirksam ist, wenn die Unzulässigkeit des Bürgerbegehrens rechtskräftig festgestellt ist. Die Hauptsache würde aber deshalb vorweggenommen, weil durch die Zulassung des Bürgerbegehrens die Frist von drei Monaten nach Art. 18a Abs. 10 Satz 1 GO, innerhalb derer der Bürgerentscheid durchzuführen ist, zu laufen beginnt und die erfolgte Abstimmung der Bürger beim Bürgerentscheid als solche nicht mehr rückgängig zu machen ist.

C. Zulässigkeit einer Vorwegnahme der Hauptsache

I. Kein Ausschluss durch Nichtregelung im materiellen Recht
Das prinzipielle Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache greift allerdings im vorliegenden Fall nicht schon deshalb ein, weil Art. 18a Abs. 8 GO eine vorläufige Zulassung des Bürgerbegehrens nicht vorsieht. Auch wenn das materielle Recht der Behörde keine ausdrückliche Befugnis zum Erlass eines bedingten oder vorläufi-

gen Verwaltungsakts einräumt, ist allgemein deren Verpflichtung durch einstweilige Anordnung zum Erlass eines vorläufigen Verwaltungsakts grundsätzlich möglich (vgl. BVerfGE 71, 347; OVG Bremen, NVwZ 1990, 780).

II. Voraussetzung: Sicheres Obsiegen in der Hauptsache

Die vorläufige Zulassung ist jedoch hier mit der gesetzlichen Ausgestaltung und dem Wesen des Bürgerbegehrens grundsätzlich nicht vereinbar. Denn je nachdem wie das Hauptsacheverfahren ausgeht, würde die Abstimmung der Bürger u.U. ins Leere gehen, wenn sich der - erfolgreiche - Bürgerentscheid als unwirksam erweisen würde. Der Verwaltungsgerichtshof hat deshalb in seiner Entscheidung vom 22.10.1996 (BayVBl. 1997, 312) ausgeführt, der Erlass einer einstweiligen Anordnung sei auf Fälle zu beschränken, in denen die Zulässigkeit des Bürgerbegehrens bereits im einstweiligen Rechtsschutzverfahren mit solcher Wahrscheinlichkeit bejaht werden könne, dass eine gegenteilige Entscheidung im Hauptsacheverfahren praktisch ausgeschlossen sei. Ergänzend dazu spricht gegen die vorläufige Zulassung des Bürgerbegehrens, dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Abstimmungsverhalten beeinflusst wird, wenn den Bürgern bekannt ist, sie sollen sich an einem möglicherweise nur vorläufigen Bürgerentscheid beteiligen, der vielleicht keinen Bestand haben wird.

III. Subsumtion

In der Sache spricht einiges dafür, dass entsprechend der Auffassung des Verwaltungsgerichts der Antrag auf Bürgerentscheid und die anderen in Art. 18a Abs. 4 GO genannten Merkmale auf jeder einzelnen (möglicherweise auch auf der Vorder- und Rückseite beschriebenen) Unterschriftenliste stehen müssen (so auch Prandl/Zimmermann/Büchner, KommunalR in Bayern, Anm. 13 zu Art. 18a; Bauer/Böhle/Masson/ Samper, Bay. Kommunalgesetze, RdNr. 9 zu Art. 18a GO; Thum, Bürgerbegehren und Bürgerentscheid in Bayern, Anm. 1 zu Art. 18a Abs. 4). Auch wenn sich der Verwaltungsgerichtshof bei der im Eilverfahren gebotenen summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage nicht in der einen oder anderen Richtung festlegt, so ist aus den vom Verwaltungsgericht angeführten Gründen auch unter Bezug auf den Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 4.2.1997 (BayVBl. 1997, 375) und der Entscheidung des VGH Kassel vom 25.8.1997 (NVwZ-RR 1998, 255 f.) sowie der genannten Kommentarliteratur aber zumindest offen, ob Inhalt und Form der eingereichten Unterschriftenlisten den gesetzlichen Anforderungen genügen. Nach allem kann nicht davon ausgegangen werden, dass ein hoher Grad an Wahrscheinlichkeit für einen Erfolg in der Hauptsache spricht und deshalb das grundsätzliche Verbot einer Vorwegnahme der Hauptsacheentscheidung nicht gilt; noch weniger kann angenommen werden, dass - wie ausgeführt wurde - eine Abweisung der Klage im Hauptsacheverfahren praktisch ausgeschlossen ist.

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

Zivilrecht

Standort: Familienrecht — Problem: Berechnung des nachehelichen Unterhalts

BGH, URTEIL VOM 13.06.2001
XII ZR 343/99 (NJW 2001, 2254)

Problemdarstellung:

In diesem Revisionsverfahren ging es um die Rechtsfrage, wie der nacheheliche Unterhaltsanspruch eines Ehegatten, der in der Ehe die Haushaltsführung und Kindererziehung übernommen hat und erst nach der Scheidung der Ehe eine Erwerbstätigkeit aufnimmt, zu berechnen ist. Nach der bis dato gängigen Rechtsprechung erfolgte dazu eine Anrechnungsmethode. Hat der unterhaltsberechtigte Ehegatte während der Ehe nur den Haushalt geführt und die Kinder betreut, bestimmte sich das Maß des nachehelichen Unterhalts nur nach der Quote des tatsächlich erzielten und zum Lebensunterhalt zur Verfügung stehenden Einkommens des erwerbstätigen Ehegatten. Folglich musste sich der unterhaltsberechtigte Ehegatte sein Einkommen aus einer nach der Scheidung aufgenommen Erwerbstätigkeit auf diese Quote bedarfsdeckend in vollem Umfang anrechnen lassen. Diese Methode wurde in der Literatur immer schon stark kritisiert.

Aufgrund der Gleichwertigkeit von Kindesbetreuung / Haushaltsführung mit einer entgeltlichen Unterhaltsleistung (§ 1360, 1360 a BGB) will der BGH an der Anrechnungsmethode nicht mehr festhalten. Vielmehr will er das nach der Scheidung erzielte Einkommen im Wege der Differenzmethode nur einbeziehen. Eine später aufgenommene Erwerbstätigkeit stellt das Surrogat für die frühere Haushaltstätigkeit bzw. Kinderbetreuung dar. Folglich ist der nacheheliche Unterhalt quotenmäßig nicht nur auf das tatsächlich erzielte Einkommen des anderen Ehegatten, sondern unter Addition des nunmehr hinzuerworbenen Einkommens zu bestimmen.

Prüfungsrelevanz:

Für den schriftlichen Teil der Examensprüfung mag diese Entscheidung nicht von so großer Bedeutung sein wie für die Praxis. Jedoch in der mündlichen Prüfung kann es vor allem dem Prüfling mit der Wahlfachgruppe Zivilrechtspflege passieren, dass er nach diesem Urteil - in seinem Inhalt und seiner Tragweite gefragt wird. Vertiefte Berechnungskenntnisse brauchen zwar nicht zu bestehen, aber die grundlegenden Berechnungsmethoden (Anrechnungs- oder Differenzmethode) sind zu beachten.

Vertiefungshinweise:

❝ Zur sog. Anrechnungsmethode: *BGH*, NJW-RR 1999, 297; *OLG Koblenz*, NJW 1997, 1788.

Leitsatz:

Zur Frage der Berechnung des nachehelichen Unterhaltsanspruchs eines Ehegatten, der in der Ehe die Haushaltsführung übernommen hat und nach der Ehe eine Erwerbstätigkeit aufnimmt (Änderung der bisherigen Rechtsprechung zur sog. Anrechnungsmethode).

Sachverhalt:

Die 1951 geborene Kl. nimmt den Bekl. auf nachehelichen Aufstockungsunterhalt in Anspruch. Ihre am 23.

8. 1968 geschlossene Ehe wurde am 2. 12. 1997 rechtskräftig geschieden. Während der Ehe versorgte die Kl. den Haushalt und die 1979 geborene gemeinsame Tochter. Nach anfänglich stundenweisen Beschäftigungen war sie ab 1974 etwas mehr als halbtags als selbstständige Fußpflegerin tätig. Daraus erzielte sie zuletzt ein monatliches Durchschnittseinkommen von 998 DM, welches, bereinigt um Aufwendungen für Kranken- und Lebensversicherung sowie um einen Erwerbstätigenbonus, monatlich rund 403 DM betrug. Die Kl. war Alleineigentümerin eines den Parteien als Familienheim dienenden, mit Restschulden belasteten Hauses, welches sie am 1. 7. 1998 verkaufte. Seither wohnt sie zur Miete. Nach Ablösung von Schulden und Zahlung eines Zugewinnausgleichs von 85 000 DM an den Bekl. verblieb ihr ein Restkapital, aus dem sie Zinsen erzielt. Die Tochter ist seit September 1997 nicht mehr unterhaltsbedürftig. Der Bekl. ist nach vorübergehender Arbeitslosigkeit seit Januar 1998 wieder bei einer Firma beschäftigt und verdiente 1998 dort monatlich netto 3194 DM. Das Kapital aus dem Zugewinnausgleich hat er verbraucht.

Das AG hat den Bekl. zu monatlichen Unterhaltszahlungen an die Kl. von je 203 DM für die Zeit vom 1. 7. bis 31. 12. 1998, je 309 DM für die Zeit vom 1. 1. bis 31. 5. 1999 und von je 419 DM für die Zeit ab 1. 6. 1999 verurteilt. Auf die Berufung des Bekl. hat das OLG den ab 1. 6. 1999 zu zahlenden monatlichen Unterhaltsbetrag auf 398 DM herabgesetzt und das Rechtsmittel im Übrigen zurückgewiesen.

Die Revision des Bekl. hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des OLG

Das OLG hat der Kl. einen nachehelichen Aufstockungsunterhalt gem. § 1573 III BGB zugebilligt.

I. Bereinigung des Einkommens des Bekl. um Kosten

Bei der Bestimmung des Unterhaltsbedarfs nach den ehelichen Lebensverhältnissen hat es - abweichend vom AG - auf Seiten des Bekl dessen 1998 erzieltes monatliches Nettoeinkommen von 3194 DM, bereinigt um berufsbedingte Fahrtkosten in Höhe von maximal monatlich 330 DM, Kosten der Zusatzkrankenversicherung von monatlich 94 DM und um einen Erwerbstätigenbonus von 10%, somit 2493 DM monatlich zu Grunde gelegt. Die geltend gemachten höheren Fahrtkosten hat es, da unangemessen hoch, nicht anerkannt, desgleichen nicht Raten aus Steuer- und anderen Schulden, da der Bekl. diese aus dem erhaltenen Zugewinnausgleich hätte tilgen können. Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Auch die Revision erhebt insoweit keine Einwendungen.

II. Berücksichtigung des "Wohnwertes"

Das OLG hat ferner ausgeführt, die ehelichen Lebensverhältnisse der Parteien seien von einem "Wohnwert" von mindestens monatlich 1242 DM geprägt gewesen (geschätzter Mietwert monatlich 1800 DM abzüglich 558 DM Darlehensraten). Trotz des zwischenzeitlichen Auszugs der Parteien und des Wegfalls der Nutzung sei hierfür ein Einkommen anzusetzen, damit der bedürftige Ehegatte nicht infolge der Trennung und Scheidung einen sozialen Abstieg erleide. Andererseits könne nach der Rechtsprechung des BGH in Höhe des so genannten toten Kapitals, das nach Auszug eines Ehegatten und dem dadurch bedingten Nutzungsausfall entstanden sei, kein bedarfsbestimmendes Einkommen angesetzt werden.

III. Anrechnung von Einkünften auf den Unterhaltsanspruch

Diese Rechtsprechung könne, weil sie sonst widersprüchlich sei, nur so verstanden werden, dass zwar das addierte Einkommen aus tatsächlichen Einkünften und voller Mietersparnis den Lebensstandard gem. § 1578 BGB bestimme, dass sich aber beide Ehegatten bereits im Rahmen des § 1578 BGB aus Billigkeit damit abfinden müssten, dass nur das tatsächliche Erwerbseinkommen zur Verteilung zur Verfügung stehe. Soweit es indessen ein Ersatzeinkommen gebe, das zur Auffüllung der Lücke herangezogen werden könne, müsse keiner der Ehegatten diese Billigkeitskorrektur hinnehmen.

Ein solches Ersatzeinkommen seien die monatlichen Zinseinnahmen in Höhe von 407 DM, die die Kl. aus dem ihr verbliebenen Kapital nach Verkauf des Hauses und Ablösung der Schulden erzielen könne. Zum weiteren prägenden Einkommen gehöre ferner ein fiktives Einkommen für die Haushaltsführung, da auch dadurch die ehelichen Lebensverhältnisse i. S. des § 1578 BGB bestimmt worden seien. Nach dem von der Kl. nicht angegriffenen medizinischen Gutachten des Sachverständigen sei ihr eine leichte vollschichtige Tätigkeit zuzumuten, mit der sie monatlich ein (um die gesetzlichen Abzüge, pauschale berufsbedingte Aufwendungen und den Erwerbstätigenbonus) bereinigtes Nettoeinkommen von 1291 DM erzielen könne. Dieses sei ihr neben den monatlichen Zinseinkünften von 407 DM auf den Unterhaltsbedarf anzurechnen. Den Unterhaltsbedarf errechnet das OLG demnach ab 1. 7. 1998 nach der so genannten Additionsmethode wie folgt:

Bereinigtes Einkommen des Bekl.: 2493 DM, zuzüglich 430 DM (1/3 "prägendes Einkommen" der Kl. aus 1291 DM) zuzüglich 861 DM (2/3 "Ersatzeinkommen für Haushaltsführung), zuzüglich 407 DM (Ersatzeinkommen Wohnung -Zinsen-), insgesamt also 4191 DM. Die Hälfte hiervon ergibt den vom OLG errechneten Betrag von (gerundet) 2096 DM.

Den Unterhaltsanspruch errechnet es unter Abzug des

fiktiven Erwerbseinkommens der Kl. von 1291 DM und der Zinsen von 407 DM mit 398 DM. Eine Herabsetzung des Unterhalts ergebe sich daher nur für den Zeitraum ab 1. 6. 1999.

B. Einwand der Revision gegen diese Berechnungsmethode

Die Revision wendet sich gegen den Ansatz des BerGer., die Haushaltsführung als ein die ehelichen Lebensverhältnisse mitbestimmendes Element anzusehen und ein an deren Stelle tretendes Ersatzeinkommen in die Unterhaltsbedarfsermittlung nach § 1578 BGB einzubeziehen.

Die dadurch erforderlich werdende Monetarisierung der Haushaltsführung sei wegen der Schwierigkeit einer Bewertung nicht praktikabel. Der Ansatz des BerGer., der dazu führe, nach der Ehescheidung erzielte, die ehelichen Lebensverhältnisse nicht prägende Einkünfte auch des Unterhaltsschuldners zu verteilen und den Unterhalt des Berechtigten aufzustocken, beruhe auf Billigkeitserwägungen, denen eine gesetzliche Grundlage bisher fehle. Daher habe es bei dem Ansatz zu verbleiben, nur die in der Ehe vorhandenen Bareinkünfte der Bedarfsberechnung zu Grunde zu legen.

C. Entscheidung des BGH

Diese Einwände führen im Ergebnis nicht zum Erfolg.

I. Berechnung des nachehelichen Unterhalts bei späterer erstmaliger Arbeitsaufnahme des Unterhaltsgläubigers

Gemäß § 1573 II BGB kann die Kl. nach der Scheidung einen so genannten Aufstockungsunterhalt in Höhe des Unterschiedsbetrags zwischen ihren eigenen Einkünften und dem vollen Unterhalt (§ 1578 BGB) verlangen, wenn ihre Einkünfte aus einer angemessenen Erwerbstätigkeit zum vollen Unterhalt nicht ausreichen. Das Gesetz knüpft dabei an den Unterhaltsmaßstab der ehelichen Lebensverhältnisse in § 1578 BGB an, ohne dort allerdings im Einzelnen zu definieren, welche Umstände diese Lebensverhältnisse bestimmen, und ohne den für die Beurteilung maßgeblichen Zeitpunkt festzulegen. Nach den bislang vom Senat zur Ausfüllung dieses Rechtsbegriffs entwickelten Grundsätzen werden die ehelichen Lebensverhältnisse im Wesentlichen durch die bis zur Scheidung nachhaltig erzielten tatsächlichen Einkünfte der Ehegatten bestimmt, soweit sie dazu vorgesehen waren, den laufenden Lebensunterhalt zu decken (vgl. grundlegend Senat, NJW 1981, 1609 = LM § 1603 BGB Nr. 8 = FamRZ 1981, 539 [541]; NJW 1982, 1873 = LM § 236 [A] ZPO Nr. 6 = FamRZ 1982, 255 [257]; NJW 1983, 1483 = LM § 1574 BGB Nr. 2 = FamRZ 1983, 144 [146], und seither ständig; w. Nachw. bei Lohmann, Neue Rspr. des BGH z. FamilienR, 8. Aufl., Rdnrn. 110f.). Zwar hat der Senat die Haushaltsführung eines nicht erwerbstätigen Ehegatten einschließlich der Kinderbetreuung wirtschaftlich betrachtet der Erwerbstätigkeit und der durch diese ermöglichten Geldunterhaltsleistung des anderen Ehegatten als grundsätzlich gleichwertig angesehen. Er hat aber entscheidend darauf abgehoben, dass an Barmitteln, die zum Lebensunterhalt zur Verfügung stehen, nur die Einkünfte des erwerbstätigen Ehegatten vorhanden sind und daher die für die Unterhaltsbemessung maßgeblichen ehelichen Lebensverhältnisse grundsätzlich durch diese Einkünfte und nicht entscheidend durch den wirtschaftlichen Wert der von beiden Ehegatten erbrachten Leistungen geprägt werden (Senat, NJW 1985, 305 = LM § 1573 BGB Nr. 13 = FamRZ 1985, 161 [163]; NJW 1987, 58 = LM § 1578 BGB Nr. 38 = FamRZ 1986, 783 [785]). Da die Scheidung den Endpunkt für die Entwicklung der ehelichen Lebensverhältnisse setzt, können diese nach diesen Grundsätzen nicht mehr durch Einkünfte mitgeprägt werden, die erst durch eine spätere Arbeitsaufnahme oder Ausdehnung einer Teilzeittätigkeit hinzutreten. Hat der unterhaltsberechtigte Ehegatte während der Ehe (nur) den Haushalt geführt und gegebenenfalls Kinder betreut, bestimmt sich daher das Maß seines eheangemessenen Unterhalts grundsätzlich nur nach einer Quote des tatsächlich erzielten und zum Lebensunterhalt zur Verfügung stehenden Einkommens des erwerbstätigen Ehegatten. Diese Quote erhöht sich gegebenenfalls um trennungsbedingten Mehrbedarf, den der unterhaltsberechtigte Ehegatte konkret darlegen muss (Senat, NJW 1982, 1873 = LM § 236 [A] ZPO Nr. 6 = FamRZ 1982, 255 [257] und NJW 1984, 292 = LM § 1578 BGB Nr. 26 L = FamRZ 1984, 149 [151], nicht abgedr. in BGHZ 89, 108). Einkommen, das der unterhaltsberechtigte Ehegatte nach der Scheidung durch erstmalige Aufnahme (vgl. Senat, NJW 1981, 1609 = LM § 1603 BGB Nr. 8 = FamRZ 1981, 539 [541]; NJW 1982,1873 = LM § 236 [A] ZPO Nr. 6 = FamRZ 1982, 255 [257]) oder durch Erweiterung einer bereits innegehabten Teilzeitarbeit (vgl. Senat, NJW 1982, 1873 = LM § 236 [A] ZPO Nr. 6 = FamRZ 1982, 255 [257]) erzielt, bleibt daher bei der Bemessung des Unterhaltsbedarfs nach den ehelichen Lebensverhältnissen außer Betracht. Vielmehr muss er sich dieses Einkommen nach dem Grundsatz wirtschaftlicher Eigenverantwortung auf die Quote bedarfsdeckend anrechnen lassen (§§ 1569, 1577 I BGB; so genannte Anrechnungsmethode, vgl. Senat, NJW 1981, 1609 = LM § 1603 BGB Nr. 8 = FamRZ 1981, 539 [541] = NJW 1985, 305 = LM § 1573 BGB Nr. 13 = FamRZ 1985, 161 [163]; NJW 1985, 305 = LM § 1573 BGB Nr. 13 = FamRZ 1985, 161 [163]). Hat der unterhaltsberechtigte Ehegatte demgegenüber seine Tätigkeit schon während der Ehe aufgenommen, fließt sein daraus erzieltes Einkommen als die ehelichen Lebensverhältnisse prägend (und damit letztlich unter-

haltserhöhend) in die Bedarfsbemessung nach § 1578 BGB mit ein. Sein Unterhalt kann dann im Wege der so genannten Differenzmethode nach einer Quote der Differenz der beiderseits erzielten (bereinigten) Einkommen bemessen werden, ohne dass der so berechnete "Quotenunterhalt" allerdings die Gewähr bietet den vollen, nach den ehelichen Lebensverhältnissen bemessenen Unterhaltsbedarf abzudecken (vgl. Senat, NJW 1984, 1237 = LM § 1581 BGB Nr. 3 = FamRZ 1984, 358 [360] m.w. N.).

Die Berechnung kann auch im Wege der so genannten Additionsmethode erfolgen, indem eine Quote aus den zusammengerechneten beiderseitigen (bereinigten) Einkommen, gebildet wird und darauf sowohl die prägenden wie die nicht prägenden Einkünfte des unterhaltsberechtigten Ehegatten angerechnet werden. Differenz- und Additionsmethode führen danach - bei beiderseits bereinigtem Einkommen - rechnerisch zum selben Ergebnis, wobei die Differenzmethode lediglich eine Verkürzung darstellt (zu den verschiedenen Methoden vgl. Wendl/Gerhardt, UnterhaltsR in der familienrichterlichen Praxis, 5. Aufl., § 4 Rdnrn. 386 ff.; Schwab/Borth, Hdb. des ScheidungsR, 4. Aufl. IV Rdnrn. 933 ff.).

II. Ausnahme von dieser Berechnungsmethode

Eine Ausnahme von diesen Grundsätzen zur Bestimmung der ehelichen Lebensverhältnisse hat der Senat unter anderem in einem Fall zugelassen, in dem die Ehefrau nach der Trennung ihre bisher in der Ehe ausgeübte Halbtagstätigkeit in eine Ganztagstätigkeit ausgeweitet hatte, nachdem das Kind 16 Jahre alt geworden war. Er hat dazu ausgeführt, dass das Heranwachsen eines Kindes in aller Regel dem betreuenden Elternteil die Möglichkeit eröffne, eine Vollzeitbeschäftigung aufzunehmen. Er hat in diesem Zusammenhang entscheidend darauf abgestellt, ob die Aufnahme oder Ausweitung der Erwerbstätigkeit bereits in der Ehe geplant und angelegt war und damit auch ohne die Trennung erfolgt wäre (BGHZ 89, 108 [113] = NJW 1984, 292 = LM § 1578 BGB Nr. 26 L = FamRZ 1984, 149 [150]). In diesem Fall war das erhöhte Einkommen der Ehefrau bereits bei der Bemessung des Unterhaltsbedarfs zu berücksichtigen und in die Differenzrechnung einzustellen. Ebenso ist er in einem Fall verfahren, in dem die Ehefrau nach der Heirat ihren Beruf aufgab, den Haushalt und die Kinder betreute und den Ehemann in dessen Tierarztpraxis unterstützte, nach der Trennung - die Kinder waren inzwischen 17 und 18 Jahre alt - zunächst ihren erlernten Beruf als Medizinisch-Technische Assistentin im Rahmen einer Teilzeitbeschäftigung wiederaufnahm und diese noch vor der Scheidung zu einer Ganztagstätigkeit ausweitete. Der Senat hat ihren Einkünften prägenden Einfluss auf die ehelichen Lebensverhältnisse zugemessen, weil ihre Arbeitsaufnahme im Rahmen einer normalen Entwicklung lag (Senat, NJW 1982, 2439 = LM § 1578 BGB Nr. 13 = FamRZ 1982, 892 [893]). Erfolgte die Arbeitsaufnahme dagegen erst nach der Scheidung, erhöhte das daraus erzielte Einkommen nach den bisherigen Grundsätzen den Unterhaltsbedarf nach § 1578 BGB auch dann nicht, wenn ein entsprechender Lebensplan schon vor der Trennung bestanden hatte, so dass ein späteres Erwerbseinkommen im Wege der Anrechnungsmethode auf den Unterhaltsbedarf anzurechnen war und den Unterhalt beschränkte (Senat, NJW 1987, 58).

III. Kritik an dieser Berechnungsmethode

[...] Der Rechtsprechung des Senats, dass sich die ehelichen Lebensverhältnisse nur durch die vorhandenen Barmittel, nicht aber auch durch den wirtschaftlichen Wert der von dem haushaltsführenden Ehegatten erbrachten Leistungen bestimmen sollen, wird entgegengehalten, dass sie den Ehegatten benachteilige, der um der Familie und Kinder willen oder um dem anderen erwerbstätigen Ehegatten ein besseres berufliches Fortkommen zu ermöglichen, auf eine eigene Erwerbstätigkeit (und damit auch auf eine höhere Alterssicherung) verzichtet. Die Bemessungsweise nach der so genannten Anrechnungsmethode führe vollends zu Unbilligkeiten, wenn in der Ehe ein Teil des Erwerbseinkommens zur Vermögensbildung gespart worden sei und nicht zum allgemeinen Lebensbedarf zur Verfügung gestanden habe.

Das als ungerecht empfundene Ergebnis der Unterhaltsbemessung bei nachehelicher Aufnahme einer Erwerbstätigkeit wurde in der Literatur stets kritisch beurteilt (vgl. unter anderem Büttner, FamRZ 1984, 534 [536]; Hampel, FamRZ 1984, 621 [624f.]; Laier, FamRZ 1993, 392; Luthin, FamRZ 1988, 1109 [1113]), ist aber nunmehr angesichts des Wandels der sozialen Wirklichkeit seit Einführung der Eherechtsreform verstärkt in das Blickfeld geraten (vgl. Palandt/Brudermüller, BGB, 60. Aufl., § 1578 Rdnr. 31; Born, FamRZ 1999, 541 [547]; Büttner, FamRZ 1999, 893; Borth, FamRZ 2001, 193; Gerhart, FamRZ 2000, 134; Graba, FamRZ 1999, 1115).

Als Hauptargumente werden angeführt: Die ehebedingte Beschränkung infolge des Verzichts auf eine eigene berufliche Tätigkeit könne auf dem Wege über die Anrechnungsmethode zu einer dauerhaften Beschränkung des Lebensstandards des unterhaltsberechtigten Ehegatten führen, die auch durch die Zubilligung eines trennungsbedingten Mehrbedarfs nur teilweise abgemildert werde. Dies laufe der vom Gesetzgeber gewollten Lebensstandardgarantie des geschiedenen Ehegatten in §§ 1573 II, 1578 I BGB, der in §§ 1356, 1360 S. 2, 1606 III 2 BGB vorgegebenen Gleichwertigkeit von Erwerbstätigkeit einerseits, Haushaltsführung und Kindesbetreuung andererseits, sowie dem Benachteiligungsverbot des Art. 6 I und II GG zuwider, der jede

belastende Differenzierung verbiete, die eine Folge der Übernahme familiärer Pflichten sei (vgl. BVerfGE 99, 216). Denn die ehelichen Lebensverhältnisse würden nicht nur durch die vorhandenen Barmittel des erwerbstätigen Ehegatten, sondern auch durch den Einsatz des haushaltsführenden Ehegatten für die Familie mitbestimmt. Eine zuverlässige Feststellung, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang eine später wiederaufgenommene oder erweiterte Erwerbstätigkeit bereits in der Ehe angelegt gewesen sei und (im Vorgriff) die ehelichen Lebensverhältnisse geprägt habe, so dass auch die aus der (späteren) Erwerbstätigkeit erzielten Mittel als prägendes Einkommen in die Unterhaltsbemessung nach der Differenzmethode einfließen könnten, sei selten möglich. Die Rechtsprechung führe daher zu Zufallsergebnissen, je nach dem, ob beispielsweise die Kinder zum Zeitpunkt der Trennung schon so alt seien, dass eine alsbaldige Rückkehr der Frau in den Beruf zu erwarten gewesen sei oder nicht. Mit dem Wandel der sozialen Verhältnisse in den letzten 20 Jahren, in denen das Ehebild der typischen Hausfrauenehe immer mehr durch dasjenige der Doppelverdienerehe ersetzt worden sei, bei der die Frau ihre Erwerbstätigkeit nur durch eine Kinderbetreuungsphase unterbreche, danach aber in aller Regel wiederaufnehme, sei dies nicht mehr zu vereinbaren.

IV. Akzeptanz dieser Kritik durch den BGH

1. Zur Gleichwertigkeit von Haushaltsführung und Erwerbstätigkeit

Dem ist zuzugeben, dass die Anrechnungsmethode dem Verständnis von der Gleichwertigkeit von Kindesbetreuung und/oder Haushaltsführung nicht gerecht wird und auch dem gewandelten Ehebild in der Mehrzahl der Fälle nicht mehr angemessen Rechnung trägt. Ausgangspunkt ist die Wertentscheidung des Gesetzgebers, mit der er die Haushaltsführung des nicht erwerbstätigen Ehegatten der Erwerbstätigkeit des anderen Ehegatten gleichstellt. Nach § 1360 S. 1 BGB sind beide Ehegatten verpflichtet, durch ihre Arbeit und ihr Vermögen die Familie angemessen zu unterhalten. Nach heutigem Eheverständnis regeln die Ehegatten im gegenseitigem Einvernehmen und unter Rücksichtnahme auf die jeweiligen Belange des anderen und der Familie die Frage, wer von ihnen erwerbstätig sein und wer - ganz oder überwiegend die Haushaltsführung übernehmen soll (§ 1356 BGB). Dies richtet sich nach den individuellen (familiären, wirtschaftlichen, beruflichen und sonstigen) Verhältnissen der Ehegatten. Dabei kann zum Beispiel mitbestimmend sein, wer von beiden die qualifiziertere Ausbildung hat, für wen die besseren Chancen am örtlichen Arbeitsmarkt bestehen, wo sich der Arbeitsplatz und das Familienheim befinden, ob gegebenenfalls Personen aus dem Familienverband (zum Beispiel Geschwister oder Eltern) oder nahe Freunde zur Kindesbetreuung zur Verfügung stehen oder ob den Ehegatten noch weitere Familienpflichten besonderer Art, beispielsweise die Pflege hilfsbedürftiger Eltern, obliegen. Geht die Entscheidung dahin, dass einer von ihnen die Haushaltsführung und gegebenenfalls Kindesbetreuung übernehmen soll, so bestimmt das Gesetz ausdrücklich, dass er hierdurch in der Regel seine Verpflichtung, durch Arbeit zum Unterhalt der Familie beizutragen, erfüllt (§ 1360 S. 2 BGB). In ähnlicher Weise setzt § 1606 III 2 BGB die Kindesbetreuung der Gewährung von Barunterhalt gleich. Der Gesetzgeber geht damit zugleich davon aus, dass die ehelichen Lebensverhältnisse nach § 1578 BGB nicht nur durch die Bareinkünfte des erwerbstätigen Ehegatten, sondern auch durch die Leistungen des anderen Ehegatten im Haushalt mitbestimmt werden und hierdurch eine Verbesserung erfahren (vgl. BT-DR 7/650, S. 129 [136]; BT-DR 7/4361, S. 15). Dessen Tätigkeit ersetzt Dienst- und Fürsorgeleistungen und Besorgungen, die anderenfalls durch teure Fremdleistungen erkauft, werden müssten und den finanziellen Status - auch einer Doppelverdienerehe - verschlechtern würden. Darüber hinaus enthält sie eine Vielzahl von anderen, nicht in Geld messbaren Hilfeleistungen, die den allgemeinen Lebenszuschnitt der Familie in vielfältiger Weise verbessern. Aus dieser Sicht ist es zu eng, die ehelichen Lebensverhältnisse als Maßstab des Unterhalts nur an den zum Zeitpunkt der Scheidung vorhandenen Barmitteln auszurichten. Zwar bildet das Erwerbseinkommen als finanzielle Grundlage der Familie den primären Faktor der Unterhaltsbemessung, jedoch werden die ehelichen Lebensverhältnisse durch die Gesamtheit aller wirtschaftlich relevanten beruflichen, gesundheitlichen, familiären und ähnlichen Faktoren mitbestimmt (vgl. Gerhardt, in Hdb. FamilienR, Rdnr. 403 d). Auch nach der gesetzgeberischen Intention soll es auf das Gesamtbild der ehelichen Lebensverhältnisse ankommen, wozu im Übrigen eine gewisse Dauer gehört und vorübergehende Änderungen irrelevant sein sollen (vgl. BT-DR 7/650, S. 136). Die - auf den Scheidungszeitpunkt bezogenen - konkreten Barmittel können damit immer nur ein Kriterium, nicht aber der alleinige Maßstab sein. Vielmehr umfassen die ehelichen Lebensverhältnisse alles, was während der Ehe für den Lebenszuschnitt der Ehegatten nicht nur vorübergehend tatsächlich von Bedeutung ist (vgl Senat, NJW 1999, 717), mithin auch den durch die häusliche Mitarbeit des nicht erwerbstätigen Ehegatten erreichten sozialen Standard.

2. Auswirkungen dieser Gleichstellung auf den nachehelichen Unterhalt

An dem in dieser Weise verbesserten ehelichen Lebensstandard soll der haushaltsführende Ehegatte auch nach der Scheidung teilhaben. Das Gesetz bringt dies an ver-

schiedenen Stellen zum Ausdruck: So enthält § 1578 BGB nach dem Willen des Gesetzgebers eine Lebensstandardgarantie gerade auch zu Gunsten des haushaltsführenden Ehegatten (BT-DR 10/2888, S. 18). Mit der Anknüpfung des Unterhalts an die ehelichen Lebensverhältnisse wollte der Gesetzgeber insbesondere den Fällen gerecht werden, in denen durch gemeinsame Leistung der Ehegatten ein höherer sozialer Standard erreicht worden ist, an dem auch der nicht erwerbstätige Ehegatte teilhaben soll (BT-DR 71650, S. 136). Es wurde als unbillig empfunden, den Wert der Leistungen unberücksichtigt zu lassen, die sich in der Haushaltsführung, der Erziehung der gemeinsamen Kinder oder in der Förderung des beruflichen Fortkommens und Ansehens des anderen Ehegatten niedergeschlagen haben (BT-DR 7/4361, S. 15). Eine Ausprägung dieses Gedankens ist auch der Aufstockungsunterhalt nach § 1573 II BGB, mit dem der Gesetzgeber den sozialen Abstieg eines Ehegatten nach der Scheidung verhindern will, weil das erreichte Lebensniveau als gleichwertige Leistung auch desjenigen Ehegatten angesehen wird, der zu Gunsten von Ehe und Familie auf eine eigene Berufstätigkeit verzichtet hat. Die Regelung schränkt in verfassungskonformer Weise den Grundsatz der nachehelichen wirtschaftlichen Eigenverantwortung (§ 1569 BGB) zu Gunsten der nachwirkenden ehelichen Mitverantwortung ein (BVerfG, NJW 1981, 1771; Senat, NJW 1983, 1733). Schließlich soll durch § 1574 II BGB sichergestellt werden, dass Ehegatten, die ihr eigenes berufliches Fortkommen um der Familie willen hintangestellt und den wirtschaftlichen un sozialen Aufstieg des anderen Ehegatten gefördert haben, nicht nach der Scheidung eine Tätigkeit ausüben müssen, die unter dem ehelichen Lebensstandard liegt (BT-DR 7/650, S. 129;, BT-DR 7/4361, S. 17). Die Teilhabequote orientiert sich an der Gleichwertigkeit der beiderseits erbrachten Leistungen, so dass beide Ehegatten hälftig an dem durch Erwerbseinkommen einerseits, Haushaltsführung andererseits geprägten ehelichen Lebensstandard teilhaben.

V. Lösungsansätze zur Berücksichtigung der früheren Haushaltsführung beim nachehelichen Unterhalt

Zur Verwirklichung einer derartigen gleichmäßigen Teilhabe werden in der Literatur (vgl. die obigen Zitate, ferner Übersicht bei Schwab/Borth, Rdnr. 945) verschiedene Wege vorgeschlagen:

1. Lösung über eine ständige Vermutung zur späteren Wiederaufnahme der Berufstätigkeit

a. Inhalt dieser widerlegbaren Vermutung und ihre Wirkungen

Eine verbreitete Meinung geht von der Tatsache aus, dass das Heiratsalter von Frauen in den letzten rund 25 Jahren stetig gestiegen ist (1975: 22,7 Jahre; 1996: 27,6 Jahre; 1998: 28 Jahre, vgl. Statistische Jahrbücher des Statistischen Bundesamtes 1977, 70; 1998, 70; 2000, 69) und schließt daraus, dass Frauen vor der Eheschließung in aller Regel einen Beruf erlernt und ausgeübt haben und ihn nach der Heirat erst aufgeben, wenn die Betreuung von Kindern, die man nicht Hilfspersonen überlassen will, dies erfordert. Daran wird die (widerlegliche) Vermutung geknüpft, dass die Ehegatten nach den heutigen Gepflogenheiten in aller Regel die Vorstellung haben, dass die Berufstätigkeit nur für die Phase der Kindesbetreuung unterbrochen werden soll und der betreuende Ehegatte danach in den Erwerbsprozess zurückkehrt, vorausgesetzt, seine Gesundheit, seine berufliche Qualifikation und die Arbeitsmarktlage lassen dies nach dem Zeitablauf zu. Dem ist einzuräumen, dass Ehen, in denen die Ehefrau den Haushalt führt und Kinder betreut, in der sozialen Wirklichkeit nicht mehr generell und auf Dauer dem Typ der Haushaltsführungsehe zugeordnet werden können, sondern in stark gestiegenem Maße nurmehr vorübergehend in dieser Form geführt werden und sich die Ehegatten nach ihren jeweiligen Bedürfnissen auch zur (Wieder-)Aufnahme einer Doppel- oder Zuverdienerehe entschließen. Auch ist es nicht mehr stets die Ehefrau, die die Haushaltsführung und Kinderbetreuung übernimmt, vielmehr kann diese Aufgabe, je nach Berufschancen und Arbeitsmarktlage, auch dem Ehemann zufallen oder von beiden gemeinsam übernommen werden. Den Ehegatten wird eine solche - gegebenenfalls phasenweise - Aufteilung der Übernahme von Erwerbs- und Familienpflichten nicht nur durch die Möglichkeit eines staatlichen Erziehungsgeldes erleichtert, sondern auch die Arbeitswelt enthält sowohl im öffentlichen Dienst als auch in privaten Arbeitsverhältnissen Beurlaubungs- oder Rückkehrmöglichkeiten (vgl. Büttner, FamRZ 1999, 894). Anreize zur Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit ergeben sich schließlich auch aus dem Gedanken des Aufbaus einer eigenen Alterssicherung, zumal rentenrechtliche Vorschriften unter anderem den Bezug einer vorzeitigen Rente wegen Erwerbsminderung von Mindestpflichtversicherungszeiten in den letzten fünf Jahren vor Eintritt der Erwerbsminderung abhängig machen (vgl. §§ 43 I Nr. 2 und 44 I Nr. 2 SGB VI a. F. und § 43 I Nr. 2 SGB VI i. d. E des Rentenreformgesetzes 1999 v. 16. 12. 1997 ab 1. 1. 2001, BGBl. I 1997, 2998, und BGBl. I 1999, 388).

b. Kritik an diesem Lösungsansatz

Auch wenn an diesen Wandel der sozialen Verhältnisse vielfach die Vermutung geknüpft werden kann, dass die Wiederaufnahme der Berufstätigkeit nach Abschluss der Kindesbetreuungsphase schon in der Ehe angelegt war und damit schon deshalb zur Berücksichtigung des Erwerbseinkommens im Rahmen der Anwendung der

Differenzmethode führen kann, vermag diese Überlegung indes nicht die Fälle kinderloser Ehen zu lösen, in denen ein Ehegatte nur den Haushalt geführt und sein eigenes berufliches Fortkommen um der Ehe willen oder im Interesse des beruflichen Einsatzes und der Karriere des anderen Ehegatten - sei es bei Auslandsaufenthalten oder sonstigen Versetzungen - hintenangestellt hat. Ein solcher Ehegatte verdient nicht weniger Schutz als ein kindesbetreuender Ehegatte. Auch zeigt sich in diesen Fällen, dass eine Abgrenzung danach, ob die Berufstätigkeit auch ohne die Trennung aufgenommen worden wäre, nicht weiterhilft. Die durch die Aufgabe der eigenen Berufstätigkeit entstandenen ehebedingten Nachteile wirken - bei Anwendung der Anrechnungsmethode - auch nachehezeitlich fort, wenn nach der Scheidung, wie nicht selten bei kinderlosen Ehen, eine Berufstätigkeit wieder aufgenommen, aber der Unterhaltsbedarf allein nach dem Einkommen des anderen Ehegatten bemessen wird.

2. Lösung über eine Monetarisierung der Haushaltsführung

a. Inhalt dieses Lösungsvorschlages

Ein anderer Lösungsweg, den Familieneinsatz eines Ehegatten bei der Unterhaltsbemessung zu berücksichtigen wird über eine "Monetarisierung" der Haushaltsführung und Kindesbetreuung gesucht, wobei zum Teil pauschale Festbeträge ohne Rücksicht auf den individuellen Umfang der familienbezogenen Leistungen vorgeschlagen werden (500 DM - 1000 DM nach den Bayerischen Leitlinien Nr. 6, s. Buch 1, 3. AufL, S. 75; vgl. Gerbardt/Gutdeutsch, FuR 1999, 243; Graba, FamRZ 1999, 1115 [1118, 1121]), zum Teil - in Anknüpfung an die Bewertung der Haushaltsführung in so genannten Konkubinatsfällen analog § 850 h ZPO (vgl. unter anderem Senat, NJW 1984 2358) allgemeine Erfahrungswerte, die zur Bemessung von Schadensersatzrenten bei Verletzung oder Tötung von Hausfrauen entwickelt wurden (vgl. Born, MDR 2000, 984; Graba, FamRZ 1999, 1121). Diskutiert wird in diesem Zusammenhang auch eine Verdoppelung der Bareinkünfte des erwerbstätigen Ehegatten, weil nach der Gleichwertigkeitsregel des § 1360 I 2 BGB die Haushaltsführung der Erwerbstätigkeit gleichzusetzen sei.

b. Kritik an diesem Lösungsvorschlag

Zu Recht wird jedoch diese Berechnungsweise mit dem Hinweis daran verworfen, dass eine solche Verdoppelung nicht der Lebenswirklichkeit entspreche und die Haushaltsführung als eigenständiger Umstand zu beurteilen sei, der die ehelichen Lebensverhältnisse ebenso bestimme wie etwa ein Wohnvorteil im eigenen Heim (vgl. Graba, FamRZ 1999, 1121). Im Übrigen wird gegen die fiktive Monetarisierung eingewandt, dass sie wegen der Unterschiedlichkeit der Ehetypen nicht praktikabel sei und den jeweiligen individuellen Leistungen des Ehegatten für die Familie nicht angemessen Rechnung trage (vgl. Gerhardt, FamRZ 2000, 135 [1361; zweifelnd auch Borth, FamRZ 1999, 200; Bienko, FamRZ 2000, 13; Söpper, FamRZ 2000, 14). Auch könne sie die Mehrzahl derjenigen Fälle nicht befriedigend lösen, in denen der haushaltsführende Ehegatte nach der Scheidung etwa wegen Kindesbetreuung oder alters- oder krankheitsbedingt nicht arbeiten kann oder auf dem Arbeitsmarkt keine angemessene Tätigkeit mehr findet. Denn der unterhaltspflichtige Ehegatte werde ihm in solchen Fällen ohnehin nur den Quotenunterhalt nach dem fortgeschriebenen, real zur Verfügung stehenden Einkommen gewähren können. Ein Zugriff auf gegebenenfalls weitere, nicht in der Ehe angelegte Einkünfte des Unterhaltspflichtigen sei nach der Ausrichtung des § 1578 BGB nicht möglich. Der Grundsatz der Gleichwertigkeit der beiderseitigen Leistungen erfordere es nämlich andererseits nicht, die Haushaltsleistungen nachträglich durch die hälftige Beteiligung am verfügbaren Einkommen zu vergüten. Solange daher der haushaltsführende Ehegatte nach Trennung bzw. Scheidung zum Beispiel wegen Kindererziehung, Krankheit oder Alters keine eigenen Einkünfte beziehen könne, verbleibe es bei der Aufteilung des real zur Verfügung stehenden eheprägenden Einkommens. Denn da die lebensstandarderhöhende Haushaltstätigkeit mit der Scheidung weggefallen und kein an deren Stelle tretendes Ersatzeinkommen vorhanden sei, müssten beide Ehegatten in gleicher Weise die trennungsbedingte Verschlechterung ihrer ehelichen Lebensverhältnisse hinnehmen (vgl. Borth, FamRZ 2001, 200; Graba, FamRZ 1999, 1115 [1117f.]).

3. Lösungsweg des BGH: Surrogation der früheren Haushaltsführung durch die später aufgenommene Erwerbstätigkeit

Einer abschließenden Entscheidung zur Frage der Notwendigkeit einer Monetarisierung der Haushaltstätigkeit bedarf es indessen nicht. Jedenfalls in den Fällen, in denen der unterhaltsberechtigte Ehegatte - wie hier - nach der Scheidung ein Einkommen erzielt oder erzielen kann, weiches gleichsam als Surrogat des wirtschaftlichen Werts seiner bisherigen Tätigkeit angesehen werden kann, ist dieses Einkommen in die Unterhaltsberechnung nach der Differenzmethode einzubeziehen. Das knüpft an die Überlegung an, dass die während der Ehe erbrachte Familienarbeit den ehelichen Lebensstandard geprägt und auch wirtschaftlich verbessert hat und als eine der Erwerbstätigkeit gleichwertige Leistung anzusehen ist, und trägt dem Grundsatz Rechnung, dass der in dieser Weise von beiden Ehegatten erreichte Lebensstandard ihnen auch nach der Scheidung zu gleichen Teilen zustehen soll. Nimmt der haushaltsführende

Ehegatte nach der Scheidung eine Erwerbstätigkeit auf oder erweitert er sie über den bisherigen Umfang hinaus, so kann sie als Surrogat für seine bisherige Familienarbeit angesehen werden. Der Wert seiner Haushaltsleistungen spiegelt sich dann in dem daraus erzielten oder erzielbaren Einkommen wider, von Ausnahmen einer ungewöhnlichen, vom Normalverlauf erheblich abweichenden Karriereentwicklung abgesehen. Insofern bildet § 1578 BGB - ebenso wie bei unerwarteten Einkommenssteigerungen des Unterhaltspflichtigen - auch eine Begrenzung für die Bedarfsbemessung. Aus dieser Sicht erscheint es gerechtfertigt, dieses Einkommen in die Bedarfsbemessung einzubeziehen und in die Differenzrechnung einzustellen. Damit ist gewährleistet dass - ebenso wie früher die Familienarbeit beiden Ehegatten zu gleichen Teilen zugute kam - nunmehr das beiderseitige Einkommen zwischen ihnen nach dem Grundsatz der gleichmäßigen Teilhabe geteilt wird. Eine wirtschaftliche Benachteiligung des unterhaltspflichtigen gegenüber dem unterhaltsberechtigten Ehegatten tritt durch die Differenzmethode nicht ein, zumal eine Entlastung durch die zeitliche Begrenzung des Unterhalts gem. den §§ 1573 V und 1578 I 2 BGB möglich ist. Es wird lediglich vermieden, dass - wie es bei der Anrechnungsmethode der Fall wäre - zu Lasten des haushaltsführenden Ehegatten eine Berücksichtigung seines Einkommens bei der Bedarfsbemessung unterbleibt und nur der unterhaltspflichtige Ehegatte einseitig entlastet wird (Borth, FamRZ 2001, 200 [201]; Born, FamRZ 1999, 548).

D. Übertragung auf die zu überprüfende Entscheidung des OLG

Die vom OLG gewählte Lösung, ein Ersatzeinkommen der Kl. in die Unterhaltsberechnung einzubeziehen, entspricht im Ergebnis diesem Ansatz. Dass es dabei statt der Differenz- die Additionsmethode gewählt hat, macht keinen Unterschied, da hier beide Berechnungsweisen zum selben Ergebnis führen. Die Additionsmethode hat lediglich den Vorzug der besseren Verständlichkeit gegenüber der verkürzenden Differenzmethode. Die vom OLG vorgenommene Aufteilung des erzielbaren Erwerbseinkommens von monatlich 1291 DM in einen Anteil von 1/3 als prägendes Einkommen (= 430 DM), welches dem früheren prägenden Einkonmmen der Kl. aus der Fußpflegetätigkeit entsprechen soll, und von 2/3 als Ersatzeinkommen für die Haushaltsführung (= 861 DM) fährt zu keiner Abweichung, weil das gesamte jetzt erzielte Erwerbseinkommen an die Stelle des Werts der Haushaltsführung tritt.

Dass das OLG auch die Zinseinkünfte der Kl. in Höhe von monatlich 407 DM als Ersatzeinkommen berücksichtigt hat, die sie aus dem nach Verkauf des Hauses und nach Ablösung von Schulden und der Zugewinnausgleichszahlung an den Bekl. verbliebenen Restkapital erzielen kann, ist in der Sache zutreffend. Während der Ehe waren die ehelichen Lebensverhältnisse der Parteien geprägt durch das mietfreie Wohnen im Haus der Kl., so dass sich der eheangemessene Bedarf grundsätzlich auch durch die daraus gezogenen Nutzungsvorteile erhöhte. Mit dem Verkauf des Hauses nach der Scheidung sind diese Nutzungsvorteile jedoch für beide Ehegatten entfallen, so dass ein (fiktiver) Ansatz des Wohnvorteils nicht mehr in Betracht kommt. Diese Einbuße muss von beiden Ehegatten getragen werden (vgl. Senat, NJW 1990, 3274 = LM § 323 ZPO Nr. 63 = FamRZ 1990, 989 [991 f.]; Graba, FamRZ 1999, 1115 [1120]). Verblieben sind allerdings auf Seiten der Kl. die Zinsvorteile aus dem Verkaufserlös, die an die Stelle des Nutzungsvorteils getreten sind und daher mit in die Differenz- bzw. - nach der Berechnungsweise des OLG - in die Additionsmethode einzubeziehen sind (vgl. Senat, NJW 2001, 2259 [in diesem Heft]; vgl. auch 13. Deutscher Familiengerichtstag 1999, Beschlüsse Arbeitskreis 3 zu III, Brühler Schriften zum FamilienR).

Danach hält die Berechnung des Unterhaltsanspruchs der Kl. auf der Grundlage der vom OLG festgestellten Einkünfte, gegen die die Parteien im Revisionsverfahren keine Einwände erhoben haben, im Ergebnis rechtlicher Nachprüfung stand.

Standort: Mietrecht — Problem: Kein Mietübergang bei Gesellschaftereintritt

BGH, URTEIL VOM 25.04.2001
XII ZR 43/99 (NJW 2001, 2251)

Problemdarstellung:

Die Kl. unterhielt einen Mietvertrag über Gewerberäume an Frau H. Frau H schloss später einen Gesell-

schaftsvertrag mit den Bekl. und betrieb das Gewerbe in den fraglichen Räumlichkeiten mit den Bekl. fortan gemeinsam. Nach ausstehenden Mietzinsen kündigte die Kl. den Mietvertrag und verlangt u.a. von den Bekl. Nutzungsentschädigung wegen verspäteter Rückgabe der Räumlichkeiten (§ 557 BGB a.F.).

Der BGH verneint einen solchen Anspruch. Zum einen ist die von Frau H und von den beiden Bekl. gegründete Gesellschaft nicht an Stelle von Frau H Vertragspartnerin der Kl. bezüglich des Mietvertrages geworden. Zu einem solchen Vertragsübergang ist vielmehr die Mitwirkung des Vermieters erforderlich (st. Rspr. seit BGH, ZMR 1959, 8 [9]). Diesem Ergebnis stehen auch die Vorschriften der §§ 25, 28 HGB nicht entgegen, da sich für diesen Fall in § 549 BGB a.F. eine Spezialvorschrift findet. Nach § 549 BGB a.F. ist der Mieter nicht berechtigt, ohne vorherige Erlaubnis des Vermieters den Gebrauch der Mietsache einem Dritten zu überlassen. Diese Regelung würde ansonsten umgangen werden, wenn der Mieter mit dem Dritten ohne Mitwirkung des Vermieters anstelle eines Untermietvertrages einen Gesellschaftsvertrag nur abschließen müsste.

Im Übrigen haftet die Gesellschaft nicht nach § 28 i.V.m. § 128 HGB für diese Nutzungsentschädigung. Nach dieser Vorschrift haftet die neu gegründete Gesellschaft und ihre Gesellschafter, wenn jemand als persönlich haftender Gesellschafter in das Geschäft eines Einzelkaufmanns eintritt, für alle im Betrieb des Geschäfts entstandenen Verbindlichkeiten. Die Nutzungsentschädigung gem. § 557 BGB a.F. ist aber keine bereits entstandene Verbindlichkeit, in die die Bekl. eingetreten sind. Diese Verpflichtung entsteht erst, wenn der Mieter nach Beendigung die Mietsache nicht zurückgibt. Eine solche Verbindlichkeit ist in dem Mietvertrag aber nicht von vornherein angelegt.

Prüfungsrelevanz:

Bei dieser Entscheidung ging es um das Zusammenspiel von Mietrecht und Handelsrecht. Es stellt sich nämlich die Frage, ob es bei Firmenübernahme durch den Erwerber eines Unternehmers oder bei Eintritt in das Unternehmen eines Kaufmanns zwecks Gesellschaftsgründung generell zu einem Vertragsübergang kraft Gesetzes gem. §§ 25, 28 HGB kommt. Für das Mietrecht ist diese Frage eindeutig zu verneinen. Aufgrund der schutzwürdigen Belange des Vermieters sowie der Spezialvorschrift von § 549 BGB a.F. kann eine solche Vertragsübernahme durch den Erwerber oder die neu gegründete Gesellschaft nur erfolgen, wenn der Vermieter seine Erlaubnis erteilt hat.

Vertiefungshinweise:

❝ Zur zitierten Entscheidung: *BGH*, NJW 2001, 1056; *Wilhelm*, LM H. 5/2001, § 50 ZPO Nr. 52; *Goette*, DStR 2001, 310; *Römermann*, DB 2001, 423; *Schemmann*, DNotZ 2001, 234.

❝ Zu § 549 BGB a.F.: *LG Gießen*, NZM 2000, 617; *Schönleber*, NZM 1998, 948.

Kursprogramm:

❝ *Examenskurs*: “Das vermietete Grundstück”

Leitsatz:

Der Eintritt eines Gesellschafters in den Betrieb eines Einzelkaufmanns und die Fortführung des Geschäfts durch die neu gegründete Gesellschaft führen nicht kraft Gesetzes dazu, dass die Gesellschaft Vertragspartei eines zuvor von dem Einzelkaufmann abgeschlossenen Mietvertrags über die weiter genutzten Geschäftsräume wird. Zu einem solchen Vertragsübergang ist die Mitwirkung des Vermieters erforderlich.

Sachverhalt:

Mit Mietvertrag vom 19. 12. 1991 vermietete die frühere Eigentümerin an Frau H Gewerberäume zum Betrieb einer Gaststätte. Der monatliche Mietzins betrug bis Juli 1994 19 367,84 DM, danach 19 551,85 DM. Die Kl. ist auf Vermieterseite in den Mietvertrag eingetreten, indem sie das Grundstück zu Eigenturn erworben hat. Im Jahre 1994 schloss Frau H mit den beiden Bekl. einen Gesellschaftsvertrag und führte die Gaststätte ab 1. 5. 1994 mit ihnen zusammen weiter. Frau H kam mit erheblichen Mietzinsbeträgen in Rückstand und die Kl. kündigte ihr deshalb fristlos. In Vorprozessen wurde Frau H zur Räumung und zur Zahlung rückständigen Mietzinses rechtskräftig verurteilt. Auf Grund des Räumungsurteils hat sie die Mieträume der Kl. am 4. 12. 1996 übergeben. Auf den rückständigen Mietzins hat sie lediglich 20 000 DM gezahlt. Mit der vorliegenden Klage macht die Kl. einen Teilanspruch auf Zahlung von 12 000 DM (zzgl. Zinsen) gegen die Bekl. als Gesamtschuldner geltend. Auf einen Hinweis des Gerichts hin hat sie klargestellt, dieser Teilanspruch betreffe eine Nutzungsentschädigung für den Monat Dezember 1996. Sie ist der Ansicht, da die Gaststättenräume erst am 4. 12. 1996 zurückgegeben worden seien, schuldeten die Bekl. Nutzungsentschädigung für den ganzen Monat Dezember.

Das LG hat durch Versäumnisurteil die Bekl. verurteilt, an die Kl. als Gesamtschuldner 12 000 DM zuzüglich Zinsen zu zahlen. Gegen dieses Versäumnisurteil hat lediglich der Bekl. zu 2 Einspruch eingelegt. Das LG hat das von dem Bekl. zu 2 angegriffene Versäumnisurteil aufrechterhalten. Das BerGer. hat in Abänderung der Entscheidung des LG die Klage, soweit sie sich gegen den Bekl. zu 2 richtet, abgewiesen. Die Revision

der Kl. hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.
Das BerGer. führt aus, die Kl. könne gegen den Bekl. zu 2 Mietzinsansprüche für den fraglichen Zeitraum - Dezember 1996 - schon deshalb nicht geltend machen, weil das Mietverhältnis unstreitig vorher beendet worden sei. Sie könne gegen ihn aber auch keinen Anspruch auf Nutzungsentschädigung nach § 557 BGB geltend machen, weil die Gesellschaft, an der der Bekl. zu 2 beteiligt gewesen sei und für deren Schulden er als Gesamtschuldner hafte, nicht auf der Mieterseite in den zwischen Frau H und der Rechtsvorgängerin der Kl. abgeschlossenen Mietvertrag eingetreten sei.
Die Aufnahme eines Dritten in das Mietverhältnis auf der Mieterseite erfordere stets eine Mitwirkung des Vermieters. Im vorliegenden Fall habe die Kl. bzw. ihre Rechtsvorgängerin bis zur Beendigung des Mietverhältnisses durch fristlose Kündigung unstreitig keine ausdrückliche Zustimmung zum Eintritt der gegründeten Gesellschaft in den Mietvertrag erteilt. Die Kl. habe auch keine Anhaltspunkte dafür vorgetragen, dass eine solche Zustimmung von ihr konkludent erteilt worden sei. Dem stehe schon entgegen, dass die Kl. ausschließlich gegenüber Frau H die fristlose Kündigung des Mietvertrags ausgesprochen und nur gegen diese ein Räumungsurteil erstritten habe. Hierdurch habe die Kl. zu erkennen gegeben, dass sie lediglich Frau H als ihre Mieterin ansehe.
Da der Kl. ein vertraglicher Anspruch auf Nutzungsentschädigung nach § 557 I BGB somit nicht zustehe, könne die von mehreren Oberlandesgerichten unterschiedlich beantwortete Frage offen bleiben, ob ein Vermieter nach dieser Vorschrift Nutzungsentschädigung für den ganzen Monat beanspruchen könne, wenn die Mietsache während bzw. vor Ende des Monats zurückgegeben werde.
Ein Anspruch auf Nutzungsentschädigung aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (§§ 987, 988 BGB) stehe der Kl. schon deshalb nicht zu, weil sie nicht dargelegt habe, dass der Bekl. zu 2 bzw. die Gesellschaft, an der er beteiligt gewesen sei, die Räume in der fraglichen Zeit - Dezember 1996 - in Besitz gehabt habe.

B. Entscheidung des BGH
Diese Ausführungen des BerGer. halten einer rechtlichen Überprüfung stand.

I. Kein gesetzlicher Eintritt der neu gegründeten Gesellschaft bei Einstieg in den Betrieb eines Einzelkaufmanns

1. Rechtsprechung des BGH zu dieser Problematik
Zu Recht geht das BerGer. davon aus, dass die von Frau H und den beiden Bekl. gegründete Gesellschaft nicht an Stelle von Frau H Vertragspartnerin der Kl. geworden ist. Nach der Rechtsprechung des BGH, der die Literatur weit gehend gefolgt ist, führt der Eintritt von Gesellschaftern in den Betrieb eines Einzelkaufmanns nicht dazu, dass die neu gegründete Personengesellschaft kraft Gesetzes Vertragspartei eines von diesem abgeschlossenen Mietvertrags wird. Zu einem solchen Vertragsübergang ist vielmehr die Mitwirkung des Vermieters erforderlich (BGH, LM § 242 [Cd] BGB Nr. 55 = ZMR 1959, 8 [9]; NJW 1967, 821 = LM § 705 BGB Nr. 17; Gelhaar, in: RGRK, 12. Aufl., § 549 Rdnr. 3; Voelskow, in: MünchKomm, 3. Aufl., § 549 Rdnr. 14; Staudinger/Emmerich, BGB, 1995, § 549 Rdnr. 31; Bub/ Treier/Straßberger, Hdb. der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., II Rdnr. 290). Das gilt unabhängig davon, ob er aus besonderen Gründen verpflichtet ist, einer bloßen Gebrauchsüberlassung an die gegründete Gesellschaft zuzustimmen (vgl. BGH, NJW 1955, 1066,= LM § 553 BGB Nr. 2).

2. Kritik in der Literatur
Die Revision verkennt das nicht, bittet aber um eine Überprüfung dieser Rechtsprechung mit Rücksicht auf Gegenstimmen in der Literatur, die in einem solchen Fall einen Vertragsübergang aus den Regeln des Handelsrechts (hier: § 28 HGB) herleiten wollen (so K. Schmidt, HandelsR, 5. Aufl., § 8 I 4, insb. S. 231; Lieb, in: MünchKomm-HGB, § 25 Rdnrn. 81 f.; dagegen Beuthien, NJW 1993, 1737). Die an sich notwendige Mitwirkung des Vermieters soll entbehrlich sein, weil es sich um ein betriebsbezogenes Geschäft handelt (K. Schmidt, S. 231).

3. Auseinandersetzung mit den Kritikpunkten der Literatur
Es kann dahingestellt bleiben, ob die §§ 25, 28 HGB generell zu einem Vertragsübergang kraft Gesetzes führen können oder nicht. jedenfalls bei Mietverträgen ist ein solcher Vertragsübergang auf einen neuen Mieter ohne Mitwirkung des Vermieters ausgeschlossen. Bei Mietverträgen sind nämlich die besonderen Regeln des Mietrechts zur Gebrauchsüberlassung der Mietsache durch den Mieter an Dritte zu beachten. Nach § 549 I BGB ist der Mieter ohne die Erlaubnis des Vermieters nicht berechtigt, den Gebrauch der gemieteten Sache einem Dritten zu überlassen. Der Mieter ist deshalb ohne Erlaubnis des Vermieters nicht berechtigt, an einen Dritten unterzuvermieten und dem Dritten auf diese Weise Gebrauchsrechte einzuräumen. Diese Regelung werde unterlaufen, wenn der Mieter mit dem Dritten ohne Mitwirkung des Vermieters statt eines Untermietvertrags einen Gesellschaftsvertrag abschließen, den Dritten auf diese Weise zum Mitmieter machen und ihm

dem Vermieter gegenüber ein Gebrauchsrecht einräumen könnte. Die Aufnahme eines Gesellschafters in das auf einem vermieteten Grundstück vom Mieter betriebene Unternehmen wird deshalb zu Recht als ein Fall von Untervermietung angesehen (BGH, LM § 242 [Cd] BGB Nr. 55 = ZMR 1959, 8 [9]; Gelhaar, in: RGRK, § 549 Rdnr. 3).

Würde man es zulassen, dass der Mieter ohne Mitwirkung des Vermieters durch die Gründung einer Gesellschaft einen Mieterwechsel herbeiführen könnte, so könnte das zur Folge haben, dass der ursprüngliche Mieter vor Beendigung des Mietvertrags aus dem Mietverhältnis ausscheiden könnte, ohne dass sich der Vermieter dagegen wehren könnte. Die an Stelle des Mieters eingetretene Gesellschaft bliebe dann nämlich auch bei einem Gesellschafterwechsel und auch beim Ausscheiden eines Gesellschafters - des ursprünglichen Mieters - Vertragspartei. Das gilt nach der neuen Rechtsprechung des BGH nicht nur für eine offene Handelsgesellschaft, sondern auch für eine (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts (BGH, NJW 2001, 1056 = NZM 2001, 299 = LM H. 5/2001 § 50 ZPO Nr. 52 = ZIP 2001, 330 = WM 2001, 408). Der aus der Gesellschaft ausgeschiedene ursprüngliche Mieter würde dann nur noch zeitlich begrenzt für Altschulden der Gesellschaft haften. Der Vermieter müsste damit rechnen, dass ihm auf der Mieterseite ausschließlich neue, ihm unbekannte Personen gegenüber stehen, auf deren Auswahl er keinen Einfluss hatte. Das mag einem Vermieter zuzumuten sein, der von vornherein an eine Gesellschaft vermietet hat und das damit verbundene Risiko deshalb bewusst eingegangen ist. Es ist aber nicht einem Vermieter zuzumuten, der im Vertrauen auf die Korrektheit seines Vertragspartners an eine Einzelperson vermietet hat.

II. Keine Haftung des Eintretenden Gesellschafters für Mietzinsen gem. § 28 I HGB

Zu Unrecht meint die Revision, der Bekl. zu 2 hafte für die eingeklagte Forderung aus einem vom BerGer. nicht geprüften Rechtsgrund, nämlich aus § 28 I (i. V. mit § 128) HGB.

1. Einführung in den Streitstand

Nach dieser Vorschrift haftet die Gesellschaft, wenn jemand (unter anderem) als persönlich haftender Gesellschafter in das Geschäft eines Einzelkaufmanns eintritt, für alle im Betrieb des Geschäfts entstandenen Verbindlichkeiten des früheren Geschäftsinhabers, und zwar auch dann, wenn die Gesellschaft die frühere Firma nicht fortführt. Zu Recht nimmt die Revision, jedenfalls für das Revisionsverfahren sei davon auszugehen, dass Frau H und die beiden Bekl. das Geschäft in Form einer offenen Handelsgesellschaft weitergeführt haben. Nach § 128 HGB haften die Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft den Gläubigern gegenüber für Verbindlichkeiten der Gesellschaft als Gesamtschuldner. Insofern sind die Voraussetzungen für eine Haftung des Bekl. zu 2 an sich gegeben. Seine Haftung scheitert aber daran, dass es sich bei der eingeklagten Forderung nicht um eine so genannte Altschuld handelt, eine Schuld also, die am Stichtag - der Geschäftsübernahme durch die Gesellschaft - bereits bestanden hat. Es ist zwar anerkannt, dass die das Geschäft folgende Gesellschaft nicht nur für Verbindlichkeiten haftet, die im Zeitpunkt des Geschäftsübergangs bereits voll wirksam waren, sondern dass als zur Zeit der Geschäftsübernahme bestehende Ansprüche auch solche anzusehen sind, die nicht fällig, betagt oder bedingt sind, wenn nur der Rechtsgrund für solche Ansprüche schon vor der Geschäftsübernahme entstanden ist (BGH, NJW-RR 1990, 1251 [1253]). Welche Auswirkungen sich daraus für die Haftung der das Geschäft übernehmenden Gesellschaft im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen ergeben, die zum Stichtag bereits bestanden haben, ist bisher nicht abschließend geklärt (vgl. Staub/Hüffer, HGB, 4. Aufl., § 25 Rdnr. 57). Umstritten ist insbesondere, ob die übernehmende Gesellschaft, wenn am Stichtag ein Mietverhältnis bestanden hat, in das sie nicht als Vertragspartner eingetreten ist, für die nach dem Stichtag anfallenden Mietzinsansprüche haftet (dafür Beuthien, NJW 1993, 1737 [1739]; dagegen z. B. Staubl/Hüffer, § 25 Rdnr. 57, u. Bub/Treier/Heile, II, Rdnrn. 839 f., 840, mit der Begründung, man könne die übernehmende Gesellschaft nicht für den Mietzins haften lassen, wenn ihr nicht gleichzeitig gegenüber dem Vermieter ein Anspruch auf Gebrauchsüberlassung zustehe).

2. Relevanz dieses Streitstandes für den vorliegenden Fall

Für die Entscheidung des vorliegenden Falls ist es nicht erforderlich, zu diesem Problem abschließend Stellung zu nehmen. Eingeklagt ist nämlich kein Mietzinsanspruch, sondern ausschließlich ein Anspruch auf Nutzungsentschädigung für die Zeit nach Beendigung des Mietverhältnisses (§ 557 BGB). Auch wenn es sich bei dem Anspruch auf künftige Mietzinsraten nach der Rechtsprechung des BGH um eine Forderung handelt, die erst zur Entstehung gelangt, wenn sie abschnittsweise für den jeweiligen Gebrauchsüberlassungszeitraum fällig wird (vgl. BGHZ 111, 84 [93 f.] = NJW 1990, 1785 = LM § 163 BGB Nr. 6), so ist jedenfalls die Pflicht des Mieters zur Mietzinszahlung in dem bestehenden Mietvertrag bereits so angelegt, dass die einzelnen Mietzinsraten entstehen und fällig werden, ohne dass es einer weiteren Handlung der Beteiligten bedarf. Der Anspruch auf Nutzungsentschädigung nach § 557 BGB ist nicht in dieser Weise von vornherein in dem Mietvertrag angelegt. Er entsteht vielmehr nur, wenn

der Mieter in Form eines Unterlassens eine vertragswidrige Handlung begeht, indem er nach Beendigung des Mietverhältnisses die Mietsache nicht zurückgibt.
Der BGH hat für ein anderes Dauerschuldverhältnis, nämlich einen Lizenzvertrag, bereits entschieden, dass eine Haftung nach den §§ 25, 28 HGB für vertragliche Ansprüche, die sich nicht ohne weiteres aus dem Vertrag ergeben, sondern erst bei einem bestimmten Handeln der Beteiligten entstehen, nur in Betracht kommt, wenn die den Anspruch begründende Handlung vor dem Geschäftsübergang erfolgt ist (BGH, NJW-RR 1990, 1251 [1253] m.w.N.). Für Mietverträge kann nichts anderes gelten. Aus dem Umstand, dass die offene Handelsgesellschaft, an der der Bekl. zu 2 beteiligt war, ab Mai 1994 das Geschäft der Frau H weitergeführt hat und deshalb für die damals bestehenden Geschäftsschulden haftet, ohne als Mieterin in den Vertrag eingetreten zu sein, kann nicht geschlossen werden, dass sie auch für ein vertragswidriges Verhalten der Mieterin Frau H im Dezember 1996 haftbar gemacht werden kann.

Standort: Schadensrecht Problem: Erwerb eines beschädigten Grundstücks

BGH, URTEIL VOM 04.05.2001
V ZR 435 / 99 (NJW 2001, 2250)

Problemdarstellung:

Die Bekl. hatten als Bau- und Subunternehmer auf einem Grundstück umfangreiche Arbeiten zur Erstellung eines Wohn- und Geschäftshauses mit Tiefgarage getätigt. Infolge unsachgemäßer Arbeiten kam es am Nachbargrundstück zu Setzungsrissen, die die damalige Eigentümerin des Nachbargrundstücks von den Bekl. ersetzt verlangte (sog. Wiederherstellungskosten gem. § 249 S.2 BGB). Noch bevor die Bekl. Schadensersatz leisten konnten, verkaufte und übereignete die Grundstückseigentümerin das Nachbargrundstück an die Kl. In diesem Zusammenhang trat die Grundstückeigentümerin etwaige Schadensersatzansprüche gegen die Bekl. an die Kl. ab.

Das BerGer. hat die Klage abgewiesen, weil es an einem ersatzfähigen Schaden fehle. Denn die Kl. machten allein die Wiederherstellungskosten aus abgetretenem Recht der Voreigentümerin geltend. Insoweit sei der Anspruch aber erloschen, da eine Wiederherstellung für die geschädigte Voreigentümerin infolge Veräußerung des Grundstücks unmöglich geworden sei. Der BGH hingegen bejaht nach wie vor einen ersatzfähigen Schaden gem. § 249 S.2 BGB. Die ständige Rechtsprechung des BGH, den Anspruch nach § 249 S.2 BGB zu versagen, wenn die beschädigte Sache veräußert worden ist, beruht auf der Überlegung, dass der durch § 249 S.2 BGB bezweckte Rechtsgüterschutz nach Veräußerung der Sache nicht mehr erreicht werden kann, weil die Integrität der Rechtsgüter des Geschädigten nicht mehr wiederhergestellt werden kann. Dieser Gedanke trifft aber nur zu, wenn der Geschädigte zwar den beschädigten Gegenstand veräußert, aber weiterhin Schadensersatz begehrt. Anders ist es, wenn mit der Veräußerung der beschädigten Sache auch der Schadensersatzanspruch abgetreten wird. In der Person des Zessionars besteht das Integritätsinteresse für die Naturalrestitution gem. § 249 BGB fort.

Prüfungsrelevanz:

Dieses Urteil eignet sich als Examensklausur insofern, als das Verständnis des Prüflings vom Schadensersatzrecht abgefragt werden kann. Grundsatz des Schadensersatzrecht ist die Naturalrestitution gem. § 249 S. 1 BGB. Naturalrestitution bedeutet die Herstellung des gleichen wirtschaftlichen Zustandes, der ohne das schädigende Ereignis bestehen würde (BGH, NJW 1985, 793; Palandt/Heinrichs, BGB, § 249 Rz. 1). Reiner Geldersatz kann der Geschädigte nur verlangen, wenn eine Ausnahmebestimmung in den §§ 249 S.2 ff. BGB vorliegt. So kann bei Verletzung einer Person oder Beschädigung einer Sache der Geschädigte statt Naturalrestitution Geldersatzverlangen gem. § 249 S.2 BGB (sog. Ersetzungsbefugnis). Dadurch wird ein Schadensausgleich ermöglicht, ohne dass der Geschädigte das verletzte Rechtsgut dem Schädiger zur Naturalrestitution anzuvertrauen braucht. Unter diesem Blickwinkel - Integritätswahrung des verletzten Rechtsgutes - ist damit auch das Schicksal von Schadensersatzansprüchen zu sehen. Wo dieser Rechtsgüterschutz nicht mehr erreicht werden kann, hat der Ansprach auf Schadensersatz zu erlöschen.

Vertiefungshinweis:

❝ Zu diesem Thema: *BGH*, NJW 1997, 2595; NJW 1994, 999; NJW 1988, 1837.

Leitsatz:

Wird das Eigentum an einem beschädigten Grundstück übertragen, so erlischt der Anspruch aus § 249 S. 2 BGB auf Zahlung des zur Herstellung erforderlichen Geldbetrags dann nicht, wenn er spätestens mit Wirksamwerden der Eigentumsübertragung an den Erwerber des Grundstücks abgetreten wird (teilw. Aufgabe von BGHZ 81, 385 [392]).

Sachverhalt:

Das Land Berlin war Eigentümer des mit einem Mietshaus bebauten Grundstücks K-Straße, das vorrangig an Mieter veräußert werden sollte. Dazu brachte das Land Berlin das Grundstück in eine GmbH ein, die es für 878 270 DM an eine KG veräußerte, die sich verpflichtete, ein in notarieller Form unterbreitetes Kaufangebot einer Mietergemeinschaft anzunehmen. 1993 beabsichtigte die später in Konkurs gegangene P-Verwaltungs- und Beteiligungsgesellschaft mbH (P-GmbH), auf dem ihr gehörenden Nachbargrundstück ein Wohn- und Geschäftshaus mit Tiefgarage zu errichten. Die Arbeiten für Baugrube, Verbau und Unterfangung wurden der Bekl. zu 1 übertragen, die als Subunternehmer die Bekl. zu 2 für die Unterfangungs- und Ankerarbeiten und die später in Konkurs gefallene O-Grundbau GmbH für die Verbau- und Wasserhaltungsarbeiten einschaltete. Der Streithelfer der Bekl. zu 1 ist Konkursverwalter über das Vermögen dieser Subunternehmerin. Während der Durchführung der Bauarbeiten zeigten sich am Haus K.-Straße Setzungsrisse, deren Beseitigung nach einem von der P-GmbH veranlassten Sachverständigengutachten 499560 DM kosten soll. Am 17. 3. 1994 unterbreiteten die Kl. sowie weitere Mieter des Hauses K.-Straße als Gesellschaft bürgerlichen Rechts der KG ein notarielles Angebot zum Kauf des Hausgrundstücks für 878 270 DM. Wegen der Verpflichtung zur Vertragsannahme entspann sich in der Folgezeit zwischen einer Gesellschaft, die behauptete, Rechtsnachfolgerin der KG geworden zu sein, und den Mitgliedern der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ein Rechtsstreit, der mit einem Vergleich endete und zur Auflassung an die Kl. führte, die am 11. 11. 1997 als Eigentümer (in gesellschaftlicher Verbundenheit) in das Grundbuch eingetragen wurden. In diesem Zusammenhang erklärten die KG sowie eine Gründergesellschaft der KG am 3. 3. 1997 die Abtretung etwaiger Schadensersatzansprüche gegen die Bekl. zu 1 und 2 sowie gegen die O-Grundbau GmbH an die Kl. Diese behaupten, die Setzungsrisse seien Folge unsachgemäßer Vertiefungsarbeiten durch die Bekl., und machen Schadensersatz in Höhe der von dem Gutachter ermittelten Beseitigungskosten geltend. LG und OLG haben die Klage abgewiesen.

Die Revision der Kl. hatte Erfolg und führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. lässt dahingestellt, ob den Kl. aus abgetretenem Recht ein Schadensersatzanspruch nach §§ 823 I, II, 831 BGB i. V. mit § 909 BGB dem Grunde nach zusteht. Es hält die Klage schon deswegen für unbegründet, weil es an einem ersatzfähigen Schaden fehle. Denn die Kl. machten allein die Wiederherstellungskosten aus abgetretenem Recht der Voreigentümerin geltend. Insoweit sei der Anspruch aber erloschen, da eine Wiederherstellung für die geschädigte Voreigentümerin infolge Veräußerung des Grundstücks unmöglich geworden sei.

B. Entscheidung des BGH

Die Revision führt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

I. Bisherige Rechtsprechung des BGH

Allerdings entspricht die Auffassung des BerGer. der bisherigen ständigen Rechtsprechung des Senats, woran auch im Ausgangspunkt festzuhalten bleibt. Der - hier geltend gemachte - Anspruch auf Zahlung des zur Herstellung der beschädigten Sache erforderlichen Geldbetrags (§ 249 S. 2 BGB) stellt nur eine besondere Form des Naturalersatzanspruchs nach § 249 S. 1 BGB dar. Er setzt daher wie dieser voraus, dass die Naturalrestitution noch möglich ist (BGHZ 81, 385 [390 ff.]; BGH, NJW 1993, 1793, m.w. N. auch zur Gegenmeinung; grds. ebenso Staudinger/Schiemann, BGB, 1998, § 249 Rdnr. 220; Schiemann, in: Festschr. f. Hagen, 1999, S. 27 [44f.]; für Grundstücke ebenso Soergel/Mertens, BGB, 12. Aufl., § 249 Rdnr. 27; vgl. auch Senat, NJW 1998, 2908). Sonach scheidet er grundsätzlich aus, wenn der Geschädigte den Gegenstand, um dessen Wiederherstellung es geht, veräußert oder wenn der Gegenstand untergegangen ist. Der Geschädigte bleibt dann nicht schutzlos, er kann vielmehr Kompensation seines Schadens nach § 251 I BGB verlangen.

II. Keine Anwendung des § 251 BGB in diesem Fall

Zutreffend geht das BerGer. auch davon aus, dass die Kl. ihren Anspruch allein auf die Rechtsfolge des § 249 S. 2 BGB gestützt und Schadensersatz nach § 251 I BGB nicht verlangt haben. Die Rüge der Revision, das Gericht habe hinsichtlich der Möglichkeit, den Schaden nach § 251 I BGB geltend zu machen, einen gebotenen Hinweis unterlassen (§ 278 III ZPO), ist nicht begründet. Der Berichterstatter hatte schriftlich auf die Bedenken hinsichtlich der Schlüssigkeit der Klage bei Zugrundelegung der Rechtsprechung des BGH hingewiesen. Ein ausdrücklicher Hinweis auf die Alternative des § 251 I BGB war im Anwaltsprozess nicht geboten. Diese Möglichkeit der Rechtsverfolgung ergab sich aus der angeführten Rechtsprechung des Senats.

III. Fortbestehen des Schadensersatzanspruchs bei Abtretung vor Veräußerung des Grundstücks

Keinen Bestand hat demgegenüber die Annahme des BerGer., die Veräußerung des Grundstücks habe ungeachtet des Umstands zum Erlöschen des Anspruchs nach § 249 S. 2 BGB geführt, dass dieser Anspruch vor der Übertragung des Grundstücks an die Kl. abge-

treten worden ist. Allerdings entspricht das angefochtene Urteil auch insoweit der Rechtsprechung des Senats (BGHZ 81, 385 [392] = NJW 1982, 98 = LM § 249 [Fa] BGB Nr. 16). Daran wird jedoch nicht festgehalten.

1. Fortbestehendes Herstellungsinteresse beim Erwerber von Grundstück und Schadensersatzanspruch

Die Auffassung des Senats, den Anspruch nach § 249 S. 2 BGB zu versagen, wenn die beschädigte Sache veräußert worden ist, beruht auf der Überlegung, dass der durch § 249 BGB bezweckte Rechtsgüterschutz nach Veräußerung der Sache nicht mehr erreicht werden kann, weil die Integrität der Rechtsgüter des Geschädigten nicht mehr wiederhergestellt werden kann. Dieser Gedanke trifft aber nur zu, wenn der Geschädigte zwar den beschädigten Gegenstand veräußert, weiterhin aber Schadensersatz begehrt. Die Ersatzleistung kann dann nicht mehr dem Herstellungsinteresse dienen, sondern nur noch den rechnerischen Schaden im Vermögen ausgleichen. Anders ist es hingegen, wenn mit der Veräußerung der Sache der Schadensersatzanspruch abgetreten wird. Dann bleibt die Verfolgung des Herstellungsinteresses möglich. Allerdings kann sie nicht mehr der ursprünglich Geschädigte betreiben, wohl aber sein Rechtsnachfolger. Der Umstand der Rechtsnachfolge lässt das Herstellungsinteresse nicht entfallen und steht einer Fortgeltung des § 249 BGB nicht entgegen. Das zeigt sich einleuchtend im Fall der Gesamtrechtsnachfolge. Es unterliegt keinem Zweifel, dass der Gesamtrechtsnachfolger den in der Person des Rechtsvorgängers entstandenen, auf Herstellung gerichteten Schadensersatzanspruch (nach § 249 S. 1 oder S. 2 BGB) weiterhin geltend machen kann. Er ist in dessen Rechtsstellung eingerückt. Es gibt keinen für die Bewertung beachtlichen Grund den Fall der Einzelrechtsnachfolge hinsichtlich Eigentum und Forderungsinhaberschaft anders zu behandeln. Das gilt jedenfalls dann, wenn die Abtretung des Schadensersatzanspruchs nicht später wirksam wird als die Eigentumsübertragung der beschädigten Sache. Ob die Rechtslage anders ist, wenn die Forderungsabtretung der Sachübertragung nachfolgt, oder ob die Abtretung dann ins Leere geht, weil der Herstellungsanspruch mit der Veräußerung der Sache bereits erloschen ist, kann dahingestellt bleiben. Im vorliegenden Fall wurde sie vorgenommen - ihre Wirksamkeit unterstellt -, bevor das Eigentum an dem Grundstück auf die Kl. überging.

2. Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung

Ein Festhalten an der bisherigen Rechtsprechung ist nicht durch Vertrauensschutz- und Rechtssicherheitsgesichtspunkte geboten. Vielmehr überwiegen deutlich die Sachgründe für eine Abkehr von der Senatsrechtsprechung in dem dargestellten Umfang (vgl. dazu BGH, NJW 1983, 228 = LM § 323 ZPO Nr. 31; Senat, NJW 1983, 1610 = LM § 312 BGB Nr. 99 L). Die Änderung der Rechtsprechung betrifft nicht den Grundsatz des Verhältnisses von § 249 BGB zu § 251 BGB. Insoweit hält der Senat vielmehr an der bisherigen Rechtsprechung fest. Sie bezieht sich auf die Auswirkungen dieses Grundsatzes in einer bestimmten Fallkonstellation, für die die Begründung der Rechtsprechung das bisher für richtig erachtete Ergebnis nicht trägt. Vertrauensschutzinteressen treten schon deswegen zurück, weil auch bislang der Schädiger in solchen Fällen nicht damit rechnen konnte, von Ansprüchen verschont zu bleiben. Vielmehr musste er gewärtigen, mit einem nach § 251 I BGB bemessenen Schadensersatzanspruch belangt zu werden. Dass er dadurch im Regelfall günstiger gestanden hätte, ist nicht anzunehmen. Andererseits führt die Änderung der Rechtsprechung in diesem Teilbereich im Ergebnis zu einer Annäherung an die Rechtsprechung des VI. Zivilsenats, die bei der Beschädigung von Kraftfahrzeugen generell davon ausgeht, dass der Anspruch nach § 249 S. 2 BGB fortbesteht, auch wenn das beschädigte Fahrzeug veräußert wird (BGHZ 66, 239; BGH, NJW 1985, 2469). Der damit verbundenen Rechtsvereinheitlichung gebührt angesichts der geringen Auswirkungen auf die Rechtssicherheit der Vorrang.

C. Ergebnis der Revision

Da das BerGer., von seinem Ansatz her konsequent, bislang keine Feststellungen zu der Frage getroffen hat, ob die Bekl. wegen der geltend gemachten Schäden in Anspruch genommen werden können und ob etwaige Ansprüche, wirksam an die Kl. abgetreten worden sind, ist der Rechtsstreit an das BerGer. zurückzuverweisen, damit diese Feststellungen nachgeholt werden können. Bei der Frage der Abtretung wird insbesondere auch zu prüfen sein, ob der Zedent Inhaber des Anspruchs war oder ob er der GmbH zustand bzw. ob er mit der Veräußerung des Grundstücks an die KG erloschen ist.

Standort: Familienrecht — Problem: Ausgleichsanspruch für die Eltern

OLG KOBLENZ, URTEIL VOM 20.02.2001
3 U 530/99 (NJW 2001, 2480)

Problemdarstellung:

Die Parteien lebten in einer nicht-ehelichen Lebensgemeinschaft. Während dieser Zeit erwarb der Bekl. ein

Grundstück und errichtete darauf ein Haus, für das der Vater der Kl. Baumaterialien und Arbeitsleistungen zur Verfügung stellte. Diese Leistungen des Vaters erfolgten in der Erwartung, dass die Parteien nach dem Einzug in das fertig gestellte Haus heiraten würden. Jedoch trennten sich die Parteien später. Das OLG Koblenz hatte nun über Ausgleichsansprüche wegen der erbrachten Leistungen des Vaters zu befinden. Dazu greift das Gericht auf die höchstrichterliche Rechtsprechung auf Ausgleichsansprüche von Schwiegereltern zurück, die um der Ehe ihres Kindes willen dem Schwiegerkind Zuwendungen zukommen ließen. Grundlage für solche Ausgleichsansprüche sind die Grundsätze zum Wegfall der Geschäftsgrundlage. Diese Grundsätze überträgt das OLG Koblenz auf eine nicht-eheliche Lebensgemeinschaft. Zwar betont das OLG Koblenz, dass der BGH bei nicht-ehelichen Lebensgemeinschaften Ausgleichsansprüche der Lebenspartner untereinander nach den Grundsätzen zum Wegfall der Geschäftsgrundlage verneint (BGH, NJW 1997, 3371 [3372]); jedoch sei eine Vergleichbarkeit von Leistungen durch die Eltern eines Lebenspartners mit den Leistungen durch die Schwiegereltern vergleichbar.

Prüfungsrelevanz:

Ausgleichsansprüche bei gescheiterten nichtehelichen Lebensgemeinschaften sind ein beliebtes Klausurthema. Der Prüfling wird nämlich gezwungen, sämtliche möglichen Anspruchsgrundlagen (Darlehen, Schenkung, Bereicherungsrecht, GoA, WGG, analoge Anwendung des Eherechts, etc.) durchzugehen, nur um festzustellen, dass in der Regel kein Anspruch durchgeht. Vor allem ein Ausgleichsanspruch der Lebenspartner untereinander nach den Regeln zum Wegfall der Geschäftsgrundlage wird verneint, weil dem Wesen nach sei eine solche Gemeinschaft nur tatsächlicher Art und damit keine Rechtsgemeinschaft.

Bei Zuwendungen durch die Eltern wird eine Ausnahme dann zugelassen, wenn allein die Rückgewähr geeignet erscheint, einen untragbaren, mit den Grundsätzen von Treu und Glauben unvereinbaren Zustand zu vermeiden.

Vertiefungshinweis:

❝ Zu Ausgleichsansprüchen von Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft untereinander: *BGH*, NJW 1996, 2727; *Langenfeld*, LM H. 11/1996, § 705 BGB Nr. 63.

Kursprogramm:

❝ *Examenskurs*: “Das junge Glück”

Leitsätze (der Redaktion):

1. Errichten die Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft ein Haus zur gemeinsamen Wohnung auf dem Grundstück eines der beiden Partner, und tragen die Eltern des anderen Partners in erheblichem Maße zu dem Hausbau bei, so kann diesen Eltern bei Scheitern der Lebensgemeinschaft nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage ein Ausgleichsanspruch gegen den Eigentümer des Hausgrundstücks zustehen.

2. Ein solcher Anspruch kann auch dann gerechtfertigt sein, wenn der Beitrag der Eltern zu dem Hausbau überwiegend aus Arbeitsleistungen besteht.

Sachverhalt:

Die Parteien waren seit dem Jahre 1990 miteinander befreundet und lebten von August 1994 bis August 1997 in nicht ehelicher Lebensgemeinschaft miteinander. Während dieser Zeit erwarb der Bekl. ein Grundstück und errichtete darauf ein Haus, in welches die Parteien im April 1996 bereits vor dessen vollständiger Fertigstellung einzogen. Die Kl. hat vorgetragen, im Dezember 1993 hätten die Parteien beschlossen, die Ehe miteinander einzugehen. Die Heirat habe erfolgen sollen, nachdem sie das geplante Haus gemeinsam fertig gestellt hätten. Zur Errichtung des Hauses hätte ihr Vater auf eigene Kosten Baumaterialien beschafft und Arbeitsleistungen erbracht. Der Vater hat schriftlich die Abtretung seiner Ansprüche aus den für das Bauvorhaben erbrachten Leistungen an die Kl. erklärt. Das LG hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Kl. wurde der Bekl. zur Zahlung von 24 000 DM verurteilt.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung des Gerichts

Die Kl. hat gegen den Bekl. einen Anspruch auf Erstattung dessen, was ihr Vater zu dem Haus des Bekl. beigetragen hat, und zwar in Höhe von 24 000 DM.

Der Anspruch ist in der Person des Vaters nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage entstanden und durch Abtretung auf die Kl. übergegangen. Diese hat das schriftliche Angebot ihres Vaters vom 6. 7. 1998 zu der Abtretung stillschweigend angenommen. Durch die Abtretungserklärung vom 14. 12. 1999 ist kein neuer Streitgegenstand in den Prozess eingeführt worden.

B. Zur Herleitung der Anspruchsgrundlage aus dem Wegfall der Geschäftsgrundlage

Auf den vorliegenden Fall sind die Rechtsgrundsätze entsprechend anwendbar, die der BGH für Zuwendungen von Schwiegereltern an den Ehepartner ihres Kindes entwickelt hat. Erhält ein Ehegatte von seinen Schwiegereltern Zuwendungen um der Ehe willen zu

deren dauerhafter wirtschaftlicher Sicherung, so kann bei einem Scheitern der Ehe dem Zuwendenden ein Ausgleichsanspruch wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage entstehen, wenn allein die Rückgewähr geeignet erscheint, einen untragbaren, mit den Grundsätzen von Treu und Glauben unvereinbaren Zustand zu vermeiden (BGH, VIZ 1998, 262 = NJW 1998, 2600 L = FamRZ 1998, 669 [670]). Diese Folge kann insbesondere dann auftreten, wenn ein güterrechtlicher Ausgleich zwischen den Eheleuten nicht möglich ist, so etwa im Falle der Gütertrennung (BGH, NJW 1999, 2962 [2963]). Leben die Eheleute dagegen im gesetzlichen Güterstand, so wird im Hinblick auf den Zugewinnausgleich unter den Eheleuten ein solches untragbares Ergebnis für die Schwiegereltern in der Regel zu verneinen sein (vgl. BGH, NJW 1995, 1889 [1891]). Diese Rechtsgedanken haben auch dann Gültigkeit, wenn keine Ehe, sondern nur ein Verlöbnis besteht (BGH, NJW 1992, 427 [4281).

C. Übertragbarkeit dieser Rechtsprechung auf die nicht eheliche Lebensgemeinschaft

Es mag dahinstehen, ob hier die Parteien miteinander verlobt waren, das heißt, sich fest die Ehe versprochen hatten. Denn auch im Falle des Scheiterns einer nicht ehelichen Lebensgemeinschaft besteht ein Ausgleichsanspruch der Eltern eines der Partner, wenn das Verbleiben der Vermögensmehrung bei dem anderen Partner ein untragbares Ergebnis darstellen würde.

D. Abgrenzung zu Ausgleichsansprüchen von Partnern einer nicht ehelichen Lebensgemeinschaft untereinander

Zwar ist in der Rechtsprechung des BGH beim Scheitern einer nicht ehelichen Lebensgemeinschaft ein Wegfall der Geschäftsgrundlage im Verhältnis der Partner untereinander stets verneint worden, und zwar mit der Begründung, nach dem Wesen einer solchen Gemeinschaft seien die Beziehungen der Partner rein tatsächlicher Art, so dass keine Rechtsgemeinschaft begründet werde, für die eine Geschäftsgrundlage bestehen könnte (BGH, NJW 1997, 3371 [3372]). Stattdessen wird im Bereich der nicht ehelichen Lebensgemeinschaft ein Ausgleichsanspruch nach den Vorschriften über die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft angenommen, der unter anderem dann bejaht wird, wenn die Partner durch gemeinsame Leistungen zum Bau und zur Erhaltung eines zwar auf den Namen des einen Partners eingetragenen, aber als gemeinsames Vermögen betrachteten Anwesen beigetragen hatten (BGH, NJW 1992, 906 [907]).

Leisten jedoch in einem solchen Fall gemeinsamer Vermögensbildung nicht ehelicher Lebenspartner die Eltern des Partners, der nicht Eigentümer des Objekts ist, einen wesentlichen Beitrag hierzu, so kann ihnen bei Scheitern der Lebensgemeinschaft ein Anspruch auf Grund Wegfalls der Geschäftsgrundlage zugebilligt werden. Ihre Situation ist derjenigen von Schwiegereltern vergleichbar. Durch die Beendigung der nicht ehelichen Lebensgemeinschaft entfällt für die Eltern ein Umstand, dessen Fortbestand nach den Vorstellungen aller Beteiligten Grundlage ihrer Leistungen war.

E. Keine Übertragbarkeit der Bedenken gegenüber Ausgleichsansprüche der Lebenspartner untereinander nach WGG

In diesem Zusammenhang kann den Eltern nicht entgegengehalten werden, sie hätten eine rein tatsächliche Beziehung gefördert, für die auch im Verhältnis zu ihnen eine Geschäftsgrundlage nicht in Frage komme. Denn in Bezug auf den gemeinsamen Vermögenswert der nicht ehelichen Lebenspartner ist eine Rechtsgemeinschaft in Form eines gesellschaftsähnlichen Verhältnisses zu bejahen. Wenngleich aus diesem Verhältnis ein Ausgleichsanspruch eines der Lebenspartner entspringen kann, so wird - anders als bei Bestehen eines Zugewinnausgleichsanspruchs unter Eheleuten - nicht bereits aus diesem Grunde regelmäßig ein untragbares Ergebnis für die Eltern zu verneinen sein. Denn dieser Ausgleichsanspruch wird sich normalerweise nur nach den Beiträgen bemessen, welche die Partner selbst zu dem Vermögensobjekt geleistet haben. Auch den Eltern einen Anspruch gesellschaftsrechtlicher Art zuzubilligen, wäre andererseits nicht sachgerecht, da nur die Partner der nicht ehelichen Lebensgemeinschaft auf Dauer einen gemeinsamen Zweck verfolgten, während die Eltern diesen Zweck lediglich als Außenstehende unterstützten, ohne im Übrigen in das gesellschaftsähnliche Verhältnis einbezogen zu sein. Es ist deshalb die gleiche rechtliche Konstruktion angezeigt, die nach Scheidung einer Ehe auf Zuwendungen von Schwiegereltern an einen Ehepartner Anwendung findet.

F. Überprüfung des Falls auf einen Wegfall der Geschäftsgrundlage

I. Voraussetzungen für den Wegfall der Geschäftsgrundlage

Eine Gesamtwürdigung des bewiesenen Sachverhalts ergibt, dass die Parteien mit dem Bau des Hauses die Absicht verfolgten, einen gemeinschaftlichen Wert zu schaffen, der ihnen nach ihrer Vorstellung gemeinsam gehören sollte. Ein schwer wiegendes Indiz hierfür ist der Umstand, dass der Vater der Kl. in erheblichem Maße zu der Wertsteigerung des Hausgrundstücks beitrug. Es ist in der Rechtsprechung des BGH anerkannt, dass wesentliche Beiträge des Partners, der nicht Eigentümer des Vermögensobjekts ist, einen Anhaltspunkt für eine gemeinschaftliche Wertschöpfung bilden (NJW 1992, 906 [907]). Nichts anderes kann gelten, wenn die

Eltern des Partners mit dessen Zustimmung solche wesentlichen Beiträge leisten. Hier wäre der persönliche Einsatz des Vaters der Kl. sowohl seinem zeitlichen Umfang nach als auch nach seinem finanziellen Wert nicht erklärlich, wenn lediglich beabsichtigt gewesen wäre, dass das Haus für die Dauer der Partnerschaft von der Kl. und dem Bekl. gemeinsam genutzt würde, eine rechtliche und wirtschaftliche Vermögensmehrung aber nur auf Seiten des Bekl. herbeigeführt werden sollte. Vielmehr kann das Verhalten des Vaters sinnvoll nur so gedeutet werden, dass er im Hinblick auf die mit dem Bekl. bestehende Partnerschaft seiner Tochter nach Art einer Mitgift zu dem wirtschaftlichen Vermögen beider Partner einen Beitrag leisten wollte. Dass dies dem Bekl. verborgen blieb, kann nicht ernstlich angenommen werden. Es wäre deshalb grob unbillig, wenn nach dem Scheitern der Partnerschaft diese Vermögensmehrung bei dem Bekl. verbliebe.

II. Umfang des Ausgleichsanspruchs

Nach dem Ende der Partnerschaft war der Bekl. dem Vater wegen Fortfalls der Geschäftsgrundlage zu einem angemessenen Ausgleich in Geld verpflichtet. Dieser ist mit 24 000 DM zu beziffern. Die Höhe dieser Verpflichtung richtet sich nach dem Wert der von dem Zuwendenden erbrachten Leistungen, soweit dadurch das Vermögen des Bekl. noch gemehrt ist (vgl. dazu BGH, NJW 1999, 2962 [2965]). Diesen Wert schätzt der Senat nach § 287 ZPO auf der Grundlage des Beweisergebnisses auf 24 000 DM. Die Wertsteigerung des Hausgrundstücks durch die Leistungen des Vaters der Kl. ist in etwa gleichzusetzen mit dem Wert der erbrachten Arbeits- und Materialleistungen. Dadurch, dass die Parteien das Haus von April 1996 bis August 1997 bewohnt hatten, war zum Zeitpunkt ihrer Trennung eine nennenswerte Wertminderung noch nicht eingetreten, zumal das Haus anfangs noch nicht völlig fertig gestellt war.

Gegenansprüche stehen dem Bekl. nicht zu. Eine Nutzungsentschädigung für die Zeit, in der die Kl. während des Bestehens der nicht ehelichen Lebensgemeinschaft in dem H aus des Bekl. wohnte, ist nach den Grundsätzen der Rechtsprechung des BGH nicht geschuldet.

Strafrecht

Standort: § 22 StGB Problem: Versuchsbeginn bei unbewusster Opfermitwirkung

BGH, BESCHLUSS VOM 8.05.2001
1 STR 137101 (NSTZ 2001, 475)

Problemdarstellung:

Um sich an seinem ehemaligen Vermieter zu rächen, hatte der Angekl. mehrere Manipulationen an den Elektroinstallationen des zuvor auch von ihm bewohnten Hauses vorgenmommen. Er wollte u.a. erreichen, dass ein nachfolgender Nutzer der Steckdosen erhebliche Stromschläge erleidet. Da die Manipulationen allerdings entdeckt wurden, bevor es zu der beabsichtigten Nutzung kam, stellte sich für den BGH die Frage, ob sich der Angekl. wegen versuchten Totschlags strafbar gemacht hat. Der Senat ist der Ansicht, dass das LG trotz der noch nicht erfolgten Opfermitwirkung zu Recht von einem unmittelbaren Ansetzen ausgegangen ist, da ein entsprechendes Opferverhalten alsbald zu erwarten war und somit von einer konkreten Rechtsgutsgefährdung auszugehen sei. Allerdings rügt das Gericht die Feststellungen der StrK zum Tötungsvorsatz aufgrund durchgreifender Erörterungsmängel und hebt die Entscheidung daher auf.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung besitzt insbesondere wegen der Ausführungen zum Versuchsbeginn bei Opfermitwirkung erhebliche Prüfungsrelevanz. In Anlehnung an seine grundlegenden Entscheidungen in BGHSt 43, 117 (sog. Passauer Giftfalle) und NStZ 1998, 294 (sog. Sprengfalle) stellt der BGH fest, dass das Fehlen einer für den Deliktserfolg noch notwendigen (unbewussten) Opfermitwirkung dem Versuchsbeginn nicht entgegensteht, wenn "bei ungestörtem Fortgang der Dinge alsbald und innerhalb eines überschaubaren Zeitraums [die Opferhandlung] wahrscheinlich war und nahelag". Offensichtlich ohne dass der Senat dem eine Bedeutung beimisst, fällt auf, dass er abweichend von den genannten Entscheidung nicht auf die Tätersicht, sondern auf die objektive Wahrscheinlichkeit der Opfermitwirkung abstellt. Es bleiben klärende Stellungnahmen abzuwarten.

Seine weitere Prüfungsrelevanz bezieht die Entscheidung aus den Ausführungen zur Abgrenzung des bedingten Vorsatzes zur bewussten Fahrlässigkeit (vgl. zum Unterlassensvorsatz BGH, NJW 2001, 2484). Im Zusammenhang mit der für den Beweis des Tötungsvorsatzes relevanten sog. Hemmschwellentheorie ist auf eine weitere aktuelle Entscheidung zu einer möglichen Herabsetzung der Hemmschwelle für Angehörige eines fremden Kulturkreises hinzuweisen (s. LG Trier, NStZ-RR 2001, 271 L).

Vertiefungshinweise:

- Zum Versuchsbeginn bei unbewusster Opfermitwirkung: *Otto*, NStZ 1998, 243; *Gössel*, JR 1998, 293; *Roxin*, JZ 1998, 211
- Zur Abgrenzung von Vorsatz und Fahrässigkeit: *Geppert*, Jura 2001, 55

Kursrogramm:

- Examenskurs: "Garage"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Ist noch die unbewusste Mitwirkung des Opfers erforderlich, so ist das Versuchsstadium erreicht, wenn dies bei ungestörtem Fortgang der Dinge alsbald und innerhalb eines überschaubaren Zeitraums wahrscheinlich ist und nahe liegt.

2. Zur Abgrenzung des bedingten Tötungsvorsatzes von der bewussten Fahrlässigkeit.

Sachverhalt:

Nach den getroffenen Feststellungen lag der Angekl. mit dem Vermieter der von ihm und seiner Familie bewohnten Doppelhaushälfte im Streit.

Nachdem ein rechtskräftiger Räumungstitel gegen ihn vorlag, zog er aus dem Hause aus. Aus Verärgerung und um den Vermieter in Verruf zu bringen, nahm er zuvor mehrere Veränderungen u. a. an der Elektroinstallation des Hauses vor. So öffnete er im Esszimmer und im Kinderzimmer jeweils eine Doppelsteckdose, klemmte an je einer der Steckdosen den Schutzleiter und den stromführenden Leiter ab und schloss den stromführenden Leiter an den Schutzleiterkontakt an. Dadurch bewirkte er, dass beim späteren Anschluss eines mit einem Schutzleiter ausgestatteten Elektrogeräts an eine dieser Steckdosen sofort eine Spannung von 230 Volt auf das Gehäuse des angeschlossen Gerätes übertragen werden konnte. Er wollte erreichen, dass ein nachfolgender Nutzer des Hauses beim bestimmungsgemäßen Gebrauch der manipulierten Steckdosen einen Stromschlag erhielte. Überdies hatte der Angekl. zuvor

im Haussicherungskasten für die 3 Stromkreise des Hauses die vorhandenen 16-Ampere-Sicherungen und zudem die Sicherungslastschalter überbrückt, die die stromführenden Phasen zwischen Hausanschlusskasten und dem Haussicherungskasten nochmals mit jeweils 25 Ampere absicherten; sie waren damit funktionslos. Die einzige wirksame Sicherung war danach noch die sog. Panzersicherung im Hausanschlusskasten mit einer Absicherung von 50 Ampere. Die Manipulationen wurden alsbald bei einer Überprüfung der gesamten Elektroinstallation des Hauses entdeckt. Diese fand statt, nachdem der Hausverwalter Veränderungen an der Ölheizungsanlage des Hauses festgestellt hatte, die zu deren Ausfall geführt hatten.

Das LG hat den Angekl. wegen versuchten Totschlags zu einer Freiheitsstrafe von 3 Jahren verurteilt. Seine Revision hatte mit der Sachbeschwerde Erfolg; diese führte zur Aufhebung des Schuld- und des Strafausspruchs.

Aus den Gründen:

Die Annahme des LG, der Angekl. habe mit seinem Handeln bereits das Stadium des Versuchs eines Tötungsdelikts erreicht, ist von Rechts wegen nicht zu beanstanden. Hingegen leiden die Erwägungen zum bedingten Tötungsvorsatz des Angekl. an durchgreifenden Erörterungsmängeln. Überdies sind die Feststellungen zur Frage einer erheblich verminderten Schuldfähigkeit des Angekl. zur Tatzeit lückenhaft.

I. Zum Versuchsbeginn

Zu Recht geht die StrK davon aus, der Angekl. habe unmittelbar zur Begehung der Tat angesetzt (§ 22 StGB). Er hatte aus seiner Sicht alles für das Gelingen seines Tatplanes Erforderliche getan. Für die Herbeiführung eines deliktischen Erfolges war zwar noch die unbewusste Mitwirkung des Opfers erforderlich, das eine der manipulierten Steckdosen hätte nutzen müssen. Das ändert aber nichts daran, dass bei ungestörtem Fortgang der Dinge alsbald und innerhalb eines überschaubaren Zeitraumes die Nutzung einer der manipulierten Steckdosen durch einen nachfolgenden Mieter oder Handwerker wahrscheinlich war und nahelag. Hier, bei der Veränderung elektrischer Steckdosen in zentralen Räumen eines Wohnhauses, blieb nicht etwa ungewiss, ob und wann die Manipulationen einmal Wirkung entfalten würden. Es lag vielmehr auf der Hand, dass die Steckdosen in Kürze genutzt würden. Insofern verhält es sich anders als etwa beim Aufstellen eines vergifteten Getränks in der ungewissen Erwartung, Einbrecher würden erneut in ein Haus eindringen und das Getränk zu sich nehmen (dazu Senat, BGHSt 43, 117 = NStZ 1998, 241 - Giftfalle). Vielmehr liegt die Sache ähnlich wie beim Anbringen einer Handgranate an einem vor dem Haus geparkten Pkw (dazu Senat NStZ 1998, 294, 295 - Sprengfalle).

II. Zur Annahme von bedingtem Tötungsvorsatz

Die Ausführungen des LG zum bedingten Tötungsvorsatz des Angekl. halten der rechtlichen Überprüfung indessen nicht stand. Das Urteil lässt nicht erkennen, ob das LG die Grenze zwischen bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit in Übereinstimmung mit den Grundsätzen der Rechtsprechung des BGH gezogen hat. Die Würdigung ist lückenhaft.

1. Anforderungen an den Beweis des Vorsatzes (sog. Hemmschwellentheorie)

Der BGH hat wiederholt hervorgehoben, dass vor allem wegen der höheren Hemmschwelle gegenüber der Tötung eines Menschen die offen zutage tretende Lebensgefährlichkeit bestimmter Handlungen ein zwar gewichtiges Indiz, nicht aber ein zwingender Beweisgrund für die Billigung eines Todeserfolges durch den Täter ist (sog. voluntatives Element des Vorsatzes). Der Schluss auf den bedingten Tötungsvorsatz ist deshalb nur dann tragfähig, wenn der Tatrichter in seine Erwägung auch alle diejenigen Umstände einbezogen hat, die eine derartige Folgerung in Frage stellen können. Die Urteilsgründe müssen erkennen lassen, dass er eine solche Prüfung vorgenommen hat. Bei der Würdigung sind alle dafür maßgeblichen Umstände zu berücksichtigen, namentlich das Ziel und der Beweggrund für die Tat, die Art der Ausführung, die von der Tat ausgehende Gefährlichkeit, der Kenntnisstand des Täters, aber auch seine psychische Verfassung. Bei der Abgrenzung ist weiter zu bedenken, dass der Täter einen Tötungserfolg zwar als möglich vorausgesehen, aber ernsthaft und nicht nur vage darauf vertraut haben kann, er werde dennoch nicht eintreten; dann würde er in Bezug auf den Tötungserfolg nur fahrlässig handeln. Hingegen kann eine billigende Inkaufnahme des Erfolges und damit bedingter Tötungsvorsatz vorliegen, wenn ihm der Erfolgseintritt an sich unerwünscht ist, er sich aber wegen eines angestrebten anderen Zieles damit abfindet. Die Grenzziehung kann im Einzelfall durchaus schwierig sein; um so mehr bedarf sie in solchen Fällen der Erörterung (vgl. nur BGHR StGB § 212 I Vorsatz, bedingter 1, 5, 8, 14, 37, 38, 39).

2. Beweiswürdigung durch das LG

Die Urteilsgründe lassen eine solche Abgrenzung des angenommenen bedingten Tötungsvorsatzes zur bewussten Fahrlässigkeit vermissen. Diese wäre auch im Blick auf besondere Umstände des Falles geboten gewesen. Zwar lag nach dem festgestellten objektiven Tatgeschehen die Annahme nahe, der Angekl. könne sich um der Erreichung seines eigentlichen Zieles willen auch damit abgefunden haben, dass auf Grund seiner Manipulation ein Mensch zu Tode kommen könne. Er

hat den Beruf eines Elektrikers erlernt, zu dessen Grundwissen die von solchen Veränderungen ausgehenden Gefahren gehören. Darauf stellt auch das LG ab. Zudem hat er nicht nur die Steckdosen manipuliert, sondern durch die Überbrückung der Absicherung der Stromkreise bewirkt, dass eine Stromstärke bis zu 50 Ampere auf dem Leiter möglich war. Schon ab 100 Milliampere können beim Durchfließen des menschlichen Körpers - abhängig von den weiteren Rahmenbedingungen - Herzkammerflimmern und Herzstillstand eintreten und zum Tode führen. Dies hat das LG sachverständig beraten ebenfalls festgestellt.

Das LG hat aber aus subjektiven Gründen das Vorliegen von Mordmerkmalen verneint. Die hierzu angestellten Erwägungen hätte es auch bei der Prüfung des Tötungsvorsatzes mit einbeziehen und erörtern müssen. Die StrK vermochte nicht die Gewissheit zu erlangen, dass der Angekl. das Heimtückische seines Vorgehens in sein Bewusstsein aufgenommen und die entsprechenden Umstände gedanklich beherrscht und "gewollt gesteuert" hat. Sie hebt darauf ab, dass dem Angekl. im Herbst 1996 ein im seitlichen Schädel entstandener Hirntumor operativ entfernt wurde, der Angekl. dadurch bedingt seine Berufstätigkeit einstellte und finanzielle Einbußen erlitt. Zusammen mit seiner familiären Situation böten sich deshalb ausreichende Anhaltspunkte, dass er sich in einer verzweifelten Lage gesehen habe. Die konkrete Tatausführung stehe nicht der Annahme entgegen, dass er einen "spontan gefassten Entschluss" umgesetzt habe. Zu seinen Gunsten sei deshalb davon auszugehen, er sei in erster Linie von dem Gedanken beherrscht gewesen, seinem Vermieter zu schaden, indem er ernsthafte Konflikte zischen diesem und dem erwarteten Nachmieter auslösen und den Vermieter in Verruf bringen wollte. Für ihn habe nicht im Vordergrund gestanden, gerade die Arglosigkeit eines Nachmieters auszunutzen. Ebenso wenig seien niedrige Beweggründe ein bestimmtes Motiv für eine Tötungshandlung gewesen. Auch hierzu hebt das LG darauf ab, der Angekl. sei in einer affektiv angespannten Situation in erster Linie auf die mittelbare Schädigung des Vermieters fixiert gewesen.

Diese zu den subjektiven Elementen der Mordmerkmale angestellten Erwägungen - die für sich gesehen gerade hinsichtlich der Heimtücke wegen des objektiven Tatbildes durchaus fragwürdig erscheinen mögen, den Angekl. insoweit jedoch nicht beschweren - hätte die StrK auch bei der Abgrenzung zwischen bedingtem Tötungsvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit bedenken und berücksichtigen müssen. Das ist nicht geschehen, obgleich die psychische Verfassung eines Täters für die insoweit zu bewertende Frage mitbedeutsam sein kann. Dabei wäre auch zu erörtern gewesen, welches Gewicht der Befindlichkeit des Angekl. angesichts der objektiv möglichen Auswirkungen und des Ausmaßes seiner Manipulation zukommen konnte.

III. Zur Steuerungsfähigkeit des Angekl.

Darüber hinaus erweist sich die Würdigung zur subjektiven Tatseite unter einem weiteren Gesichtspunkt als lückenhaft. Das LG hat keine näheren Feststellungen dazu getroffen, von welcher Intensität und Wirkung der operative Eingriff war, bei welchem dem Angekl. nur wenige Monate vor der Tat im seitlichen Schädel ein Hirntumor entfernt worden war. Bei Verletzungen mit Gehirnbeteiligung gehört die Beurteilung der Auswirkungen auf die Steuerungsfähigkeit zu denjenigen Fragen, für die eigene Sachkunde des Tatrichters regelmäßig nicht ausreicht. Die Beiziehung der Krankenunterlagen und die Anhörung eines medizinischen Sachverständigen drängen sich dann oft auf (vgl. dazu BGHR StGB § 21 Sachverständiger 1, 2, 4, 8). Hier ist allerdings eine Aufklärungsrüge von der Revision nicht erhoben.

Unbeschadet dessen erweist es sich aber auch als sachlich-rechtlicher Mangel, dass das Urteil keine Ausführungen zur erforderlichen Sachkunde der *StrK* für die Beurteilung der Auswirkungen des Eingriffs auf den inneren Tatbestand - wie auch auf die Steuerungsfähigkeit - enthält. Das LG hat lediglich die Ehefrau des Angekl. und weitere Zeugen befragt und führt aus, diese hätten Wesensveränderungen beim Angekl. oder ein sonst auffälliges Verhalten nach dem Eingriff verneint. Das genügte hier nicht, um die Frage etwaiger Auswirkungen des Eingriff zunächst auf die Steuerungsfähigkeit des Angekl., ihm hier gegebenen Zusammenhang aber auch auf die subjektive Tatseite (Willenselement des Vorsatzes) tragfähig beantworten zu können. Denn die Tat des Angekl. erscheint eher ungewöhnlich (vgl. dazu BGHR StGB § 21 Sachverständiger 8; BGH Beschl. v. 10. 5. 1984 - 2 StR 145/84), und nach den Grundsätzen der fachmedizinischen Erfahrung legt ein nachgewiesener Hirnprozess stets das Vorliegen schuldfähigkeitsmindernder Voraussetzungen nahe. Das kann hier auch für die Abgrenzung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit Bedeutung erlangen.

Der bezeichnete Darlegungs- und Erörterungsmangel wirkt sich weiter auf die Würdigung zur Frage einer erheblichen Verminderung der Schuldfähigkeit des Angekl. zur Tatzeit aus. Das Ausmaß und die Auswirkungen der Tumoroperation hätten auch insoweit näherer Feststellungen und der Bewertung bedurft.

Standort: § 227 StGB **Problem: Voraussetzungen der Fahrlässigkeit**

BGH, URTEIL VOM 28.03.2001
3 STR 532/00 (NSTZ 2001, 478)

Problemdarstellung:

Der BGH hatte über die Strafbarkeit eines Angekl. zu entscheiden, der aus einer "alkoholbedingten Laune heraus", sein Opfer mit angewinkeltem Bein und den Armen voraus so angesprungen hat, dass es mit dem Kopf gegen eine Wand stieß und an einer resultierenden Hirnblutung verstarb. Die vom LG lediglich ausgesprochene Verurteilung wegen vorsätzlicher Körperverletzung rügt der BGH wegen einer unzureichenden Beweiswürdigung durch das Tatgericht.

Der BGH erörtert die Voraussetzungen einer Verurteilung wegen Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB) und stellt fest, dass die erforderliche Fahrlässigkeitsprüfung (§ 18 StGB) auf das Merkmal der Vorhersehbarkeit der besonderen Folge beschränkt ist. Bei einem alkoholisierten Täter müssten insoweit die Beeinträchtigungen der kognitiven Fähigkeiten berücksichtigt werden. Diesen Maßstäben werde das Urteil des LG nicht gerecht.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung erörtert die umstrittene Frage, welche Anforderungen an die Fahrlässigkeitsprüfung im Rahmen der examensrelevanten erfolgsqualifizierten Delikte zu stellen sind (vgl. zur Übersicht und den sonstigen Einzelfragen Sowada, Jura 1994, 643; Jura 1995, 644). Der BGH spricht mit dem vorliegenden Urteil zum wiederholten Male aus, dass sich die (objektive und subjektive) Pflichtwidrigkeit bereits aus der schuldhaften Verwirklichung des Grunddeliktes ergibt und daher "alleiniges Merkmal der Fahrlässigkeit hinsichtlich der qualifizierenden Tatfolge die Vorhersehbarkeit des Todes des Opfers" ist. Dabei soll sich die Vorhersehbarkeit lediglich auf den Enderfolg und nicht auch auf die Einzelheiten des dahin führenden Kausalverlaufs erstrecken müssen. Die Rechtsprechung geht insoweit davon aus, dass es auch für einen alkoholisierten Täter vorhersehbar sei, dass ein wuchtiger Faustschlag ins Gesicht zum Tod des Opfers führe.

Die Literatur greift diese Rechtsprechung von zwei Seiten an: Zum einen wird auch die Prüfung der Pflichtwidrigkeit für erforderlich gehalten, da die Verwirklichung des Grunddeliktes die Sorgfaltswidrigkeit des Tuns nur regelmäßig, aber nicht notwendigerweise umfasse (vgl. Schönke/Schröder/Stree, § 227, Rn. 7 m.w.N.). Zum anderen wird die Vorsehbarkeitsprüfung auf die Erkennbarkeit des tatbestandsspezifischen Gefahrzusammenhangs erstreckt (so z.B. Wessels/Beulke, AT, Rn. 693 m.N.). Je nachdem, welche Anforderungen an diesen Zusammenhang gestellt werden (Erfolgs- oder Handlungsgefährlichkeit) , muss der Täter auch voraussehen, dass gerade der Körperverletzungserfolg die Todesfolge herbeiführen könnte (vgl. Schönke/Schröder/ Stree, § 227, Rn. 5/7).

Vertiefungshinweise:

- Zu den allgemeinen Anforderungen an die Fahrlässigkeit i. S. des § 18 StGB: *BGHSt* 24, 213; *Wolter*, JuS 1981, 168
- Zu den kognitiven Fähigkeiten eines alkoholisierten Täters: *BGH*, NStZ-RR 1997, 296; *LG Gera*, NStZ-RR 1996, 37.

Kursprogramm:

- *Examenskurs*: "Hooligan"

Leitsatz (der Redaktion):

Beim Tatbestand der Körperverletzung mit Todesfolge ist Merkmal der Fahrlässigkeit hinsichtlich der qualifizierenden Tatfolge die Vorhersehbarkeit des Todes des Opfers.

Sachverhalt:

Nach den Feststellungen traf der Angekl., dessen Steuerungsfähigkeit auf Grund vorangegangenen Alkoholgenusses erheblich vermindert war, in der Tatnacht am Treppenabgang zu einem S-Bahn-Tunnel auf die Eheleute J und deren Sohn, die er mit den Worten ansprach: "Hey, habt ihr auch schön gefeiert?" Nachdem sie dies bejaht und erklärt hatten, sie wollten nun nach Hause gehen, stiegen die Eheleute J die Treppe zu dem 50 m langen Tunnel hinab, während der Angekl. zunächst am Eingang stehen blieb. Als sie nur noch wenige Schritte vom gegenüberliegenden Tunnel entfernt waren und ihr Sohn bereits sein Fahrrad über die neben der dortigen Treppe gelegene Schräge hinaufschob, entschloss sich der Angekl. aus einer alkoholbedingten Laune heraus, Herrn J anzugreifen. Er lief die Treppe in den Tunnel hinunter und rannte auf Herrn J zu, der ihn nicht bemerkte. Erst als er ihn fast erreicht hatte, wurde dessen Sohn auf den Angekl. aufmerksam und rief seinem Vater zu: "Pass auf, der kommt." Ohne dass Herrn J noch Zeit zum Ausweichen blieb, sprang der Angekl. mit angewinkeltem Bein und den Armen voraus auf ihn zu. Da dieser sich keines Angriffs versehen hatte, zeigte er keine oder auf Grund vorangegangenen Alkoholgenusses nur verzögerte Abwehr- oder Schutzreaktionen. Er geriet durch den Stoß des Angekl. aus dem Gleichgewicht, prallte mit dem Kopf gegen die 1-2 m entfernte, gekachelte Stirnwand des Tunnels und sackte bewusstlos zu Boden. Daraufhin wandte sich der Angekl. lachend ab und flüchtete durch den entgegengesetzten Tunnelausgang. Der Geschädigte erwachte zunächst

wieder aus der Bewusstlosigkeit, klagte nur über Schmerzen im Ellbogen und begab sich zu Hause zu Bett. Am nächsten Tag war er nicht mehr ansprechbar. Auf Grund des Anstoßes an der Tunnelwand war es zu einer Hirnblutung gekommen, an deren Folgen der Geschädigte trotz einer noch durchgeführten Operation verstarb.

Das LG hat den Angekl. wegen vorsätzlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von 2 Jahren und 6 Monaten verurteilt. Mit ihren hiergegen gerichteten Revisionen haben die StA und der Angekl. jeweils die Verletzung materiellen Rechts gerügt. Die StA hat beanstandet, dass der Angekl. nicht wegen Körperverletzung mit Todesfolge verurteilt worden ist, der Angekl. hat die Sachrüge in allgemeiner Form erhoben. Das Rechtsmittel der StA hatte in vollem Umfang, das des Angekl. lediglich zum Strafausspruch Erfolg.

Aus den Gründen:

Obwohl der Angekl. nach den Feststellungen durch seine Angriff den Tod des Geschädigten verursachte, hat das LG den Angekl. lediglich der vorsätzlichen Körperverletzung (§ 223 I StGB) schuldig gesprochen. An einer Verurteilung wegen Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB) hat es sich gehindert gesehen, weil "fraglich" sei, ob der Angekl. aufgrund seiner Alkoholisierung erkennen und überschauen konnte, dass der Geschädigte durch den "Stoß mit den Händen" gegen die 1-2 m entfernte Tunnelwand prallen und sich hierbei schwere Gehirnverletzungen zuziehen würde. Hiergegen wendet sich die StA mit Recht.

I. Allgemeine Voraussetzungen des § 227 StGB

Des Verbrechens der Körperverletzung mit Todesfolge macht sich schuldig, wer eine vorsätzliche (BGH NJW 1985, 2958) Körperverletzungshandlung begeht, der das Risiko eines tödlichen Ausganges anhaftet, sofern sich das der Handlung eigentümliche Risiko im Eintritt des Todes des Angegriffenen verwirklicht (st. Rspr.; s. nur BGHSt 31, 96, 99; BGHR StGB § 226 Todesfolge 6 m.w.N.) und dem Täter hinsichtlich der Verursachung des Todes zumindest Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist (§ 18 StGB). Da der Täter schon durch die schuldhafte Verwirklichung eines der Grunddelikte der §§ 223 bis 226 StGB stets objektiv und subjektiv pflichtwidrig handelt, ist dabei alleiniges Merkmal der Fahrlässigkeit hinsichtlich der qualifizierenden Tatfolge die Vorhersehbarkeit des Todes des Opfers (BGHSt 24, 213, 215; BGH NStZ 1982, 27; weitergehend SK-StGB-Horn 44. Lfg., § 227 Rn 4; und S/S-Stree 26. Aufl., § 227 Rn 7 mwN, die eine selbstständige Prüfung der Sorgfaltswidrigkeit in bezug auf die Todesverursachung verlangen). Hierfür ist entscheidend, ob vom Täter in seiner konkreten Lage nach seinen persönlichen Kenntnissen und Fähigkeiten der Eintritt des Todes des Opfers - im Ergebnis und nicht in den Einzelheiten des dahin führenden Kausalverlaufes (BGH NStZ 1992, 333, 335 mwN) - vorausgesehen werden konnte (BGHR StGB § 226 Todesfolge 6). Dabei ist eine mögliche Beeinträchtigung der kognitiven Fähigkeiten des Angekl. auf Grund vorangegangenen Alkoholgenusses zu berücksichtigen (vgl. BGH bei Dallinger MDR 1973, 18; BGHR StGB § 226 Todesfolge 6 und 7).

II. Überprüfung des landgerichtlichen Urteils

Diesen Maßstäben wird das Urteil des LG nicht gerecht.

1. Beweiswürdigung durch das LG hinsichtlich der subjektiven Tatseite

Zutreffend weist die Bf'in zunächst darauf hin, dass die Beweiswürdigung der StrK zur subjektiven Tatseite lücken- und damit rechtsfehlerhaft ist, weil sie wesentliche Umstände des Geschehens nicht in die Überzeugungsbildung miteinbezieht. Die StrK vermag sich nicht davon zu überzeugen, dass der Angekl. zum Tatzeitpunkt in der Lage war, den durch seinen "Stoß mit den Händen" in Gang gesetzten und zum Tod des Geschädigten führenden Geschehensablauf vorauszusehen, weil es fraglich sei, ob der Angekl. diesen Ablauf auf Grund seiner Alkoholisierung erkennen und überschauen konnte.

Hierbei hat das LG bereits unberücksichtigt gelassen, dass der Angekl. dem Geschädigten nach den Feststellungen nicht lediglich einen Stoß mit den Händen versetzte, sondern über eine längere Strecke auf ihn zurannte und schließlich mit angewinkeltem Bein und den Armen voraus auf ihn zusprang. Außerdem hat es sich damit nicht auseinandergesetzt, dass der Geschädigte sich keines Angriffs versah, daher von der Attacke des Angekl. überrascht wurde und keine rechtzeitige Abwehr- oder Ausweichreaktion zeigte. Wird eine nicht abwehrbereite überraschte Person aus vollem Lauf angesprungen, lässt das Maß der Gewalteinwirkung jedoch wesentlich schwerere Auswirkungen erwarten als ein bloßer Stoß mit den Händen. Es hätte daher der Erörterung bedurft, ob die Alkoholisierung des Angekl. geeignet war, dessen kognitive Fähigkeiten derart zu beeinträchtigen, dass er nicht mehr in der Lage war vorauszusehen, sein massiver Angriff auf den überraschten Geschädigten könne dazu führen, dass dieser gegen die 1-2 m entfernte Wand des Tunnels geschleudert werde und sich dabei lebensgefährdende Hirnverletzungen zuziehe.

Dabei hätte das LG auch beachten müssen, dass die Alkoholisierung des Angekl. dessen Steuerungs-, nicht aber die Einsichtsfähigkeit erheblich vermindert hatte. Ist die Unrechtseinsicht des Täters trotz erheblicher Alkoholisierung jedoch uneingeschränkt erhalten geblieben, so kann dies darauf hindeuten, dass auch die Fähig-

keit zur zutreffenden Wahrnehmung und Bewertung der Umstände des Tatablaufs nicht wesentlich herabgesetzt ist. Die Annahme, der Täter habe möglicherweise dennoch die schweren Folgen seines Tuns alkoholbedingt nicht voraussehen können und müssen, bedarf daher näherer Begründung (vgl. BGHSt 24, 213, 215). Dem werden die Ausführungen des LG nicht gerecht [...]

2. Verneinung des Fahrlässigkeitsvorwurfs

Darüber hinaus hat das LG aber auch seine Prüfung, ob der Angekl. die tödlichen Folgen seines Handelns voraussehen konnte und musste, auf den konkreten Geschehensablauf verengt, wie er tatsächlich zum Tode des Geschädigten führte. Allein durch die vom LG nicht auszuschließende Möglichkeit, der Angekl. könnte auf Grund der Alkoholisierung nicht in der Lage gewesen sein zu erkennen, dass auf Grund seines Angriffs die Gefahr bestand, der Geschädigte werde das Gleichgewicht verlieren, mit dem Kopf gegen die Tunnelwand prallen und sich hierdurch lebensgefährdende Verletzungen zuziehen, ist der Vorwurf fahrlässiger Herbeiführung der Todesfolge nicht ausgeschlossen. Denn da es gerade nicht auf die Einzelheiten des zum Tode des Opfers fahrenden Kausalverlaufs ankommt, ist allein entscheidend, ob für den Angekl. voraussehbar war, dass der dem Geschädigten versetzte Stoß in irgendeiner nicht außerhalb jeder Lebenserfahrung liegenden Weise den Tod des Angegriffenen herbeiführen könnte. Mit derartigen anderen denkbaren Kausalverläufen und ihrer Voraussehbarkeit für den Angekl. hat sich das LG nicht befasst. Wie die Bf. zutreffend ausführt, kommt insoweit etwa die nicht fernliegende Möglichkeit eines Sturzes des durch den Angriff überraschten Tatopfers auf den Tunnelboden mit der Gefahr vergleichbar schwerwiegender Verletzungen in Betracht.

Standort: § 265 a StGB — Problem: Strafbarkeit des sog. Schwarzfahrens

OLG FRANKFURT A.M., URTEIL VOM 16.01.2001
2 SS 365/00 (NSTZ-RR 2001, 269)

Problemdarstellung:

Fälle der Beförderungserschleichung beschäftigen nicht nur die Zivil-, sondern auch die Strafgerichte in erheblichem Umfang. In der vorliegenden Entscheidung hatte sich mit dem OLG Frankfurt erneut ein Gericht mit der Strafbarkeit des "Schwarzfahrens" gem. § 265 a StGB zu beschäftigen. Der Angekl. war mehrfach in eine S-Bahn gestiegen, ohne zuvor einen Fahrschein zu lösen. Obwohl der Angekl. dabei keine Kontroll- oder Sicherungsmaßnahmen umgangen hat, ist der Senat der Ansicht, er habe sich eine Beförderungsleistung "erschlichen". Für die Verwirklichung des § 265 a StGB genüge es nämlich, wenn sich der Täter bei der Inanspruchnahme der Leistung etwa durch unauffälliges Verhalten mit dem "Anschein der Ordnungsgemäßheit" umgebe.

Prüfungsrelevanz:

Die Strafbarkeit des sog. Schwarzfahrens ist von erheblicher praktischer Bedeutung und zählt auch wegen dogmatischer Kontroversen zu den examensrelevantesten Problemen des § 265 a StGB (vgl. zur Übersicht Ranft, Jura 1993, 83; Küper, BT, 3. Aufl., S. 44; s. auch OLG Koblenz, NJW 2000, 86 = RA 2000, 36). Insbesondere umstritten ist, ob das im Massenverkehr typische Ausnutzen des Fehlens von Kontrolleinrichtungen dem Amwendungsbereich des § 265 a StGB unterfällt oder ob nicht vielmehr von einem Erschleichen nur bei einer täuschungsähnlichen Manipulation (Umgehen von Kontrollen o.ä.) die Rede sein kann. Während das OLG Frankfurt sich der in Rechtsprechung vorherrschenden erstgenannten Ansicht anschließt (vgl. zuletzt etwa OLG Düsseldorf, NJW 2000, 2120 = RA 2000, 466), vertritt die überwiegende Literatur die Ansicht, dass der Tatbestand seine unrechtstypisierende Funktion verliere, wenn man ihn schon bei bloß unbefugter Inanspruchnahme einer Leistung anwende (Schönke/Schröder/Lenckner, § 265 a, Rn. 11 m.w.N.).

Vertiefungshinweise:

" Zur Strafbarkeit des Schwarzfahrens: *Hinrichs*, NJW 2001, 932; *Ranft*, Jura 1993, 83.

Leitsätze:

Der Tatbestand des Erschleichens von Leistungen i.S. des § 265 a StGB setzt voraus, dass der Täter sich bei der Inanspruchnahme der Beförderungsleistung mit dem Anschein der Ordnungsmäßigkeit umgibt, beispielsweise durch unauffälligen Aufenthalt in der Bahn. Nicht erforderlich ist es, dass die hierin liegende konkludente Erklärung, der Zahlungspflicht in vertragsgemäßer Weise nachgekommen zu sein, nicht gegenüber einem zu ihrer Entgegennahme bereiten Empfänger erfolgt und dass regelmäßige Kontrollen oder vorhandene Sicherheitsvorkehrungen umgangen werden.

Sachverhalt:

Das AG sprach den Angekl. vom Vorwurf des Erschleichens von Leistungen (§ 265 a I StGB) frei. Es traf folgende Feststellungen: "Der Angekl. benutzte am 7.

12. 1998 um 12.57 Uhr, am 9. 12. 1998 um 13.50 Uhr und am 9. 12. 1998 um 17.57 Uhr im Rhein-Main-Verkehrsbund S-Bahnen der Linie S 8. Er stieg jeweils am Bahnhof in M. ein, ohne zuvor einen Fahrschein zu erwerben. Dabei war ihm bewusst, dass er keinen Fahrschein hatte und er deshalb nicht berechtigt gewesen wäre, die Bahnen zu benutzen. Er hatte jedoch kein Geld, um sich einen Fahrschein zu kaufen. Im Bereich des Verkehrsverbundes können die S-Bahnen von jedermann betreten und benutzt werden, ohne dass irgendwelche Kontroll- oder Sicherungsvorkehrungen umgangen werden müssen. Eine wie auch immer geartete Zugangskontrolle findet nicht statt." Das Rechtsmittel hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet. Nach den seitens des AG getroffenen Feststellungen hat der Angekl. in allen drei genannten Fällen eine strafbare Beförderungserschleichung i. S. des § 265 a 1 StGB begangen. Er hat die S-Bahnzüge benutzt; er hatte dabei auch die Absicht, das Beförderungsentgelt nicht zu entrichten.

I. Zum Erschleichen i.S. des § 265 a StGB

Der Angekl. hat die Benutzung auch " erschlichen" i. S. der genannten Vorschrift. Denn er hat ein Verhalten gezeigt, durch das er sich in den Genuss der Leistung brachte und bei welchem er sich mit dem Anschein der Ordnungsmäßigkeit umgab (vgl. BayObLG, NJW 1969, 1042; OLG Stuttgart, NJW 1990, 924; OLG Hamburg, NStZ 1988, 221; OLG Hamburg, NStZ 1991, 587; OLG Düsseldorf, NJW 2000, 2120). Dem steht nicht entgegen, dass er weder eine Kontrollmöglichkeit überlistet hat, da es eine solche nicht gab, noch er eine täuschungsähnliche Maniplation begangen hat. Denn diese Umstände sind für die Feststellung eines "Erschleichens" der Leistung nicht erforderlich (vgl. OLG Stuttgart, NJW 1999, 924; OLG Hamburg, NStZ 1988, 221; OLG Hamburg, NStZ 1991, 587 f.; OLG Düsseldorf NJW 2000, 2120 f.; Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, 25. Aufl., § 265 a Rdnrn. 8, 11; Tröndle/Fischer, StGB, 49. Aufl., § 265 a Rdnr. 3; AG Hamburg, NStZ 1988, 221; Alwart, JZ 1986, 563 ff.; ders., NStZ 1991, 588 ff.; Albrecht, NStZ 1988, 222 ff.; Fischer, NJW 1988, 1828 f.; Schall, JR 1992, 1 ff.; Ranft, Jura 1993, 84 [87 f.]).

II. Zum erforderlichen "Anschein der Ordnungsgemäßheit"

Nach § 265 a StGB wird unter anderem bestraft, wer die Beförderung durch ein Verkehrsmittel in der Absicht erschleicht, das Entgelt nicht zu entrichten. Diese Vorschrift soll als Auffangtatbestand Verhaltensweisen unter Strafe stellen, die mangels Täuschung einer bestimmten Person durch den Betrugstatbestand des § 263 StGB nicht erfasst werden (vgl. Lenckner, in: Schönke/Schröder, § 265 a Rdnr. 1). Auf Grund der Fassung des Tatbestands unterfällt der Vorschrift nicht schon das der Ordnung widersprechende Nichtlösen eines Fahrscheins für die Benutzung der S-Bahn oder das Unterlassen der Entwertung einer bereits gelösten Fahrkarte. Vielmehr setzt das Erfordernis des Erschleichens der Leistung zusätzlich voraus, dass der Täter sich bei der Inanspruchnahme der Beförderungsleistung mit dem Anschein der Ordnungsmäßigkeit umgibt oder er Kontrollmaßnahmen umgeht oder ausschaltet (vgl. BayObLG, NJW 1969, 1042; OLG Stuttgart, NJW 1990, 924; OLG Hamburg, NStZ 1988, 221; OLG Hamburg, NStZ 1991, 587 f.; OLG Düsseldorf, NJW 2000, 2120). Der Angekl. hat sich jeweils mit dem Anschein der Ordnungsmäßigkeit umgeben, indem er sich unauffällig in der S-Bahn aufhielt und dadurch den Eindruck erweckte, er habe, wie es die Beförderungsbedingungen vorschreiben und wie dies andere, ehrliche Benutzer tun, vor Antritt der Fahrt einen Fahrausweis erworben oder er sei schon zuvor im Besitz eines Fahrscheins gewesen. Dies ergibt sich aus einer Würdigung seines Verhaltens vor dem Hintergrund der Beförderungsbedingungen und des nach diesen Bedingungen durchgeführten Betriebs des S-Bahnverkehrs.

III. Zu den zivilrechtlichen Grundlagen der Beförderungsleistung

Der Rhein-Main-Verkehrsverbund unterbreitet durch Bereithaltung der Transportmittel jedermann eine Realofferte des Inhalts, die Beförderungsleistung zu erbringen. Dieses Angebot hat der Angekl. durch Betreten des S-Bahn-Wagens jeweils konkludent angenommen. Hierbei handelt es sich um eine rechtsgeschäftliche Willensbetätigung (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 60. Aufl., Vorb. § 145 Rdnr. 26). Der Vorbehalt des Angekl., den Fahrpreis nicht entrichten zu wollen, war für das Zustandekommen des Vertrags unbeachtlich (§ 116 S. 1 BGB; vgl. BGHZ 95, 399 ff.; BGH, NJW 1965, 387; Palandt/Heinrichs, Vorb. § 145 Rdnr. 27). Nach den wirksam einbezogenen Beförderungsbedingungen ist bestimmt, dass der Fahrpreis vor Betreten des S-Bahn-Wagens bereits entrichtet worden sein muss. Damit liegt mit dem Betreten des Beförderungsmittels nicht nur ein Unterlassen seitens des Angekl., nämlich ein Unterlassen, das vertraglich geschuldete Entgelt zu entrichten, vor, sondern zugleich die wahrheitswidrige positive Erklärung, der Zahlungspflicht in vertragsgemäßer Weise und damit bereits vor Betreten des Zugs nachgekommen zu sein. Dem steht nicht entgegen, dass sich nicht alle Fahrgäste ordnungsgemäß verhalten, sondern nicht ganz wenige "Schwarzfahrer" das Entgelt gerade nicht entrichtet haben, da maßgebend für die Beurteilung das üblicherweise unzutreffende Verhalten ist. Dieses den Anschein der Ordnungsmäßigkeit positiv

begründende Verhalten reicht für ein "Erschleichen" der Leistung aus. Dass die Erklärung des Angekl. nicht gegenüber einem zu ihrer Entgegennahme bereiten Empfänger erfolgte, steht dem nicht entgegen. Denn es ist gerade ein typisches Merkmal der Schuldverhältnisse, welche derartige Massenleistungen zum Gegenstand haben, dass die zur Vertragsannahme führenden Erklärungen nicht gegenüber dem Anbietet abgegeben zu werden und ihm nicht zuzugehen brauchen (§ 151 S. 1 BGB). Dementsprechend ist es auch unerheblich, dass die Vorschrift des § 151 S. 1 BGB nicht nur auf die Abgabe einer Erklärung abstellt, sondern auch eine Betätigung des Annahmewillens anderer Art ausreichen lässt (hierzu Ranft, Jura 1993, 84 [87]). Denn auch bei einer derartigen Betätigung des Annahmewillens handelt es sich wie dargelegt um ein positives Tun, mit welchem der Täter den Anschein hervorruft, das Beförderungsentgelt bereits geleistet zu haben.

IV. Zur fehlenden Umgehung von Kontrollen

1. Teleologische Auslegung

Das Merkmal des "Erschleichens" einer Beförderungsleistung setzt nicht notwendig voraus, dass der Angekl. irgendwelche regelmäßigen Kontrollen oder vorhandene Sicherheitsvorkehrungen umgangen oder unterlaufen hat (so aber AG Hamburg, NStZ 1988, 221 sowie die o.g. Autoren). Eine solche Voraussetzung folgt weder aus dem Wortlaut der Norm noch aus dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers noch aus einer Auslegung nach Sinn und Zweck der Vorschrift oder aus einem Vergleich mit den weiteren Tatbestandsalternativen des § 265 a I StGB. Der Begriff des Erschleichens enthält ein täuschungsähnliches Moment; er intendiert die Bedeutung, dass die erstrebte Leistung durch heimliches, mithin unbemerktes oder unauffälliges Vorgehen erlangt wird. Hierbei ist es nach der Wortbedeutung nicht zwingend, dass anstelle einer "geistigen Schutzbarriere", die durch den Betrugstatbestand vor Irrtumserregung durch Täuschung geschützt wird, eine andere - nicht täuschungsfähige bzw. nicht irrende - Schutzvorkehrung tritt, die der Täter unterläuft, um auf diese Art und Weise den Vermögensschaden des Opfers herbeizuführen (so aber Schall, JR 1992, 1 [4] m. w. Nachw.). Vielmehr kann der Begriff des "Erschleichens" auch den Fall umfassen, dass eine konkret zu umgehende Schutzvorrichtung gar nicht vorhanden ist, sondern nur im nicht vorhersehbaren Einzelfall, z. B. in Gestalt von Zufallskontrollen, in Erscheinung treten kann. Dementsprechend ist die Schlussfolgerung, das täuschende Verhalten müsse - wenn keine sonstigen Sperren umgangen wurden - auf einen faktisch oder wenigstens potenziell bereiten Erklärungsempfänger treffen, nur in diesen Fällen bestehe eine Kausalität zwischen Erhalt der Beförderungsleistung und der Täuschung, nicht zwingend (so aber Schall, JR 1992, 1 [2 f.]; Albrecht, NStZ 1988, 222f.; Ranft, Jura 1993, 84 [87 f.];ähnl. Alwart, JZ 1986, 563 [567 ff.]; ders, NStZ 1991, 588 ff.; Fischer, NJW 1988, 1828 f.).

2. Systematische Auslegung

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus einem Vergleich mit den anderen Tatbestandsalternativen des § 265 1 StGB. Im Unterschied zu den Leistungen eines Automaten oder eines öffentlichen Zwecken dienenden Telekommunikationsnetzes, die nur auf eine positive Anforderung hin erbracht werden fahren die Beförderungsmittel normalerweise ohnehin. Die Leistung wird lediglich dadurch für eine bestimmte Person erbracht, dass diese sich befördern lässt, indem sie in das Verkehrsmittel einsteigt. Während bei einem Automaten und einem derartigen Telekommunikationsnetz demnach die unberechtigte Inanspruchnahme, die als "Erschleichen" der Strafbarkeit unterworfen sein soll, in der Regel eine aktive Manipulation oder Umgehung von Sicherungsmechanismen erfordert, ist eine vergleichbare aktive Umgehung von Kontrolleinrichtungen bei der Veranlassung der Beförderung schon der Sachlage nach grundsätzlich nicht nötig. Ebenso ist es nicht erforderlich, die Leistung durch ein täuschungsähnliches Moment ,aus einem fremden Bereich herauszulösen oder zu - locken" (o Schall, JR 1992, 1 [2]). Entsprechendes gilt bei dem Verschaffen des Zutritts zu einer Veranstaltung oder Einrichtung. Aus dieser unterschiedlichen Sachlage ergibt sich aber auch die unterschiedliche Schutzbedürftigkeit des durch die einzelnen Tatbestandsalternativen gesicherten Vermögens. Gerade weil die Verkehrsbetriebe ihre Leistungen auch ohne besondere Sicherungsvorkehrungen und Kontrollen anbieten und erbringen, ist ihr Vermögen gegenüber unberechtigter Inanspruchnahme besonders gefährdet. Das strafbare besondere Handlungsunrecht im Falle der Beförderungserschleichung liegt damit in dem Missbrauch des Vertrauens, das der Betreiber durch das uneingeschränkte Anbieten seiner Leistung an das gesamte Publikum vorgeleistet hat, unter Vorspiegelung ordnungsgemäßen Verhaltens (ebenso OLG Stuttgart, NJW 1990, 924). Damit handelt es sich nicht lediglich um eine "systemwidrige Sanktionierung eines bloßen Vertragsbruches" (so Schall, JR 1992, 1 [5]). Zugleich geht es auch nicht darum, mit den Mitteln des Strafrechts "Rationalisierungsmaßnahmen privater oder öffentlicher Versorgungsunternehmen zu ermöglichen oder zu flankieren" (vgl. *Fischer,* NJW 198 8, 1828 [182]) oder das Strafrecht "bei ausschließlich ökonomisch intendierter Risikoverlagerung von Leistungsanbietern im Interesse seiner Geltungskraft zu instrumentalisieren, unbegrenzte merkantile Bütteldienste zu leisten" mit der "unausweichlichen Folge einer Kriminalisierung insbesondere junger Menschen und sozial

Randständiger" (so Albrecht, NStZ 1988, 222 [224]); auch wird nicht lediglich "unmoralisches, parasitäres Verhalten als solches" der Strafbarkeit unterworfen (so im Ergebnis Alwart, NStZ 1991, 588 [5891). Vielmehr geht es allein darum, die Rechtsverhältnisse im Massenverkehr in ihrer tatsächlichen Erscheinungsform zutreffend zu erfassen.

3. Historische Auslegung

Der so ermittelte Gesetzesinhalt wird durch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes bestätigt (hierzu vgl. Lackner, in: LK-StGB, Vorb. § 265 a Rdnr. 1). Der Gesetzgeber hatte schon im Jahre 1935 zu berücksichtigen, dass es nicht mehr bei allen öffentlichen Verkehrsmitteln Zugangskontrollen gab, wenn auch das Vorhandensein von Kontrollen seinerzeit noch die Regel gewesen sein dürfte. Die weite Fassung der Bestimmung erlaubt ihre Anwendung jedenfalls auch auf die geänderten Fallgestaltungen. Auch in der Folgezeit hat der Gesetzgeber in Kenntnis der herrschenden Rechtsprechung eine Änderung der Bestimmung bisher nicht vorgenommen, obwohl die Vorschrift im Übrigen mehrfach Änderungen unterworfen war. Entsprechende Gesetzentwürfe sind nicht weiter bearbeitet oder abgelehnt worden (vgl. hierzu OLG Düsseldorf, NJW 2000, 2120; Lenckner, in: Schönke/Schröder, § 265 a Rdnr. 1; Tröndle/Fischer, § 265 a Rdnr. 1, jew. m. w. Nachw.).

V. Zur Verfassungsmäßigkeit der gewählten Auslegung

Die genannte Auslegung des Tatbestandsmerkmals "Erschleichen" verstößt nicht gegen Art. 103 II GG, sondern ist vielmehr von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden (BVerfG, NJW 1998, 1135 f.) [...].

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht **Problem: Kostenpflicht Schuldunfähiger**

VG BERLIN, URTEIL VOM 15.03.2001
1 A 185/99 (NJW 2001, 2489)

Problemdarstellung:

Das VG Berlin hatte sich mit der Frage zu beschäftigen, ob eine schuldunfähige Person zur Gefahrenabwehr (sogen. "Primärebene") und zur Kostentragung (sogen. "Sekundärebene") in Anspruch genommen werden. Das VG bejaht beides. Auf Primärebene sei dies schon aus Gründen der Effektivität der Gefahrenabwehr geboten. Auf Sekundärebene könne nichts anderes gelten, da die Kostenlast (hier: im Wege des Regresses) der Ordnungspflicht folge. Die öffentlich-rechtliche Inanspruchnahme zur Kostentragung sei unabhängig von der Schadensersatzpflicht des BGB; der dortige Ausschlussgrund für Schuldunfähige (§ 827 S. 1 BGB) greife daher im öffentlichen Recht nicht. Auch möge es so sein, dass bei Schuldunfähigen die Kosten regelmäßig faktisch nicht einzutreiben seien; dies ändere jedoch nichts an ihrer gesetzlichen Haftung.

Am Rande interessant ist zudem die Feststellung des Gerichts, dass eine Hausverwaltung jedenfalls dann nicht Zustandsstörer bzgl. der von einer Wohnung in dem von ihr verwalteten Gebäude ausgehenden Gefahren sei, wenn sie keinen Schlüssel zu der Wohnung besitze.

Prüfungsrelevanz:

In Rechtsprechung und Literatur ist seit langem umstritten, wie das Ermessen bei der Auswahl unter solventen (hier: Hausverwaltung) und insolventen (hier: schuldunfähige Mieterin) Kostenpflichtigen auszuüben ist. Eine Ansicht hält den Grundsatz der Effektivität für von der Primär- auf die Sekundärebene übertragbar. Wenn auf Primärebene derjenige vorrangig heranzuziehen sei, der die Gefahr am besten, schnellsten und sichersten abwehren könne, müsse auf Sekundärebene derjenige die Kosten tragen, der die sicherste Gewähr für deren Realisierung biete. Danach wäre der solvente stets dem insolventen Kostenpflichtigen vorzuziehen. Für diese Ansicht spricht vor allem, dass ansonsten die Allgemeinheit mit den Kosten belastet bliebe. Das VG schließt sich hingegen nicht dieser, sondern der Gegenauffassung an. Danach sei auf Sekundärebene nicht mehr (bzw. - je nach Auffassung - jedenfalls nicht mehr allein oder nicht mehr vorrangig) auf die Effektivität abzustellen. Vielmehr seien andere Kriterien, vor allem die wechselseitigen Verursachungsbeiträge, heranzuziehen. Hat also der insolvente Störer durch sein Verhalten erst die Gefahr geschaffen, müsste dieser vor dem solventen, aber möglicherweise unbeteiligten Zustandsstörer herangezogen werden.

Vertiefungshinweise:

- Für eine Auswahl des Kostenschuldners nach Effektivität: *OVG Lüneburg*, NVwZ 1990, 786, 787; *BayVGH*, NVwZ 1989, 681, 683)
- Für eine Auswahl des Kostenschuldners nach dem Verursacherprinzip: *Schoch*, JuS 1995, 504, 508; *Dienelt*, NVwZ 1994, 355, 357; *Schwabe*, NVwZ 1992, 763, 765

Kursprogramm:

- *Examenskurs*: "Der Großbrand"

Leitsätze:

1. Die Polizeipflicht trifft nicht nur schuld- bzw. geschäftsfähige Personen, sondern hat schon aus Gründen der effektiven Gefahrenabwehr allgemeine Gültigkeit.

2. Ist die Inanspruchnahme auch des Schuldunfähigen auf der Primärebene nicht ausgeschlossen, muss Gleiches auf der Sekundärebene, also bei der Frage der Kostenerstattungspflicht gelten.

3. Ein allgemeiner Rechtssatz des Inhalts, dass Geldforderungen gegenüber diesem Personenkreis schlechthin nicht durchsetzbar sind, lässt sich indes rechtsfehlerfrei aufstellen.

Sachverhalt:

Die Kl. wendet sich gegen eine an sie gerichtete Regressforderung des Bekl. Sie betreibt eine Hausverwaltung. In diesem Rahmen verwaltet sie auch das in Berlin-Prenzlauer Berg gelegene Mietshaus X-Str. 12,

das nicht in ihrem Eigentum steht und zu dessen Mietwohnungen sie keine Schlüssel besitzt. In diesem Haus kam es am 14. 1. 1998 im 4. Obergeschoss zu einem Wohnungsbrand, der durch Brandstiftung der Mieterin K ausgelöst worden war. K war an diesem Tag aus psychiatrischer Behandlung aus dem Krankenhaus entlassen worden; mit Beschluss des AG Tempelhof-Kreuzberg vom 16.1.98 wurde ihre erneute Unterbringung angeordnet. Die StA I beim LG Berlin stellte ein gegen K wegen schwerer Brandstiftung geführtes Ermittlungsverfahren später wegen Schuldunfähigkeit nach § 20 StGB ein.

Im Zuge der Löscharbeiten hatten Feuerwehrleute brennende Dielenbretter auf die Straße geworfen, wodurch ein Pkw beschädigt wurde. Der Bekl. leistete der Eigentümerin des Fahrzeugs Schadensersatz in Höhe von insgesamt 4.432,46 DM. Mit Schreiben vom 1.7.1998 bat die Senatsverwaltung für Finanzen die Kl. um Erstattung des Betrags im Wege des Regresses. Mit Schreiben vom 13.10.1998 teilte die Senatsverwaltung für Finanzen der Versicherung des Hauses mit, dass die Verursacherin des Brandes nach § 827 BGB nicht für den Schaden verantwortlich gemacht werden könne. Nachdem die Gebäudeversicherung die Gewährung von Schadensersatz abgelehnt hatte, teilte die Senatsverwaltung für Finanzen der Kl. mit, dass sie der Ansicht sei, dass "das BGB keinerlei Rechtsgrundlage für einen Regress gegen Frau K biete und diese schuldunfähig sei, so dass die Kl. als Zustandsverantwortliche in Anspruch genommen werden solle. Es werde um Mitteilung gebeten, ob sie Eigentümerin des Hauses oder ein anderer Eigentümer bekannt sei. Nachdem die Kl. hierauf nicht reagiert hatte, forderte die genannte Senatsverwaltung sie mit Bescheid vom 27.4.1999 unter Beachtung aller formellen Voraussetzungen zur Zahlung von 4.432,46 DM auf. Hierbei stützte sie sich auf § 64 I BerlASOG. Die Kl. sei im Sinne dieser Vorschrift als Inhaber der tatsächlichen Gewalt für das Grundstück verantwortlich.

Ist die zulässige Anfechtungsklage der Kl. gegen diesen Bescheid begründet?

[Anm.: Der Fall ist unter allen rechtlichen Gesichtspunkten zu erörtern. §64 BerlASOG lautet:
(1) Die nach §63 ausgleichspflichtige Körperschaft kann von den nach §§13 oder 14 Verantwortlichen Ersatz ihrer Aufwendungen verlangen, wenn sie aufgrund des §59 I oder III einen Ausgleich gewährt hat.
(2) Sind mehrere Personen nebeneinander verantwortlich, so haften sie als Gesamtschuldner.]

Lösung:
Die Klage ist begründet, soweit der angefochtene Bescheid rechtswidrig ist und die Kl. in ihren Rechten verletzt, § 113 I 1 VwGO.

A. Rechtswidrigkeit des Bescheids
Der Bescheid bedarf als belastender Verwaltungsakt nach dem Vorbehalt des Gesetzes (Art. 20 III GG) einer gesetzlichen Grundlage. Er ist mithin rechtswidrig, wenn sich eine solche nicht finden lässt bzw. die formellen oder materiellen Voraussetzungen einer in Betracht kommenden Ermächtigungsgrundlage nicht beachtet wurden.

I. Ermächtigungsgrundlage
"Rechtsgrundlage der geltend gemachten Regressforderung ist § 64 I BerlASOG. Danach kann die nach § 63 ausgleichspflichtige Körperschaft von den nach §§ 13 oder 14 BerlASOG Verantwortlichen Ersatz ihrer Aufwendungen verlangen, wenn sie auf Grund des § 59 I oder III einen Ausgleich gewährt hat."

[Anm.: Vergleichbare Vorschriften gibt es im Ordnungsrecht aller Bundesländer, vgl. §§ 57 BWPolG, 61 BremPolG, 10 IV HambSOG, 69 I HSOG, 75 II SOGMV, 42 II OBGNW, 85 NGefAG, 73 POGRhPf, 73 SPolG, 224 II SchlHVwG, 57 SächsPolG, 74 SOGLSA, 73 ThürPAG, 74 BbgVGPolG und Art. 72 BayPAG. Zu beachten ist jedoch, dass z.T. abdrängende Sonderzuweisungen zu den Zivilgerichten existieren, namentlich in § 58 BWPolG, 77 SOGMV, 58 SächsPolG und 226 SchlHVwG.]

II. Formelle Rechtmäßigkeit
Laut Sachverhalt hat die zuständige Behörde den Bescheid in formell ordnungsgemäßer Weise erlassen.

III. Materielle Rechtmäßigkeit
Der Bescheid ist materiell rechtmäßig, wenn der Tatbestand der Ermächtigungsgrundlage erfüllt und die richtige Rechtsfolge getroffen worden ist.

1. Tatbestand

a. Ersatzpflicht der Beklagten
Die Eigentümerin des bei der Brandbekämpfung beschädigten Fahrzeugs hatte gegenüber der Bekl. nach § 59 BerlASOG einen Anspruch auf Ersatz ihrer Schäden i.H.v. 4.432,46 DM. Diese hat die Bekl. ausgeglichen.

b. Polizeipflicht der Kl.
Fraglich ist, ob die Kl. polizeipflichtig war. Da nicht

sie, sondern Frau K. den Brand gelegt hat, kommt eine Verhaltensverantwortlichkeit nach § 13 BerlASOG nicht in Betracht. Die Kl. könnte allenfalls als Inhaberin der tatsächlichen Gewalt Zustandsstörerin gem. § 14 BerlASOG sein. Das VG verneint jedoch bereits die Zustandsverantwortlichkeit:

"Schon die tatbestandlichen Voraussetzungen dieser Vorschrift liegen hier nicht vor. [Es] fehlt in der Person der Kl. bereits an der ihr vom Bekl. zugeschriebenen Zustandsstörereigenschaft gem. § 14 I BerlASOG. Nach dieser Vorschrift sind die Maßnahmen gegen den Inhaber der tatsächlichen Gewalt zu richten, wenn unter anderem von einer Sache eine Gefahr ausgeht. Diese Voraussetzungen lagen zum maßgebenden Zeitpunkt des 14. 1. 1998 in der Person der Kl. nicht vor. Da sie nämlich zu der Wohnung der damaligen Mieterin K, von der der Brand ausgegangen war, nach ihrem unwidersprochen gebliebenen Vortrag mangels Schlüssels keinen Zutritt hatte, kann sie nicht als Inhaberin der tatsächlichen Gewalt hierüber angesehen werden. Damit standen der Kl. seinerzeit auch selbst keine unmittelbar wirksamen Maßnahmen zur Brandbekämpfung zur Verfügung."

Mithin ist der angegriffene Bescheid schon mangels Tatbestandserfüllung rechtswidrig.

2. Rechtsfolge

Fraglich ist, ob der Bekl. darüber hinaus die falsche Rechtsfolge gewählt hat. Bzgl. der Auswahl unter mehreren Regressschuldnern steht ihm ein Auswahlermessen zu, welches das Gericht auf Ermessensfehler hin überprüfen kann, § 114 VwGO. Vorliegend kommt eine Ermessensunterschreitung in Betracht, weil der Bekl. die Inanspruchnahme anderer Störer an Stelle der Kl. nicht ausreichend erwogen hat:

a. Voraussetzungen einer Ermessensunterschreitung

"Eine Ermessensunterschreitung liegt vor, wenn die Behörde im Rahmen des ihr bei einer Entscheidung zustehenden Ermessens nicht alle maßgebenden Gesichtspunkte in Betracht zieht, obwohl dies nach der Lage der Dinge rechtlich geboten ist. Die Unterschreitung des Ermessens ist hier darin zu sehen, dass eine Heranziehung der Eigentümer des Hauses nicht - bzw. nicht ernstlich - geprüft und darüber hinaus ein Rückgriff auf die Person der K als unstreitige Verhaltensstörerin i. S. des § 13 I BerlASOG unter fehlerhafter Würdigung der rechtlichen Voraussetzungen für die allein maßgebende polizeirechtliche Haftung verneint worden ist."

b. Inanspruchnahme der Eigentümerin des Hauses

"Zwar hatte die Behörde in ihrem Anhörungsschreiben vom 18. 1. 1999 gegenüber der Hausverwaltung gebeten, mitzuteilen, ob jemand anderes oder diese selbst Eigentümerin sei; nachdem hierauf keine Antwort seitens der Kl. erfolgte, durfte sich der Bekl. hiermit nicht ohne weiteres zufrieden geben. Die Senatsverwaltung hätte vielmehr - zumal auf der so genannten Sekundärebene, bei der es nicht mehr um die unmittelbare Gefahrenabwehr, sondern nur noch um den Kostenersatz geht, ausreichend Zeit für weitere Ermittlungen zur Verfügung stand - den tatsächlichen und jedenfalls vor der Hausverwaltung in Anspruch zu nehmenden wahren Eigentümer ermitteln müssen, was unschwer etwa durch Grundbucheinsicht möglich gewesen wäre. Dies ist nicht geschehen, obwohl sich die Zustandsstörereigenschaft des bzw. der Eigentümer der fraglichen Wohnung geradezu aufdrängen musste. Damit liegt zugleich auch der Ermessensfehler einer mangelnden Sachverhaltsaufklärung vor."

c. Inanspruchnahme der K

"Soweit der Bekl. bereits den Versuch einer Inanspruchnahme der K mit Hinblick auf den zivilrechtlichen Ausschluss ihrer Haftung (§ 827 S. 1 BGB) unterlassen hat, geht er insoweit von falschen rechtlichen Voraussetzungen aus."

aa. Schuldunfähigkeit kein Ausschlussgrund

"Denn die hier allein in Frage kommende polizeirechtliche Verantwortlichkeit steht neben der zivilrechtlichen Haftung (VGH Kassel, UPR 1995, 198). Die Polizeipflicht trifft nicht nur schuld- bzw. geschäftsfähige Personen, sondern hat schon aus Gründen der effektiven Gefahrenabwehr allgemeine Gültigkeit. Führt dies dazu, dass die Inanspruchnahme auch des Schuldunfähigen auf der Primärebene nicht ausgeschlossen ist, muss Gleiches auf der Sekundärebene, also bei der Kostenerstattungspflicht gelten."

bb. Insolvenz der K kein Ausschlussgrund

"Zwar mag es allgemeiner Lebenserfahrung entsprechen, dass die Durchsetzbarkeit einer gegenüber einer delikts- bzw. schuldunfähigen Person erhobenen Forderung an praktische Grenzen stoßen mag. Ein allgemeiner Rechtssatz des Inhalts, dass Geldforderungen gegenüber diesem Personenkreis schlechthin nicht durchsetzbar sind, lässt sich indes rechtsfehlerfrei aufstellen. Dennoch hätte der Bekl. wenigstens versuchen müssen, Regress bei K zu nehmen."

B. Rechtsverletzung der Kl.

Die Klägerin ist als Adressatin des angegriffenen, sie belastenden Kostenbescheids jedenfalls in ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG und damit in ihren eigenen Rechten verletzt. Die Anfechtungsklage ist somit begründet.

Standort: Zivilrecht — Problem: Arglisthaftung des Verkäufers

BGH, URTEIL VOM 11.05.2001
V ZR 14 / 00 (NJW 2001, 2326)

Problemdarstellung:

In diesem Rechtsstreit geht es um den Verkauf eines Baugrundstücks, wobei dem bekl. Verkäufer vorgeworfen wird, er habe arglistig verschwiegen, dass es sich bei dem Grundstück um Aufschüttungsgelände handelt. Aus diesem Grund wird er von der Kl. auf Schadensersatz gem. § 463 S.2 BGB in Anspruch genommen. Tatsächlich hatte der Bekl. vollkommen vergessen, dass es sich um Aufschüttungsgelände handelt.

Einigkeit besteht zunächst darin, dass es sich bei dem Aufschüttungsgelände um einen offenbarungspflichtigen Mangel handelt. Bei einem Auffüllgrundstück besteht nämlich nicht nur die Gefahr eines erhöhten Gründungsaufwands, worauf die Revision abstellt; vielmehr muss auch die Möglichkeit in Rechnung gestellt werden, dass das Auffüllmaterial wegen seiner Zusammensetzung eine Gefahr darstellt.

Während jedoch das BerGer. eine Arglisthaftung unter dem Gesichtspunkt einer “Erklärung ins Blaue hinein” bejahte, verneint der BGH die Haftung des Vekäufers mangels Arglist. Für Angaben “ins Blaue hinein” bedarf es des “Für-möglich-Haltens” vom Vorliegen eines Mangels. Wenn aber der Verkäufer keinerlei Erinnerung besitzt, schließt dies denklogisch aus, dass er den Fehler zumindest für möglich hält.

Prüfungsrelevanz:

Schadensersatz für mangelhafte Kaufsachen erhält man gem. § 463 S.2 BGB nur, wenn der Verkäufer arglistig den Fehler verschwiegen hat. Das Verschweigen setzt dabei eine Rechtspflicht zur Aufklärung voraus (§ 242 BGB). Eine solche Aufklärungspflicht besteht, wenn der Käufer konkret nach bestimmten Umständen fragt bzw. wenn es sich um solche Fehler handelt, die Einfluss auf die Vertragsabschlussbereitschaft des Käufers haben können. Arglistig handelt, wer einen Fehler mindestens für möglich hält und gleichzeitig weiß oder damit rechnet und billigend in Kauf nimmt, dass der Vertragsgegner den Fehler nicht kennt und bei Offenbarung den Vertrag nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte; das Tatbestandsmerkmal der Arglist erfasst damit nicht nur ein Handeln des Veräußerers, das von betrügerischer Absicht getragen ist sondern auch solche Verhaltensweigen, die auf bedingten Vorsatz im Sinne eines "Fürmöglichhaltens" reduziert sind und mit denen kein moralisches Unwerturteil verbunden sein muss

Vertiefungshinweis:

❝ Zur Aufklärungs- und Offenbarungspflicht des Verkäufers: *OLG Hamm*, NJW-RR 2000, 1183; *OLG Köln*, NZBau 2000, 568; *OLG Zweibrücken*, NJW-RR 1988, 1211.

Kursprogramm:

❝ *Examenskurs*: “Das gebrauchte Cabrio”

Leitsatz:

Hat der Verkäufer im Zeitpunkt des Vertragsschlusses an das Vorhandensein eines offenbarungspflichtigen Mangels des Grundstücks keine Erinnerung mehr, begründet seine Versicherung in dem Kaufvertrag, dass ihm erhebliche Mängel nicht bekannt seien, auch unter dem Gesichtspunkt der "Erklärung ins Blaue hinein” nicht den Vorwurf arglistigen Verhaltens.

Sachverhalt:

Mit notariellem Vertrag vom 10. 2. 1977 erwarb der Bekl. eine Teilfläche von ca. 3345 qm des Flurstücks 742/2 der Gemarkung 0. In Nr. VIII des Vertrags hieß es unter anderem: "Der Verkäufer hat den Käufer darauf hingewiesen, dass es sich beim Vertragsgrundstück um Aufschüttungsgelände handelt." Wegen der Aufschüttung mussten die Fundamente einer von dem Bekl. errichteten Halle tiefer gegründet werden. Der Bekl. veräußerte die Flurstücke 742/2 und 744/2 (579 qm groß) mit notariellem Vertrag vom 5. 6. 1992 an die S-GmbH zum Preis von 2 999 000 DM. In Nr. V 3 des Vertrags heißt es: "Der Vertragsgegenstand wird in seinem derzeitigen Zustand veräußert. Der Veräußerer haftet nicht für Sachmängel aller Art, insbesondere nicht für Bauzustand, Bodenbeschaffenheit und Tauglichkeit des

Vertragsgegenstands für Zwecke des Erwerbers. Er versichert jedoch, dass ihm erhebliche verborgene Mängel nicht bekannt sind. Besondere Eigenschaften, insbesondere eine bestimmte Grundstücksgröße werden nicht zugesichert." Mit notariellem Vertrag vom 14. 8. 1992 verkaufte die S-GmbH das Flurstück 742/2 an die Kl. zum Preis von 3 400 000 DM. Nr. V des Vertrags enthält einen Gewährleistungsausschluss. Die S-GmbH trat ihre Gewährleistungsansprüche gegen den Bekl. an die Kl. ab. Mit der Behauptung, das Kaufgrundstück habe Bodenverunreinigungen aufgewiesen, was der Bekl. gewusst, aber verschwiegen habe, verlangt die Kl. von dem Bekl. Schadensersatz in Höhe eines Teilbetrags von 100 000 DM nebst Zinsen.

Wird eine entsprechende Leistungsklage Aussicht auf Erfolg haben?

Lösung:

A. Schadensersatz gem. §§ 463 S.2, 398 BGB

Die Kl. könnte gegen den Bekl. einen abgetretenen Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 463 S.2, 398 BGB haben.

I. Einigung zur Abtretung

Zunächst müsste eine Einigung zwischen dem Veräußerer der Forderung (= Zedent) und dem Erwerber derselben (= Zessionar) über den Gläubigerwechsel stattfinden. Die Vorschrift des § 398 BGB spricht insofern von einem Vertrag; es handelt sich dabei aber um eine Verfügung (Palandt/Heinrichs, BGB, § 398 Rz. 3). Im Rahmen des notariellen Kaufvertrages zwischen der Kl. und der S-GmbH vereinbarten die Parteien, dass Gewährleistungsansprüche der S-GmbH gegen den Bekl. auf die Kl. übergehen sollen. Damit ist die Einigung zum Forderungsinhaberwechsel - auch bezüglich eines etwaigen Anspruchs aus § 463 S.2 BGB - vollzogen.

II. Wirksamkeit der Abtretung

Der Abtretungsvertrag müsste zudem wirksam sein. Formanforderungen werden an die Abtretung nicht gestellt; das gilt selbst dann, wenn die abgetretene Forderung auf einem formbedürftigen Rechtsgeschäft beruht (BGHZ 89, 46).

Die abzutretende Forderung muss, wie jeder Gegenstand einer Verfügung, bestimmt oder zumindest bestimmbar sein (BGHZ 7, 367). In diesem Fall war die Forderung nach Inhalt, Rechtsgrund und Schuldner exakt bezeichnet. Es sollten nämlich die Gewährleistungsrechte aus dem Kaufvertrag der S-GmbH mit dem Bekl. abgetreten werden, also auch ein etwaiger Schadensersatzanspruch aus § 463 S.2 BGB. Dem Bestimmtheitsgrundsatz ist damit genüge getan.

Der Wirksamkeit der Abtretungseinigung stehen daher keine Gründe entgegen.

III. Keine Abtretungsverbote

Abtretungsverbote, wie z.B. in §§ 399, 400 BGB, sind nicht ersichtlich.

IV. Verfügungsbefugnis

Schließlich müsste die S-GmbH auch berechtigt gewesen sein, einen solchen gewährleistungsrechtlichen Schadensersatzanspruch abzutreten. Dies ist dann der Fall, wenn sie selbst Inhaberin eines solchen Anspruchs gewesen ist. Fraglich ist also, ob die S-GmbH gegen den Bekl. einen Schadensersatzanspruch gem. § 463 S.2 BGB im Zeitpunkt der Abtretung hatte.

1. Kaufvertrag über eine Stücksache

In Abgrenzung zu § 480 II BGB müssten die Parteien einen wirksamen Kaufvertrag über eine Stücksache geschlossen haben. Mit notariellem Vertrag vom 05.06.1992 kaufte die S-GmbH vom Bekl. unter anderem das Flurstück 742/2. Damit liegt eine Kaufvertrag über eine Stücksache vor. Gründe für eine Unwirksamkeit dieses Kaufvertrages sind nicht ersichtlich.

2. Mangelhaftigkeit der Kaufsache durch Fehler

Des weiteren müsste die verkaufte Sache - hier also das in Rede stehende Grundstück - mangelhaft sein, indem z.B. ein Fehler gem. § 459 I BGB vorliegt. Nach dem subjektiven Fehlerbegriff ist eine Sache fehlerhaft, wenn der tatsächliche Ist-Zustand negativ vom vertraglich vereinbarten Soll-Zustand abweicht. Der BGH stellt dazu fest:

“Allerdings sieht das BerGer. zutreffend in dem Umstand, dass es sich bei dem verkauften Grundstück um ein Auffüllgrundstück handelt, einen offenbarungspflichtigen Mangel.

Auf Grund dieser Beschaffenheit war das Grundstück mit einem Fehler behaftet, der den Wert und die Tauglichkeit zu dem nach dem Kaufvertrag vorausgesetzten Gebrauch - nach den unangegriffenen Feststellungen des BerGer. wurde das Grundstück als Bauland verkauft - nicht unerheblich minderte. Bei einem Auffüllgrundstück besteht nämlich nicht nur die Gefahr eines erhöhten Gründungsaufwands, worauf die Revision abstellt; vielmehr muss auch die Möglichkeit in Rechnung gestellt werden, dass das Auffüllmaterial wegen seiner Zusammensetzung eine Gefahr darstellt. Dies gilt hier in besonderem Maße, weil das Grundstück bereits vor 1977 aufgefüllt worden war, also in einer Zeit, in

der die durch Bodenkontaminierungen hervorgerufenen Gefahren noch nicht so in das allgemeine Bewusstsein gedrungen waren, wie dies heute der Fall ist. Insoweit ist der vorliegenden Sachverhalt mit den Fällen vergleichbar, die den Entscheidungen des BGH zur früheren Nutzung verkaufter Grundstücke als Deponie zu Grunde lagen (Senat, NJW 1995, 1549 [1550]). Hier hat sich nach dem Vorbringen der Kl. gerade die besondere Gefahr auf Grund der Zusammensetzung des Auffüllmaterials verwirklicht."

3. Arglistiges Verschweigen des Fehlers

Das Vorliegen dieses Fehlers - sprich: die Qualität als Auffüllgrundstück - müsste der Bekl. außerdem arglistig verschwiegen haben.

a. Verschweigen

Ein Verschweigen liegt vor, wenn eine Aufklärungspflicht bestand. Eine solche Aufklärungspflicht besteht, wenn der Käufer konkret nach bestimmten Umständen fragt bzw. wenn es sich um solche Fehler handelt, die Einfluss auf die Vertragsabschlussbereitschaft des Käufers haben können (§ 242 BGB). Aufgrund der Art des vorliegenden Mangels (erhebliche Minderung der Baulandqualität; Gefahr für Altlasten; etc.) bestand objektiv eine Rechtspflicht für den Bekl.; seine Käuferin - die S-GmbH - diesbezüglich aufzuklären; durch sein Schweigen hat er diese Pflicht verletzt.

b. Arglist

Fraglich ist allerdings, ob der Bekl. dabei arglistig gehandelt hat. Dazu meint der BGH:

"Bei einer Täuschung durch Verschweigen eines offenbarungspflichtigen Mangels handelt arglistig, wer einen Fehler mindestens für möglich hält und gleichzeitig weiß oder damit rechnet und billigend in Kauf nimmt, dass der Vertragsgegner den Fehler nicht kennt und bei Offenbarung den Vertrag nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte; das Tatbestandsmerkmal der Arglist erfasst damit nicht nur ein Handeln des Veräußerers, das von betrügerischer Absicht getragen ist sondern auch solche Verhaltensweigen, die auf bedingten Vorsatz im Sinne eines "Fürmöglichhaltens" reduziert sind und mit denen kein moralisches Unwerturteil verbunden sein muss (Senat, NJW 1995, 1549 [1550]). Das BerGer. lässt es offen, ob sich der Bekl. bei den Kaufvertragsverhandlungen und dem Vertragsabschluss an den Umstand, dass es sich um ein Auffüllgrundstück handelt, erinnerte oder ihn vergessen hatte. Revisionsrechtlich ist deswegen zu Gunsten des Bekl. davon auszugehen, dass er keine entsprechende Erinnerung besaß. Dies schließt es denkgesetzlich aus, dass er den Fehler wenigstens für möglich hielt."

4. Arglistige Versicherung über bestimmte nicht vorhandene Kenntnisse

Den Vorwurf der Arglist könnte man dem Bekl. vielleicht aber deshalb machen, weil er versichert hat, keine Kenntnis über verborgene Mängel zu haben. Dazu gibt der BGH an:

"Arglistig kann aber auch derjenige handeln, der einem anderen versichert, eine bestimmte Kenntnis von Vorgängen oder Umständen zu haben, diese Kenntnis aber in Wirklichkeit nicht hat; eine vertragliche Zusicherung kann daher den Arglistvorwurf begründen, wenn sie zwar nicht bewusst den Tatsachen widerspricht, jedoch ohne jede sachliche Grundlage abgegeben und dieser Umstand dem Vertragspartner gegenüber verschwiegen wird (vgl. Senat, NJW 1998, 302 [303]). Offensichtlich haben diese Grundsätze das BerGer. geleitet, dem Bekl. vorzuwerfen, er habe "ins Blaue hinein" versichert, dass ihm erhebliche verborgene Mängel nicht bekannt seien. Dieser Vorwurf ist indes unbegründet. Der Bekl. hat nämlich nicht versichert, dass das verkaufte Grundstück frei von verborgenen Mängeln gewesen sei. Seine Erklärung, dass ihm solche Mängel nicht bekannt seien, traf jedoch zu. Denn eine Kenntnis von zeitlich zurückliegenden Umständen und Vorgängen ohne Erinnerung gibt es nicht."

V. Ergebnis

Die S-GmbH hat keinen Anspruch auf Schadensersatz gegen den Bekl. gem. § 463 S.2 BGB erworben; die Abtretung an die Kl. ging damit ins Leere.

B. Minderung gem. §§ 459 I, 462, 465, 472 BGB

Die Kl. könnte jedoch gegen den Bekl. einen abgetretenen Anspruch auf Minderung gem. §§ 459 I, 462, 465, 472, 398 BGB haben. Der BGH führt zu diesem Anspruch aus:

"Da der Bekl. sich nicht arglistig verhalten hat, stand der S-GmbH gegen ihn auch kein Schadensersatzanspruch nach § 463 S. 2 BGB zu. Einem Minderungsanspruch nach §§ 459 I, 462, 472 BGB stand der vereinbarte Gewährleistungsausschluss entgegen. Deswegen ging die Abtretung von Ansprüchen der S-GmbH an die Kl. ins Leere."

C. Endergebnis

Die Kl. hat gegen den Bekl. keine Ansprüche wegen des mangelhaften Grundstücks. Eine entsprechende Klage bliebe erfolglos.

Standort: Strafrecht Problem: Operationsverweigerung des Opfers

OLG CELLE, URTEIL VOM 14.11.2000
32 SS 78/00 (NJW 2001, 2816)

Problemdarstellung:

Die nachstehende Revisionsentscheidung des OLG Celle betrifft die Verurteilung eines Angekl., der einen anderen Verkehrsteilnehmer pflichtwidrig mit seinem PkW angefahren hat, woraufhin dieser im Ergebnis tödliche Verletzungen erlitt. Da das Opfer sich geweigert hatte, eine lebenserhaltende Operation durchführen zu lassen, erörtert der Senat mögliche Einschränkungen des Grundsatzes der Straflosigkeit der bloßen Veranlassung einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung bzw. -verletzung. Während die StrK eine solche Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs angenommen hatte, geht das OLG von der Strafbarkeit des Angekl. aus, da er durch sein unerlaubtes Verhalten ein nachvollziehbares Motiv für das Opferverhalten geschaffen habe und auch der übrige Geschehensablauf nicht außerhalb der Lebenserfahrung liege.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung betrifft den sehr prüfungsrelevanten Bereich der Beteiligung an einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung/-verletzung (vgl. zur Übersicht Geppert, Jura 2001, 490; RA 2000, 461). Seit der grundlegenden Entscheidung des BGH zu den sog. Herausforderungsfällen (vgl. BGHSt 39, 322) wird verstärkt diskutiert, ob der Handelnde nicht trotz eigenverantwortlicher Selbstgefährdung des Opfers wegen sog. "Überlagerung durch Fremdverantwortung" zur Verantwortung gezogen werden kann (vgl. Puppe, Jura 1998, 21, 28 ff.). Während in letzter Zeit die sog. Heroinfälle in den Vordergrund getreten sind (vgl. BGH, NJW 2000, 2286 = RA 2000, 461; BGH, NStZ 2001, 324 = RA 2001, 364), betrifft die vorliegende Entscheidung einen weiteren "Herausforderungsfall" (vgl. zu den zivilrechtlichen Grundlagen dieser Fallgruppe Medicus, Bürgerliches Recht, Rn. 653 ff.).

Die Entscheidung erscheint angesichts des doch recht "abenteuerlichen" Geschehensablaufs nicht nur hinsichtlich des Ergebnisses diskussionswürdig, sondern bietet auch bezüglich der Begründung Ansatzpunkte für abweichende Stellungnahmen. Zum einen erscheint fraglich, ob sich das Opfer im Hinblick auf die in hohem Maße lebensgefährdende Verletzung vernünftigerweise zur Verweigerung einer Operation mit einer Mortalitätsquote von 5-15% herausgefordert fühlen durfte. Zum anderen ließe sich vertreten, dass das sog. "Dazwischentreten eines Dritten", namentlich der Ehefrau als Betreuerin und vor allem der Ärzte, die die Operation als notwendig erkannt haben, den Zurechnungszusammenhang unterbricht (vgl. etwa Roxin, AT I, 11/87 ff.,95,108 ff. und aktuell OLG Rostock, NStZ 2001, 199). Das OLG Celle dürfte sich mit seiner Entscheidung allerdings auf der Linie der Rechtsprechung des BGH bewegen (vgl. etwa BGH, NStZ 1994, 394).

Im Übrigen bietet die vorliegende Entscheidung Anlass, sich grundlegende Fragen der Fahrlässigkeitsdogmatik in Erinnerung zu rufen (s. zur Übersicht Kretschmer, Jura 2000, 267). Namentlich die von Rechtsprechung und Literatur kontrovers beurteilten Fragen zum Zusammenhang zwischen Fahrlässigkeit und Erfolg ("Ursächlichkeit der Pflichtwidrigkeit" vs. Pflichtwidrigkeits- und Schutzzweckzusammenhang; vgl. Wessels/Beulke, AT, Rn. 677 ff.) und zu den Einzelheiten der Vorhersehbarkeitsprüfung (vgl. Schönke/Schröder/Cramer, 25. Aufl., § 15, Rn. 180 ff.) besitzen erhebliche Klausurrelevanz.

Vertiefungshinweise:

- Zur strafrechtlichen Verantwortung für fremde Selbstgefährdung: *Derksen*, NJW 1995, 240.
- Zur Abgrenzung zwischen eigenverantwortlicher Selbstgefährdung des Opfers und Fremdgefährdung des Beteiligten: *BayObLG*, NStZ 1997, 341; NStZ-RR 1997,51.

Kursprogramm:

- *Examenskurs*: "Heroin"
- *Examenskurs*: "Kein Humor"

Leitsatz:

Einschränkung des Grundsatzes der Straflosigkeit wegen fahrlässiger Tötung bei eigenverantwortlicher Selbstgefährdung des Opfers, wenn die Selbstgefährdung in der Verweigerung der Einwilligung in eine notwendige Operation liegt.

Sachverhalt:

Der Angekl. A fuhr am 23. 4. 1998 in einen Kreuzungsbereich ein und übersah ein "Stop"-Zeichen sowie das Kfz des ebenfalls in die Kreuzung Einfahrenden und vorfahrtsberechtigten Rentners R. Durch den Unfall erlitt R starke Thoraxprellungen. Nach ärztlicher

Erstversorgung im Kreiskrankenhaus wurde er zunächst nach Hause entlassen, jedoch auf Grund starker Schmerzen im Brustbereich am 27. 4. 1998 stationär im Kreiskrankenhaus aufgenommen. Bei der Untersuchung ergab sich der Verdacht auf eine Aortendissektion. Wegen der aus ärztlicher Sicht notwendigen Operation wurde R in eine Spezialklinik verlegt. Auf Grund einer Magenblutung konnte die Operation zunächst nicht durchgeführt werden, so dass R ins Kreiskrankenhaus zurückverlegt wurde. Nach Behandlung der Magenblutung überzeugte der Leiter der inneren Abteilung des Kreiskrankenhauses ihn von der Notwendigkeit der Operation wegen der Aortendissektion. Mit seinem Einverständnis wurde R am 8. 5. 1998 in die Medizinische Hochschule H. verlegt. Dort lehnte R jedoch jegliche eingreifende Behandlung einschließlich einer kardiologischen Diagnostik ab. Daher wurde R, der nunmehr unter zeitweiser Verwirrtheit litt, wieder in das Kreiskrankenhaus verlegt. Dort stellte der sachverständige Zeuge P eine offenkundig geistige Verwirrtheit des R fest, so dass seine Ehefrau zur Betreuerin bestellt wurde. Nicht völlig geklärt werden konnte, ob die Geschädigte in Zusammenhang mit ihrer Einsetzung als Betreuerin um eine Operationsgenehmigung nachsuchte. Tatsächlich wurde eine solche Operationsgenehmigung seitens des AG nicht erteilt. Im Vordergrund der medizinischen Behandlung des R stand in diesem Zeitraum indessen auch nicht eine etwaige Operation des Patienten an der Aorta, sondern die Beseitigung des hirnorganischen Psychosyndroms. Bei wieder zunehmenden Anzeichen einer Herzinsuffizienz ist der Geschädigte dann am 13. 6. 1998 unter zunehmender Verschlechterung des Allgemeinzustands verstorben. Es ist davon auszugehen, dass die Aortendissektion durch das Unfallereignis verursacht wurde und der Eintritt des Todes auf deren Nichtbehandlung zurückzuführen ist.

Strafbarkeit des A?

Lösung:

A. Strafbarkeit des A wegen fahrlässiger Tötung gem. § 222 StGB durch das Anfahren des R

I. Tatbestand

1. Erfolg, Handlung
R ist tot. In dem Anfahren liegt folglich eine tatbestandsmäßige Handlung.

2. Kausalität
Die Handlung müsste auch kausal i. S. der Äquivalenztheorie gewesen sein. Dazu führt der Senat aus: "Das Unfallgeschehen war kausal für den Tod des R. Sein Tod wurde durch die pflichtwidrige, unter Missachtung der Haltepflicht vorgenommene Einfahrt des Angekl. in den Kreuzungsbereich verursacht. Über die beim Unfall erlittene Verletzung der Hauptschlagader kann nicht hinweggedacht werden, ohne dass der Tod des R entfiele."

3. Objektive Fahrlässigkeit
Fahrlässigkeit handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht lässt (vgl. § 276 I 2 BGB). Voraussetzung ist eine objektive Sorgfaltspflichtsverletzung bei objektiver Vorhersehbarkeit des Erfolges.

a) Objektive Sorgfaltspflichtverletzung
Eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung liegt vor, wenn das Täterverhalten hinter dem Verhalten eines einsichtigen und besonnenen Dritten in der konkreten Lage und sozialen Rolle des Handelnden, ausgestattet mit etwaigem Sonderwissen, zurückbleibt (sog. differenzierte Maßfigur). Liegt ein Verstoß gegen Spezialvorschriften vor, indiziert dies die Pflichtverletzung
A hat sowohl ein "Stop"-Zeichen übersehen als auch die Vorfahrt des Rentners R mißachtet. Damit hat er gegen die Regeln der StVO verstoßen und somit pflichtwidrig gehandelt.

b) Objektive Vorhersehbarkeit des Enderfolges
Nach zutreffender Ansicht ist zur Begründung der Fahrlässigkeit lediglich die Vorhersehbarkeit des Enderfolges erforderlich (vgl. Schönke/Schröder/ Cramer, § 15, Rn. 180). Es liegt nicht außerhalb jeglicher Lebenserfahrung, dass ein Verkehrsunfall der vorliegenden Art zum Tod des Opfers führt.
A handelte somit fahrlässig i.S. des § 276 BGB.

5. Zurechnungszusammenhang
Schließlich müsste der Erfolg dem A objektiv zuzurechnen sein. Dazu führt der Senat aus, dass die StrK zu Unrecht die Zurechenbarkeit verneint habe:

a) Unterbrechung des "rechtlichen Ursachenzusammenhangs"
"Der Ursachenzusammenhang wird nicht dadurch unterbrochen, dass noch andere Ursachen zur Herbeiführung des Erfolgs beitragen. Ein Ursachenzusammenhang ist nur zu verneinen, wenn ein späteres Ereignis die Fortwirkung der ursprünglichen Bedingung beseitigt und seinerseits allein unter Eröffnung einer neuen Ursachenreihe den Erfolg herbeigeführt hat (BGHSt 39, 322 [324]). Der von der StrK angenommene Fall der frei-

willigen, eigenverantwortlichen Selbstgefährdung bzw. -schädigung liegt nicht vor.

b) Eigenverantwortliche Selbetsgefährdung des Opfers
Die hierzu für die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Drogendealers für den Tod des Rauschgiftkonsumenten entwickelte Rechtsprechung geht davon aus, dass derjenige, der - ohne überlegenes Sachwissen - eine eigenverantwortlich gewollte und bewirkte Selbstgefährdung veranlasst, ermöglicht oder fördert, an einem Geschehen teilnimmt, das kein tatbestandsmäßiger und damit kein strafbarer Vorgang ist (vgl. BGHSt 32, 262 [265]; BGH, NJW 2000, 2286 [2287]; Tröndle/Fischer, StGB, 49. Aufl., § 222 Rdnr. 15 a). Die Grundsätze der bewussten Selbstgefährdung sind jedoch nicht schematisch auf alle Fälle anwendbar, in denen durch deliktisches Verhalten eines Täters ein Dritter zu einer sich selbst gefährdenden Handlung veranlasse worden ist. In diesen Fällen bedarf die angeführte Rechtsprechung des BGH dann einer Einschränkung, wenn der Täter durch die deliktische Handlung die nahe liegende Möglichkeit einer bewussten Selbstgefährdung dadurch schafft, dass er ohne Mitwirkung und ohne Einverständnis des Opfers eine erhebliche Gefahr für ein Rechtsgut des Opfers begründet und damit ein einsichtiges Motiv für anschließende gefährliche Maßnahmen des Opfers schafft (BGHSt 39, 322 [325]; Tröndle/Fischer, § 222 Rdnr. 15 a). So liegt der Fall hier.

c) Überlagerung durch Fremdverantwortung (Herausforderungsfälle)
R hat das maßgebliche Ausgangsrisiko des Verkehrsunfalls gerade nicht gebilligt und sich in dieses Risiko auch nicht bewusst eigenverantwortlich und aktiv begeben wollen. Selbst wenn er eigenverantwortlich die weitere Behandlung in der Medizinischen Hochschule H. abgelehnt haben sollte, ist dies unter Berücksichtigung der festgestellten Mortalitätsquote für die Operation von 5 bis 15% nicht als offenkundig unvernünftig anzusehen, (vgl. BGHSt 39, 322 [326]). Insofern kommt es in diesem Zusammenhang nicht auf die Frage an, ob die StrK rechtsfehlerfrei eine eigenverantwortliche Weigerung des R in die Operation in der Medizinischen Hochschule H. festgestellt hat."

d) Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs aufgrund eines atypischen Kausalverlaufs
Der Zurechnungszusammenhang könnte allerdings durch einen atypischen, außerhalb des Schutzzwecks der Norm liegenden Geschehensablauf entfallen. Dazu stellt das OLG Celle fest: "Die Grenze zur Unvorhersehbarkeit des Todeseintritts wird auch nicht durch die besonderen Umstände und deren Folgen überschritten. Für die Voraussehbarkeit kommt es entscheidend darauf an, dass der tödliche Erfolg im Rahmen der möglichen Wirkungen einer verkehrswidrigen Handlung liegt (BGHSt 12, 75 [78 f.]) und sich innerhalb des durch die pflichtwidrige Erstverletzung geschaffenen Ausgangsrisikos bewegt (OLG Stuttgart, NJW 1982, 295 [296]). Darin eingeschlossen sind noch durch weitere Umstände und damit verbundene Folgen bedingte Modifizierungen des bereits gesetzten Risikos, so bei der Anwendung eines durch die Verletzung notwendig gewordenen und möglicherweise komplikationsbehafteten Heilverfahrens (OLG Stuttgart, NJW 1982,295 [296]; OLG Hamm, NJW 1973, 1422 [1423]). Dies gilt selbst für den Fall, dass der behandelnde Arzt dabei - auch pflichtwidrig - keine oder nicht die richtigen Maßnahmen trifft (vgl. OLG Stuttgart, MDR 1980,951; OLG Celle, MDR 1957,617 [628]).
Bei dem vorliegenden Unfallgeschehen war es voraussehbar, dass ein Fahrzeuginsasse durch den Aufprall an Lenkrad bzw. Armaturenbrett schwere Verletzungen in Form einer Thoraxprellung nebst einer Aortendissektion erleidet, die auch durch die als Folge einhergehende Herz- und Kreislaufinsuffizienz zum Tode führen kann. Der Verlauf der ärztlichen Behandlung bewegt sich nicht außerhalb des gesetzten Risikos und der Lebenserfahrung."

II. Rechtswidrigkeit
Es sind keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich, so dass die Tat auch rechtswidrig ist.

III. Schuld
A handelte auch schuldhaft. Insbesondere sind keine Umstände ersichtlich, die gegen eine subjektive Sorgfaltspflichtverletzung bei subjektiver Vorhersehbarkeit des Erfolges sprechen könnten.

IV. Ergebnis
A hat sich wegen fahrlässiger Tötung gem. § 222 StGB strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit des A wegen fahrlässiger Körperverletzung gem. § 229 StGB durch das Anfahren des R
Der mit verwirklichte Tatbestand der fahrlässigen Körperverletzung tritt im Wege der Gesetzeskonkurrenz (materielle Subsidiarität) zurück.

C. Gesamtergebnis
A hat sich wegen fahrlässiger Tötung (§ 222 StGB) strafbar gemacht.