Öffentliches Recht

Standort: § 40 I 1 VwGO Problem: Rechtsweg gegen Äußerungen von Hoheitsträgern

OLG BREMEN, BESCHLUSS VOM 08.02.2001
5 W 41/2000C (NVWZ 2001, 957)

Problemdarstellung:

Das OLG Bremen hatte die Frage zu klären, auf welchem Rechtsweg gegen als ehrverletzend empfundene Äußerungen von Mitarbeitern öffentlich-rechtlich organisierter Kirchen (hier: des Sektenbeauftragten gegen die Zeugen Jehovas) vorgegangen werden kann. Dabei kommt es zu dem Ergebnis, dass jedenfalls dann der Zivilrechtsweg gegeben sei, wenn es sich - wie hier - nicht um eine rein kircheninterne Angelegenheit handele, sondern um eine solche mit Außenwirkung, und die Kirche (bzw. das für sie handelnde Organ) nicht an Grundrechte gebunden sei, sondern sich im Gegenteil selbst auf diese (Art. 4, 5 GG) berufen könne. Demgegenüber sei - entgegen der Ansicht der Vorinstanz - nicht entscheidend, dass die betreffende Kirche gem. Art. 140 GG i.V.m. 137 V WRV öffentlich-rechtlich organisiert sei. Mit der dem Rechtsstreit zugrunde liegenden Äußerung habe die Kirche zwar eine öffentliche, aber eben keine öffentlich-rechtliche Aufgabe wahrgenommen.

Prüfungsrelevanz:

Die Rechtswegfrage bei der öffentlichen Äußerung von Hoheitsträgern, mit denen diese vor bestimmten Gruppen oder Produkten warnen, hat sich zum Klassiker in Prüfung und Praxis entwickelt. Der Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes hatte bereits 1974 grundsätzlich entschieden, dass es für den Rechtsweg entscheidend darauf ankomme, in welchem Rechtsgebiet der Rechtsstreit wurzelt (GemS, NJW 1974, 2087). Übertragen auf die Fälle der staatlichen Warnungen ist danach zu fragen, ob die streitige Äußerung des Hoheitsträgers (bzw. seiner Organe) im Sachzusammenhang mit dessen öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Aufgaben steht. Warnt z.B. ein Minister in seiner Eigenschaft als Minister in der Öffentlichkeit vor einer Jugendsekte, kann die Äußerung im Sachzusammenhang mit seinem öffentlichen Amt gesehen werden; für Unterlassungsansprüche wäre der Verwaltungsrechtsweg eröffnet. Äußert er sich hingegen als besorgter Familienvater im privaten Kreis, wäre dies nicht der Fall.

Neben den sogen. "Warnungsfällen" gehören hierher auch Abwehransprüche gegen staatliche Emissionen, wie etwa die Geruchsbelästigung durch eine gemeindliche Kläranlage oder den von Kirchenglocken ausgehenden Lärm. Der Betreib der Kläranlage steht im Sachzusammenhang mit der Erfüllung öffentlich-rechtlicher Aufgaben (Daseinsvorsorge), ist also dem öffentlichen Recht zuzuordnen. Für das Kirchengeläut ist danach zu differenzieren, ob es sich um sakrales Läuten oder das Schlagen der Uhrzeit handelt; jedenfalls letzteres ist keine öffentlich-rechtliche Aufgabe der Kirchen mehr, so dass hiergegen auf dem Zivilrechtsweg vorzugehen ist (BVerwG, DVBl 1994, 762).

Nicht unerwähnt bleiben soll, dass die für den Rechtsweg relevante Frage nach der Zuordnung des Rechtsstreits zu dem einen oder anderen Rechtsgebiet sich auch materiell auswirkt: So wird die Anspruchsgrundlage für Unterlassungsansprüche im Zivilrecht häufig in §§ 1004, 823 BGB ("quasinegatorischer Unterlassungsanspruch") liegen, während im öffentlichen Recht auf den öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch als Gewohnheitsrecht zurückzugreifen ist.

Schließlich ist auf die umstrittene Frage hinzuweisen, ob für öffentliche Äußerungen von Hoheitsträgern eine Ermächtigungsgrundlage erforderlich ist (Stichworte: Vorbehalt des Gesetzes, Wesentlichkeitstheorie) und, falls ja, ob diese allein in der Zuständigkeit des Organs zur Öffentlichkeitsarbeit (für Bundesminister: Art. 65 S. 2 GG) i.V.m. dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gesehen werden kann (so die Rspr.), oder eine - zumeist nicht vorhandene - konkrete Befungnisnorm im einfachen Recht erforderlich ist (so die h.L.).

Vertiefungshinweise:

- ❑ Zum Rechtsweg gegen kirchliche Meinungsäußerungen: *BVerwG*, NJW 1984, 989; *VGH München*, NVwZ 1994, 787; *OVG Bremen*, NVwZ 1995, 793; *VG Düsseldorf*, NWVBl 1998, 454; *Lorenz*, NJW 1996, 1855
- ❑ Zum Kriterium des Sachzusammenhangs: *GemS*, NJW 1974, 2087; *VGH BW*, VBlBW 1998, 100
- ❑ Zur Zulässigkeit einer kritischen Auseinandersetzung mit anderen Religionsgemeinschaften durch einen kirchlichen Sektenbeauftragten: *OLG Saarbrücken*, NJW-RR

1998, 1479; *VGH München*, NVwZ 1994, 598

❑ Für eine konkrete Befugnisnorm als Ermächtigungsgrundlage für staatliche Warnungen: *Lege*, DVBl 1999, 569; *Wahl/Massing*, JZ 1990, 553; *Gusy,* JZ 1989, 1003; Gröschner, DVBl 1990, 619

❑ Für die Befugnis zur Öffentlichkeitsarbeit als hinreichende Grundlage staatlicher Warnungen: *BVerfG*, NJW 1989, 3269; *BVerwGE* 82, 76; NVwZ 1994, 162

Leitsatz (der Redaktion):

Wird eine öffentlich-rechtlich organisierte Kirche auf Unterlassung von Äußerungen über andere Religionsgemeinschaften in Anspruch genommen, ist hierfür der Zivilrechtsweg einschlägig.

Sachverhalt:

Die Kl. und Bf. machen einen Unterlassungsanspruch gegen die Bekl. geltend. Sie wenden sich gegen aus ihrer Sicht abwertende und unwahre Behauptungen über die Kl., die in einer von der Bekl. herausgegebenen Broschüre vom Sektenbeauftragten der Bekl. aufgestellt wurden. Mit ihrer Klage vor dem LG Bremen haben die Kl. beantragt, die Bekl. zu verurteilen, Äußerungen über die Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas, wie sie in der o. g. Broschüre mit dem Titel "Destruktive Kulte in Bremen - Band 5: die Zeugen Jehovas" gemacht wurden, und die die Kl. im Einzelnen zitieren, zu unterlassen. Das LG hat in dem angefochtenen Beschluss den Rechtsweg zu den Zivilgerichten für unzulässig erklärt und den Rechtsstreit gem. § 17a GVG an das zuständige VG Bremen verwiesen.

Mit der gegen diesen Beschluss gerichteten "sofortigen Beschwerde" der Kl. beantragen diese, den angefochtenen Beschluss aufzuheben und den Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten für zulässig zu erklären. Die Beschwerde hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Die sofortige Beschwerde ist auch begründet, da für die Klage der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten gem. § 13 GVG eröffnet ist. Bei der Streitigkeit handelt es sich um eine bürgerlich-rechtliche, nicht um eine verwaltungsrechtliche gem. § 40 VwGO, da ein Abwehranspruch der Kl. gegen Äußerungen der Bekl. zivilrechtlicher Natur ist, und die Rechtsnatur des geltend gemachten Anspruches den Rechtsweg bestimmt (Kissel, GVG, 2. Aufl., § 17 Rdnr. 17).

A. Streitstand

Die Frage des Rechtswegs für Klagen gegen Kirchen, mit denen Unterlassungsansprüche im Hinblick auf Äußerungen über andere Religionsgemeinschaften verlangt werden, ist in der Rechtsprechung umstritten. Während der VGH München (NVwZ 1994, 787 - ihm folgend das LG in der angefochtenen Entscheidung) wegen der organisatorischen Struktur der Kirchen eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit annimmt, verweist das OVG Bremen (NVwZ 1995, 793) auf die Trennung zwischen Staat und Kirche und hält den Zivilrechtsweg für gegeben.

B. Entscheidung des Senats

Der Senat schließt sich dieser zuletzt genannten Auffassung an.

I. Streitiges Rechtsverhältnis als Kriterium für die Rechtswegzuweisung

Ob eine bürgerlich- oder öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt, beurteilt sich nach der (wahren) Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird (BGHZ 97, 312; 119, 93; BVerwGE 96, 71). Bei einer Abwehrklage auf Unterlassung ehrverletzender Äußerungen ist dabei auf die zwischen den Bet. bestehende Rechtsbeziehung abzustellen, aus der sich die Pflicht des Betroffenen zur Duldung der Beeinträchtigung bzw. sein Recht auf Störungsfreiheit ergibt und nach der deshalb das Bestehen des geltend gemachten Anspruchs zu beurteilen ist.

Die Bekl. ist zwar öffentlich-rechtlich organisiert, handelt aber im Rahmen ihrer Teilnahme am Prozess der öffentlichen Meinungsbildung, zu der auch die Erfüllung ihres Verkündungsauftrages zählt, als gesellschaftliche, nicht als staatliche Institution. Allein diese Beurteilung kirchlichen Handelns im Außenverhältnis wird dem laizistischen Charakter der Staatsverfassung der Bundesrepublik Deutschland gerecht.

II. Keine reine Innentätigkeit

Die von den Kl. angegriffenen Äußerungen des Sektenbeauftragten der Bekl., der als Herausgeberin der Broschüre die Äußerungen zuzurechnen sind, stellen eine Tätigkeit der Bekl. im Kernbereich kirchlichen Wirkens dar. Mit ihnen wird die Bekl. sowohl ihrem Verkündungsauftrag bezüglich der eigenen Glaubenslehre in Abgrenzung zu anderen Religionsgemeinschaften als auch ihrem seelsorgerischen Auftrag gerecht. Es handelt sich nicht um lediglich innerkirchliches Wirken, da die Bekl. durch diese Tätigkeit ein Rechtsverhältnis im Außenverhältnis, also zu Dritten wie den Kl., schafft. Allerdings ist entgegen der Auffassung der Kl. nicht von einer Wettbewerbstätigkeit der Bekl. auszugehen, da die Bekl. in der Erfüllung o. g. Aufgaben handelt und es nicht um den Absatz der eigenen Leistungen zu Lasten des Umsatzes anderer Personen geht, die gleichartige Leistungen im Rahmen einer Geschäfts-

tätigkeit erbringen. Nicht einschlägig ist daher die von den Kl. zitierte Entscheidung des BGH (NJW 1981, 2811), der ein Unterlassungsanspruch einer Versicherungsgesellschaft gegen den kirchlichen Ecclesia-Versicherungsdienst bezüglich er Abwerbung von Versicherungsnehmern zu Grunde lag.

III. Keine staatliche Meinungsäußerung
Da die Bekl. mit ihren Äußerungen am öffentlichen Meinungsbildungsprozess als eine Institution teilnimmt, die nicht selbst durch die Grundrechte gebunden, sondern vielmehr durch diese hierzu berechtigt ist, stellt sich ihr Handeln gerade nicht als staatliche Meinungsäußerung dar (BVerwG, NJW 1984, 989; VGH München, NVwZ 1994, 787; OVG Bremen, NVwZ 1995, 793; Lorenz, NJW 1996, 1855). Insoweit beurteilen auch die Befürworter des Verwaltungsrechtsweges und auch das LG die Rechtslage nicht anders.

IV. Keine öffentlich-rechtliche Streitigkeit kraft öffentlich-rechtlicher Organisationsform
Begreift man danach die Bekl. in dieser Funktion als eine gesellschaftliche, nicht jedoch als eine staatliche Organisation, kann die Vermutung für den öffentlich-rechtlichen Charakter kirchlichen Handelns im Bereich der Wahrung vor anderen Religionsgemeinschaften nur noch aus ihrer Organisationsform hergeleitet werden (VGH München, NVwZ 1994, 787; BVerwG, NJW 1984, 989). Diese Organisationsform ist jedoch als Mittel der Bestandswahrung in Art. 140 GG ausschließlich historisch bedingt (Schatzschneider, Anm. zu BVerwG, NJW 1984, 989, 991; v. Münch, GG, Art. 140 Rdnr. 21 ff.). Aus ihr lässt sich nicht auf den rechtlichen Charakter eines von der Bekl. verfolgten oder gegen sie geltend gemachten Anspruchs schließen (Lorenz, NJW 1996, 1855, 1856). Die Begründung eines öffentlich-rechtlichen Abwehranspruches gegen Äußerungen der Kirche müsste in den Grundrechten als Abwehrrechten gegenüber staatlichem Handeln gründen. Eine solche Grundrechtsbindung der Kirche besteht jedoch nicht. Äußerungen der Bekl. sind gerade nicht amtlich im Sinne von staatlich, wie das LG meint. Vielmehr steht die Kirche anderen Teilnehmern am Meinungsbildungsprozess auf der Ebene staatsbürgerlicher Gleichordnung gegenüber (OVG Bremen, NVwZ 1995, 793; Lorenz, NJW 1996, 1855, 1856).

V. Vergleich mit Rundfunkanstalten
Diese Beurteilung eines Unterlassungsanspruches gegen Meinungsäußerungen der Kirche erscheint auch folgerichtig im Hinblick auf die Rechtsprechung zu Abwehransprüchen gegen öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten. Auch deren Äußerungen stellen materiell-rechtlich trotz der öffentlich-rechtlichen Organisationsform und obwohl diese Anstalten formell zum Staatsbereich gehören, Grundrechtsausübung dar. Kollisionen mit anderen Grundrechtsträgern sind daher dort wie hier mit Mitteln der hierfür bereitstehenden Privatrechtsordnung zu lösen (BVerwG, NJW 1994, 2500; BGH, NJW 1976, 119; Lorenz, NJW 1996, 1855, 1857).

Standort: Art. 14 GG Problem: Entzug als Inhalts- und Schrankenbestimmung

BVERFG, BESCHLUSS VOM 22.05.2001
1 BVR 1512/97 UND 1677/97 (NVWZ 2001, 1023)

Problemdarstellung:
Das BVerfG hatte darüber zu entscheiden, ob die Baulandumlegung nach den §§ 45 ff. BauGB eine Enteignung der betroffenen Eigentümer i.S.d. Art. 14 III GG darstellt, oder ob es sich lediglich um eine Inhalts- und Schrankenbestimmung i.S.d. Art. 14 I 2 GG handelt. Das BVerfG hatte in seiner Rspr. immer wieder betont, dass die Abgrenzung von der Intensität der Maßnahme grds. unabhängig sein soll. Es komme vielmehr auf deren Zweck an. Die Enteignung sei entscheidend durch den Entzug einer Rechtsposition geprägt, während die Inhalts- und Schrankenbestimmung dem Eigentümer sein Eigentum lasse, ihm jedoch bestimmte Rechte und Pflichten bei dessen Nutzung auferlege (BVerfG, RA 1999, 529, 530 = NJW 1999, 2877 zum RhPfDenkmSchG; ferner BVerfGE 72, 66, 76). Die §§ 45 ff. BauGB sehen ausdrücklich den Verlust der ursprünglichen Grundstücke infolge der Baulandumlegung vor; man könnte also von einem Entzug und damit von einer Enteignung ausgehen. Das BVerfG nimmt hingegen eine Inhalts- und Schrankenbestimmung an. Es führt aus, jede Enteignung setze einen Entzug voraus, nicht jeder Entzug sei jedoch eine Enteignung. Letztere sei vielmehr nur dann zu bejahen, wenn der Staat sich auf diese Weise eine öffentliche Aufgabe zu erfüllen suche, nicht hingegen, wenn er - wie bei §§ 45 ff. BauGB - im privaten Interesse die Grundstücksgrenzen verschiebe, um die Bebaubarkeit der Flächen zu ermöglichen.

Prüfungsrelevanz:
Die Abgrenzung von Inhalts- und Schrankenbestimmungen i.S.d. Art. 14 I 2 GG und

Enteignungen i.S.d. Art. 14 III GG bereitet immer wieder Schwierigkeiten. Gleichwohl muss der Examenskandidat sie beherrschen, da hiervon die Lösung einer Vielzahl von Examensaufgaben abhängen kann. Zum einen kann eine Verletzung von Art. 14 GG (zu prüfen z.B. im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde) von der richtigen Einordnung des Eigentumseingriffs abhängen, da die Schranken unterschiedlich sind (vgl. die qualifizierten Anforderungen des Art. 14 III GG, insbes. den Allgemeinwohlbezug und die Junktimklausel, im Verhältnis zum einfachen Gesetzesvorbehalt des Art. 14 I 2 GG). Darüber hinaus kann sie in staatshaftungsrechtlichen Klausuren, etwa im Rahmen des enteignenden oder enteignungsgleichen Eingriffs, von entscheidender Bedeutung sein. Diese Rechtsinstitute finden spätestens seit der legendären "Nassauskiesungs-Entscheidung" des BVerfG (BVerfGE 58, 300) auf Enteignungen wegen des Vorrangs des Primärrechtsschtzes ("kein dulde & liquidiere") keine Anwendung (BVerfG, a.a.O. S. 322; Einzelheiten s. Ossenbühl, StaatshaftungsR, S. 224, 260 ff.). Im Nassauskiesungs-Beschluss hat das BVerfG auch erstmals die oben dargelegte, streng formale Abgrenzung entwickelt, nach der insbes. die Intensität des Eingriffs grds. keine Rolle für dessen Rechtsnatur spiele. Der BGH ("Sonderofertheorie", BGHZ 57, 359, 365) und das BVerwG ("Schweretheorie", BVerwGE 15, 1, 2) haben hingegen immer wieder auf die Eingriffsintensität abgestellt. Nach dieser Vorstellung ist die Enteignung nur eine besonders schwere Form der Inhalts- und Schrankenbestimmung; es werde an einem bestimmten Punkt quasi eine "Schwelle" zur Enteignung überschritten. Diese Meinungen werden daher zusammenfassend auch "Schwellentheorien" genannt.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Umlegung von Baugebieten: *BGH*, NVwZ 1984, 750; BGHZ 100, 148; BGHZ 113, 139, 144

❑ Zur Abgrenzung von Enteignung und Inhalts- und Schrankenbestimmung: *BVerfGE* 38, 175, 179 ff.; 101, 239, 259 ff.

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Die Vögel"

❑ *Examenskurs*: "Die R-GmbH"

Leitsatz:

Die Baulandumlegung nach den §§ 45 ff. BauGB ist eine verfassungsrechtlich zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums i. S. des Art. 14 I 2 GG.

Sachverhalt:

Die Bf. sind Eigentümer von Grundstücken, die in den durch Umlegungsbeschlüsse gem. § 47 BauGB festgelegten Umlegungsgebieten belegen sind. In den Ausgangsverfahren haben sie die Aufhebung der Umlegungsbeschlüsse beantragt. In beiden Verfahren geht es um eine Erschließungsumlegung i. S. des § 45 I 1, 1. Alt BauGB; bisher landwirtschaftlich genutzte Gebiete sollen erschlossen und künftig zu Wohnzwecken genutzt werden.

Die Bf. im Verfahren 1 BvR 1512/97 haben außerdem Grundstücke außerhalb des Umlegungsgebiets, die im Bebauungsplan als "Dauerkleingärten" ausgewiesen sind. Für den Fall, dass der Umlegungsbeschluss Bestand hat, begehren sie die Einbeziehung dieser Grundstücke in das Umlegungsverfahren. Die dem Verfahren 1 BvR 1512/97 zu Grunde liegende Klage der Bf. blieb in allen Instanzen erfolglos. Das OLG wies die Berufung der Bf. zurück. Die Umlegung sei Inhaltsbestimmung des Eigentums gem. Art. 14 I 2 GG. Die Abgrenzung des Umlegungsgebiets sei nicht zu beanstanden, insbesondere verstoße die Nichteinbeziehung der für Dauerkleingärten vorgesehenen Teilflächen in das Umlegungsgebiet nicht gegen den Gleichheitssatz. Der BGH nahm die Revision wegen fehlender grundsätzlicher Bedeutung und mangels Erfolgsaussicht nicht an. Zur Begründung bezog er sich auf seine bisherige Rechtsprechung (BGHZ 111, 52, 56; 113, 139, 143). Das BauGB regele die Umlegung als Inhaltsbestimmung des Eigentums gem. Art. 14 I 2 GG und nicht als Enteignung.

Die dem Verfahren 1 BvR 1677/97 zu Grunde liegende Klage der Bf. hatte ebenfalls keinen Erfolg. Das OLG wies die Berufung der Bf. zurück. Die Umlegung nach den §§ 45 ff. BauGB sei keine Enteignung, sondern eine Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums. Der BGH nahm die Revision ohne weitere Begründung wegen fehlender grundsätzlicher Bedeutung und mangels Erfolgsaussicht nicht an. Die Verfassungsbeschwerden wurden zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

A. Zulässigkeit

Die Verfassungsbeschwerden sind zulässig. Der Rüge der Verletzung des Art. 14 GG steht nicht der Grundsatz der Subsidiarität entgegen. Für die Bf. besteht keine anderweitige Möglichkeit, den geltend gemachten Grundrechtsverstoß ohne Inanspruchnahme des BVerfG zu beseitigen (BVerfGE 93, 165, 171). Nach der fachgerichtlichen Rechtsprechung enthält der Umlegungsbeschluss die nach außen rechtsverbindliche Entscheidung über die Zulässigkeit der Umlegung als Ganzes, soweit dies unabhängig von der Einzelausgestaltung des Umlegungsgebiets durch den Umlegungsplan beurteilt werden kann (vgl. BGH,

NVwZ 1984, 750; BGHZ 100, 148; BGHZ 113, 139, 144). Danach können die Bf. ihre auf den Umlegungsbeschluss bezogenen Rügen später nicht mehr erfolgreich zum Gegenstand einer Klage gegen den Umlegungsplan machen [...].

B. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerden sind unbegründet. Die angegriffenen Entscheidungen und die ihnen zu Grunde liegenden Vorschriften über die Baulandumlegung sind mit der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG vereinbar [...].

I. Eingriff in den Schutzbereich des Art. 14 I GG

Die angegriffenen Entscheidungen und die ihnen zu Grunde liegenden Vorschriften über die Baulandumlegung berühren den Schutzbereich des Art. 14 I 1 GG.

1. Schutzbereich betroffen

Der Eigentumsgarantie kommt im Gefüge der Grundrechte die Aufgabe zu, dem Träger des Grundrechts einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich zu sichern und ihm dadurch eine eigenverantwortliche Gestaltung seines Lebens zu ermöglichen. Das verfassungsrechtlich gewährleistete Eigentum ist durch Privatnützigkeit und die grundsätzliche Verfügungsbefugnis des Eigentümers über den Eigentumsgegenstand gekennzeichnet. Es soll dem Eigentümer als Grundlage privater Initiative in eigenverantwortlichem, privatem Interesse von Nutzen sein und genießt einen besonders ausgeprägten Schutz, soweit es um die Sicherung der persönlichen Freiheit des Einzelnen geht (BVerfGE 102, 1, 15; st. Rspr.).

2. Eingriff

Die Baulandumlegung schränkt die verfassungsrechtlich gewährleistete Verfügungsfreiheit des Eigentümers ein. Der Staat nimmt den Eigentümern vorübergehend die Verfahrensherrschaft, wenn diese die Bebaubarkeit der Grundstücke über privatautonome Regelungen einer Neuordnung der Eigentumsverhältnisse nicht erreichen. Die mit einem teilweisen oder gänzlichen Verlust des bisherigen konkreten Grundstücks und der Neuzuteilung verbundene Änderung der Eigentumsverhältnisse kann notfalls auch gegen den Willen einzelner Eigentümer erfolgen. Durch die Regelungen zur Baulandumlegung schafft der Gesetzgeber die Grundlage für Entzug und Zuweisung konkreter Eigentumsgegenstände und schränkt damit zugleich die von Art. 14 I 1 GG geschützte Handlungsfreiheit im Bereich der Eigentumsordnung ein.

Dem steht nicht entgegen, dass die angegriffenen Umlegungsbeschlüsse die Eigentumslage noch unverändert lassen und keine Aussage zur konkreten Inanspruchnahme einzelner Grundstücke treffen. Denn sie bestimmen bereits abschließend und für das weitere Verfahren verbindlich das Umlegungsgebiet und damit die Grundstücke, die für eine Neuordnung in Frage kommen; außerdem bewirken sie gem. § 51 BauGB eine Verfügungs- und Veräußerungssperre.

II. Schranken

Die Baulandumlegung, deren verfassungsrechtliche Einordnung das BVerfG bisher ausdrücklich offen gelassen hat (vgl. BVerfGE 74, 264, 279), ist keine Enteignung, sondern eine Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums. Sie ist daher anhand von Art. 14 I und II GG und nicht nach Art. 14 III GG zu beurteilen.

1. Abgrenzungskriterien

Mit der Enteignung greift der Staat auf das Eigentum des Einzelnen zu. Sie ist auf die vollständige oder teilweise Entziehung konkreter subjektiver, durch Art. 14 I 1 GG gewährleisteter Rechtspositionen zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben gerichtet (vgl. BVerfGE 101, 239, 259; BVerfGE 102, 1 , 15). Die Enteignung setzt den Entzug konkreter Rechtspositionen voraus, aber nicht jeder Entzug ist eine Enteignung i. S. von Art. 14 III GG. Diese ist beschränkt auf solche Fälle, in denen Güter hoheitlich beschafft werden, mit denen ein konkretes, der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienendes Vorhaben durchgeführt werden soll (vgl. BVerfGE 38, 175, 179). Ist mit dem Entzug bestehender Rechtspositionen der Ausgleich privater Interessen beabsichtigt, kann es sich nur um eine Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums handeln (vgl. dazu BVerfGE 101, 239, 259).

2. Subsumtion

Die Baulandumlegung ist danach eine Inhalts- und Schrankenbestimmung i. S. des Art. 14 I 2 GG und nicht eine Enteignung i. S. des Art. 14 III GG. Zwar erfolgt die Umlegung im Rahmen eines auch öffentlichen Interessen dienenden städtebaulichen Konzepts. Die Exekutive wird aber durch die §§ 45 ff. BauGB nicht ermächtigt, den Eigentümern ihre Grundstücke zu entziehen, um sie für ein konkretes, dem Wohl der Allgemeinheit dienendes Vorhaben einzusetzen. Das Instrument der Baulandumlegung ist in erster Linie auf den Ausgleich der privaten Interessen der Eigentümer gerichtet. Es soll diesen die bauliche Nutzung ihrer Grundstücke auch in den Fällen ermöglichen, in denen diese sich nicht selbst auf die hierzu notwendige Neuordnung ihrer Eigentumsrechte einigen. Bestandteil dieser Neuordnung ist auch der in § 55 II BauGB vorgesehene

Flächenabzug für die in dem Bebauungsplan festgesetzten örtlichen Verkehrsflächen und Flächen für sonstige Anlagen, die überwiegend den Bewohnern des Umlegungsgebiets zugute kommen. Denn die Erschließung ist unabdingbare Voraussetzung für eine Bebaubarkeit des Gebiets und damit der einzelnen, den Eigentümern zugeteilten Grundstücke (vgl. BVerwGE 12, 1; BGHZ 89, 353, 357). Auch sie dient dem privaten Interessenausgleich.
Der die Umlegung einleitende Umlegungsbeschluss stellt danach keine Enteignung dar, sondern aktualisiert die gesetzlich in den §§ 45 ff. BauGB vorgesehene Möglichkeit, die Grundstücke im Umlegungsgebiet zum Zweck ihrer plangerechten Nutzung im konkreten Fall neu zu ordnen.

III. Schranken-Schranken
Der Inhalt und Schranken des Eigentums bestimmende Gesetzgeber genießt keine unbeschränkte Gestaltungsfreiheit. Vielmehr muss er bei der Verwirklichung seines Regelungsauftrags die Anerkennung des Privateigentums in Art. 14 I 1 GG beachten und sich im Einklang mit allen anderen Verfassungsnormen halten. Er ist, wenn er von der Ermächtigung zur Inhalts- und Schrankenbestimmung Gebrauch macht, insbesondere verpflichtet, die Interessen der Betroffenen in einen gerechten Ausgleich und ein ausgewogenes Verhältnis zu bringen. Eine einseitige Bevorzugung oder Benachteiligung steht mit der verfassungsrechtlichen Vorstellung eines sozial gebundenen Privateigentums nicht in Einklang (vgl. BVerfGE 101, 239, 259; st. Rspr.).

1. Verhältnismäßigkeit der Normen
Die Vorschriften der §§ 45 ff. BauGB über die Baulandumlegung enthalten, soweit für die vorliegenden Verfahren von Bedeutung, eine zulässige Regelung von Inhalt und Schranken des Eigentums i. S. des Art. 14 I 2 GG.

a. Legitimer Zweck
Sie dienen dem legitimen Regelungsziel, die Neuordnung der Grundstücke zum Zweck ihrer plangerechten baulichen Nutzung zu ermöglichen [...].

b. Angemessenheit
Die Vorschriften über die Baulandumlegung schaffen auch einen angemessenen, die Belange der betroffenen Grundstückseigentümer hinreichend berücksichtigenden Interessenausgleich.

aa. Belastungen
Kommt es mangels einer einvernehmlichen Lösung (vgl. BGHZ 100, 148, 151) zu einer hoheitlichen Baulandumlegung, können die Eigentümer zwar ihre bisherigen Grundstücke ganz oder teilweise verlieren. Sie müssen zudem einen Flächenabzug für die zur Erschließung des Baugebiets notwendigen Anlagen hinnehmen (§ 55 II BauGB).

bb. Kompensation durch Vorteile
Diese mit der Baulandumlegung verbundenen Belastungen stehen aber in angemessenem Verhältnis zu den mit der Umlegung verbundenen Vorteilen. Alle Eigentümer haben gem. §§ 56 I 1, 59 I BauGB grundsätzlich Anspruch auf Zuteilung von Bauland im Verhältnis der Flächen oder Werte, in dem die früheren Grundstücke vor der Umlegung zueinander gestanden haben. Eine unangemessene Belastung einzelner Eigentümer wird vermieden (vgl. BVerfGE 100, 226, 245), denn sie erhalten für den Verlust ihrer Grundstücke wiederum Grundeigentum, das wertgleich sein soll (vgl. §§ 57 S. 2, 58 II BauGB), in der Regel jedoch wertvoller sein wird als die in das Umlegungsverfahren eingebrachten Grundstücke. Der Gesetzgeber hat auch Sorge dafür getragen, dass ein schutzwürdiges Interesse einzelner Eigentümer an der Beibehaltung des Grundstückszuschnitts und der bisherigen Nutzung Berücksichtigung finden kann. Über ein solches Interesse ist bereits bei der Aufstellung des Bebauungsplans zu entscheiden, der die bauliche Nutzung gem. § 1 VI BauGB als Ergebnis eines gerechten Ausgleichs gegenläufiger privater und öffentlicher Belange festsetzt und der gem. § 45 II 2 BauGB spätestens vor dem Beschluss über die Aufstellung des Umlegungsplans in Kraft getreten sein muss (vgl. BGHZ 67, 320, 328). Es entspricht im Übrigen den Anforderungen des Art. 14 I 1 GG, dass bei allen im Umlegungsverfahren zu treffenden Ermessensentscheidungen, die auf die Belastung von Eigentümerrechten gerichtet sind oder diese im Ergebnis bewirken, die Interessen der betroffenen Eigentümer im Verhältnis untereinander und im Verhältnis zu den mit der Umlegung verfolgten öffentlichen Interessen zu einem fairen Ausgleich gebracht werden (vgl. etwa § 56 I 2 BauGB).

2. Verhältnismäßigkeit der Anwendung
Es ist weder dargelegt noch ersichtlich, dass die Gerichte bei Anwendung des Umlegungsrechts in den Ausgangsverfahren Bedeutung und Tragweite des Art. 14 I GG verkannt haben (vgl. BVerfGE 18, 85, 92).

Standort: Europarecht **Problem: Europarechtswidrigkeit der Wehrpflicht**

VG STUTTGART, VORLAGEBESCHL. VOM 04.04.2001
17 K 1458/00 (VBLBW 2001, 377)

Problemdarstellung:

Der Kläger des vorliegenden Verfahrens soll als Wehrpflichtiger zur Bundeswehr eingezogen werden. Hiergegen wendet er sich mit der Ansicht, nach der "Kreil"-Entscheidung des EuGH über die Europarechtswidrigkeit der Verweigerung des Waffendienstes gegenüber Frauen (vgl. die ausführliche Besprechung in RA 2000, 63 = DÖV 2000, 421) sei die Wehrpflicht nur für Männer europarechtlich nicht mehr haltbar. Die Männer seien angesichts der Tatsache, dass die neue Verfassungslage in der BRD den Frauen im Gegensatz zu ihnen zwar das Recht, nicht aber die Pflicht zur Ableistung des Wehrdienstes einräume, diskriminiert. Das VG hat zur Klärung dieser Frage den EuGH im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens angerufen.

Prüfungsrelevanz:

Die "Kreil"-Entscheidung des EuGH hat hohe Wellen geschlagen und zu einer Fülle von Literaturstimmen geführt. Die Kenntnis des Falles kann von jedem Examenskandidaten erwartet werden. Dies gilt umso mehr, als die vorliegende Entscheidung des VG Stuttgart, welche in der Literatur ebenfalls bereits erörtert worden ist, die ohnehin schwelenden politischen wie juristischen Diskussion um die Wehrpflicht weiter anheizen wird. Hinzu kommt, das das LG Potsdam dem BVerfG die Frage vorgelegt hat, ob die Wehrpflicht angesichts der veränderten sicherheitspolitischen Lage noch verfassungsgemäß ist (LG Potsdam, NJ 1999, 660 L; die Wehrpflicht könnte wegen eines Verstoßes gegen Art. 79 III GG "verfassungswidriges Verfassungsrecht" darstellen, vgl. hierzu Sachs, NWVBl 2000, 405, 410 ff.).

Die Vorlage des VG Stuttgart steht nach dessen Ansicht i.Ü. weder der zwischenzeitlichen Musterung noch der Einberufung entgegen.

Das Gericht hat entsprechende Eilanträge des Klägers zu deren Verhinderung abgelehnt.

Vertiefungshinweise:

❑ Besprechung der vorliegenden Entscheidung: *Schmidt-DeCaluwe/Heselhaus*, NJW 2001, 2680

❑ Beschlüsse des VG im Eilverfahren: *VG Stuttgart*, NJW 2001, 2736 (Musterung); VBlBW 2001, 378 (Einberufung)

❑ "Kreil"-Entscheidung des EuGH: *EuGH*, RA 2000, 63 = DÖV 2000, 421 = NJW 2000, 497

❑ Besprechungen der Kreil-Entscheidung: *Mückl*, Jura 2000, 406; *Stein*, EuZW 2000, 211; *Koch*, DVBl 2000, 476; *Götz*, JZ 2000, 412; *Streinz*, JuS 2000, 489; *Müller/Schultzky*, NVwZ 2000, 1381

Kursprogramm:

❑ Examenskurs: "Die Feuerwehrabgabe"

Leitsatz:

Zur Frage, ob der deutschen Wehrpflicht nur für Männer Europarecht entgegensieht.

Sachverhalt:

Der 1982 geborene Kläger begehrt mit seiner Klage die Feststellung, dass er nicht wehrpflichtig sei. Nachdem er im September 1999 einen Fragebogen zur Vorbereitung der Musterung erhalten hatte, beantragte er beim Kreiswehrersatzamt S., ihn von der Wehrpflicht zu befreien und aus der Wehrerfassung heraus zu nehmen. Zur Begründung führte er aus, das deutsche Wehrpflichtgesetz verstoße gegen Gemeinschaftsrecht. Dies sei seit Vorliegen der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs im Urteil vom 11. 1. 2000, Rs. C - 285/98 - Tanja Kreil - (RA 2000, 63 = DÖV 2000, 421) evident.

Mit Bescheid vom 3.2.2000 wies das Kreiswehrersatzamt den Antrag zurück und führte zur Begründung aus, der Europäische Gerichtshof habe sich in der zitierten Entscheidung lediglich zum freiwilligen Dienst von Frauen in der Bundeswehr geäußert, nicht aber zur Frage der Wehrpflicht. Fragen der Landesverteidigung - und damit auch der Wehrpflicht - gehörten zu einem der Bereiche, die nach wie vor dem Gemeinschaftsrecht entzogen seien. Hiergegen legte der Kläger Widerspruch ein, den die Wehrbereichsverwaltung V mit Widerspruchsbescheid vom 28.2. 2000 zurückwies. Am 20.3.2000 erhob der Kläger Klage. Das VG hat das Verfahren ausgesetzt und den EuGH im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens angerufen.

Aus den Gründen:

A. Standpunkt des Klägers: Wehrpflicht europarechtswidrig

[Der Kläger] führt aus, nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs im Fall Kreil gebe es keine sachlichen Gründe mehr, die einen Ausschluss von Frauen vom Dienst mit der Waffe aus geschlechtsspezifischen Gründen rechtfertigen könnten. Die in Art. 12 a Abs. 1 GG normierte Wehrpflicht für Männer widerspreche dem Gleichheitssatz und stelle eine unzulässige Diskriminierung von Männern im Hinblick darauf dar, dass Frauen nunmehr zwar ein Recht zum Dienst an der Waffe, nicht aber eine Pflicht zum Wehrdienst hätten (vgl. die Neufassung von Art. 12 a Abs. 4 S. 2

GG).

B. Standpunkt der BRD: Wehrpflicht europarechtskonform
Dem tritt die beklagte Bundesrepublik Deutschland entgegen. Sie führt aus, das Grundgesetz beinhalte den Verfassungsauftrag zur wehrhaften Friedensstaatlichkeit, der mit der Einführung der Wehrpflicht für Männer umgesetzt worden sei. Die Entscheidung bewege sich im Rahmen der in der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten verbliebenen Organisationsgewalt über die Streitkräfte. Die Zuständigkeit des Europäischen Gerichtshofs in dieser Frage der allgemeinen Wehrpflicht sei zwar nicht schon auf Grund eines Primärrechtsvorbehalts von vornherein ausgeschlossen. Es ergebe sich aber für die allgemeine Wehrpflicht kein Anknüpfungspunkt für die Anwendung von Europarecht:

I. Kein Verstoß gegen Art. 3 II EG
Die Gleichstellungsklausel in Art. 3 Abs. 2 EG begründe keinen unmittelbar wirksamen Anspruch auf Herstellung der Gleichbehandlung, sondern stelle ein europapolitisches Ziel für spezifische Maßnahmen der Gemeinschaft gegen Diskriminierungen auf Grund anderer Ermächtigungen dar.

II. Kein Verstoß gegen Art. 13 EG
Die Vorschrift des Art. 13 EG über Vorkehrungen gegen Diskriminierungen enthalte keine materiellrechtliche Regelung, sondern eine Kompetenzzuweisung an den Rat, Maßnahmen gegen Verletzungen des allgemeinen Gleichheitssatzes zu treffen. Da die EU im Bereich der Wehrpflicht grundsätzlich keine Kompetenzen besitze, könne insoweit über Art. 13 EG auch keine neue Zuständigkeit begründet werden.
III. Kein Verstoß gegen Art. 141 EG
Art. 141 EG finde keine Anwendung auf die Wehrpflicht, da es hierzu an einer arbeitsrechtlichen Beziehung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber fehle.

IV. Kein Verstoß gegen Art. 21, 23 der (künftigen) EG-Grundrechtscharta
Der Gleichstellungsartikel der Charta der Grundrechte verpflichte schließlich nur die Organe und Einrichtungen der Union bzw. gelte für die Mitgliedstaaten nur bei Durchführung von Europarecht.

V. Kein Verstoß gegen Art. 2 II der Richtlinie 76/207/EWG
Aber auch die Richtlinie 76/207/EWG finde auf die deutsche Wehrpflicht keine Anwendung, denn Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie erfasse nur berufliche Tätigkeiten. Die Wehrpflicht dagegen sei als Dienstpflicht zu qualifizieren und daher vom Zugang zum Beruf des Soldaten zu trennen. Der in der Richtlinie niedergelegte Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Beschäftigung und Beruf gebiete es nicht, entweder auch Frauen der Wehrpflicht zu unterwerfen oder die Wehrpflicht für Männer in Frage zu stellen.

C. Standpunkt des Gerichts
Die Kammer hegt Zweifel an der Richtigkeit des Standpunktes der Beklagten. Denn die Ungleichbehandlung von Männern gegenüber Frauen in Bezug auf die Wehrpflicht führt jedenfalls zu einem verspäteten Zugang der Männer zu Beschäftigung und Berufsausbildung gegenüber Frauen und könnte damit eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts im Sinne von Art. 2 Abs. 1 RL 76/207/EWG darstellen (vgl. insoweit auch EuGH, Urteil vom 7. 12. 2000, Rs. C-79/99 - Julia Schnorbus - zu Ausgleichsmaßnahmen wegen Wehrdienstfolgen). Andererseits könnte diese Ungleichbehandlung als spezifische Vergünstigung nach Art. 2 Abs. 4 RL 76/207/ EWG zu Gunsten der Frauen gerechtfertigt sein, da hiernach im Interesse der tatsächlichen Gleichstellung der Geschlechter eine "positive Diskriminierung" möglich ist. Denn schon die statistisch erhärtete Tatsache, dass deutsche Frauen im Laufe ihres Lebens heute im Schnitt 1,3 Kinder gebären, führt durchschnittlich zu einer die Dauer des Wehrdienstes übersteigenden beruflichen Ausfallzeit.

D. Entscheidung des Gerichts
Da die Kammer mithin eine Entscheidung hierüber zum Erlass ihres Urteils für erforderlich hält, legt sie [folgende] Frage dem Europäischen Gerichtshof gemäß Art. 234 EG zur Vorabentscheidung vor: Steht der deutschen Wehrpflicht nur für Männer Europarecht entgegen?

Standort: VerwProzessR Problem: Keine Klagebefugnis bei Rechtsmissbrauch

BVERWG, URTEIL VOM 27.10.2000
4 A 10/99 (NVWZ 2001, 427)

Problemdarstellung:
Die Klagebefugnis des § 42 II VwGO verlangt bekanntlich die Geltendmachung eigener subjektiv-

öffentlicher Rechte durch den Kläger einer Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage. Durch eine analoge Anwendung der Vorschrift auf Leistungs-, Fortsetzungsfeststellungs- und Feststellungsklagen (für letztere zumindest die st. Rspr. des BVerwG) sowie die Existenz des inhaltsgleichen § 47 II 1 VwGO für Normenkontrollen lässt sich feststellen, dass die VwGO insgesamt auf Individualrechtsschutz ausgerichtet ist, mithin sogen. "Popular-" oder "Verbandsklagen" weithin (Ausnahmen sind über § 42 II, 1. HS VwGO möglich) ausschließt.

Insbesondere im Baurecht, und hier insbes. im sogen. Fachplanungsrecht (im Fall: Bau einer Bundesfernstraße) sehen sich Natur- und Umweltschutzverbände durch diese Regelung oftmals gehindert, gegen bestimmte, ihnen unliebsame Projekte vorzugehen. Da dem Eigentümer eines im Einzugsbereich des geplanten Bauprojekts gelegenen Grundstücks jedoch häufig Kraft seines Eigentums die Klagebefugnis zukommt, gehen die Verbände z.T. dazu über, zum Zwecke der Herbeiführung der Klagebefugnis ein solches Grundstück zu erwerben (dann "Sperrgrundstück" genannt). Das BVerwG erteilt dieser Praxis mit der vorliegenden Entscheidung zwar keine generelle Absage, schränkt sie jedoch wesentlich ein: Sie sei unter bestimmten Voraussetzungen rechtsmissbräuchlich und daher nicht geeignet, die Klagebefugnis zu begründen.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung kann für alle Prüfungsaufgaben von Bedeutung sein, in denen eine Klagebefugnis zu prüfen ist. Das BVerwG stellt klar, dass die bloße Inhaberschaft eines subjektiv-öffentlichen Rechts für § 42 II VwGO nicht genügt, wenn dieses Recht nur vorgeschoben, also quasi eine inhaltsleere Hülle ist.

Für den Gutachtenaufbau ist zu beachten, dass aus den Entscheidungsgründen nicht klar hervorgeht, an welchem Prüfungspunkt die Zulässigkeit der Klage nun scheitert. Ein Rechtsmissbrauch lässt gewöhnlich erst das "allgemeine Rechtsschutzinteresse" entfallen; die Klagebefugnis müsste also allein aufgrund der formellen Rechtsinhaberschaft noch bejaht werden. Andererseits legen der erste Leitsatz der Entscheidung und die Anknüpfung des BVerwG an die Klagebefugnis selbst das Gegenteil nahe, weshalb das Problem schon in der Klagebefugnis selbst angesprochen werden sollte.

Vertiefungshinweise:

❑ Kurze Urteilsanmerkung: *Clausing*, JuS 2001, 998, 1000

❑ Zur Klagebefugnis von Naturschutzverbänden: *OVG Lüneburg*, NVwZ-RR 2000, 151

❑ Zur Abgrenzung von Klagebefugnis und allgemeinem Rechtsschutzinteresse: *Schoch/Schmidt-Aßmann/ Pietzner*, VwGO, § 42 Rz. 13 f.

Leitsätze:

1. Eine auf das Eigentum an einem Grundstück gestützte Klagebefugnis fehlt, wenn die Eigentümerstellung rechtsmissbräuchlich begründet worden ist. Dies ist anzunehmen, wenn das Eigentum nicht erworben worden ist, um die mit ihm verbundene Gebrauchsmöglichkeit zu nutzen, sondern als Mittel dafür dient, die formalen Voraussetzungen für eine Prozessführung zu schaffen, die nach der Rechtsprechung dem Eigentümer vorbehalten ist.

2. Derartige Umstände können sich daraus ergeben, dass dem Kläger auf Grund der vertraglichen Gestaltung lediglich eine Rechtsstellung übertragen worden ist, die auf eine formale Hülle ohne substanziellen Inhalt hinausläuft. Ferner ist von Bedeutung, ob sich an der tatsächlichen Nutzung des Grundstücks etwas geändert hat und ob für die Eigentumsübertragung ein wirtschaftlicher Gegenwert geflossen ist. Ein weiteres Anzeichen kann sich aus den zeitlichen Abläufen ergeben.

Sachverhalt:

Der Kl. ist ein in Bayern anerkannter Naturschutzverband. Er wendet sich gegen den Planfeststellungsbeschluss der Regierung von Unterfranken vom 4. 2. 1999 für die Bundesautobahn A 17 in dem 17 km langen ersten Abschnitt zwischen Schweinfurt und Pfersdorf. Die A 17 soll Erfurt über Suhl mit den fränkischen Zentren Schweinfurt und Würzburg verbinden. Das Planvorhaben wurde vom Bundesminister für Verkehr im Februar 1991 im Vorgriff auf den ersten gesamtdeutschen Verkehrswegeplan als eines der "Verkehrsprojekte Deutsche Einheit" bestimmt.

Der Kl. ist Eigentümer des als Streuobstwiese genutzten, 1260 qm großen Grundstücks, das für den Autobahnbau in Anspruch genommen werden soll. Er erwarb die Parzelle von den Voreigentümern unentgeltlich auf Grund eines Überlassungsvertrages vom 19. 12. 1995. Der Eintragungsantrag ging beim Grundbuchamt Schweinfurt am 29. 1. 1996 ein; der Eigentumsübergang wurde im Februar 1996 im Grundbuch eingetragen. Die Veräußerer behielten sich auf Lebensdauer das unentgeltliche Nießbrauchsrecht am Grundstück vor; dieses war im Grundbuch an erster Rangstelle eingetragen. Für den Fall einer Enteignung des Grundstücks war der Kl. verpflichtet, eine etwaige Entschädigung an die Voreigentümer auszubezahlen. Wenn keine Enteignung erfolgt, sollte

der Kl. das Grundstück unentgeltlich zurückübertragen. Für den Fall, dass der Kl. das Grundstück ohne schriftliche Zustimmung durch die Veräußerer an Dritte weiterveräußert, hatte er an diese den gesamten Verkaufserlös zuzüglich einer Schadensersatzleistung in Höhe von 15.000 DM zu zahlen. Die Veräußerer sind darüber hinaus Eigentümer weiterer Grundstücke, die ebenfalls für den Bau der A 71 in Anspruch genommen werden.
Nach Durchführung eines Raumordnungsverfahrens beantragte das Straßenbauamt Schweinfurt mit Schreiben vom 5. 10. 1995, das Planfeststellungsverfahren für den Abschnitt Pfersdorf-Schweinfurt durchzuführen. Die Planunterlagen lagen vom 7. 11. bis 7. 12. 1995 aus, die Einwendungsfrist endete am 21. 12. 1995. Der Kl. erhob am 20. 12. 1995 Einwendungen, wobei er auf die Bedeutung der sich auf seinem Grundstück befindenden Streuobstwiese hinwies und zahlreiche weitere Bedenken gegen den Autobahnbau geltend machte. Diese Einwendungen wurden im Planfeststellungsbeschluss zurückgewiesen. Den für das Vorhaben sprechenden Belangen werde trotz der Vielzahl der mit unterschiedlichem Gewicht gegen das Vorhaben sprechenden öffentlichen und privaten Belange der Vorrang eingeräumt, denn die im Planfeststellungsbeschluss näher beschriebenen positiven Auswirkungen der A 71 Schweinfurt-Erfurt seien für das öffentliche Wohl unverzichtbar. Der Kl. hat am 26. 3. 1999 Klage erhoben, die das BVerwG abgewiesen hat.

Aus den Gründen:
Die Klage ist unzulässig. Dem Kl. fehlt es an der Klagebefugnis. Gegen die Klage greift der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung durch, der auch im Prozessrecht zu beachten ist (vgl. BGHZ 44, 367).

I. Subjektiv-öffentliches Recht des Kl. aus Eigentum
Zwar ist der Kl. Eigentümer eines Grundstücks, das im Trassenbereich des geplanten Vorhabens liegt und dementsprechend für Straßenbauzwecke in Anspruch genommen werden soll. Das erkennende Gericht geht seit dem Urteil vom 18. 3. 1983 (BVerwGE 67, 74) davon aus, dass der Eigentümer eines durch eine straßenrechtliche Planfeststellung mit enteignender Wirkung betroffenen Grundstücks sich gegen das Vorhaben auch mit dem Argument zu Wehr setzen kann, öffentliche Belange stünden der Planung entgegen oder seien bei der Abwägung nicht hinreichend beachtet worden.

II. Ausschluss wegen Rechtsmissbrauchs

1. Grundsatz: Unerheblichkeit der Motive für Rechtserwerb
Es hat in Anknüpfung an diese Rechtsprechung wiederholt bestätigt, dass es für die Klagebefugnis nach § 42 II VwGO grundsätzlich unerheblich ist, aus welchen Beweggründen der Kl. das Eigentum an dem Grundstück erworben hat (vgl. BVerwGE 72, 15; 104, 236; BVerwG, VBlBW 1991, 11). Es gehört zu den von der Rechtsordnung gebilligten Zielen, ein Grundstück für Zwecke des Naturschutzes oder der Landschaftspflege zu erhalten und gegen konkurrierende Nutzungsansprüche zu verteidigen.

2. Geltung des Grundsatzes auch für jur. Personen
Die Möglichkeit, diesem rechtlich zulässigen Anliegen durch den Erwerb von "Sperrgrundstücken" Nachdruck zu verleihen, steht nicht nur natürlichen Personen, sondern auch anerkannten Naturschutzverbänden zu Gebote. Dem lässt sich nicht entgegenhalten, dass der Bundesgesetzgeber (bisher) bewusst davon abgesehen hat, eine allgemeine Verbandsklage einzuführen, die Verbänden die Befugnis eröffnet, Planungsentscheidungen inhaltlich überprüfen zu lassen (vgl. BVerwGE 92, 263; 101, 73). Denn dies ändert nichts an der Rechtsstellung eines Eigentümers, der sich gegen die Entziehung seines Grundstücks wendet.

3. Ausnahme: Rechtsposition nicht schutzwürdig
Das bedeutet indes nicht, dass sich die Klagebefugnis stets mit dem bloßen Hinweis auf die Eigentümerstellung begründen lässt. Beruft sich der Kl. zur Abwehr eines Planvorhabens auf sein Eigentum, so reicht dies zwar in aller Regel aus, um i. S. des § 42 II VwGO die Möglichkeit einer Rechtsverletzung aufzuzeigen (vgl. zur Klagebefugnis allgemein BVerwGE 98, 118; 104, 115). Eine andere rechtliche Beurteilung ist jedoch dann geboten, wenn die geltend gemachte Rechtsposition nicht schutzwürdig ist (vgl. BVerwGE 107, 215). Ein solcher Fall liegt vor, wenn die Eigentümerstellung rechtsmissbräuchlich begründet worden ist. Davon ist auszugehen, wenn das Eigentum nicht erworben ist, um die mit ihm verbundenen Gebrauchsmöglichkeiten zu nutzen, sondern nur als Mittel dafür dient, die formalen Voraussetzungen für eine Prozessführung zu schaffen, die nach der Rechtsprechung des Senats dem Eigentümer vorbehalten ist (vgl. BVerwGE 72, 15; BVerwG, Buchholz 316 § 73 VwVfG Nr. 27).

a. Voraussetzungen für Rechtsmissbrauch
Wird die dringliche Rechtsstellung letztlich nur vorgeschoben, um der Sache nach im Wege der Prozessstandschaft fremde Abwehrrechte zu verteidigen, so erschöpft sich ihr materieller Gehalt in einer bloßen Scheinsposition. Davon ist auszugehen, wenn die konkreten Umstände ohne weiteres erkennen lassen, dass an der erworbenen Rechtsstellung, welche die

Klagebefugnis vermitteln soll, kein über das Führen eines erwarteten Rechtsstreits hinausgehendes Interesse gegeben ist.

b. Subsumtion
Derartige Umstände liegen hier vor. Mit dem notariellen Vertrag vom 19.12.1995 ist dem Kl. lediglich eine Rechtsstellung übertragen worden, die auf eine formale Hülle ohne substantiellen Inhalt hinausläuft.

aa. Besitz und Nutzungsrecht verblieben beim Voreigentümer
Zwar sollte nach dem zwischen dem Kl. und den Veräußerern geschlossenen - bezeichnenderweise "Überlassung" genannten - notariellen Vertrag das Eigentum an dem als Streuobstwiese genutzten Grundstück unentgeltlich auf den Kl. übergehen. Die Veräußerer, die Landwirtschaft betreiben, behielten sich jedoch auf Lebensdauer das unentgeltliche Nießbrauchsrecht am Grundstück vor; dieses ist im Grundbuch an erster Rangstelle eingetragen. Damit blieben sie im Besitz des Grundstücks (§ 1036 II BGB) sowie berechtigt, die Nutzungen aus ihm zu ziehen (§ 1030 I BGB). Der Kl. hat hierzu zunächst vorgetragen, er habe den Wert des Streuobstbestandes durch gezielte Pflege- und Gestaltungsmaßnahmen fördern wollen. Auf Rückfrage des Senats hat er jedoch in der mündlichen Verhandlung eingeräumt, derartiger Maßnahmen habe es nicht bedurft. Das Obst sei weiterhin von den Veräußerern geerntet worden, die die Streuobstwiese auch gepflegt hätten und erhalten wollten.

bb. Rückübertragungs- bzw. Entschädigungspflicht
Das somit bereits weitgehend eingeschränkte Recht des Kl. wurde noch dadurch zusätzlich entleert, dass der Kl. für den Fall einer Enteignung des Grundstücks verpflichtet war, eine etwaige Entschädigung an die Voreigentümer auszubezahlen. Wenn keine Enteignung erfolgt, sollte der Kl. das Grundstück unentgeltlich zurückübertragen, wobei die Kosten der Rückübertragung ihm zur Last fallen sollten. Damit wurde die Befugnis des Kl. auf den Zeitraum beschränkt, in dem die Frage einer Enteignung noch nicht entschieden ist. Der wirtschaftliche Wert oder Gegenwert des Grundstücks, der danach verbleibt, sollte in seiner noch ungeklärten Höhe den Veräußerern zustehen. Letztlich lief dies auf eine vollständige Rückübertragung der verbleibenden Rechtsstellung zu dem Zeitpunkt hinaus, zu dem das Eigentum seinem Zweck, die Klagebefugnis zu begründen, gedient hätte.

cc. Keine Befugnis zur Weiterveräußerung
Dass auch eine Weiterveräußerung des Grundstücks verhindert werden sollte, wurde durch die weitere Vereinbarung verdeutlicht, wonach der Kl. für den Fall, dass er das Grundstück ohne schriftliche Zustimmung durch die Voreigentümer an Dritte weiterveräußert, an diese den gesamten Verkaufserlös zuzüglich einer Schadensersatzleistung in Höhe von 15000 DM zu zahlen hatte. An dieser Wertung ändert auch der Vortrag in der mündlichen Verhandlung nichts, die genannten Einschränkungen seien in der Weise zu Stande gekommen, dass sie von den Veräußerern, die den Vertrag zugleich als vollmachtlose Vertreter des Kl. abgeschlossen hätten, ohne Wissen des Kl. angefügt und erst später von ihm genehmigt worden seien. Im Gegenteil bestärkt dieses Vorbringen die Einschätzung, dass die Voreigentümer zur Übertragung einer weitergehenden Rechtsposition an den Kl. gerade nicht bereit waren.

dd. Zeitlicher Zusammenhang mit Planfeststellung
Dafür, dass mit dem Überlassungsvertrag in erster Linie beabsichtigt war, dem Kl. verfahrensrechtliche Möglichkeiten zu schaffen, spricht auch der enge zeitliche Zusammenhang mit dem Planfeststellungsverfahren. Denn der notarielle Vertrag wurde einen Tag vor Erhebung der Einwendungen durch den Kl. und zwei Tage vor dem Ende der Einwendungsfrist abgeschlossen [...].

III. Ergebnis
Somit handelt es sich vorliegend um einen Fall, in dem konkrete Umstände vorhanden sind, die ohne Weiteres erkennen lassen, das an der erworbenen Rechtsstellung, welche die Klagebefugnis vermitteln soll, kein über das Führen eines erwarteten Rechtsstreits hinausgehendes Interesse gegeben ist.

Standort: Polizei- und Ordnungsrecht — Problem: Abschleppen eines Kfz

OVG SCHLESWIG, URTEIL VOM 28.02.2000
4 L 135/99 (DAR 2001, 475)

Problemdarstellung:
Das OVG Schleswig hatte über die Rechtmäßigkeit eines Kostenbescheids zu befinden, der nach einer Abschleppmaßnahme gegen den Halter des abgeschleppten Kfz ergangen war. Das Gericht prüft dabei inzidenter die Rechtmäßigkeit des Abschleppens, das es rechtlich als Ersatzvornahme

qualifiziert. Dabei kommt es zu dem Ergebnis, dass für die Rechtmäßigkeit derselben eine konkrete Störung des Verkehrs durch das verbotswidrig abgestellte Kfz nicht erforderlich sei; vielmehr genüge die Möglichkeit, dass es zu einer Störung kommen könne. Hiervon sei zumindest dann stets auszugehen, wenn ein Verstoß gegen solche Verkehrsregeln vorliege, die gerade der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs dienen sollen und deren Nichtbefolgung mit Bußgeld bedroht ist.

Prüfungsrelevanz:

Das Abschleppen von Pkw besitzt Examensrelevanz wie keine zweite Fallkonstellation. Das vorliegende Urteil mag in der Sache nicht viel Neues bieten, fügt sich jedoch nahtlos in die endlose Kette von Gerichtsentscheidungen zu diesem Thema ein. Es sollte zum Anlass genommen werden, die Standardprobleme der Abschleppfälle zu wiederholen. Das Urteil selbst geht auf einige solche ein, wie z.B. die Einordnung des Verkehrszeichens als vollstreckbarer Grundverwaltungsakt mit konkludentem Handlungsgebot, dessen Vollstreckbarkeit analog § 80 II Nr. 2 VwGO, die Ermessensprüfung bei lediglich abstrakter Gefährdung des Verkehrs sowie die Kostenlast des Kfz-Halters. Hinsichtlich der vom abgestellten Kfz ausgehenden abstrakten Gefährdung sollte zur Kenntnis genommen werden, dass diese zwar - wie das OVG ausführt - ausreichend, andererseits aber auch erforderlich ist, da ein bloßer Rechtsverstoß allein (ohne wenigstens drohende Gefährdung Dritter) ein Abschleppen nach der Rspr. des BVerwG (NJW 1993, 870) nicht rechtfertigen kann.

Das Vorliegen einer Gefahr ist für die h.M. i.Ü. schon bei der rechtlichen Einordnung des Abschleppens von Bedeutung: Resultiert die vom Kfz ausgehende Gefahr allein aus dessen Lage im Raum, liegt eine Ersatzvornahme vor; stellt das Kfz eine darüber hinaus gehende Gefahr dar (Bombe im Kofferraum, auslaufendes Öl, Fahrzeug unverschlossen usw.), kommt eine Sicherstellung in Betracht.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Bekanntgabe von Verkehrszeichen: *VGH Mannheim*, NJW 1991, 1698; NJW 1990, 2270

❑ Zum Abschleppen eines Kfz ohne konkrete Verkehrsbehinderung: *BVerwG*, NJW 1993, 870, 871; *VGH Mannheim*, NJW 1990, 2270

❑ Zur Rechtsnatur des Abschleppens: *VG Stuttgart*, RA 2000, 550 = NVwZ-RR 2000, 591; *VGH Kassel*, NVwZ 1987, 109; *Klenke*, NWVBl 1994, 288

❑ Weitere aktuelle Abschleppfälle: *OVG Hamburg*, NJW 2000, 2600; *VG Freiburg*, NJW 2000, 2602; *VG Frankfurt*, RA 2000, 618 = NJW 2000, 3224

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Das Halteverbot"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Für die Rechtmäßigkeit einer Abschleppmaßnahme ist eine konkrete Verkehrsgefährdung durch das abgestellte Kfz nicht erforderlich; vielmehr genügt die potenzielle Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer.

2. Zur Kostentragungspflicht des Halters, der nicht selbst Fahrer des abgeschleppten Kfz war.

Sachverhalt:

Der Kl. ist Halter des am 20. 3. 1996 um 13.30 Uhr im eingeschränkten Halteverbot abgestellten Pkw. Das Halteverbotsschild war auf Anordnung der Straßenverkehrsbehörde vom Februar 1992, die auf Antrag des dort ansässigen Obst- und Gemüsegroßhändlers erging, aufgestellt worden. Dadurch sollte das dauerhafte Parken unterbunden werden, um dem Händler das Ein- und Ausladen zu ermöglichen. Der Pkw behinderte zur o.a. Zeit den Anhänger des Obst- und Gemüsegroßhändlers, der dadurch nicht an dessen Lkw gekoppelt werden konnte. Die von dem Händler daraufhin herbei gerufenen Polizeibeamten ordneten das Abschleppen des klägerischen Pkw an. Das Fahrzeug wurde von einem Abschleppunternehmen auf den W. in K. verbracht.

Nach erfolglosem Widerspruchsverfahren erhob der Kl. Klage gegen den ihm erteilten Kosten- und Gebührenbescheid, die vom VG abgewiesen wurde. Die vom OVG zugelassene Berufung gegen die Entscheidung des VG blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

A. Rechtmäßigkeit des Abschleppens

I. Ermächtigungsgrundlage

Die Abschleppmaßnahme war als Ersatzvornahme gem. § 238 Abs. 1 LVwG rechtmäßig.

II. Formelle Rechtmäßigkeit

In formeller Hinsicht ist die Polizei gem. §§ 162 Abs. 1, 163 Abs. 1, 168 Abs. 1 Nr. 3 LVwG für unaufschiebbare Maßnahmen der Gefahrenabwehr zuständig gewesen. Sie hat zur Abwehr einer Störung der öffentlichen Sicherheit gehandelt, die vorliegend im Verstoß gegen straßenverkehrsrechtliche Vorschriften (§§ 12 Abs. 1 Nr. 6 lit. b, Abs. 2, 41 Abs. 2 Nr. 8 StVO) lag. Dabei kommt es in diesem Fall auf das Vorliegen der Voraussetzungen des § 162 Abs. 2 LVwG, wonach der Schutz privater Rechte nur dann

zur Gefahrenabwehr gehört, wenn gerichtlicher Schutz nicht rechtzeitig zu erlangen ist und ohne die Hilfe die Gefahr besteht, dass die Verwirklichung des Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert wird, nicht an. Denn mit dem Verstoß gegen die objektive Rechtsordnung, vorliegend gegen die Straßenverkehrsordnung, ist die öffentliche Sicherheit betroffen, die ein Einschreiten der Polizei nach §§ 161 Abs. 1, 163 LVwG rechtfertigt.

III. Materielle Rechtmäßigkeit
Die Ersatzvornahme ist auch materiell rechtmäßig erfolgt.

1. Tatbestand
Der Verwaltungszwang ist mit (§§ 228, 229 LVwG) oder ohne (§ 230 LVwG) vorausgegangenen Verwaltungsakt möglich.

a. Verkehrszeichen als Grundverfügung
Vorliegend handelt es sich bei der streitbefangenen Abschleppmaßnahme um den Vollzug eines Verwaltungsaktes, nämlich des Gebots, das im eingeschränkten Halteverbot geparkte Fahrzeug sofort zu entfernen. Der Verwaltungsvollzug eines Verwaltungsaktes setzt gem. § 229 Abs. 1 Nr. 2 TLVwG voraus, dass der Verwaltungsakt wirksam ist und dass ein Rechtsbehelf gegen ihn keine aufschiebende Wirkung hat. Bei dem Halteverbotsschild handelt es sich um einen Verwaltungsakt, der durch öffentliche Bekanntgabe gem. §§ 45 Abs. 3, 41 Abs. 1 StVO i.V.m. § 110 Abs. 3 Satz 1 LVwG wirksam wird. Inhalt der Verfügung ist auch die Verpflichtung, das Fahrzeug zu entfernen. Das Halteverbotsschild nach Nr. 286 beinhaltet nämlich nicht nur eine Verbotsverfügung, länger als drei Minuten auf dem Standort zu halten, sondern für den Fall, dass diesem Verbot zuwider gehandelt wird, auch ein Wegfahrgebot (BVerwG, NVwZ 1988, 623, 624 - Parkuhr; BVerwG, NJW 1978, 656, 657 - - eingeschränktes Halteverbot; VGH Mannheim, NJW 1990, 2270, 2271 - eingeschränktes Halteverbot). Dies folgt aus dem Wortlaut des § 41 Abs. 1 StVO, demzufolge Schilder Verbote und Gebote enthalten, sowie aus dem Sinn und Zweck des unter § 41 Abs. 2 Nr. 8 StVO aufgeführten Zeichens Nr. 286, welches das Halten auf der Fahrbahn über drei Minuten hinaus, ausgenommen zum Ein- und Aussteigen oder zum Be- oder Entladen, verbietet. Aus diesem Zweck folgt das Gebot, dass derjenige, der dem Verbot zuwider gehandelt hat, verpflichtet ist, den verkehrswidrigen Zustand auch wieder zu beenden.

b. Vollstreckbarkeit
Das Zeichen 286 in § 41 Abs. 2 Nr. 8 StVO ist auch sofort vollziehbar. Es wird den unaufschiebbaren Anordnungen von Polizeivollzugsbeamten gem. § 80 Abs. 2 Nr. 2 VwGO gleichgesetzt, mit der Folge, dass ein Widerspruch dagegen keine aufschiebende Wirkung entfaltet (BVerwG, NVwZ 1988, 623; NJW 1978, 656; VGH Mannheim, NJW 1990, 2270, 2271).

c. Androhung
Eine Androhung konnte gem. § 236 Abs. 1 Satz 2 LVwG, der die Fälle des § 229 Abs. 1 Nr. 2 LVWG, als diejenigen, bei denen der Rechtsbehelf keine aufschiebende Wirkung hat, von dem Androhungserfordemis ausnimmt, unterbleiben.

2. Rechtsfolge
Die Ermessensentscheidung, das verbotswidrig abgestellte Fahrzeug des Kl. abzuschleppen, ist nicht zu beanstanden.

a. Erforderlichkeit des Abschleppens
Ein Rangieren konnte angesichts der kaum möglichen kontrollierten Steuerung eines großen und schweren Anhängers nicht als milderes Mittel in Frage kommen, zumal ein solches auch das Risiko eines nicht unerheblichen Schadens an dem Pkw des Kl. beinhaltet hätte. Angesichts des auswärtigen Kennzeichens waren insbesondere Maßnahmen zur Halterermittlung nicht erforderlich (ständige Rspr., vgl. zuletzt OVG Münster, NJW 1998, 2465). Es ist daher für den vorliegenden Fall unerheblich, ob die Halterabfrage, die ausweislich des Polizeiprotokolls negativ verlief, vor oder nach der Abschleppmaßnahme durchgeführt wurde.

b. Angemessenheit des Abschleppens
Die Abschleppmaßnahme stellt sich auch nicht im Verhältnis zu dem bezweckten Erfolg als ermessensfehlerhaft dar. Allein ein Verstoß gegen eine Rechtsnorm stellt zwar für sich genommen keine hinreichende Rechtfertigung für ein Abschleppen eines Fahrzeugs dar (BVerwG, NJW 1993, 870, 871). Vorliegend kommt aber hinzu, dass durch die Missachtung des Verkehrszeichens eine bußgeldbewehrte Ordnungswidrigkeit (§ 49 Abs. 1 Nr. 12 StVO) begangen wurde.

aa. Keine konkrete Gefährdung erforderlich
Daher kommt es vorliegend nicht einmal entscheidend darauf an, ob das verbotswidrige Parken den Großhändler konkret an der Benutzung der Fläche gehindert hat, wofür nach den Gesamtumständen allerdings alles spricht. Nach der Rspr. des BVerwG ist ein Abschleppen nämlich jedenfalls dann nicht unverhältnismäßig, wenn die Maßnahme wegen der Behinderung anderer Verkehrsteilnehmer geboten erscheint (BVerwG, NJW 1993, 870, 871). Dabei ist es unerheblich, ob zum Zeitpunkt des Abschleppens

eine konkrete Behinderung vorhanden ist. Die Möglichkeit der Behinderung anderer Verkehrsteilnehmer reicht aus. Anderenfalls würde die Rechtmäßigkeit einer Abschleppmaßnahme davon abhängen, ob jeweils gerade ein einen Halteplatz suchender Pkw-Fahrer oder jemand der einen Ladevorgang durchfuhren will, in der jeweiligen aktuellen Verkehrssituation konkret präsent ist. Die Polizei müsste dann mit der Abschleppmaßnahme so lange warten, bis wieder ein Verkehrsteilnehmer vorbeikommt, der den Verkehrsraum rechtmäßigerweise in Anspruch nehmen will. Eine derartige Sichtweise würde zu unzweckmäßigen Zufallsergebnissen fuhren. Es genügt daher, dass das Verhalten eines Betr. konkret geeignet ist, zu Behinderungen der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs, zu denen auch der ruhende Verkehr gehört, zu führen (vgl. dazu BVerwG, NJW 1993, 870, 871; VGH Mannheim, NJW 1990, 2270).

Diese Betrachtung hat zur Folge, dass Abschleppmaßnahmen grundsätzlich dann geboten sind, wenn es um die Durchsetzung der Beachtung sofort vollziehbarer Verwaltungsakte in der Gestalt von Verkehrsschildern geht, die - wie vorliegend das eingeschränkte Halteverbot - der Gewährleistung von Sicherheit und Leichtigkeit des Straßenverkehrs dienen und bei deren Nichtbeachtung es sich um eine bußgeldbewerte Ordnungswidrigkeit handelt.

B. Kostenpflicht des Halters

Die Inanspruchnahme des Kl. als Fahrzeughalter durch den Leistungsbescheid ist ebenfalls nicht zu beanstanden. Sie entspricht der Rechtsfolge der Kostenerstattungsnormen der Verwaltungsvollstreckungskostenordnung, wonach der Störer auch Kostenschuldner ist. Der Kl. kann mit seinem Vorbringen, er habe den Pkw am 20. 3. 1996 nicht selbst geführt und könne sich nicht an den Fahrzeugführer erinnern, nicht gehört werden. Diese bloße Behauptung ist allzu unsubstanziiert, zumal der Kl. nicht dargelegt hat, wie und von wem er davon Kenntnis erlangt hat, an welchem Standort sich sein Pkw nach der Abschleppmaßnahme befand. Das Abschleppen eines vom Halter grundsätzlich selbst genutzten Pkw stellt einen Vorfall dar, an den man sich üblicherweise auch noch über einen längeren Zeitraum von annähernd drei Monaten - wie er hier in Rede steht - erinnert.

C. Rechtmäßigkeit der Gebührenerhebung

Die Erhebung der Verwaltungsgebühr ist ebenfalls durch das Gesetz gedeckt. Gem. § 3 Abs. 3 Satz 1 VVKO erhebt die Vollzugsbehörde zur Abgeltung ihrer eigenen Aufwendungen eine Gebühr nach Zeitaufwand, wenn die Handlung durch eine beauftragte Person ausgeführt wird. Nach § 3 Abs. 3 Satz 2 VVKO beträgt die Gebühr 50 DM je angefangene Stunde.

Zivilrecht

Standort: Allgemeiner Teil des BGB Problem: Verjährung von Uraltdarlehen

BGH, URTEIL VOM 12.06.2001
XI ZR 283/00 (NJW 2001, 2711)

Problemdarstellung:

In diesem Revisionsverfahren hatte der BGH sich mit der Verjährung von Uraltdarlehen noch aus der Kaiserzeit zu beschäftigen. Dabei hatte der BGH die von ihm bis dato noch nicht entschiedene Frage zu beantworten, in welcher Frist die Rückzahlungsansprüche aus Annuitätendarlehen (vgl. zum Begriff unten) verjähren. Das BerGer. hat entgegen der vorherrschenden Literatur keine Verschmelzung von Zins- und Tilgungsleistungen anerkannt und dementsprechend unterschiedliche Verjährungsfristen angenommen; gem. § 197 BGB eine vierjährige Verjährungsfrist für die Zinsleistungen und gem. § 195 BGB eine dreißigjährige Frist für die Tilgungsleistungen. Der BGH erkennt dagegen eine einheitliche Anwendung von § 197 BGB für Zins- und Tilgungsleistungen an. Denn die Verjährung von länger als vier Jahren zurückliegenden Rückständen trägt dem Umstand Rechnung, dass es sich bei regelmäßig wiederkehrenden Leistungen oft sehr schwer ist, sichere Feststellungen für eine Zeit zu treffen, die bis zu 30 Jahren zurückliegt. Eben diese Unsicherheit ist auch bei Annuitätendarlehen festzustellen. Annuitätendarlehen sind durch die Pflicht zur Entrichtung gleichbleibender Raten gekennzeichnet, bei denen der Zinsanteil mit der Laufzeit sinkt, während der Tilgungsanteil entsprechend steigt. Die Zinshöhe bestimmt damit auch die Höhe des Tilgungsanteils. Dies führt dazu, dass die vom Gesetz eher als bedeutsam angesehenen Probleme der sicheren Feststellung des Bestandes der Forderung bei länger als vier Jahren zurückliegenden Zinsrückständen auch die Tilgungsrückstände der Hauptforderung erfassen. Außerdem musste der BGH zur Anwendbarkeit von § 202 BGB analog bei Einreden gem. § 242 BGB Stellung nehmen.

Prüfungsrelevanz:

Der Prüfling ist in diesem Fall gezwungen, sich zunächst mit dem Begriff des "Annuitätendarlehens" auseinanderzusetzen. Ein Annuitätendarlehen ist ein im Gesetz nicht besonders geregeltes Darlehen, bei dem der Schuldner zur Tilgung der zugrundeliegenden Forderung jährlich gleichbleibende Leistungen erbringt, die zunächst zur Abdeckung angelaufener Zinsen, im übrigen zur Kapitaltilgung verwendet werden. Bei allmählich sinkendem Kapital geht die Tilgung infolge des geringer werdenden Zinsanteils immer rascher vor sich.

Des weiteren muss sich der Prüfling mit den verschiedenen Verjährungsvorschriften bzw. -zeiten gem. §§ 195 ff. BGB beschäftigen und die Möglichkeit zur Hemmung der Verjährung durch Einredeerhebung gem. § 202 BGB beschäftigen.

Vertiefungshinweis:

❑ Zu Annuitätendarlehen: *BGH*, NJW 2001, 509

Leitsätze:

1. Bei Annuitätendarlehen findet § 197 BGB auch auf den Tilgungsanteil der Zins- und Tilgungsraten Anwendung.

2. Zur Anwendung des § 202 BGB auf Forderungen der ehemaligen DDR gegen Schuldner, die Opfer von Enteignungsmaßnahmen waren.

Sachverhalt:

Die kl. Bundesrepublik Deutschland verlangt von den Bekl. aus übergegangenem Recht der früheren DDR die Rückzahlung von Altdarlehen. Dem liege im Wesentlichen folgender Sachverhalt zu Grunde: Die Landschaft der Provinz Sachsen und die Spar- und Darlehenskasse B. gewährten der Urgroßmutter bzw. dem Großvater der Bekl. ab 1911 die streitgegenständlichen Darlehen. Diese wurden an dem im heutigen Sachsen-Anhalt gelegenen landwirtschaftlichen Anwesen der Urgroßmutter, das später auf den Großvater der Bekl. überging, grundpfandrechtlich gesichert. Im Zuge von zwischen 1934 und 1938 nach dem Gesetz zur Regelung der landwirtschaftlichen Schuldverhältnisse vom 1. 6. 1933 durchgeführten Entschuldungsverfahren wurden die Verbindlichkeiten auf 19 570 Goldmark (GM) und auf 9170 Reichsmark (RM) festgesetzt. Zugleich wurde festgelegt, dass auf die Darlehen halbjährliche Raten in jeweils gleichbleibender Höhe zu entrichten waren, die sowohl Zins- als auch Tilgungsanteile enthielten. Durch notariell beurkundeten Übergabe- und Altenteilsvertrag vom 18. 12. 1950 übertrug der Großvater, das landwirtschaftliche Anwesen auf den Vater der Bekl., der zugleich die Verbindlichkeiten

übernahm. Nachdem der Vater der Bekl. die damalige Sowjetische Besatzungszone verlassen hatte, wurden die Grundstücke des landwirtschaftlichen Anwesens zum 1. 3. 1953 von der DDR entschädigungslos enteignet und "in Volkseigentum überführt". Dadurch sind die dinglichen Sicherheiten erloschen. Nach der Wiederherstellung der deutschen Einheit übertrug das Amt zur Regelung offener Vermögensfragen des Landkreises S. mit Teilbescheid vom 14. 7. 1995 das Eigentum an einem Teil der Grundstücke nach § 6 VI a VermG auf die Bekl., die ihren Vater 1974 je zur Hälfte beerbt hatten. Im Übrigen wurde den Bekl. ein Entschädigungsanspruch dem Grunde nach zugesprochen. Die Kl. kündigte die Darlehen zum 31. 8. 1997 und erwirkte in Höhe des Darlehenskapitals - einen am 18. 12. 1997 zugestellten Mahnbescheid. Nach Widerspruch der Bekl. nahm die Kl. ihren Antrag auf Durchführung des streitigen Verfahrens im März 1999 wieder zurück. Zwei Monate später hat die Kl. die vorliegende Klage eingereicht und damit begründet, die Darlehensforderungen seien 1952 auf die frühere DDR übergegangen. Mt dem In-Kraft-Treten des Einigungsvertrags sei die Kl. Gläubigerin dieser Forderungen geworden. Die Verbindlichkeiten hätten sich 1962 auf 25 075,80 DDR-Mark belaufen, was nach der Währungsumstellung im Jahre 1990 dem streitgegenständlichen Betrag von 12 537,90 DM entspreche. Die Bekl. haben die Verjährungseinrede erhoben. Die Kredite seien als Annuitätendarlehen ausgestaltet gewesen; die Verjährung auch des Tilgungsanteils sei daher nach § 197 BGB zu beurteilen. Trotz der Regelung in § 88 Bundesvertriebenengesetz (BVFG) seien die Forderungen schon am 31. 12. 1996 verjährt gewesen.
Das LG hat die Klage abgewiesen. Das BerGer. hat ihr im Wesentlichen stattgegeben. Mit der - zugelassenen - Revision verfolgen die Bekl. ihren Klageabweisungsantrag weiter. Die Revision hatte Erfolg. Sie führte zur Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.
Das BerGer. hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Die Kl. sei aktivlegitimiert. Entgegen der Ansicht des LG sei die Verpflichtung zur Rückzahlung der Darlehen nicht auf Grund der Enteignung entfallen. Es sei nicht ersichtlich, dass die damit weggefallene Möglichkeit der Tilgung der Darlehen aus den Einkünften des landwirtschäftlichen Anwesens Geschäftsgrundlage der Darlehensgewährung geworden sei. Die Darlehensansprüche seien nach der Aufhebung von § 88 BVFG wieder durchsetzbar und insbesondere nicht verjährt. Sie unterlägen der regelmäßigen Verjährungsfrist von 30 Jahren, die während der Geltung des § 88 BVFG von 1953 bis zum 31. 12. 1992 gem. § 202 I BGB gehemmt gewesen sei. Die Zins- und Tilgungsleistungen seien nicht ersichtlich derart miteinander verschmolzen, dass die kurze Verjährungsfrist des § 197 BGB auch die Tilgungsraten erfasse. Die Ansprüche seien aber selbst bei Anwendung von § 197 BGB nicht verjährt. Die Geltendmachung der Rückzahlungsansprüche sei solange grob unbillig und damit einer Einrede nach § 242 BGB ausgesetzt gewesen, bis die Grundstücke an die. Bekl. zurückgegeben worden seien. Deswegen sei die Verjährung bis zur Rückgabe der Grundstücke im Juli 1995 nach § 202 I BGB gehemmt gewesen. Die Zustellung des am 18. 12. 1997 habe die Verjährung unterbrochen. Die Rückzahlungsansprüche seien auch weder verwirkt noch stelle es einen Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben dar, dass die mit den enteigneten Grundstücken wirtschaftlich verbundenen Verbindlichkeiten nach deren Rückgabe wieder durchgesetzt werden könnten.

B. Entscheidung des BGH
Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung in mehreren Punkten nicht stand.
Es kann dahinstehen, ob die streitgegenständlichen Ansprüche noch bestehen und ob sie der Kl. zustehen. Die Ansprüche sind entgegen der Ansicht des BerCier. jedenfalls verjährt. Dabei kann ebenfalls dahinstehen, ob für die Frage der Verjährung während der Existenz der DDR das dort geltende Recht maßgeblich war. Jedenfalls seit der Wiederherstellung der deutschen Einheit am 3. 10. 1990 sind nach Art. 231 § 6 EGBGB die Vorschriften des BGB über die Verjährung anzuwenden.

I. Verjährung von Annuitätendarlehen
Die Darlehen stellen Annuitätendarlehen dar, deren Tilgungsanteile als Zuschlag zu den Zinsen i. S. des § 197 BGB anzusehen sind und deshalb in vier Jahren verjähren. Ob Tilgungsanteile von Annuitätendarlehen gem. § 195 BGB der regelmäßigen Verjährungsfrist von 30 Jahren unterliegen oder ob sie in vier Jahren verjähren, hat der BGH noch nicht entschieden. Das BVerwG (Buchholz 454.4, § 19 II. WoBauG Nr. 1, S. 10 ff.) hat für ein dem öffentlichen Recht unterliegendes Annuitätendarlehen mit dem ausdrücklichen Hinweis auf eine dem Zivilrecht entsprechende Sach- und Interessenlage erkannt, dass Rückstände von Tilgungsquoten in entsprechender Anwendung von § 197 BGB in vier Jahren verjähren. Das OLG Hamm (NJW 1990, 1672 [1673]) hat auf Kapitaltilgungsanteile eines Ratenkreditvertrags § 197 BGB angewandt und ist hierbei obiter dictum davon ausgegangen, dass dies ebenso für den Kapitalanteil typischer Annuitätendarlehen gelte. Auch nach

Ansicht der herrschenden Lehre verjähren solche Tilgungsanteile wie die Ansprüche auf Rückstände von Zinsen in vier Jahren (Soergel/Niedenführ, BGB, 13. Aufl., § 197 Rdnr. 8; Staudinger/Peters, BGB, 13. Bearb., § 197 Rdnrn. 19 ff., 24; wohl auch Grothe, in: MünchKomm, 4. Aufl., § 197 Rdnr. 2 und Erman/Hefermehl, BGB, 10. Aufl., § 197 Rdnr. 3; Schwachheim, 19 89, 2026 [20291). Dieser Ansicht ist zu folgen. Nach der Rechtsprechung des BGH (BGHZ 98, 174 [184] = NJW 1986, 2564 = LM § 197 BGB Nr. 17) soll die vierjährige Verjährungsfrist zum einen verhindern, dass regelmäßig wiederkehrende Einzelforderungen sich mehr und mehr ansammeln und schließlich einen Betrag erreichen, der vom Schuldner nicht mehr in einer Summe aufgebracht werden kann. Zum anderen trägt die Verjährung von länger als vier Jahren zurückliegenden Rückständen dem Umstand Rechnung, dass es bei regelmäßig wiederkehrenden Leistungen oft sehr schwer ist, sichere Feststellungen für eine Zeit zu treffen, die bis zu 30 Jahren zurückliegt (BGHZ 31, 329 [335] = NJW 1960, 957 = LM § 197 BGB Nr. 3; BGHZ 98, 174 [184] = NJW 1986, 2564 = LM § 197 BGB Nr. 17). Der zuletzt genannte Gesichtspunkt gebietet eine verjährungsrechtliche Gleichbehandlung von Zins- und Tilgungsanteilen bei Annuitätendarlehen. Annuitätendarlehen sind durch die Pflicht zur Entrichtung gleichbleibender Raten gekennzeichnet, bei denen der Zinsanteil mit der Laufzeit sinkt, während der Tilgungsanteil entsprechend ansteigt. Da der Zinsanteil von der jeweiligen Höhe der Restschuld abhängt, ergibt sich der Tilgungsanteil aus der Differenz zwischen der Höhe der Gesamtrate und dem jeweiligen Zinsanteil. Die Zinshöhe bestimmt damit auch die Höhe des Tilgungsanteils. Dies führt dazu, dass die vom Gesetz eher als bedeutsam angesehenen Probleme der sicheren Feststellung des Bestands der Forderung bei länger als vier Jahre zurückliegenden Zinsrückständen auch die Tilgungsrückstände der Hauptforderung erfassen. § 197 BGB greift dann nicht ein, wenn die Rückzahlung des Kapitals in selbstständig abzuzahlenden Teilbeträgen erfolgt (BVerwG, Buchholz 454.4 § 19 II. WoBauG Nr. 1, S. 13).

II. Fehlbeurteilung durch das BerGer.

Das BerGer. hat die streitgegenständlichen Tilgungsanteile zu Unrecht der regelmäßigen Verjährungsfrist des § 195 BGB mit der Begründung unterworfen, eine die Anwendung der kurzen Verjährungsfrist des § 197 BGB rechtfertigende Verschmelzung der Zins- und Tilgungsleistungen sei vorliegend nicht ersichtlich.

Für die Frage ob die streitgegenständlichen, grundpfandrechtlich gesicherten Darlehensverträge Annuitätendarlehen sind, kommt es nicht auf die ursprünglichen Vertragsgestaltungen an. Dazu haben die Parteien auch nichts vorgetragen. Unstreitig waren die Darlehensverträge Gegenstand landwirtschaftlicher Entschuldungsverfahren, die zwischen 1934 und 1938 auf Grund des Gesetzes zur Regelung der landwirtschaftlichen Schuldverhältnisse vom 1. 6. 1933 (RGBl I, 331) durchgeführt wurden. Durch die in diesen Verfahren ergangenen Entscheidungen wurden die ursprünglichen Forderungen, soweit sie nicht bereits unkündbare Tilgungsforderungen waren, gem. § 14 Nr. 3 des Gesetzes in solche Tilgungsforderungen umgewandelt. Bei diesen Tilgungsdarlehen handelte es sich um Annuitätendarlehen mit gleichbleibenden Zins- und Tilgungsraten, von denen ein allmählich geringer werdender Teil auf die Verzinsung und ein entsprechend zunehmender Teil auf die Kapitaltilgung entfiel. Das entsprach der überwiegenden Meinung im Schrifttum (Harmening/Pätzold, Die landwirtschaftliche Schuldenregelung, 2. Aufl. [1936], § 14 Rdnr. 148; Mattern, Die landwirtschaftliche Schuldenregelung, 1936, § 14 Anm. 17; a. M. anfangs noch Bree, Gesetz zur Regelung der landwirtschaftlichen Schuldverhältnisse, 1934, § 14 Anm. 5) und wurde durch Nr. 35 der Richtlinien zur landwirtschaftlichen Schuldenregelung des Reichsministers für Ernährung und Landwirtschaft vom 13. 6. 1934 (abgedr. bei Mattern, S. 336, 364) mit bindender Wirkung für die Entschuldungsstellen (vgl. § 5 II des Gesetzes) klargestellt.

III. Ablauf der Verjährungsfrist

Die somit maßgebende vierjährige Verjährungsfrist des § 197 BGB begann spätestens am 1. 1. 1993 mit Außer-Kraft-Treten des § 88 BVFG und endete jedenfalls am 31. 12. 1996. Die Zustellung des Mahnbescheids im Dezember 1997 hat die Verjährung daher nicht unterbrochen.

IV. Verjährungshemmung durch § 88 BVFG als Leistungsverweigerungsrecht

Das BerGer. ist auch für den Fall der Anwendbarkeit des § 197 BGB vom Nichteintritt der Verjährung ausgegangen und hat angenommen, die Verjährung sei bis zur Rückgabe der Grundstücke im Juli 1995 nach § 202 I BGB gehemmt gewesen, weil der Geltendmachung der Forderungen bis Ende 1992 die Einrede des § 88 BVFG und danach bis zum Juli 1995 eine Einrede aus § 242 BGB entgegengestanden habe. Dem kann nicht gefolgt werden.

1. Kein Einfluss auf die Fälligkeit der Annuitätenraten

Die Frage, ob § 88 BVFG, der durch Art. 1 Nr. 30 lit. b und Art. 22 I des Kriegsfolgenbereinigungsgesetzes (BGBl I 1992, 2094) zum 1. 1. 1993 ersatzlos aufgehoben worden ist, während seiner Geltungsdauer auf die streitgegenständlichen Forderungen anwendbar war, vermag der Senat mangels tatsächlicher

Feststellungen des BerGer. zu den Voraussetzungen der Vorschrift, insbesondere zum Vorliegen eines Fluchtgrunds i. S. des § 3 I BVFG, nicht zu beurteilen. Diese Frage kann jedoch ebenso offen bleiben wie die weitere Frage, ob § 88 BVFG während seiner Geltungsdauer als "vorübergehende" Berechtigung zur Leistungsverweigerung i. S. von § 202 I BGB anzusehen war. Jedenfalls sind alle Annuitätenraten auf die in den Jahren 1934 bis 1938 neu geordneten streitgegenständlichen Darlehen vor 1993 fällig geworden und waren deshalb bei Zustellung des Mahnbescheids im Dezember 1997 verjährt.

2. Keine Hemmung durch entsprechende Anwendbarkeit von § 202 II BGB

Das gilt auch dann, wenn nach Aufhebung des § 88 BVFG zum 1.1.1993 an dessen Stelle ein Leistungsverweigerungsrecht der Bekl. gern. § 242 BGB bis zur Rückübertragung der enteigneten Grundstücke getreten sein sollte. Jedenfalls würde eine Verjährungshemmung nach § 202 I BGB nämlich entgegen der Ansicht des BerGer. an der entsprechenden Anwendbarkeit des § 202 II BGB scheitern. Die in § 202 II BGB ausdrücklich als nicht verjährungshemmend eingestuften Einreden des Schuldners haben, mit Ausnahme des Sonderfalls der Einrede nach §§ 2014, 2015 BGB, gemeinsam, dass sie auf dem eigenen Verhalten des Gläubigers beruhen (Palandt/Heinrichs, BGB, 60. Aufl., § 202 Rdnr. 7). Der BGH hat die Vorschrift daher wiederholt auf andere Einreden, die ihren Grund im Verhalten des Gläubigers haben, entsprechend angewandt, so auf die Einrede des § 409 II BGB (BGHZ 64, 117 [121] = NJW 1975, 1160 = LM § 409 BGB Nr. 4) und auf die Einrede aus § 559 BGB (BGHZ 101, 37 [46] = NJW 1987, 2861 = LM § 202 BGB Nr. 22). Ihre entsprechende Anwendung auf Einreden, die im Hinblick auf Enteignungsmaßnahmen der ehemaligen DDR aus § 88 BVFG oder aus § 242 BGB abgeleitet werden, ist gerechtfertigt, wenn, wie hier, Gläubigerin der einredebehafteten Forderungen die DDR war, die die Enteignung der zur Besicherung der Forderungen dienenden Grundstücke angeordnet, die Überführung in Volkseigentum veranlasse und damit eine etwaige Einrede ausgelöst hat. Die Bundesrepublik Deutschland, die mit der Wiederherstellung der deutschen Einheit hinsichtlich der streitgegenständlichen Forderungen Rechtsnachfolgerin der DDR geworden ist, muss sich im Rahmen des § 202 II BGB das Verhalten ihrer Rechtsvorgängerin zurechnen lassen. Sie kann sich entgegen der Ansicht des BerGer. nicht darauf berufen, dass innerhalb ihres föderalistischen Staatsaufbaus die Rückgängigmachung von Enteignungsmaßnahmen anderen öffentlich-rechtlichen Rechtsträgern anvertraut ist.

C. Folgen der Revision für das Berufungsurteil

Das Berufungsurteil war daher aufzuheben, soweit zum Nachteil der Bekl. entschieden worden ist (§ 564 I ZPO). Da weitere Feststellungen nicht zu treffen sind, konnte der Senat in der Sache selbst entscheiden (§ 565 III Nr. 1 ZPO) und das landgerichtliche Urteil in vollem Umfang wiederherstellen.

Standort: c.i.c. Problem: Rechtsscheinhaftung für Unternehmensidentität

BGH, URTEIL VOM 20.03.2001
X ZR 63/99 (NJW 2001, 2716)

Problemdarstellung:

Die Kl. erteilte Anfang 1990 dem einzelkaufmännischen Unternehmen mit der Fa. "K-Lüftungssysteme" den Auftrag zur Konzeption und zum Einbau einer Lüftungsanlage in seinem Haus. An dieses Unternehmen, das die Arbeiten ausführte und die Rechnung erteilte, wendete sich der Kl. mit diversen Mängeln.

Die Bekl. ist die seit 1993 firmierende "K-Lüftungssyteme GmbH", die am gleichen Ort mit dem einzelkaufmännischen Unternehmen "K-Lüftungssysteme" Aufträge arbeitsteilig abwickelt und deren Geschäftsführer jener Einzelkaufmann ist. Aufgrund ungeklärter Umstände gelangte ein Schreiben des Kl. zwecks Aufforderung zum Verjährungsverzicht bezüglich der Mängelhaftung an die Bekl. und nicht an jenes einzelkaufmännische Unternehmen. Die Bekl. kam der Aufforderung teilweise nach, ohne auf ihre fehlende Passivlegitimation hinzuweisen. Nunmehr nimmt der Kl. die Bekl. wegen der Kosten der Mängelbeseitigung in Anspruch. Der BGH stellt fest, dass dem Kl. keine unmittelbaren vertraglichen Ansprüche gegen die Bekl. zustehen. Die Bekl. hat sich weder im eigenen Namen als ein zur Mängelbehebung ermächtigtes Unternehmen verhalten noch liegt hier ein verwechslungsfähiges bzw. unüberschaubares Firmengeflecht vor, das zum Nachteil des Auftraggebers eingesetzt worden ist. Jedoch bejaht der BGH eine Haftung aus c.i.c. Das besondere Vertrauensverhältnis zur Bekl. ist dadurch gekennzeichnet, dass die Bekl. durch ihr Auftreten im Geschäftsverkehr den Eindruck erweckt hat, sie und das Unternehmen ihres Geschäftsführers seien

identisch.

Prüfungsrelevanz:
Die Handhabung gesetzlich nicht geregelter, sondern durch Gewohnheitsrecht anerkannter Anspruchsgrundlagen - wie in diesem Fall die Haftung aus c.i.c. - ist ohne das Studium der maßgeblichen Judikatur nicht möglich, da sie die entsprechenden Gewohnheiten bestimmt. Die Schadensersatzhaftung aus c.i.c. ist eine Haftung wegen in Anspruch genommenen, aber enttäuschtem Vertrauen. In Rechtsprechung und Literatur ist anerkannt, dass bereits die Aufnahme von Vertragsverhandlungen oder ein diesem gleichzustellender geschäftlicher Kontakt ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis begründen kann. Dieser Fall zeigt, dass zu den gleichzustellenden geschäftlichen Kontakten auch der schuldhaft gesetzte Rechtsschein von Unternehmensidentität gehört.

Vertiefungshinweis:
❑ Besprechung des Falles: *Leenen*, LM H. 9/2001 § 276 BGB (Fa) BGB Nr. 162
❑ Zur c.i.c.: *BGH*, NJW 2000, 3558; *OLG Düsseldorf*, NJW-RR 2000, 1626

Kursprogramm:
❑ *Examenskurs*: "Mieser Klebstoff"
❑ *Examenskurs*: "Traum vom eigenen Haus"

Leitsätze:
Geht ein Unternehmen, das mit dem am selben Ort residierenden und auf dem selben Gebiet tätigen wahren Schuldner wirtschaftlich verbunden ist, im Verkehr unter einer mit der Geschäftsbezeichnung des Schuldners weit gehend übereinstimmenden Firma auftritt, Aufträge mit diesem arbeitsteilig abwickelt und dasselbe Bankkonto wie der Schuldner benutzt, ohne Hinweis auf die fehlende eigene Passivlegitimation sachlich auf das Verlangen des Gläubigers ein, auf die Einrede der Verjährung zu verzichten, kann es dem Gläubiger aus dem Gesichtspunkt der culpa in contrahendo zum Schadensersatz verpflichtet sein. Zu ersetzen ist nur ein Schaden, den der Gläubiger dadurch erleidet, dass er infolgedessen eine rechtzeitige Geltendmachung seiner Ansprüche gegen den wahren Schuldner unterlässt.

Sachverhalt:
Der Kl. ist Eigentümer eines Hauses in 0., in dem sich unter anderem eine Gaststätte und die Wohnung des Pächters dieser Gaststätte befinden. Er nimmt die Bekl. auf Ersatz der Kosten für Arbeiten an der Entlüftungsanlage der Gaststätte und weiterer Schäden in Anspruch, die er auf Mängel an der Anlage zurückführt. Der Geschäftsführer der Bekl. betreibt seit längerem unter der Geschäftsbezeichnung "K-Lüftungssysteme" ein Unternehmen, das sich unter anderem mit der Planung und Einrichtung von Lüftungsanlagen befasst. Diesem Unternehmen erteilte der Kl. Anfang 1990 einen Auftrag für die Konzeption und den Einbau einer solchen Anlage in der Gaststätte. Die Arbeiten wurden in der Folge von diesem Unternehmen, einem gewerberechtlich angemeldeten, aber nicht ins Handelsregister eingetragenen Betrieb ausgeführt. Von ihm wurde auch die Schlussrechnung erstellt. An dieses Unternehmen richtete der Kl. in der Folge verschiedene Mängelrügen, die im Wesentlichen ohne Erfolg blieben. Die zunächst unter der Bezeichnung A-Lüftungssysteme I-GmbH eingetragene Bekl. änderte 1992 ihre Firma in "E-GmbH". Zugleich wurde durch Gesellschafterbeschluss der Gegenstand ihrer Geschäftstätigkeit teilweise verändert. Ferner verlegte sie ihren Sitz an den Ort der geschäftlichen Niederlassung des Geschäftsführers der Bekl., der Gesellschaftsanteile an dieser erworben hatte. Im folgenden Jahr änderte die Bekl. ihre Firma in die Bezeichnung "K-Lüftungssysteme GmbH". Seither wickelten nach den Angaben ihres Geschäftsführers dessen Einzelunternehmen und die Gesellschaft Aufträge zur Konzeption und zum Bau von Lüftungsanlagen arbeitsteilig ab. Die GmbH hat vereinzelt auch für das Unternehmen ihres Geschäftsführers die Ausführung von Gewährleistungsarbeiten übernommen. Nachdem sich der Kl. im Januar 1995 gegenüber dem Pächter der Gaststätte verpflichtet hatte, von diesem behauptete und im Einzelnen noch durch ein Sachverständigengutachten festzustellende Mängel an der Lüftungsanlage beseitigen zu lassen, verlangte er zunächst von dem Einzelunternehmen des Geschäftsführers der Bekl., die erforderlichen Arbeiten im Rahmen der Mängelgewährleistung zu übernehmen. Ein kurze Zeit darauf verfasstes Schreiben der anwaltlichen Vertreter enthielt die Aufforderung, wegen der vorhandenen Mängel auf die Einrede der Verjährung und den Verwirkungseinwand zu verzichten. Dieses Schreiben wurde aus nicht geklärten Gründen nicht an die zuvor angeschriebene Einzelfirma, sondern an die jetzige Bekl. gerichtet. Diese kam der Aufforderung in ihrer Antwort teilweise nach; sie behielt sich die Einrede der Verjährung und den Verwirkungseinwand dabei insoweit vor, wie deren Voraussetzungen bereits eingetreten waren. Einen ausdrücklichen Hinweis darauf, dass sie nicht der Vertragspartner des Kl. war, enthielt dieses Schreiben nicht. Ein solcher fehlt auch in einem wenige Tage später übersandten weiteren Schreiben, in dem sie das Vorhandensein von Mängeln bestritt und zugleich die Einrede der Verjährung erhob, soweit

diese nicht durch den zuvor ausgesprochenen Verzicht ausgeschlossen war. Da die zwischen dem Kl. und der Bekl. geführten Gespräche über eine Beseitigung der im Gutachten des Sachverständigen festgestellten Mängel ohne Erfolg blieben, gab der Kl. deren Beseitigung anderweitig in Auftrag. In der Folge hat er von der Bekl. Erstattung der insoweit entstandenen Kosten sowie Ersatz weiterer Schäden, insbesondere des entgangenen Pachtzinses, verlangt. Die Bekl. hat sich dem gegenüber mit ihrer fehlenden Passivlegitimation verteidigt.
Das LG hat die auf Zahlung von insgesamt 68 347,39 DM nebst Zinsen gerichtete Klage abgewiesen. Die gegen diese Entscheidung eingelegte Berufung des Kl. blieb ohne Erfolg. Die Revision hatte Erfolg und führte zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das BerGer.

Aus den Gründen:

A. Teilweise Bestätigung der Entscheidung und Begründung des BerGer.
Ohne Erfolg beanstandet die Revision allerdings die Auffassung des BerGer., dem Kl. stünden unmittelbar vertragliche Ansprüche nicht zu.

I. Keine unmittelbaren vertraglichen Beziehungen zwischen den Parteien
Vertragliche Beziehungen unter den Parteien hat das BerGer. mit Hinweis darauf, dass Auftragnehmer des seinerzeitigen Auftrags zum Bau der Lüftungsanlage allein der Geschäftsführer der Bekl. in seiner Eigenschaft als selbstständiger Unternehmer gewesen und die Bekl. an diesem Auftrag nicht beteiligt gewesen sei, ohne Rechtsfehler verneint. Das greift die Revision ebenso wenig wie die weitere Feststellung an, die Bekl. sei in dieses Vertragsverhältnis auch nicht eingetreten.
II. Keine Gleichbehandlung mit einer vertraglichen Beziehung
Frei von Rechtsfehlern ist auch die Auffassung des BerGer., die Bekl. müsse sich nicht so behandeln lassen, als sei sie gleichwohl Vertragspartner des Kl. geworden.

1. Begründung durch das BerGer.
Zur Begründung dieser Würdigung hat das BerGer. ausgeführt, der Bekl. könne bei ihrer Weigerung, die vertraglichen Verpflichtungen ihres Geschäftsführers zu erfüllen, ein arglistiges Verhalten nicht vorgeworfen werden. Im Gegensatz zu den vom Kl. zur Begründung seiner gegenteiligen Auffassung herangezogenen, vom BGH entschiedenen Fällen habe sich die Bekl. weder im eigenen Namen als ein zur Vertragserfüllung und Mängelbehebung ermächtigtes Unternehmen verhalten noch liege hier ein verwechslungsfähiges und unüberschaubares Firmengeflecht vor, das zum Nachteil des Auftraggebers eingesetzt worden sei. Der Kl. sei von der Bekl. auch nicht über eine Fortsetzung des einen Unternehmens durch das andere getäuscht worden, die es so nicht gegeben habe und auch nicht habe geben können. Dass die Bekl. auf den Verwirkungseinwand und - mit Einschränkungen - auch auf die Verjährungseinrede verzichtet habe, zu den Mängelrügen sachlich Stellung genommen und - unwiderlegt irrtümlich - von der von ihr installierten Lüftungsanlage gesprochen habe, könne den Einwand unzulässiger Rechtsausübung ebenfalls nicht begründen. Mangels Vorliegens besonderer Umstände habe sie dem Kl. nicht zugleich den Einwand fehlender Sachbefugnis entgegenhalten müssen. Sie habe insbesondere keine Aufklärungspflicht getroffen, so dass sie sich deshalb auch nicht treuwidrig zu ihrem eigenen Verhalten in Widerspruch gesetzt und schon gar nicht das Vertrauen des Kl. begründet habe, sie werde für die Gewährleistungsverpflichtungen aus dem Vertrag einstehen. Schließlich habe sie den Kl. auch nicht davon abgehalten, rechtzeitig Klage gegen den richtigen Bekl. zu erheben. Der Kl. habe selbst wissen müssen, mit wem er den streitgegenständlichen Vertrag geschlossen habe. Das sei aus den schriftlichen Vertragsunterlagen eindeutig zu ersehen gewesen. Auch sei er mehr als fünf Jahre lang selbst davon ausgegangen, dass Vertragspartner der Geschäftsführer der Bekl. und nicht Letztere gewesen sei, die erst seit November 1993 unter der jetzigen Firmenbezeichnung aufgetreten sei. Bei etwaigen Zweifeln hinsichtlich der Firmenverhältnisse seien vor Klageerhebung einfache Recherchen beim Gewerbeamt und beim Handelsregister in K. erfolgversprechend gewesen.

2. Erfolglose Einwände durch die Revision
Diese Würdigung greift die Revision im Ergebnis ohne Erfolg an, soweit das BerGer. damit ein arglistiges Verhalten der Bekl. verneint hat, auf Grund dessen diese sich wie ein Vertragspartner des Kl. behandeln lassen müsste. Für den Arglisteinwand genügt entgegen der Auffassung der Revision nicht, dass sich die Bekl. mit ihrem Einwand, ihr fehle die erforderliche Passivlegitimation, objektiv zu ihrem Verhalten während der Verhandlungen mit dem Kl. in Widerspruch gesetzt hat. Allerdings kann die Bekl. insoweit nicht damit gehört werden, sie habe lediglich - wie auch sonst - die Verhandlungen über eine mögliche Gewährleistung für den tatsächlichen Schuldner führen wollen. Auf solche Erklärungen hat sie sich in dem vorliegenden Schriftwechsel gerade nicht beschränkt, sondern ist, dort so aufgetreten, als wolle sie über eigene Verpflichtungen sprechen. Ein arglistiges Verhalten scheidet insoweit jedoch deshalb

aus, weil sich die Bekl. nach den Feststellungen des BerGer., die von der Revision mit zulässigen Rügen nicht angegriffen werden, selbst in einem Irrtum über die vertraglichen Beziehungen befunden hat, der letztlich durch den Kl. und seine an sie persönlich gerichtete Forderung ausgelöst worden ist. Soweit die Revision das Vorliegen eines solchen Irrtums in Frage zu stellen versucht, ersetzt sie die Tatsachenwürdigung des BerGer. durch ihre eigene, ohne zugleich einen Rechtsfehler des BerGer. aufzuzeigen. Damit kann sie keinen Erfolg haben. Hat die Bekl. jedoch ihre fehlende Passivlegitimation während dieser Verhandlungen nicht erkannt, kann ihr gegenüber der Vorwurf eines Treueverstoßes aus dem Gesichtspunkt des widersprüchlichen Verhaltens nicht erhoben werden.

Fehl geht auch der Hinweis der Revision auf ein durch die Bekl. insoweit geschaffenes Vertrauen, dass die Gewährleistungsansprüche von dieser vollständig befriedigt würden. Die verwechslungsfähige Firma gibt für ein solches Vertrauen. nichts her. Ebenso wenig kann sich der Kl. mit Erfolg darauf berufen, dass die Bekl. die Gewährleistungsansprüche habe erfüllen wollen. Eine solche Erklärung hat sie gerade nicht abgegeben, sondern lediglich ihre Bereitschaft zu Gesprächen über die Mängelgewährleistung bei einem in diesem Zusammenhang ausgesprochenen Verzicht auf die Einrede der Verjährung bekundet. Dass es für den Kl. von untergeordneter Bedeutung war, von wem die Leistung erbracht wurde und dass er - wie sein Hinweis auf § 267 BGB zeigt - auch eine Leistung Dritter angenommen hätte, bildet keine Grundlage für die Bildung eines schutzwürdigen Vertrauens, das die Bekl. daran hindern würde, sich auf ihre mangelnde Passivlegitimation zu berufen. Die Bereitschaft des Kl., Drittleistungen entgegenzunehmen, spricht zudem der Sache nach eher gegen die von der Revision vertretene Auffassung.

Die danach verbleibende identische Adresse und die von der Revision hervorgehobene übereinstimmende Bankverbindung können ein solches Vertrauen ebenfalls nicht begründen. Eine übereinstimmende Anschrift ist bei wirtschaftlich verbundenen Unternehmen nicht ungewöhnlich, ohne dass daraus hergeleitet werden könnte, jedes Unternehmen wolle für die Verbindlichkeit der anderen, am gleichen Platz residierenden Betriebe einstehen. Dass der Kl. die identische Bankverbindung bereits in der Vergangenheit bemerkt und deshalb von einer weiteren Inanspruchnahme des Geschäftsführers der Bekl. persönlich abgesehen habe, ist durch das BerGer. nicht festgestellt worden. Die Revision zeigt nicht auf, dass es insoweit maßgeblichen Sachvortrag übergangen habe.

Auch in der Gesamtschau reichen die bisher festgestellten und von der Revision angeführten Umstände nicht aus, um einen Rechtsmissbrauch auf Seiten der Bekl. mit der Folge zu begründen, dass dieser die Berufung auf ihre mangelnde Passivlegitimation verwehrt wäre. Zu Recht hat das BerGer. insoweit angenommen, dass sich die Erwägungen aus den von dem Kl. zur Begründung seines Begehrens herangezogenen Entscheidungen des VII. Zivilsenats vom 23. 10. 1986 und vom 7. 12. 1988 auf den vorliegenden Sachverhalt nicht übertragen lassen. In dem der Entscheidung vom 23. 10. 1986 (NJW-RR 1987, 335 = LM § 631 BGB Nr. 56 = MDR 1987, 307) zu Grunde liegenden Sachverhalt hatte der Auftragnehmer eines Bauauftrags dessen Erfüllung - anders als im vorliegenden Fall - nicht nur ganz einem namensgleichen Unternehmen Überlassen, das mit ihm zu einer Firmengruppe gleichen Namens gehörte. Darüber hinaus hatte dieses Unternehmen die aus dem Vertrag resultierenden Leistungen einschließlich der Gewährleistung jahrelang als eigene Angelegenheit abgewickelt. Erst aus diesen besonderen, im vorliegenden Fall nach den tatrichterlichen Feststellungen gerade nicht gegebenen Umständen hat der VII. Zivilsenat in der anschließenden Weigerung des Unternehmens, den im Zusammenhang mit der Gewährleistung bestehenden weiteren Verpflichtungen selbst zu entsprechen, einen treuwidrigen Widerspruch gegen vorheriges Verhalten und damit einen Verstoß gegen Treu und Glauben gesehen. Die weitere Entscheidung vom 7. 12.1989 (NJW-RR 1990, 417 = LM § 631 BGB Nr. 69 = MDR 1990, 616) betraf eine Fallgestaltung, bei der das in Anspruch genommene Unternehmen über längere Zeit im eigenen Interesse die Fortführung eines fast namensgleichen Unternehmens vorgetäuscht und dabei aufgetretene Gewährleistungsfälle, für die das frühere Unternehmen einzustehen gehabt hätte, als eigene Angelegenheit behandelt hatte. Für eine solche Kombination, die erst in ihrer Gesamtheit zu einem Treueverstoß führen kann, sind hier nach den tatrichterlichen Feststellungen Anhaltspunkte nicht zu erkennen. Ein Verwirrspiel mit zahlreichen untereinander verschachtelten Firmen mit dem Ziel, Gläubiger einzelner Betriebe über den jeweiligen Schuldner, zu täuschen und so die Durchsetzung ihrer Ansprüche zu verhindern oder zumindest zu erschweren, ist ebenfalls nicht ersichtlich. Unsicherheiten dieser Art sind hier erst dadurch entstanden, dass der Kl. bzw. seine anwaltlichen Vertreter von der Inanspruchnahme der ihnen als Vertragspartner des Kl. bekannten Einzelhandelsfirma dazu übergegangen sind, die weiteren Forderungen, an die Bekl. statt an den ihnen an sich bekannten wahren Schuldner zu richten.

B. Missachtung einer Schadensersatzpflicht der Bekl. nach den Grundsätzen zur c.i.c.

Das BerGer. hat jedoch nicht hinreichend beachtet, dass das Verhalten der Bekl. bei dem gegebenen Sachverhalt eine Haftung aus dem Gesichtspunkt der culpa in contrahendo auslösen konnte. Das gilt insbesondere deswegen, weil die Bekl. auf das Verlangen des Kl. eingegangen ist, auf die Einrede der Verjährung und den Einwand der Verwirkung zu verzichten, ohne bei dieser Gelegenheit zugleich darauf hinzuweisen, dass sie nicht der Vertragspartner des Kl. und demgemäß auch nicht selbst zur Mängelgewährleistung verpflichtet ist. In Rechtsprechung und Lehre ist anerkannt, dass bereits die Aufnahme von Vertragsverhandlungen oder ein diesem gleichzustellender geschäftlicher Kontakt ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis begründen können, dessen Verletzung zu einer dem Vertragsrecht entsprechenden Haftung führt. Allerdings ergibt sich ein solches, eine vertragsähnliche Haftung begründendes besonderes Vertrauensverhältnis nicht schon daraus, dass der Kl. im Zusammenhang mit der Durchsetzung von vertraglichen Ansprüchen überhaupt an die Bekl. herangetreten ist. Der Inhaber eines Anspruchs hat es nicht in der Hand, die vertragsähnliche Haftung eines anderen, der nicht die Stellung einer Vertragspartei innehat, nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo dadurch zu begründen, dass er ihn grundlos und zu Unrecht zur Leistung oder - wie hier - zu Erklärungen im Zusammenhang mit dieser auffordert. Die Begründung einer solchen Haftung für den Fall, dass der so in Anspruch Genommene sich auf die Aufforderung nicht erklärt oder den Anspruch mit rechtlich falschen Erwägungen zurückweist, liefe auf eine allgemeine Verpflichtung hinaus, jeden Teilnehmer am Rechtsverkehr vor auch selbstverursachten Schäden zu bewahren, die im Institut der culpa in contrahendo keine Grundlage finden kann. Die nach dessen Grundsätzen mögliche Haftung findet ihre sachliche Rechtfertigung in dem besonderen Vertrauensverhältnis, das durch den vorvertraglichen Kontakt der Beteiligten entstanden ist. Er setzt damit eine Eignung dieses Kontakts voraus, nach der Verkehrsanschauung und den Grundsätzen von Treu und Glauben ein solches Vertrauensverhältnis zu begründen. Diese Voraussetzung ist mit einer unberechtigten Inanspruchnahme allein noch nicht gegeben.

Nach dem Vorbringen des Kl., zu dem das BerGer. - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - insoweit keine Feststellungen getroffen hat und das daher im Revisionsverfahren zu Grunde gelegt werden muss, ist der vorliegende Fall jedoch zusätzlich dadurch gekennzeichnet, dass die Bekl. durch ihr Auftreten im Geschäftsverkehr den Eindruck erweckt haben kann, sie und das Unternehmen ihres Geschäftsführers seien rechtlich oder wirtschaftlich identisch mit der Folge, dass sie allein oder neben diesem - für die Gewährleistungsansprüche des Kl. eintrete. Dafür könnte neben der großen Übereinstimmung in den Geschäftsbezeichnungen, unter denen beide Unternehmen im Geschäftsverkehr aufgetreten sind, ihr gemeinsamer Sitz sowie die arbeitsteilige Abwicklung von Gewährleistungen auch aus dem Geschäftsbereich des jeweils anderen Unternehmens bei Benutzung eines gemeinsamen Kontos sprechen. Diese besonderen Umstände, die der Bekl. bekannt und auch von ihr zu verantworten waren, mussten ihr - soweit sie tatsächlich vorlagen - Anlass geben, an sie herangetragene Ansprüche sorgfältig zu prüfen und jeden Anschein zu vermeiden, sie sei der richtige Ansprechpartner für die erhobenen Forderungen. Darauf, dass sie dem mit der gebotenen Sorgfalt nachkommen würde, konnte und durfte der Verkehr vertrauen; eine Verletzung dieses Vertrauens kann zu einer Haftung nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo führen.

Ob die Voraussetzungen ein er solchen Haftung gegeben sind, hängt zunächst davon ab, ob die maßgebenden Umstände gegeben waren, dem Kl. bekannt waren und zur Bildung einer entsprechenden, auf dem Vertrauen auf die durch die Bekl. und ihren Geschäftsführer geschaffenen Lage beruhenden Vorstellung geführt haben. Hierzu hat das BerGer. ebenfalls keine Feststellungen getroffen. Das wird gegebenenfalls nachzuholen sein. Soweit danach ein schutzwürdiges Vertrauen auf die Haftung der Bekl. begründet war, kann nach den getroffenen tatrichterlichen Feststellungen nicht davon ausgegangen werden, dass die Bekl. der sich daraus ergebenden Aufklärungspflicht genügt hat. Das BerGer. hat nicht festgestellt, dass dem Eingehen auf die Forderung des Kl. eine Prüfung der sachlichen Berechtigung der gegen sie gerichteten Ansprüche durch die Bekl. vorausgegangen ist oder diese sonst dazu beigetragen hat, der auch durch ihr Verhalten geschaffenen Gefahr von Verwechselungen oder der irrtümlichen Annahme einer Identität bzw. Rechtsnachfolge entgegenzuwirken. Ihr sachliches Eingehen auf die W ünsche des Kl. nach einem Verzicht war vielmehr im Gegenteil geeignet, diesen in einem entsprechenden Irrtum zu bestärken und ihn zunächst davon abzuhalten, die Notwendigkeit weiterer Maßnahmen zur Unterbrechung der Verjährung zu prüfen und zu erkennen. Das gilt umso mehr, als die von ihr mit dem Verzicht auf die Verjährungseinrede und den Verwirkungseinwand verbundene Einschränkung, dieser Verzicht gelte nicht, soweit beide nach ihren tatsächlichen Voraussetzungen bereits entstanden seien, das typische Verhalten eines Schuldners darstellte, der mit einer solchen Forderung nach einem entsprechenden Verzicht durch seinen Gläubiger befasst wird.

Für die Verletzung des Vertrauens einzustehen hat die Bekl., wenn sie erkennen konnte und musste, dass der Kl. einer Fehlvorstellung über die Person des wahren Schuldners erlegen war und hierzu durch die tatsächlichen Umstände der durch sie und ihren Geschäftsführer geschaffenen Unklarheiten verführt worden war. Traf das zu musste sie dem durch eine sorgfältige Prüfung der Rechtslage Rechnung tragen bevor sie mit einem dem Verlangen des Kl. entsprechenden sachlichen Eingehen auf dessen Forderung einen bei diesem entstandenen Irrtum bestätigte und verstärkte. Dass die Bekl. sich ihrerseits in einem Irrtum über ihre Haftung befunden hat, schließt insoweit ein Verschulden nicht aus.

Soweit die Bekl. danach aus dem Gesichtspunkt eines vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses zum Schadensersatz verpflichtet sein kann, erfasst das jedoch nur solche Schäden, die der Kl. infolge des durch das Verhalten der Bekl. gestützten Vertrauens darauf erlitten hat, dass diese für die Gewährleistung einsteht. Auch hierzu hat das BerGer. - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - keine Feststellungen getroffen. Das wird gegebenenfalls ebenfalls nachzuholen sein. Die vom Kl. zur Berechnung seines Anspruchs herangezogenen Kosten für die Beseitigung der Mängel werden von diesem Anspruch nur erfasst, wenn er infolge des Vertrauens auf die Richtigkeit dieser Vorstellung davon abgesehen hat, den Geschäftsführer der Bekl. rechtzeitig in Anspruch zu nehmen, und nunmehr - mit Blick auf eine eingetretene Verjährung - eine Durchsetzung berechtigter Ansprüche gegen den wahren Schuldner ausgeschlossen erscheint, die er in Kenntnis des Sachverhalts hätte geltend machen können und geltend gemacht hätte.

Bei der Berechnung des Anspruchs wird das BerGer. weiter zu beachten haben, dass - soweit dem Kl. dem Grunde nach ein Anspruch zustehen sollte - ihn an der Entstehung dieses Vertrauensschadens ein Mitverschulden treffen kann, dessen Voraussetzungen nach dem Inhalt der getroffenen tatrichterlichen Feststellungen nicht abschließend beurteilt werden können und dessen Bewertung - sollten die Voraussetzungen gegeben sein - ohnehin im Einzelnen dem Tatrichter überlassen bleiben muss. Dem Grunde nach kann sich ein solches Mitverschulden etwa dann ergeben, wenn die anwaltlichen Vertreter ohne nachvollziehbaren Grund von der Inanspruchnahme des Geschäftsführers der Bekl. in seiner Eigenschaft als Einzelunternehmer dazu übergegangen sind, die Mängelgewährleistung von der Bekl. zu verlangen. Soweit das BerGer. danach zu einer Mitverantwortung des Kl. gelangen sollte, wird es bei der Gewichtung der beiderseitigen Verursachungsbeiträge gegebenenfalls zu Gunsten des Kl. weiter in Betracht zu ziehen haben, ob die wirtschaftlichen Verflechtungen zwischen der Bekl. und dem Unternehmen ihres Geschäftsführers derart sind, dass es wirtschaftlich ohne wesentliche praktische Bedeutung ist, ob das eine oder das andere Unternehmen in Anspruch genommen wird.

Standort: Verbraucherrecht — Problem: Beitritt zu einer Publikums-GbR

BGH, URTEIL VOM 02.07.2001
II ZR 304/00 (NJW 2001, 2718)

Problemdarstellung:

Anlässlich eines Haustürgeschäfts (vgl. § 1 I Nr. 1 HWiG) schloss der Kl. mit einer Treuhandgesellschaft einen Vertrag zum Erwerb von Anteilen an einem Immobilienfond. Der Fondsanteil sollte von der Treuhandgesellschaft treuhänderisch für den Kl. erworben, das Entgelt in monatlichen Raten durch den Kl. auf ein Treuhandsonderkonto der Fondsgesellschaft gezahlt werden. Nach einigen Monatsraten widerrief der Kl. den Vertrag unter Berufung auf das HWiG.

Dazu stellt der BGH fest, dass der Widerrufsgegner bei derart mittelbaren Beteiligungen an

Fondsgesellschaften die Fondsgesellschaft ist. "Anderer Teil" gem. § 1 I HWiG ist im Regelfalle, in dem rechtlicher und wirtschaftlicher Vertragspartner personengleich sind, der Vertragspartner des Verbrauchers. Das gilt jedoch nicht, wenn eine solche Personenidentität nicht besteht. Nach dem Treuhandvertrag und der Ausgestaltung des geschlossenen Immobilienfonds durch die Fondsgesellschaft nimmt die Treuhandgesellschaft nur eine Mittlerfunktion ein. Schließlich führt der BGH zur widerrufsbedingten Rückabwicklung noch folgendes aus. Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats (BGHZ 63, 338 [345f.]) führt grundsätzlich nicht einmal ein durch arglistige Täuschung (§ 123 BGB) veranlasster Beitritt eines Anlegers zu einer Publikumspersonengesellschaft zur Anwendung der bürgerlich-rechtlichen Anfechtungsvorschriften mit der Folge, dass die gesellschaftsrechtliche Stellung ex tunc beendet wird und die gezahlten Einlagen zurückzugewähren sind; vielmehr kann bei einer in Vollzug gesetzten Gesellschaft der getäuschte Anleger seine Mitgliedschaft allein durch ein ex nunc wirkendes Austrittsrecht beenden und erhält in diesem Fall - Zug um Zug gegen Übertragung seiner Beteiligung - sein Auseinandersetzungsguthaben ausgezahlt. Für die Beendigung der Mitgliedschaft in einer Publikumsgesellschaft nach dem HWiG kann im Grundsatz nichts anderes gelten.

Prüfungsrelevanz:

Als Schnittstelle zwischen Verbraucherschutz- und Gesellschaftsrecht besitzt dieser Fall eine entsprechende Examensrelevanz. Auf der einen Seite muss sich der Prüfling mit den Verbrauchschutzgesetze - hier: HWiG und VerbrKrG - hinsichtlich ihrer Anwendbarkeit, ihrer Konkurrenz zueinander und der Widerrufsausübung beschäftigen. Gerade auf der Rechtsfolgenseite der Widerrufsausübung zeigt sich aber in diesem besonderen Fall der Einfluss des Gesellschaftsrechts. Grundsätzlich führt der Widerruf zu einem Rückabwicklungsverhältnis der bereits empfangenen Leistungen, um den *status quo ante* wiederherzustellen (vgl. § 3 HWiG a.F.; §§ 361 a II, 346 ff. BGB n.F.). Zugunsten des Rechtsverkehrs und der übrigen Gesellschafter muss der Widerrufende hier auf eine vollständige Rückabwicklung verzichten.

Vertiefungshinweise:

❑ Besprechung dieses Urteils: *Littbarski*, LM H. 10/2001, HWiG Nr. 38

❑ Zu den Folgen des Widerrufs des Darlehens beim verbundenen Beitritt zum geschlossenen Immobilienfonds: *OLG Stuttgart*, ZIP 2001, 322; *LG Meiningen*, VuR 2001, 55

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Existenzgründung auf Raten"

❑ *Klausurenkurs:* "Die spanische Enzyklopädie"

❑ *Klausurenkurs:* "Der AB aus dem Internet"

Leitsätze:

1. Auf ein Geschäft, durch welches sich ein Anleger in einer Haustürsituation über einen Treuhänder mittelbar an einer Publikums-BGB-Gesellschaft beteiligt, findet das Haustürgeschäftewiderrufsgesetz Anwendung.

2. Der Widerruf kann, wenn eine ordnungsgemäße Belehrung über den Fristbeginn fehlt und auf Grund der treuhänderischen Beteiligung noch laufend Beiträge zu leisten sind, auch noch nach Ablauf von zehn Jahren erklärt werden; jedenfalls auf solche Haustürgeschäfte, die keine Kreditgeschäfte sind, ist § 7 VerbrKrG nicht entsprechend anwendbar.

3. "Anderer Teil' i. S. von § 3 I HWiG ist für den Fall einer mittelbaren Beteiligung eines Anlegers an einer Publikums-BGB-Gesellschaft diese selbst.

4. Der auf das Haustürgeschäftewiderrufsgesetz gestützte Widerruf einer über einen Treuhänder vermittelten Beteiligung an einer Publikums-BGB-Gesellschaft führt zur Anwendung der Grundsätze über den fehlerhaften Gesellschaftsbeitritt.

5. Den in diesem Falle nach § 3 HWiG entstehenden Rückgewähranspruch kann der Widerrufende nicht nur gegenüber der Publikums-BGB-Gesellschaft, sondern auch gegenüber den einzelnen Gesellschaftern geltend machen (vgl. Senat, NJW 2001, 1056 = NZM 2001, 299 = LM H.5/2001 § 50 ZPO Nr. 52 = ZIP 2001, 330).

Sachverhalt:

Im Rahmen eines unangemeldeten Vermittlerbesuchs in seiner Privatwohnung unterschrieb der Kl. im März 1989 einen "Beteiligungsantrag" zum Erwerb eines Anteils an einem geschlossenen Immobilienfonds. Der Fondsanteil sollte von einer Treuhandgesellschaft treuhänderisch für den Kl. erworben, die Beteiligungssumme in monatlichen Raten durch den Kl. auf ein Treuhandsonderkonto der Fondsgesellschaft gezahlt werden. Fondsgesellschaft ist die "GbR M". Gründungsgesellschafter dieser Gesellschaft waren die C-Immobilienhandelsgesellschaft mbH, der die Geschäftsführung übertragen worden ist und aus der nach Umwandlung und Umfirmierung die Bekl. hervorging, sowie als Treuhandgesellschafterin die G-Gesellschaft mbH, deren Gesellschafterstellung und Treuhandaufgaben später im Einverständnis aller Bet.

von der V-KGaA übernommen wurden. Der Kl. zahlte lediglich einen Teil der geschuldeten Beitragsraten und widerrief im März 1999 gegenüber der Bekl. und im Mai 1999 gegenüber der Treuhandgesellschaft seinen Beteiligungsantrag nach dem Haustürgeschäftewiderrufsgesetz (im Folgenden: HWiG). Mit seiner Klage begehrte er Rückzahlung der erbrachten Leistungen nebst 8,5% Zinsen seit den jeweiligen Zahlungszeitpunkten.
Das LG hat der Klage stattgegeben. Das OLG hat auf die Berufung der Bekl. das erstinstanzliche Urteil hinsichtlich der Zinshöhe teilweise zu ihren Gunsten abgeändert und im Übrigen die Berufung zurückgewiesen. Mit der - zugelassenen - Revision verfolgte die Bekl. ihren Antrag, die Klage insgesamt abzuweisen, weiter. Die Revision hatte nur zum Zinsanspruch teilweise Erfolg, im Übrigen hielt das Berufungsurteil den Angriffen der Revision stand.

Aus den Gründen:

A. Bestätigung des BerGer. hinsichtlich des Rückzahlungsanspruchs gem. § 3 I HWiG
Zu Recht hat das BerGer. angenommen, dass dem Kl. ein Zahlungsanspruch aus § 3 I HWiG zusteht.

I. Anwendbarkeit des HWiG
Der Treuhandvertrag, den der Kl. am 3. 3. 1989 unter Unterzeichnung des "Beteiligungsantrags" mit der Rechtsvorgängerin der V-KGaA zum Zwecke der Beteiligung an einem Immobilienfonds geschlossen hat, unterfällt dem HWiG. Der Kl. hat den "Beteiligungsantrag" im Rahmen eines nicht erbetenen Vermittlerbesuchs in seiner Privatwohnung unterschrieben (§ 1 I Nr. 1 i. V. mit Abs. 2 Nr. 1 HWiG). Bei dem damit abgeschlossenen Treuhandvertrag handelt es sich um einen "Vertrag über eine entgeltliche Leistung" i. S. von § 1 I HWiG, weil sich der Kl. als Anleger in der Hoffnung auf Gewinnerzielung zur Entgeltzahlung für den Erwerb eines für ihn von der Treuhänderin zu haltenden Gesellschaftsanteils verpflichtet hat.

II. Wirksamer Widerruf durch den Kl.
Entgegen der Auffassung der Revision hat der Kl. diesen Treuhandvertrag im März 1999 wirksam widerrufen. Der Widerruf ist trotz der circa zehnjährigen Zeitspanne seit der Verpflichtungserklärung im März 1989 rechtzeitig. Die einwöchige Widerrufsfrist des § 1 I HWiG war im Zeitpunkt des Widerrufs noch nicht in Lauf gesetzt worden, da der Kl. nicht ordnungsgemäß i. S. von § 2 I 2 HWiG belehrt worden ist. Er hat zwar einen Text mit Informationen über ein "Rücktrittsrecht" gesondert unterschrieben. Dieser Text genügt aber schon deshalb nicht den Anforderungen des § 2 I 2 HWiG, weil die nach der Rechtsprechung (etwa: BGHZ 121, 52 = NJW 1993, 1013 [1014] = LM H.7/1993 HWiG Nr. 11; BGHZ 126, 56 = NJW 1994, 1800 [l 801] = lM H.9/1994 § 1 b AbzG Nr. 30) unverzichtbar notwendige Angabe zu dem Beginn der Ein-Wochen-Frist fehlt.
Das Widerrufsrecht ist nicht durch Zeitablauf erloschen. Jedenfalls für eine entsprechende Anwendbarkeit der Jahresfrist des § 7 II 3 VerbrKrG (i. d. bis 30. 9. 2000 geltenden F.) auf sämtliche Geschäfte, die dem HWiG unterfallen, wie sie die Revision für richtig hält, ist kein Raum. Selbst wenn man annehmen wollte, dass für alle, nämlich auch für die nicht dem VerbrKrG, sondern dem HWiG unterliegenden Kreditgeschäfte eine einheitliche Höchstfrist für die Erklärung des Widerrufs gelten müsste (vgl. Vorlage-Beschluss des XI. Zivilsenats an den EuGH, NJW 2000, 521 = NZM 2000, 205 L = ZIP 2000, 177), rechtfertigte dies nicht die Heranziehung dieser kürzeren Frist auf sämtliche Haustürgeschäfte, auch soweit dieselben nicht Kreditgeschäfte betreffen. Entgegen der Ansicht der Revision liegt hierin kein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 GG), weil das VerbrKrG einerseits und das HWiG andererseits in ihrem Bestreben, Verbraucher vor Überrumpelung und Übereilung zu schützen, an gänzlich unterschiedliche Sachverhalte anknüpfen und es dem Gesetzgeber von Verfassungs wegen nicht verwehrt sein kann, den Kunden in stärkerem Maße zu schützen, welcher in einer Situation und einer Umgebung ein Geschäft abschließt, in welcher gesetzestypisch die nahe liegende Gefahr besteht, dass er nicht hinreichend überlegt, ob er sich auf den ihm angebotenen Vertrag einlassen soll.

C. Bekl. als korrekter Anspruchsgegner
Die Revision wehrt sich im Ergebnis auch ohne Erfolg gegen die Annahme des BerGer. dass der Kl. seinen Anspruch aus § 3 I HWiG zu Recht gegen die Bekl. geltend gemacht hat.

I. "Anderer Teil" infolge mittelbarer Beteiligung an der Fondsgesellschaft
Auszugehen ist bei, dieser Beurteilung von dem zutreffenden Ansatz des BerGer., wonach Schuldner des Rückgewähranspruchs des Kl. und damit "anderer Teil" i. S. von § 3 I HWiG im vorliegenden Streitfall nicht die Treuhand-, sondern die Fondsgesellschaft ist: § 3 I HWiG verpflichtet im Falle des wirksamen Widerrufs den "anderen Teil" zur Herausgabe der vom Verbraucher erbrachten Leistungen. "Anderer Teil" in diesem Sinne ist im Regelfalle, in dem rechtlicher und wirtschaftlicher Vertragspartner personengleich sind, der Vertragspartner des Verbrauchers. Das gilt jedoch nicht, wenn - wie im vorliegenden Fall - eine solche Personenidentität nicht besteht. Ungeachtet der

Tatsache, dass vertragliche Beziehungen des Kl. ausschließlich mit der Treuhandgesellschaft bestehen und der Kl. selbst nicht Gesellschafter der Fondsgesellschaft ist, sein Anteil an dem Immobilienfonds vielmehr treuhänderisch von der Treuhandgesellschaft für ihn gehalten wird, kann nämlich im Rahmen der hier anzustellenden Prüfung nicht außer Betracht bleiben, dass nach dem Treuhandvertrag und der Ausgestaltung des geschlossenen Immobilienfonds durch die Fondsgesellschaft die Treuhandgesellschaft nur eine Mittlerfunktion einnimmt. Sie ist zwischen den Anleger und die Fondsgesellschaft geschaltet, um die Durchführung der Fondsbeteiligung und insbesondere den Erwerb lediglich wirtschaftlichen Miteigentums der Anleger an dem Fonds zu ermöglichen. Trotz dieser rechtlichen Konstruktion der Fondsbeteiligung mittels Treuhandvertrages ist wirtschaftlicher Vertragspartner der Anleger ausschließlich die Fondsgesellschaft. Diese ist Empfängerin und Inhaberin der von den Anlegern zu erbringenden Leistungen. Nach dem Treuhandvertrag sind alle vom Kl. zu leistenden Monatsraten und sonstigen Beträge auf ein Treuhandsonderkonto des Fonds einzuzahlen. Die Gegenleistung ist ebenfalls von der Fondsgesellschaft zu erbringen. Folgerichtig hat der Kl. durch Unterschrift unter den Beteiligungsantrag erklärt, dass er sich "an der ... Objektgesellschaft" beteiligen will; die Treuhandgesellschaft wird demgegenüber nur beiläufig als rechtstechnisches Mittel zum Zweck erwähnt ("Beteiligung per Treuhandvertrag").

Auch die Fondsgesellschaft misst dem Treuhänder eine lediglich dienende Funktion bei und sieht sich selbst als maßgeblicher Partner der Anleger. Dies kommt nicht zuletzt in einem Schreiben ihrer geschäftsführenden Gesellschafterin an die Anleger zum Ausdruck, in dem den Anlegern die Geschäftsführerin des Fonds als Adressatin für sämtliche Erklärungen und Anfragen der Anleger im Zusammenhang mit dem Fonds vorgestellt wird. Auch der Widerruf nach § 1 HWiG sollte gegenüber der Bekl. und nicht etwa gegenüber der Treuhänderin ausgeübt werden.

Ist mithin die Fondsgesellschaft wirtschaftlicher Vertragspartner der Anleger und selbst Empfänger und Inhaber der von diesen zu erbringenden Leistungen, so ist es sachgerecht, die Fondsgesellschaft auch ohne Bestehen unmittelbarer rechtlicher Beziehungen zwischen ihr und den Anlegern als "anderen Teil" i. S. von § 3 I HWiG und damit als Schuldnerin des Rückgewähranspruchs anzusehen.

II. Mithaftung der Bekl. als geschäftsführende Gesellschafterin der Fondsgesellschaft

Der Kl. hat seine Klage jedoch nicht gegen die Fondsgesellschaft bürgerlichen Rechts "GbR M", sondern ausschließlich gegen die Bekl. und damit gegen die geschäftsführende Gesellschafterin der Fondsgesellschaft gerichtet. Gleichwohl hat das BerGer. diese Gesellschafterin im Ergebnis zu Recht - wenn auch nach seiner eigenen Argumentation inkonsequent - als richtige Bekl. angesehen.

Die Bekl. haftet nämlich als Gesellschafterin der Fondsgesellschaft bürgerlichen Rechts "GbR M" für deren Verbindlichkeiten auch persönlich und mit ihrem eigenen Vermögen. Der Senat hat in seinem Urteil vom 29. 1. 2001 (NJW 2001, 1056 = NZM 2001, 299 = WM 2001, 408 = ZIP 2001, 330) entschieden, dass das Verhältnis zwischen dieser persönlichen Haftung der Gesellschafter einer GbR und der Gesellschaft der akzessorischen Gesellschafterhaftung gem. §§ 128f. HGB entspricht (NJW 2001, 1056 = NZM 2001, 299 = WM 2001, 408 [414] = ZIP 2001, 330 [335f.]). Dies hat zur Folge, dass der Gesellschafts- und der Gesellschafterprozess bei der GbR ebenso wie bei der OHG voneinander unabhängig sind. Die Gläubiger einer GbR haben damit die Möglichkeit, nicht nur die Gesellschaft selbst, sondern auch zusätzlich oder statt dessen einen oder mehrere ihrer Gesellschafter in Anspruch zu nehmen und zu verklagen. Deshalb stand es dem Kl. frei, ausschließlich die geschäftsführende Gesellschafterin der Fondsgesellschaft und damit die Bekl. zu verklagen.

Das gilt auch dann, wenn - wie im Folgenden noch näher auszufahren ist - der Widerruf nach dem HWiG nur zur Anwendung der Regeln über den fehlerhaften Beitritt, also zur Kündigung der Mitgliedschaft führt und einen Abfindungsanspruch auslöst. Unabhängig davon, ob es sich bei diesem durch den Widerruf nach dem HWiG ausgelösten Rückgewähranspruch um eine Sozialverbindlichkeit handelt, haftet für denselben nicht allein die Fondsgesellschaft, vielmehr können für eine so einzuordnende Verbindlichkeit auch die ehemaligen Mitgesellschafter selbst in Anspruch genommen werden (vgl. Senat, WM 1971, 1451; Staub/Habersack, HGB, 4. Aufl., § 128 Rdnr. 12; Baumbach/Hopt, HGB, 30. Aufl., § 128 Rdnr. 23 i. V. mit § 131 Rdnr. 48 m. w. Nachw.; anders Ulmer, in: MünchKomm, 3. Aufl., § 738 Rdnr. 12).

D. Umfang des Rückgewähranspruchs gem. § 3 I HWiG

Die Klage ist in Höhe von 18 960 DM nebst 4% seit Rechtshängigkeit begründet. In Höhe des weiter gehend geltend gemachten Zinsanspruchs - Verzinsung der einzelnen Raten ab dem Zeitpunkt der Zahlung - hat das Rechtsmittel Erfolg und führt zur entsprechenden Abweisung der Klage.

I. Anwendbarkeit der Regeln zum fehlerhaften Beitritt zu einer Gesellschaft

Im Ergebnis zutreffend hat das BerGer. entschieden, dass der Rückgewähranspruch des Kl. nach § 3 I HWiG sämtliche Beitragsraten und sonstigen Beträge in voller Höhe umfasst. Das ist in den Besonderheiten des vorliegenden Falls begründet. Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats (BGHZ 63, 338 [345f.] = NJW 1975, 1022 = LM 71 HGB Nr. 13 L) führt grundsätzlich nicht einmal ein durch arglistige Täuschung (§ 123 BGB) veranlasster Beitritt eines Anlegers zu einer Publikumspersonengesellschaft zur Anwendung der bürgerlich-rechtlichen Anfechtungsvorschriften mit der Folge, dass die gesellschaftsrechtliche Stellung ex tunc beendet wird und die gezahlten Einlagen zurückzugewähren sind; vielmehr kann bei einer in Vollzug gesetzten Gesellschaft der getäuschte Anleger seine Mitgliedschaft allein durch ein ex nunc wirkendes Austrittsrecht beenden und erhält in diesem Fall - Zug um Zug gegen Übertragung seiner Beteiligung - sein Auseinandersetzungsguthaben ausgezahlt.

Für die Beendigung der Mitgliedschaft in einer Publikumsgesellschaft nach dem HWiG kann im Grundsatz nichts anderes gelten, weil bei in Vollzug gesetzter Gesellschaft nicht nur deren Gläubiger geschützt werden müssen, sondern auch sicherzustellen ist, dass die Mitgesellschafter des das Widerrufsrecht ausübenden Gesellschafters nicht schlechter als er selbst behandelt werden. Der Umstand, dass im vorliegenden Fall der Kl. nicht selbst Gesellschafter der Fondsgesellschaft, sondern nur mittelbar über das Treuhandverhältnis beteiligt ist, steht der Anwendung der genannten Grundsätze deswegen nicht entgegen, weil bei der hier gegebenen Gestaltung - wie oben ausgeführt - sich die Person des "anderen Teils" i. S. von § 3 HWiG nicht auf Grund einer formalen, sondern nur einer wirtschaftlichen Betrachtung ermitteln lässt. So wenig die Fondsgesellschaft oder die Bekl. in diesem Zusammenhang geltend machen können, der Kl. stehe in rechtlichen Beziehungen allein zu der Treuhandgesellschaft, so wenig ist es ihm erlaubt, bei der Abwicklung des durch seinen Widerruf ausgelösten Rückgewährverhältnisses sich darauf zu berufen, er sei nicht Gesellschafter der Fondsgesellschaft und unterliege deswegen nicht den Bindungen, die ein fehlerhaft beigetretenes Mitglied einer Personengesellschaft beachten muss.

Ungeachtet dessen hält das Berufungsurteil der revisionsrechtlichen Prüfung stand, weil im hier gegebenen Fall einer offensichtlich gesunden Fondsgesellschaft, die mit den ihr anvertrauten Anlagegeldern bestimmungsgemäß und erfolgreich verfahren ist, die Gefahr einer Schädigung der Gesellschaftsgläubiger oder einer Ungleichbehandlung der Mitgesellschafter des Kl. nicht besteht, weil das ihm zustehende Auseinandersetzungsguthaben jedenfalls nicht geringer ist als der von ihm in diesem Rechtsstreit verfolgte Anspruch.

II. Zum Zinsanspruch

Der Zinsanspruch ist lediglich in Höhe von 4% seit Rechtshängigkeit begründet (§§ 291, 288 I BGB). Entgegen einer im Schrifttum vertretenen Auffassung (Erman/Saenger, BGB, 10. Aufl., § 3 HWiG Rdnr. 32; Soergel/Wolf, BGB, 12. Aufl., § 3 HWiG Rdnr. 8; Staudinger/Werner, BGB, 13. Bearb., § 3 Rdnr. 53) sind nach der eindeutigen Fassung des Gesetzes die nach § 3 I HWiG von dem anderen Teil zurückzugewährenden Geldbeträge nicht entsprechend § 347 S. 3 BGB unabhängig vom Verzugseintritt zu verzinsen (ebenso Ulmer, in: MünchKomm, § 3 HWiG Rdnr. 15). Anders als § 347 S. 3 BGB sieht § 3 I HWiG keine Pflicht zur Verzinsung des zurückzuerstattenden Geldbetrags vor. Diese Ausgestaltung von § 3 I HWiG entspricht dem in den Gesetzesmaterialien ausdrücklich festgehaltenen Willen des Gesetzgebers (BT-DR 10/2876, S. 4, Entwurfstext zu § 3, u. S. 14, Begr. zu dieser-Entwurfsregelung). Über diese Entscheidung des Gesetzgebers darf sich die Rechtsprechung - jedenfalls so lange die gesetzliche Regelung nicht zu unerträglichen Ergebnissen führen würde - nicht hinwegsetzen, weil sie dies aus allgemeinen Gerechtigkeitserwägungen für wünschenswert hält (BVerfGE 82, 6 [12]; BGHZ 138, 321 [329] = NJW 1998, 1939 = LM H.9/1998 § 765 BGB Nr. 126). Verzinsung des zurückzuerstattenden Geldbetrags kann der Kl. dementsprechend erst ab Verzugseintritt und damit mangels eines anderen Verzugstatbestands erst ab Rechtshängigkeit verlangen.

Standort: Deliktsrecht Problem: Arzthaftung wegen Aufklärungsmangel

BGH, URTEIL VOM 30.01.2001
VI ZR 353/99 (NJW 2001, 2789)

Problemdarstellung:

In dieser Entscheidung hatte der BGH zur Arzthaftung wegen mangelnder Aufklärung über mehreren Eingriffsrisiken, die aber nicht alle eingetreten sind, Stellung zu nehmen. Klärt ein Arzt seinen Patienten vor einem Eingriff über dessen Risiken auf, so haftet der behandelnde Arzt wegen Aufklärungsverschulden aus unerlaubter Handlung und bezüglich der materiellen Schäden zusätzlich aus einer schuldhaften

Verletzung der Sorgfaltspflichten des Behandlungsvertrages. Maßgebend ist dabei, ob über das sich verwirklichende Risiko aufgeklärt worden ist. Dazu hat der BGH zur Klarstellung ausgeführt, dass es keine Rolle spielt, ob daneben auch andere Risiken - die sich nicht verwirklicht haben - der Erwähnung bedurften; vielmehr habe der Patient in Kenntnis des später verwirklichten Risikos seine Einwilligung erteilt. Hat also der Patient bei seiner Einwilligung das später eingetretene Risiko in Kauf genommen, so kann keine Haftung hergeleitet werden.

Abzugrenzen sind solche Fälle wegen Aufklärungsverschulden von der ärztlichen Haftung wegen eines Mangels in der Grundaufklärung. Der BGH hat diesen Begriff bisher nur zur Begründung einer Arzthaftung in ganz besonderen Ausnahmefällen herangezogen, wenn es sich um ein äußerst seltenes, nicht aufklärungspflichtiges Risiko ging, das sich dann aber doch beim Eingriff verwirklicht hat. Ist in einem solchen Fall der Patient nicht auf das fragliche Risiko hingewiesen worden, so kann der Arzt wegen eines Mangels in der Grundaufklärung haftbar gemacht werden. Diese Hinweispflicht ist von der sonstigen Risikoaufklärungspflicht abzugrenzen.

Prüfungsrelevanz:

Im Rahmen der Arzthaftung kommt der deliktischen Haftung des behandelnden Arztes insbesondere wegen des immateriellen Schadens (§§ 253, 847 BGB) besondere Bedeutung zu. Der Arzt bedarf für jeden Eingriff der Einwilligung seines Patienten. Diese Einwilligung ist nur wirksam und schließt die Rechtswidrigkeit nur aus, wenn der Patient das Wesen, die Bedeutung und die Tragweite des ärztlichen Eingriffs in seinen Grundzügen erkannt hat; dies setzt die zutreffende Aufklärung durch den Arzt voraus. Die Beweislast für genügende Aufklärung und dafür, dass er den Eingriff entsprechend vorgenommen hat, liegt beim Arzt (Palandt/Thomas, BGB, § 823 Rz. 44 ff.).

Vertiefungshinweise:

❑ Besprechung dieser Entscheidung: W*endehorst*, LM H. 7/2001 § 823 (Dd) BGB Nr. 27

❑ Zur Rechtsprechung bei Aufklärungsmängel in der Grundaufklärung: *BGH*, NJW 1996, 777; *Deutsch*, LM H. 3/1996 § 823 [Ac] BGB Nr. 60

Leitsatz:

Zur Frage, der Haftung des Arztes, wenn sich bei einem Eingriff mehrere Risiken verwirklichen, aber nicht über alle aufgeklärt worden ist.

Sachverhalt:

Der Kl. litt seit Anfang der 80er Jahre unter Bandscheibenbeschwerden, die jeweils konservativ behandelt wurden. Am 14. 2. 1994 begab er sich auf Grund einer Überweisung seines Hausarztes in die Behandlung des Bekl. Dieser diagnostizierte einen Bandscheibenkollaps mit Nervenwurzeldekompression L5/S1 und empfahl eine Diskographie sowie eine Laser-Nervenwurzeldekompression. Zur Durchführung dieser Maßnahme begab sich der Kl. am 9. 3. 1995 in ein Krankenhaus, in welchem der Bekl. Belegbetten unterhält und wo dieser ihn noch am selben Tag operierte. Am 13. 3. 1995 wurde bei dem Kl. eine Peronaeusparese (Fußheberschwäche) diagnostiziert, auf Grund derer er seine beruflich Tätigkeit als Schlosser aufgab. Der Kl. hat den Bekl. auf Schadensersatz in Anspruch genommen mit der Begründung, die nicht indizierte Operation, über deren Risiken er weder am 14. 2. noch am 9. 3. 1995 aufgeklärt, worden sei, habe sowohl zu der Peronaeusparese als auch zur Impotenz geführt.

Das LG hat nach Beweisaufnahme den (bezifferten) Schadensersatzanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt, dem Kl. ein Schmerzensgeld von 40 000 DM zugesprochen sowie die Ersatzpflicht des Bekl. für sämtliche materiellen Schäden des Kl. aus der Operation vom 9. 3. 1995 festgestellt. Das OLG hat die hiergegen gerichtete Berufung des Bekl. zurückgewiesen und auf die Anschlussberufung des Kl. diesem Zinsen aus dem zuerkannten Schmerzensgeldbetrag zugesprochen. Die Revision des Bekl. hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Nach Auffassung des BerGer. haftet der Bekl. dem Kl. wegen eines Aufklärungsverschuldens aus unerlaubter Handlung und bezüglich der materiellen Schäden zusätzlich aus einer schuldhaften Verletzung der Sorgfaltspflichten des Behandlungsvertrags.

Die vom Bekl. durchgeführte Aufklärung sei schon deshalb ungenügend gewesen, weil der Bekl. nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme den Kl. nicht auf das schwerste Risiko des Eingriffs, das Risiko einer Querschnittslähmung, ausreichend hingewiesen habe. Allein wegen der dadurch fehlenden Grundaufklärung sei die Aufklärung demzufolge defizitär. Defizitär sei die Aufklärung darüber hinaus aber auch deshalb, weil der Kl. nicht auf das Risiko einer Impotenz hingewiesen worden sei, die nach den Ausführungen der gerichtlich bestellten Sachverständigen auch bei einer regelrechten Laser-Operation der in Rede stehenden Art auftreten könne. Der Bekl. habe schließlich auch plausibel und nachvollziehbar dargelegt, dass er sich bei ausreichender Aufklärung in einem wirklichen Entscheidungskonflikt befunden hätten. Unter Berücksichtigung des Umstands, dass

das breite Spektrum der konservativen Behandlung beim Kl. noch nicht ausgeschöpft gewesen sei, sei ihm zu glauben, dass er in Kenntnis des Risikos einer Querschnittlähmung und/oder des Impotenzrisikos die Operation am 9. 3. 1995 nicht hätte durchführen lassen. Schließlich bestehe auch kein Zweifel daran, dass die beim Kl. eingetretene Peronaeusparese samt ihrer Folgen sowie die Impotenz auf die Operation vom 9. 3. 1995 zurückzuführen seien.

B. Entscheidung des BGH über die Revision
Das Urteil des BerGer. hält im Ergebnis revisionsrechtlicher Überprüfung stand.

I. Aufklärungsmangel hinsichtlich des Impotenzrisikos
Das Berufungsurteil wird bereits von der Begründung getragen, dass der Bekl den Kl. - unstreitig - nicht über das Risiko einer Impotenz aufgeklärt hat. Das BerGer. hält dieses Risiko auf Grund der Sachverständigengutachten für aufklärungspflichtig und hat durch diese Gutachten auch die Überzeugung gewonnen, dass durch den konkreten Eingriff Impotenz habe entstehen können und beim Kl. tatsächlich entstanden sei. Es hat auch die Überzeugung gewonnen, dass sich der Kl. bei Kenntnis dieses Risikos gegen den Eingriff entschieden hätte. Hätte mithin die gebotene Aufklärung zur Vermeidung der Operation geführt, so ist es unter den Umständen des Streitfalls gerechtfertigt, dem Bekl. deren sämtliche Folgen zuzurechnen.
Die Angriffe der Revision gegen die entsprechenden Feststellungen des BerGer. haben keinen Erfolg. Das BerGer. ist dabei in rechtsfehlerfreier tatrichterlicher Würdigung den diesbezüglichen Äußerungen des Kl. und seiner Ehefrau in Verbindung mit den insoweit übereinstimmenden Stellungnahmen der beiden gerichtlich bestellten Sachverständigen gefolgt und hat diesen den Vorzug gegeben vor der entgegenstehenden Stellungnahme des vom Bekl. beauftragten Privatgutachters Prof. Dr. H. Da dessen Äußerungen im Wesentlichen übereinstimmen mit dem nach Schluss der mündlichen Verhandlung vom Bekl. zu den Akten gereichten weiteren Privatgutachten des Prof. Dr. S und bei der mündlichen Anhörung der Gerichtssachverständigen bereits Berücksichtigung fanden, war das BerGer. - entgegen der Auffassung der Revision - weder gehalten, ein weiteres Gutachten i. S. des § 412 ZPO einzuholen, noch die gerichtlich beauftragten Sachverständigen hierzu erneut anzuhören [...].

II. Irrelevanz der sog. mangelhaften Grundaufklärung
Bei dieser Sachlage kommt es nicht darauf an, ob der Bekl. - wie das BerGer. meint - auch deshalb haften würde, weil er dem Kl. keinen Hinweis auf das schwerstmögliche Risiko des Eingriffs, nämlich das Risiko einer Querschnittslähmung, erteilt hat. Das BerGer. hat hierin einen Mangel der Grundaufklärung gesehen. Hierum geht es jedoch im vorliegenden Fall nicht, wie unter ausgeführt wird.

1. Keine Grundaufklärungshaftung wegen der Aufklärung wegen des Risikos einer Peronaeusparese
Es kann dahinstehen, ob der Kl. über das Risiko einer Peronaeusparese aufgeklärt worden ist, das sich unstreitig bei. ihm verwirklicht hat. Das BerGer. hat diese Frage offen gelassen, so dass für das Revisionsverfahren von einer Aufklärung über dieses Risiko auszugehen ist. Dann jedoch kämen die Grundsätze aus dem Senatsurteil vom 15. 2. 2000 (BGHZ 144, 1 = NJW 2000, 1784) zur Anwendung, das dem BerGer. bei Erlass des angefochtenen Urteils freilich noch nicht bekannt sein konnte. Der erkennende Senat hat dort ausgeführt, das es bei Verwirklichung eines Risikos, über das der Patient aufgeklärt worden ist, regelmäßig keine Rolle spielte, ob daneben auch andere Risiken - die sich nicht verwirklicht haben - der Erwähnung bedurften; vielmehr habe der Patient in Kenntnis des später verwirklichten Risikos seine Einwilligung erteilt. Hat also der Patient bei seiner Einwilligung das später eingetretene Risiko in Kauf genommen, so kann bei einer wertenden Betrachtungsweise nach dem Schutzzweck der Aufklärungspflicht aus der Verwirklichung dieses Risikos keine Haftung hergeleitet werden. Von daher könnte sich die vom BerGer. offen gelassene Frage stellen, ob dem Kl. tatsächlich ein Hinweis auf das Risiko einer Peronaeusparese erteilt worden ist. Hierauf kommt es jedoch im Streitfall nicht an, weil bereits das oben erörterte Aufklärungsversäumnis die Haftung des Bekl. für die gesamten Folgen des Eingriffs prägt.

2. Keine sonstige Grundaufklärung erforderlich
Angesichts dieser Besonderheiten des Falls geht es entgegen der Auffassung des BerGer. auch nicht um einen Mangel der Grundaufklärung. Der Senat hat diesen Begriff bisher zur Begründung der Haftung aus einem Aufklärungsfehler nur für eine ganz besondere Fallgruppe herangezogen, wenn es, wie etwa im Urteil vom 14. 11. 1995 (NJW 1996, 777 = LM H. 3/1996 § 823 [Ac] BGB Nr. 60 = VersR 1996,195) um ein äußerst seltenes, nicht aufklärungspflichtiges Risiko ging, das sich dann aber doch bei dem Eingriff verwirklicht hat. Ist in einem solchen Fall der Patient über das betreffende Risiko nicht aufgeklärt worden, so kann sich ein Mangel der Grundaufklärung auswirken, wenn nämlich dem Patienten nicht einmal ein Hinweis auf das schwerstmögliche Risiko gegeben worden ist, so dass er sich von der Schwere und Tragweite des Eingriffs keine Vorstellung machen konnte. Bei einer solchen Fallkonstellation kann es

unter dem Blickpunkt der fehlenden Grundaufklärung gerechtfertigt sein, dem Arzt die Haftung zuzurechnen, obwohl der Schaden, für den er einstehen soll, aus einem Risiko entstanden ist, über das er nicht hätte aufklären müssen.

So liegt der Streitfall jedoch nicht. Hier ergibt sich die Haftung des Bekl. bereits aus dem oben dargelegten Aufklärungsversäumnis, so dass es schon deshalb keiner abschließenden Entscheidung bedarf, ob sie noch auf weitere Aufklärungsversäumnisse gestützt werden könnte.

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 postalisch erreichbar unter der Adresse der Herausgeberin.
WERBUNG :	Übermittlung der Anzeigenpreise und Mediadaten auf Anfrage unter den o.g. Kontaktmöglichkeiten
ABONNEMENT:	Abonnement-Vertrag befindet sich im Heft und/oder wird auf Wunsch zugeschickt. Einmalige Anforderung eines Probeheftes jederzeit formlos und ohne weitere Verpflichtung möglich. Bestellwünsche und Bestellungen bitte an die Anschrift der Herausgeberin oder via Internet unter der o.g. Adresse.
BEZUGSPREISE:	Jahresabonnement (12 Hefte) DM 84,- einschließlich USt. und Versandkosten. Lieferung nur gegen Einzugsermächtigung. Der Lieferbeginn erfolgt zum nächstmöglichen Termin nach Gutschrift der Lastschrift.
VERSAND:	Ohne Zusicherung eines festen Veröffentlichungstermins monatlich per Post. Nicht eingegangene Exemplare können nur schriftlich innerhalb von 2 Wochen nach Ablauf des Erscheinungsmonats reklamiert werden.
DRUCK:	UWZ Schnelldruck GmbH, Oderstr. 40, 48155 Münster, Tel.: 0251/284850; Fax: 0251/2848529

Strafrecht

Standort: §§ 16, 32 StGB — Problem: Erlaubnistatbestandsirrtum

BGH, URTEIL VOM 09.05.2001
3 STR 542/00 (NSTZ 2001, 530)

Problemdarstellung:

Im Zentrum der nachstehenden Entscheidung steht die Beurteilung eines Schusses, den der Angekl. auf das Opfer abgegeben hat, da er annahm, dieses werde auf ihn schießen. Nachdem der BGH auf die Revision der StA und eines Nebenklägers das erste landgerichtliche Urteil aufgehoben hatte (s. BGH, NStZ 1997, 402), hatte er sich nunmehr erneut mit dem Fall zu befassen.

Da sich nicht klären ließ, ob das Opfer tatsächlich auf den Angekl. schießen wollte, geht der Senat - unter Anwendung des Grundsatzes in dubio pro reo - vom Bestehen einer Notwehrlage aus, hält die Verteidigungshandlung des Angekl. (Schuss in den Bauch des Angreifers) aber nicht für erforderlich, da der Angekl. erst habe abwarten müssen, ob das spätere Opfer "eine Waffe nicht nur aus dem Hosenbund ziehen, sondern auch schussbereit machen und auf den Angekl. in Anschlag bringen würde." Offensichtlich vom Ergebnis getragen, nimmt der Senat aber zugunsten der Angekl. einen Erlaubnistatbestandsirrtum an, da dieser in der Vorstellung gehandelt habe, "es bleibe ihm keine andere Möglichkeit mehr zur Abwehr des auf sein Leben zielenden Angriffs". Da der BGH schließlich zwar nicht die objektive, wohl aber die subjektive Pflichtwidrigkeit des Verhaltens für nicht gegeben hält, verneint er auch eine über § 16 I 2 StGB in Betracht zu ziehende Fahrlässigkeitsstrafbarkeit.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung ist zunächst bereits deshalb besonders examensrelevant, weil sie das Standardproblem der rechtlichen Behandlung des sog. Erlaubnistatbestandsirrtums betrifft (vgl. dazu etwa Scheffler, Jura 1993, 617; Herzberg, JA 1989, 243 ff.; 294 ff.). Darüber hinaus ist bemerkenswert, dass der BGH eine Irrtumskonstellation, die auf den ersten Blick eher einem Erlaubnisirrtum gem. § 17 StGB zuzuordnen wäre, der vorsatzausschließenden Putativnotwehr gem. § 16 I 1 StGB analog zuordnet. Der Fall macht insoweit deutlich, wie wichtig - auch in einer Examensarbeit - die richtige "Definition" des Irrtums ist, bevor man in die rechtliche Problemerörtertung eintritt:

Ein Erlaubnistatbestandsirrtum liegt vor, wenn der Täter sich einen Sachverhalt vorstellt, der, wenn er tatsächlich vorliegen würde, einem anerkannten Rechtfertigungsgrund unterfällt. Es handelt sich also im Wesentlichen um einen Sachverhaltsirrtum, um einen Irrtum über die äußeren Tatumstände, die unter die Tatbestandsmerkmale eines Rechtfertigungsgrundes zu subsumieren sind (daher auch Erlaubnistatumstandsirrtum genannt).

Dagegen liegt ein Erlaubnisirrtum (sog. indirekter Verbotsirrtum) vor, wenn der Täter sich über die rechtlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes irrt, indem er die rechtlichen Grenzen eines anerkanntes Erlaubnissatzes verkennt oder irrig an das Bestehen eines tatsächlich nicht anerkannten Rechtfertigungsgrundes glaubt (vgl. dazu und zur Abgrenzung einführend Wessels/Beulke, AT, Rn. 482 ff.).

Da der BGH vorliegend von einem Irrtum über die Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung, mithin die rechtlichen Grenzen der Notwehr, auszugehen scheint, liegt folglich die Annahme eines Erlaubnisirrtums nahe.

Ähnlich wie bei der Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum im Bereich der normativen Tatbestandsmerkmale (s. etwa Roxin, AT I, 11/84 ff.; Schönke/Schröder, StGB, § 16, Rn. 20 m.w.N.), kann es jedoch auch im Bereich von sog. normativen Rechtfertigungselementen, wie z.B. "rechtswidrig" im Rahmen des § 32 StGB, zu erheblichen Abgrenzungsproblemen kommen. Auch Bewertungsirrtümer können danach über § 16 I 1 StGB analog zu behandeln sein, wenn der Täter etwa infolge unzutreffender Einschätzung der "Kampflage" eine stärkere Verteidigung als erforderlich gewählt hat (vgl. z.B. BGH, NStZ 1996, 29, 30; Schönke/Schröder, StGB, § 32, Rn. 65 m.w.N.). Augenscheinlich geht der BGH auch im vorliegenden Fall von einem solchen Bewertungsirrtum aus, wenn er - unter Bezugnahme auf die vorstehend genannte Entscheidung - von einem Irrtum über die Erforderlichkeit spricht, der gem. § 16 I 1 StGB die Strafbarkeit wegen vorsätzlichen Handelns entfallen lässt. Diese Annahme erscheint allerdings insofern bedenklich, als der BGH objektiv einen drohenden Schusswaffeneinsatz seitens des Opfers angenommen hatte, mithin für den erforderlichen Irrtum über die

Umstände, die der Bewertung zugrunde liegen, eigentlich kein Raum mehr bleibt (vgl. auch Roxin, AT I, 14/77 ff.).

Vertiefungshinweise:

❑ Zu "normativen Rechtfertigungselementen": *BGH*, NStZ 1996, 29; *Herzberg*, JZ 1993, 1017

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Grunewaldsee"

Leitsatz (der Redaktion):

Gibt ein Angeklagter in einer Notwehrlage zur Abwehr des Angriffs einen Schuss ab, und war ihm dabei nicht bewusst, dass ihm weniger gefährliche Abwehrmittel in dieser Situation zur Verfügung standen, so liegt im Verkennen dieses Sachverhalts ein Erlaubnistatbestandsirrtum, der gemäß § 16 I 1 StGB die Strafbarkeit wegen vorsätzlichen Handelns entfallen lässt.

Sachverhalt:

Das LG Kiel hatte den Angekl. nach einer ersten Hauptverhandlung im Jahr 1996 wegen unerlaubter Ausübung der tatsächlichen Gewalt über eine halbautomatische Selbstladekurzwaffe in Tateinheit mit unerlaubtem Führen dieser Waffe zu einer Jugendstrafe von 1 Jahr und 9 Monaten verurteilt und deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt. Vom Vorwurf des versuchten Totschlags in 2 Fällen zum Nachteil der Nebenkläger S und Se sowie des Totschlags zum Nachteil des Seyfettin K hatte es den Angekl. freigesprochen, weil es die Schüsse des Angekl. auf S und Seyfettin K als durch Notwehr gerechtfertigt angesehen und bei dem Schuss auf Se Putativnotwehr angenommen hatte. Der Senat hat das Urteil auf die Revisionen der StA und des Nebenkl. Se aufgehoben, weil die Annahme von Putativnotwehr nicht rechtsfehlerfrei begründet war. Außerdem hatte das LG nicht geprüft, ob sich der Angekl. wegen der Beteiligung an einer Schlägerei strafbar gemacht haben könnte (BGH NStZ 1997, 402).

Das LG hat den Angekl. nunmehr der Beteiligung an einer Schlägerei und des vorsätzlichen unerlaubten Besitzes einer halbautomatischen Selbstladewaffe mit einer Länge von nicht mehr als 60 cm schuldig gesprochen und ihm als Zuchtmittel eine Geldzahlung auferlegt. Im Übrigen hat das LG den versuchten Totschlag des Angekl. zum Nachteil des Nebenkl. S und die Tötung des Seyfettin K wiederum wegen Notwehr als gerechtfertigt und den Totschlagsversuch zum Nachteil des Nebenkl. Se wegen Putativnotwehr sowie fehlender Fahrlässigkeit bei der Körperverletzung als straflos angesehen. Die Revisionen der StA und der Nebenkläger S, Se und Masum K blieben ohne Erfolg.

Nach den Feststellungen des LG fand das Tatgeschehen vor dem Hintergrund von Streitigkeiten zwischen Türken und Kurden in der Stadt N. statt. Am Tattag hat der Angekl. (ein Türke), nachdem er von S (einem Kurden) dazu aufgefordert worden war, sein Kraftfahrzeug geparkt und ist ausgestiegen. Er rechnete angesichts einer Auseinandersetzung mit dem Sohn des S, die 2 Tage vorher stattgefunden hatte, mit einer verbalen Auseinandersetzung. Als nach dem Verlassen des Fahrzeugs Se, der Beifahrer von S, auf ihn zukam, rechnete der Angekl. mit einer tätlichen Auseinandersetzung mit Se und erwiderte, nachdem Se ihn ohne erkennbaren Anlass mit der Faust in das Gesicht geschlagen hatte, den Schlag. Gegen den sodann erfolgenden Angriff des S, der mit einem erhobenen Beil auf ihn zurannte, wehrte sich der Angekl. mit einem Warnschuss und einem weiteren Schuss aus der unerlaubt mitgeführten Pistole Beretta 7,65 mm. Unmittelbar danach griff Se in Richtung seines Gürtels, wo der Angekl. "etwas" blinken sah. Der Angekl. glaubte, Se würde zu einer Schusswaffe greifen wollen, und schoss ihm, ohne abzuwarten, ob er tatsächlich eine Waffe ziehen würde, in den Bauch, wobei er ihn lebensgefährlich verletzte. In diesem Augenblick kam aus einem nahegelegenen Lokal der ebenfalls der Volksgruppe der Kurden angehörende Seyfettin K auf den Angekl. zugerannt. Er hielt ein Messer in der vorgestreckten Hand, mit dem er auf dem Weg zum Angekl. den sich ihm in den Weg stellenden A in den Oberschenkel stach. Der Angekl. schoss aus Angst erstochen zu werden aus einer Entfernung von etwas 2 m auf K. Dieser starb unmittelbar an den Folgen des Brustschusses. Schon während des Angriffs des S hatte sich vor dem Lokal eine allgemeine Schlägerei zwischen Türken und Kurden entwickelt.

Aus den Gründen:

Von diesem Sachverhalt hat sich das LG auf Grund einer Beweiswürdigung überzeugt, deren wesentliches Fundament die Befunde der Spurensicherung, das Gutachten des waffentechnischen Sachverständigen und die Aussage eines das Tatgeschehen beobachtenden, unbeteiligten Taxifahrers sind. Sie ist von Rechts wegen nicht zu beanstanden. Danach waren die Schüsse auf den Nebenkl. S und auf Seyfettin K jeweils durch Notwehr gerechtfertigt.

A. Die objektive Notwehrlage

Auch gegen die Beurteilung des Schusses auf den Nebenkl. Se durch das LG bestehen im Ergebnis keine Rechtsbedenken. Das LG hat - anders als das SchwurGer. nach der ersten Hauptverhandlung - nunmehr sogar nicht auszuschließen vermocht, dass der Nebenkl. Se eine Waffe bei sich getragen und versucht hatte, nach dieser zu greifen. Es ist nach Aus-

schöpfung aller verfügbaren Beweismittel und Beweisanzeichen (vgl. BGH NStZ 1983, 453) von diesem Umstand zugunsten des Angekl. ausgegangen (vgl. BGHR StGB § 32 II Angriff 6; BGH NJW 1991, 503, 504; StV 1986, 5) und hat deshalb eine tatsächlich bestehende Notwehrlage angenommen.

B. Zur Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung
Die Reaktion des Angekl. hat das LG sodann zutreffend nicht als erforderliche Verteidigungshandlung gebilligt. Der Senat hat schon in seiner ersten Entscheidung in dieser Sache (NStZ 1997, 402) ausgeführt, dass der schussbereit vor dem Nebenkl. stehende Angekl. in dieser Situation zum sofortigen Einsatz der Schusswaffe (in der vom Angekl. gewählten Weise) nicht berechtigt war, sondern verpflichtet gewesen wäre abzuwarten, ob der Nebenkl. eine Waffe nicht nur aus dem Hosenbund ziehen, sondern auch schussbereit machen und auf den Angekl. in Anschlag bringen würde. Als nach Art und Maß relativ mildestes Gegenmittel im Verhältnis zum lebensgefährlichen Einsatz der Waffe durch Schuss in den Unterleib wären das Androhen eines Schusses, das Abgeben eines weiteren Warnschusses oder ein Schuss in die Beine des Nebenkl. in Betracht gekommen (vgl. BGHR StGB § 32 II Erforderlichkeit 1).

C. Zur Vorstellung des Angekl. - Vorliegen eines Erlaubnistatbestandsirrtums
Zur Überzeugung des LG hatte der Angekl. bei dem Schuss die Vorstellung, es bleibe ihm keine andere Möglichkeit mehr zur Abwehr des auf sein Leben zielenden Angriffs durch Se. Damit war dem Angekl. nicht bewusst, dass ihm weniger gefährliche Abwehrmittel in dieser Situation zur Verfügung standen. Im Verkennen dieses Sachverhalts liegt ein Erlaubnistatbestandsirrtum, der gem. § 16 I 1 StGB die Strafbarkeit wegen vorsätzlichen Handelns entfallen lässt (vgl. BGHSt 45, 378, 384; BGH NStZ 1996, 29, 30; BGHR StGB § 32 II Erforderlichkeit 1).

D. Strafbarkeit des Angekl. wegen einer Fahrlässigkeitstat
Ohne Rechtsfehler hat das LG sodann die nach § 16 I 2 StGB zu prüfende Strafbarkeit des Angekl. wegen einer Fahrlässigkeitstat - in Betracht kommt nur eine fahrlässige Körperverletzung - verneint. Ein Fahrlässigkeitsvorwurf kann dem Angekl. auf der Grundlage der rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des LG nicht gemacht werden, da er sich zwar objektiv sorgfaltswidrig verhalten hat, dies ihm in der konkreten Situation jedoch nicht vorgeworfen werden kann. Dem Angekl. blieb in dem schnell ablaufenden Geschehen und unmittelbar nach der Abwehr des mit einem Beil vorgetragenen Angriffs des S nur kurze Zeit zum Überlegen. Er konnte auf Grund der verwirrenden Situation in Betracht ziehen, dass der ihm gegenüber stehende Se seinen, des Angekl, Schuss auf S gesehen hatte und deshalb seinerseits nicht zögerlich im Einsatz einer Schusswaffe sein würde.

Standort: § 261 StGB — Problem: Annahme eines Verteidigerhonorars

BGH, URTEIL VOM 04.07.2001
2 STR 513/00 (NSTZ 2001, 535)

Problemdarstellung:
In seiner Aufsehen erregenden Entscheidung hatte sich der BGH mit der Strafbarkeit von Strafverteidigers zu befassen, die Honorare entgegengenommen haben, von denen sie wussten, dass sie aus einer Katalogtat nach § 261 I 2 StGB herrühren. Unter Würdigung der in Rechtsprechung und Literatur bisher vertretenen Lösungsansätze macht der BGH relativ unmissverständlich deutlich, dass mögliche Einschränkungen der Berufsfreiheit des Verteidigers oder das Recht des Beschuldigten auf einen Verteidiger seiner Wahl (Art. 6 EMRK, § 137 StPO) nicht dazu zwingen, den Verteidiger von der Strafdrohung des § 261 StGB auszunehmen, wenn dieser dem Wortlaut nach gegeben ist.

Prüfungsrelevanz:
Wegen der aktuellen Diskussion ist die Entscheidung insbesondere für die mündliche Prüfung besonders relevant. Zwar zählen die Einzelheiten des stark umstrittenen Geldwäschetatbestandes überwiegend nicht zum Examensstoff, doch ist zu erwarten, dass neben Kenntnisse zu den Grundlagen des § 261 StGB (vgl. dazu etwa die Übersicht bei Otto, Jura 1993, 329), insbesondere die mit der Problematik der Geldwäsche durch Annahme von Verteidigerhonoraren zusammenhängenden allgemeinen Fragen zum Gegenstand eines Prüfungsgesprächs gemacht werden.

Dabei geht es vor allem um die auch aus dem Bereich des § 258 StGB und der Aussagedelikte geläufigen Fragen, ob sich ein Verteidiger durch berufstypische Verhaltensweisen (sog. professionelle Adäquanz) strafbar machen kann und wo die Grenze zum pflichtwidrigen Verhalten anzusetzen ist. Während die Literatur insoweit vorwiegend mit Kriterien der objektiven Zurechnung arbeitet, vertritt der BGH

grundsätzlich eine subjektive Lehre, die bei entsprechendem Vorsatz des Täters regelmäßig von einer Strafbarkeit ausgeht (vgl. zu den verschiedenen Lösungsmodellen die Nachweise bei OLG Hamburg, NJW 2000, 673 = RA 2000, 158; Katholnigg, NJW 2001, 2041).

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Strafbarkeit der Annahme von "bemakeltem" Honorar: *Hamm*, NJW 2000, 636; *Hetzer*, wistra 2000, 281; *v. Galen*, StV 2000, 575

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Der redselige Zeuge"

❑ *Examenskurs*: "Eine Hand wäscht die andere"

Leitsatz:

Ein Strafverteidiger, der Honorar entgegennimmt, von dem er weiß, dass es aus einer Katalogtat i. S. von § 261 I 2 StGB herrührt, kann sich wegen Geldwäsche strafbar machen.

Sachverhalt:

Die miteinander verheirateten Angekl. sind als Rechtsanwälte in einer von ihnen 1986 gegründeten Sozietät in E tätig. 1994 vertrat die Angekl. SD B und der Angekl. S deren Ehemann HB. Gegen beide Mandanten wurde wegen fortgesetzten gemeinschaftlichen Betrugs im Zusammenhang mit so genannten Letter-Geschäften des E ermittelt. Die Eheleute B waren - zusammen mit weiteren gesondert Verfolgten - Führungsmitglieder des E. Sie vertrieben seit 1992 Broschüren, in denen Geldanlegern für Letter-Käufe sichere Gewinne von mindestens 71% jährlich versprochen wurden, obwohl sie als Verantwortliche des E wussten, dass die dafür erforderlichen Renditen nicht zu erzielen und die versprochenen Gewinnauszahlungen nur im Rahmen eines betrügerischen Schneeballsystems durch Einzahlungen neuer Letter-Käufer möglich waren. Der E erlangte dadurch - bis zum Zusammenbruch des Systems Anfang 1995 - insgesamt knapp zwei Milliarden DM, von denen an die Anleger nur etwa 1,5 Milliarden DM zurückflossen. Im Rahmen ihrer Tätigkeit als Wahlverteidiger nahm jeder der Angekl. im Dezember 1994 Bargeld in Höhe von 200 000 DM als Honorarvorschuss entgegen. Nach den Feststellungen des LG wussten und billigten die Angekl. bei der Annahme der Beträge, dass es sich dabei um Geld aus den Letter-Geschäften des E handelte, dessen System den Angekl. bekannt war. Sie wussten auch, dass sich die Verantwortlichen des E seit Jahren zusammengeschlossen hatten, um durch die auf unbestimmte Zeit angelegten Letter-Verkäufe eine ständige Einnahmequelle zu erzielen. Auf diesen Feststellungen beruht der Schuldspruch. Anfang 1995 beantragten die Angekl. beim AG Frankfurt a. M. jeweils die Freigabe einer Kaution in Höhe von je 500 000 DM. Sie hatten die Kautionen im September 1994 im Rahmen der Haftverschonung im eigenen Namen für die Mandanten B in Form von Bargeld bei Gericht hinterlegt. Das Bargeld stammte aus den Geschäften des E, was den Angekl. bekannt war. Vor der Freigabe und Auszahlung des Geldes hatten sich diese die Ansprüche auf Rückzahlung der hinterlegten Beträge "zur Sicherung (ihrer) Honoraransprüche" abtreten lassen. Insoweit hat das LG die Angekl. aus Rechtsgründen freigesprochen.

Das LG hat die Angekl. wegen Geldwäsche jeweils zu einer Freiheitsstrafe von neun Monaten verurteilt, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde, und sie im Übrigen freigesprochen. Gegen dieses Urteil richteten sich die auf Verfahrensrügen und die Sachrüge gestützten Revisionen der Angekl., mit denen insbesondere die Anwendung des Geldwäschetatbestands auf die Annahme von Honoraren durch Strafverteidiger beanstandet wird. Die zum Nachteil der Angekl. eingelegte Revision der StA, die vom Generalbundesanwalt vertreten wird, wendete sich gegen die Rechtsfolgenaussprüche und die Freisprüche. Die Revisionen der Angekl. hatten keinen Erfolg. Die Revision der StA hatte hinsichtlich der Freisprüche der Angekl. Erfolg und führte insoweit zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

A. Die Revisionen der Angekl.

Die Verurteilung wegen vorsätzlich begangener Geldwäsche nach § 261 II Nr. 1 StGB begegnet keinen Bedenken. Die Verfahrensrügen greifen aus den in der Antragsschrift des Generalbundesanwalts ausgeführten Gründen nicht durch. Auch die Sachrüge ist nicht begründet.

I. Zu den Feststellungen des LG

Das LG hat rechtsfehlerfrei festgestellt, dass die den Angekl. am 8. 12. 1994 und 23. 12. 1994 jeweils als Honorarvorschuss übergebenen Geldbeträge von ihren Mandanten aus gewerbsmäßig und bandenmäßig betriebenen Anlagebetrügereien erlangt waren und die Angekl. dies wussten. [...]

II. Zu möglichen Einschränkungen des Tatbestandes

1. Die in Rechtsprechung und Literatur bisher vertretenen Ansichten

Die Annahme bemakelten Geldes als Strafverteidigerhonorar in Kenntnis seiner Herkunft unterfällt § 261 II Nr. 1 StGB. Die Revisionen vertreten die

Auffassung, dass ein Verteidiger sich durch Annahme von Honorargeldern, die aus einer Katalogtat i. S. von § 261 I 2 StGB herrühren, grundsätzlich nicht strafbar macht. Für diese Ansicht können sie sich auf Teile der Literatur und der Rechtsprechung stützen, die eine Einschränkung des Anwendungsbereichs der Vorschrift insbesondere wegen der Auswirkungen auf das Institut der Wahlverteidigung und auf das Verteidigungsverhältnis für erforderlich halten. (Übersicht über den Meinungsstand m. jew. Nachw. Tröndle/Fischer, StGB, 50. Aufl., § 261 Rdnrn. 31 f.). Dabei werden verschiedene Lösungsmodelle diskutiert. So wird eine restriktive Auslegung unter Heranziehung des Gesichtspunkts der Sozialadäquanz (Bottermann, Untersuchungen zu den grundlegenden Problematiken des Geldwäschetatbestands auch in seinen Bezügen zum Geldwäschegesetz 1995, S. 67 f. in. w. Nachw.; Salditt, StraFO 1992, 121 f.; Rengier, StrafR BT, 4. Aufl., S. 295; abl. Barton, StV 1993, 156 [159]) gefordert, eine verfassungskonforme Auslegung (OLG Hamburg, NJW 2000, 673 m. w. - Differenzierungen; zu den Bedenken gegen die verfassungskonforme Auslegung in diesem Fäll vgl. Reichert, NStZ 2000, 316; s. auch Otto, JZ 2001, 436) oder teleologische Reduktion (Barton, StV 1993, 156; Salditt, StraFO 1992, 121 [132]; teilweise wird auch eine Einschränkung nur für den subjektiven Tatbestand gefordert) des Tatbestands vertreten oder die Annahme eines Rechtfertigungsgrunds (Bernsmann, StV 2000, 40; zust. Lüderssen, StV 2000, 205 [207]; auch Hamm, NJW 2000, 636; abl. Hefendehl, in: Festschr. f. Roxin, S. 145 [154 f.]) vorgeschlagen, wobei überwiegend gefordert wird, dass eine Strafbarkeit des Verteidigers auch dann auszuscheiden habe, wenn dieser positive Kenntnis von der Herkunft der Gelder aus Katalogtaten habe.

2. Die Ansicht der Revision

Demgegenüber halten die Revisionen eine so weit gehende Einschränkung für nicht gerechtfertigt. Der besonderen Situation des Strafverteidigers müsse aber dadurch Rechnung getragen werden, dass er die vom Mandanten abgegebene Schilderung zu der diesem vorgeworfenen Katalogtat "so lange als wahr behandeln (dürfe), als sie nicht vom Mandanten selbst als unwahr bezeichnet oder durch rechtskräftiges Urteil widerlegt ist". Dem folgt der *Senat* nicht.

3. Die Ansicht des Senats

a) Zur Auslegung des § 261 II StGB

Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 261 II StGB sind weder Strafverteidiger als Täter noch Strafverteidigerhonorare als Objekte des Geldwäschetatbestands ausgenommen. Der mit dem Gesetz verfolgte Zweck einer weit gehenden Isolierung des Straftäters gestattet eine Ausnahmeregelung für Strafverteidiger nicht. Die Gesetzgebungsgeschichte spricht - wie im Übrigen auch von den Befürwortern einer Straffreiheit überwiegend eingeräumt wird - gegen eine solche Ausnahme. [Wird ausgeführt]

b) Kein Verstoß gegen höherrangiges Recht

Die Strafbarkeit der Annahme von Verteidigerhonorar in Kenntnis seiner bemakelten Herkunft verstößt nicht gegen höherrangiges Recht oder Art. 6 EMRK.

aa) Kein Verstoß gegen Art. 12 I GG

Das durch Art. 12 I GG geschützte Recht des Rechtsanwalts, sich anwaltlich auf dem Gebiet der Strafverteidigung zu betätigen, ist nicht berührt. Bei einer Regelung, die die Berufsausübung nur mittelbar beeinträchtigt, ist ein Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit nur dann gegeben, wenn die Bestimmung in einem engen Zusammenhang mit der Ausübung des Berufs steht und objektiv eine berufsregelnde Tendenz deutlich erkennen lässt (BVerfGE 70, 191 [214]). Das ist hier nicht der Fall (Hefendehl, S. 145 [165]; Burger/Peglau, wistra 2000, 161 [162]; anders Müther, Jura 2001, 318 [320 f.]). Zudem liegt hier ein Eingriff schon deshalb nicht vor, weil es dem Berufsbild eines Strafverteidigers nicht entspricht, Honorar entgegenzunehmen, von dem er weiß, dass es aus schwer wiegenden Straftaten herrührt. Dies folgt aus der Stellung des Verteidigers als Organ der Rechtspflege (§ 1 BRAO) und ist für die Strafbarkeit nach §§ 257, 259 StGB auch nicht in Frage gestellt worden. Für § 261 StGB, der die Strafbarkeit einerseits ausdehnt, weil damit auch Ersatzhehlerei und im weiteren Maße Ersatzbegünstigung erfasst werden, andererseits auf bestimmte Vortaten begrenzt, kann keine andere Beurteilung gelten. Denn jedenfalls ist auch hier Voraussetzung, dass eine eindeutig nachweisbare Verbindung zwischen der Honorarzahlung und der Herkunft der dafür verwendeten Mittel aus einer Katalogtat besteht. Dass dies von Standesvertretern der Rechtsanwälte nicht anders gesehen wird, ergibt sich etwa aus dem auf der 172. Tagung des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer im Juni 1999 gefassten Beschluss, nach dem es dem Selbstverständnis des Berufs nicht entspricht, Fälle aus der Strafbarkeit herauszunehmen, in denen ein Verteidiger wissentlich Gelder aus Katalogtaten als Honorar entgegennimmt.

Damit kann auch der Einwand, mit der Erfassung der bemakelten Strafverteidigerhonorare als Geldwäsche werde den Rechtsanwälten letztlich die Möglichkeit der Wahlverteidigung bei Katalogtaten genommen und ihnen hierdurch die wirtschaftliche Basis ihres Berufs beschnitten, nicht durchgreifen. Aus einer

möglicherweise unzulänglichen Honorierung der Pflichtverteidigung kann ein Recht des Verteidigers auf Honorierung aus illegalen Mitteln nicht abgeleitet werden. § 261 StGB stellt im Übrigen nicht auf eine Strafverteidigung wegen einer Katalogtat ab, sondern auf die Herkunft der zur Honorierung verwendeten Gegenstände aus einer solchen Tat. Das Verbot, als Entgelt für eine Dienstleistung Mittel anzunehmen, die aus einer Katalogtat des Mandanten oder eines Dritten herrühren, gilt allgemein und ist nicht auf die Verteidigung gegen den Vorwurf einer Katalogtat beschränkt; es trifft daher den Strafverteidiger nicht anders als Angehörige anderer Berufe. Schließlich besteht bei vielen Katalogtaten auch keineswegs die Gefahr, sich durch die Annahme des Honorars der Geldwäsche schuldig zu machen - man denke etwa an Tatbestände wie Totschlag/Mord (Ausnahme: Mord aus Habgier), Vergewaltigung, schwere Körperverletzung, die als "Verbrechen" (§ 261 I 2 Nr. 1 StGB) zwar taugliche Vortaten sein können, aber die Erzielung von geldwäschetauglichen Vermögensvorteilen nicht voraussetzen.

Eine vermehrte Anordnung von Pflichtverteidigungen würde auch nicht - wie ebenfalls eingewandt wird (OLG Hamburg, NJW 2000, 673 [679]; Müther, Jura 2001, 318 [321]) - die Freiheit der Advokatur bedrohen. Denn die damit verbundenen staatlichen Eingriffsmöglichkeiten in die Tätigkeit eines bestellten Verteidigers sind gering. Wäre es im Übrigen tatsächlich so, dass die wirtschaftliche Existenz der Strafverteidiger weit gehend davon abhinge, auch inkriminierte Honorargelder anzunehmen, wäre die Unabhängigkeit der Anwaltschaft schon heute aus einer ganz anderen Richtung, nämlich durch ihre wirtschaftliche Abhängigkeit vom organisierten Verbrechen gefährdet.

bb) Kein Verstoß gegen Art. 6 EMRK, § 137 StPO

Ebenso wie für den Verteidiger kein Recht auf Honorierung mit bemakelten Geldern besteht, gibt es auch für den Beschuldigten kein Recht auf Wahlverteidigung unter Einsatz illegal erworbener Mittel. Zwar steht jedem Beschuldigten das Recht zu, sich des Beistands eines Verteidigers oder mehrerer Verteidiger seiner Wahl zu bedienen. Dieses durch § 137 StPO, das Rechtsstaatsprinzip nach Art. 2, 20 III GG und Art. 6 III lit. c EMRK verbürgte Recht setzt aber voraus, dass der Mandant das Honorar für einen oder mehrere Wahlverteidiger aufbringen kann. Verfügt er nicht über ausreichende Mittel, hat er den Anspruch auf Pflichtverteidigung. Ein Beschuldigter, der lediglich über bemakelte Vermögenswerte verfügt, ist einem mittellosen Beschuldigten gleichzustellen (Schaefer/Wittig, NJW 2000, 1387; Reichert, NStZ 2000, 316; Burger/Peglau, wistra 2000, 161 [164]; Grüner/Wasserburg, GA 2000, 430). Damit sind seine Rechte ausreichend gewahrt. Die Pflichtverteidigung ist keine Verteidigung minderer Güte (so aber Barton, StV 1993, 156 [158]: Rechtsschutz 2. Klasse; Lüderssen, StV 2000, 205 [207], der darin eine zusätzliche Bestrafung des Mandanten durch Minderung seiner Verfahrensrechte sieht). Da dem Wunsch des Beschuldigten auf Beiordnung eines Anwalts seines Vertrauens weit gehend zu entsprechen ist (§ 142 I 2, 3 StPO), sind die Voraussetzungen für ein Vertrauensverhältnis zwischen Verteidiger und Mandanten wie bei einer Wahlverteidigung gegeben.

cc) Keine unzulässige Beeinträchtigung des Vertrauensverhältnisses zwischen Mandant und Verteidiger

Dann ist aber auch nicht zu erkennen, dass das verfassungsrechtlich geschätzte Vertrauensverhältnis zwischen Mandanten und Strafverteidiger dadurch ausgehöhlt würde, dass der Verteidiger bei wahrheitsgemäßer Angabe des Mandanten über die Herkunft seiner Honorarzahlung die Fortführung als Wahlmandat ablehnen könnte (so aber Barton, StV 1993, 156 [162]; OLG Hamburg, NJW 2000, 673 [676]). Dass ein Verteidiger ein Mandat auch aus wirtschaftlichen Gründen ablehnen kann, folgt aus der Vertragsfreiheit (dazu auch Grüner/Wasserburg, GA 2000,430 [436]).

Die Gefahr, dass ein Wechsel von der Wahlverteidigung zur Pflichtverteidigung eine "Signalwirkung" hätte (so OLG Hamburg, NJW 2000, 673 [676]; Hamm, NJW 2000, 636) ein vermögender Beschuldigter damit gleichsam zur Selbstbelastung genötigt werde, erscheint angesichts der Häufigkeit der Pflichtverteidigung in Fällen schwerer Kriminalität, die unabhängig von den wirtschaftlichen Verhältnissen etwa auch dann anzuordnen ist, wenn sich der Beschuldigte selbst nicht um einen Verteidiger bemüht, fernliegend. Wollte man daraus, dass ein Pflichtverteidiger für den Beschuldigten auftritt, Schlüsse auf dessen Schuld ziehen, wäre auch das Vorliegen einer Wahlverteidigung bei einem Beschuldigten, der über keine erkennbaren legalen Geldquellen verfügt, als belastend anzusehen. Der Umstand allein, ob ein Pflicht- oder ein Wahlverteidiger auftritt, erlaubt keine tragfähigen Schlussfolgerungen.

Für fern liegend hält der Senat die ebenfalls beschworene Gefahr (OLG Hamburg, NJW 2000, 673 [676]), dass der Verteidiger geneigt sein könnte, möglichst wenig von seinem Mandanten zu erfahren, um nicht ihm angebotene Honorare zurückweisen zu müssen, und er deshalb an einer effektiven Verteidigung gehindert sein kann. Ein solches Verhalten würde voraussetzen, dass er mit der illegalen Herkunft des Honorars rechnet, und widerspräche ersichtlich dem Selbstverständnis des

Berufs. Dies gilt auch für den Einwand, ein Vertrauensverhältnis zwischen Verteidiger und Mandanten könne sich nicht entwickeln, wenn Letzterer Belastungszeuge im Verfahren gegen den Verteidiger werden kann (Bernsmann, StV 2000, 40 [41]). Wenn der Verteidiger damit rechnet, dass die Honorarzahlung aus unsauberen Quellen kommt, hat er es in der Hand, durch einen Beiordnungsantrag die denkbare Konfliktsituation zu beseitigen.

Dabei kann es allerdings nicht darauf ankommen, ob der Verteidiger diese Kenntnis durch ein ihm gegenüber abgelegtes Geständnis oder aus anderen Umständen erlangt hat. Das Wissen von der Herkunft aus Straftaten kann sich aus einer Vielzahl von Indizien ergeben; Beweisregeln für oder gegen eine solche Kenntnis bestehen nicht. Entgegen der Auffassung der Revisionen folgt auch nicht etwa aus der als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips verfassungsrechtlich garantierten und in Art. 6 II EMRK konstituierten Unschuldsvermutung, die für den beschuldigten Mandanten gegenüber dem Staat bis zum Nachweis seiner Schuld streitet, dass der Verteidiger solange von der Unschuld seines Mandanten überzeugt sein darf oder gar muss, bis der Beschuldigte ihm gegenüber gestanden hat. Der Verteidiger ist im Strafprozess verpflichtet, alles zu tun, was dem Mandanten in gesetzlich nicht zu beanstandender Weise nützt. Er ist daher berechtigt, unter Umständen auch wider besseres Wissen mit prozessual zulässigen Mitteln auf Freispruch seines Mandanten hinzuwirken. Eine Unschuldsvermutung des Inhalts, dass die prozessuale Vermutung zu Gunsten des Beschuldigten unmittelbar materiell zu Gunsten seines Verteidigers wirkt, gibt es weder für § 261 II StGB noch für §§ 257, 259 StGB (Tröndle/Fischer, § 261 Rdnr. 34).

dd) Zur Relevanz möglicher Ermittlungsmaßnahmen gegen den Verteidiger

Nicht von der Hand zu weisen ist, dass das Verteidigungsverhältnis gestört sein kann, wenn gegen den Verteidiger - während des gegen seinen Mandanten geführten Verfahrens - wegen des Verdachts, Honorargelder in Kenntnis ihrer inkriminierten Herkunft angenommen zu haben, ermittelt wird und gegen ihn strafprozessuale Maßnahmen ergriffen werden (OLG Hamburg, NJW 2000, 673 [677]; Grünerl/Wasserburg, GA 2000, 430 [441]). Auch insoweit ist jedoch eine Einschränkung der Strafbarkeit nicht geboten. Derartige Maßnahmen sind auch einem Verteidiger, der - im Ergebnis - fälschlich in Verdacht geraten ist, zuzumuten. Denn sie sind nur auf Grund eines bestehenden Anfangsverdachts zulässig. Dieser ist an bestimmte rechtliche Voraussetzungen gebunden und kann nicht allein aus der Tatsache hergeleitet werden, dass der Mandant einen Wahlverteidiger hat (vgl. oben). Dem folgt auch die Praxis. Dies zeigt sich daran, dass auch die mögliche Strafbarkeit der Honorarannahme nach § 259 StGB, gegebenenfalls auch nach §§ 257 und 258 StGB, nicht zu einer nennenswerten Anzahl von Ermittlungsverfahren gegen Verteidiger geführt hat. Eine generelle und tief greifende Beeinträchtigung des Verteidigungsverhältnisses ist deshalb nicht zu erwarten. Der Verteidiger, der - wie hier - positive Kenntnis von der unrechtmäßigen Herkunft des Honorargeldes besitzt, hat es ohnehin in der Hand, durch einen Beiordnungsantrag jeglichen Anfangsverdacht auszuräumen. Eine Ermittlungsimmunität für das laufende Verfahren, wie sie teilweise gefordert wird (Grüner/Wasserburg, GA 2000, 430 [443 f.1), kommt daher nicht in Betracht. Sie könnte dazu führen, dass wichtige Ermittlungsansätze verloren, Sicherstellungen nach § 111 b StPO ins Leere gehen und der der Geldwäsche beschuldigte Verteidiger aus Eigeninteresse an einer möglichst langen Verfahrensdauer geneigt sein könnte, das Verfahren zu verzögern. Ermittlungen gegen der Geldwäsche verdächtige Rechtsanwälte würden auf Dauer erschwert oder unmöglich, wenn ein entsprechender Anfangsverdacht im Hinblick auf eine Mehrzahl sich überschneidender und einander nachfolgender Mandatsverhältnisse bestünde. Der Täter hätte es dann in der Hand, Umfang und Zeitpunkt der gegen ihn zu fahrenden Ermittlungsmaßnahmen selbst zu steuern. [...]

B. Die Revision der StA:

Das Rechtsmittel hat Erfolg, soweit es sich dagegen wendet, dass die Angekl. im Zusammenhang mit den Vorgängen der Kautionszahlungen freigesprochen worden sind, im Übrigen ist es unbegründet i. S. von § 349 II StPO.

Das LG hat die Inempfangnahme der freigegebenen Kautionen im Frühjahr 1995 nicht als strafbare Geldwäsche angesehen. Dies hält sachlich-rechtlicher Prüfung nicht stand. [...]

Das LG hat zwar im Ergebnis zutreffend eine Strafbarkeit nach § 261 II Nr. 1 StGB verneint, aber es - rechtsfehlerhaft - unterlassen, die Voraussetzungen des § 261 I StGB zu prüfen.

I. Zur Geldwäsche an Ersatzgegenständen gem. § 261 II StGB

Das LG ist der Auffassung, dass eine Strafbarkeit nach § 261 II Nr. 1 StGB für die Inempfangnahme der Kautionsbeträge deshalb ausscheide, weil es sich bei den Kautionen nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise nicht mehr um die Vermögensvorteile gehandelt habe, die an die Stelle der Betrugsbeute getreten waren. Damit hat das LG allerdings schon den Begriff des Herrührens verkannt,

der nach der gesetzgeberischen Intention bewusst weit auszulegen ist und mit dem gerade auch eine Kette von Verwertungshandlungen erfasst werden soll, bei der der ursprüngliche Gegenstand unter Beibehaltung seines Werts durch einen anderen ersetzt wird. Dies war hier bei der Hinterlegung der Kautionen mit Geldern, die aus den Betrugstaten erlangt waren, der Fall. Begrenzt wird die Kette der Verwertungshandlungen jedoch zum Schutz des Rechtsverkehrs durch § 261 VI StGB. Diese Vorschrift führt zur Straflosigkeit weiterer Verschaffungshandlungen i. S. von § 261 II StGB, wenn zuvor ein Dritter den aus einer Katalogtat herrührenden Gegenstand erlangt hat, ohne hierdurch eine Straftat zu begehen. Eine solche Unterbrechung der Kette nach § 261 VI StGB war hier eingetreten. Durch den zwischenzeitlichen Erwerb hatte die Hinterlegungsstelle nach § 7 HinterlO Eigentum an den Geldscheinen erlangt, so dass im Ergebnis eine strafbare Geldwäsche nach § 261 Il StGB nicht in Betracht kommt.

II. Zur Geldwäsche an Ersatzgegenständen nach § 261 I StGB

Die Revision weist jedoch zu Recht darauf hin, dass § 261 VI StGB nicht eingreift, wenn eine Tathandlung nach § 261 I StGB gegeben ist. Bei gleichzeitiger Tatbestandserfüllung von § 261 I und II StGB kommt - bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 261 VI StGB - § 261 II StGB nicht etwa eine Sperrwirkung zu (anders für den Fall des Gefährdens oder Vereitelns des Auffindens: Maiwald, in: Festschr. für Hirsch, S. 631 [642 f.]). Auch wenn nicht selten durch eine Handlung beide Tatbestände objektiv erfüllt sein werden, erfordert die innere Tatseite der Tathandlungen des § 261 I StGB ein Mehr gegenüber dem bloßen Verschaffen i. S. von § 261 II StGB (Ruß, in: LK-STGB, 11. Aufl., § 261 Rdnrn. 12 f., 26). Der Anwendungsbereich beider Vorschriften ist daher nicht deckungsgleich (vgl. auch BT-DR 12/ 989, S. 27; 12/3533, S. 13: Abs. 2 kommt auch die Funktion eines Auffangtatbestands gegenüber Abs. 1 zu, sofern ein Vereitelungs- oder Gefährdungsvorsatz nicht nachweisbar ist oder ein Verbergen oder Verschleiern nicht vorliegt).

In Betracht kommt hier die Gefährdung oder Vereitelung der Sicherstellung. Die von den Mandanten aus den Betrugstaten erlangten Geldscheine unterlagen zwar nach § 73 I 2 StGB nicht dem Verfall, wohl aber der Sicherstellung nach § 111 b I, II und V StPO. Da die Sicherstellung auch Surrogate nach § 73 II StGB und Wertersatz nach § 73 a StGB erfassen kann, entfiel diese Möglichkeit auch nicht durch die zwischenzeitlichen im Namen der Angekl. erfolgten Hinterlegungen. Mit den Auszahlungen an die Angekl. in Verbindung mit den zur Sicherung der Honorarforderungen erfolgten “Abtretungen" (s. unten) war die Sicherstellung zumindest gefährdet. Ob die Angekl. dies in ihren Vorsatz aufgenommen hatten, lässt sich den Feststellungen nicht entnehmen. Die Sache bedarf im Hinblick auf die subjektiven Voraussetzungen - Gefährdungs- oder Vereitelungsvorsatz - weiterer tatrichterlicher Prüfung. Der Freispruch kann danach keinen Bestand haben. [...]

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht **Problem: Gefahrenprognose**

VGH MÜNCHEN, URTEIL VOM 20.03.2001
24 B 99.2709 (BAYVBL 2001, 529)

Problemdarstellung:

Der VGH München hatte die Rechtmäßigkeit eines Betretungsverbots für den Englischen Garten in München zu überprüfen, das die Polizei gegenüber einem potenziellen Drogendealer ausgesprochen hatte. Dabei kam es vor allem auf die Anforderungen an die Gefahrenprognose an. Ferner war auf deren Geeignetheit einzugehen, weil sich der Betroffene dahingehend eingelassen hatte, der Betäubungsmittelhandel könne auf diese Weise ohnehin nicht unterbunden werden.

Prüfungsrelevanz:

Zur Bekämpfung der Drogenszene gehen die Polizei- und Ordnungsbehörden immer mehr dazu über, eischlägig bekannte Personen mit Platzverweisen und Aufenthaltsverboten zu belegen. Diese können sich - wie hier - auf einen Tag beschränken, u.U. aber auch auf mehrere Monate erstrecken, wenn man eine dauerhafte Zerschlagung oder zumindest Verlagerung der Drogenszene erreichen will. Die Möglichkeit eines dauerhaften Aufenthaltsverbots ist auch vom VGH im vorliegenden Urteil angesprochen worden. Die RA hat über die hiermit zusammenhängenden Probleme bereits berichtet (RA 1999, 419).

Besonders prüfungsrelevant ist der Fall, weil es sich um eine Aufgabe aus dem Polizei- und Ordnungsrecht handelt, dessen Grundstrukturen (hier: Anwendung einer sogen. Standardmaßnahme statt der Generalklausel, Gefahrbegriff und -zeipunkt, Verhältnismäßigkeitsprüfung) abgeprüft werden können. Zudem lässt sich der Platzverweis hervorragend mit prozessualen Problemen verbinden, da seine Befolgung durch den Betroffenen zur Erledigung der Maßnahme führt, was wiederum die Frage nach sich zieht, ob hiergegen analog § 113 I 4 VwGO mit der Fortsetzungsfeststellungsklage oder mit der Feststellungsklage nach § 43 VwGO vorzugehen ist. Auf den hierüber nach einer Entscheidung des BVerwG (NVwZ 2000, 63) neu entbrannten Streit, dessen Prüfungsrelevanz nicht überschätzt werden kann, hat die RA (1999, 592) ebenfalls bereits ausführlich hingewiesen.

Vertiefungshinweise:

- ❑ Zum Aufenthaltsverbot für Drogendealer: *OVG Bremen*, NVwZ 1999, 314; *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 1998, 428; *Hecker*, NVwZ 1999, 261; *Deger*, VBlBW 1996, 90; *Götz*, NVwZ 1998, 679
- ❑ Zur Klageart bei Erledigung des VA vor Klageerhebung: *BVerwG*, NVwZ 2000, 63; *Schenke*, NVwZ 2000, 1255; *Rozek*, JuS 1995, 414

Sachverhalt:

Der Kläger (Kl.) wollte am 9.7.1997 den Englischen Garten in München betreten. Hierbei wurde er von einem Polizeibeamten kontrolliert. Die Feststellung seiner Personalien ergab, dass im Informationssystem der bayerischen Polizei drei Einträge über ihn wegen des Handelns mit Kokain und Heroin vorlagen. Da bestimmte Teile des Englischen Gartens nach den Erfahrungen der Polizei häufig zum Verkauf von Drogen genutzt werden, verbot der Polizeibeamte dem Kl. das Betreten "des Englischen Gartens" für den 9.7.1997. Es sei davon auszugehen, dass er dort mit Drogen handeln wolle. Die für den Englischen Garten bestehende Allgemeinverfügung der Stadt München vom 19.4.1994 verbiete jedoch das Betreten desselben zu diesem Zweck. Hiergegen wehrte sich der Kl. mit der Behauptung, er habe überhaupt keine Drogen bei sich, könne folglich auch nicht mit solchen handeln. Auch seien Cannabisprodukte ohnehin keine Drogen. Selbst wenn er mit Drogen handeln wolle, könne er dies noch an zahllosen anderen Orten tun; ein Betretungsverbot für den Englischen Garten sei daher auch völlig ungeeignet, ihn hieran zu hindern.

Ist das Betretungsverbot rechtmäßig?

Lösung:

Das Betretungsverbot ist rechtmäßig, wenn es auf

einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage beruht, die formell und materiell ordnungsgemäß angewendet worden ist.

A. Ermächtigungsgrundlage

Als Ermächtigungsgrundlage kommt Art. 16 I BayPAG (im Folgenden: PAG) in Betracht:

"Nach Art. 16 S. 1 PAG kann die Polizei zur Abwehr einer Gefahr eine Person vorübergehend von einem Ort verweisen oder ihr vorübergehend das Betreten eines Ortes verbieten. Art. 16 S. 1 PAG ist auf den vorliegenden Fall anwendbar, auch wenn er nicht zu den typischen Anwendungsbereichen der Vorschrift gehört (vgl. dazu die Beispiele bei Schmidbauer/Steiner/Roese, Bayerisches Polizeiaufgabengesetz, 1999, Anm. 6, 12, 17, 18, 23 und 35 zu Art. 16). Die Verweisung vom Platz ist im weitesten Rahmen der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung zulässig (Berner/Köhler, PAG, 16. Aufl., Anm. 1 zu Art. 16). Der Gesetzgeber hat die Platzverweisung nur an die Voraussetzung der Erforderlichkeit zur Abwehr einer vorübergehenden Gefahr geknüpft. Mit der flexiblen Fassung der Vorschrift trägt der Gesetzgeber der notwendigen Anwendungsbreite einer Platzverweisung Rechnung, wobei die tatbestandliche Weite durch die zeitliche Befristung kompensiert wird."

[Anm.: Ermächtigungsgrundlagen für Platzverweise und Betretungsverbote gibt es in den Polizeigesetzen aller Bundesländer, vgl. §§ 29 BerlASOG, 14 BremPolG, 12a HambSOG, 52 SOGMV, 17 NdsGefAG, 34 NWPolG, 13 RhPfPOG, 12 SPolG, 31 HSOG, 21 SächsPolG, 36 SOGLSA, 201 SchlHLVwG, 18 ThürPAG, 19 BbgVGPolG.]

B. Formelle Rechtmäßigkeit

In formeller Hinsicht müsste die zuständige Behörde nach ordnungsgemäßem Verfahren in der vorgeschriebenen Form gehandelt haben.

I. Zuständigkeit

Die Zuständigkeit der Polizei nach Art. 2, 3 PAG zur Abwehr der vom Drogenhandel ausgehenden Gefahren für die Gesundheit und die Rechtsordnung ist gegeben.

II. Verfahren

Vor Erlass eines belastenden Verwaltungsakts - hier des Platzverweises - schreibt Art. 28 I BayVwVfG die Anhörung des Betroffenen vor. Vorliegend hat der Polizist das Betretungsverbot nach vorheriger Kontrolle des Kl. mündlich ausgesprochen. Der Kl. hat in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass er nicht mit Drogen zu handeln beabsichtige, solche nicht bei sich trage und Cannabisprodukte ohnehin keine Drogen seien. Mithin hatte er Gelegenheit zur Stellungnahme.

III. Form

1. Art. 37 II BayVwVfG

"Eine bestimmte Form für die Platzverweisung schreibt das Gesetz nicht vor. Sie kann durch Zeichen oder auch - wie hier - mündlich angeordnet werden. Eine förmliche Begründung war nach Art. 39 Abs. 2 Nr. 2 BayVwVfG nicht erforderlich, da dem Kläger der Grund für die Maßnahme auf Grund der Auseinandersetzung zwischen ihm und den Polizeibeamten bekannt war."

2. Art. 37 I BayVwVfG

Fraglich ist jedoch, ob die Bezeichnung der örtlichen Reichweite des Verbots ("Englischer Garten") den Anforderungen des Art. 37 I BayVwVfG an die Bestimmtheit der Anordnung genügt. Der VGH bejaht dies:

"Maßgebend sind gerade bei mündlichen polizeilichen Anordnungen, die ohne Verzug an Ort und Stelle getroffen werden müssen, die konkreten Umstände des Einzelfalles. Die Bestimmung des Ortes kann je nach Sachlage auch konkludent erfolgen. An eine mündliche Platzverweisung nach Art. 16 Satz 1 PAG dürfen dabei keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden. Es kommt vor allem darauf an, wie der Betroffene die Maßnahme verstehen muss (Schmidbauer/Steiner/Roese, a.a.O., Anm. 13 zu Art. 16). Für den Kl. als Adressaten der Anordnung war hinreichend deutlich, was von ihm verlangt wurde. Die Maßnahme bezog sich auf den Bereich des Englischen Gartens, in dem sich die Treffpunkte der Drogenszene befinden. Das ist vor allem der Bereich an der Veterinärklinik und um den Monopteros. Da der Kläger selbst dem Kreis der Drogenkonsumenten bzw. -händler angehört, gab es insoweit auch am 9.7.1997 keinen Anlass für ein Missverständnis."

C. Materielle Rechtmäßigkeit

Das Betretungsverbot war materiell rechtmäßig, wenn der Tatbestand der Ermächtigungsgrundlage erfüllt und die richtige Rechtsfolge gewählt worden ist.

I. Tatbestand der Ermächtigungsgrundlage
"Die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 16 Satz 1, 2. Alt. PAG (Betretungsverbot) liegen vor."

1. Schutzgut der öffentlichen Sicherheit betroffen
Bezugspunkt der nach Art. 16 S. 1 PAG abzuwehrenden "Gefahr" ist die öffentliche Sicherheit. Darunter sind der Staat mit seinen Einrichtungen und Veranstaltungen, das gesamte geschriebene Recht sowie die Rechtsgüter des Einzelnen zu verstehen. Der VGH bejaht die Betroffenheit der öffentlichen Sicherheit über das Element des geschriebenen Rechts: "Es drohte ein Verstoß gegen Strafvorschriften des Betäubungsmittelgesetzes und gegen die Allgemeinverfügung der Landeshauptstadt München vom 19.4. 1994 (Amtsblatt 12/1994 S. 90), nach der es Personen verboten ist, den Bereich des Englischen Gartens zum Zwecke von Abgabe, Erwerb, Konsum, Lagerung oder Besitz von Betäubungsmitteln im Sinne des § 1 BtmG mit Anlagen zu betreten."
Darüber hinaus käme der Schutz der Gesundheit potentieller Konsumenten sowie eine Störung der Nutzung des Englischen Gartens als staatliche Einrichtung in Betracht, da der Drogenverkauf nicht vom Widmungszweck der Anlage gedeckt ist.

2. Gefahr
Unter einer "Gefahr" ist die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts aus objektiver ex-ante-Perspektive, also aus der Sicht eines verständigen Dritten an Stelle des handelnden Beamten zu verstehen. Diese könnte hier zweifelhaft sein, da der Kl. nicht im Besitz von Drogen war. Der VGH bejaht gleichwohl das Vorliegen einer Gefahr:

a. Einträge im polizeilichen Informationssystem
"Der Verdacht der Polizei gründete sich auf die Tatsache, dass im Informationssystem der bayerischen Polizei drei Einträge über den Kläger vorhanden waren, die darauf hindeuteten, dass er mit Heroin und Kokain handelte. Für die Gefahrenprognose spielt keine Rolle, ob der Kläger in allen registrierten Verdachtsfällen später auch tatsächlich strafrechtlich verurteilt wurde. Denn die von der Polizei anzustellende Gefahrenprognose ist auf der Grundlage der im Zeitpunkt der polizeilichen Entscheidung zur Verfügung stehenden Erkenntnismöglichkeiten zu treffen (BayVGH vom 22.2.2001, Az. 24 B 99.3318; Berner/Köhler, a.a.O., Anm. 10 zu Art. 2 m.w.N.). Lediglich ergänzend wird darauf hingewiesen, dass die Gefahrenprognose der Polizei zutreffend war, wie sich nachträglich (im Zeitpunkt der Personenkontrolle war diese Verurteilung offenbar den Polizeibeamten nicht bekannt) herausstellte: Der Kläger wurde mit Urteil des Amtsgerichts München vom 27.3.1997 wegen unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln zu einer Geldstrafe von fünf Tagessätzen zu je 20 DM verurteilt."

b. Einlassung des Kl.
"Hinzu kam, dass der Kläger sich gegen die Platzverweisung mit der Behauptung wehrte, Cannabisprodukte seien keine verbotenen Betäubungsmittel. Diese Einlassung in dieser konkreten Situation musste von den Polizeibeamten so verstanden werden, dass der Kläger beabsichtigte, allgemein und auch an diesem Tag (nach seiner Ansicht legale) Geschäfte mit Cannabisprodukten zu tätigen."

c. Mitführen von BtM nicht notwendig
"Dass der Kläger im Zeitpunkt der Personenkontrolle keine Betäubungsmittel mit sich führte, steht der polizeilichen Gefahrenprognose nicht entgegen, da sich der Verdacht gegen ihn auch als Käufer oder Vermittler von Rauschgift richten musste."

Mithin ist der Tatbestand des Art. 16 S. 1 PAG erfüllt.

II. Rechtsfolge
Der Erlass eines Betretungsverbots ist in das Ermessen der Polizeibehörden gestellt. Fraglich ist, ob dieses hier ordnungsgemäß ausgeübt wurde.

1. Entschließungsermessen
Das Entschließungsermessen, also die Frage, "ob" die Polizei gegen den Kl. einschritt, wird bereits durch die Tatbestandsmäßigkeit seines Verhaltens indiziert. Es sind auch keine besonderen Umstände ersichtlich, warum die Polizei gerade gegenüber dem Kl. in der konkreten Situation von einem Einschreiten zum Schutz der öffentlichen Sicherheit hätte absehen sollen.

2. Auswahlermessen
Hinsichtlich des Auswahlermessens, als der Frage nach dem "Wie" des Handelns, ist grds. zwischen der Auswahl des Adressaten der polizeilichen Maßnahme und deren Inhalt zu unterscheiden. Da hier nur der Kl. als Adressat der Maßnahme in Betracht kam, interessieren vorliegend jedoch nur die inhaltlichen Grenzen des Auswahlermessens. Diese werden insbes.

durch das Übermaßverbot gezogen, dem jede rechtsstaatliche Maßnahme genügen muss. Trifft die Behörde eine unverhältnismäßige Maßnahme, überschreitet sie ihr Ermessen. Fraglich ist also die Verhältnismäßigkeit des Betretungsverbots. Diese setzt voraus, dass das Verbot zur Erreichung eines legitimen Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen war.

a. Legitimer Zweck

Zweck der Maßnahme war die Bekämpfung der Drogenkriminalität bzw. der von dieser ausgehenden Gefahren für die Gesundheit der Konsumenten, sowie die Verhinderung von Verstößen gegen das BtmG und gegen die die Benutzung des Englischen Gartens regelnde Allgemeinverfügung der Stadt München.

b. Geeignetheit

Geeignet ist eine Maßnehme dann, wenn sie den zu erreichenden Zweck fördert. Dies wird hier vom Kl. mit dem Argument bezweifelt, der Drogenhandel im Allgemeinen und - unterstellt, er beabsichtige diesen - durch ihn im Besonderen werde durch das Betretungsverbot ohnehin nicht wirksam unterbunden, da er noch an anderen Orten Handel treiben könne. Der VGH tritt dem entgegen:

"Die Platzverweisung war geeignet, die drohende Begehung einer Straftat bzw. einer Ordnungswidrigkeit - jedenfalls für den 9.7.1997 - zu unterbinden. Die angefochtene polizeiliche Maßnahme kann auch nicht mit der Überlegung als unverhältnismäßig oder ungeeignet und deshalb rechtswidrig eingestuft werden, dass mit Maßnahmen nach Art. 16 Satz 1 PAG die Begehung von Straftaten nach dem Betäubungsmittelgesetz nicht wirksam verhindert werden kann.

aa. Regelungszweck des Art. 16 PAG

Dabei wird der Regelungszweck des Gesetzes verkannt und nicht berücksichtigt, dass durch die Platzverweisung sehr wohl einer Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung - nämlich an dem konkreten Ort und zu dem konkreten Zeitpunkt - vorgebeugt werden kann. Mit der auf Art. 16 Satz 1 PAG gestützten Maßnahme kann der Kl. zwar nicht generell daran gehindert werden, Straftaten (im Englischen Garten) zu begehen. Eine solche - die Anwendung der Vorschrift einschränkende - Zielsetzung ist Art. 16 Satz 1 PAG aber auch nicht zu entnehmen. Bei der Platzverweisung handelt es sich um eine vorübergehende Maßnahme, mit der nicht die Kriminalität generell bekämpft, sondern einer Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung örtlich und zeitlich begrenzt begegnet werden soll."

bb. Generalpräventive Aspekte

"Auch mit einer in ihrer unmittelbaren Wirkung auf den Einzelfall beschränkten Maßnahme kann im Übrigen Kriminalität allgemein wirksam bekämpft werden. In einem ähnlichen Zusammenhang hat der Senat dazu in der von dem Beklagten zitierten Entscheidung vom 18.2.1999 (BayVBl 2000, 85) Folgendes ausgeführt:

Aufgrund polizeilicher Erkenntnisse steht fest, dass sich in den angesprochenen Bereichen [...] eine sog. Drogenszene gebildet und verfestigt hat. Wird hiergegen nicht eingeschritten, so führt dies zwangsläufig zu einer offenen Drogenszene mit ihren Folgen, die aus anderen bundesdeutschen Großstädten aus Medienberichten hinlänglich bekannt sind. Des Weiteren veranschaulichten Fernsehberichte aus dem In- und Ausland deutlich die Konsequenzen, wenn einer derartigen Verfestigung tatenlos zugesehen wird. Das Bild der Drogenumschlagplätze ist geprägt von kranken und abhängigen jungen Menschen, die zum Teil am Rande der Verwahrlosung leben und deren Lebensinhalt darin besteht, für entsprechenden Nachschub zu sorgen. Neben der unmittelbaren Betroffenheit der Drogensüchtigen besteht durch das Anbieten von Drogen an Dritte weiterhin die Gefahr, dass bislang Unbeteiligte in diesen Sog geraten und sich der Kreis der Süchtigen weiter ausbreitet. Zudem ist die Gefahr nicht zu unterschätzen, dass ganze Stadtviertel hierdurch in ihrer sozialen Struktur verändert werden, weil sie zum Teil wegen des Gefahrenpotenzials gemieden werden."

cc. Keine Ungeeignetheit wegen Verlagerungsgefahr

"Die Tatsache, dass möglicherweise durch das Aufenthaltsverbot die Schauplätze verlagert werden oder sich neue Drogenumschlagplätze bilden, lässt die getroffene Maßnahme nicht als ungeeignet erscheinen. Mit dem Aufenthaltsverbot wird primär der Zweck verfolgt, einer Verfestigung der Drogenszene an stark frequentierten Punkten entgegenzuwirken und zu erreichen, dass bestimmte Anlaufpunkte, die unter den Dealern und Konsumenten bekannt sind, unpopulär sind bzw. werden. Die angefochtene Maßnahme kann jedenfalls einen Beitrag dazu leisten, den Drogenhandel zu erschweren. Eine Maßnahme ist nicht schon allein deswegen ungeeignet, weil das Grundproblem hierdurch nicht generell beseitigt

werden kann."

c. Erforderlichkeit
Eine Maßnahme ist nur erforderlich, wenn dem Handelnden keine mildere, zumindest aber gleich effektive Möglichkeit zur Förderung des Zwecks offen stand.

aa. Dauerhaftes Betretungsverbot
"Zwar wäre auch ein dauerhaftes Betretungsverbot nach Art. 11 Abs. 2 Nr. 1 PAG in Verbindung mit den Strafvorschriften des Betäubungsmittelgesetzes oder der Allgemeinverfügung der Landeshauptstadt München vom 19.4.1994 zur Unterbindung einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit in Betracht gekommen. Dies berührt aber die Rechtmäßigkeit der Platzverweisung nicht. Die Polizei hatte die Möglichkeit, nach Art. 4 Abs. 1 PAG unter beiden möglichen Maßnahmen zu wählen. Beide Maßnahmen weisen ähnliche Voraussetzungen und Folgen auf - in einer Maßnahme nach Art. 11 Abs. 2 Nr. 1 PAG durch Anordnung eines Betretungsverbots ist eine Platzverweisung typischerweise mit enthalten; die Platzverweisung ist aber wegen der zeitlichen Beschränkung ein weniger belastender Eingriff für den Betroffenen. [...] Es ist rechtlich nicht zu beanstanden, dass [die Polizei] sich für die den Kl. weniger belastende Maßnahme nach Art. 16 Satz 1 PAG entschieden hat."

[Anm.: Näher läge schon im umgekehrten Fall die Frage, ob nicht statt des dauerhaften ein befristetes Betretungsverbot in Betracht kommt. Da dieses zwar milder, aber jedenfalls nicht gleich geeignet wäre, sollte allerdings auch diese Prüfung in der Angemessenheit vorgenommen werden.]

bb. Örtlich begrenztes Betretungsverbot
"Der Umfang des Ortes, auf den sich das Betretungsverbot bezieht, hat sich an der Notwendigkeit der Platzverweisung zu orientieren. Die Gefahrenlage bestimmt den Umfang der verbotenen Örtlichkeit. Ein Betretungsverbot für den gesamten Englischen Garten war zur Erreichung des Zwecks der Maßnahme nicht erforderlich. Die polizeiliche Anordnung war aber in diesem Sinne auch nicht zu verstehen. Es war auf Grund der maßgeblichen Gefahrenprognose der Polizei anzunehmen, dass der Kläger am 9.7.1997 den ihm als Treffpunkt der Drogenszene bekannten Teil des Englischen Gartens (Bereich Veterinärklinik, Monopteros) aufsuchen wollte. Für diesen Bereich galt eindeutig und für den Kläger erkennbar das Betretungsverbot. In welche anderen Bereiche des Englischen Gartens sich der Kläger an dem Abend begeben wollte und durch die polizeiliche Maßnahme gehindert wurde, wurde weder den Polizeibeamten am 9.7.1997 noch im Klageverfahren mitgeteilt. Insofern stellt sich die Frage nach dem über diesen Bereich hinausgehenden Umfang des Betretungsverbots hier nicht."

d. Angemessenheit
Eine Maßnahme ist angemessen, wenn sie auch unter Abwägung des geschützten Zwecks mit den beeinträchtigten Rechten und Interessen des Betroffenen verhältnismäßig erscheint ("Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne"). Der VGH bejaht dies kurz:
"Zu berücksichtigende Belange des Klägers, die der Platzverweisung entgegengehalten werden könnten, sind weder vom Kläger am 9.7.1997 noch im gerichtlichen Verfahren vorgetragen worden. Insbesondere wurde nichts dafür vorgetragen, dass das Verbot, den Englischen Garten an diesem Tag zu betreten, den Kläger unangemessen in irgendeinem schützenswerten Belang beeinträchtigt hätte."

Mithin war die Maßnahme insgesamt rechtmäßig.

Standort: Zivilrecht Problem: Verfallklauseln auf Telefonkartenguthaben

BGH, URTEIL VOM 12.06.2001
XI ZR 274/00 (NJW 2001, 2635)

Problemdarstellung:

Im Rahmen einer Unterlassungsklage (§§ 13 ff. AGBG) beanstandet die Kl. als eingetragener Verbraucherschutzverein gegenüber der Bekl. als Vertreiberin von Telefonkarten für öffentliche Fernsprecher die Wirksamkeit von Klauseln, die eine Befristung dieser Karten festlegen, ohne zumindest die Anrechnung unverbrauchter Guthaben beim Kauf einer neuen Telefonkarte vorzusehen.

Der BGH stellt zunächst klar, dass der Ausgabe von Telefonkarten ein stillschweigend geschlossener Begebungsvertrag zugrunde liegt, dessen für eine Vielzahl von Fällen vordefinierter Inhalt durch die auf den Karten jeweils angebrachte Gültigkeitsbefristung bestimmt wird. Zudem eröffnet sich für diesen Fall eine Inhaltskontrolle der Gültigkeitsbefristung gem. § 8 AGBG. Grundsätzlich unterliegen zwar bloße Abreden über den unmittelbaren Gegenstand der Hauptleistung ebenso wenig der Inhaltskontrolle nach dem AGB-Gesetz wie Vereinbarungen über das vom anderen Teil zu erbringende Entgelt (st. Rspr., vgl. BGHZ 137, 27 [29]). Klauseln, die das Hauptleistungsversprechen einschränken, ausgestalten oder modifizieren, sind hingegen inhaltlich zu kontrollieren. Damit bleibt für die der Überprüfung entzogene Leistungsbeschreibung nur der enge Bereich von Regelungen, ohne deren Vorliegen mangels Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des wesentlichen Vertragsinhalts ein wirksamer Vertrag nicht mehr angenommen werden kann, wie in diesem Fall. Außerdem stellt die verwendete Klausel einen Verstoß gegen § 9 I, II Nr. 1 AGBG dar, da sie eine unangemessene Benachteiligung des Kartenkäufers durch Eingriff in das Äquivalenzverhältnis der gegenseitigen Leistungen darstellt.

Prüfungsrelevanz:

Diese Entscheidung ist von examensrelevanter Bedeutung, weil sie typische Problemfelder im Rahmen einer AGB-Prüfung vorführt. Zum einen wird auf die Eröffnung der Inhaltskontrolle gem. § 8 AGBG eingegangen. Nach § 8 AGBG ist die Inhaltskontrolle nur für solche Allgemeine Geschäftsbedingungen gegeben, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Daraus folgt aber nicht die Kontrollfreiheit von Geschäftsbedingungen für Verträge, für die es kein gesetzliches Leitbild gibt. Auch gesetzlich nicht geregelte Vertragstypen können am Maßstab der §§ 9 ff. AGBG gemessen werden.

Im Übrigen ist die Entscheidung deshalb so interessant, weil sie die rechtliche Handhabung der Generalklausel von § 9 AGBG vorführt. Zu den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung darf danach nicht abgewichen werden, wobei das Äquivalenzprinzip zwischen Leistung und Gegenleistung dazu gehört.

Vertiefungshinweis:

- ❑ Besprechung der Entscheidung: *Pfeiffer*, LM H. 10/2001 § 8 AGBG Nr. 45.
- ❑ Die Entscheidung des BGH zum Haftungsausschluss beim Online-Banking: *BGH*, RA 2001, 218 = NJW 2001, 751

Kursprogramm:

- ❑ *Examenskurs:* “Das gebrauchte Cabrio”
- ❑ *Examenskurs:* “Drum prüfe wer für Papi bürgt”

Leitsatz:

Zur Frage der Wirksamkeit Allgemeiner Geschäftsbedingungen, die eine Befristung von Telefonkarten festlegen, ohne zumindest die Anrechnung unverbrauchter Guthaben beim Kauf einer neuen Telefonkarte vorzusehen.

Sachverhalt:

Die Kl. ist ein eingetragener Verein, der nach seiner Satzung Verbraucherinteressen wahrnimmt und der in die Liste der qualifizierten Einrichtungen nach § 22 a AGBG eingetragen ist. Das bekl. Telekommunikationsunternehmen vertreibt Telefonkarten zum Preise von 12 DM und 50 DM, mit denen der Nutzer an öffentlichen Fernsprechern der Bekl. Telefonate in entsprechendem Umfang führen kann. Während die zuvor ausgegebenen Telefonkarten keinen Hinweis auf eine begrenzte Gültigkeitsdauer enthielten, bringt die Bekl. seit Oktober 1998 auf den Karten den Zusatz "Gültig bis ... (Monat/Jahr)" an.

Nach Ablauf dieser Frist, die einen Zeitraum von drei Jahren und drei Monaten ab Herstellung der jeweiligen Karte umfasst, ist die Benutzung öffentlicher Fernsprecher mit Hilfe der Karte nicht mehr möglich; zu diesem Zeitpunkt noch nicht verbrauchte Guthabenbeträge werden nicht erstattet.
Gegen die Befristung der Gültigkeitsdauer der Telefonkarten wendet sich die Kl. mit der Unterlassungsklage aus § 13 AGBG. Wird diese Klage erfolgreich sein?

Lösung:

A. Zulässigkeit der Klage
Zunächst müsste die erhobene Unterlassungsklage zulässig sein; dabei ist nur auf solche Zulässigkeitsvoraussetzungen einzugehen, die entweder von besonderer Bedeutung oder im konkreten Fall problematisch sind.

I. Zuständigkeit
Nach § 14 I 1 AGBG ist für Unterlassungsklagen gem. § 13 AGBG das Landgericht ausschließlich zuständig, in dessen Bezirk der beklagte AGB-Verwender seine gewerbliche Niederlassung oder zumindest seinen Wohnsitz hat. Prorogation bzw. rügeloses Einlassen zur Zuständigkeitsbegründung sind ebenso ausgeschlossen (§ 40 II ZPO) wie die Bestimmungen zu allgemeinen und besonderen Gerichtsstände. Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte ist davon auszugehen, dass die Unterlassungsklage hier beim zuständigen Gericht erhoben worden ist.

II. Prozessführungsbefugnis
Die Kl. müsste zudem berechtigt sein, diesen Unterlassungsanspruch im eigenen Namen klageweise geltend zu machen. Gem. § 13 II Nr. 1 AGBG kann der Unterlassungsanspruch nur von qualifizierten Einrichtungen i.S.d. § 22 a AGBG geltend gemacht werden. Die Kl. ist ein eingetragener Verein, der nach seiner Satzung Verbraucherinteressen wahrnimmt und in der Liste der qualifizierten Einrichtungen nach § 22 a AGBG eingetragen ist. Damit besitzt sie die erforderliche Prozessführungsbefugnis.

III. Ordnungsgemäße Klageerhebung
Die Form- und Inhaltsanforderungen an eine Klageerhebung gem. § 253 ZPO werden, vor allem hinsichtlich des Klageantrags, durch § 15 II AGBG modifiziert. Mangels anderer Anhaltspunkte ist zu unterstellen, dass die Kl. diese Anforderungen bei Klageerhebung bedacht hat.

IV. Ergebnis zur Zulässigkeit
Die Unterlassungsklage gem. § 13 AGBG ist insofern zulässig erhoben worden.

B. Begründetheit
Begründet ist die Unterlassungsklage dann, wenn die Bekl. in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen Bestimmungen verwendet, die nach §§ 9 ff. AGBG unwirksam sind, § 13 I AGBG.

I. Qualifizierung der beanstandeten Gültigkeitsklausel als Allgemeine Geschäftsbedingung
Zuerst müsste in der beanstandeten Gültigkeitsklausel zur Befristung von Telefonkartenguthaben eine Allgemeine Geschäftsbedingung i.S.d. § 1 I AGBG gesehen werden. Nach § 1 I AGBG sind Allgemeine Geschäftsbedingungen alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die der Verwender dem anderen Vertragspartner bei Abschluss des Vertrages stellt. Das BerGer. hatte diesbezüglich ausgeführt:
"Anknüpfungspunkt der Prüfung nach [...] AGBG sei aber nicht die Karte selbst, sondern der ihrer Ausgabe zu Grunde liegende stillschweigend abgeschlossene Begebungsvertrag, dessen für eine Vielzahl von Fällen vordefinierter Inhalt durch die auf den Telefonkarten jeweils angebrachte Gültigkeitsbefristung bestimmt werde."
Diese Rechtsansicht wurde vom BGH im Rahmen eines Revisionsverfahrens bestätigt:
"Zu Recht hat das BerGer. allerdings in der streitigen Gültigkeitsbeschränkung eine AGB i. S. des § 1 I AGBG gesehen und hierbei zutreffend nicht auf die Telefonkarte als solche, sondern auf den ihrer Ausgabe zu Grunde liegenden Vertrag abgestellt. Bei dieser - von der Revision nicht angegriffenen - Bewertung kann die Rechtsnatur der Telefonkarte ebenso dahingestellt bleiben wie die rechtliche Einordnung des Kartenvertrags. Unter die Definition des § 1 I AGBG fallen sämtliche einseitig für eine mehrfache Verwendung vorgefertigte Erklärungen des Verwenders, die den Vertragsinhalt regeln sollen (BGHZ 101, 271 [274] = NJW 1987, 2867 = LM § 9 [Cd] AGBG Nr. 4); Art und Rechtscharakter der vertraglichen Regelung sind dem gegenüber unerheblich (vgl. Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 9. Aufl., § 1 Rdnr. 14; Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, 4. Aufl., § 1 Rdnr. 8)."

II. Kein Erfordernis nach Schriftform für den Vertrag
Einigkeit besteht auch, was die fehlende schriftliche Fixierung des stillschweigend geschlossenen Kartenbegebungsvertrages betrifft. Der BGH führt dazu aus:
"Zutreffend hat das BerGer. ferner der fehlenden schriftlichen Fixierung des Telefonkartenvertrags keine Bedeutung beigemessen. Der Begriff der AGB erfordert nicht die Schriftform (BGHZ 141, 108 [110] = NJW 1999, 2180 = LM H. 7/1999 § 1 AGBG Nr. 33); es genügen vielmehr auch vom Kunden beim Vertragsschluss mündlich akzeptierte Formulierungen (BGH, NJW 1988, 410 = LM, § 1 AGBG Nr. 11 = WM 1988, 28, [29]). Daher reicht eine mit dem Abschluss des Telefonkartenvertrags regelmäßig verbundene stillschweigende Abrede, dass die Nutzung des Kartenguthabens nach Maßgabe des jeweils aufgedruckten Datums befristet ist, für die Einordnung als AGB aus. Dabei kommt es im vorliegenden Zusammenhang nicht darauf an, ob eine derartige Abrede im Einzelfall wirksam ist oder an den Einbeziehungsvoraussetzungen der §§ 2, 3, 23 II Nr. la AGBG scheitert; mögliche Verstöße gegen diese Vorschriften können mit der auf abstrakt feststellbare Verletzungen der §§ 9 bis 11 AGBG beschränkten Verbandsklage nach § 13 AGBG nicht geltend gemacht werden (BGHZ 116, 1 [3] = NJW 1992, 179; BGHZ 137, 27 [32] = NJW 1998, 383)"

III. Eröffnung der Inhaltskontrolle gem. § 8 AGBG
Da die §§ 9 - 11 AGBG nur für Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen gelten, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden (§ 8 AGBG), muss zur Eröffnung dieser Inhaltskontrolle eine solche Abweichung bzw. Ergänzung festgestellt werden. Solche Abweichungen bzw. Ergänzungen sind abzugrenzen von kontrollfreien Leistungsbeschreibungen.

1. Zum Inhalt der Eröffnungsklausel gem. § 8 AGBG
Im Zusammenhang mit der Abgrenzung zwischen kontrollfreien Leistungsbeschreibungen und kontrollierbaren Abweichungen bzw. Ergänzungen vom gesetzlichen Leitbild stellt der BGH folgendes klar.
"Zwar gibt es kein gesetzlich geregeltes Leitbild des Telefonkartenvertrags als eines erst durch die technische Entwicklung der letzten Jahre möglich gewordenen Vertragstyps. Es obliegt daher grundsätzlich dem kartenausgebenden Unternehmen, in eigener Verantwortung Art und Umfang der von ihm angebotenen Leistungen sowie die Bemessung des vom Kunden dafür zu entrichtenden Entgelts zu bestimmen (vgl. BGHZ 137,27 [30] = NJW 1998, 383 = LM H. 3/1998 § 8 AGBG Nr. 30 zum Kreditkartenvertrag). Daraus folgt aber nicht zwangsläufig die Kontrollfreiheit der beanstandeten Regelung. Auch Vertragstypen, die im Gesetz ungeregelt geblieben sind, können am Maßstab der §§ 9 bis 11 AGBG gemessen werden (BGHZ 104, 82 [90] = NJW 1988, 1726 = LM § 8 AGBG Nr. 12).
Allerdings unterliegen gem. § 8 AGBG bloße Abreden über den unmittelbaren Gegenstand der Hauptleistung (so genannte Leistungsbeschreibungen) ebenso wenig der Inhaltskontrolle nach dem AGB-Gesetz wie Vereinbarungen über das vom anderen Teil zu erbringende Entgelt (st. Rspr., vgl. BGHZ 137, 27 [29] = NJW 1998,383; BGHZ 141,137 [141] = NJW 1999, 2440 = LM H. 9/1999 § 8 AGBG Nr. 34; BGHZ 141, 380 [382 f.] = NJW 1999, 2276 = LM H. 9/1999 § 8 AGBG Nr. 35; Senat, NJW 2001, 751 = LM H. 8/2001 § 8 AGBG Nr. 43 = WM 2001, 196 [197], für BGHZ vorgesehen). Dabei fallen unter den Begriff der Leistungsbeschreibung solche Bestimmungen, die Art, Umfang und Güte der geschuldeten Leistung festlegen. Klauseln, die das Hauptleistungsversprechen einschränken, ausgestalten oder modifizieren, sind hingegen inhaltlich zu kontrollieren. Damit bleibt für die der Überprüfung entzogene Leistungsbeschreibung nur der enge Bereich von Regelungen, ohne deren Vorliegen mangels Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des wesentlichen Vertragsinhalts ein wirksamer Vertrag nicht mehr angenommen werden kann (BGHZ 123, 83 [84] = NJW 1993, 2369; BGHZ 127,35 [41] = NJW 1994, 2693; BGHZ 141, 137 [141] = NJW 1999, 2440)."

2. Übertragung auf den vorliegenden Fall von Telefonkartenguthaben
Überträgt man dieses Ergebnis auf die hier streitige Beschränkung der Gültigkeitsdauer von Telefonkartenguthaben, dann führt dies zur folgenden Feststellung des BGH:
"In diesen engen (Ausnahme-)Bereich fällt die streitige Beschränkung der Gültigkeitsdauer von Telefonkarten nicht. Auf Grund des Telefonkartenvertrags ist die Bekl. verpflichtet, für die Kartennutzer ein funktionierendes Netz öffentlicher Fernsprecher vorzuhalten und ihnen die Führung von Telefongesprächen im Rahmen des jeweiligen Guthabens zu ermöglichen. Dieses Hauptleis-

tungsversprechen wird durch die beanstandete Befristung näher ausgestaltet. Auch ohne die Festlegung eines Geltungszeitraums könnte der wesentliche Vertragsinhalt, nämlich das vom Kunden zu zahlende Entgelt und die dafür gewährte Gegenleistung, bestimmt werden. Die Beschränkung der Gültigkeitsdauer gehört daher nicht zu dem kontrollfreien Minimum, ohne das dem Vertrag ein so wesentlicher Bestandteil fehlte, dass ihm die Wirksamkeit zu versagen wäre. Die gegenteilige Auffassung der Revision, durch die zeitliche Begrenzung der Nutzungsmöglichkeit werde die Hauptleistungspflicht der Bekl. überhaupt erst inhaltlich fixiert, vermag schon deshalb nicht zu überzeugen, weil die bis Oktober 1998 herausgegebenen Telefonkarten nicht mit einer solchen Befristung versehen waren, ohne dass deshalb Zweifel an der Wirksamkeit der damals abgeschlossenen Verträge bestanden..

Die beanstandete Befristung stellt auch keine - kontrollfreie - Preisabrede dar. Der Anspruch des Kunden auf die vollständige Inanspruchnahme der vorausbezahlten Gesprächsleistungen wird durch die Klausel einer Beschränkung unterworfen, die in das schuldrechtliche Verträge kennzeichnende Prinzip der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung eingreift. Darin liegt eine Abweichung von Rechtsvorschriften i. S. von § 8 AGBG (vgl. BGHZ 93, 358 [362 ff.]). Auch die Instanzgerichte haben Gültigkeitsbefristungen der vorliegenden Art - etwa in Bezug auf so genannte Handy-Karten (vgl. OLG Brandenburg, VuR 2000, 147 [148]; OLG Köln, OLG-Report 2001, 103; LG Köln, VuR 2000, 223 [224]) oder bei Geschenk- und Kinogutscheinen (vgl. OLG Hamburg, VuR 2000, 451 [452]; LG München, VuR 1996, 65) - stets als nach §§ 9 bis 11 AGBG kontrollfähige Nebenabreden behandelt."

IV. Unwirksamkeit der Gültigkeitsbefristungsklausel gem. § 9 I AGBG

Mangels einer besonderen Regelung für die Gültigkeitsdauer von Telefonkartenguthaben in den §§ 10, 11 AGBG könnte sich die Unwirksamkeit der fraglichen Klausel allenfalls gem. § 9 I AGBG ergeben. Nach § 9 I AGBG sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen.

1. Verstoß gegen das Transparenzgebot gem. § 9 I AGBG

Die Unwirksamkeit der angegriffenen Gültigkeitsklausel könnte auf einen Verstoß gegen das Transparenzgebot aus § 9 I AGBG beruhen.

a. Inhalt des Transparenzgebots

Zu den inhaltlichen Anforderungen des Transparenzgebots aus § 9 I AGBG an Allgemeine Geschäftsbedingungen erklärt der BGH Folgendes:

"Der Verwender von AGB ist entsprechend den Grundsätzen von Treu und Glauben verpflichtet, Rechte und Pflichten seines Vertragspartners möglichst klar und durchschaubar darzustellen. Das bedeutet nicht nur, dass eine Klausel - aus der maßgeblichen Sicht eines durchschnittlichen Vertragspartners - in ihrer Formulierung verständlich sein muss. Sie hat vielmehr auch die wirtschaftlichen Nachteile so weit erkennen zu lassen, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann. Ist der Verwender diesem Gebot nicht gefolgt kann schon darin eine unangemessene Benachteiligung des Kunden i. S. von § 9 I AGBG liegen (BGHZ 106, 42 [49] = NJW 1989, 222 = LM § 8 AGBG Nr. 13; BGHZ 112, 115 [117ff.] = NJW 1990, 2383 = LM § 9 [Bl] AGBG Nr. 29; BGHZ 136, 394 [401 f.] = NJW 1998, 454 = LM H. 7/1998 § 9 [Bk] AGBG Nr. 34; Senat, NJW 2000, 651 = LM H. 7/2000 § 315 BGB Nr. 55 = WM 1999, 2545 [2547])."

b. Überprüfung der beanstandeten Gültigkeitsbeschränkungsklausel an diesem Transparenzgebot

Unterwirft man die in diesem Fall beanstandete Klausel den zuvor genannten inhaltlichen Anforderungen der Transparenz für Allgemeine Geschäftsbedingungen, so kommt man mit dem BGH zu folgendem Ergebnis:

"Die beanstandete Gültigkeitsbeschränkung verstößt nicht gegen diese Grundsätze. Sie verschleiert die kundenbelastende Folge der Nichterstattung eines bei Ablauf der Gültigkeitsdauer noch vorhandenen Guthabens nicht. Die gegenteilige Annahme des BerGer., die der erkennende Senat auf Grund der bundesweiten Verbreitung der streitgegenständlichen Telefonkarten in vollem Umfang nachprüfen kann, ist rechtsfehlerhaft.

Die Annahme des BerGer., der auf der Telefonkarte angebrachte Gültigkeitsvermerk betreffe allein die Dauer der technischen Verwendbarkeit des Papiers, kann nicht überzeugen, denn damit wird der Ausgangspunkt der Inhaltskontrolle außer Acht gelassen. Gegenstand der Prüfung nach dem AGB-

Gesetz ist, wie das BerGer. an anderer Stelle zutreffend gesehen hat, nicht die Telefonkarte als solche, sondern die Gültigkeitsbeschränkung als stillschweigende Abrede im Rahmen des Telefonkartenvertrags. Stellt man richtigerweise auf diesen Vertrag ab, so ist nicht ersichtlich, inwiefern ein durchschnittlicher Kunde meinen könnte, der Vermerk auf der Telefonkarte begrenze lediglich die Dauer der Kartennutzung, nicht jedoch zugleich den vertraglichen Leistungsanspruch.

Der fehlende ausdrückliche Hinweis auf den Verfall eines Restguthabens führt nicht zu einer anderen Bewertung. Für den Kunden besteht deshalb kein Anlass anzunehmen, mit Ablauf der angegebenen Gültigkeitsdauer trete an die Stelle des kartenvertraglichen Leistungsanspruchs ein Anspruch auf Rückzahlung des unverbrauchten Restguthabens. Der Telefonkartenvertrag ist, unbeschadet seiner näheren rechtlichen Einordnung im Übrigen, kein Darlehen im Rechtssinne (§ 607 BGB). Der in Höhe des Kartenpreises vorausbezahlte Gesamtbetrag künftiger Gesprächsentgelte soll im Laufe der Zeit mit den jeweils anfallenden Verbindungsentgelten verrechnet und hierdurch bestimmungsgemäß aufgebraucht werden. Damit sind - ungeachtet der wirtschaftlich mit der Vorauszahlung verbundenen Kreditierung der Bekl. sowie der Bargeldersatz-Funktion der Telefonkarte - die Merkmale eines Darlehensvertrags nicht erfüllt. Ein Darlehensvertrag begründet nach § 607 BGB die Verpflichtung, das Empfangene in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten.

Die konkrete Formulierung der Gültigkeitsbeschränkung begründet aus der Sicht eines Durchschnittsverbrauchers auch deshalb nicht die Erwartung, bei Fristablauf entstehe ein Erstattungsanspruch, weil derartige Regelungen sich auch in anderen Bereichen des Wirtschafts- und Geschäftslebens finden, ohne dass damit entsprechende Erstattungsansprüche verbunden sind. Das gilt beispielsweise für die verbreiteten Kino- oder sonstigen Geschenkgutscheine, die häufig mit einem "Verfalldatum" versehen sind (vgl. Ahrens, BB 1996, 2477 [24791). Die jeweiligen Fristen müssen zwar angemessen lang sein (vgl. OLG Hamburg, VuR 2000, 451 [452]; LG München I, VuR 1996, 65). Es wird aber - soweit ersichtlich - weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur - die Ansicht vertreten, dass bei Fristablauf ein Anspruch des Gutscheininhabers auf Rücknahme des Papiers und Erstattung des Gutscheinbetrags gegeben sei (abl. etwa AG Northeim, NJW-RR 1989, 54). Weshalb der durchschnittlich verständige und informierte Verbraucher demgegenüber bei der Telefonkarte davon ausgehen sollte, ihm stehe nach Ablauf von maximal 39 Monaten Gültigkeitsdauer ein Anspruch auf Erstattung eines Restbetrags zu, ist nicht erkennbar (ebenso Heinrichs, EWiR 2001, 49 [50]).

Eine Verletzung des Transparenzgebots liegt entgegen der Ansicht des BerGer. auch nicht darin, dass der Kunde durch die beanstandete Klausel davon abgehalten werde, nach Ablauf der Gültigkeit der Telefonkarte seinen Anspruch auf Erstattung des Restguthabens geltend zu machen. Ein solcher Anspruch steht dem Kunden wie dargelegt, nicht zu. § 5 AGBG ändert daran nichts. Die Annahme, bei Fristablauf entstehe ein Erstattungsanspruch, liegt so fern. dass sie auch im Rahmen des § 5 AGBG keine Berücksichtigung finden kann."

2. Unwirksamkeit wegen unangemessener Benachteiligung

Die angegriffene Gültigkeitsklausel könnte allerdings gem. § 9 I AGBG unwirksam sein, weil die Zweifelregelung von § 9 II Nr. 1 AGBG vorliegt. Danach ist eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist.

a. Wesentliche Grundgedanken der gesetzlichen Regelung

Dazu muss zunächst festgestellt werden, welche wesentlichen Grundgedanken einer gesetzlichen Regelung den zugrundeliegenden Telefonkartenbegebungsvertrag bestimmen. Der BGH nimmt dazu wie folgt Stellung:

"Das bürgerliche Recht kennt für Verpflichtungen aus schuldrechtlichen Verträgen im Allgemeinen nur das in den §§ 194 ff. BGB im Einzelnen geregelte Rechtsinstitut der Verjährung, nicht dagegen besondere, von der Frage der Verjährung unabhängige Ausschlussfristen. Auch für den in einer Telefonkarte verkörperten Anspruch gegen die Bekl. ist, ohne dass es auf die Einzelheiten der rechtlichen Einordnung des zu Grunde liegenden Vertragsverhältnisses ankäme, keine gesetzlich vorgesehene Ausschlussfrist ersichtlich. Die Gültigkeitsbefristung der Telefonkarten der Bekl. enthält daher eine Abweichung von den gesetzlichen. Vorschriften des bürgerlichen Rechts.

Zu den wesentlichen Grundgedanken der für schuldrechtliche gegenseitige Verträge geltenden Regeln des bürgerlichen Rechts gehört das Prinzip der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung (BGHZ 96, 103 [109] = NJW 1986, 179 = LM § 242 [Bb] BGB Nr. 116 m.w. Nachw.). Die streitige Gültigkeitsbefristung greift in das Äquivalenzverhältnis des Telefonkartenvertrags insoweit ein, als der Kunde die beim Erwerb der Karte vorausbezahlten Gesprächseinheiten nur im Rahmen der Geltungsdauer in Anspruch nehmen kann."

b. Unangemessene Benachteiligung durch Eingriff in das Äquivalenzverhältnis

In Anbetracht der zuvor getroffenen Feststellungen könnte eine unangemessene Benachteiligung durch Eingriff in das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung vorliegen. Der BGH meint dazu:

In ihrer konkreten Ausgestaltung enthält die Gültigkeitsbefristung der Telefonkarten einen so weit gehenden Eingriff in das vertragliche Äquivalenzverhältnis, dass sie als unvereinbar mit dem Äquivalenzprinzip und als unangemessene Benachteiligung der Karteninhaber angesehen werden muss.

Bei Berechtigungskarten und Gutscheinen, die dem jeweiligen Inhaber die Möglichkeit verschaffen, eine bestimmte Ware oder Leistung zu verlangen, kann zwar nicht jede zeitliche Begrenzung der Gültigkeitsdauer als nicht hinnehmbare Verletzung des Äquivalenzprinzips und unangemessene Benachteiligung des Kunden angesehen werden. Solche Ausschlussfristen sind, obwohl im Gesetz in aller Regel nicht vorgesehen, in weiten Bereichen üblich und werden unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen der beiderseits Beteiligten häufig als nicht unangemessen anzusehen sein (vgl. z. B. BGH, NJW 1991, 1745 = LM § 3 AGBG Nr. 32). Die Besonderheiten des vorliegenden Falls führen jedoch dazu, dass die von der Bekl. gewählte Ausgestaltung der Gültigkeitsbefristung ihrer Telefonkarten bei einer Abwägung ihrer Interessen und derjenigen der Kartenbenutzer als unvereinbare Abweichung vom Äquivalenzprinzip, die die Kartennutzer unangemessen benachteiligt, angesehen werden muss.

Dabei ist auf der Seite der Erwerber der Telefonkarten zu berücksichtigen, dass sich ungeachtet der zunehmenden Verbreitung transportabler Fernsprechgeräte (so genannter Handys) nach wie vor für zahlreiche Menschen gelegentlich oder auch häufiger das Bedürfnis ergeben kann, einen öffentlichen Fernsprecher zu benutzen. Zur Befriedigung dieses Kommunikationsbedürfnisses sind die Betroffenen in der Regel auf die Bekl. angewiesen, weil sie die einzige Anbieterin ist, die in Deutschland ein flächendeckendes Netz von öffentlichen Fernsprechern unterhält. Da die Bekl. ihre öffentlichen Fernsprecher im Laufe der Jahre ganz überwiegend vom Münzbetrieb auf den Kartenbetrieb umgestellt hat, sind auch diejenigen Interessenten, die nur verhältnismäßig selten in die Verlegenheit kommen, einen öffentlichen Fernsprecher benutzen zu müssen, gezwungen, eine Telefonkarte der Bekl. zu erwerben.

Sie müssen, da die Bekl. keine Telefonkarten im Gegenwert von weniger als 12 DM anbietet, auch dann, wenn sie zunächst nur ein einzelnes Ortsgespräch führen wollen, mit dem Erwerb einer Telefonkarte den Gegenwert einer größeren Anzahl von Telefongesprächen, von denen noch ungewiss ist, ob und wann sie sie führen werden, vorab bezahlen. Bei solchen Telefonteilnehmern kann die Gültigkeitsbefristung der Telefonkarten ungeachtet dessen, dass sie verhältnismäßig geräumig bemessen ist, dazu führen, dass ein Teil der vorab bezahlten Gesprächseinheiten ersatzlos verfällt.

Demgegenüber beruft die Bekl. sich darauf, schon wegen der ständigen Fortentwicklung der Informationstechnologie immer wieder gezwungen zu sein, Veränderungen an ihren öffentlichen Fernsprechern und Telefonkarten vorzunehmen, was die unbegrenzte Weiterbenutzung vor Jahren ausgegebener Telefonkarten ausschlösse. Außerdem macht sie geltend, nur mit Hilfe der Befristung der Telefonkarten, sei sie in der Lage, den um sich greifenden Fällen des Missbrauchs durch Manipulationen an den Karten, die ihr in der Vergangenheit hohe Verluste verursacht hätten, wirksam zu begegnen. Diese Gesichtspunkte enthalten grundsätzlich anerkennungswerte Interessen der Bekl., wo es weder auf die zwischen den Parteien streitige Frage nach der genauen Höhe der in der Vergangenheit durch Telefonkarten-Manipulationen entstandenen Verluste noch auf die weitere Frage in welchem Umfang solchen Manipulationen durch eine verhältnismäßig geräumige Gültigkeitsbefristung vorgebeugt werden kann, entscheidend ankommt. Beide Gesichtspunkte lassen aber nur ein Interesse der Bekl. deutlich werden, die Verwendbarkeit der Telefonkarten in ihren öffentlichen Fernsprechern zeitlich zu begrenzen. Ein darüber hinausgehendes Interesse daran, mit dem Ende der Verwendbarkeit einer Telefonkarte auch den im Voraus für noch nicht

verbrauchte Gesprächseinheiten erhaltenen Betrag ersatzlos verfallen zu lassen, hat die Bekl. nicht darzulegen vermocht. Das Interesse der Kartennutzer, nicht auf den Wert der im Voraus bezahlten Gesprächseinheiten verzichten zu müssen, wiegt demgegenüber umso schwerer, weil die Bekl. es war, die ihnen mit der Umstellung des überwiegenden Teils ihrer öffentlichen Fernsprecher vom Münz- auf den Kartenbetrieb die früher gegebene Möglichkeit verbaut hat, immer nur die jeweils in Anspruch genommenen Gesprächseinheiten zu bezahlen.

Die Befristung der von der Bekl. ausgegebenen Telefonkarten wäre daher unter Berücksichtigung ihrer eigenen Interessen und derjenigen ihrer Kunden nur dann zu rechtfertigen, wenn die Bekl. zugleich eine Regelung getroffen hätte, nach der die Kunden den Gegenwert der noch nicht verbrauchten Gesprächseinheiten erstattet erhalten oder zumindest beim Kauf einer neuen Telefonkarte angerechnet bekommen. Da die Bekl. eine solche Regelung nicht getroffen hat, enthält die Befristung der von ihr ausgegebenen Telefonkarten eine unangemessene Benachteiligung der Kunden und ist daher nach § 9 AGBG unwirksam."

3. Ergebnis:

Die verwendete Gültigkeitsbefristungsklausel für Telefonkartenguthaben ist wegen Verstoßes gegen § 9 I, II Nr. 1 AGBG unwirksam.

V. Verjährung

Die zweijährige Verjährungsfrist gem. § 13 IV AGBG für den Unterlassungsanspruch ist mangels entsprechender Angaben auch noch nicht abgelaufen.

VI. Ergebnis zur Begründetheit

Die Bekl. unterliegt gem. § 13 I AGBG einer Unterlassungspflicht, die beanstandete Gültigkeitsbefristungsklausel für Telefonkartenguthaben in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht zu verwenden.

Endergebnis

Die erhobene Unterlassungsklage ist damit zulässig und begründet; sie wird daher erfolgreich sein

Standort: StGB — Problem: Wohnungseinbruchsdiebstahl

BGH, URTEIL VOM 21.06.2001
4 STR 94/01 (NSTZ 2001, 533)

Problemdarstellung:

Der BGH hatte sich in der nachstehenden Entscheidung mit der Frage zu befassen, ob der durch das 6. StrRG neu geschaffene Qualifikationstatbestand des Wohnungseinbruchsdiebstahls (§ 244 I Nr. 3 StGB) auch dann verwirklicht sein kann, wenn die Wegnahmehandlung selbst nicht in der Wohnung erfolgt, der Täter aber zu deren Ausführung in eine Wohnung einbricht. Unter Heranziehung des Gesetzeswortlauts, des Willens des Gesetzgebers sowie der bisherigen gesetzlichen Regelung in § 243 I 2 Nr. 1 StGB bejaht der BGH die aufgeworfene Frage. § 244 I Nr. 3 StGB ist danach auch dann erfüllt, wenn nach Einbruch oder Einsteigen in die Wohnräume eines Gebäudes die Wegnahmehandlung selbst aus einem (angrenzenden) Geschäftsraum erfolgt.

Prüfungsrelevanz:

Die §§ 242 ff. StGB zählen zu den prüfungsrelevantesten Vorschriften des Besonderen Teils. Insbesondere zu den §§ 242, 243, 244 StGB bedarf es neben des Verständnisses der gesetzlichen Systematik (§ 242 StGB: Grundtatbestand; § 243 StGB: Strafzumessungsvorschrift in Form von Regelbeispielen; § 244 StGB: "echter" Qualifikationstatbestand) auch gewisser Detailkenntnisse. Dabei verdienen im Rahmen des § 244 StGB die aktuellen Diskussionen um den Begriff der Waffe bzw. des gefährlichen Werkzeugs (s. dazu aktuell BGH, NStZ 2001, 532), um die Voraussetzungen des täterschaftlichen Bandendiebstahl sowie die im vorliegenden Fall problematischen Voraussetzungen des Wohnungseinbruchsdiebstahls gem. § 244 I Nr. 3 StGB besondere Aufmerksamkeit.

Während sich das OLG Schleswig in einer kürzlich veröffentlichten Entscheidung mit dem der letztgenannten Vorschrift zugrunde liegenden Wohnungsbegriff auseinander zu setzen hatte (vgl. OLG Schleswig, NStZ 2000, 479 = RA 2001, 583 m. Anm. Hellmich, NStZ 2001, 511), musste sich der BGH mit dem Problem eines etwaigen "räumlichen Zusammenhangs" zwischen der Wohnung und dem

Ort der Wegnahmehandlung befassen.

In beiden Entscheidungen spielt der vom Gesetzgeber mit der Aufwertung des Wohnungseinbruchdiebstahls von einer Strafzumessungsvorschrift zu einer "echten" Qualifikation verfolgte Zweck eine besondere Rolle. Der Gesetzgeber wollte insbesondere der Tatsache Rechnung tragen, dass ein Wohnungseinbruch "tief in die Intimsphäre" der Opfer eindringe und "zu ernsten psychischen Störungen" führen könne. Dieser Gedanke hat das OLG Schleswig dazu bewogen, den Wohnungsbegriff in § 244 I Nr. 3 StGB enger auszulegen als in anderen Vorschriften und etwa Kellerräume, die nicht zu einem "Kernbereich", der der Entfaltung der Intimsphäre dient, gehören, auszunehmen.

Da die erforderliche Beeinträchtigung der Intimsphäre aber auch dann stattfinde, wenn der Täter zur Ausführung der Tat in die Wohnung einbricht, aber nicht in der Wohnung stiehlt, nimmt der BGH die Verwirklichung des § 244 I Nr. 3 StGB auch für diesen Fall an. Das erscheint auf der Grundlage der gesetzgeberischen Prämisse folgerichtig. Diese Prämisse ist allerdings diskussionswürdig, da sich wohl kaum eine nicht unerhebliche Straftat finden lässt, die nicht geeignet ist, erhebliche psychische Störungen beim Opfer hervorzurufen.

Vertiefungshinweise:

❑ Zum Wohnungseinbruchsdiebstahl: *OLG Schleswig*, NStZ 200, 479 m. Anm. *Hellmich*, NStZ 2001, 511; *Fahl*, NJW 2001, 1699

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Das eingespielte Team"

Leitsatz:

§ 244 I Nr. 3 StGB ist auch erfüllt, wenn nach Einbruch oder Einsteigen in die Wohnräume eines Gebäudes die Wegnahmehandlung selbst aus einem (angrenzenden) Geschäftsraum erfolgt.

Sachverhalt:

Der Angekl. A, der sich durch Einbruchsdiebstähle Geld verschaffen wollte, drang zweimal in dasselbe Wohn- und Geschäftshaus ein. Es handelte sich um ein älteres Gebäude, in dessen Erdgeschoss sich neben dem Geschäft auch einige zur Wohnung gehörende private Räume, darunter das Badezimmer, befanden.

Am 10. 6. 2000 verschaffte sich der Angekl. A Zugang zu dem Gebäude, indem er eine der sechs Scheiben des von der Straße nicht einsehbaren Badezimmerfensters herauslöste, das Fenster öffnete und in das Badezimmer einstieg. Von dort gelangte er über den Flur in den Geschäftsraum, wo er 120 DM aus einer Schreibtischschublade an sich nahm und sodann mit seiner Beute das Haus durch die Wohnungseingangstür verließ.

Am Abend des nächsten Tags drang er - wie beim ersten Mal nach Herauslösen einer Fensterscheibe - in das Badezimmer ein. Bei dem Versuch, die Badezimmertür in Richtung Flur zu öffnen, stieß er die vom Geschädigten als "Alarmanlage" vor der Tür aufgestellten Gegenstände um, was erheblichen Lärm verursachte. Aus Furcht vor Entdeckung floh der Angekl. ohne die erwartete Beute durch das Badezimmerfenster. Strafbarkeit des A?

Lösung:

A. Strafbarkeit des A wegen Wohnungseinbruchsdiebstahls gem. § 244 I Nr. 3 StGB durch das Entwenden der 120 DM

I. Tatbestand

1. Grundtatbestand

a) Fremde bewegliche Sache

Bei den Geldscheinen handelte es sich um bewegliche und für den A fremde Sachen.

b) Wegnahme

Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams. Spätestens als A mit den zuvor aus der Schreibtischschublade entwendeten 120 DM das Haus verließ, hat er bestehenden fremden Gewahrsam ohne den Willen des bisherigen Gewahrsamsinhabers aufgehoben und einen Gewahrsamswechsel herbeigeführt.

c) Vorsatz

A handelte vorsätzlich hinsichtlich der äußeren Tatumstände.

d) Absicht rechtswidriger Zueignung

Ferner hatte er die Absicht, die Geldscheine unter Ausschluss des bisherigen Eigentümers (Enteignung) seinem eigenen Vermögen einzuverleiben (Aneignung). Die somit angestrebte Zueignung war auch rechtswidrig, was A auch wusste.

2. Qualifikationsmerkmale

a) Wohnung
Wohnung ist ein umschlossener und überdachter Raum, der einem Menschen vorübergehend, aber doch von gewisser Dauer als Unterkunft dient (vgl. Schönke/Schröder/Eser, § 244, Rn. 30 m.w.N.).

b) Einbrechen
Einbrechen ist das gewaltsame Öffnen von Umschließungen, die dem Eintritt in den geschützten Raum entgegenstehen. Indem A eine Scheibe des Badezimmerfensters herauslöste, hat er eine für das "gewaltsames" Handeln ausreichende Kraftanstrengung vorgenommen, so dass ein Einbrechen gegeben ist (vgl. Schönke/Schröder/Eser, StGB, § 242, Rn. 11 m.w. N.).

c) Vorsatz bzgl. der obj. Qualifikationsmerkmale
A handelte mit dem erforderlichen Vorsatz.

d) Zur Ausführung der Tat
Der Angekl. hatte auch bereits beim Eindringen in das Badezimmer der Wohnung Diebstahlsvorsatz und handelte somit zur Ausführung der Tat.

e) Wegnahme in der Wohnung selbst
Fraglich ist, ob der Tatbestand dahingehend einzuschränken ist, dass die Wegnahme in der Wohnung selbst stattfinden muss. Dazu führt der BGH aus: "§ 244 I Nr. 3 StGB setzt nicht voraus, dass die Wegnahmehandlung selbst in einer Wohnung erfolgt:

aa) Wortlaut der Vorschrift
Dies liegt bereits nach dem Wortlaut der durch das 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts (6. StrRG) vom 26. 1. 1998 in das Strafgesetzbuch eingefügten Vorschrift nahe; denn danach ist derjenige wegen Wohnungseinbruchsdiebstahls zu bestrafen, der einen Diebstahl begeht, bei dem er *zur Ausführung der Tat* in eine Wohnung einbricht, einsteigt, mit einem falschen Schlüssel oder einem anderen nicht zur ordnungsgemäßen Öffnung bestimmten Werkzeug eindringt oder sich in der Wohnung verborgen hält. Dass die fremde bewegliche Sache in der Wohnung selbst weggenommen werden muss, lässt sich dem nicht entnehmen.

bb) Wille des Gesetzgebers
Diese Auslegung steht im Einklang mit der Absicht des Gesetzgebers, dem es nicht darum ging, die Wegnahme von in der Wohnung - und damit besonders sicher - aufbewahrten Sachen schärfer zu ahnden, sondern der die mit einem Wohnungseinbruch verbundene Verletzung der Privatsphäre des Opfers unter eine erhöhte Strafdrohung stellen wollte (vgl. Hörnle, Jura 1998, 169 [171]). In der Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung wird dazu ausgeführt, dass die Erhöhung des Mindestmaßes der Freiheitsstrafe für einen Wohnungseinbruchsdiebstahl von drei auf sechs Monate deshalb erfolgen solle, weil es sich dabei um eine Straftat handele, "die tief in die Intimsphäre der Opfer" eindringe und "zu ernsten psychischen Störungen - z.B. langwierigen Angstzuständen - führen" könne; außerdem seien nicht selten "Wohnungseinbrüche mit Gewalttätigkeiten gegen Menschen und Verwüstungen der Einrichtungsgegenstände verbunden" (BT-DR 13/8587, S. 43). Dieser Schutzrichtung entspricht es, dass § 244 StGB im Gegensatz zu § 243 StGB keine Ausnahmeregelung für den Diebstahl geringwertiger Sachen kennt, da das Gewicht des Eingriffs in die Privatsphäre nicht vom Wert der Beute abhängig ist.

cc) Gesetzliche Regelung vor dem 6. StrRG
Schließlich ergibt sich auch aus der bisherigen gesetzlichen Regelung in § 243 I 2 Nr. 1 StGB, die insoweit wortgleich übernommen wurde, dass die Wegnahmehandlung nicht aus der Wohnung erfolgen muss. Diese Vorschrift ist durch das 1.StrRG vom 25.6.1969 (BGBl I, 645) mit Wirkung vom 1.4.1970 eingefügt worden. Sie stellte eine wesentliche Änderung gegenüber der bis dahin geltenden Regelung in § 243 I Nr. 2 StGB dar. Nach dieser wurde der Wohnungseinbruchsdiebstahl als Verbrechen geahndet, wenn "aus einem Gebäude oder umschlossenen Raum mittels Einbruchs, Einsteigens oder Erbrechens von Behältnissen gestohlen" wurde. Bei der Neuregelung durch das 1. StrRG wurde bewusst auf das Erfordernis, der Diebstahl müsse "aus" einem Gebäude oder umschlossenen Raum erfolgen, verzichtet, da die frühere Regelung in wesentlichen Bereichen zu ungereimten Ergebnissen geführt hatte (Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung, BT-DR IV/650, S. 403; vgl. Maurach/Schroeder/ Maiwald, StrafR BT, Teilbd. 1, 7. Aufl., Rdnr. 78). Seither genügte es, dass das Einbrechen usw. das Mittel zur Ausführung und Vollendung des dadurch geförderten, erleichterten oder ermöglichten Diebstahls war; dass "aus" einer der genannten Räumlichkeiten gestohlen wurde, war dagegen nicht mehr erforderlich (OLG Hamm, MDR 1976, 155 [156]; Dreher, StGB, 35. Aufl., § 243 Anm. 2 C; Lackner, StGB, 9. Aufl., § 243 Anm. 4 a; Blei,

StrafR II, BT, 12. Aufl., S. 190; Ruß, in: LK-StGB, 11. Aufl., § 243 Rdnr. 6). Daran hat sich durch die Aufwertung des Wohnungseinbruchsdiebstahls zum Qualifikationstatbestand nichts geändert, da die Tatmodalitäten des § 244 I Nr. 3 StGB denen des § 243 I 2 Nr. 1 StGB entsprechen (vgl. Sander/Hohmann, NStZ 1998, 273 [276]."

II. Rechtswidrigkeit und Schuld
Das Verhalten des A war auch rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis
A hat sich wegen Wohnungseinbruchsdiebstahls gem. § 244 I Nr. 3 StGB strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit des A wegen Diebstahls im besonders schweren Fall gem. §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1 StGB durch Entwenden der 120 DM
Der mitverwirklichte Diebstahl im besonders schweren Fall tritt im Wege der Gesetzeskonkurrenz (Spezialität) zurück.

C. Strafbarkeit des A wegen Hausfriedensbruchs gem. § 123 I StGB durch das Betreten des Gebäudes
Der ebenfalls verwirklichte § 123 I StGB tritt als typische Begleittat im Wege der Konsumtion zurück.

D. Strafbarkeit des A wegen versuchten Wohnungseinbruchsdiebstahls gem. §§ 244 I Nr. 3, II, 22, 23 I StGB durch das erneute Eindringen in das Badezimmer

I. Vorprüfung
Mangels Wegnahme ist die Tat nicht vollendet. Die Versuchsstrafbarkeit ergibt sich aus § 244 II StGB.

II. Tatentschluss
A handelte auch beim erneuten Betreten des Badezimmers mit der Vorstellung und dem Willen den gesetzlichen Tatbestand des § 244 I Nr. 3 StGB zu verwirklichen (s.o.).

III. Unmittelbares Ansetzen
Durch das Betreten des Badezimmers hat er sowohl hinsichtlich des Grundtatbestandes als auch bezüglich der Qualifikationsmerkmale unmittelbar angesetzt.

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

V. Persönlicher Strafaufhebungsgrund: Rücktritt gem. § 24 I 1, 1. Var. StGB
Ein Rücktritt gem. § 24 I 1, 1. Var. StGB kommt nicht in Betracht, da A nicht aus autonomen Motiven handelte, als er von der weiteren Ausführung der Tat absah. Zwar schließt die bloße Angst vor Entdeckung nicht generell die Freiwilligkeit des Handelns aus, doch liegt eine fremdbestimmte und damit unfreiwillige Aufgabe vor, wenn der Täter aufgrund konkreter Umstände glaubt, seine Entdeckung stünde unmittelbar bevor (vgl. Schönke/Schröder/Eser, StGB, § 22, Rn. 50 ff.).

VI. Ergebnis
A hat sich wegen versuchten Wohnungseinbruchsdiebstahls gem. §§ 244 I Nr. 3, II, 22, 23 I StGB strafbar gemacht.

E. Strafbarkeit des A wegen versuchten Diebstahls im besonders schweren Fall gem. §§ 242 I, II, 22, 23 I, 243 I 2 Nr. 1 StGB durch das erneute Eindringen in das Badezimmer
Der ebenfalls verwirklichte versuchte Diebstahl in einem besonders schweren Fall tritt im Wege der Spezialität zurück.

F. Strafbarkeit des A gem. § 123 I StGB wegen Hausfriedensbruchs durch das erneute Betreten des Badezimmers
Durch Betreten der Wohnung ohne den Willen des Hausrechtsinhabers hat sich A auch des Hausfriedensbruchs gem. § 123 I StGB schuldig gemacht. Da die Diebstahlstat lediglich versucht ist, tritt § 123 I StGB auch nicht im Wege der Gesetzeskonkurrenz zurück (vgl. Schönke/Schröder/Eser, § 243, Rn. 59). Allerdings kann A nur bestraft werden, wenn der Verletzte rechtzeitig einen Strafantrag gem. § 123 II StGB stellt.

G. Gesamtergebnis
A hat sich wegen vollendeten und versuchten Wohnungseinbruchsdiebstahls sowie - vorbehaltlich eines Antrags - wegen Hausfriedensbruchs strafbar gemacht.