Öffentliches Recht

Standort: Grundrechte Problem: LPartG - Legislatives Unterlassen

BVERFG, BESCHLUSS VOM 09.08.2001
1 BVR 1262/01 (NJW 2001, 3323)

Problemdarstellung:

Das BVerfG hatte in der vorliegenden Entscheidung die Frage zu beantworten, ob und wann ein gesetzgeberisches Unterlassen (hier: die verspätete Umsetzung des neuen Lebenspartnerschaftsgesetzes in Bayern) einen Grundrechtsverstoß beinhaltet.

Das Gericht stellt zunächst klar, dass eine Verfassungsbeschwerde (Vb.) grds. nur gegen einen schon vorhandenen Akt der öffentlichen Gewalt erhoben werden kann, aus Gründen der Gewaltenteilung jedoch nicht gegen ein legislatives Unterlassen. Deshalb begegne bereits die Zulässigkeit der Vb. Bedenken.

Von vornherein ausgeschlossen ist eine Vb. gegen ein Unterlassen des Gesetzgebers jedoch nicht, wie bereits §§ 92, 95 BVerfGG zeigen, die explizit von "Handeln oder Unterlassen" sprechen. Das BVerfG lässt die Zulässigkeit daher i.E. offen und prüft weiter, ob die Vb. begründet wäre, d.h. Grundrechte verletzt sind. Hierzu bedürfe es über die klassische Funktion der Grundrechte als Abwehrrechte hinaus einer positiven "Schutzpflicht des Staates" aus den Grundrechten, welche diesen zum Tätigwerden zwänge. Das BVerfG hat solche Schutzpflichten in Einzelfällen bejaht (vgl. die Vertiefungshinweise sowie Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rz. 88 ff.). Vorliegend lässt das Gericht jedoch offen, ob zum Schutz der Homosexuellen aus Art. 2 I GG eine solche Pflicht zur Umsetzung des LPartG für den bayerischen Landesgesetzgeber folgt, da solche Schutzpflichten jedenfalls nur auf evidente Verstöße hin kontrollierbar seien, und ein solcher wegen der relativ kurzen Verzögerung hier jedenfalls nicht vorliege.

Prüfungsrelevanz:

Das LPartG hat gesellschaftlich wie juristisch bereits viel Aufmerksamkeit erregt. Nicht nur die zahllosen Aufsätze (vgl. Vertiefungshinweise) belegen die Brisanz des Themas. Wie in der vorliegenden Entscheidung angesprochen, hatte sich auch das BVerfG bereits im Rahmen eines Eilantrages gem. § 32 BVerfGG auf die Initiative Bayerns hin mit der Verfassungsmäßigkeit des LPartG im Hinblick auf das Leitbild der Ehe aus Art. 6 GG zu befassen. Das Gericht hat bekanntlich den Eilantrag mit Beschluss vom 17.07.2001 abgelehnt, jedoch nicht unter Vorwegnahme der Hauptsacheprüfung, sondern nach Abwägung der Folgen allein wegen des fehlenden Eilinteresses.

Die Schutzpflichten des Staates haben besonders bei der ebenfalls gesellschaftspolitisch wie juristisch hitzig geführten Diskussion über Schwangerschaftsabbrüche eine Rolle gespielt. Dabei war zunächst zu klären, ob dem Staat überhaupt eine positive Pflicht zum Schutz des nasciturus hat, und wenn ja, in welchem Umfang diese - unter Abwägung mit den Grundrechten der werdenden Mutter - besteht (E 39, 42 und E 88, 203).

Ebenfalls vom BVerfG bejaht worden ist i.Ü. eine Schutzpflicht des Staates vor terroristischer Bedrohung (E 46, 160), ein Thema, welches angesichts der aktuellen Entwicklung in den USA seit den Attentaten vom 11. September 2001 und entsprechender Überlegungen des Bundesinnenministers zur Ausweitung von Überwachungs- und Kontrollbefugnissen staatlicher Organe wieder Bedeutung erlangt hat.

Vertiefungshinweise:

- ❑ Grundrechtsverletzung durch gesetzgeberisches Unterlassen: *BVerfGE* 6, 257, 264; 8, 1, 9; 11, 255, 261; 12, 139, 142; 23, 242, 249
- ❑ Schutzpflichten des Staates aus Grundrechten: *BVerfGE* 33, 303, 333; 36, 321, 330; 56, 54, 80
- ❑ Zur "eingetragenen Lebenspartnerschaft" vgl. die Sonderbeilage zur RA 08/2001 sowie *Scholz/Uhle*, NJW 2001, 393; *Beck*, NJW 2001, 1894; *Diederichsen*, NJW 2000, 1841; *Krings*, ZRP 2000, 409; *Schwab*, FamRZ 2001, 385; *Griwotz*, DNotZ 2001, 280

Leitsatz (der Redaktion):

Der bayerische Landesgesetzgeber hat durch die verzögerte Umsetzung des Lebenspartnerschaftsgesetzes keine Grundrechte von homosexuellen Paaren verletzt.

Sachverhalt:

Die Verfassungsbeschwerde betraf die bis dahin im Freistaat Bayern nicht erfolgte Ausführung des

Gesetzes zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften (LPartG) vom 16. 2. 2001 (BGBl I, 266), das am 1.8.2001 in Kraft getreten ist.
Die Bf., die ihren Wohnsitz in Bayern haben, wollten nach diesem Gesetz Lebenspartnerschaften begründen, sahen sich aber daran gehindert, weil im Freistaat Bayern noch keine Ausführungsvorschriften für das Bundesgesetz erlassen worden waren. Mit ihrer Verfassungsbeschwerde begehrten sie zum einen die Feststellung, dass das Unterlassen des Freistaats Bayern ihre Grundrechte aus Art. 1 I, 2 I und Art. 3 I GG verletze, zum anderen beantragten sie, den Freistaat Bayern zu verpflichten, umgehend durch geeignete Maßnahmen sicher zu stellen, dass sie ihre Lebenspartnerschaften schnellstmöglich, wenn nicht schon zum 1.8.2001, eintragen lassen können, und stellten hierzu den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung.
Die Verfassungsbeschwerde wurde nicht zur Entscheidung angenommen.

Aus den Gründen:
Die Voraussetzungen für die Annahme der Verfassungsbeschwerde liegen nicht vor. Die Verfassungsbeschwerde begegnet schon Bedenken hinsichtlich ihrer Zulässigkeit. Das kann jedoch dahinstehen. Der Verfassungsbeschwerde kommt weder grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung zu (§ 93a II lit. a BVerfGG), noch ist ihre Annahme zur Durchsetzung von Grundrechten der Bf. angezeigt (§ 93a II lit. b BVerfGG). Denn die Verfassungsbeschwerde hat keine Aussicht auf Erfolg.

A. Tauglicher Beschwerdegegenstand
Die mit ihr aufgeworfenen verfassungsrechtlichen Fragen zur Zulässigkeit und Begründetheit von Verfassungsbeschwerden, mit denen ein Unterlassen gesetzgeberischen Handelns gerügt wird, sind in der Rechtsprechung des BVerfG hinreichend geklärt.
Danach kann grundsätzlich nur ein erlassenes Gesetz, nicht aber ein Unterlassen des Gesetzgebers Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde sein (BVerfGE 1, 97, 100). Ausnahmen hiervon bilden die Fälle, in denen sich ein Bf. auf einen ausdrücklichen Auftrag des Grundgesetzes berufen kann, der Inhalt und Umfang der Gesetzgebungspflicht im Wesentlichen bestimmt (vgl. BVerfGE 23, 242, 249).

B. Verletzung von Art. 2 I GG
Das Verfahren gibt auch keine Veranlassung, die Frage zu erörtern, ob mit der Verfassungsbeschwerde ein Unterlassen des Gesetzgebers unter Hinweis auf die im Wege der Verfassungsinterpretation aus den Grundrechten herzuleitenden Schutzpflichten gerügt werden kann. Auch wenn man einen Anspruch des Einzelnen auf Tätigwerden des Landesgesetzgebers zur Realisierung der ihm vom Bundesgesetzgeber durch Gesetz eingeräumten Rechte annehmen wollte, wäre die Verfassungsbeschwerde im Ergebnis erfolglos.

I. Prüfungsumfang: Nur Evidenzkontrolle
Das BVerfG kann im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde, die auf eine aus Art. 2 I GG hergeleitete Schutzpflicht gestützt wird, jedenfalls erst dann eingreifen, wenn der Gesetzgeber diese Pflicht evident verletzt hat (vgl. BVerfGE 56, 54, 80). Dies folgt aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung und dem Demokratieprinzip.

II. Kein evidenter Verstoß des bayerischen Gesetzgebers
Es ist jedoch weder ausreichend dargetan noch ersichtlich, dass der Bayerische Gesetzgeber eine solche Pflicht - ihre rechtliche Existenz unterstellt - in nachhaltiger und damit evidenter Weise verletzt haben könnte.

1. Keine gänzliche Untätigkeit
Sowohl die Bayerische Staatsregierung als auch der Bayerische Landtag sind nicht gänzlich untätig geblieben. So liegt dem Bayerischen Landtag schon ein Gesetzentwurf der SPD-Landtagsfraktion vor, über den noch nicht abschließend beraten worden ist. Nach der vom Gericht eingeholten Auskunft der Bayerischen Staatsregierung hat der Bayerische Ministerrat am 31. 7. 2001 den Entwurf eines Gesetzes zur Ausführung des Lebenspartnerschaftsgesetzes beschlossen. Am selben Tag ist dieser Entwurf dem Bayerischen Landtag zugeleitet worden. Dies begründet die Annahme, dass der Bayerische Gesetzgeber ein Ausführungsgesetz zum Lebenspartnerschaftsgesetz erlassen wird.

2. Nur kurze, unbeabsichtigte Verzögerung
Dass im Freistaat Bayern das Lebenspartnerschaftsgesetz wegen des noch nicht vom Bayerischen Landtag abgeschlossenen Gesetzgebungsverfahrens später als in den meisten anderen Bundesländern zur Ausführung gelangt, begründet - eine Pflicht des Landesgesetzgebers zum Handeln unterstellt - allein noch keine evidente Pflichtverletzung. Eine solche könnte sich erst dann abzeichnen, wenn die durch das Lebenspartnerschaftsgesetz eingeräumten Rechtspositionen den Betroffenen über einen längeren Zeitraum verschlossen blieben und diese Dauer auf eine erkennbare Absicht schließen ließe, der Gesetzgeber wolle seine etwaige Handlungspflicht unterlaufen. Hierfür gibt es jedoch keine Anhaltspunkte.

Die Bayerische Staatsregierung hat zunächst darauf gehofft, das In-Kraft-Treten des von ihr für verfassungswidrig erachteten Gesetzes durch ihren zulässigen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung vor dem BVerfG hinausschieben zu können, womit ein landesgesetzgeberisches Handeln vorläufig nicht erforderlich gewesen wäre. Nach Erfolglosigkeit dieses Antrags verhindert derzeit die Ende Juli eingetretene Sommerpause des Landesparlaments die Beratung der bereits in den Landtag eingebrachten Ausführungsgesetzentwürfe. Von der Einberufung des Landtags zu einer Sondersitzung, wie sie die Bf. fordern, konnte abgesehen werden, zumal eine Sitzung ohnehin nicht ausreichte, um ein Gesetzgebungsverfahren ordnungsgemäß durchfuhren zu können. Nach Einschätzung der Bayerischen Staatsregierung erscheint überdies eine zeitliche Perspektive für den Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens und das In-Kraft-Treten des Gesetzes gegen Ende Oktober 2001 durchaus realistisch. Erfolgte das Gesetzgebungsverfahren in einem solchen zeitlichen Ablauf, entspräche dies unter den gegebenen Umständen sogar dem Begehren der Bf. nach einem schnellstmöglichen Handeln, das ihnen die Eintragung ihrer Lebenspartnerschaft ermöglicht.

C. Verletzung von Art. 3 I GG

Ein Verstoß gegen Art. 3 I GG liegt ebenfalls nicht vor. Die Träger hoheitlicher Gewalt sind zur Gleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte nur in ihrem Zuständigkeitsbereich verpflichtet (vgl. BVerfGE 21, 54, 68; 76, 1, 73; 79, 127, 158).

Standort: § 41 VwVfG Problem: "Drei-Tages-Fiktion"

OVG MÜNSTER, BESCHLUSS VOM 07.03.2001
19 A 4216/99 (NVWZ 2001, 1171 = NWVBL 2001, 429)

Problemdarstellung:

Das OVG Münster hatte sich mit der Frage auseinander zu setzen, wann genau die Widerspruchsfrist beginnt, wenn der belastende Verwaltungsakt per Post an ein Postfach des Widerspruchsführers (bzw. im Fall: seines Rechtsanwalts) geschickt worden ist.

Nach der "Drei-Tages-Fiktion" des § 41 II VwVfG NW (insoweit identisch mit § 41 II VwVfG des Bundes) ist der gem. § 70 I VwGO für den Fristbeginn maßgebliche Zeitpunkt der Bekanntgabe der dritte Tag nach Aufgabe des Bescheids zur Post, wenn der Bescheid nicht tatsächlich später oder gar nicht zugegangen ist.

Voliegend stellten sich die Besonderheiten, dass zum einen der Bescheid an eine Postfach-Adresse geschickt wurde, zum anderen der nach der "Drei-Tages-Fiktion" ermittelte Bekanntgabetag auf einen Samstag fiel.

Das Gericht stellt zunächst klar, dass die Widerspruchsfrist über § 41 II VwVfG auch auf einem Samstag, Sonn- oder Feiertag beginnen kann. Der Gesetzgeber hat lediglich vielfach geregelt, dass eine Frist auf einem solchen Tag nicht enden kann (§§ 31 III VwVfG, 222 II ZPO und 193 BGB). Das OVG prüft kurz eine Analogie, lehnt diese jedoch mangels planwidriger Regelungslücke ab, wobei die hierfür gegebene Begründung eher gegen die Analogievoraussetzung der vergleichbaren Interessenlage spricht.

Sodann wird ausgeführt, dass es auch bei einem Postfach nicht auf die tatsächliche Kenntnisnahme ankomme, sondern die Möglichkeit derselben genüge. Da ein Postfach auch an einem Samstag geleert werden könne, komme es für den Fristbeginn nicht darauf an, dass die tatsächliche Kenntnisnahme erst am folgenden Montag (nach dem über die "Drei-Tages-Fiktion" ermittelten Bekanntgabezeitpunkt) erfolgt sei. Ob dies nur gelte, wenn nach der Verkehrsauffassung tatsächlich noch mit einer Leerung am selben Tag zu rechnen sei (was streitig ist), konnte im vorliegenden Fall offen bleiben.

Prüfungsrelevanz:

Fristprobleme sind im Examen beliebt, weil sie sich leicht in die Zulässigkeitsprüfung eines Rechtsbehelfs einbauen lassen. Die hier relevante "Drei-Tages-Fiktion" findet sich i.Ü. nicht nur in dem für die "Bekanntgabe" relevanten § 41 II VwVfG, sondern auch in § 4 VwZG, wenn es - wie etwa bei der Klagefrist des § 74 I 1 VwGO - auf die "Zustellung" eines Bescheids ankommt. § 56 II VwGO enthält einen entsprechenden Verweis.

Zu den vom OVG ausführlich dargelegten Voraussetzungen an die Rüge eines tatsächlich späteren oder ganz ausgebliebenen Zugangs des Bescheids i.S.d. § 41 II, 2. Hs VwVfG sei darauf hingewiesen, dass mit dem OVG Münster sauber zwischen verspätetem und ausgebliebenem Zugang zu unterscheiden ist: Bei verspätetem Zugang könne und müsse der Betroffene darlegen, wann und unter welchen Umständen er den Bescheid tatsächlich erhalten habe, um in den Genuss des späteren Fristbeginns zu kommen. Dies sei ihm zumutbar und möglich. Die bloße Behauptung, er habe den Bescheid später erhalten, genüge also nicht den Anforderungen

an die Darlegungslast. Habe er hingegen den Bescheid überhaupt nicht erhalten, könne er regelmäßig gar nicht darlegen, warum dies geschehen sei, da sich die näheren Umstände seiner Kenntnis entziehen. Hier müsse die bloße Angabe des potenziellen Empfängers genügen, dass der Zugang ausgeblieben sei (OVG Münster, NWVBl 1996, 233, allerdings unter dem ausdrücklichen Hinweis, dass dies nur für den Empfänger gelte).

Vertiefungshinweise:

❑ Zur "Drei-Tages-Fiktion" bei Übermittlung via Postfach: *FG Saarbrücken*, NVwZ 2001, 1199

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Waffenbesitzkarte"

❑ *Examenskurs*: "Ausgespielt"

Leitsätze:

1. Die Vermutung des § 41 II VwVfG NW, dass ein durch die Post übermittelter schriftlicher Verwaltungsakt mit dem dritten Tage nach der Aufgabe zur Post als bekannt gegeben gilt, greift auch dann ein, wenn der dritte Tag auf einen Samstag, Sonntag oder Feiertag fällt.

2. Die Vermutung des § 41 II VwVfG NW wird nicht durch die bloße Behauptung widerlegt, den Verwaltungsakt erst nach dem vermuteten Zeitpunkt erhalten zu haben.

3. Bei Rechtsanwälten kann erwartet werden, dass sie ihr Postfach auch an Samstagen leeren, sofern eine Abholmöglichkeit besteht.

Sachverhalt:

Der Bekl. zog den Kl. mit Bescheid vom 24.6.1997 zu den Kosten für die Bestattung seiner verstorbenen Schwester heran. Der Bescheid ist den Prozessbevollmächtigten des Kl. mit einfachem Brief übersandt worden und in deren Kanzlei mit dem Eingangsstempel 30. 6. 1997, einem Montag, abgestempelt worden. Samstags wird in der Kanzlei nicht gearbeitet. Mit Schreiben seiner Prozessbevollmächtigten vom 28. 7. 1997, beim Bekl. eingegangen am 29.7.1997, erhob der Kl. Widerspruch, der mit Widerspruchsbescheid vom 20. 11. 1997 als unzulässig zurückgewiesen wurde. Das VG gab der Klage des Kl. statt. Auf die zugelassene Berufung des Bekl. wies das OVG die Klage als unzulässig ab.

Aus den Gründen:

Der Kl. hat gegen den mit einer ordnungsgemäßen Rechtsbehelfsbelehrung versehenen Bescheid des Bekl. vom 24. 6. 1997 nicht innerhalb der Widerspruchsfrist, die gem. § 70 I VwGO einen Monat beträgt, Widerspruch erhoben. Der Kl. hat auch keinen Anspruch auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und der Bekl. hat sich nicht in der Weise auf die Klage eingelassen, dass die Versäumung der Widerspruchsfrist unerheblich wäre.

A. Fristversäumnis

Der Widerspruch des Kl. vom 28. 7. 1997 ist am 29. 7. 1997 beim Bekl. eingegangen, er hätte jedoch spätestens am 28. 7. 1997 eingehen müssen, weil die Widerspruchsfrist gem. § 41 II VwVfG NW am 28. 6. 1997 zu laufen begann. Nach dieser Vorschrift gilt ein schriftlicher Verwaltungsakt, der durch die Post im Geltungsbereich dieses Gesetzes übermittelt wird, mit dem dritten Tag nach der Aufgabe zur Post als bekannt gegeben, außer wenn er nicht oder zu einem späteren Zeitpunkt zugegangen ist; im Zweifel hat die Behörde den Zugang des Verwaltungsaktes und den Zeitpunkt des Zugangs nachzuweisen.

I. Aufgabe zur Post

Der Bescheid vom 24. 6. 1997 ist zur Überzeugung des Senats am 25. 6. 1997 zur Post gegeben worden. Dabei kann dahinstehen, ob die Aufgabe zur Post etwa durch das Datum "25.06.97", das der zuständige Sachbearbeiter neben seiner Unterschrift unter dem in den Verwaltungsvorgängen enthaltenen Bescheid hinzugefügt hat und für ihn nach seiner Versicherung vom 13. 11. 1997 das Absendedatum bedeutet, ordnungsgemäß und hinreichend in den Verwaltungsvorgängen vermerkt worden ist. Bei der hier erfolgten und entgegen der nicht näher begründeten Auffassung des Kl. rechtlich zulässigen Übersendung des Bescheides vom 24. 6. 1997 mit einfachem Brief ist anders als bei der Zustellung durch die Post mittels eingeschriebenen Briefes (§ 4 II VwZG) ein Vermerk in den Akten über den Tag der Aufgabe zur Post nicht vorgeschrieben (vgl. zu den Anforderungen des Aktenvermerks gem. § 4 II VwZG und den Folgen des Fehlens eines solchen Vermerks BVerwG, NVwZ 1985, 900; Engelhardt/App, VwVG/VwZG, 4. Aufl. [1996], § 4 VwZG Anm. 8, S. 182). Es genügt, dass die Behörde auf andere Weise - nachträglich - den ihr obliegenden Nachweis über den Tag der Aufgabe zur Post führt. Dieser Nachweis ist hier geführt. Zur Überzeugung des Senats folgt aus der Versicherung des zuständigen Sachbearbeiters vom 13. 11. 1997, dass der Bescheid vom 24. 6. 1997 tatsächlich am 25. 6. 1997 zur Post gegeben worden ist [wird ausgeführt].

II. Drei-Tages-Fiktion

Nach § 41 II Halbs. 1 VwVfG NW gilt damit der Bescheid vom 24. 6. 1997 als mit dem dritten Tag nach der Aufgabe zur Post und damit am 28. 6. 1997 als bekannt gegeben.

Dem steht nicht entgegen, dass der 28. 6. 1997 ein

Samstag war. Die Vermutung der Bekanntgabe gem. § 41 II VwVfG NW greift ebenso wie die Vermutung der Zustellung gem. § 4 II Halbs. 1 VwZG auch dann ein, wenn der für die Bekanntgabe bzw. Zustellung maßgebende dritte Tag nach der Aufgabe zur Post auf einen Samstag, Sonntag oder Feiertag fällt (BFH, NJW 2000, 1742 und BayVBl 1986, 413, 414; VGH Mannheim, NVwZ 1992, 799, 800; VGH München, NJW 1991, 1250; OVG Münster, NVwZ 1982, 564; Engelbardt/App, § 4 VwZG Anm. 4, S. 180; Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 56 Rdnr. 44, jew. m.w.N.; offen gelassen für den Fristbeginn an einem Sonntag BVerwG, NJW 1983, 2344, 2345).
Eine analoge Anwendung der auf das Ende einer Frist abstellenden Regelungen in § 31 III 1 VwVfG NW und § 193 BGB kommt nicht in Betracht (so aber Stelkens/Bonk, VwVfG, 5. Aufl. [1998], § 41 Rdnr. 66; Knack/Hennecke, VwVfG, 4. Aufl. [1994], § 41 Rdnr. 5.5.2; Obermayer, VwVfG, 2. Aufl. [1990], § 41 Rdnr. 38, jew. m.w.N.). Nach diesen Vorschriften endet eine Frist mit dem Ablauf des nächstfolgenden Werktages, wenn die Frist an einem Samstag, Sonntag oder Feiertag abläuft. Für eine analoge Anwendung der §§ 31 III 1 VwVfG NW, 193 BGB wäre aber nur dann Raum, wenn der Wortlaut des § 41 II VwVfG NW, gemessen an dem Sinn und Zweck dieser Vorschrift, zu eng geraten wäre und damit eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes vorläge (vgl. zu dieser Anforderung BGH, NJW 1988, 2109, 2110 und BGHZ 65, 300, 302). Das ist nicht der Fall. Mit den Regelungen in §§ 31 III 1 VwVfG NW, 193 BGB wird dem Umstand Rechnung getragen, dass es regelmäßig Schwierigkeiten bereitet, eine Frist einzuhalten, deren Ende nicht auf einen Werktag fällt. Demgegenüber hat der Gesetzgeber, obwohl der nach § 41 II VwVfG NW vermutete Tag der Bekanntgabe nicht selten ein Samstag, Sonntag oder Feiertag ist, zu Recht keinen Anlass gesehen, eine ohne weiteres mögliche Einschränkung dieser Vermutung in das Gesetz aufzunehmen. Die Vorschrift des § 41 II VwVfG NW ist deshalb nicht zu eng geraten, weil es den Adressaten eines Verwaltungsaktes nicht in unverhältnismäßiger Weise belastet, wenn die Vermutung der Bekanntgabe auf einen Samstag, Sonntag oder Feiertag fällt. Abgesehen davon, dass die Vermutung des § 41 II VwVfG NW auch dann zu Gunsten des Adressaten eines Bescheides eingreift, wenn die Bekanntgabe tatsächlich bereits vor dem vermuteten Tag der Bekanntgabe erfolgte, wird nach § 41 VwVfG NW lediglich der Bekanntgabetag und damit der Tag des Beginns einer Frist vermutet, an dem keine Handlung vorzunehmen ist, während es in den Fällen der §§ 31 II [sic!] VwVfG NW, 193 BGB um die Frage geht, ob an einem Samstag, Sonntag oder Feiertag eine bestimmte Handlung vorzunehmen oder eine Willenserklärung abzugeben ist, was an diesen Tagen typischerweise Schwierigkeiten bereitet. Speziell für den Samstag, um den es hier geht, kommt hinzu, dass die Post ebenso wie an anderen Werktagen Briefe austrägt. Die Vermutung des § 41 II VwVfG NW belastet den Adressaten des Verwaltungsaktes auch deshalb nicht unverhältnismäßig, weil er die Vermutung nach § 41 II Halbs. 2 VwVfG NW widerlegen kann und in diesem Fall der Tag des tatsächlichen - späteren - Zugangs für den Beginn der Frist maßgeblich ist. Dadurch ist sichergestellt, dass dem Adressaten des Verwaltungsaktes keine Nachteile erwachsen, wenn eine Bekanntgabe innerhalb der Drei-Tages-Frist des § 41 II VwVfG NW tatsächlich unmöglich war.

III. Kein späterer Zugang

Es liegen auch nicht im Sinne des § 41 II Halbs. 2 VwVfG NW Zweifel daran vor, dass der Bescheid vom 24. 6. 1997 den Prozessbevollmächtigten des Kl. spätestens am 28. 6. 1997 zugegangen ist.

1. Anforderungen an das Bestreiten des fiktiven Bekanntgabezeitpunkts

Das Bestreiten des nach § 41 II Halbs. 1 VwVfG NW vermuteten Zeitpunkts der Bekanntgabe erfordert die substanziierte Darlegung von Tatsachen, aus denen schlüssig die nicht entfernt liegende Möglichkeit hervorgeht, dass ein Zugang des Bescheides erst nach dem von § 41 II Halbs. 1 VwVfG NW vermuteten Zeitpunkt erfolgte (vgl. nur BFH, NJW 2000, 1742 und NVwZ-RR 1999, 104, 105; OVG Münster, NVwZ-RR 1995, 550). Das bloße Bestreiten, den Bescheid zu dem vermuteten Zeitpunkt erhalten zu haben, genügt nicht (vgl. aber für den Fall, dass der Empfänger den Zugang als solchen überhaupt bestreitet, OVG Münster, NVwZ 1995, 1228, 1229). Mit dem Verlangen nach einer substanziierten Darlegung von Tatsachen, aus denen sich schlüssig die nicht entfernt liegende Möglichkeit ergibt, dass ein Zugang erst nach dem gem. § 41 II VwVfG NW vermuteten Zeitpunkt erfolgt ist, wird dem Adressaten des Verwaltungsaktes nichts Unmögliches zugemutet (darauf abstellend OVG Münster, NVwZ 1995, 1228). Von dem Adressaten kann die substanziierte Darlegung erwartet werden, welche konkreten Vorkehrungen er getroffen hat, um einen zuverlässigen Eingang der an ihn gerichteten Post und eine hinreichende Kontrolle der eingehenden Post zu gewährleisten. Hierbei handelt es sich um Maßnahmen, die in seinem Kenntnis- und Einflussbereich liegen. Soweit er sich auf außerhalb seines Kenntnis- und Einflussbereichs liegende Tatsachen beruft, die den Nichtzugang oder einen von der Vermutung des § 41 II VwVfG NW abweichenden späteren Zugang verursacht haben sollen, ist der Adressat allerdings in der Regel nicht in der Lage, konkrete Einzelheiten

darzutun. Dem ist dadurch Rechnung zu tragen, dass es in solchen Fällen zwar genügt, die geltend gemachten Tatsachen insoweit substanziiert darzulegen, als sie dem Adressaten bekannt sind oder bekannt sein müssen, dass andererseits aber aus diesen Tatsachen schlüssig die nicht entfernt liegende Möglichkeit des Nichtzugangs oder eines von der Vermutung des § 41 II VwVfG NW abweichenden späteren Zugangszeitpunktes hervorgehen muss. Fehlt es an letzterem, liegen keine Zweifel i. S. des § 41 II Halbs. 2 VwVfG NW vor. Denn der Zweck dieser Regelung, der Behörde nur bei Zweifeln an der Vermutung des § 41 II Halbs. l VwVfG NW den Nachweis über den Zugang und den Zeitpunkt des Zugangs aufzuerlegen, würde leer laufen, wenn jede auch noch so entfernt liegende Möglichkeit die Beweispflicht der Behörde begründen würde.

2. Keine hinreichende Darlegung durch den Kl.

Der Kl. ist im vorliegenden Verfahren seinen Darlegungspflichten nicht nachgekommen. Er hat nicht substanziiert Tatsachen vorgetragen, aus denen schlüssig hervorginge, dass der Bescheid vom 24. 6. 1997 seinen Prozessbevollmächtigten erst am 30. 6. 1997 bekannt gegeben worden ist.

a. Tatsächliche Kenntnisnahme irrelevant

Rechtlich unerheblich ist, dass seine Prozessbevollmächtigten den Bescheid erst am 30. 6. 1997 tatsächlich zur Kenntnis genommen haben. Eine spätere tatsächliche Kenntnisnahme begründet als solche keine Zweifel an dem von § 41 II Halbs. 1 VwVfG NW vermuteten Tag der Bekanntgabe. Für die Bekanntgabe eines Verwaltungsaktes kommt es nämlich entsprechend § 130 BGB auf den Zugang und damit auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme, nicht aber auf die tatsächliche Kenntnisnahme des Verwaltungsaktes an (vgl. nur BVerwG, Buchholz 316, § 41 VwVfG, Nr. 2, S. 1). Dem entsprechend wird nach § 41 II Halbs. 1 VwVfG NW der Tag des Zugangs vermutet, nicht aber der Tag der tatsächlichen Kenntnisnahme des Bescheides, und müssen nach dem eindeutigen Wortlaut des § 41 II Halbs. 2 VwVfG NW Zweifel am Zugang oder an dem Zeitpunkt des Zugangs vorliegen.

b. Zugang über ein Postfach

Zweifel an der nach § 41 II Halbs. 1 VwVfG NW vermuteten Bekanntgabe am 28. 6. 1997 ergeben sich auch nicht aus dem Vortrag des Kl., der über das Postfach seiner Prozessbevollmächtigten übermittelte Bescheid vom 24. 6. 1997 sei in deren Kanzlei, in der Samstags nicht gearbeitet werde, mit dem Eingangsstempel vom 30. 6. 1997 abgestempelt worden.

aa. Bekanntgabezeitpunkt bei Einlegung ins Postfach

Dabei kann dahinstehen, ob bei der hier erfolgten Übersendung eines Bescheides über ein Postfach die Bekanntgabe an dem Tag erfolgt, an dem der Bescheid in das Postfach des Empfängers einsortiert worden ist (so BVerwG, NJW 1964, 788; VGH München, BayVBl 1983, 439; Scboch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, § 70 Rdnr. 25 m.w.N.), oder ob eine Bekanntgabe am Tag der Einsortierung in das Postfach nur dann anzunehmen ist, wenn nach der Verkehrsauffassung erwartet werden kann, dass das Postfach noch an diesem Tag geleert wird (so BVerwG, DVBl 1961, 827 und NJW 1960, 1587; BFH, NJW 2000, 1742; BSG, MDR 1978, 83; VGH Kassel, NJW 1968, 1979, 1980; Redeker/v. Oertzen, VwGO, 13. Aufl., § 70 Rdnr. 4; Eyermann/Fröhler, VwGO, 10. Aufl., § 70 Rdnr. 6; Knack-Hennecke, § 41 Anm. 5.2.1; offen gelassen BAG, NJW 1986, 1373, 1374). Der Kl. hat weder substanziiert dargelegt, dass der Bescheid vom 24. 6. 1997 nach dem von § 41 II Halbs. 1 VwVfG NW vermuteten Zeitpunkt in das Postfach seiner Prozessbevollmächtigten einsortiert worden ist, noch substanziiert vorgetragen, dass nach der Verkehrsauffassung eine Leerung des Postfachs erst am 30. 6. 1997 erwartet werden konnte.

bb. Kein Zugangsbeleg durch Eingangsstempel des Rechtsanwalts

Der Eingangsstempel vom 30. 6. 1997 belegt nicht, dass der Bescheid erst an diesem Tag in das Postfach der Prozessbevollmächtigten einsortiert worden ist. Das Postfach ist unstreitig am 28.6.1997 nicht geleert worden, weil in der Kanzlei des Prozessbevollmächtigten (auch) an diesem Samstag nicht gearbeitet worden ist. Da nichts dafür vorgetragen worden ist, dass bei der am 30. 6. 1997 erfolgten Abholung der in das Postfach einsortierten Post kontrolliert worden ist, welche Briefe bereits am Samstag eingelegt worden waren, und dass eine solche Kontrolle am Montag überhaupt noch möglich gewesen wäre, ist nicht auszuschließen, dass alle bereits am 28. 6. 1997 in das Postfach einsortierten Postsendungen und damit - nach der Vermutung des § 41 II VwVfG NW - auch der Bescheid vom 24. 6. 1997 ebenso wie die am 30. 6. 1997 in das Postfach eingelegten Briefe jeweils den Eingangsstempel 30. 6. 1997 erhalten haben.

Nach der Verkehrsauffassung konnte von den Prozessbevollmächtigten des Kl. erwartet werden, dass ihr Postfach am 28.6.1997 geleert wurde. Rechtsanwälte, die für Dritte Rechtsangelegenheiten wahrnehmen, müssen regelmäßig mit dem Eingang fristgebundener Erklärungen rechnen. Fristen können, wie ausgeführt, insbesondere auch an Samstagen zu laufen beginnen. Vor diesem Hintergrund muss ein Rechtsanwalt dafür Sorge tragen, dass sämtliche seine Mandanten betreffenden Schriftstücke abgeholt

werden, sofern und sobald dies möglich ist. Unterlässt er dies, handelt er auf eigenes Risiko (BFH, NJW 2000, 1742). Eine Abholmöglichkeit bestand für die Prozessbevollmächtigten des Kl. [auch] am 28. 6. 1997 [wird ausgeführt].

B. Keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand
Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 70 II i. V. mit § 60 I bis IV VwGO) hat der anwaltlich vertretene Kl. weder im Verwaltungsverfahren noch im gerichtlichen Verfahren beantragt. Der Senat sieht auch das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand von Amts wegen (§ 60 I 4 VwGO) als nicht gegeben an.

C. Keine "rügelose Einlassung"
Der Bekl. hat sich auch nicht in der Weise auf die Klage eingelassen, dass die Versäumung der Widerspruchsfrist unerheblich wäre. Er hat sich im gerichtlichen Verfahren stets auf die Versäumung der Widerspruchsfrist berufen und sich lediglich "vorsorglich" bzw. "für den Fall, dass die Klage zulässig wäre", sachlich auf die Klage eingelassen.

Standort: Art. 12 GG — Problem: "Berufsregelnde Tendenz"

OVG MÜNSTER, BESCHLUSS VOM 23.03.2001
4 A 2560/00 (NWVBL 2001, 431)

Problemdarstellung:
Das OVG Münster hatte vorliegend über die Voraussetzungen für einen mittelbaren Eingriff in die Berufsfreiheit des Art. 12 GG zu befinden. BVerwG und BVerfG fordern hierfür eine sogen. "berufsregelnde Tendenz". Darunter ist zunächst eine Maßnahme zu verstehen, die *final* in die Berufsfreiheit eingreift ("subjektiv berufsregelnde Tendenz"). Diese Rspr. greift das OVG auf, indem es prüft, welche Absichten mit der hier in Rede stehenden Vergabe des sogen. "Blauen Engels" verfolgt werden.

Darüber hinaus ist anerkannt, dass dem finalen Eingriff solche Maßnahmen gleichstehen, die eine besonders hohe Belastungsintensität für den Betroffenen aufweisen ("objektiv berufsregelnde Tendenz"). Hierauf geht das OVG nur ansatzweise ein, indem es ausführt, die behaupteten Umsatzeinbußen der Kl. seien nicht notwendigerweise auf die Vergabe des "Blauen Engels" zurückzuführen.

Prüfungsrelevanz:
Die Frage, ob eine Maßnahme mittelbar in die Berufsfreiheit eingreift, hat insbes. im Hinblick auf die staatlichen Warnungen gleichermaßen praktische Bedeutung wie Examensrelevanz erlangt. Die RA hat hierüber erst in der letzten Ausgabe berichtet (RA 2001, 561 m.w.N.). Die fortwährende Aktualität des Themas wird durch immer neue Fallkonstellationen gewährleistet (Glykol im Wein; Jugendsekten; BSE-Erreger im Rindfleisch etc.). Zentraler Streitpunkt ist immer die Frage, ob die staatliche Stelle eine Ermächtigungsgrundlage für die von ihr ausgesprochene Warnung benötigt, was nach der "Wesentlichkeitstheorie" des BVerfG zunächst und vor allem bei einem Grundrechtseingriff der Fall ist. Diesbezügl. kommt häufig Art. 12 GG in Betracht, wobei sich dann das hier erörterte Problem stellt, unter welchen Voraussetzungen eine mittelbare Schutzbereichsbetroffenheit einen "Eingriff" darstellt. Bejaht man einen solchen, stellt sich die weitere Frage, ob eine Ermächtigungsgrundlage vorhanden ist. § 8 ProdSichG liefert unproblematisch eine solche, scheitert allerdings für die häufig anzutreffenden Warnungen auf Ministerebene schon an der Unzuständigkeit derselben. Es bleibt dann die - höchst streitige - Frage, ob bereits die Zuständigkeit zur Öffentlichkeitsarbeit (aus dem Ressortprinzip, vgl. Art. 65 S. 2 GG für Bundesminister) i.V.m. dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügt, was die Rspr. bejaht, die Lit. ganz überwiegend verneint.

In Klausuren lässt sich die Problematik z.B. über eine Verfassungsbeschwerde oder einen Unterlassungsanspruch gegen die Warnungen, aber auch über Amtshaftungsansprüche wegen eingetretener Umsatzeinbußen abprüfen.

Vertiefungshinweise:
- ❑ "Berufsregelnde Tendenz" in der Rspr.: *BVerfGE* 13, 181, 185; 54, 270; 82, 209, 223; *BVerwGE* 71, 183; 87, 37; VG Köln, RA 1999, 476 = NVwZ 1999, 912
- ❑ Überblicke zu staatl. Warnungen: *Lege*, DVBl 1999, 569; *Di Fabio*, JuS 1997, 1
- ❑ Weitere Literaturbeiträge: *Di Fabio*, JZ 1993, 689, 694 ff.; *Schoch*, DVBl 1991, 667

Kursprogramm:
- ❑ *Examenskurs*: "Trockenfisch"
- ❑ *Examenskurs*: "Der Minister und die Sekte"

Leitsatz:
Die Vergabe des Umweltzeichens "Blauer Engel" an bestimmte Arbeitsplatz-Computer greift nicht in

die Berufsfreiheit eines Unternehmers ein, der PVC-Grundstoffe für nicht mit dem Umweltzeichen gekennzeichnete Geräte herstellt und vertreibt.

Sachverhalt:
Die Klägerin, ein in England ansässiges Unternehmen, das Grundstoffe für die Produktion von Gebrauchsgegenständen aus PVC, u. a. Arbeitsplatz-Computern, herstellt und vertreibt, wendet sich dagegen, dass der Beklagte mit anderen Unternehmen Verträge über die Benutzung des Umweltzeichens RAL-UZ 78 in den Fassungen ab März 1996 für umweltgerecht konstruierte Arbeitsplatz-Computer (sog. "Blauer Engel") abschließt. Ihre Klage wies das VG ab und führte zur Begründung u. a. aus, es komme nicht darauf an, ob die Vergabe des Umweltzeichens durch den Beklagten einer gesetzlichen Grundlage bedürfe. Denn der Abschluss von Benutzungsverträgen stelle keinen Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG dar, den die Klägerin als in der Europäischen Union ansässiges Unternehmen abwehren könne. Den Antrag auf Zulassung der Berufung lehnte das OVG ab.

Aus den Gründen:
Das Vorbringen der Klägerin begründet keine ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO). Dies gilt zunächst im Hinblick auf ihre Ausführungen zu Art. 12 Abs. 1 GG.

A. Mittelbarer Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 I GG
Die Vergabe des Umweltzeichens "Blauer Engel" für bestimmte Personal-Computer beeinträchtigt die Klägerin zwar nicht unmittelbar in ihren beruflichen Betätigungsmöglichkeiten. Sie kann sich aber mittelbar dadurch nachteilig auf ihre Absatzchancen auswirken, dass Kunden und Händler sich für die damit gekennzeichneten Produkte entscheiden und deshalb der Absatz der von der Klägerin hergestellten und vertriebenen PVC-Grundstoffe, die in den gekennzeichneten Geräten nicht verwendet werden, zurückgeht.

B. Jedoch keine berufsregelnde Tendenz
Dass auch solche mittelbaren Wirkungen unter bestimmten Voraussetzungen Eingriffe in Art. 12 Abs. 1 GG darstellen können, ist anerkannt (vgl. BVerwGE 71, 183, 191 [Veröffentlichung von Arzneimittel-Transparenzlisten]; 87, 37, 42 [Veröffentlichung einer Liste mit Glykol kontaminierter Weine]). Diese besonderen Voraussetzungen liegen hier jedoch nicht vor.

I. Keine finale Verringerung der Absatzchancen der Kl. selbst
Es kann zunächst keine Rede davon sein, dass durch die Vergabe des Umweltzeichens die Absatzchancen der Klägerin zielgerichtet im Sinne der Rechtsprechung des BVerwG beeinträchtigt werden sollen.
Es spricht schon vieles dafür, dass es sich bei der Vergabe des "Blauen Engels" von der Zielrichtung her nicht um eine wirtschaftslenkende, sondern um eine aus Gründen des Umweltschutzes erfolgte Maßnahme handelt. Die Kennzeichnung eines Produkts mit dem "Blauen Engel" soll eine Einkaufshilfe für den Verbraucher sein ("Umwelt-Wegweiser"), will die Hersteller motivieren, umweltfreundliche Produkte zu entwickeln und anzubieten und kann auch eine Vertriebshilfe für den Handel sein [...]. Arbeitsplatz-Computer erhalten das Umweltzeichen RAL-UZ 78 nur dann, wenn sie bestimmte Anforderungen in Bezug auf die Langlebigkeit der Geräte, den Bildschirm, die Rücknahme der Geräte, die recyclinggerechte Konstruktion, die Verringerung der Kunststoffsortenvielfalt für Gehäuseteile, die Materialanforderungen an die Kunststoffe der Gehäuse und Gehäuseteile, die Materialanforderungen an die Leiterplatten, die Kennzeichnung von Kunststoffen, die Geräuschemission, die Batterien, den Energieverbrauch und die Verpackung erfüllen (RAL-UZ 78, Ausgabe 1/1999).

II. Keine finale Verringerung der Absatzchancen der von der Kl. hergestellten Produkte
In jedem Fall aber wird durch die Vergabe bzw. Nichtvergabe des Umweltzeichens der für eine zielgerichtete Maßnahme erforderliche individuelle Bezug zur beruflichen Betätigung der Klägerin, also zu den Absatzchancen der von ihr hergestellten und vertriebenen PVC-Vorprodukte, nicht herbeigeführt.

1. Kein Bezug zur Kl. als Herstellerin
Für den Verbraucher, dessen Kaufverhalten letztlich für die Absatzchancen der Computer ausschlaggebend ist, ist schon nicht ohne weiteres erkennbar, ob die Vergabe des Umweltzeichens bei Personal-Computern überhaupt mit der Nichtverwendung von PVC im Zusammenhang steht. Dies erschließt sich erst nach einem Studium der Vergabeanforderungen, deren Kenntnis beim Verbraucher regelmäßig nicht vorausgesetzt werden kann. Umgekehrt lässt die Nichtvergabe des "Blauen Engels" auch in Kenntnis der Vergabeanforderungen noch keinen Rückschluss darauf zu, dass bei der Herstellung der Geräte PVC-Grundstoffe verwendet worden sind; denn die Vergabe des Umweltzeichens kann auch an der Nichterfüllung anderer Voraussetzungen, etwa der zulässigen Geräuschemission, gescheitert sein. Davon abgesehen

bleibt dem Verbraucher verborgen, welches Unternehmen die für die Fertigung der Personal-Computer verwendeten PVC-Grundstoffe hergestellt und vertrieben hat. Demgemäß hat auch das BVerwG in dem von der Klägerin zitierten Urteil vom 18.4. 1985 (3 C 34.84) eine berufsregelnde Tendenz u.a. nur deshalb bejaht, weil sich das mit amtlicher Autorität ausgestattete und veröffentlichte Werturteil auf ein konkretes Erzeugnis bezog und deshalb die Absatzmöglichkeiten des jeweiligen Herstellers beeinflusste und den Ruf seiner Firma beeinträchtigte. Ähnliche Erwägungen lagen dem bereits zitierten Urteil des BVerwG (E 87, 37 ff.) zu Grunde.

2. Keine Verdrängungsabsicht bzgl. der Produktgruppe

Ob eine berufsregelnde Tendenz auch dann anzunehmen wäre, wenn der Hersteller eines Produkts nicht erkennbar ist, aber eine von ihm auf den Markt gebrachte Produktgruppe eindeutig bezeichnet wird und die Behörde die Absicht hat, die gesamte Produktgruppe vom Markt zu verdrängen (vgl. dazu HessVGH, DÖV 1995, 77, 78, unter Hinweis auf Leidinger, DÖV 1993, 925, 930), bedarf keiner Entscheidung. Denn ein solcher Fall liegt hier nicht vor.

Gegen eine Verdrängungsabsicht spricht der Umstand, dass die Vergabe des "Blauen Engels" gar nicht geeignet ist, eine Marktverdrängung von PVC-Grundstoffen zu bewirken. Zum einen ist - wie dargelegt - dem Verbraucher regelmäßig nicht bekannt, ob die Vergabe des Umweltzeichens bei Arbeitsplatz-Computern mit der Nichtverwendung von PVC-Grundstoffen zusammenhängt. Zum anderen hat das Verwaltungsgericht zutreffend darauf hingewiesen, dass der Markt für PVC-Vorprodukte über den Markt für Arbeitsplatz-Computer weit hinausreicht. Bei den von der Klägerin behaupteten Schwierigkeiten beim Absatz ihrer PVC-Vorprodukte handelt es sich auch nicht um im Sinne der Rechtsprechung des BVerwG voraussehbare und in Kauf genommene Nebenfolgen der Vergabe des Umweltzeichens (BVerwGE 87, 37, 43 f.). Dies würde voraussetzen, dass in der Nichtvergabe des "Blauen Engels" eine individualisierte negative Äußerung über den Wert der von der Klägerin hergestellten und vertriebenen PVC-Vorprodukte zu sehen wäre. Aus den bereits genannten Gründen ist dies aber nicht der Fall. Insoweit unterscheidet sich der dem vorliegenden Verfahren zu Grunde liegende Sachverhalt von jenem, über den das BVerwG in der sog. “Warentest-Entscheidung” zu befinden hatte (vgl. BVerwG, NJW 1996, 3161).

3. Keine Vorhersehbarkeit der Folgen

Außerdem fehlt jeder Anhaltspunkt dafür, dass der Beklagte die aus der Vergabe des "Blauen Engels" für die im Ausland ansässige Klägerin resultierenden individuellen wirtschaftlichen Folgen hätte voraussehen können. Schon die Größe des in- und ausländischen Marktes für PVC-Vorprodukte spricht gegen eine solche Vorhersehbarkeit.

Standort: Verwaltungsrecht AT — Problem: VA-Begriff

OVG MÜNSTER, BESCHLUSS VOM 22.01.2001
19 B 1757/00 (NJW 2001, 3427)

Problemdarstellung:

Das OVG Münster verneint in der vorliegenden Entscheidung den Verwaltungsaks-Charakter der Anordnung zur Beibringung eines “medizinisch-psychologischen Gutachtens” durch die Fahrerlaubnisbehörde. Diese Anordnung enthalte weder Regelungswirkung, noch sei sie - wie ein VA - der Bestandskraft fähig und selbstständig vollstreckbar.

Das Gericht verteidigt sodann diese Ansicht gegen die Gegenmeinung. So könne nicht von der Grundrechtsrelevanz der Maßnahme auf deren Regelungswirkung geschlossen werden, da ein Grundrechtseingriff mit dem heute herrschenden erweiterten Eingriffsbegriff auch durch mittelbares

und/oder faktisches Verhalten möglich sei, also gerade keine unmittelbare Rechtswirkung voraussetze. Zudem entspreche die Einordnung der Maßnahme als lediglich vorbereitender Mitwirkungsakt auch dem Willen des Gesetzgebers. Dass für ähnliche Maßnahmen (namentlich die Anordnung der Teilnahme an einem Aufbauseminar nach dem StVG) von der h.M. der VA-Charakter bejaht werde, ändere hieran mangels Vergleichbarkeit der Maßnahmen nichts.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung ist vor allem von Bedeutung für die Frage nach den Rechtsschutzmöglichkeiten gegen die Beibringungsanordnung. Handelt es sich nicht um einen VA, ist keine Anfechtungsklage gem. § 42 I, 1.Fall VwGO möglich, demgemäß in aller Regel gem. § 68 I 1 VwGO auch kein Widerspruch. Es bliebe eine Feststellungs- oder Leistungsunterlassungsklage, deren Zulässigkeit jedoch an § 44a VwGO scheitert. Rechtsschutz gegen die Beibringungsanordnung selbst ist folglich nicht möglich.

Der Betroffen kann also nur gegen die (der Nichtbeibringung des Gutachtens folgende) Entziehung der Fahrerlaubnis klagen. Diese ist ein VA und daher unproblematisch anfechtbar. Prüft das VG dann die Rechtmäßigkeit der Entziehung (§ 113 I 1 VwGO), wird es in der formellen Rechtmäßigkeit unter "Verfahren" mit zu prüfen haben, ob die Anordnung, ein Gutachten beizubringen, rechtmäßig war oder - etwa wegen ihrer Unverhältnismäßigkeit - ein Verfahrensfehler vorgelegen hat. Vertretbar ist es auch, diese Frage erst in der materiellen Rechtmäßigkeit unter dem Tatbestandsmerkmal der "Nichteignung" zum Führen eines KfZ zu prüfen; denn von der Nichtbeibringung des Gutachtens darf nur dann auf die Nichteignung geschlossen werden, wenn die Beibringungsanordnung ihrerseits rechtmäßig war.

Ferner bleibt die Möglichkeit, die Kosten eines Gutachtens, dessen sich der Betroffene trotz der Rechtswidrigkeit der Beibringungsanordnung unterzogen hat, um nicht seine Fahrerlaubnis zu gefährden, von der Behörde im Wege eines Amtshaftungsprozesses zurück zu fordern. Hier wird mit Blick auf § 839 III BGB zu prüfen (und nach dem oben Gesagten zu verneinen) sein, ob der Betroffene sich nicht gegen die Beibringungsanordnung selbst hätte wehren können und müssen.

Vertiefungshinweise:

❑ Für den VA-Charakter der Anordnung seit Geltung der FeV: *Schreiber*, ZRP 1999, 519 m.w.N.

❑ Gegen den VA-Charakter der Anordnung auch nach Geltung der FeV: *Jagusch/Hentschel*, StraßenverkehrsR, 35. Aufl., § 11 FeV Rdnr. 26 m.w.N.

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Rentnerführerschein"

Leitsatz:

Die Anordnung der Fahrerlaubnisbehörde, ein medizinisch-psychologisches Gutachten beizubringen, ist auch unter Geltung der Fahrerlaubnisverordnung kein (selbstständig anfechtbarer) Verwaltungsakt.

Sachverhalt:

Der Ast. war 1995 als Fahrer eines Lkw mit einer Blutalkoholkonzentration (BAK) von 2,12 ‰ und 1999 mit einem Fahrrad mit einer BAK von 2,46‰ im öffentlichen Straßenverkehr aufgefallen. Nachdem er der Anordnung der Fahrerlaubnisbehörde, ein medizinisch-psychologisches Gutachten beizubringen, nicht nachgekommen war, entzog diese dem Ast. unter Anordnung der sofortigen Vollziehung die Fahrerlaubnis. Den Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seines hiergegen eingelegten Widerspruchs lehnte das VG ab. Das OVG ließ die Beschwerde nicht zu.

Aus den Gründen:

Zu der aufgeworfenen Frage, ob die Anordnung, ein medizinisch-psychologisches Gutachten beizubringen, ein Verwaltungsakt ist, besteht ein grundsätzlicher Klärungsbedarf nicht, weil sie sich aus den maßgeblichen Rechtsvorschriften unter Einbeziehung der einschlägigen Rechtsprechung zum vor In-Kraft-Treten der Fahrerlaubnisverordnung (FeV) geltenden § 15 b II StVZO a.F. beantworten lässt, ohne dass ein weitergehender, in einem Beschwerdeverfahren zu befriedigender Klärungsbedarf besteht. Die Frage ist nämlich auch auf der Grundlage der am 1. 1. 1999 in Kraft getretenen FeV eindeutig zu verneinen.

A. Definition der "Regelung" i.S.d. § 35 S.1 VwVfG

Die in Rede stehende Anordnung erfüllt nämlich nicht das nach § 35 VwVfG NW für einen Verwaltungsakt konstitutive Merkmal der Regelung eines Einzelfalls mit unmittelbarer Rechtswirkung; dieses ist nur erfüllt, wenn durch eine behördliche Maßnahme ein Lebenssachverhalt einseitig durch Setzen einer Rechtsfolge verbindlich gestaltet wird, in dem Rechte oder Pflichten bzw. ein Rechtsstatus unmittelbar begründet, aufgehoben, geändert oder festgestellt bzw. verneint werden, und insofern eine "Entscheidung in der Sache" (vgl. § 46 VwVfG NW) getroffen wird.

B. Abgrenzung zu Vorbereitungshandlungen

Die Anordnung der Beibringung eines Gutachtens dient nach dem ausdrücklichen Wortlaut in §§ 11 II, III, 13, 14 FeV "zur Vorbereitung" von Entscheidungen über die Erteilung oder Verlängerung der Fahrerlaubnis oder über die Anordnung von Beschränkungen oder Auflagen bzw. - i. V. mit § 46 III FeV - über die Entziehung der Fahrerlaubnis. Nach den genannten Vorschriften sowie §§ 2 VII, VIII, 3 I 3 StVG ist sie darauf gerichtet, auf Grund bekannt gewordener, in § 13 Nr. 2 und § 14 I, II FeV typisierend erfasster Tatsachen begründete Bedenken gegen die Eignung des Fahrerlaubnisbewerbers oder -inhabers zum Führen von Kraftfahrzeugen zu klären. Die an einen Fahrerlaubnisinhaber gerichtete Anordnung ist nach ihrem so bestimmten Zweck lediglich eine vorbereitende Maßnahme, die der Sachverhaltsaufklärung im Hinblick auf die später zu treffende Sachentscheidung über die Entziehung der Fahrerlaubnis dient. Dies war in der ständigen Rechtsprechung zu § 15 b II StVZO a.F. anerkannt (vgl. BVerwGE 34, 248, 249; BVerwG, NJW 1990, 2637; BVerwG, Buchholz 442.16, § 15 b StVZO, Nr. 23 und Nr. 24).

C. Keine Neubewertung nach Erlass der FeV

Daran, dass die Anordnung der Beibringung eines Gutachtens kein (selbstständig anfechtbarer) Verwaltungsakt ist, hat sich durch die einschlägigen Vorschriften der FeV nichts geändert (vgl. Jagusch/Hentschel, StraßenverkehrsR, 35. Aufl., § 11 FeV Rdnr. 26, und § 46 FeV Rdnr. 5; a.A. Schreiber, ZRP 1999, 519).

I. Konkretiesierung der Mitwirkungspflicht

Soweit in § 11 VI 2 und 3 FeV zum Inhalt der Anordnung bestimmt ist, dass die Behörde dem Betroffenen mitteilt, dass er sich innerhalb einer von ihr festgelegten Frist auf seine Kosten der Untersuchung "zu unterziehen" und das Gutachten "beizubringen hat" und die Fahrerlaubnisbehörde darüber "zu unterrichten hat", welche Stelle er mit der Untersuchung beauftragt hat, werden nicht durch die Anordnung - im Sinne einer Regelung - unmittelbar selbstständige Handlungspflichten des Betroffenen begründet. Nach dem Wortlaut des Satzes 2, dass nämlich dem Betroffenen das Vorstehende "mitgeteilt" wird, ist schon nicht ersichtlich, dass insofern eigenständig durch die Anordnung die Pflicht des Betroffenen, sich der Untersuchung zu unterziehen und das Gutachten beizubringen, erzeugt werden soll. Vielmehr wird eine entsprechende Pflicht allgemein vorausgesetzt. Nichts anderes gilt für die von der erstgenannten Pflicht abhängige Pflicht, die Behörde über die beauftragte Stelle zu unterrichten. Diese - in den vorstehend bezeichneten Vorschriften der FeV vorausgesetzte und ausgestattete Pflicht knüpft an die Eignung des Betroffenen als gesetzliche Voraussetzung für die Erteilung und das Behaltendürfen der Fahrerlaubnis an, nämlich daran, dass der Fahrerlaubnisbewerber bzw. -inhaber die zum Führen von Kraftfahrzeugen notwendigen körperlichen und geistigen Anforderungen erfüllen muss (vgl. §§ 2 II 1 Nr. 3, IV, 3 I StVG, §§ 11 I, 46 I FeV); sie hat, da die Eignung als Persönlichkeitsmerkmal individuell-konkret naturgemäß nicht ohne die Mitwirkung des Betroffenen geprüft werden kann, ihre Grundlage in der allgemeinen Pflicht des Betroffenen, an der Aufklärung des für die Prüfung der Eignung erheblichen Sachverhalts mitzuwirken. Bei Zweifeln an der Eignung hat dieser das Seinige zur Klärung dieser Zweifel beizutragen. Die Anordnung, ein Gutachten beizubringen, konkretisiert mit ihrem in § 11 IV FeV bestimmten Inhalt lediglich diese allgemeine Mitwirkungspflicht zum Zwecke der vorbereitenden Sachverhaltsaufklärung (vgl. zum früheren Recht BVerwGE 11, 274; 34, 248 und BVerwG, NZV 1998, 300).

II. Keine der Bestandskraft fähige Feststellung

Anhaltspunkte dafür, dass die mit der Anordnung bewirkte Konkretisierung darüber hinaus nunmehr auf eine verbindliche oder gar der Bestandskraft fähige Feststellung des Inhalts der Mitwirkungspflicht gerichtet ist, geben die maßgeblichen Vorschriften der FeV nichts her.

III. Keine Vollstreckbarkeit

Eine Regelungswirkung der Anordnung ergibt sich auch nicht daraus, dass die Mitwirkungspflicht zwangsweise durchgesetzt werden könnte. Das ist nämlich nach wie vor nicht der Fall. Wie zur Anordnung nach § 15 b II StVZO in der Rechtsprechung (vgl. BVerwGE 34, 248; BVerwG, NZV 1998, 300; BVerwG, NJW 1989, 1623) anerkannt war, darf die Fahrerlaubnisbehörde, wenn die Anordnung nicht befolgt wird, (lediglich) daraus auf die Nichteignung schließen. Dies ist nunmehr in § 11 VIII FeV normiert. Die dort angeordnete Rechtsfolge, dass die Fahrerlaubnisbehörde bei ihrer Entscheidung (über Erteilung oder Entziehung der Fahrerlaubnis) auf die Nichteignung des Betroffenen schließen darf, ist unabhängig davon, ob ihr insofern Ermessen dahin eingeräumt ist, ob sie unter den bestimmten Voraussetzungen den Schluss auf die Nichteignung zieht oder davon absieht, nicht unmittelbar durch die Anordnung gesetzt; sie greift vielmehr erst, wenn der Betroffene sich weigert, sich untersuchen zu lassen, oder das geforderte Gutachten nicht fristgerecht beibringt, und ist daher eine unter den genannten Voraussetzungen eintretende mittelbare Folge.

Nichts anderes folgt daraus, dass die Fahrerlaubnisbehörde in den Fällen des § 13 und im Übrigen des § 14 I 1, II FeV - anders als nach § 1 I FeV - verpflichtet ist, die Beibringung eines Gutachtens anzuordnen. Denn die so bestimmte Rechtsfolge für das Handeln der Behörde legt nicht auch die Handlungsform fest, nämlich ob die Behörde durch Erlass eines Verwaltungsakts oder durch eine schlichte Aufforderung ihre Pflicht erfüllt bzw. ihre Befugnis ausübt.

D. Keine Vergleichbarkeit mit der Anordnung zur Teilnahme an einem Aufbauseminar nach dem StVG

Dafür, dass die streitige Anordnung ein Verwaltungsakt ist, können ferner nicht die Vorschriften über die Anordnung der Teilnahme des Fahrerlaubnisinhabers an einem Aufbauseminar innerhalb der Probezeit (§ 2a II 1 Nr. 1 StVG) bzw. bei Anwendung des Punktsystems (§ 4 III 1 Nr. 2 StVG) herangezogen werden.

Die nach § 2a III bzw. § 4 VII 1 StVG der Vollziehung zugängliche Anordnung des Aufbauseminars, gegen die Widerspruch und Anfechtungsklage gem. § 2a VI bzw. § 4 VII 2 StVG keine aufschiebende Wirkung haben, ist eine mit der Anordnung der Beibringung eines Gutachtens bei Eignungszweifeln nicht vergleichbare Maßnahme; sie dient nicht als vorbereitende Maßnahme der Sachverhaltsaufklärung, sondern ist unmittelbar eine Maßnahme zum Schutz vor Gefahren, die vom Fahrzeugführer bzw. -halter ausgehen, wenn er nach § 2a II StVG einschlägige Zuwiderhandlungen begangen bzw. nach § 4 I StVG wiederholt gegen Verkehrsvorschriften verstoßen hat.

E. Keine Grundrechtsrelevanz

Schließlich ist die hier in Rede stehende Anordnung (entgegen Schreiber, ZRP 1999, 519, 522) auch nicht deshalb eine (selbstständig anfechtbare) Regelung, weil die Anordnung verbunden mit der Ankündigung der Rechtsfolge der Fahrerlaubnisentziehung für den Fall der Weigerung, bereits einen Eingriff in das grundrechtlich (Art. 2 I i. V. mit Art. 1 I GG) geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht darstellt (vgl. BVerfGE 89, 69, 84).

I. Kein Rückschluss von "Eingriff" auf "Regelung"

Die Bejahung des Eingriffscharakters einer Maßnahme hat nicht notwendig zur Folge, dass diese auch Regelungscharakter hat, was, wie ausgeführt, hier zu verneinen ist. Denn ein Grundrechtseingriff setzt nicht eine finale, unmittelbare oder rechtliche Einwirkung auf den grundrechtlichen Schutzbereich voraus, kann vielmehr auch bei mittelbarer oder nur faktischer Einwirkung vorliegen (vgl. Pieroth/Schlink Grundrechte StaatsR II, 15. Aufl., Rdnrn. 238 ff.).

II. Effektiver Rechtsschutz trotzdem möglich

Der mit Blick auf den Grundrechtseingriff gebotene Rechtsschutz erfordert nicht, dass die in den Schutzbereich einwirkende staatliche Maßnahme selbstständig der gerichtlichen Kontrolle unterzogen werden kann; dies hat auch das BVerfG in der genannten Entscheidung nicht zu Grunde gelegt. Die streitige Anordnung unterliegt der gerichtlichen Kontrolle im Rahmen eines die Erteilung oder Entziehung der Fahrerlaubnis betreffenden Verfahrens, in dem der Betroffene die Rechtswidrigkeit der Anordnung und damit insbesondere deren Unverhältnismäßigkeit geltend machen kann (vgl. BVerwG, Buchholz 442.16, § 15 b StVZO Nr. 23).

Entsprechend den zu § 15 b II StVZO a.F. in der Rechtsprechung (vgl. nur BVerwG, Buchholz 442.16, § 15 b StVZO Nr. 24 und 28) aufgestellten Grundsätzen ist der Schluss auf die Nichteignung nur zulässig, wenn die Anordnung der Beibringung eines Gutachtens rechtmäßig, insbesondere anlassbezogen und verhältnismäßig war und für die Weigerung, das Gutachten beizubringen, kein ausreichender Grund besteht (vgl. OVG Münster, Beschluss vom 18. 9. 2000 - 19 B 966/00; Jagusch/Hentschel, § 11 FeV Rdnrn. 22, 24). Die Anordnung ist gerichtlich darauf zu prüfen, ob die in den einschlägigen Bestimmungen der FeV normierten Voraussetzungen erfüllt sind und damit im Sinne der früheren Rechtsprechung auf Grund konkreter tatsächlicher Anhaltspunkte berechtigte Zweifel an der Kraftfahreignung des Betroffenen bestehen, und ob die angeordnete Untersuchung ein geeignetes und verhältnismäßiges Mittel ist, um gerade die konkret entstandenen Eignungszweifel aufzuklären. Ferner erstreckt sich die gerichtliche Prüfung auch darauf, ob die Anordnung hinreichend bestimmt ist (vgl. OVG Münster, NZV 2001, 95). Kommt es zu keinem Verfahren betreffend die Erteilung oder Entziehung der Fahrerlaubnis, weil das Gutachten zu einem positiven Ergebnis gelangt oder die Fahrerlaubnisbehörde aus sonstigen Gründen nicht auf die Nichteignung des Betroffenen schließt, kann wegen der Kosten der angeordneten Untersuchung auf deren Erstattung geklagt werden (vgl. BVerwG, NJW 1990, 2637).

F. Zusammenfassung

Danach bezwecken die hier zum 1. 1. 1999 in Kraft getretenen Vorschriften keine Änderung der Rechtslage hinsichtlich der Frage, ob die Anordnung der Beibringung eines Gutachtens ein (selbstständig anfechtbarer) Verwaltungsakt ist. Dies entspricht auch dem Willen des Vorschriftengebers. Denn nach der amtlichen Begründung zur FeV (veröff. im VkBl 1998, 1049, 1068) kann die Anordnung "- wie bereits durch die Rechtsprechung des BVerwG festgelegt - nur zusammen mit einer anschließend ablehnenden

Entscheidung (Entziehung oder Versagung) angefochten werden".

Standort: Amtshaftung Problem: Faktisches Unterlassen als Ausschlussgrund

BGH, URTEIL VOM 05.07.2001
III ZR 11/00 (BAYVBL 2001, 695)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall hatte ein Bauherr die ihm erteilte Stilllegungsverfügung mit aufschiebender Wirkung angefochten, gleichwohl aber anschließend die Bauarbeiten eingestellt. Der BGH hatte nun zu prüfen, ob dieses Verhalten zum Ausschluss möglicher Amtshaftungsansprüche wegen des Verzögerungsschadens führt. Entgegen der Vorinstanz verneint das Gericht dies sowohl im Hinblick auf § 839 III BGB als auch bzgl. § 254 BGB. Der Senat stellt zunächst klar, dass die faktische Befolgung der Stilllegungsverfügung nicht mit dem rechtlichen Unterlassen der Einlegung eines Rechtsbehelfs i.S.d. § 839 III BGB vergleichbar ist. Faktisches Verhalten sei vielmehr allein im Hinblick auf einen Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht nach § 254 BGB relevant. Auch hier gelte allerdings ein strenger Maßstab, da der Bauherr, der trotz einer Stilllegungsverfügung weiter baue, befürchten müsse, dass seine Aufwendungen i.E. nutzlos seien, wenn sich herausstelle, dass das Vorhaben tatsächlich baurechtlich unzulässig sei.

Der BGH macht darüber hinaus interessante Ausführungen zum Streitgegenstand: Dieser bestimmt sich bekanntlich in st. Rspr. nach dem Antrag und dem diesem zugrunde liegenden Lebenssachverhalt (sogen. "zweigliedriger" oder "dualer" Streitgegenstandsbegriff). Letzterer sei nicht zu eng zu fassen; komme das Gericht zu dem Ergebnis, dass Amtshaftungsansprüche im Hinblick auf die Stilllegungsverfügung wegen deren Rechtmäßigkeit (und damit fehlender Amtspflichtverletzung bei deren Erlass) nicht bestehen, habe es weiter zu prüfen, ob eine Amtspflichtverletzung nicht im Erlass der (zur Stilllegungsverfügung zwangsläufig in Widerspruch stehenden) Baugenehmigung liegen könne. Dies gelte selbst dann, wenn der Kl. sich darauf nicht ausdrücklich berufe. Es genüge, dass er einen einheitlichen Lebenssachverhalt schildere (hier etwa die Errichtung seines Bauwerks), um beide Verwaltungsakte zu einem einheitlichen Streitgegenstand zu verknüpfen und somit in den Prozess einzuführen.

Prüfungsrelevanz:

Die Ausführungen zum Streitgegenstand sind für Studenten, besonders aber für Referendare interessant. Dass es von elementarer Wichtigkeit ist, den Streitgegenstand zu bestimmen, wenn man ein Urteil entwerfen oder gutachterlich vorbereiten soll, liegt auf der Hand. Schon wegen des Grundsatzes "ne ultra petita" (§ 88 VwGO) als Ausfluss der Dispositionsmaxime darf nichts zugesprochen (und i.Ü. auch nichts abgewiesen) werden, was der Kl. nicht beantragt, d.h. zum Gegenstand des Prozesses gemacht hat.

Zum Verhältnis von legalisierender Genehmigung und anschließender, der Genehmigung widersprechender Ordnungsverfügung sind in der Vergangenheit bereits hochinteressante Urteile ergangen, über welche die RA ausführlich berichtet hat (RA 2000, 661 = BGH, DVBl 2000, 904). Danach ist anerkannt, dass eine Ordnungsverfügung (hier: Stilllegung) allein deshalb rechtswidrig sein kann, weil die Behörde die zuvor erlassene, legalisierende Genehmigung nicht aufgehoben hat. Dies wird in der vorliegenden Entscheidung nicht hinreichend klar. Sie darf also nicht so gelesen werden, dass zwangsläufig entweder die Baugenehmigung oder die Stilllegungsverfügung rechtswidrig waren oder - anders formuliert - die Rechtswidrigkeit der Baugenehmigung zwangsläufig die Rechtmäßigkeit der Stilllegungsverfügung bedeutet und vice versa. Vielmehr können beide rechtswidrig sein: Die Baugenehmigung wegen eines Verstoßes gegen Bauordnungs- oder Bauplanungsrecht, die Stilllegungsverfügung wegen des Widerspruchs zur (möglicherweise rechtswidrigen, aber mangels Rücknahme jedenfalls wirksamen und damit legalisierend wirkenden) Baugenehmigung. Zu den Folgeproblemen (v.a. konkludente Rücknahme der Genehmigung durch Erlass der Ordnungsverfügung und hypothetischer Kausalverlauf) sei auf die Problemdarstellung in RA 2000, 661 sowie die Gründe der o.g. Entscheidung verwiesen.

Vertiefungshinweise:

- ❑ Legalisierungswirkung von Genehmigungen: *BGH*, RA 2000, 661 = DVBl 2000, 904; *Ehlers*, Jura-Karteikarte 2000, VwVfG § 43/3
- ❑ Zum Streitgegenstandsbegriff: *BGH*, NJW 1994, 460; NJW 1995, 967; NJW-RR 1991, 1279
- ❑ Aktuelle Urteile zur Amtshaftung: *BGH*, RA 2001, 131 (Passivlegitimation); RA 2001, 133 (Bindungswirkung von VG-Entscheidungen); RA 2001, 316 (Drittbezug der Amtspflicht)

Kursprogramm:
- ❑ *Examenskurs*: "Die vergessene Motorsäge"
- ❑ *Examenskurs*: "Das illegale Wochenendhaus"

Leitsätze:

1. Zum Gebrauch eines Rechtsmittels im Sinne des § 839 Abs. 3 BGB gehört es nicht, dass der Bauherr, der gegen eine Baustilllegungsverfügung Widerspruch eingelegt hat, wegen dessen aufschiebender Wirkung die bereits begonnenen Bauarbeiten fortsetzt.

2. Stützt der Kläger einen Amtshaftungsanspruch darauf, dass sein Bauvorhaben trotz einer erteilten Baugenehmigung stillgelegt worden ist, so muss das Gericht, das die Stilllegung für rechtmäßig hält, weil die erteilte Baugenehmigung rechtswidrig gewesen sei, auch prüfen, ob der Amtshaftungsanspruch sich aus dem Erlass der Baugenehmigung herleiten lässt (Fortführung der Grundsätze des Senatsurteils vom 20.11.1986 - III ZR 206/85, BGHR BGB § 839 Abs. 1 Streitgegenstand 1).

Sachverhalt:

Die Parteien streiten über Schadensersatzansprüche der Kl., welcher diese im Wege des Amtshaftungsprozesses gegen die Bekl. geltend machen. Die Begenehmigungsbehörde verfügte Ende Januar 1995 die Stilllegung des Bauvorhabens der Kl., für welches diesen zuvor eine wirksame (Teil-)Baugenehmigung erteilt worden war. Die Kl. legten hiergegen mit aufschiebender Wirkung Widerspruch ein, stellten aber gleichwohl die weitere Bauausführung zurück bis Ende Mai 1995 zurück. Die Stilllegungsverfügung wurde allerdings bereits im März 1995 wieder aufgehoben.

Das Berufungsgericht kommt zu dem Ergebnis, dass der Amtshaftungsanspruch der Kl. bereits an § 839 III BGB, jedenfalls aber an § 254 BGB scheitere, weil diese trotz aufschiebender Wirkung des Widerspruchs die weitere Bauausführung eingestellt haben. Zudem fehle es zumindest für die Zeit zwischen der Rücknahme der Stilllegungsverfügung im März 1995 und dem Beginn des Weiterbaus im Mai 1995 an der Kausalität zwischen Stilllegungsverfügung und Schaden. Die Revision hatte insoweit Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Begründung, mit der das Berufungsgericht den Amtshaftungsanspruch (§ 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG), soweit dieser auf den Erlass der Stilllegungsverfügung vom 27./31.1.1995 gestützt wird, verneint hat, ist nicht tragfähig. Das Berufungsgericht lastet den Klägern an, sie hätten die faktische Möglichkeit des Weiterbaus nach Erlass der Stilllegungsverfügung nicht genutzt. Hierin erblickt das Berufungsgericht eine schuldhafte Rechtsmittelversäumung im Sinne des § 839 Abs. 3 BGB oder ein zum völligen Wegfall des Schadensersatzanspruchs führendes Mitverschulden im Sinne des § 254 Abs. 1 BGB.

A. Kein Ausschluss nach § 839 III BGB

Der Amtshaftungsanspruch kann hier indessen nicht bereits an § 839 Abs. 3 BGB scheitern. Die Kläger hatten nämlich mit Einlegung des Widerspruchs von dem ihnen zur Verfügung stehenden Rechtsbehelf gegen die Stilllegung Gebrauch gemacht. Die weitere Frage, ob sie mit Rücksicht auf die aufschiebende Wirkung dieses Widerspruchs gehalten waren, die Bautätigkeit faktisch fortzuführen, ist keine solche des Primärrechtsschutzes. Vielmehr ist der Revision darin beizupflichten, dass die Ausnutzung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs durch schlicht faktisches Weiterbauen nicht als "Rechtsmittel" angesehen werden kann. Zutreffend weist die Revision weiter darauf hin, dass es auch nicht zum Gebrauch des Rechtsbehelfs des Widerspruchs gehört, über die Herbeiführung von dessen aufschiebender Wirkung hinaus einen drohenden Schaden durch ganz erhebliche eigene Aufwendungen zu mindern, zumal dann, wenn - wie hier - aus der Sicht des Bauherrn mit der Möglichkeit gerechnet werden musste, dass sich das Bauvorhaben endgültig als rechtswidrig erwies und die damit verbundenen Aufwendungen nutzlos waren. Daher verdient auch die weitere Erwägung der Revision Zustimmung, dass es, um dem Vorrang des Primärrechtsschutzes zur Geltung zu verhelfen, nicht geboten ist, dem Geschädigten aufzuerlegen, unter faktischer Ausnutzung der aufschiebenden Wirkung seines Rechtsbehelfs erhebliche und risikobehaftete Aufwendungen zur Schadensvermeidung zu machen.

B. Kein Ausschluss nach § 254 BGB

Sachgerecht lässt sich die vorliegende Problemstellung vielmehr allenfalls unter dem Gesichtspunkt einer Obliegenheit erfassen, Aufwendungen zur Schadensminderung zu tätigen (§ 254 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 BGB). Dies räumt auch die Revisionserwiderung ein. Ein etwaiges Mitverschulden der Kläger könnte indessen nicht zum Totalverlust des Anspruchs führen. Mit der Einstellung der Bauarbeiten hatten sich die Kläger gerade so verhalten, wie es die Beklagte mit ihrer Stilllegungsverfügung bezweckt hatte. Mit dieser Verfügung wurde die Funktion der ursprünglichen Teilbaugenehmigung als Verlässlichkeitsgrundlage für die Durchführung der Bauarbeiten aus der Sicht der Kläger zumindest nachhaltig beeinträchtigt. Hätten sie also gleichwohl weiter gebaut, so hätten sie sich, falls sich im weiteren Verfahren herausgestellt hätte, dass

die Stilllegungsverfügung rechtmäßig und die Teilbaugenehmigung rechtswidrig gewesen war, bei der Geltendmachung eines auf die Rechtswidrigkeit der Genehmigung gestützten Amtshaftungsanspruchs ihrerseits dem Einwand mitwirkenden Verschuldens ausgesetzt gesehen. Es gelten insoweit ähnliche Grundsätze, wie sie der Senat für die Fortsetzung von Bauarbeiten trotz eines Nachbarwiderspruchs entwickelt hat (vgl. zuletzt Senatsurteil vom 21.6.2001 - III ZR 313/99, zur Veröffentlichung vorgesehen; ferner Senatsurteil vom 16.1.1997, WM 1997, 375, 393, insoweit in BGHZ 134, 268 nicht abgedruckt, und dazu Schlick, in: Rinne/Schlick, NVwZ-Beilage II/2000, S. 28). Deswegen ist hier zu Lasten der Beklagten an das Vorliegen eines anspruchsmindernden Mitverschuldens der Kläger ein strenger Maßstab anzulegen.

C. Zur Kausalität zwischen Stilllegungsverfügung und Schaden

Auch die Auffassung des Berufungsgerichts, die Stilllegungsverfügung sei für den Schaden deswegen nicht ursächlich geworden, weil sie bereits am 23.3.1995 wieder aufgehoben worden sei, die Bauarbeiten hingegen erst Anfang Mai wieder aufgenommen worden seien, vermag den Senat nicht zu überzeugen.

Es steht fest, dass die Bauarbeiten wegen des Baustopps zunächst eingestellt wurden. Die Frage, ob sie früher als tatsächlich geschehen hätten wieder aufgenommen werden können, ist dementsprechend nicht eine solche der (adäquaten) Kausalität, sondern allenfalls wiederum eine solche des Mitverschuldens, und zwar unter dem Gesichtspunkt, dass die Kläger es unterlassen haben, durch den rechtzeitigen Weiterbau gegen ihre Schadensminderungspflicht zu verstoßen, wobei in diesem Zusammenhang der oben beschriebene strenge Maßstab nicht gelten würde.

Nach alledem bedarf es nunmehr der Klärung der Frage, ob die Stilllegungsverfügung tatsächlich rechtswidrig gewesen ist und ob gegebenenfalls den dafür verantwortlichen Amtsträger ein Verschulden trifft. Diese Frage hat das Berufungsgericht - von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig - bewusst offen gelassen.

D. Prüfungsumfang bei der Amtspflichtverletzung

Das Berufungsgericht hat sich außerstande gesehen, über einen Amtshaftungsanspruch der Kläger gegen die Beklagte wegen des Erlasses der Teilbaugenehmigung vom 8.12.1994 zu entscheiden. Es hält insoweit die Berufung der Kläger gemäß § 519 Abs. 3 ZPO für unzulässig, da die Kläger in ihrer Berufungsbegründung das landgerichtliche Urteil, soweit es einen solchen Anspruch verneint hatte, nicht angegriffen hätten. Die insoweit unbeschränkt zulässige Revision (§ 547 ZPO) ist ebenfalls begründet.

Die hier zu beurteilende Fallkonstellation ähnelt derjenigen, die dem Senatsurteil vom 20.11.1986 - III ZR 206/85 (BGHR BGB § 839 Abs. 1 Streitgegenstand 1) zugrunde gelegen hatte. Dort hat der Senat folgenden Rechtssatz aufgestellt: "Leitet der Kläger einen Amtshaftungsanspruch daraus her, dass die Rücknahme eines ihm erteilten Bauvorbescheides rechtswidrig sei, so muss das Gericht, das die Rücknahme für rechtmäßig hält, weil der erteilte Vorbescheid rechtswidrig gewesen sei, auch prüfen, ob der Amtshaftungsanspruch sich aus dem Erlass des Vorbescheids herleiten lässt." In dem gleichen Verhältnis wie in jenem Senatsurteil die Rücknahme zum Bauvorbescheid steht hier die Stilllegung zu der Teilbaugenehmigung. Hier wie dort umfasst der Lebenssachverhalt, aus dem die Kläger ihre Ansprüche gegen die Beklagte herleiten, sowohl den Ursprungsbescheid als auch den späteren Verwaltungsakt, durch den die Rechtsfolgen des Ursprungsbescheides beseitigt werden sollten. Die Stilllegung lässt sich nur unter Berücksichtigung von Funktion und Folgen des ursprünglichen Verwaltungsaktes zutreffend beurteilen. Unter diesen Umständen ist die Frage, ob die Ursprungsgenehmigung oder aber die Stilllegung rechtswidrig war und deshalb eine Amtspflichtverletzung darstellte, lediglich eine solche der rechtlichen Würdigung des gesamten der Klage zugrundeliegenden Lebenssachverhaltes. Die Frage einer etwaigen Rechtswidrigkeit des Ursprungsbescheides konnte nur dann entscheidungserheblich werden, wenn man die Stilllegung für rechtmäßig gehalten hätte, weil die ursprüngliche Baugenehmigung rechtswidrig gewesen war. Deswegen waren die Kläger nicht gehindert, sich in der Berufungsbegründung darauf zu beschränken, aus ihrer Sicht die Rechtswidrigkeit der Stilllegung (und damit inzidenter die Rechtmäßigkeit der Ursprungsgenehmigung) darzulegen. Erwies sich diese Annahme als unzutreffend, musste das Berufungsgericht von Amts wegen prüfen, ob sich der Amtshaftungsanspruch aus dem möglicherweise rechtswidrigen Ursprungsbescheid herleiten ließ.

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

Zivilrecht

Standort: Bereicherungsrecht Problem: Anweisung im Drei-Personen-Verhältnis

BGH, URTEIL VOM 24.04.2001
VI ZR 36/00 (NJW 2001, 2880)

Problemdarstellung:

In diesem Revisionsverfahren hatte der BGH Stellung zu dem problematischen Gebiet der bereicherungsrechtlichen Dreiecksverhältnisse - hier: sog. Anweisungsfall - zu nehmen.

Im vorliegenden Fall hatte ein Darlehensnehmer entgegen einer entsprechenden Vereinbarung seine zustehende Darlehensvaluta einem anderen als dem vereinbarten Dritten zukommen lassen. Zu dieser Anweisung kam es durch eine Täuschungshandlung des Darlehensnehmers gegenüber der Bank. Im Folgenden geht es um die Frage, ob der empfangende Dritte unmittelbar an die Bank bzw. ihren Rechtsnachfolger die Darlehensvaluta zurückzahlen muss. Das BerGer. hat einen solchen unmittelbaren Bereicherungsanspruch bejaht, da der Dritte infolge seiner nachträglichen Kenntnis über den fehlenden Rechtsgrund nicht mehr schutzwürdig sei und nach §§ 818 IV, 819 I BGB hafte.

Der BGH ist dieser Rechtsansicht entgegengetreten. Ein durch die Täuschung veranlasster Irrtum der Bank bei der Anweisung ändert nichts an der Wirksamkeit der abstrakten, vom Kausalverhältnis abzugrenzenden Anweisung. Die klassischen Ausnahmen für einen unmittelbaren Bereicherungsanspruch in Dreiecksverhältnissen (vgl. u. *Prüfungsrelevanz*) liegen nicht vor. Auch aus der Gefahr, dass den Beteiligten Einwendungen abgeschnitten werden, ist ein solch unmittelbarer Anspruch nicht zuzulassen.

Prüfungsrelevanz:

Die bereicherungsrechtlichen Dreiecksverhältnisse gehören zu den schwierigsten und daher zu den im Staatsexamen problematischsten Rechtsgebieten. Bei einer Leistung kraft Anweisung vollzieht sich der Bereicherungsausgleich grundsätzlich innerhalb des jeweiligen Leistungsverhältnisses, also zum einen zwischen dem Anweisenden und dem Angewiesenen (sog. Deckungsverhältnis) und zum anderen zwischen dem Anweisenden und dem Anweisungsempfänger (sog. Valutaverhältnis). Mit seiner Zuwendung gegenüber dem Anweisungsempfänger eine Leistung gegenüber dem Anweisenden und damit zugleich eine Leistung des Anweisenden an den Anweisungsempfänger.

Ausnahmsweise steht dem Angewiesenen ein unmittelbarer Bereicherungsanspruch gegen den Anweisungsempfänger zu, wenn es an einer wirksamen Anweisung fehlt und dem Anweisungsempfänger dies bei Empfang der Leistung bekannt ist. Eine weitere Ausnahme zugunsten eines direkten Bereicherungsanspruchs des Angewiesenen wird analog §§ 816, 822 BGB angenommen, wenn es im Deckungsverhältnis an einem Rechtsgrund fehlt, im Valutaverhältnis die Leistung unentgeltlich erfolgt und die Verpflichtung des Anweisenden zur Herausgabe aus Rechtsgründen ausgeschlossen ist. Letztlich wird ausnahmsweise ein bereicherungsrechtlicher Durchgriff beim sog. "Doppelmangel in der Bereicherungskette", wo Deckungs- als auch Valutaverhältnis fehlerhaft sind.

Vertiefungshinweise:

❑ Besprechung des Urteils: *Lorenz*, LM H. 10/2001 § 812 BGB Nr. 281

❑ Zum Bereicherungsanspruch bei Zahlungen im Drei-Personen-Verhältnis: *Flume*, NJW 1991, 2521; *LG Nürnberg-Fürth*, NJW-RR 1996, 1074

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Der Heimatfilm"

Leitsätze:

1. Beim Vorliegen einer wirksamen Anweisung eines Darlehensnehmers an die darlehensgewährende Bank zur Überweisung des Darlehensbetrags auf das Konto eines Dritten vollzieht sich der Bereicherungsausgleich i. S. des § 812 BGB grundsätzlich auch dann innerhalb des jeweiligen Leistungsverhältnisses, wenn sich die Bank bei der Ausführung der Anweisung über die entsprechende Berechtigung zum Abruf der Kreditmittel infolge einer Täuschungshandlung des Anweisenden irrt.

2. Zu den Voraussetzungen, unter denen in einem solchen Fall der Dritte gegenüber der Bank wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung gemäß § 826 BGB haftet.

Sachverhalt:

Das klagende Land (im Folgenden: der Kl.) begehrt von dem Bekl., einem ehemaligen Rechtsanwalt, aus übergegangenem Recht der H-Bank Rückzahlung eines Betrags von 1,3 Mio. DM, den die H-Bank als Teilbetrag eines Finanzierungsdarlehens über insgesamt 12 Mio. DM für ein Bauprojekt auf Anweisung des Darlehensnehmers, der S-GmbH & Co. KG (im Folgenden: S-KG), auf ein Rechtsanwaltsanderkonto des die S-KG anwaltlich vertretenden Bekl. bei der B-Bank überwiesen hat. Zwischen der H-Bank und der S-KG war ebenso wie zwischen dieser und dem Kl. vereinbart, dass die Auszahlung der Darlehensvaluta an die S-KG von der Zustimmung des Kl. abhängig sein sollte. Als Sicherheit für das Darlehen diente der H-Bank eine Grundschuld auf einem Erbbaurecht, das der Kl. der S-KG an einem in seinem Eigentum stehenden Baugrundstück bestellt hatte. Der auf das Anderkonto des Bekl. überwiesene Teilbetrag von 1,3 Mio. DM sollte auf Grund einer Vereinbarung zwischen dem Kl. und der S-KG dazu dienen, anhand einer vom Bezirksbürgermeister des Kl. mit einem Genehmigungsvermerk versehenen Liste die darauf mit jeweiliger Bankverbindung angegebenen Forderungen von Gläubigern eines örtlichen Fußballvereins auszugleichen, als dessen Sponsor der Geschäftsführer A der Komplementär-GmbH der S-KG auftrat. Dieser erwirkte die Auszahlung auf das Anderkonto des Bekl. statt auf die Gläubigerkonten dadurch, dass er mit Schreiben vom 3. 6. 1996 an die H-Bank um Überweisung auf dieses Konto bat und eine Fotokopie der genehmigten Liste mitübersandte, auf der durch Abdecken beim Kopiervorgang die Spalte mit den Bankverbindungen der Gläubiger fehlte. Am 10. 6. 1996 überwies der Bekl. von einem weiteren Anderkonto bei der C-Bank, auf das er zwischenzeitlich das Geld transferiert hatte, entsprechend der Weisung der S-KG an diese einen Teilbetrag von 467526,45 DM für die Zahlung von Löhnen und Gehältern und einen weiteren Teilbetrag in Höhe von 275 000 DM an sich selbst zur Begleichung von Gebührenforderungen. Hinsichtlich des Restbetrags erklärte der Bekl. am 3. 7. 1996 gegenüber der S-KG die Aufrechnung mit weiteren Honoraransprüchen. Betreffend diesen Teilbetrag ist ein Parallelrechtsstreit anhängig, in welchem der dortige Kl. aus abgetretenem Recht der S-KG den Bekl. auf Zahlung in Anspruch nimmt. Nachdem die S-KG das Darlehen nicht bis zum 31. 12. 1996 zurückgezahlt hatte, befriedigte der Kl. die Forderungen der H-Bank und nimmt nunmehr aus abgetretenem bzw. übergegangenem Recht der H-Bank den Bekl. in Anspruch. Der Kl. hat behauptet, der Bekl. habe bereits zum Zeitpunkt der Überweisung der 1,3 Mio. DM auf sein Anderkonto gewusst, dass A diese mittels einer manipulierten Liste entgegen den getroffenen Vereinbarungen erschlichen habe. Denn ihm seien sowohl die Originalliste als auch die manipulierte Fotokopie nebst Anlagen übersandt worden. Der H-Bank habe ein Anspruch auf Rückzahlung der 1,3 Mio. DM gegen den Bekl. aus ungerechtfertigter Bereicherung und aus § 826 BGB wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung zugestanden, der infolge einer als Bürgschaft zu verstehenden Einstandserklärung gern. § 774 I BGB bzw. infolge einer Abtretungserklärung der H-Bank auf ihn, den Kl., übergegangen sei.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Kl. hat das KG den Bekl. zur (Rück-)Zahlung von 1,3 Mio. DM verurteilt. Die Revision des Bekl. hatte Erfolg und führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Nach Auffassung des BerGer. kann der Kl. vom Bekl. die Rückzahlung des an ihn überwiesenen Betrags sowohl gem. §§ 812, 774 BGB als auch nach §§ 826, 774 BGB verlangen.

I. Rückzahlungsanspruch gem. § 812 I BGB

Die Überweisung durch die H-Bank sei ohne rechtlichen Grund i. S. des § 812 I 1 BGB erfolgt. Die Zustimmung des zuständigen Bezirksbürgermeisters des Kl. sei nicht mit der Maßgabe erteilt worden, das Geld an die S-KG auszuzahlen, sondern auf die in der Liste des örtlichen Fußballvereins angegebenen Gläubigerkonten. Der Kl. könne auch den Bekl. unmittelbar auf Rückzahlung in Anspruch nehmen. Zwar habe ein Leistungsverhältnis nur zwischen der H-Bank und der S-KG bestanden, weil die H-Bank dieser gegenüber eine vermeintliche rechtsgeschäftliche Verpflichtung aus dem Darlehensvertrag habe erfüllen wollen. Von der grundsätzlich erforderlichen Rückabwicklung im Leistungsverhältnis könne aber dann abgesehen werden, wenn kein Einwendungsabschnitt des Zuwendungsempfängers gegenüber dem Leistungsempfänger zu befürchten sei. Dies sei vorliegend jedenfalls von dem Moment an nicht mehr der Fall, in dem der Bekl. Kenntnis davon erlangt habe, dass die Zahlung ohne Rechtsgrund erfolgt sei, denn von da an sei er nicht mehr schutzwürdig. Es könne dahinstehen, ob der Bekl. die Kenntnis bereits bei Empfang des Geldes gehabt habe. Er habe zumindest vor dem 10. 6. 1996 gewusst, dass ein Anspruch der S-KG auf Auszahlung der 1,3 Mio. DM an sich selbst nicht bestanden habe. Dies ergebe sich aus seinen Ausführungen in dem von ihm im Parallelverfahren eingereichten Schriftsatz vom 10. 6. 1997,

wonach er den Betrag nach dem Eingang auf seinem Anderkonto noch vor dem 10. 6. 1996 auf ein weiteres Anderkonto bei der C-Bank überwiesen habe, da ein Eventualrückgriff der H-Bank habe ausgeschlossen werden sollen. Darin komme das Eingeständnis seines Wissens zum Ausdruck, dass das Geld der S-KG nicht zugestanden habe, zumindest aber, dass er dies für möglich gehalten habe. Von diesem Moment an hafte er gem. §§ 819 I, 818 IV BGB verschärft. Der erforderlichen Kenntnis sei das bewusste Sichverschließen gegenüber der Erkenntnis gleichzusetzen. Spätestens am 18. 6. 1996 habe der Bekl. positive Kenntnis davon erlangt, dass das Geld weder ihm noch der S-KG zugestanden habe. Denn mit Schreiben vom selben Tage habe er die Anfrage des zuständigen Bezirksbürgermeisters des Kl. bestätigt, in der um Erklärung für die Anforderung der Darlehensvaluta mit Hilfe einer manipulierten Liste gebeten worden sei.

II. Rückzahlungsanspruch gem. § 826 BGB

Der Bekl. schulde die Rückzahlung der 113 Mio. DM darüber hinaus aus § 826 BGB. Er habe dadurch, dass er das Geld an die S-KG und an sich selbst ausgezahlt habe, der H-Bank in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich einen Schaden zugefügt, denn er habe zumindest damit gerechnet, dass das Geld der S-KG nicht zustehe.

B. Entscheidung des BGH

Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Überprüfung nicht stand.

I. Übergang etwaiger Ansprüche auf die Kl.

Das BerGer. ist allerdings mit Recht davon ausgegangen, dass etwaige Ansprüche der H-Bank auf den Kl. übergegangen sind. Dabei kann dahinstehen, ob in der "Einstandserklärung" des Kl. entsprechend der Annahme des BerGer. eine Bürgschaftserklärung gesehen werden kann und ein Anspruchsübergang i. S. des § 774 I BGB auch die vorliegend geltend gemachten Ansprüche der H-Bank gegen den Bekl. erfasst. Jedenfalls sind etwaige Ansprüche der H-Bank gegen den Bekl. auf Grund deren Abtretungserklärung vom 7. 8. 1998 auf den Kl. übergegangen. Soweit die Revision rügt,. das BerGer. habe offen gelassen, ob der Kl. - wie vom Bekl. bestritten - die von der H-Bank angebotene Abtretung angenommen habe, hat dies keinen Erfolg. Eine Bestätigung des Annahmewillens konnte das BerGer. bereits darin sehen, dass der Kl. die ihm übersandte Abtretungsurkunde behalten und sich im vorliegenden Rechtsstreit auf sie berufen hat; einer Erklärung der Annahme gegenüber der H-Bank bedurfte es nach § 151 S. 1 BGB unter den gegebenen Umständen nicht (vgl. BGH, NJW 1999, 2179 = LM H. 2/2000 § 151 BGB Nr. 21).

II. Kein unmittelbarer Bereicherungsanspruch gegen den Bekl.

Die Revision macht jedoch mit Recht geltend, dass das BerGer. dem Kl. einen (unmittelbaren) Bereicherungsanspruch gegen den Bekl. zuerkannt hat, ohne die Grundsätze, die der BGH in ständiger Rechtsprechung zum Bereicherungsausgleich im Drei-Personen-Verhältnis entwickelt hat, hinreichend zu beachten.

1. Bereicherungsrechtliche Grundsätze in Anweisungsfällen

In einem - hier vorliegenden - Fall der Leistung kraft Anweisung vollzieht sich der Bereicherungsausgleich grundsätzlich innerhalb des jeweiligen Leistungsverhältnisses, also zum einen zwischen dem Anweisenden (hier der S-KG) und dem Angewiesenen (hier der H-Bank) im so genannten Deckungsverhältnis und zum anderen zwischen dem Anweisenden (der S-KG) und dem Anweisungsempfänger (hier dem Bekl.) im so genannten Valutaverhältnis. Nach dem bereicherungsrechtlichen Leistungsbegriff bewirkt der Angewiesene, der von ihm getroffenen, allseits richtig verstandenen Zweckbestimmung entspre-chend, mit seiner Zuwendung an den Anweisungsempfänger zunächst eine eigene Leistung an den Anweisenden und zugleich eine Leistung des Anweisenden an den Anweisungsempfänger (vgl. BGHZ 40, 272 [276] = NJW 1964, 399 = LM § 951 BGB Nr. 18; BGHZ 61, 289 [291] = NJW 1974, 39 = LM § 812 BGB Nr. 102; BGHZ 66, 362 [363] = NJW 1976, 1448 = LM § 812 BGB Nr. 121; BGHZ 66, 372 [374] = NJW 1976, 1449 = LM § 812 BGB Nr. 120; BGHZ 67,75 [77] = NJW 1976, 1845 = LM § 812 BGB Nr. 122; BGHZ 87, 393 [395] = NJW 1983, 2499 = LM § 812 BGB Nr. 162; BGHZ 88,232 [234] = NJW 1984, 483 = LM § 812 BGB Nr. 166; BGHZ 102, 152 [157] = NJW 1988, 558 = LM § 3 AGBG Nr. 23; BGH, NJW 1987, 185 [186] = LM § 812 BGB Nr. 185; NJW 1990, 3194 [3195] = LM § 812 BGB Nr. 214; Senat, NJW 1994, 2357 = LM H. 11/1994 § 812 BGB Nr. 238 m.w. Nachw.; BGH, NJW 1999, 2890 [2891] = LM H. 2/2000 § 812 BGB Nr. 264, sowie NJW 2001, 1855).

2. Ausnahmen von diesem Grundsatz

Dieser Grundsatz gilt jedoch nicht ausnahmslos. So entspricht es gefestigter Rechtsprechung des BGH, dass dem Angewiesenen jedenfalls dann ein unmittelbarer Bereicherungsanspruch gegen den Anweisungsempfänger zusteht, wenn es an einer wirksamen Anweisung fehlt und dem Anweisungsempfänger dieser Umstand bei Empfang des Leistungsgegenstands bekannt ist. Denn ohne eine gültige Anweisung kann die Zahlung dem

vermeintlich Anweisenden nicht als seine Leistung zugerechnet werden, und der Empfänger kann die Zahlung aus seiner Sicht auf Grund seiner Kenntnis vom Fehlen einer Anweisung auch nicht als Leistung des vermeintlich Anweisenden ansehen (vgl. BGHZ 66, 362 [363] = NJW 1976,1448 = LM § 812 BGB Nr. 121; BGHZ 66, 372 [374] = NJW 1976, 1449 = LM § 812 BGB Nr. 120; BGHZ 67, 75 [77] = NJW 1976, 1845 = LM § 812 BGB Nr. 122; BGHZ 87, 393 [397 f.] = NJW 1983, 2499 = LM § 812 BGB Nr. 162; Senat, NJW 1994, 2357 = LM H. 11/1994 § 812 BGB Nr. 238). Mangels Zurechenbarkeit einer unwirksamen Anweisung kommt ein bereicherungsrechtlicher Ausgleich zwischen der Bank und dem Zuwendungsempfänger unter Umständen auch dann in Betracht, wenn dieser den Gültigkeitsmangel nicht kannte (vgl. BGH, NJW 1990, 3194 [3195] = LM § 812 BGB Nr. 214; NJW-RR 1990, 1200 [1201] = LM § 812 BGB Nr. 213, und NJW 2001, 1855).

Eine weitere Ausnahme von dem oben erwähnten Grundsatz wird in entsprechender Anwendung des § 822 BGB dann angenommen, wenn es im Deckungsverhältnis an einem Rechtsgrund fehlt, im Valutaverhältnis die Leistung unentgeltlich bewirkt ist und die Verpflichtung des Anweisenden zur Herausgabe des Erlangten - aus Rechtsgründen (vgl. BGH, NJW 1999, 1026 = LM H. 5/1999 § 816 BGB Nr. 47) - ausgeschlossen ist (vgl. BGHZ 88, 232 [237] = NJW 1984, 483 = LM § 812 BGB Nr. 166). Dies ist dann der Fall, wenn in der Person des Anweisenden die Voraussetzungen der §§ 818 IV, 819 BGB nicht vorliegen und deshalb ein Bereicherungsanspruch gegen ihn nicht besteht. Die sachliche Rechtfertigung für diese Ausnahme liegt darin, dass der Empfänger einer unentgeltlichen Leistung nach dem in den §§ 816, 822 BGB zum Ausdruck kommenden Rechtsgedanken auch dann eine schwächere Position einnimmt, wenn ein Rechtsgrund für seinen Erwerb bestanden hat; die typische Schwäche des unentgeltlichen Erwerbs rechtfertigt seine Herausgabeverpflichtung (vgl: BGHZ 88, 232 [236 f.] = NJW 1984,483 = LM § 812 BGB Nr. 166 m. w. Nachw.).

Schließlich ist ein Durchgriff des Zuwendenden auf den Zuwendungsempfänger vom RG (RGZ 86, 343 [347]; RG, JW 1934, 2458 [2459]) und vom BGH (Urt. v. 25. 3. 1954 -VI ZR 202/53) ausnahmsweise in dem Fall für zulässig erachtet worden, in dem ein "Doppelmangel in der Bereicherungskette" vorlag, das heißt sowohl das Deckungs- als auch das Valutaverhältnis mangelhaft waren. Ob an dieser Auffassung trotz der Tatsache, dass dadurch sowohl dem letzten Glied einer dreigliedrigen Bereicherungskette seine Einwendungen gegen seinen Vormann (das Zwischenglied der Kette), als auch diesem Zwischenmann seine Einwendungen gegen das erste Glied der Bereicherungskette abgeschnitten werden (vgl. hierzu bereits BGHZ 48, 70 [72] = NJW 1967, 1905 = LM § 812 BGB Nr. 76 m. w. Nachw.), festzuhalten ist, bedarf keiner Entscheidung, denn im vorliegenden Fall liegt keiner der geschilderten Ausnahmefälle vor.

3. Übertragung dieses Grundsatzes sowie seiner Ausnahmen auf den vorliegenden Fall

Entgegen der Auffassung des Kl. liegt der Überweisung der 1,3 Mio. DM durch die H-Bank an den Bekl. eine wirksame Anweisung der S-KG zu Grunde, so dass der S-KG dieser Zahlungsvorgang bereicherungsrechtlich als ihre Leistung zuzurechnen ist. Die Anweisung als solche ist weder wegen Fälschung noch auf Grund einer Täuschung noch mangels Bedingungseintritts unwirksam. Sie war von A, dem zuständigen Vertretungsorgan der S-KG, in dieser Form bewusst und gewollt erteilt worden. Manipuliert war lediglich die der Anweisung als Anlage beigefügte Forderungsliste, die einen Genehmigungsvermerk des zuständigen Bezirksbürgermeisters des Kl. trug und damit den Eindruck erweckte, der Kl. sei mit der Auszahlung der Darlehensvaluta in Höhe von 1,3 Mio. DM auf das angegebene Konto des Bekl. einverstanden. Damit täuschte der Geschäftsführer zwar über die Berechtigung der S-KG zum Abruf der Kreditmittel. Ein dadurch veranlasster Irrtum der H-Bank ändert jedoch nichts an der Wirksamkeit der abstrakten, das heißt vom Kausalverhältnis unabhängigen, Anweisung (vgl. RGZ 60, 24 [26]; Lieb, in: MünchKomm, 3. Aufl., § 812 Rdnrn. 36, 38, 67, 70d, 74, 75, 82a; Staudinger/Lorenz, BGB, 13. Bearb., § 812 Rdnrn. 50, 52; Canaris, in: Festschr. f. Larenz z. 70. Geb., S. 799, 806, 815, 817, 863).

Entgegen der Auffassung des Kl. ist die Anweisung auch nicht wegen Nichteintritts einer - in der Zustimmung des Kl. liegenden - aufschiebenden Bedingung unwirksam. Da es sich bei der Anweisung um eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung handelt, hätte allein A als Erklärender die Anweisung von einer solchen Bedingung abhängig machen können. Dies hat er jedoch nicht getan, sondern die H-Bank unbedingt angewiesen, die Auszahlung auf das angegebene Konto des Bekl. vorzunehmen. Gegenüber der H-Bank wurde hierbei lediglich der Eintritt derjenigen Bedingung vorgespiegelt, unter welcher der Darlehensauszahlungsanspruch der S-KG stand. Dies ist jedoch - wie soeben ausgeführt - für die Gültigkeit der Anweisung unbeachtlich.

Die Voraussetzungen für einen unmittelbaren Bereicherungsanspruch gegen den Zuwendungsempfänger entsprechend § 822 BGB liegen ebenfalls nicht vor, denn der anweisende A war

bösgläubig i. S. der §§ 818 IV, 819 1 BGB. Nach dem eigenen Vorbringen des Kl. wusste er als zuständiges Vertretungsorgan der S-KG, dass diese gegen die H-Bank keinen Anspruch auf Auszahlung der Darlehensvaluta an sich selbst hatte, weil es an einer entsprechenden Zustimmung des Kl. fehlte.

Für einen "Doppelmangel in der Bereicherungskette', selbst wenn dieser einen Anspruch des Angewiesenen gegen den Anweisungsempfänger rechtfertigen könnte, bestehen weder nach den Feststellungen des BerGer. noch nach dem Vorbringen des Kl. hinreichende Anhaltspunkte.

Entgegen der Auffassung des BerGer. kann eine weitere Ausnahme von dem Grundsatz der Rückabwicklung im jeweiligen Leistungsverhältnis bei Vorliegen einer wirksame Anweisung nicht bereits deshalb angenommen werden, weil ein Abschneiden von Einwendungen des Zuwendungsempfängers, hier des Bekl., gegenüber dem Leistungsempfänger, der S-KG, nicht zu befürchten sei. Abgesehen davon, dass der Bekl. solche Einwendungen geltend macht, wurde durch die Zulassung eines Durchgriffs in einer solchen Situation der Zuwendungsempfänger ohne sachliche Rechtfertigung auch den Einwendungen aus dem Vertragsverhältnis seines Vertragspartners zu einem Dritten ausgesetzt (vgl. BGHZ 40, 272 [278] = NJW 1964, 399 = LM § 951 BGB Nr. 18; Canaris, S. 802, 817). Weiterhin bestünde die Gefahr, dass dem Anweisenden Einwendungen gegenüber dem Angewiesenen abgeschnitten würden (vgl. BGHZ 48, 70 [74] = NJW 1967,1905 = LM § 812 BGB Nr. 76).

Etwas anderes lässt sich auch nicht aus der Entscheidung des BGH vom 27.4. 1961 (NJW 1961, 1461 = LM § 812 BGB Nr. 47) ableiten. In dem dieser Entscheidung zu Grunde liegenden Fall hatte der dortige Kl. eine Zahlung an einen Zwischenmann erbracht, der den erhaltenen Betrag auf Grund einer Absprache mit dem dortigen Bekl. für Rechnung des Kl. auf ein Baugeldkonto des Bekl. überwies, das dieser als (verdeckter) Treuhänder für weitere Personen (Treugeber) unterhielt. Der VII. Zivilsenat hat in seiner Entscheidung hierzu lediglich ausgeführt, die Vermögensverschiebung vollziehe sich in einem solchen Falle nicht unmittelbar zwischen dem Einzahler und den Treugebern, sondern zwischen dem Dritten und dem Treuhänder. Der Entscheidung, die ersichtlich noch nicht von dem der neueren Rechtsprechung zu Grunde liegenden bereicherungsrechtlichen Leistungsbegriff ausgeht, lassen sich keine Schlussfolgerungen zu der vorliegend entscheidungserheblichen Frage entnehmen, ob trotz Bestehens von Leistungsverhältnissen ein bereicherungsrechtlicher Durchgriffsanspruch in Betracht kommt.

III. Kein Rückzahlungsanspruch gem. § 826 BGB

Die Revision wendet sich auch mit Erfolg gegen die Beurteilung des BerGer., dass der Bekl. zur Rückzahlung des erhaltenen Betrags auch aus § 826 BGB verpflichtet sei.

1. Kein Vorsatz des Bekl.

Die Revision rügt mit Recht, dass die Feststellungen des BerGer. seine Annahme, der Bekl. habe vorsätzlich gehandelt, nicht tragen. Das BerGer. wirft dem Bekl. vor, er habe am 10. 6. 1996 Teilbeträge der erhaltenen Darlehensvaluta an die S-KG und an sich selbst ausgezahlt, obwohl er - zur Überzeugung des BerGer. - zumindest damit gerechnet habe, dass ihr das Geld nicht zustehe. Es nimmt damit ersichtlich auf seine Ausführungen zum Kenntnisstand des Bekl. unter Nr. 2 a der Entscheidungsgründe Bezug. Dort stellt es jedoch einschränkend lediglich fest, dass der Bekl. das Nichtbestehen eines Anspruchs der S-KG auf Auszahlung des Betrags von 1,3 Mio. DM zumindest für möglich gehalten habe. Das BerGer. trifft dagegen keine Feststellungen dazu, ob der Bekl. diesen Umstand auch billigend in Kauf genommen hat. Dies wäre aber für die Annahme eines bedingten Vorsatzes i. S. des § 826 BGB erforderlich gewesen (vgl. Senat, NJW 1991, 634 = LM § 826 [C] BGB Nr. 5 = BGHR BGB § 826 Schädigungsvorsatz 2; NJW 1993, 194 = LM H. 5/1993 § 826 [B] BGB Nr. 13 = BGHR BGB § 826 Schädigungsvorsatz 4).

2. Keine ausreichenden Feststellungen über die Kenntnis des Bekl. von der Manipulation

Auch den Angriffen der Revision, dass das BerGer. keine verfahrensfehlerfreien Feststellungen betreffend die Kenntnis des Bekl. von der Manipulation der Gläubigerliste getroffen hat, mit deren Hilfe seitens der S-KG die Auszahlung auf sein Anderkonto erreicht wurde, kann der Erfolg nicht versagt bleiben. Das BerGer. hat eine entsprechende Kenntnis des Bekl. vor dem 10. 6. 1996 allein aus dessen Vorbringen in seinem Schriftsatz vom 10. 6. 1997 im Parallelverfahren geschlossen, wonach die Weiterüberweisung der 1,3 Mio. DM vor dem 10. 6. 1996 auf ein weiteres Anderkonto bei der C-Bank auf Veranlassung von A geschehen sei, da ein Eventualrückgriff der H-Bank habe ausgeschlossen werden sollen.

Zwar ist der Tatrichter grundsätzlich darin frei, welche Beweiskraft er Indizien im Einzelnen und in einer Gesamtschau für seine Überzeugungsbildung beimisst. Revisionsrechtlich ist seine Würdigung jedoch daraufhin zu überprüfen, ob er alle Umstände vollständig berücksichtigt und nicht gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstoßen hat. Ein solcher Verstoß liegt unter anderem dann vor, wenn der Tatrichter Indiztatsachen, aus denen verschiedene Schlüsse gezogen werden können, in ihrer Ambivalenz

nicht erkennt oder ihnen Indizwirkungen zuerkennt, die sie nicht haben können (vgl. Senat, NJW 1991, 1894 = LM § 286 [B] ZPO Nr. 80 = VersR 1991, 566). Den Ausführungen des Bekl. im Parallelprozess ist nicht zwingend zu entnehmen, dass ihm bereits zum Zeitpunkt der Überweisung der Grund für die von A veranlasste Transaktion bekannt war. Es ist vielmehr auch denkbar, dass ihm dieser erst später von A mitgeteilt wurde.

Darüber hinaus rügt die Revision mit Recht, dass das BerGer. bei seiner Würdigung Indiztatsachen übergangen hat, die gegen eine Kenntnis des Bekl. von der Täuschung der H-Bank im Zusammenhang mit der Überweisung der 1,3 Mio. DM auf sein Anderkonto sprechen könnten, so etwa die Bitte in seinem Schreiben vom 7. 6. 1996 um unverzügliche Aufklärung und Weisung, was mit dem auf seinem Anderkonto ohne Treuhandauftrag der Bank eingegangenen Betrag von 1,3 Mio. DM geschehen solle, sowie das Antwortschreiben des Geschäftsführers der S-KG vom 10. 6. 1996, in welchem dem Bekl Weisungen hinsichtlich der Verwendung des eingegangenen Betrags erteilt werden.

3. Kein Vermögensschaden

Schließlich rechtfertigen die bisherigen Feststellungen des BerGer. auch nicht die Annahme, dass der Bekl. durch sein Verhalten der H-Bank einen Vermögensschaden zugefügt hat. Das BerGer. lässt ausdrücklich offen, ob der Bekl. bereits bei Empfang der 1,3 Mio. DM Kenntnis von der zu Grunde liegenden Täuschungshandlung des A hatte. Dementsprechend sieht es als Tathandlungen i. S. des § 826 BGB nicht bereits die Zurverfügungstellung des Anderkontos bzw. die Entgegennahme der Valuta an, sondern erst die nach Eingang des Geldes vorgenommenen Verfügungen des Bekl. Zu diesem Zeitpunkt war jedoch der Vermögensschaden der H-Bank bereits entstanden, denn mit der Gutschrift der 1,3 Mio. DM auf dem Konto des Bekl. war der Darlehensbetrag aus dem Vermögen der H-Bank ausgeschieden und ihrer Verfügungsmöglichkeit entzogen. Diesen bereits durch die Überweisung auf sein Konto eingetretenen Vermögensschaden der H-Bank kann der Bekl. nicht durch das ihm vom BerGer. vorgeworfene spätere Verhalten verursacht haben. Es kann in diesem Zusammenhang allenfalls in Betracht gezogen werden, dass das spätere Verhalten des Bekl. den bereits entstandenen Schaden vertieft hat. Hierzu hat das BerGer. jedoch keinerlei Feststellungen getroffen.

IV. Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung zur weiteren Verhandlung

Das Berufungsurteil kann nach alledem keinen Bestand haben. Das BerGer. wird bei seiner erneuten Verhandlung insbesondere der unter Beweis gestellten Behauptung des Kl. nachzugehen haben, dass der Bekl. vor dem Eingang der Darlehensvaluta auf seinem Anderkonto in die Täuschungshandlung, mit der dies erreicht wurde, eingeweiht war. Soweit der Bekl. betreffend die hierzu benannten Zeugen auf ein Zeugnisverweigerungsrecht i. S. des § 383 I Nr. 6 ZPO verwiesen hat, so wird zu beachten sein, dass der Zeugin P diesbezüglich kein Zeugnisverweigerungsrecht zustehen kann, soweit sie Tatsachen bekunden soll, die sie nicht im Rahmen ihrer erst am 15. 7. 1996 aufgenommenen Tätigkeit als Rechtsanwaltsgehilfin des Bekl., sondern bereits zuvor als Chefsekretärin des A erfahren hat. Soweit der Zeuge K betroffen ist, so wird das BerGer., soweit die Frage nach der Kenntnis des Bekl. von der Manipulation der Gläubigerliste Oberhaupt von der Verschwiegenheitspflicht aus dem Mandatsverhältnis mit der S-KG betroffen sein sollte, zu beachten haben, dass für eine Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht nicht der Bekl., sondern der Mandant, dessen Interessen durch die Aussagen berührt würden, zuständig ist. Durch das Zeugnisverweigerungsrecht soll nämlich nicht der Amtsträger, sondern der Vertrauensgeber geschätzt werden (vgl. B GHZ 109, 260 [268 f.] = NJW 1990, 510 = LM § 666 BGB Nr. 15).

Standort: Verzug — Problem: Bindung eines Sängers an Produktionsvertrag

BGH, URTEIL VOM 25.01.2001
I ZR 287/98 (NJW 2001, 2878)

Problemdarstellung:

Die Parteien hatten einen Musikproduktionsvertrag geschlossen, laut dem der bekl. Produzent verpflichtet

war, bis Ende 1995 jährlich eine ausreichende Anzahl von Titeln für mindestens eine Langspielplatte mit dem klagenden Sänger zu produzieren. Im Jahr 1995 produzierte der Bekl. keinen Titel, woraufhin der Kl. nunmehr Schadensersatz fordert. Das Angebot des Bekl., das Versäumte nachzuholen, lehnte der Kl. aufgrund einer zwischenzeitlichen exklusiven Neuverpflichtung gegenüber einem anderen Musikproduzenten ab.

Einvernehmlich haben BerGer. und BGH einen Schadensersatzanspruch des Kl. aus § 325 I 1 BGB verneint. Die angestrebte Musikproduktion stellt keine Leistung dar, die dem Vertrag den Charakter eines absoluten Fixgeschäftes einräumt, da eine derart strenge Bindung an das jeweilige Kalenderjahr nicht festzustellen ist. Außerdem stellt der Produktionsvertrag kein Dauerschuldverhältnis dar, bei dem durch Zeitablauf bereits Unmöglichkeit eintritt; es handelt sich im vorliegenden Fall um Sukzessivleistungen des Bekl., nicht aber um eine fortlaufende Leistungserbringung.

Jedoch ist nach der Ansicht des BGH ein Schadensersatzanspruch gem. § 326 I BGB zu bejahen. Für die Leistungserbringung trat aufgrund der kalendermäßigen Bestimmung Verzug bereits mit Jahresablauf ein. Einer Fristsetzung gem. § 326 I BGB bedurfte es nicht, weil das Interesse des Kl. an der Vertragserfüllung entfallen war, § 326 II BGB. Infolge seiner exklusiven Neuverpflichtung gegenüber einem anderen Musikproduzenten besteht für ihn kein Interesse an einer Nachholung durch den Bekl.

Prüfungsrelevanz:

Diese Entscheidung eignet sich zur grundsätzlichen Wiederholung des Allgemeinen Schuldrechts, insbesondere der Abgrenzung zwischen den verschiedenen Leistungsstörungen von Unmöglichkeit und Verzug. Der infolge von kalendermäßiger Bestimmung eingetretene Verzug kann unter bestimmten Voraussetzungen in eine Unmöglichkeit umschlagen. So tritt bei absoluten Fixgeschäften, wo die Einhaltung des Termins bzw. Zeitraums die maßgebliche Komponente bei der Leistungserbringung darstellt, schon mit Fristverstreichung Unmöglichkeit ein. Bei Dauerschuldverhältnissen, wie z.B. Miet-, Dienst- oder Arbeitsverhältnisse, tritt mit Ablauf des jeweiligen Zeitabschnitts, in dem fortlaufend die Leistung zu erbringen war, Unmöglichkeit ein. Im Übrigen kann langwieriger Verzug, wo die Grenzen der Zumutbarkeit des weiteren Abwartens überschritten sind, ebenfalls in Unmöglichkeit umschlagen (Palandt/Hein-richs, BGB, § 275 Rz. 6).

Vertiefungshinweis:

❑ Zu den Voraussetzungen eines relativen Fixgeschäfts: *OLG Düsseldorf*, NJW-RR 1996, 40

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Keine Lust auf Schönheitsreparaturen"

Leitsätze:

1. Ein Musikproduktionsvertrag, durch den sich der Produzent verpflichtet, in jedem Jahr der Vertragslaufzeit eine bestimmte Zahl von Titeln zu produzieren, stellt kein absolutes Fixgeschäft dar.

2. Verpflichtet sich ein Musikproduzent, in jedem Kalenderjahr der Vertragslaufzeit eine bestimmte Zahl von Titeln zu produzieren, ist für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt.

3. Kann die Produktionsverpflichtung nicht mehr während der Laufzeit des Musikproduktionsvertrags erfüllt werden, ist für den Künstler, der inzwischen gegenüber einem anderen Produzenten eine Ausschließlichkeitsbindung eingegangen ist, das Interesse an der Erfüllung entfallen. Der Künstler kann in diesem Fall mit Eintritt des Verzugs Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, ohne dass es einer Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung bedarf.

Sachverhalt:

Der Kl. ist Sänger, der Bekl. ist Musikproduzent. Die Parteien waren für die Jahre 1991 bis 1995 durch einen 1990 geschlossenen Musikproduktionsvertrag verbunden. Dieser Vertrag war zunächst auf drei Jahre (1991 bis 1993) geschlossen worden. Der Bekl. hatte jedoch die ihm eingeräumte Option ausgeübt, den Vertrag zweimal um jeweils ein Jahr zu verlängern. Der Vertrag verpflichtete den Kl., in seiner Eigenschaft als Solosänger oder Mitglied eines Ensembles während der Vertragslaufzeit ausschließlich dem Bekl. zur Herstellung von Ton- oder Bildtonaufnahmen zur Verfügung zu stehen (".. . the artist warrants to be exclusively at the company's and not at any third party's disposal, neither as solo-artist nor as member of a group...") Dem Bekl. waren hinsichtlich der Auswertung dieser Aufnahmen ausschließliche Nutzungsrechte eingeräumt. Im Gegenzug hatte sich der Bekl. verpflichtet, Titel mit Darbietungen des Kl. aufzunehmen und zu veröffentlichen, wobei in jedem Kalenderjahr eine ausreichende Zahl von Titeln für mindestens eine Langspielplatte produziert werden sollte ("The company commits to record or to have recorded and to release or to have released tities with performances of the artist, precisely: During the period of each calendar year a sufficient number of tracks for at least one album"). Über die Auswahl der aufzunehmenden Titel

sollte der Bekl. entscheiden, wobei dem Kl. ein Vorschlagsrecht zustand ("The company decides which titles will be recorded. While selecting the titles to be recorded, the artist is entitled to make proposals"). Für den Vertrag sollte deutsches Recht gelten. Als Gerichtsstand wurde der Sitz des Bekl. vereinbart.

In den ersten vier Jahren der Vertragslaufzeit, also in den Jahren 1991 bis 1994, produzierte der Bekl. mit dem Kl. vier Langspielplatten, die dem Kl. Einnahmen von über 600 000 DM einbrachten. Nachdem es zwischen den Parteien im Laufe des Jahres 1995 wiederholt zu Streitigkeiten gekommen war - unter anderem über die Kosten einer Flugreise von Japan nach Deutschland und über die Abrechnung von Lizenzgebühren -, produzierte der Bekl. 1995 keine Titel mit dem Kl. Der Kl. forderte den Bekl. deswegen im Februar 1996 zur Zahlung von Schadensersatz auf. Das Angebot des Bekl., das Versäumte nachzuholen, lehnte der Kl. unter Hinweis auf die von ihm inzwischen eingegangene Exklusivverpflichtung gegenüber einem anderen Produzenten ab.

Der Kl. hat die Ansicht vertreten, dem Bekl. sei die Produktionsleistung, zu der er nach dem Vertrag verpflichtet gewesen sei, mit Ablauf des Jahres 1995 in von ihm zu vertretender Weise unmöglich geworden. Er hat behauptet, dadurch, dass 1995 kein Album auf den Markt gekommen sei, seien ihm Lizenz- und GVL-Einnahmen in Höhe von 218 750 DM entgangen. Diesen Betrag (zuzüglich Zinsen) hat er mit der vorliegenden Klage geltend gemacht. Der Bekl. ist der Klage entgegengetreten.

Das LG hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung des Bekl. hat das KG die Klage abgewiesen (KG, AfP 1999, 485 = ZUM-RD 1999, 98 = KGR 1999, 117).

Hiergegen richtet sich die Revision des Kl., mit der er seinen Klageantrag weiterverfolgt. Die Revision des Bekl. führte zur Aufhebung der Vorentscheidung und Zurückverweisung an das BerGer.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hat angenommen, dem Kl. stehe schon nach seinem eigenen Vorbringen kein Schadensersatz zu. Zur Begründung hat es ausgeführt:

Ein Schadensersatzanspruch des Kl. ergebe sich nicht aus § 325 BGB. Zwar handele es sich bei der vom Bekl. übernommenen Verpflichtung, jedes Jahr die für eine Langspielplatte erforderliche Zahl von Titeln zu produzieren, um eine vertragliche Hauptpflicht. Entgegen der Ansicht des LG sei aber dem Bekl. die Erfüllung dieser Verpflichtung nicht mit Ablauf des Jahres 1995 unmöglich geworden. Aus dem Parteivorbringen ergäben sich weder rechtliche noch tatsächliche Gründe, die den Kl. daran gehindert hätten, das für 1995 vorgesehene Album noch im Jahre 1996 zu produzieren. Allein die nach seinem Vorbringen eingegangene neue Exklusivbindung könne dem Vertragsverhältnis der Parteien nicht den Charakter eines absoluten Fixgeschäfts vermitteln. Denn dieser Hinderungsgrund beruhe nicht auf den Vertragsabsprachen der Parteien, sondern auf dem Entschluss des Kl., unmittelbar im Anschluss an den Vertrag mit dem Bekl. eine neue Exklusivbindung einzugehen, ohne sich für die nachträgliche Produktion eines Albums durch den Bekl. eine Ausnahme vorzubehalten.

Ein Schadensersatzanspruch stehe dem Kl. auch aus § 326 BGB nicht zu. Denn der Kl. habe dem Bekl. - selbst wenn dieser mit Ablauf des Jahres 1995 in Verzug geraten sein sollte - keine Frist mit Ablehnungsandrohung gesetzt. Eine solche Nachfristsetzung sei nicht deswegen entbehrlich, weil beim Kl. das Interesse an der Vertragserfüllung im Jahre 1996 entfallen sei. Denn dies beruhe nicht auf dem Verzug des Bekl., sondern allein darauf, dass der Kl. sich - nach seinem Vorbringen - bereits mit dem Beginn des Jahres 1996 exklusiv an einen anderen Vertragspartner gebunden habe. Für den Kl. habe im Übrigen die Möglichkeit bestanden, ausnahmsweise schon vor Verzugseintritt eine Frist mit Ablehnungsandrohung zu setzen.

B. Entscheidung des BGH

Diese Beurteilung hält den Angriffen der Revision nicht stand. Sie führen zur Aufhebung und Zurückverweisung.

I. Kein Anspruch gem. § 325 I BGB

Mit Recht hat allerdings das BerGer. einen Schadensersatzanspruch des Kl. aus § 325 I 1 BGB verneint. Die Musikproduktion, zu der sich der Bekl. verpflichtet hatte - also die Aufnahme und Veröffentlichung einer für eine Langspielplatte ausreichenden Zahl von Titeln in jedem Kalenderjahr -, stellt keine Leistung dar, die dem Vertrag hinsichtlich dieser Verpflichtung den Charakter eines absoluten Fixgeschäfts gibt.

Absolute Fixgeschäfte sind Verträge, bei denen - über die Rechtswirkungen des § 361 BGB hinaus - die Leistungszeit so wesentlich ist, dass die Leistung nur zu einer bestimmten Zeit erbracht werden kann, die Verfehlung dieses Zeitpunkts die Leistung also dauernd unmöglich macht (BGHZ 60, 14 [16] = NJW 1973, 318 = LM § 645 BGB Nr. 3). Dabei erfordert ein Fixgeschäft nicht nur die Festlegung einer genauen Leistungszeit, sondern darüber hinaus Einigkeit der Parteien darüber, dass der Vertrag mit der Einhaltung oder Nichteinhaltung der Leistungszeit stehen oder fallen solle. Ob die Parteien der vereinbarten Leistungszeit eine so weit gehende Bedeutung

beimessen wollten, ist - wenn der Vertragstext eine ausdrückliche Regelung nicht enthält - unter Berücksichtigung aller Umstände durch Auslegung zu ermitteln, wobei sich jeder Zweifel gegen die Annahme eines Fixgeschäfts auswirkt (vgl. BGH, LM § 376 HGB Nr. 4 = WM 1982, 1384; LM § 346 [Ea] HGB Nr. 22 = WM 1984, 639 [641]; NJW-RR 1989, 1373, jeweils zu § 376 I HGB). Unter diesen Umständen ist es revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, dass das BerGer. dem Vertragsverhältnis der Parteien keine solche Fixabrede entnommen hat. Denn es lässt sich nicht feststellen, dass die Parteien die jährlich zu erbringende Produktionsleistung des Bekl. derart streng an das jeweilige Kalenderjahr binden wollten, dass bereits eine geringfügig verzögerte Produktion den Leistungszweck unter keinen Umständen mehr hätte verwirklichen können.

Die Revision verweist demgegenüber darauf, dass es sich bei dem Musikproduktionsvertrag der Parteien um ein Dauerschuldverhältnis handele und Dauerverpflichtungen in der Regel Fixcharakter hätten, weil bei ihnen die einmal verzögerte Leistung nicht mehr nachgeholt werden könne (vgl. BGHZ 99, 182 [189] = NJW 1987, 831 = LM § 157 [Ga] BGB Nr. 33; BGH, NJW-RR 1991, 267 [268] = LM § 275 BGB Nr. 22, jeweils für die Raummiete; BAG, NJW 1986, 1831 [1832]; NJW 1996, 1771 [1772], jeweils für Leistungspflichten im Rahmen eines Arbeitsvertrags; Emmerich, in: MünchKomm, 3. Aufl., § 275 Rdnr. 45 m. w. Nachw.). Die vom Bekl. zu erbringende Produktionsleistung unterscheidet sich indessen von den insofern angesprochenen Dauerverpflichtungen in einem wesentlichen Punkt: Während bei diesen die geschuldete Leistung, etwa die Gebrauchsüberlassung bei der Raummiete oder die Unterlassung einer bestimmten Tätigkeit bei einem Wettbewerbsverbot, fortlaufend zu erbringen ist, geht es bei der Verpflichtung des Bekl. - ähnlich wie bei einem Sukzessivlieferungsvertrag - um wiederkehrende Einzelleistungen. Auch wenn für die jeweils zu erbringende Einzelleistung ein Termin nach dem Kalender bestimmt ist, ist hier ein Nachholen einer versäumten Leistung nicht von vornherein ausgeschlossen. Die in diesem Zusammenhang von der Revision angeführten Gesichtspunkte, die aus der Sicht des Kl. gegen ein Nachholen der 1995 versäumten Produktion sprechen, mögen dazu führen, dass das Interesse des Kl. an einer verspäteten Leistung entfallen ist (vgl. § 326 II BGB). Eine mit Ablauf der vereinbarten Leistungszeit eintretende Unmöglichkeit können sie jedoch nicht begründen.

II. Schadensersatzanspruch gem. § 326 I BGB

Entgegen der Auffassung des BerGer. steht dem Kl. jedoch nach dem - im Revisionsverfahren zu Grunde zu legenden - Klagevorbringen ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 326 BGB zu.

1. Verzug des Bekl. mit einer vertraglichen Hauptleistungspflicht durch Ablauf des Jahres

Der Bekl. ist mit Ablauf des Jahres 1995 in Verzug geraten, da für seine Leistung zumindest mittelbar eine Zeit nach dem Kalender bestimmt war (§ 284 II BGB). Im Vertrag ist festgehalten, dass der Bekl. während jedes Kalenderjahres ("during the period of each calendar year') die notwendige Zahl von Titeln produziert. Nach dem Kalender ist die Leistungszeit auch dann bestimmt, wenn die Leistung innerhalb eines bestimmten Kalenderabschnitts vereinbart wird (vgl. BGH, NJW 1984, 48 [49] = LM H. 7/1992 § 9 [bg] AGBG Nr. 13). Um welche Kalenderjahre es sich dabei handelte, ergibt sich mittelbar daraus, dass der Vertrag für die Jahre 1991 bis 1993 mit einer (ausgeübten) Option für die Jahre 1994 und 1995 geschlossen wurde. Dies reicht für die Annahme einer kalendermäßigen Bestimmung der Leistungszeit aus (vgl. BGH, NJW 1992,1628 [1629] = LM H. 7/1992 § 9 [bg] AGBG Nr. 13).

2. Entbehrlichkeit der Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung

Allerdings hat der Kl. dem Bekl. - wie es § 326 I 1 BGB an sich voraussetzt - keine Frist mit Ablehnungsandrohung gesetzt. Eine solche Fristsetzung war jedoch im Streitfall entbehrlich, weil das Interesse des Kl. an der Vertragserfüllung infolge des eingetretenen Verzugs entfallen war (§ 326 II BGB).

Für die Prüfung im Revisionsverfahren ist von dem Vorbringen des Kl. auszugehen, wonach er für die Zeit ab 1. 1. 1996 exklusiv bei einem anderen Produzenten, der I-GmbH, unter Vertrag stand; auf Grund dessen sei er gehindert gewesen, die 1995 versäumte Produktion noch im Jahre 1996 nachzuholen.

a. Interessenwegfall wegen Verzuges bzw. wegen des neuen Exklusivvertrages

Zu Unrecht meint das BerGer., das Interesse des Kl. an der Vertragserfüllung sei nicht infolge des Verzugs, sondern auf Grund der neu eingegangenen Ausschließlichkeitsbindung entfallen.

Das BerGer. hat nicht hinreichend berücksichtigt, dass der Verzug nicht die alleinige Ursache des Interessewegfalls sein muss, wenn der vertragstreue Teil für die anderen Ursachen nicht verantwortlich ist (Staudinger/Otto, BGB, 13. Bearb., § 326 Rdnr. 125; Emmerich, in: MünchKomm, § 326 Rdnr. 114 m. w. Nachw.). Im Streitfall war der Verzug des Bekl. jedenfalls mitursächlich für den Wegfall des Interesses des Kl.; denn hätte der Bekl. die ihm obliegende Leistung erbracht, wäre das Interesse des Kl. an der

Vertragserfüllung nicht entfallen. Der Umstand, dass das Nachholen der versäumten Leistung durch den neuen Exklusivvertrag unmöglich gemacht wurde, ist dem Kl. nicht anzutasten. Mit Recht weist die Revision darauf hin, dass der Kl. darauf angewiesen war, für die Zeit nach dem Auslaufen des Vertrags mit dem Bekl. einen neuen Produzenten zu finden. Ihm war es nicht zuzumuten, einen solchen anstehenden Vertragsschluss nur deswegen aufzuschieben, weil der Bekl. die ihm obliegende Produktion von Titeln im Jahre 1995 noch nicht erfüllt hatte. Ebenfalls geht es nicht zu Lasten des Kl., dass er in dem Vertrag mit I keinen Vorbehalt für die nachzuholende Produktion aus dem Jahre 1995 gemacht hat. Zum einen lässt sich den Feststellungen des BerGer. nicht entnehmen, dass der Vertrag mit I erst zu einem Zeitpunkt abgeschlossen worden ist, als für den Kl. bereits deutlich war, dass der Bekl. seiner Produktionsverpflichtung für 1995 nicht nachkommen würde. Zum anderen - und dies ist der entscheidende Gesichtspunkt - hätte das Bestehen auf einem derartigen Vorbehalt die Verhandlungsposition des Kl. gegenüber dem neuen Produzenten erheblich geschwächt, wenn überhaupt eine Bereitschaft bestanden hätte, den Kl. unter solchen Voraussetzungen unter Vertrag zu nehmen. Denn es konnte nicht im Interesse des neuen Produzenten liegen, dass 1996 neben den von ihm geplanten Titeln noch die an sich für 1995 geplante CD des Bekl. erscheint und die verschiedenen Neuerscheinungen sich im Absatz behindern.

b. Kein Bedürfnis für eine vorzeitige Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung

Auch das BerGer. hat nicht verkannt, dass es dem Kl. nicht zuzumuten war, sich die Möglichkeit eines neuen Exklusivvertrags mit einem anderen Produzenten wegen der noch ausstehenden Vertragserfüllung durch den Bekl. zu verstellen. Es meint jedoch, der Kl. hätte dem Bekl. in entsprechender Anwendung von § 326 I 1 BGB schon vor Eintritt des Verzugs, also irgendwann im Jahre 1995, eine Frist mit Ablehnungsandrohung setzen können. Richtig ist zwar, dass ausnahmsweise schon vor Fälligkeit eine solche Frist gesetzt werden kann, wenn bereits frühzeitig ernsthafte Zweifel an der Leistungsfähigkeit oder -bereitschaft des Schuldners bestehen (vgl. BGH, NJW 1983, 989 [990] = LM § 651 f BGB Nr. 4; Emmerich, in: MünchKomm, § 326 Rdnr. 64 m.w. Nachw.). Eine Verpflichtung zu einer solchen frühzeitigen Nachfristsetzung besteht indessen nicht. Vielmehr steht es dem Gläubiger frei, zunächst Fälligkeit und Verzugseintritt abzuwarten, um nunmehr - wenn inzwischen sein Interesse an der Erfüllung infolge des Verzugs entfallen ist - Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu beanspruchen oder vom Vertrag zurückzutreten.

c. Kein Vergleich mit Deckungsgeschäften, die der Anwendung von § 326 II BGB entgegenstehen

Fehl geht schließlich der Hinweis des BerGer. auf die Entscheidung des BGH vom 11. 2. 1971 (WM 1971, 615 [617]). Dort ist ausgesprochen, dass sich ein Gläubiger nicht auf § 326 II BGB berufen kann, wenn der Wegfall des Interesses an einer Erfüllung darauf beruht, dass er bereits vorzeitig ein Deckungsgeschäft abgeschlossen hat, ohne das Ergebnis der Nachfristsetzung abzuwarten (vgl. auch RGZ 96, 126 [129]). Der Streitfall ist mit einer solchen Fallkonstellation nicht vergleichbar. Denn der Vertrag, den der Kl. mit dem neuen Produzenten abgeschlossen hat, betrifft nicht die Laufzeit des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrags und stellt daher eindeutig nicht das Deckungsgeschäft für die vom Bekl. im Jahre 1995 versäumte Produktion dar.

C. Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung

Danach ist das angefochtene Urteil auf die Revision des Kl. aufzuheben. Die Sache ist zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das BerGer. zurückzuverweisen. Das BerGer. wird nunmehr zu klären haben, ob der Kl. - wie von ihm vorgetragen - tatsächlich im Februar 1996 bereits exklusiv bei einem anderen Produzenten unter Vertrag stand und deshalb gehindert war, die 1995 versäumte Produktion Anfang des Jahres 1996 noch nachzuholen.

Gelangt das BerGer. dabei zu dem Ergebnis, dass dem Kl. dem Grunde nach ein Schadensersatzanspruch aus § 326 BGB zusteht, wird es die Frage eines Mitverschuldens des Kl. zu prüfen haben (vgl. zur Anwendung des § 254 im Rahmen des § 326 BGB Emmerich, in: MünchKomm, § 326 BGB Rdnr. 129). Der Bekl. hat insofern vorgetragen, für das Jahr 1995 sei eine geänderte Vorgehensweise ins Auge gefasst worden, wonach zunächst der Kl. geeignete Titel habe vorschlagen sollen. Dies sei nicht geschehen, weshalb er, der Bekl., angenommen habe, dass auf Seiten des Kl. kein Interesse an einer weiteren Produktion bestanden habe. Zwar könnte ein solcher Sachverhalt, wenn er sich bestätigen sollte, nichts daran ändern, dass die Produktion der Titel dem Bekl. oblag und er daher - ungeachtet der Mitwirkungspflichten des Kl. - die Initiative hätte ergreifen müssen. Den Kl. könnte aber in diesem Fall ein Mitverschulden an der Versäumung der Produktion treffen.

Unabhängig davon wird das BerGer. der Frage nachzugehen haben, ob ein Mitverschulden des Kl. auch darin liegen kann, dass er im Laufe des Jahres 1995 gegenüber dem Bekl. niemals zum Ausdruck gebracht hat, dass er trotz der entstandenen Differenzen auf einer Vertragserfüllung durch den

Bekl. besteht.
Schließlich wird das BerGer. gegebenenfalls zu prüfen haben, ob. für eine Schadensschätzung mit dem LG auf den Durchschnitt der Einnahmen aus den Jahren 1991 bis 1994 abgestellt werden kann oder ob die rückläufige Tendenz der Einnahmen während dieser Zeit in die Schadensschätzung einfließen muss. Dem Kl. wäre es dann unbenommen, zu seinen Einnahmen aus den Produktionen der Folgejahre vorzutragen, um auf diese Weise darzulegen, dass keine Anhaltspunkte für generell rückläufige Einnahmen bestanden hätten.

Standort: Bankrecht — Problem: Gefälschter Überweisungsauftrag

BGH, URTEIL VOM 17.07.2001
XI ZR 325/00 (NJW 2001, 2968)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Rechtsstreit begehrte die klagende Bank gegenüber der Bekl. Ausgleich des Girokontorückstandes, da infolge von fünf gefälschten Überweisungen durch eine Bekannte der Bekl. das Konto mit fast 40.000 DM überzogen war.

Der BGH lehnt einen Aufwendungsersatzanspruch der Bank gem. §§ 675, 670 BGB ab, da es an einer wirksamen Anweisung zur Geschäftsbesorgung durch die gefälschten Überweisungen fehlt. Im Überweisungsverkehr trägt regelmäßig die Bank und nicht der Kunde das Risiko, dass Überweisungsaufträge gefälscht oder inhaltlich verfälscht werden. Ausnahmsweise kann dieses Risiko auf den Kunden übertragen werden, wenn er in zurechenbarer Weise einen Rechtsschein für die Echtheit der Überweisung gesetzt hat. Ein solches Fehlverhalten seitens der Bekl. konnte allerdings nicht festgestellt werden, da sich der Rechtsschein gerade auf die Echtheit der Überweisungsaufträge beziehen muss. Allein die Kontoinhaberschaft begründet keinen solchen Rechtsschein. Auch haftet der Bankkunde nicht im Wege einer verschuldensunabhängigen Sphärenhaftung. So kann dem Bankkunden nicht vorgeworfen werden, dass an Personen seines Vertrauens Informationen über seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse einschließlich näherer Angaben zu seinen Kontoverbindungen gegeben hat.

Prüfungsrelevanz:

Neben der bereicherungsrechtlichen Problematik von Anweisungsfällen im Bankrecht (vgl. in diesem Heft: BGH NJW 20012880) kommt auch dem Regressanspruch der Bankkunden wegen durchgeführter Giroüberweisungen examensrelevante Bedeutung zu. Der Vertrag zwischen Bank und Kunde über die Einrichtung und Unterhaltung eines Girokontos ist als ein entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag gem. § 675 BGB zu klassifizieren (vgl. die Neuregelungen in den §§ 676 a ff. BGB). Erteilt der Bankkunde im Rahmen eines solchen Giroverhältnisses eine Überweisung und kommt die Bank dem nach, so steht ihr dafür ein Regressanspruch gem. §§ 675, 670 BGB zu, den sie durch Belastung des Girokontos geltend macht.

Vertiefungshinweise:

- ❑ Zu gefälschten Schecks: *BGH*, NJW 2001, 2970;
- ❑ Zu gefälschtem Überweisungsauftrag: *BGH*, NJW 1994, 2357; *BGH*, NJW-RR 1990, 120.

Kursprogramm:

- ❑ *Examenskurs*: "Großeinkauf mit Hindernissen"
- ❑ *Examenskurs*: "Der Heimatfilm"

Leitsätze:

1. Im Falle der Fälschung eines Überweisungsauftrags hat sich der Kontoinhaber die Schaffung eines Rechtsscheins grundsätzlich nur dann entgegenhalten zu lassen, wenn sich dieser gerade auf die Echtheit des Überweisungsauftrags bezieht.
2. Bei Fälschung eines Überweisungsauftrags steht einer Bank ein Aufwendungsersatzanspruch aus §§ 675, 670 BGB gegen den Kontoinhaber auch dann nicht zu, wenn sie die Fälschung nicht erkennen konnte und diese durch einen Umstand ermöglicht wurde, der in der Sphäre des Kontoinhabers liegt.
3. Die girovertragliche Pflicht eines Kontoinhabers, die Gefahr der Fälschung eines Überweisungsauftrags soweit wie möglich auszuschalten, begründet grundsätzlich keine Verpflichtung, an Personen seines Vertrauens keine Informationen über seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse einschließlich näherer Angaben zu seinen Kontoverbindungen weiterzugehen.

Sachverhalt:

Die Parteien streiten um Ansprüche aus einem Giroverhältnis. Seit 1987 unterhielt die Bekl. bei der klagenden Bank ein Girokonto. Mit Schreiben vom 27.9. und 4. 10. 1993, die jeweils mit dem Namen der Bekl. unterzeichnet waren, wurde die Kl. gebeten, 7000 DM und 2100 DM auf ein Konto bei der B in M. zu überweisen. Die Kl. nahm die Überweisungen vor.

Inhaberin des Empfängerkontos war Frau A, eine Bekannte der Bekl., die ihrerseits Vollmacht für das Konto besaß. Von November 1993 bis September 1995 befand sich die Bekl. gemeinsam mit ihrer Bekannten A auf einer Weltreise. Während dieser Zeit erhielt die Kl. als Telefax weitere mit dem Namen der Bekl. unterzeichnete Schreiben vom 7. 12. 1994 und 3. sowie 23. 1. 1995. In diesen Schreiben wurde die Kl. wegen akuten Geldbedarfs der Bekl. um Überweisungen von 20 000 DM, 25 000 DM und 30 000 DM auf ein Konto bei der W in S. gebeten. Zugleich wurde angekündigt, dass Unterhaltszahlungen für die Bekl. in Höhe von 8000 DM monatlich ab Januar 1995 auf das Konto der Bekl. bei der Kl. fließen würden. Entsprechend einem Hinweis im Schreiben vom 8. 12. 1994 setzte sich die Kl. vor Ausführung der Überweisung von 20 000 DM mit der Rechtsanwältin E in M. in Verbindung, die die Bekl. in einer Familiensache vertrat. Die Rechtsanwältin bestätigte der Kl., dass sie angewiesen sei, die bei ihr für die Monate Januar bis März 1995 eingehenden Unterhaltsbeträge in Höhe von jeweils 8000 DM auf das Konto der Bekl. bei der Kl. zu überweisen. Nach Ausführung der drei Überweisungen belastete die Kl. jeweils das Konto der Bekl. mit den Überweisungsbeträgen nebst Gebühren. Nach Kündigung des Girovertrags begehrt die Kl. die Verurteilung der Bekl. zum Ausgleich des Debetsaldos, den sie zum 30. 5. 1997 unter Berücksichtigung der gesamten Überweisungen mit 39 228,87 DM zuzüglich Zinsen berechnet. Sie behauptet, die Bekl. habe die fünf Überweisungsaufträge selbst unterschrieben. Wenn die Unterschriften von Frau A stammen sollten, habe diese in Vollmacht der Bekl. gehandelt; zumindest habe die Bekl. die Überweisungsaufträge nachträglich genehmigt. Bei dem Konto bei der W in S. handele es sich um ein solches der Bekl. Die Bekl. begehrt im Wege der Widerklage die Auszahlung eines Restguthabens von 46 733,94 DM nebst Zinsen. Sie behauptet, die fünf Überweisungsaufträge seien ohne ihr Wissen und Wollen von Frau A gefälscht worden. Inhaberin des Kontos in S. sei sie, die Bekl., nicht geworden. A habe ihr in Bezug auf das Konto erklärt, sie solle eine Unterschriftsprobe leisten, weil sie, A, ihr Kontovollmacht erteilen wolle.

Das LG hat nach Einholung eines Gutachtens eines Schriftsachverständigen die Klage abgewiesen und die Kl. auf die Widerklage hin zur Zahlung von 46 691,94 DM zuzüglich Zinsen verurteilt. Auf die Berufung der Kl. hat das OLG der Klage unter Abweisung im Übrigen in Höhe von 26 610,06 DM nebst Zinsen stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Die Revision der Bekl. hatte Erfolg und führte - soweit zum Nachteil der Bekl. entschieden worden ist - zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache an das BerGer.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. ist zu dem Ergebnis gelangt, dass sich die Bekl. - nur - die drei Überweisungen auf ein Konto in S. unter Rechtsscheinsgesichtspunkten zurechnen lassen müsse. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt:

Die Kl. habe den von ihr zu fahrenden Beweis der Echtheit der Unterschriften der Bekl. auf den Überweisungsaufträgen nicht erbracht. Es könne auch nicht festgestellt werden, dass die Bekl. bei Erteilung der Aufträge wirksam vertreten worden sei oder dass sie die Aufträge nachträglich genehmigt habe.

Die Bekl. müsse sich jedoch die Überweisungsaufträge vom 8. 12. 1994 und 3. sowie 23. 1. 1995 über insgesamt 75000 DM unter Rechtsscheinsgesichtspunkten zurechnen lassen. Zwar trage im Überweisungsverkehr grundsätzlich die Bank das Risiko der Fälschung eines Überweisungsauftrags. Das gelte aber nicht, wenn der Kunde durch sein Verhalten einen Vertrauenstatbestand bezüglich der Echtheit des Auftrags geschaffen habe, auf den die Bank sich habe verlassen dürfen. Um einen solchen Fall handele es sich hier. Die Bekl. habe durch Vorlage ihres Personalausweises und durch Unterzeichnung der Kontoeröffnungsunterlagen bei der W in S. objektiv die Voraussetzungen dafür geschaffen, dass dort ein Konto auf ihren Namen eröffnet worden sei. Sie habe dadurch einen ersten wesentlichen Beitrag dazu geleistet, dass die Kl. die ihr sodann vorgelegten drei Aufträge für Geldüberweisungen von dem bei ihr geführten Konto der Bekl. auf deren Konto ausgeführt habe.

Darüber hinaus habe die Bekl. Frau A in die Lage versetzt, so genaue Details anzugeben bezüglich ihrer, der Bekl., finanziellen Verhältnisse einschließlich ihrer Kontoverbindung sowie der Höhe ihres Unterhaltsanspruchs, dass die Kl. auch daraus den Schluss habe ziehen dürfen, die Überweisungsaufträge gingen in Ordnung.

Von entscheidender Bedeutung sei letztlich, dass Frau A sogar in der Lage gewesen sei, der Kl. vor der ersten Überweisung auf das Konto in S. zutreffend zu erklären, die Kl. werde, falls gewünscht, von der Zeugin E eine Bestätigung dahingehend erhalten, dass der bei Ausführung der Überweisung auf dem Girokonto entstehende Schuldsaldo durch Überweisung von Unterhaltszahlungen unverzüglich wieder ausgeglichen werde. Nachdem die Kl. eine solche Bestätigung erhalten habe, habe sie voll darauf vertrauen dürfen, dass auch der Überweisungsauftrag von der Bekl. veranlasse sei. Bei den nachfolgenden Überweisungsaufträgen vom 3. und 23. 1. 1995 habe

dieser Vertrauenstatbestand fortgewirkt.

B. Entscheidung des BGH
Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung im entscheidenden Punkt nicht stand.

I. Fälschungsrisiko im Überweisungsverkehr grundsätzlich bei der Bank
Nicht zu beanstanden ist allerdings der rechtliche Ausgangspunkt des BerGer., dass im Überweisungsverkehr regelmäßig die Bank und nicht der Kunde das Risiko trägt, dass Überweisungsaufträge gefälscht oder inhaltlich verfälscht werden (st. Rspr., BGH, WM 1985, 511; NJW-RR 1990, 1200; Senat, NJW-RR 1992, 1264; NJW 1994, 3344). Die Überweisung auf Grund eines gefälschten Auftrags steht einer von vornherein fehlenden Anweisung gleich. Bei Ausführung einer solchen Überweisung hat die Bank daher keinen Aufwendungsersatzanspruch aus §§ 675, 670 BGB und darf das Girokonto des vermeintlichen Auftraggebers nicht mit den Überweisungsbeträgen belasten, so dass ihr, insoweit auch ein Anspruch aus § 607 I BGB nicht erwächst.
Nicht zu beanstanden ist ferner, dass das BerGer. die Erteilung einer Vollmacht an Frau A sowie die nachträgliche Genehmigung der Überweisungen nicht als bewiesen angesehen hat. Auch die Kl. tritt dem nicht entgegen.

II. Keine Rechtsscheinhaftung der Bekl. für die gefälschten Überweisungen
Die Revision beanstandet indes mit Recht die Auffassung des BerGer., dass sich die Bekl. die drei Überweisungsaufträge unter Rechtsscheinsgesichtspunkten zurechnen lassen müsse.

1. Keine Vergleichbarkeit mit der Rechtsscheinhaftung beim Sammelüberweisungsverfahren ("Blankettmissbrauch")
Das BerGer. beruft sich für seine Ansicht zu Unrecht auf das Urteil des Senats vom 30. 6. 1992 (Senat, NJW-RR 1992, 1264). Diese Entscheidung betraf ein Sammelüberweisungsverfahren, das deshalb besonders fälschungsanfällig war, weil der vom Kunden unterzeichnete Sammelüberweisungsauftrag weder eine Auflistung der Einzelüberweisungen noch die jeweiligen Einzelbeträge enthielt, sondern lediglich die Anweisung, die als Anlage beigefügten Einzelüberweisungen in Höhe einer bestimmten Gesamtsumme auszufahren. Wegen der damit einhergehenden erleichterten Möglichkeit, die - von der Unterschrift des Kunden räumlich nicht mehr gedeckten - Einzelüberweisungsaufträge zu fälschen, hat es der Senat für gerechtfertigt angesehen, die in Analogie zu § 172 II BGB entwickelten Grundsätze des so genannten - Blankettmissbrauchs entsprechend anzuwenden. Danach muss derjenige, der ein Blankett mit seiner Unterschrift aus der Hand gibt, auch bei einer seinem Willen nicht entsprechenden Ausfüllung des Blanketts den dadurch geschaffenen Inhalt der Urkunde einem redlichen Dritten gegenüber, dem die Urkunde vorgelegt wird, als seine Willenserklärung gegen sich gelten lassen (vgl. BGHZ 40, 65 [68]; BGHZ 40, 297 [304 f.]). Ein dieser Senatsentscheidung vergleichbarer Sachverhalt liegt hier bereits deshalb nicht vor, weil nach den Feststellungen des BerGer. keines der drei Schreiben, in denen die Überweisungsaufträge enthalten waren, von der Bekl. unterzeichnet worden ist.

2. Kein Rechtsschein für die Echtheit der Unterschrift
Entgegen der Auffassung des BerGer. hat sich die Bekl. die gefälschten Überweisungsaufträge auch nicht aus anderen Gründen unter Rechtsscheinsgesichtspunkten zurechnen zu lassen. Das OLG verkennt, dass sich die Bekl. die Schaffung eines Rechtsscheins grundsätzlich nur dann entgegenhalten lassen muss, wenn sich dieser gerade auf die Echtheit der Überweisungsaufträge bezieht. Das ist hier nicht der Fall. Auch wenn die Bekl. das Konto bei der W in S. auf ihren eigenen Namen eröffnet haben sollte, so begründet dies keinen Rechtsschein, dass eine Unterschrift auf einer Überweisung zu Gunsten dieses Kontos echt ist, also von der Bekl. stammt. Dass nach der Fassung der Aufträge eine Überweisung zu Gunsten eines Dritten ausdrücklich ausgeschlossen sein sollte, ändert daran nichts. Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des BerGer. sind die Überweisungsaufträge ohne Wissen und Wollen der Bekl. von Frau A gefertigt worden. Schließlich rechtfertigt auch der Umstand, dass die Bekl. ihrer Bekannten A genauen Einblick in ihre persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse gewährt hat, nicht die Annahme, dass die Bekl. dadurch einen zurechenbaren Rechtsschein für die Echtheit der Überweisungsaufträge gesetzt hat. Durch ihre Vertrauensseligkeit hat die Bekl. Frau A lediglich die Möglichkeit verschafft, der Kl. Überweisungsaufträge der Bekl. erfolgreich vorzutäuschen.

3. Keine Haftung des Bankkunden durch verschuldensunabhängige Spährenhaftung
Einer Bank steht ein Aufwendungsersatzanspruch aus §§ 675, 670 BGB gegen den Kontoinhaber auch dann nicht zu, wenn sie die Fälschung nicht erkennen konnte und diese durch einen Umstand ermöglicht wurde, der in der Sphäre des Kontoinhabers liegt. § 670 BGB setzt nach seinem eindeutigen Wortlaut einen tatsächlich erteilten Auftrag voraus. Der nicht vom Kunden gesetzte Rechtsschein eines solchen

genügt nicht. Eine verschuldensunabhängige Sphärenhaftung ist ebenso wie bei der Fälschung von Schecks (BGHZ 135, 116 [118]) auch bei der Fälschung von Überweisungsaufträgen nicht anzuerkennen (vgl. BGHZ 130, 87 [92]).

C. Keine Richtigkeit des Berufungsurteils aus anderen Gründen

Das Berufungsurteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 563 ZPO).

I. Kein Schadensersatzanspruch der Kl. nach p.F.V.

Der zuerkannte Betrag steht der Kl. nicht als Schadensersatz zu.

Die Kl. hat keinen Schadensersatzanspruch aus positiver Verletzung des Girovertrages, weil die Bekl. ihrer Vertrauten A in vorwerfbarer Weise die Fälschung ermöglicht hätte. Zwar wäre die Bekl. der Kl. schadensersatzpflichtig, wenn sie ihre girovertragliche Pflicht, verletzt hätte, die Gefahr einer Fälschung soweit wie möglich auszuschalten (vgl. Senat, NJW 1994, 3344 m.w. Nachw.). Gegen diese Pflicht hat die Bekl. aber nicht verstoßen. Eine girovertraglich geschuldete Nebenpflicht eines Kontoinhabers, an Personen seines Vertrauens keine Informationen über seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse einschließlich näherer Angaben zu seinen Kontoverbindungen weiterzugehen, ist grundsätzlich nicht anzuerkennen. Von der Kenntnis eines Dritten von solchen - der Sache nach nicht geheimhaltungsbedürftigen - Informationen geht in aller Regel keine Gefahr für den Zahlungsverkehr aus. Überdies musste die Bekl. nicht damit rechnen, ihre Vertraute A werde in mehreren Schreiben an die Kl. ihre Unterschrift fälschen.

Den in der Revisionserwiderung angesprochenen Anspruch der Kl. aus positiver Verletzung des Girovertrags, weil die Bekl. vor und während ihrer Weltreise nicht für die gebotene Kontrolle in Kontoauszügen mitgeteilter Kontobewegungen Sorge getragen habe (vgl. dazu BGHZ 73, 207 [211]; BGHZ 95, 103 [108]; Senat, NJW 1991, 487), hat die Kl. in den Tatsacheninstanzen nicht - hilfsweise - geltend gemacht. Auch hat das BerGer. insoweit keine ausreichenden Feststellungen getroffen.

II. Kein Ersatzanspruch durch ungerechtfertigte Bereicherung

Unter dem Gesichtspunkt einer ungerechtfertigten Bereicherung der Bekl. in Höhe der drei noch streitigen Überweisungsbeträge von insgesamt 75 000 DM lässt sich das Berufungsurteil entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung ebenfalls nicht halten. Das BerGer. ist in anderem Zusammenhang zwar davon ausgegangen, auf den Namen der Bekl. sei bei der W in S. wirksam ein Konto eröffnet worden, auf das die genannten Überweisungsbeträge gelangt seien. Das BerGer. hat sich dabei aber, wie die Revision zu Recht rügt, nicht mit der Frage befasst, ob nach dem gern. Art. 28 II EGBGB anwendbaren australischen Recht eine Kontoeröffnung ohne Rechtsgeschäftswillen des Kunden wirksam ist. Auch zum anwendbaren Bereicherungsrecht (Art. 38 III EGBGB), nach deutschem Rechtsverständnis kommt nur eine Nichtleistungskondition der Kl. in Betracht (vgl. BGH, NJW 1994, 2356; Senat, NJW 2001, 1855), und zu einem etwaigen Wegfall der Bereicherung fehlen Feststellungen.

D. Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung

Das Berufungsurteil war daher, soweit zum Nachteil der Bekl. erkannt worden ist, aufzuheben (§ 564 I ZPO) und die Sache, da der Rechtsstreit noch nicht zur Endentscheidung reif ist, zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das BerGer. zurückzuverweisen (§ 565 I 1 ZPO).

Standort: Bereicherungsrecht — Problem: Konkurrenz zu §§ 994 ff. BGB

BGH, URTEIL VOM 22.06.2001
V ZR 128/00 (NJW 2001, 3118)

Problemdarstellung:

In diesem Revisionsverfahren hatte sich der BGH mit der umstrittenen Fragen der Konkurrenz von Bereicherungsansprüchen zu Verwendungsersatzansprüchen gem. §§ 994 ff. BGB auseinander zu setzen. Im vorliegenden Fall die Käufer eines Grundstücks - der Erwartung des alsbaldigen Eigentumserwerbes - mit umfangreichen Baumaßnahmen begonnen. Aufgrund ihres Zahlungsverzuges mit dem Kaufpreis trat jedoch die Verkäuferin nach erfolgloser Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung gem. §§ 326 I, 327, 346 ff. BGB vom Vertrag zurück.

Übereinstimmend wurde ein Verwendungsersatzanspruch der Käufer für ihre Baumaßnahmen gem. §§ 347, 994 BGB verneint, da ihre Aufwendungen nicht als notwendige Verwendungen auf die von den Baumaßnahmen betroffenen Grundstücken zu bewerten waren. Jedoch verneint das BerGer. einen bereicherungsrechtlichen Ausgleich gem. § 812 I 2 2.Alt. BGB, weil es in der

Baumaßnahme keinen von der Durchführung des Kaufvertrages unabhängigen Zweck erkennen.

Der BGH stellt jedoch eine solche Zweckverfehlung fest, da die Käufer die Erwartung hatten, die mit der Durchführung der Baumaßnahmen verbundene Wertsteigerung des Grundstücks würde letztlich ihnen zufallen. Die Parteien waren sich insofern auch einig, dass die Bauleistungen in Erwartung des zukünftigen Eigentumserwerbes stattfanden. Mit dem Scheitern des Kaufvertrages kann dieser Zweck nicht mehr erreicht werden. Der Bereicherungsanspruch wegen Zweckverfehlung wird auch nicht durch die §§ 994 ff. BGB ausgeschlossen, die ansonsten grundsätzlich die Anwendbarkeit des Bereicherungsrecht sperren.

Prüfungsrelevanz:

Dieses Urteil bietet sich aus zwei Gründen zur Examensvorbereitung an. Zum einen beschäftigt es sich mit der nicht immer leicht zu verstehenden Bereicherung wegen Zweckverfehlung gem. § 812 I 2 2.Alt. BGB (conditio ob rem). Danach kann eine Rückabwicklung erbrachter Leistungen gefordert werden, wenn eine zwischen den Parteien erzielte Zweckvereinbarung über die Leistung nicht erreicht wird, wobei diese Zweckvereinbarung von der Durchführung eines Vertrages unabhängig sein muss. Zum anderen wird die dogmatische Problematik des Konkurrenzverhältnisses zwischen Bereicherungsansprüchen und Verwendungsersatzansprüchen gem. §§ 994 ff. BGB besprochen.

Vertiefungshinweise:

❑ Zum Bereicherungsanspruch des Mieters: *BGH*, NZM 1999, 19; *BGHZ* 111, 125 = NJW 1990, 1789

❑ Zum Bereicherungsanspruch nach Vertragsbeendigung: *LG Marburg*, WuM 2000, 680

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: “Der gestohlene VW-Bus”

❑ *Examenskurs*: “Der gestohlene PKW”

Leitsatz:

Bereicherungsansprüche des Mieters wegen der Bebauung eines fremden Grundstücks in der berechtigten Erwartung des späteren Eigentumserwerbs (condictio ob rem) werden auch nach der Beendigung des Mietverhältnisses nicht durch §§ 994 ff. BGB ausgeschlossen.

Sachverhalt:

Die Bekl. beabsichtigten, in Bad D. ein Einkaufszentrum zu errichten. Hierzu kauften sie mit notariell beurkundetem Vertrag vom 19. 1. 1994 von der Kl. mehrere teilweise mit landwirtschaftlichen Gebäuden bebaute Grundstücke. Der Gesamtkaufpreis von 800 000 DM war am 2. 2. 1994 fällig. Mit seiner Zahlung sollte der Besitz übergehen. Zur Sicherung des Anspruchs der Bekl. auf den Erwerb des Eigentums bewilligte und beantragte die Kl. die Eintragung von Vormerkungen in das Grundbuch. Ohne Zahlung geleistet zu haben, begannen die Bekl. mit dem geplanten Umbau. Bis zum Abschluss der Arbeiten im März 1995 und der Aufnahme des Betriebs des Zentrums investierten sie nach ihrer Behauptung etwa 4 Mio. DM. Am 25. 7. 1994 änderten die Parteien die im Vertrag vom 19. 1. 1994 zur Fälligkeit des Kaufpreises getroffene Regelung. Fälligkeit sollte nunmehr 30 Tage nach der Mitteilung der Urkundsnotarin eintreten, dass die zu Gunsten der Bekl. bewilligten Vormerkungen in das Grundbuch eingetragen seien. Am 26. 7. 1995 änderten die Parteien den Kaufvertrag erneut. Fälligkeit des Kaufpreises trat hiernach in Höhe eines Teilbetrags von 270 000 DM am 10. 8. 1995 ein. Für die Zeit bis zu dem im Vertrag vom 19. 1. 1994 vereinbarten Übergang der Nutzungen und Lasten sollten die Bekl. "für die bereits außerhalb und unabhängig von den Notarverträgen durchgeführte Nutzung" ein Nutzungsentgelt zu bezahlen haben. Am 14. 11. 1995 wurden die Vormerkungen eingetragen. Mit Schreiben vom 24. 11. 1995 forderte die Kl. die Bekl. zur Zahlung von 270 000 DM auf. Mit Schreiben vom 4. 3. 1996 setzte sie ihnen hierzu Frist bis zum 21. 3. 1996 und erklärte, die Annahme des Kaufpreises nach Ablauf dieser Frist abzulehnen; das Nutzungsverhältnis gelte für diesen Fall als gekündigt. Die Bekl. zahlten weiterhin nicht. Mit Anwaltsschreiben vom 1. 4. 1996 erklärten sie, das Vertragsverhältnis sei auch aus ihrer Sicht mit Wirkung zum 21. 3. 1996 beendet und befinde sich in der "Rückabwicklungsphase". Gegenüber dem Anspruch der Kl. auf Herausgabe der Grundstücke nähmen sie wegen ihrer Aufwendungen ein Zurückbehaltungsrecht in Anspruch. Dem Verlangen der Kl. nach Räumung und Herausgabe der Grundstücke sind die Bekl. während des Rechtsstreits unter dem Vorbehalt von Verwendungsersatzansprüchen nachgekommen. Gegenüber dem Anspruch der Kl. auf Zahlung von 6960 DM Verzugszinsen auf den Kaufpreis und Einwilligung in die Löschung der Vormerkungen machen sie ein Zurückbehaltungsrecht wegen ihrer Baumaßnahmen geltend. Ihre - zwischenzeitlich zur Sicherheit abgetretenen - Ansprüche beziffern sie auf 2,3 Mio. DM.

Das LG hat der Klage stattgegeben. Soweit das Verfahren nicht hinsichtlich der Ansprüche auf Räumung und Herausgabe übereinstimmend für erledigt erklärt ist, hat das OLG die auf die Versagung eines Zurückbehaltungsrechts beschränkte Berufung

durch Urteil vom 9. 4. 1998 zurückgewiesen. Diese Entscheidung hat der Senat durch Urteil vom 1. 10. 1999 (NJW 2000, 278 = LM H. 3/2000 § 273 BGB Nr. 54 = WM 2000, 140) aufgehoben und den Rechtsstreit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das BerGer. zurückverwiesen. Es sei festzustellen, ob die Kl. Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlange oder ob der Kaufvertrag nach den Regeln des Rücktrittsrechts abzuwickeln sei. In letzterem Fall sei aufzuklären, ob die Parteien neben der zur Nutzung der Grundstücke getroffenen Vereinbarung im Hinblick auf die Baumaßnahmen der Bekl. eine Zweckvereinbarung i. S. von § 812 I 2 Alt. 2 BGB getroffen hätten. Das OLG hat die Berufung der Bekl. wiederum zurückgewiesen. Die Revision der Bekl. führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.
Das BerGer. verneint weiterhin ein Zurückbehaltungsrecht der Bekl.
Es stellt fest, die Parteien hätten sich geeinigt, den Kaufvertrag nach den Regeln des Rücktrittsrechts abzuwickeln. Aus diesen lasse sich der geltend gemachte Anspruch nicht herleiten. Auch die Tatsache, dass den Bekl. der Besitz an den Grundstücken nicht auf Grund des Kaufvertrags, sondern auf Grund eines selbstständigen Nutzungsvertrags überlassen worden sei, führe zu keinem anderen Ergebnis. Einem bereicherungsrechtlichen Anspruch auf Ausgleich der Wertsteigerung der Grundstücke durch die Baumaßnahmen stehe entgegen, dass die Bekl. diese Maßnahmen zwar in der gemeinsamen Erwartung der Parteien ausgeführt hätten, die Bekl. würden das Eigentum an den Grundstücken erwerben, die Parteien jedoch keine von der Durchführung des Kaufvertrags unabhängige Zweckvereinbarung im Hinblick auf die Baumaßnahmen getroffen hätten.

B. Entscheidung des BGH
Das hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

I. Anwendbarkeit des Rücktrittsrechts
Die Revision erhebt gegen die Anwendung des Rücktrittsrechts auf die Abwicklung des Kaufvertrags zwischen den Parteien durch das BerGer. keine Einwendungen. Rechtsfehler sind insoweit auch nicht ersichtlich. Nicht zu beanstanden ist auch, dass das BerGer. die Aufwendungen der Bekl. nicht als notwendige Verwendungen auf die von den Baumaßnahmen betroffenen Grundstücke wertet (§§ 347, 994 BGB).

II. Bereicherungsanspruch der Bekl. wegen Zweckverfehlung gem. § 812 I 2 Alt. 2 BGB
Das Berufungsurteil geht jedoch insoweit fehl, als es einen Anspruch der Bekl. auf Ausgleich der Werterhöhung der Grundstücke durch die Baumaßnahmen der Bekl. nach §§ 812 I 2 Alt. 2 (condictio ob rem), 818 II BGB verneint.

1. Feststellung einer Zweckverfehlung
Die Bekl. haben die Baumaßnahmen als berechtigte Besitzer durchgeführt. Für das durch die "außerhalb und unabhängig von den Notarverträgen" erfolgte Überlassung des Besitzes begründete Rechtsverhältnis haben die Parteien am 26. 7. 1995 rückwirkend eine entgeltliche Regelung vereinbart. Auf dieses Rechtsverhältnis finden die Bestimmungen der §§ 535 ff. BGB Anwendung. Das Mietverhältnis sollte dadurch enden, dass die Bekl. das Eigentum an den Grundstücken erwerben. Die Bebauung der Grundstücke diente jedoch nicht dazu, die Mietsache zu erhalten, wiederherzustellen oder zu verbessern. Sie sollte nicht der Kl., sondern den Bekl. zu Gute kommen und ihnen mit dem vereinbarten Eigentumserwerb verbleiben. § 547 BGB schließt daher einen bereicherungsrechtlichen Anspruch der Bekl. aus §§ 812 I 2 Alt. 2, 818 II BGB auf Ausgleich der Wertsteigerung, welche die Grundstücke durch die Baumaßnahmen erfahren haben, nicht aus (vgl. BGHZ 44, 321 [323] = NJW 1966, 540 = LM § 812 BGB Nr. 70; BGHZ 108, 256 [261] = NJW 1989, 2745 = LM § 558 BGB Nr. 43; Emmerich, JuS 1990, 143 [144]).
Nach den Feststellungen des BerGer. hat die Kl. die Erwartung der Bekl., die mit der Durchführung der Baumaßnahmen verbundene Wertsteigerung der Grundstücke werde nach der Beendigung des vereinbarten Mietverhältnisses nicht der Kl., sondern den Bekl. zu Gute kommen, geteilt. Damit waren sich die Parteien darüber einig, dass die Kl. die Bauleistung der Bekl. nur im Hinblick auf die erwartete Eigentumsübertragung erhielt. Dieser übereinstimmend verfolgte Zweck kann nicht mehr erreicht werden. Die Erwartung der Parteien ist gescheitert, seit feststeht, dass der Kaufvertrag vom 19. 1. 1994 nicht durchgeführt werden wird. Folglich hat die Kl. den Wertzuwachs, den die Grundstücke durch die Baumaßnahmen der Bekl. erfahren haben, nach §§ 812 I 2 Alt. 2, 818 BGB auszugleichen (vgl. BGHZ 35, 356 [358] = NJW 1961, 2205 = LM § 181 II BGB Nr. 11; Senat, WM 1966, 277; BGH, LM § 61 LAG Nr. 1 = WM 1961, 700 [701]; WM 1965, 795, und NJW 1970, 136).

2. Kein Einfluss durch die Rückabwicklung des Kaufvertrages gem. §§ 346 ff. BGB
Das zwischen den Parteien für die Abwicklung des Kaufvertrags vereinbarte Recht der §§ 346 ff. BGB steht diesem Anspruch nicht entgegen. Der Rechtsgrund der Bauleistung war weder der

Kaufvertrag noch der Mietvertrag, sondern die gesondert getroffene Zweckvereinbarung. Zwar hatte sich die Kl. durch den Kaufvertrag zur Grundstücksübertragung verpflichtet, jedoch war diese Verpflichtung nicht der Rechtsgrund der Bauleistung. Denn die Bekl. hatten den hierfür erforderlichen Besitz nicht auf Grund der kaufvertraglichen Verpflichtung, sondern "außerhalb und unabhängig" hiervon zur zweckbestimmten Nutzung (Durchführung von Baumaßnahmen) eingeräumt bekommen. Nach dem Vertrag sollte der Besitz erst mit der vollständigen Bezahlung des Kaufpreises auf die Bekl. übergehen. An dieser Regelung haben Parteien auch bei den Änderungen des Kaufvertrags noch festgehalten, obwohl die Bekl. zu dieser Zeit längst im Besitz der Kaufgrundstücke waren.

3. Kein Ausschluss durch die §§ 994 ff. BGB

Die condictio ob rem wird auch nicht durch die Vorschriften der § § 994 ff. BGB ausgeschlossen. Zwar finden die Vorschriften der §§ 987 ff. BGB nach gefestigter Rechtsprechung auch auf den bei Geltendmachung des Vindikationsanspruchs nicht mehr berechtigten Besitzer Anwendung (vgl. nur Senat, NJW 1996, 921 = LM H. 5/1996 § 249 [A] BGB Nr. 111 m. w. Nachw.) und schließen die Anwendbarkeit des allgemeinen Bereicherungsrechts aus (vgl. Senat, NJW 1996, 52 = LM H. 2/1996 § 812 BGB Nr. 247). Dies gilt jedoch nicht für Bereicherungsansprüche wegen Baumaßnahmen auf fremdem Grund und Boden, die von einem berechtigten Besitzer in der begründeten Erwartung des späteren Eigentumserwerhs vorgenommen werden (vgl. BGHZ 44, 321 [323] = NJW 1966, 540 = LM § 812 BGB Nr. 70; BGHZ 108, 256 [262] = NJW 1989, 2745 = LM § 558 BGB Nr. 43; ferner BGHZ 10, 171 [177] = NJW 1953, 1466 = LM § 547 BGB Nr. 2; BGH, NJW 1996, 52 = LM H. 2/1996 § 812 BGB Nr. 247, m. Anm. Canaris, JZ 1996, 344 [3471).

III. Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung

Zu einer abschließenden Entscheidung ist der Senat weiterhin nicht in der Lage, weil das BerGer., von seinem Standpunkt aus folgerichtig, zur Höhe der Wertsteigerung der Grundstücke durch die Baumaßnahmen der Bekl. keine Feststellungen getroffen hat. Dies ist nachzuholen.

Im Rahmen der Zurückverweisung hat der Senat von der ihm durch § 565 I 2 ZPO eingeräumten Befugnis Gebrauch gemacht.

Strafrecht

Standort: § 211 II StGB Problem: Mord zur Verdeckung von Tötungshandlungen

BGH, URTEIL VOM 12.06.2001
5 STR 432/00 (STRAFO 2001, 350)

Problemdarstellung:

Der BGH hatte sich in der nachstehenden Entscheidung mit dem Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht zu befassen. Die Angeklagten hatten auf ihr Opfer gewaltsam eingewirkt und entschlossen sich im Laufe der Gewalthandlungen zu tödlichen Verdeckungshandlungen.

Da nicht genau feststellbar war, zu welchem Zeitpunkt sie den Tötungsvorsatz gefasst hatten, ging der BGH unter Berufung auf den Zweifelssatz davon aus, dass die Angeklagten bereits von Anfang mit Tötungsvorsatzes handelten. Handelten die Täter nämlich mit durchgehendem Tötungsvorsatz bliebe für die Annahme eines Verdeckungsmordes kein Raum. Da einer der Angeklagten aber nach einer zeitlichen Zäsur an den Tatort zurückkehrte, um dem noch lebenden Opfer weitere Gewalthandlungen zuzufügen, konnte auch unter Berücksichtigung der erforderlichen Trennung von zu verdeckender Tat und Tötungshandlung von einem Verdeckungsmord ausgegangen werden.

Prüfungsrelevanz:

Die Verdeckungsabsicht gehört zu den examensrelevantesten Mordmerkmalen (vgl. zur Übersicht z.B. Otto, Jura 1994, 141 ff.; Küper, BT, 3. Auflage, S. 311 ff.). Der BGH nimmt die vorliegende Entscheidung zum Anlass, noch einmal grundsätzlich auf das erforderliche Verhältnis von zu verdeckender Tat und Verdeckungshandlung einzugehen (s. zuletzt BGH, NStZ 2000, 498).

Der BGH verneinte einen Verdeckungsmord in seiner früheren Rechtsprechung, wenn beide Taten "materiell identisch" waren, d.h. sich auf die gleiche Angriffsrichtung (Delikte gegen Leib und Leben) bezogen, beide Taten einer unvorhergesehenen Augenblickssituation entspringen und in engem zeitlich-sachlichem Zusammenhang nahtlos ineinander übergehen (vgl. BGHSt 27, 346 ff.). Seit BGHSt 35, 116 ff. geht die Rechtsprechung grundsätzlich davon aus, dass weder die Doppelspontaneität noch die Identität der Angriffsrichtung die Verdeckungsabsicht ausschließt. Im Hinblick auf bereits ursprünglich mit Tötungsvorsatz vorgenommene Taten hat der BGH inzwischen in mehrfachen Entscheidungen die im Urteil wiedergegebene differenzierte Position eingenommen (vgl. etwa BGH, NStZ 1990, 385; NStZ-RR 1999, 234 = RA 1999, 450; NStZ 2000, 498)

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Verdeckungsabsicht bei bedingtem Tötungsvorsatz: *BGHSt* 39, 159; 41, 358

❑ Zum Verdeckungsmord durch Unterlassen: *BGH*, RA 2000, 356 = NJW 2000, 1703

Kursprogramm:

❑ *Assessorkurs*: "Assmann"

Sachverhalt:

Die Angeklagten misshandelten zunächst den R gemeinschaftlich. Während der Gewalteinwirkungen entschlossen sie sich, R (auch) deshalb zu töten, um eine etwaige Strafverfolgung gegen sich - infolge einer Anzeige seitens R im Falle seines Überlebens - zu verhindern. Es ließ sich allerdings nicht mehr genau klären, zu welchem Zeitpunkt die Angeklagten den Tötungsentschluss gefasst haben. Nach diesen Gewalthandlungen verließen die Angeklagten den Tatort und fuhren zu ihrer Wohnung. Zu diesem Zeitpunkt lebte R noch. Nach kurzer Zeit fasste der Angeklagte B den Entschluss, allein zu R zurückzukehren und diesen zu töten, um einer Bestrafung wegen der vorangegangen Taten zu entgehen. Am Tatort angekommen wirkte er durch massive Gewalthandlungen auf R ein. woraufhin dieser verstarb.

Aus den Gründen:

Diese Feststellungen des Schwurgerichts zum Tathergang sind rechtsfehlerfrei getroffen. Indes hält die rechtliche Würdigung teilweise sachlichrechtlicher Prüfung nicht stand und erfordert Korrekturen durch das Revisionsgericht.

1.Das gemeinsame Einwirken auf R

Die vom LG getroffenen Feststellungen tragen hinsichtlich der gemeinschaftlichen Mißhandlungen der Angeklagten die Verurteilung wegen eines (versuchten) Verdeckungsmordes nicht.

a) Zu den rechtlichen Voraussetzungen des Verdeckungsmordes

Die Annahme dieses Mordmerkmals setzt gem. § 211 Abs. 2 StGB voraus, daß der Täter die Tötungshandlung vornimmt, um eine andere Straftat zu verdecken. Dabei kann die Tötungshandlung unmittelbar an die zu verdeckende Straftat anschließen (vgl. BGHSt 32, 116; BGHR StGB § 211 Abs. 2 - niedrige Beweggründe 37). Als Vortat eines Verdeckungsmordes i. S. d. § 211 Abs. 2 StGB kommt auch ein gegen die körperliche Unversehrtheit gerichtetes Delikt in Betracht (BGH aaO). Handelt der Täter allerdings bereits von Anfang an mit Tötungsvorsatz gegen das Opfer, fehlt eine zu verdeckende Vortat, auch wenn der Täter im Zuge der Tatausführung den Tötungserfolg zusätzlich auch deshalb herbeiführen will, um seine vorherige Tarhandlung zu verdecken (std. Rspr.; vgl. zuletzt BGH NStZ 2000, 498 f. m. w. N.). Allein das Hinzutreten der Verdeckungsabsicht als eines weiteren Tötungsmotives macht die davor begangenen Einzelakte nicht zu einer anderen Tat. Handelt der Täter mit einem durchgängigen Tötungsvorsatz, ist für die Annahme eines Verdeckungsmordes deshalb kein Raum. Dabei ist auch unerheblich, ob er zunächst mit bedingtem und erst später mit direktem Tötungsvorsatz auf das Opfer eingewirkt hat (BGHR StGB § 211 Abs. 2 - Verdeckung 5; BGH Beschl. v. 11. 5. 2000 - 5 StR 114/00). Hat der mit jedenfalls bedingtem Tötungsvorsatz handelnde Täter bereits den Versuch eines Tötungsdelikts begangen, dann verdeckt er, wenn er auch aus Angst vor Srafverfolgung die Gewaltanwendung fortsetzt, lediglich die Tat, die er gerade begeht. Dies ist aber keine andere Tat, sondern das nämliche Tötungsdelikt (BGH NStZ 2000, 498).

Anders ist die Rechtslage nur zu beurteilen, wenn zwischen einer (erfolglosen) Tötungshandlung und der erneuten, mit Verdeckungsabsicht vorgenommenen zweiten Tötungshandlung eine deutliche zeitliche Zäsur liegt. Faßt der Täter dann den Entschluß, das (zumindest aus seiner Sicht zunächst überlebende) Opfer auch deshalb zu töten, um die Aufdeckung des versuchten Tötungsdelikts zu verhindern, ist das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht erfüllt (BGHR StGB § 211 Abs. 2 - Verdeckung 11). Die spätere Tötungshandlung bezieht sich dann auf eine zunächst abgeschlossene Tat, mithin also auf eine andere Tat i.S.d. § 211 Abs. 2 StGB.

b) Zu den Feststellungen des Landgerichts

Das LG hat allerdings keine Zäsur festgestellt, bevor die Angeklagten in Verdeckungsabsicht ihre Gewalttätigkeiten gegen das Opfer fortgesetzt haben. Das LG hat sich weiterhin keine sichere Überzeugung davon bilden können, wann im Verlauf der Mißhandlungen die Angeklagten den Entschluß gefaßt haben, R (auch) deshalb zu töten, um eine etwaige Strafverfolgung gegen sich zu verhindern. Vielmehr legt die Strafkammer ausdrücklich dar, daß während der Gewalteinwirkungen auf das Opfer der Zeitpunkt unklar geblieben ist, ab dem die Angeklagten (auch) deshalb auf R eingeschlagen haben, um im Falle seines Überlebens eine Strafanzeige durch ihn zu verhindern. Das LG hätte deshalb nur dann hinsichtlich des ersten Tatkomplexes das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht bejahen dürfen, wenn die zunächst begangenen Gewalttätigkeiten gegen das Opfer R nicht mit Tötungsvorsatz erfolgt wären. Bei dieser Prüfung hätte aber der Zweifelssatz beachtet werden müssen, weil es im Hinblick auf das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht für die Angeklagten günstiger wäre, wenn bei den vorangegangenen Mißhandlungen ein Tötungsvorsatz bereits bestanden hätte (vgl. BGH, Beschl. v. 11. 5. 2000 - 5 StR 114/00). Diese Prüfung hat das LG unterlassen. Bei Schlägen mit einer Eisenstange gegen den Kopf des Opfers liegt ein Tötungsvorsatz nahe.

c) Entscheidung des BGH

Der Senat ändert den Schuldspruch dementsprechend von versuchtem Mord auf versuchten Totschlag. Er schließt aus, daß in einer neuen Hauptverhandlung tragende Feststellungen für das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht getroffen werden könnten. Die Revisionen der Angeklagten geben auch keinen zwingenden Anlaß, die Sache zu etwa möglicher Feststellung bislang den Angeklagten nicht angelasteter Tatumstände zu umfassender neuer Überprüfung der Schuldsprüche zurückzuverweisen. Gegen die geänderten milderen Schuldsprüche hätten sich die Angeklagten nicht wirkungsvoller als bislang verteidigen können.

2. Der zweite Handlungsabschnitt

Bezüglich des zweiten Tatabschnitts (Gewalteinwirkung gegen das Opfer R allein durch den Angeklagten B) entnimmt der Senat dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe die tatsächlichen Voraussetzungen eines vollendeten Mordes. Hierfür sprechen insbesondere die vom LG getroffenen Feststellungen, daß das Opfer vor den weiteren Gewalteinwirkungen Bs noch gelebt hat und danach alsbald verstorben ist, sowie die Feststellungen zu Zielrichtung und Massivität dieser Gewalthandlungen und zum Spurenbild am Tatort. Danach haben die Gewalthandlungen des Angeklagten B den Tod des Opfers mindestens beschleunigt. Der Schuldspruch gegen diesen Angeklagten wegen Mordes ist daher rechtsfehlerfrei (vgl. BGHR StGB vor § l/Kausalität - Angriffe, mehrere 1; BGHR StGB vor § 1/Kausalität - Doppelkausalität 2 m. w. N.). Hinsichtlich dieses Tatkomplexes hat das LG das

Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht auch rechtsfehlerfrei bejaht. Die Fahrt zur Wohnung und der erst dort gefaßte Entschluß zur Rückkehr zum Tatort bildeten eine ausreichende Zäsur zwischen der zu verdeckenden Vortat und den späteren tödlichen Mißhandlungen.

3. Zur Strafzumessung; Entscheidung des BGH

Bestehenbleiben kann damit auch die vom LG für den vollendeten Mord gegen den Angeklagten B verhängte Einzelfreiheitsstrafe von 13 Jahren. Die Strafzumessungserwägungen hierzu lassen einen Rechtsfehler nicht erkennen.

Die Änderung des Schuldspruches im ersten Tatkomplex führt zu einer Aufhebung der insoweit gegen die Angeklagten verhängten Einzelstrafen. Der Senat verkennt dabei nicht, daß im Hinblick auf die einzubeziehenden Freiheitsstrafen (Einzelstrafe bei M: 13 Jahre und sechs Monate, bei B: lebenslange Freiheitsstrafe) die nunmehr vom neuen Tatrichter noch vorzunehmende Strafzumessung für die Angeklagten ohne praktische Auswirkung auf die Gesamtsanktionen sein dürfte. Im Hinblick auf die selbständige Bedeutung einer Einzelstrafe (vgl. BGHSt 4, 346) sieht sich der Senat indes nach § 354 StPO aus Rechtsgründen gehindert, selbst die Einzelstrafen festzusetzen.

Der Wegfall dieser Einzelstrafen bedingt die Aufhebung der vom LG gebildeten Gesamtstrafen. Dies schließt die beim Angeklagten B an sich rechtsfehlerfrei getroffene Feststellung der besonderen Schwere der Schuld nach § 57 b StGB ein. Hierüber wird der neue Tatrichter ebenfalls zu befinden haben. Zu einer Entscheidung über die besondere Schwere der Schuld nach § 57 b StGB ist er gehalten, auch wenn er selbst als Einzelstrafe keine lebenslange Freiheitsstrafe verhängt, sondern mit einer solchen nur nach §§ 54, 55 StGB eine Gesamtstrafe zu bilden hat (vgl. Tröndle/Fischer, StGB, 50. Aufl., § 57 b Rn. 2).

Bei dem gegebenen Subsumtionsfehler ist eine Aufhebung von Feststellungen nach § 353 Abs. 2 StPO nicht veranlaßt. Der neue Tatrichter wird über die Einzelstrafen, die Gesamtstrafen und über § 57 b StGB bei B auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen und unter Berücksichtigung der abweichenden, milderen rechtlichen Würdigung des Senats zu entscheiden haben. Er ist lediglich zur Ergänzung weiterer Feststellungen befugt, die den bisherigen nicht widersprechen.

Standort: § 263 StGB Problem: Täuschung durch Behauptung wahrer Tatsachen

BGH, URTEIL VOM 19.07.2001
4 STR 457/00 (WISTRA 2001, 386)

Problemdarstellung:

Der BGH hatte sich in der nachstehenden Entscheidung zum zweiten Mal innerhalb kurzer Zeit mit dem Problem der Täuschung durch die Behauptung wahrer Tatsachen zu befassen:

Die Angeklagten wollten bei ihren Kunden, überwiegend überschuldete Verbraucher, den Eindruck erwecken, diese könnten bei ihnen einen Kredit zur Überbrückung ihrer sonstigen Verbindlichkeiten bekommen. Dabei kam es den Angeklagten darauf, die Kunden glauben zu machen, die eingeforderten Nachnamezahlungen für die Übersendung von Unterlagen sei die Vergütung für eine Kreditvermittlung. Tatsächlich hatten die Angeklagten keine Kredite vermittelt, die übersandten Unterlagen waren für die Kunden wertlos. Da die von ihnen in der Werbung und im Schriftverkehr aufgestellten Behauptungen für sich betrachtet wahr waren (die Angekl. hatten zwar den Eindruck einer Kreditvermittlung erweckt, es aber bewusst vermieden, eine solche ausdrücklich anzubieten), stellte sich die Frage, ob in dem Verhalten eine tatbestandsmäßige Täuschungshandlung gesehen werden kann. Der BGH hat die Frage bejaht.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung bestätigt die grundlegende Entscheidung vom 26.04.2001 (RA 2001, 438) in der der BGH im Anschluss an seine Rechtsprechung zum Straßenverkehrsrecht (BGH, NJW 1999, 3132) auch für den Betrugstatbestand ausgesprochen hat, dass dieser durch den Anschein äußerlich verkehrsgerechten Verhaltens verwirklicht werden kann. Im Gegensatz zur in der Literatur weit verbreiteten Lehre von der objektiven Zurechnung nimmt der BGH eine erhebliche Versubjektivierung des Unrechts auch der vollendeten Tat vor (s. weiterführend RA 2001, 438 ff. m.w.N.).

Vertiefungshinweise:

❑ Zum Vermögensschaden: *BGH*, wistra 2001, 388; *OLG Stuttgart*, wistra 2001, 398

❑ Zum Betrug durch wettbewerbswidrige Preisabsprachen: *BGH*, wistra 2001, 384; *Hohmann*, NStZ 2001, 566

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: “Listigs Lotterieglück”

Leitsatz (der Redaktion):

Bedient sich der Täter zur Irreführung isoliert betrachtet wahrer Tatsachenbehauptungen, wird ein Verhalten zur tatbestandlichen Täuschung dann, wenn der Täter die Eignung der - inhaltlich richtigen - Erklärung, einen Irrtum hervorzurufen, planmäßig einsetzt und damit unter dem Anschein "äußerlich verkehrsgerechten Verhaltens" gezielt die Schädigung des Adressaten verfolgt, wenn also die Irrtumserregung nicht bloße Folge, sondern der Zweck der Handlung ist.

Sachverhalt:

I. Zur Prozessgeschichte

Das Landgericht hat die Angeklagten G. und P. wegen Betruges verurteilt, und zwar den Angeklagten G. zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten und die Angeklagte P zu einer zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafe von einem Jahr und neun Monaten. Ferner hat es dem Angeklagten G. "für die Dauer von drei Jahren untersagt, im Bereich der Schuldensanierung, Schuldenregulierung, Vermittlung hierzu und Kreditvermittlung gewerblich tätig zu werden oder ein solches Gewerbe für einen anderen auszuüben oder für sich ausüben zu lassen". Gegen dieses Urteil wenden sich der Angeklagte G, und - zu Ungunsten beider Angeklagten - die Staatsanwaltschaft nut ihren Revisionen, mit denen sie die Verletzung sachlichen Rechts rügen; der Angeklagte G. beanstandet darüber auch das Verfahren; er wendet sich gegen seine Verurteilung insgesamt. Die Staatsanwaltschaft beanstandet, daß das Landgericht die Angeklagten nur einer Tat des Betruges für schuldig befunden hat. Das Rechtsmittel des Angeklagten G. führt nur zum Wegfall des Ausspruchs über das Berufsverbot; die Revision der Staatsanwaltschaft bleibt erfolglos.

II. Feststellungen

In Verfolgung ihrer betrügerischen Absicht beschlossen beide Angeklagten im Frühjahr 1995, gewerblich eine sog. "Schuldenregulierung" anzubieten. Das "Konzept" der Angeklagten bestand darin, durch Zeitungsanzeigen und den nachfolgenden, in allen Fällen gleichen Schriftverkehr mit den sich auf die Anzeigen meldenden Interessenten bei diesen den Eindruck zu erwecken, sie könnten einen Kredit bekommen. Auf diese Weise sollten die Kunden dazu veranlaßt werden, einen per Nachnahme erhobenen Betrag zu zahlen in der Erwartung, die Nachnahmesendung enthalte einen Kreditvertrag. Den Angeklagten kam es dabei darauf an, die Kunden glauben zu machen, der erhobene und bezahlte Betrag sei die Vergütung für die Vermittlung des Kredits. Tatsächlich fand aber weder eine Kreditvermittlung statt, noch beabsichtigten die Angeklagten, überhaupt eine vermögenswerte Leistung zu erbringen. Um ihr "Konzept" durchzuführen, übernahm der Angeklagte G. unter der eigens hierfür gegründeten Firma NF - die Anwerbung und vermeintliche Vermittlung der Kunden, während die Angeklagte unter der ebenfalls eigens hierfür gegründeten Firma H. Vermögensberatung - im folgenden HVB - die "Schuldenregulierung" betrieb.

Von April 1995 bis Januar 1996 erhielten insgesamt 2.166 Kunden die Nachnahmesendung, "wobei die Mehrheit hiervon [...] die Nachnahmegebühr entrichtete und die Sendung in Empfang nahm. Von diesen Kunden wurden insgesamt mindestens 550.000 DM an NF gezahlt. 29.509 DM davon reichte der Angekl O. als Provision an die Angeklagte R weiter. Den Angeklagten war bei ihrem Vorgehen bewußt, daß die Kunden zur Zahlung der per Nachname erhobenen Vermittlungsvergütungen durch die Annahme veranlaßt wurden, die NF habe einen Kredit vermittelt und die Nachnahmesendung enthalte den entsprechenden Vertrag mit dem Kreditgeber. Aus diesem Grunde erfolgte der Hinweis, daß der Vertrag "nicht als Bankvertrag abgewickelt werde", erst nach Bezahlung der Nachname, denn die Angeklagten rechneten damit, daß im Falle einer früheren Aufklärung über den wirklichen Geschäftsgegenstand kaum ein Kunde zur Zahlung bereit gewesen wäre".

Aus den Gründen:

I. Revision des Angeklagten G.

Die Überprüfung des Urteils aufgrund der Revisionsrechtfertigung des Angeklagten G deckt zum Schuld- und zum Strafausspruch keinen Rechtsfehler zu seinem Nachteil auf.

1. Die Verfahrensrügen

Die Verfahrensbeschwerden dringen nicht durch. Insoweit verweist der Senat auf die zutreffenden Ausführungen in der Antragsschrift des Generalbundesanwalts vom 6. März 2001.

2. Die Sachrüge

Der Angeklagte hat auch mit der Sachrüge keinen Erfolg. Auf der Grundlage der rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen hat das Landgericht den Angeklagten zu Recht wegen Betruges verurteilt.

a) Zu den gesetzlichen Anforderungen an eine Täuschungshandlung

Näherer Erörterungen bedarf lediglich das Merkmal der Täuschung. Entgegen der Auffassung der Revision hat das Landgericht dies zu Recht bejaht.

Die Täuschungshandlung besteht nach dem Wortlaut

des Gesetzes in der Vorspiegelung falscher oder in der Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen. Täuschung ist danach jedes Verhalten, das objektiv irreführt oder einen Irrtum unterhält und damit auf die Vorstellung eines anderen einwirkt. Dabei ist in Rechtsprechung und Literatur allgemein anerkannt, daß außer der ausdrücklichen Begehung, namentlich durch bewußt unwahre Behauptungen, die Täuschung auch konkludent erfolgen kann, nämlich durch irreführendes Verhalten.
Dies schließt eine Täuschungshandlung nicht deshalb aus, weil sich der Täter hierzu - insoliert betrachtet - wahrer Tatsachenbehauptungen bedient. Wie der Senat in seinem Urteil vom 26. April 2001 - 4 StR 439/00 - (NJW 2001, 2187 f.) näher ausgeführt hat, wird ein Verhalten in diesen Fällen zur tatbestandlichen Täuschung dann, wenn der Täter die Eignung der - inhaltlich richtigen - Erklärung, einen Irrtum hervorzurufen, planmäßig einsetzt und damit unter dem Anschein "äußerlich verkehrsgerechten Verhaltens" gezielt die Schädigung des Adressaten verfolgt, wenn also die Täuschung nicht die bloße Folge, sondern der Zweck der Handlung ist.

b) Zu den Feststellungen des Landgerichts
Die Feststellungen belegen die hiernach vorausgesetzte objektive und subjektive Tatseite; denn danach war das von den Angeklagten verfolgte "Konzept" gerade darauf angelegt, "die Interessenten durch das Vortäuschen einer Kreditvermittlung zur Zahlung des Nachnahmebetrages zu veranlassen". Die Beweiswürdigung des Landgerichts, das sich die Überzeugung verschafft hat, die Angeklagten hätten den Kunden der N-F "vorgespiegelt, ihnen solle ein Kredit vermittelt werden, während in Wahrheit weder eine Vermittlung erfolgte, noch ein Kredit gewährt wurde", weist keinen Rechtsfehler auf. Daß die Interessenten bzw. Kunden bei sorgfältiger Prüfung der telefonischen Auskünfte sowie des Schriftverkehrs hätten erkennen können, daß ihnen keine Gewährung oder zumindest Vermittlung eines Kredits zugesichert wurde, beseitigt unter den gegebenen Umständen die tatbestandliche Täuschungshandlung nicht (Senatsurteil, aaO.).

c) Zur Täuschung durch aktives Tun
Im Ergebnis zu Recht hat das Landgericht den Angeklagten - ohne dies allerdings näher auszuführen - eine tatbestandliche Täuschung durch positives Tun, nämlich durch aktive Irreführung und nicht lediglich durch Unterlassen einer an sich gebotenen Aufklärung angenommen. Dem steht die - insoweit mißverständliche - Erwägung nicht entgegen, "die Anrufer (seien) in keinem Fall darüber aufgeklärt (worden), daß die Problemlösung [...] kein Kredit sei. Denn die Angeklagten beschränkten sich bei Verfolgung ihres "Konzepts" nicht darauf, gezielt gegenüber den Interessenten das Wort "Kredit" nicht zu erwähnen. Vielmehr haben sie durch eine Vielzahl von Wendungen (etwa "Regulierungssumme", "Tilgungsrate", "Laufzeit", "Vermittlung einer Finanzsanierung", "Vertragsannahme" und "Genehmigung über obige Schuldsumme über eine private Finanzierungsgesellschaft") bewußt auf die Herbeiführung, jedenfalls aber auf die Aufrechterhaltung der fehlerhaften Annahme, die NF gewähre oder zumindest vermittle einen Kredit hingewirkt. Deshalb kommt es hier auf die Abgrenzung zur Täuschung durch Unterlassen und auf die Frage einer Garantenpflicht zur Aufklärung (vgl. Lackner/Kühl StGB 23. Aufl. § 263 Rdn. 12 ff.) nicht an.

d) Zum Vermögensschaden
Auch der von den Angeklagten angestrebte irrtumsbedinge Vermögensschaden ist im Ergebnis rechtsfehlerfrei festgestellt. Dabei kann letztlich dahinstehen, ob die "Vergütungsvereinbarung" nichtig oder nur wegen arglistiger Täuschung gemäß § 123 BGB anfechtbar war. Denn für die Prüfung eines Vermögensschadens im Sinne des Betrugstatbestandes ist entscheidend allein der nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu bestimmende Wertvergleich von Leistung und Gegenleistung (BGHSt 22, 88, 89). Hierzu ergeben die vom Landgericht rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen, daß - was im übrigen auf der Hand liegt - die von den Angeklagten so bezeichnete "Finanzsanierung", nämlich die bloße Weiterleitung von Zahlungen des Kunden an dessen Gläubiger, "völlig ohne Belang", d.h. nicht nur nach deren persönlicher Einschätzung, sondern auch nach Auffassung eines objektiven Betrachters praktisch wertlos waren. Dies genügt unter den gegebenen Umständen für die Annahme
eines Vermögensschadens (vgl. BGHSt 23, 300, 301; ebenso Senatsurteil vom 26. April 2001). Soweit die Revision demgegenüber einwendet, der "Vermögensverwaltungsvertrag" sei für die Kunden schon deshalb nicht"absolut wertlos" gewesen, weil die vertraglich zugesicherte Leistung, nämlich auf die Gläubiger dahin einzuwirken, daß diese Ratenzahlungsvereinbarungen zustimmen, für kreditunwürdige Personen das einzige probate Mittel dar(stellt), aus der Schuldensituation herauszukommen", hat das Landgericht nicht festgestellt, daß die Angeklagten auch nur in diesem Umfang eine Leistung" erbracht haben bzw. zu erbringen beabsichtigen. Dem steht nämlich schon entgegen, daß die "Interessent(en) (ihre) Gläubiger der NF gar nicht genannt hatte(n)".

2. Zum Strafausspruch

Auch der Strafausspruch gegen den Angeklagten G. hält der rechtlichen Nachprüfung stand. Das Landgericht hat alle "bestimmenden" Strafzumessungsgründe (§ 267 Abs. 3 Satz 1 StPO) gegeneinander abgewogen. Die Revision zeigt insoweit einen Rechtsfehler auch nicht auf

3. Zum Ausspruch des Berufsverbots

Dagegen kann der Ausspruch über das Berufsverbot nicht bestehen bleiben. Die Verhängung der Maßregel nach § 70 StGB setzt voraus, daß der Täter den Beruf oder das Gewerbe, bei dem ihm Mißbrauch oder grobe Pflichtverletzung vorgeworfen wird, bei Begehung der Straftat tatsächlich ausübt (BGHSt 22, 144, 145 f.). Nach der Rechtsprechung reicht es demgemäß nicht aus, daß die vom Angeklagten begangenen Betrugstaten nur im Zusammenhang mit einer beabsichtigten vorgetäuschten Berufs- oder Gewerbetätigkeit standen (BGHR StGB § 70 Abs. 1 Pflichtverletzung 4). So liegt es hier: Die Feststellungen ergeben nicht, daß sich der Angeklagte überhaupt ernsthaft im Bereich der "Schuldenregulierung" und Vermögensverwaltung betätigte. Vielmehr diente - wie das Landgericht ausdrücklich feststellt - die Gründung der NF - ebenso wie die Gründung der HVB durch die Mitangeklagte P. - der Begehung des abgeurteilten Betruges. Damit hat der Angeklagte die Vermittlungstätigkeit der NF aber nur vorgetäuscht, um die Geschädigten zu Zahlungen an ihn zu veranlassen. Das genügt für die Anordnung des Berufsverbots nicht. Der Senat läßt deshalb den Maßregelausspruch entfallen.

II. Revision der Staatsanwaltschaft

Die Revision der Staatsanwaltschaft erweist sich als unbegründet. Ohne Erfolg rügt die Beschwerdeführerin, daß das Landgericht die beiden Angeklagten jeweils nur einer Tat des Betruges für schuldig befunden hat. Einen durchgreifenden Rechtsfehler weist das Urteil insoweit nicht auf:

Zwar sind die Angeklagten als mittelbare Täter rechtlich so zu behandeln als hätten sie die Betrugstaten gegenüber den 2.166 Interessenten eigenhändig verwirklicht (§ 25 Abs. 1 StGB). Für die Frage des Vorliegens einer oder mehrerer Handlungen im Sinne der §§ 52, 53 StGB ist nach ständiger Rechtsprechung aber der jeweilige Tatbeitrag entscheidend (BGH NJW 1995,2933,2934; StV 2000,196). Das hat das Landgericht auch beachtet; denn es begründet seine Rechtsauffassung damit, "der Tatbeitrag beider Angeklagten (habe) in der Etablierung und Leitung des betrügerischen Geschäftsbetriebes (bestanden), in dessen Rahmen sie die Täuschung der Geschädigten jeweils von ihren Angestellten regelhaft ausführen ließen, denen sie entsprechende, generelle Weisungen erteilt hatten". Demgegenüber hat das Landgericht allerdings - worauf die Beschwerdeführerin verweist - festgestellt, "die Telefonanrufe der Interessenten (habe) in den einen zwei Wochen des Geschäftsbetriebs neben der Angeklagten P. auch der Angeklagte G. selbst entgegengenommen, danach zunächst nur die Angeklagte P.". Doch ergibt sich noch nichts, was die Beurteilung der Konkurrenzfrage durch das Landgericht im Ergebnis in Zweifel zieht. Denn in der bloßen Entgegennahme der Telefonanrufe der Interessenten kann für sich allein noch nicht der Beginn der Ausführungshandlung des Betruges gesehen werden, zumal nicht festgestellt ist, daß einer der beiden Angeklagten die Anrufer hierbei schon getäuscht hat. Den anschließenden Schriftverkehr, durch den die Täuschung bewirkt wurde, erledigten jedoch nicht die Angeklagten, sondern ihre Angestellten nach den von ihnen erteilten Arbeitsanweisungen. Hiermit in Übereinstimmung steht deshalb auch die Feststellung im Rahmen der rechtlichen Würdigung, die Angeklagten hätten "die Täuschung der einzelnen Geschädigten jeweils nicht in eigener Person" vorgenommen. Die rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen hätten nur mit der Verfahrensbeschwerde
angegriffen werden können. Eine Formalrüge hat die Beschwerdeführerin aber nicht erhoben.

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht **Problem: Verfahren bei Richterwahl**

VG SCHLESWIG, BESCHLUSS VOM 04.07.2001
11 B 10/01 (NJW 2001, 3210)

Problemdarstellung:

Das VG Schleswig hatte im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes über den Antrag eines Vorsitzenden Richters am OLG zu entscheiden, der sich um die Stelle eines Richters am BGH beworben hatte, dessen Kandidatur im Wahlverfahren aber zugunsten eines Konkurrenten zurückgestellt worden war. Der Kammer stellten sich dabei zahlreiche Probleme. Bereits in der Zulässigkeit des Antrags war der Streit zu entscheiden, ob Richterwahlen gerichtlich überhaupt überprüfbar sind. Das VG entschied sich für die salomonische Lösung, eine Überprüfbarkeit grds. zu bejahen, gleichzeitig aber den Wahlorganen einen weiten Beurteilungsspielraum zuzubilligen. Weiter war nach der Antragsbefugnis des abgelehnten Bewerbers und dem richtigen Antragsgegner zu fragen.

In der Begründetheit hatte das VG zunächst zu klären, in welchem Rahmen die Wahlentscheidung bzw. deren Vorfragen angesichts des vom Gericht selbst bejahten Beurteilungsspielraums überhaupt kontrolliert werden dürfen. Es kommt zu dem Ergebnis, dass jedenfalls das Verfahren einer richterlichen Kontrolle unterliegt, leitet sodann die wesentlichen Verfahrensprinzipien (soweit nicht in §§ 10 ff. Richterwahlgesetz enthalten) unmittelbar aus dem GG ab und bejaht schließlich einen Verstoß gegen diese, weil die unbegründete, nicht nachvollziehbare Zurückstellung von Bewerbungen das Transparenzgebot verletze und den Bewerber der Möglichkeit beraube, effektiven Rechtsschutz zu erlangen.

Prüfungsrelevanz:

Der Fall hat bereits hohe Wellen geschlagen und neben juristischen Aufsätzen in der Fachliteratur auch Berichte in anderen Medien, z.B. im "Spiegel" hervorgerufen. Er dürfte, da die Entscheidung des VG Schleswig noch nicht rechtskräftig ist (über die gegen den Beschluss eingelegte Beschwerde wird gegenwärtig vor dem OVG Schleswig verhandelt), weiterhin für Aufsehen sorgen. Inhaltlich geht es vor allem um den sogen. "Beurteilungsspielraum" bei unbestimmten Rechtsbegriffen und die Frage, ob und in welchem Rahmen dieser überprüfbar ist.

Prozessual interessant ist, dass der ASt. wegen des "Grundsatzes der Ämterstabilität" nicht etwa die Ernennung seines Konkurrenten abwarten und gegen diese dann mit Widerspruch und Klage vorgehen konnte, sondern vielmehr genötigt war, die Ernennung schon im Vorfeld zu verhindern. Vorläufiger Rechtsschutz bei der Besetzung öffentlicher Ämter läuft daher nicht über §§ 80 V, 80a VwGO, sondern über § 123 VwGO.

Vertiefungshinweise:

❑ Zu dieser Entscheidung: *Bertram*, NJW 2001, 3167; OVG Schleswig, NJW 2001, 3210

❑ Zur Auswahl bei der Besetzung einer Beförderungsstelle: *OVG Münster*, NVwZ-RR 2001, 254

❑ Zum Beurteilungsspielraum bei beamtenrechtlichen Beurteilungen: *BVerwGE* 61, 176; 80, 224

❑ Zum Beurteilungsspielraum bei Gremienentscheidungen: *BVerfGE* 83, 130; *BVerwGE* 39, 197; 91, 211 (alle zur Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften); *Ossenbühl*, FS Redeker (1993), 55

Leitsätze:

1. Die Entscheidungen des Richterwahlausschusses nach dem Richterwahlgesetz des Bundes sind einer gerichtlichen Nachprüfung nicht entzogen.

2. Bei seiner Auswahlentscheidung steht dem Richterwahlausschuss ein weiter Beurteilungsspielraum über die Eignung der für das Amt als Bundesrichter vorgeschlagenen Kandidaten zu.

3. Das verfassungsrechtliche Gebot der Transparenz und der Einhaltung von

Verfahrensvorschriften macht es erforderlich, nicht nur die Richterwahl selbst, sondern auch die mit der Richterwahl in unmittelbarem Zusammenhang stehenden Vorentscheidungen nachvollziehbar erscheinen zu lassen.

Sachverhalt:
Der Ast. ist Vorsitzender Richter am OLG und möchte im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes erreichen, dass der Bundesjustizministerin (Ag.) untersagt wird, die Ernennung des Beigel. zum Richter am BGH zu vollziehen.
In der letzten Beurteilung für den Ast. im August 2000 führte der Präsident des OLG aus, dass der Ast. auch für das Amt eines Richters am BGH herausragend geeignet sei. Der Beigel. ist Vorsitzender Richter am LG. Der Präsident des LG führte in seiner Beurteilung über den Beigel. anlässlich des Vorschlages, den Beigel. zum Bundesrichter zu ernennen, aus, dass der Beigel. für das hohe Amt des Richters am BGH in höchstem Maße ausgezeichnet geeignet sei. Im Jahre 2000 schlug die Justizministern des Landes Schleswig-Holstein eine Richterin und drei Richter zur Wahl als Richter am BGH vor. Unter diesen vorgeschlagenen Richtern befanden sich auch der Ast. und der Beigel. Im Laufe des Verfahrens nahm der Präsidialrat des BGH zur Frage der persönlichen und sachlichen Eignung des Ast. und des Beigel. Stellung. In der Stellungnahme vom 18. 12. 2000 über den Ast. heißt es: "Nach den vorgelegten Unterlagen hält der Präsidialrat den Vorsitzenden Richter am OLG X, der den üblichen Altersdurchschnitt schon überschritten hat, für persönlich und fachlich in jeder Hinsicht gut geeignet (obere Grenze) zum Richter am BGH". Für den Beigel. gab der Präsidialrat unter dem 22. 1. 2001 folgende Stellungnahme ab: Im Hinblick auf den bisherigen beruflichen Werdegang, insbesondere im Hinblick auf die geringe Tätigkeit im Rechtsmittelverfahren, hält der Präsidialrat den Vorsitzenden Richter am LG Y für fachlich nicht geeignet zum Richter am BGH."
Am 15. 2. 2001 fand die Sitzung des Richterwahlausschusses statt. Ausweislich des Protokolls über die dortige Sitzung wurde nach Eröffnung der Vorschlag bezüglich des Ast. zurückgestellt. Es ist zwischen den Bet. unstreitig, dass von den vorschlagsberechtigten Mitgliedern des Richterwahlausschusses insgesamt 37 Bewerber vorgeschlagen worden sind und dass zum Zeitpunkt der Wahl für die 14 zu vergebenen Richterstellen 14 vorgeschlagene Bewerber zur Verfügung standen. Der Richterwahlausschuss stimmte dann über den Beigel. ab. Er erhielt 24 Ja-Stimmen.

Wie wird das VG über den Antrag des ASt., der Bundesjustizministerin (Ag.) einstweilen zu untersagen, den Beigel. zum Richter am BGH zu ernennen, entscheiden?

[Auszug aus dem Richterwahlgesetz (RiWG):

§ 10
(1) Der zuständige Bundesminister und die Mitglieder des Richterwahlausschusses können vorschlagen, wer zum Bundesrichter zu berufen ist.
(2) Der zuständige Bundesminister legt dem Richterwahlausschuß die Personalakten der für ein Richteramt Vorgeschlagenen vor.
(3) Zur Vorbereitung der Entscheidung bestellt der Richterwahlausschuß zwei seiner Mitglieder als Berichterstatter.

§ 11
Der Richterwahlausschuß prüft, ob der für ein Richteramt Vorgeschlagene die sachlichen und persönlichen Voraussetzungen für dieses Amt besitzt.

§ 12
(1) Der Richterwahlausschuß entscheidet in geheimer Abstimmung mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen.
(2) Der Richterwahlausschuß ist beschlußfähig, wenn die Mehrzahl sowohl der Mitglieder kraft Amtes als auch der Mitglieder kraft Wahl anwesend ist.

§ 13
Stimmt der zuständige Bundesminister zu, so hat er die Ernennung des Gewählten beim Bundespräsidenten zu beantragen.]

Lösung:
Das VG wird dem Antrag stattgeben, wenn er zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

I. Verwaltungsrechtsweg
Um vor dem VG Erfolg haben zu können, müsste für den Antrag zunächst der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein.

1. Rechtswegeröffnung

Vorliegend ist allerdings schon fraglich, ob überhaupt ein Rechtsweg eröffnet ist. Die gerichtliche Überprüfbarkeit der Entscheidungen des Richterwahlausschusses ist umstritten. Auch das VG nimmt zu diesem Streit ausführlich Stellung:

a. Verneinende Auffassung

aa. Argumente der Literatur

"Achterberg vertritt in der Kommentierung zu Art. 95 GG im Bonner Kommentar (Rdnr. 268) die Auffassung, dass der abgelehnte Kandidat die Entscheidung des Richterwahlausschusses nicht anfechten könne. Im Gegensatz zur Übernahme oder Entlassung eines Richters auf Probe oder kraft Auftrages durch einen Landesrichterwahlausschuss fehle es bei der fehlgeschlagenen Wahl zum Richter an einem Obersten Gerichtshof an Anfechtungsgründen. Denn es bestehe weder eine Anwartschaft auf das Amt noch liege eine Verletzung des Vorgeschlagenen in seinem Recht durch die öffentliche Gewalt i. S. von Art. 19 IV GG vor. Die Berufung zum Richter an einen Obersten Gerichtshof erfordere nicht nur die Erfüllung fest umschriebener Eignungsvoraussetzungen, sondern auch eine der exponierten Art des Amtes entsprechende Berücksichtigung von Faktoren, deren Verneinung keine Diskriminierung des Bewerbers bewirke und demzufolge auch nicht überprüfbar sei. Dasselbe gelte, wenn der zuständige Bundesminister der Wahl durch den Ausschuss nicht zustimme. Die im Verwaltungsrecht anzutreffende Rechtsprechung zur Konkurrentenklage könne daher auf die Wahl zum Richter an einem Obersten Gerichtshof des Bundes keinesfalls ausgedehnt werden."

bb. Argumente der Beteiligten

"Sowohl die Ag. wie auch der Beigel. vertreten die Auffassung, dass die Entscheidungen des Richterwahlausschusses nicht gerichtlich überprüfbar seien."

(1). Antragsgegnerin

"Die Ag. führt aus, dass Art. 33 II GG im Verfahren der Berufung der Bundesrichter keine Anwendung finden könne. Art. 33 II GG werde durch das demokratische Prinzip eingeschränkt. Besonders bei Wahlämtern könne der Grundsatz des Art. 33 II GG nicht in vollem Umfang gelten. Der Bundesverfassungsgesetzgeber habe durch die Ermächtigungsnorm nach Art. 95 II GG dem aus Vertretern der Exekutive und der Legislative zusammengesetzten Richterwahlausschuss eine umfassende Kompetenz zur Wahl betreffend der Bundesrichter gegeben. Zwar enthalte Art. 33 II GG keinen Gesetzesvorbehalt, der Anwendungsbereich von Art. 95 II und Art. 33 II GG müsse jedoch im Wege der praktischen Konkordanz aufgelöst werden. Der Leistungsgrundsatz des Art. 33 II GG sei wie jede andere Verfassungsnorm nicht dagegen gefeit, mit anderen Verfassungswerten in Kollision zu geraten und nach Abwägungsgesichtspunkten zurückstehen zu müssen. Die Regeln zur Bundesrichterwahl nach Art. 95 II GG i. V. mit dem Richterwahlgesetz hätten die Funktion, eine starke demokratische Legitimation der Obersten Bundesrichter zu gewährleisten. Dies habe zur Folge, dass wie bei anderen Wahlämtern Art. 33 II GG keine Anwendung finden könne."

(2). Beigeladener

"Dieselbe Auffassung wird von dem Beigel. vertreten. Durch Art. 95 II GG habe der Verfassungsgeber einem politischen Berufungssystem den Vorzug gegeben. Das Zusammenwirken von Gremien und Ministern, die politisch gewählt seien, nach politischen Kriterien entschieden und ihr Handeln politisch verantworten müssten, solle nach seinem Zweck einerseits einer verstärkten demokratischen und auch bundesstaatlichen Legitimation dienen, indem die politischen Einflusskräfte bei der Richterbestellung durch Balancierung und gegenseitige Neutralisierung in ein Gleichgewicht gebracht würden. Andererseits könnten die Kriterien politischen Handelns in ein Spannungsverhältnis zu den maßgeblichen rechtlichen Maßstäben für das Handeln der an der Richterwahl Beteiligten treten.

Die Zusammensetzung des Richterwahlausschusses nach Art. 35 II GG aus gewählten Abgeordneten und gleich vielen Vertretern der Länder sei mithin ein Spiegelbild der Organisation der Gesetzgebung des Bundes, die vom gewählten Bundestag und der von den Ländern gebildeten zweiten Kammer des Bundesrates ausgeübt würden. Der Richterwahlausschuss sei mithin als Ganzes der Legislative und nicht teilweise der Exekutive zuzuordnen. Daraus sei zu folgern, dass die Entscheidung des Richterwahlausschusses keiner verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung unterliege, da es sich insoweit um die Entscheidung eines politischen Wahlorgans handele."

b. Bejahende Auffassung

aa. Argumente der Literatur

In dem Alternativkommentar zum Grundgesetz vertritt Wassermann die gegenteilige Auffassung (Art. 95 Rdnr. 30). Er führt aus, dass die Entscheidungen des Richterwahlausschusses trotz fehlender Begründung einer gerichtlichen Überprüfung nicht entzogen seien. Die Nachprüfung beschränke sich darauf, ob der Richterwahlausschuss sein Ermessen fehlerhaft ausgeübt habe, etwa dadurch, dass er von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen sei oder Verfahrensvorschriften nicht beachtet habe, die sich auf die Entscheidung ausgewirkt haben könnten."

bb. Argumente des BVerfG

Auch aus der Rechtsprechung des BVerfG ergibt sich, dass die Entscheidungen eines Richterwahlausschusses der gerichtlichen Überprüfung nicht entzogen werden dürfen. In seiner Entscheidung vom 22. 10. 1968 zur Verfassungsmäßigkeit des Hamburgischen Richtergesetzes hat das BVerfG ausdrücklich ausgeführt, dass die dortige Wahlentscheidung des Ausschusses einer gerichtlichen Überprüfung zugänglich ist (BVerfGE 24, 268 [275]). In seiner grundsätzlichen Entscheidung zum Umfang eines Informationsanspruchs zur Wahrung der Rechte aus Art. 33 II i. V. mit Art. 19 IV GG hat das BVerfG ausgeführt, dass sich die Rechte eines Bewerbers um ein öffentliches Amt an den Grundsätzen des Art. 19 IV GG messen lassen müssen. Wird die Verletzung eines vom Grundgesetz gewährleisteten subjektiven Rechts durch die öffentliche Gewalt gerügt, müssen die dem Betroffenen zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe den Anforderungen des Art. 19 IV GG an einen effektiven Rechtsschutz genügen. Der nicht berücksichtigte Bewerber um ein öffentliches Amt hat deshalb einen Informationsanspruch bezüglich der Gründe, die zu seiner Nichtberücksichtigung geführt haben (BVerfG, NJW 1990, 501 m.w.N.)."

c. Stellungnahme des VG

"Der Ausschluss einer gerichtlichen Überprüfung von Entscheidungen des Richterwahlausschusses kann nicht mit dem Prinzip der demokratischen Legitimation und dem nach Art. 95 II GG beabsichtigten politischen Berufungssystem für die Obersten Bundesrichter begründet werden."

aa. Vergleich mit Länderebene

"Unstreitig ist, dass auf Länderebene alle Entscheidungen, an denen Richterwahlausschüsse mitwirken, einer gerichtlichen Überprüfung unterliegen. Es ist ferner unbestritten, dass durch die Einrichtung von Richterwahlausschüssen in den Ländern der gesetzgeberische Zweck verfolgt worden ist, eine stärkere demokratische Legitimation der Besetzung von Richterstellen zu ermöglichen (vgl. dazu Ipsen, DÖV 1971, 469). Dieser Legitimationscharakter stand im Vordergrund bei der Einführung von Richterwahlausschüssen."

bb. Garantie des Art. 19 IV GG

"Der verfassungsrechtliche Grundsatz der praktischen Konkordanz zum Ausgleich unterschiedlicher Verfassungsgüter gebietet nicht, die Entscheidungen des Richterwahlausschusses einer gerichtlichen Überprüfung zu entziehen. Dies widerspricht der Rechtsschutzgarantie nach Art. 19 IV GG. Danach steht demjenigen der Rechtsweg offen, der durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt wird. Eine Rechtsposition in diesem Sinne ist schon gegeben, wenn eine gewollte und nicht nur zufällige Begünstigung durch das objektive Recht vorliegt. Nur für reine Reflexwirkungen von Rechtssätzen hat das BVerfG (BVerfGE 31, 33, 39) die Eröffnung des Rechtsweges nach Art. 19 IV GG verneint. Derartige Reflexwirkungen liegen nur dann vor, soweit es sich um bloße, ungewollte Nebenwirkungen einer ausschließlich im allgemeinen und nicht zugleich im individuellen Interesse ergangenen Rechtsnorm handelt. Rechtsreflexe, die den Einzelnen nicht zufällig, sondern gewollt begünstigen, eröffnen dagegen ein Klagerecht. Da für die Zulässigkeit der Klage die Möglichkeit einer Rechtsbeeinträchtigung genügt, braucht ein Kl. demgemäß nur zu behaupten, dass eine Verletzung eigener Rechte in Betracht kommt (vgl. dazu Wassermann, AK-GG, Art. 19 Rdnr. 28).

Durch die Aufnahme in den Vorschlag zur Wahl eines Bundesrichters hat der Ast. eine nach Art. 19 IV GG geschützte Rechtsposition erhalten. Nach der Aufnahme in den Vorschlag hat der Ast. das gesamte Verfahren nach § 55 und § 56 DRiG durchlaufen. Insbesondere hat der Präsidialrat des BGH nach § 57 DRiG über ihn eine Stellungnahme abgegeben. Diese Rechtsposition des Ast. ist durch die Rücknahme des ihn betreffenden Wahlvorschlages nicht in einen schutzlosen Rechtsreflex umgewandelt worden. Insoweit trägt die Ag. selbst vor, dass auch nach der Zurückstellung dieses Antrages jedes andere Mitglied im Richterwahlausschuss den Vorschlag bezüglich des Ast. hätte wieder aufnehmen können. Der Beigel. weist darauf hin, dass ein vorgeschlagener, aber nicht

gewählter Bewerber, über den keine ausdrücklich ablehnende Entscheidung getroffen worden sei, auf der Liste für die nächste Richterwahl verbleibe, so dass allein schon hierdurch eine Diskriminierung vermieden werde (vgl. dazu auch Achterberg, Art. 95 Rdnr. 267).

cc. Keine andere Beurteilung im Lichte des Art. 95 II GG

"Die vom Ag. genannten Grundsätze der praktischen Konkordanz erfordern es nicht, dass das Rechtsschutzprinzip nach Art. 19 IV GG bei der Überprüfung von Wahlen nach dem Richterwahlgesetz keine Anwendung finden dürfe. Es ist unbestritten, dass durch Art. 95 II GG i. V. mit den Vorschriften des Richterwahlgesetzes ein politisches Berufungssystem für die Bundesrichter geschaffen werden sollte. Mit der inneren demokratischen Legitimation wird dem Richter zugleich die Loyalität deutlich gemacht, die er auch gerade bei rechtsschöpferischen und sozialen Verhältnissen gestaltenden Entscheidungen dem Parlament schuldet (Wassermann, Art. 95 Rdnrn. 20, 23). Dieser Legitimationscharakter der Richterwahl erfordert es aber nicht, insoweit einen gerichtlichen Rechtsschutz vollkommen auszuschalten. Im Endergebnis handelt es sich bei der Richterwahl für Bundesrichter um eine gemeinsame Entscheidung, an der Vertreter der Legislative und Exekutive teilnehmen. Bei dieser Entscheidung wird auch über die Rechte der vorgeschlagenen Kandidaten entschieden. Der Legitimationscharakter der Richterwahl kann einen weiten Beurteilungsspielraum des Richterwahlausschusses begründen, er zieht aber nicht den Ausschluss der gerichtlichen Überprüfung nach sich. Diese ist schon deshalb erforderlich, um die Frage zu überprüfen, ob der Richterwahlausschuss die Eignungsvoraussetzungen nach § 11 RiWG in rechtsfehlerfreier Weise geprüft hat."

d. Ergebnis

"Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass die Entscheidungen eines Richterwahlausschusses nach dem Richterwahlgesetz des Bundes einer gerichtlichen Überprüfung zugänglich sind."

2. Verwaltungsgerichtsbarkeit

Der Verwaltungsrechtsweg könnte mangels aufdrängender Spezialzuweisungen über § 40 I 1 VwGO eröffnet sein. Dann müsste es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art handeln.

a. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit

Öffentlich-rechtlich ist die Streitigkeit mit der modifizierten Subjektstheorie dann, wenn über öffentlich-rechtliche Normen gestritten wird. Einschlägig ist vorliegend § 12 des Richterwahlgesetzes (RiWG), der mit dem Richterwahlausschuss einen Hoheitsträger zur Richterwahl berechtigt, mithin öffentlich-rechtlicher Natur ist.

b. Nichtverfassungsrechtlicher Art

Vorliegend streiten weder Verfassungsorgane oder deren Teile, sondern Bürger und Behörde gegeneinander, noch geht es unmittelbar um Verfassungsrecht, sondern - wie gezeigt - um die einfach-gesetzlichen Vorschriften über die Richterwahl. Mithin ist die Streitigkeit auch nichtverfassungsrechtlicher Art.

II. Statthaftigkeit

Fraglich ist die Statthaftigkeit des Antrags, welche sich über §§ 122, 123 IV, 88 VwGO nach dem Antragsbegehren richtet. Vorliegend möchte der ASt. im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes die drohende Ernennung seines Konkurrenten zum Richter am BGH verhindern. Der gem. § 123 V VwGO vorrangige Antrag nach §§ 80 V, 80a VwGO kommt hierzu allerdings schon deshalb nicht in Betracht, weil es bisher an einem anfechtbaren Ernennungsakt fehlt. Vorläufiger Rechtsschutz kann daher nur über § 123 I VwGO gewährt werden. Die Vorschrift kennt die Sicherungsanordnung in § 123 I 1 VwGO und die Regelungsanordnung in § 123 I 2 VwGO. Vorliegnd ist die Sicherungsanordnung einschlägig, mit welcher der ASt. einer drohenden Verschlechterung seines status quo durch die Ernennung des Konkurrenten begegnen und auf diese Weise seinen eigenen Ernennungsanspruch sichern kann.

III. Antragsbefugnis

Das VG bejaht die analog § 42 II VwGO zur Vermeidung von Popularanträgen auch im vorläufigen Rechtsschutz erforderliche Möglichkeit der Verletzung eigener Rechte des ASt.:

"Der Ast. ist von der Justizministerin des Landes SchleswigHolstein gem. § 10 I RiWG für die Wahl zum Bundesrichter vorgeschlagen worden. Auf Grund dieses Vorschlages hat der Ast. das gesamte Verfahren nach § 10 und § 11 RiWG und in diesem Zusammenhang auch das Verfahren nach § 55 und § 56 DRiG durchlaufen. Über ihn ist das so genannte

Bewerberheft mit allen Beurteilungen und mit der Stellungnahme des Präsidialrates angefertigt und sämtlichen Mitgliedern des Richterwahlausschusses zur Verfügung gestellt worden. Der ihn betreffende Vorschlag ist auch am Tag der Sitzung des Richterwahlausschusses am 15. 2. 2001 noch in den Richterwahlausschuss hinein gelangt. Erst unmittelbar vor der Wahl ist dieser Vorschlag zurückgestellt worden. In den Vorschriften von § 10 bis § 12 enthält das RiWG keine Regelungen darüber, wann und zu welchem Zeitpunkt Vorschläge zurückgezogen werden können. Es gibt keine unmittelbar gesetzliche Regelung darüber, ob alle Vorschläge zur Wahl gestellt werden müssen. Nach den Darlegungen des Vertreters der Ag. in der mündlichen Verhandlung hat sich insoweit im Laufe der Jahre eine unterschiedliche Verwaltungspraxis entwickelt. Während früher alle Vorschläge zur Wahl gestellt wurden, sind in den letzten Jahren überwiegend nur so viele Vorschläge zur Wahl gestellt worden, wie Stellen zur Verfügung standen. Unstreitig hat sich der Richterwahlausschuss in seiner 50-jährigen Geschichte bezüglich dieser Verwaltungspraxis keine Geschäftsordnung gegeben. Alle Bet. gehen übereinstimmend davon aus, dass alle Vorschläge gleichen Rang haben und dass bei Zurückstellung eines Vorschlages der zurückgestellte Vorschlag bei einer nächsten Bundesrichterwahl gewählt werden kann.

Diese Stellung des Ast. als Vorgeschlagener für eine Wahl zum Bundesrichter ist nach Auffassung der Kammer eine schützenswerte Rechtsposition nach Art. 19 IV GG. Der Schutzcharakter kann insbesondere nicht mit der Begründung abgelehnt werden, durch die Zurückstellung würden die Rechte des Ast. nicht verletzt, da er bei der nächsten Bundesrichterwahl gewählt werden könne. Entscheidend ist, dass durch die Zurückstellung seines Vorschlages am Tag der Wahl am 15. 2. 2001 der Ast. bei der jetzt akut anstehenden Bundesrichterwahl nicht mehr gewählt werden konnte. Die Rechtsposition des Ast. als Vorgeschlagener hat sich durch die Zurückstellung am 15. 2. 2001 unmittelbar verschlechtert, indem seine Chance auf Durchführung einer Wahl nach § 12 RiWG abgeschnitten worden ist. Ihm ist somit die Chance einer möglichen Wahl am 15. 2. 2001 durch die Zurückstellung genommen worden [...].

[Oben] hat das Gericht ausgeführt, dass die Entscheidungen eines Richterwahlausschusses auf Bundesebene der gerichtlichen Überprüfung nicht entzogen werden können. Der Kernpunkt dieser gerichtlichen Überprüfung besteht darin, ob der Richterwahlausschuss die Vorschriften der §§ 10 bis 12 RiWG eingehalten hat. Mit seinem Vortrag, dass insbesondere § 12 RiWG nicht eingehalten worden sei, hat der Ast. eine mögliche Rechtsverletzung nach § 42 II VwGO vorgetragen. Der Ast. ist damit nach Auffassung der Kammer antragsbefugt."

IV. Antragsgegner

Die Kammer geht ferner davon aus, dass der ASt. mit der Bundesjustizministerin auch die richtige Antragsgegnerin gewählt hat:

"Bei der Entscheidung über die Berufung von Bundesrichtern nach Art. 95 II GG i. V. mit den Vorschriften des RiWG handelt es sich um eine zusammengesetzte Entscheidung, die gemeinsam von dem Richterwahlausschuss, dem zuständigen Bundesminister und letztendlich von dem Bundespräsidenten getroffen wird. Die Berufungsentscheidung obliegt dem Richterwahlausschuss und dem Bundesminister gemeinsam. Nach der geheimen Abstimmung des Richterwahlausschusses nach § 12 RiWG steht dem zuständigen Bundesminister ein eigenständiges Prüfungsrecht und im Anschluss daran die Entscheidung zu, ob er bei dem Bundespräsidenten die Ernennung des gewählten Kandidaten beantragen möchte. Die Entscheidung des Richterwahlausschusses nach § 12 RiWG und der Antrag des Bundesministers beim Bundespräsidenten stellen die gemeinsame Berufungsentscheidung gem. Art. 95 II GG dar. Bei ihrer Entscheidung nach § 13 RiWG hat die Ag. auch zu prüfen, ob alle formellen und materiellen Voraussetzungen für eine Bundesrichterwahl nach den Vorschriften des RiWG eingehalten worden sind. Nach § 9 RiWG führt die Ag. den Vorsitz im Ausschuss, sie ist jedoch nicht Mitglied des Richterwahlausschusses. Die Ag. steht als zur Mitwirkung bei Berufung eines Richters gleichberechtigt neben dem Ausschuss. Ihre Stimme hat dasselbe Gewicht wie das Votum der Ausschussmehrheit.

Die Verteilung der Funktionen des Richterwahlausschusses und der Ag. ist unter dem Gesichtspunkt der verfassungsrechtlich erforderlichen Verantwortung für eine Entscheidung genauso zu beurteilen, wie im Falle der Entscheidungen nach dem Schleswig-Holsteinischen Richterwahlgesetz. In ihrer Entscheidung vom 7. 4. 1992 hat die erkennende Kammer dargelegt, dass es sich um eine gemeinsame Entscheidung des Richterwahlausschusses und des jeweiligen Justizministers handelt. Dabei hat die Entscheidung des Richterwahlausschusses den Charakter eines Verwaltungsinternums. Der Jus-

tizminister muss die Entscheidung des Richterwahlausschusses und seine eigene Entscheidung vor dem VG verantworten (VG Schleswig, SchlHA 1993, 76; seitdem st. Rspr.).
Auch nach der Rechtsprechung des BVerfG ist es erforderlich, dass die Letztverantwortung für die Ernennung zum Richter trotz einer zulässigen Mitentscheidungsbefugnis von Richterwahlausschüssen bei den jeweiligen Justizministern liegen muss (BVerfG, NJW 1998, 2590 ff.). Ein Richterwahlausschuss ist weder Parlament noch Regierung gegenüber verantwortlich und kann schon deshalb keine alleinige Entscheidungsbefugnis haben, ohne dass damit das Demokratieprinzip verletzt würde. Deshalb ist es verfassungsrechtlich erforderlich, dass die Ag. in ihrer Funktion nach § 13 RiWG das gesamte bisherige Verfahren nach dem Richterwahlgesetz verantworten muss [...].”

Damit ist der Antrag zulässig.

B. Begründetheit
Der Antrag ist begründet, soweit der ASt. einen Anordnungsanspruch und einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht hat und die begehrte Entscheidung im Rahmen des richterlichen Ermessens liegt, §§ 123 III VwGO i.V.m. 920 II, 294, 938 ZPO.

I. Anordnungsanspruch
Fraglich ist, ob dem ASt. ein Anspruch auf Verhinderung der Vollziehung der Ernennung des Beilgel. zukommt. Dies wäre der Fall, wenn er durch die Ernennung des Beigel. in seinen Rechten verletzt würde. Als eigenes Recht kommt - wie in der Antragsbefugnis dargelegt - zunächst der Anspruch jedes Richterwahlkandidaten auf ein faires und ordnungsgemäßes Auswahlverfahren nach § 12 RiWG in Betracht. Das VG sieht den ASt. in diesem Recht verletzt:

1. Überprüfbarkeit von Verfahrensfehlern

a. Überprüfbarkeit trotz Beurteilungsspielraums
“Die nach Art. 19 IV GG gebotene gerichtliche Überprüfung der Entscheidung eines Richterwahlausschusses hat sowohl unter formellen wie auch materiellen Gesichtspunkten zu erfolgen [...]. Die Zuerkennung eines weiten Beurteilungsspielraums über die Eignung der zu wählenden Bundesrichter [s.o. zur Rechtswegeröffnung] setzt [...] voraus, dass der Richterwahlausschuss seine Entscheidung in einem ordnungsgemäßen Wahlverfahren trifft. Dies ist nach Auffassung der Kammer im vorliegenden Fall nicht geschehen. Der Ast. ist durch die Zurückstellung des ihn betreffenden Wahlvorschlags innerhalb der Sitzung des Richterwahlausschusses am 15. 2. 2001 in seinem Recht auf Durchführung eines ordnungsgemäßen Wahlverfahrens verletzt worden.”

b. Überprüfbarkeit der Zurückstellung als Vorfrage der Wahl
“Das verfassungsrechtliche Gebot der Transparenz und der Einhaltung von Verfahrensvorschriften macht es erforderlich, nicht nur die Richterwahl selbst, sondern auch die mit der Richterwahl in unmittelbarem Zusammenhang stehenden Vorentscheidungen nachvollziehbar erscheinen zu lassen. Dieses Bedürfnis nach größerer Transparenz wird in der Kommentierung von Wassermann im Alternativkommentar und in den gesamten Presseartikeln nach der umstrittenen Wahl deutlich. Wassermann führt aus, dass die parteipolitische Ämterpatronage, die die Wirklichkeit der immer pointierter durch Parteiengegensätze geprägten Parteiendemokratie kennzeichnet, bedenklich zugenommen habe. Zwar sei der Legitimationscharakter der Richterwahl heute in der Öffentlichkeit mehr als früher akzeptiert, nach wie vor leide jedoch die aktuelle Verwirklichung des Wahlprinzips an der Undurchschaubarkeit des Verfahrens, die zu Zweifeln an der Chancengleichheit der Kandidaten führe, aber auch am Informationsstand und am rationalen Verhalten aller Ausschussmitglieder und deren mangelnder Bereitschaft, parteipolitische Gesichtspunkte zu Gunsten einer an den Anforderungen des Richteramtes orientierten Qualitätsauslese zurückzustellen. Deshalb vertritt Wassermann die Auffassung, dass eine größere Transparenz bei der Benennung der Kandidaten und beim Auswahlverfahren wünschenswert wäre (Wassermann, AK-GG, Art. 95 Rdnrn. 27, 28).”

2. Herleitung der Verfahrensgrundsätze für die Richterwahl aus dem GG

a. Aus Art. 42 I 1 GG
“Der in Art. 42 I 1 GG enthaltene Verfassungsgrundsatz der Publizität und Transparenz staatlichen Handelns trägt nicht nur zur Rationalisierung des demokratischen Prozesses bei, sondern fördert auch die Legitimität verantwortlicher Staatsleitung und die Integration des politischen Gemeinwesens. Das

Öffentlichkeitsgebot ist deshalb nicht nur eine wertvolle Ergänzung des demokratischen Prinzips, sondern dessen unverzichtbarer, wesensnotwendiger Bestandteil. Art. 42 I 1 GG wird somit über das Demokratieprinzip (Art. 20, 28 GG) auch von der Unveränderlichkeitsgarantie des Art. 79 III GG erfasst (Schneider, AK-GG, Art. 42 Rdnr. 2)."

b. Aus Art. 19 IV i.V.m. 33 II GG

"In der Rechtsprechung des BVerfG ist es ferner anerkannt, dass ein effektiver Grundrechtsschutz nur dann eingehalten werden kann, wenn die Verwaltungsverfahren rechtlich so ausgestattet werden, dass die Gefahren von Grundrechtsverletzungen möglichst klein bleiben (BK-Podlech, Art. 2 GG Rdnr. 90). Die Schaffung durchsichtiger Verfahren und die Schaffung klarer Verfahrensvorschriften dient somit einem effektiven Grundrechtsschutz. Vor diesem Hintergrund muss auch die grundsätzliche Entscheidung des BVerfG zum Umfang eines Informationsanspruches zur Wahrung der Rechte aus Art. 33 II i. V. mit Art. 19 IV GG gesehen werden (BVerfG, NJW 1990, 501). In dieser Entscheidung hat das BVerfG ausgeführt, dass sich die Rechte eines Bewerbers um ein öffentliches Amt an den Grundsätzen des Art. 19 IV GG messen lassen müssen. Wird die Verletzung eines vom Grundgesetz gewährleisteten subjektiven Rechts durch die öffentliche Gewalt gerügt, müssen die dem Betroffenen zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe den Anforderungen des Art. 19 IV GG an einen effektiven Rechtsschutz genügen. Der nicht berücksichtigte Bewerber um ein öffentliches Amt hat deshalb einen Informationsanspruch bezüglich der Gründe, die zu seiner Nichtberücksichtigung geführt haben."

3. Vorliegen eines Verfahrensfehlers

"Diesen verfassungsrechtlichen Grundsätzen genügt die hier umstrittene Wahl am 15. 2. 2001 nicht. In diesem Zusammenhang ist nochmals darauf hinzuweisen, dass sich nach dem eigenen Vortrag der Ag. das gesamte Wahlverfahren nach §§ 10, 11 und 12 RiWG nicht in unmittelbarer Anwendung dieser Vorschriften, sondern durch Schaffung einer jahrelangen Praxis entwickelt hat. Der Richterwahlausschuss hat sich keine eigene Geschäftsordnung gegeben, es gibt keine Vorschriften über die Handhabung von Wahlvorschlägen, insbesondere gibt es keine Regelung darüber, wann und zu welchem Zeitpunkt Wahlvorschläge zurückgezogen oder zurückgestellt werden können. Bewerber, die auf einem Wahlvorschlag waren, werden nicht darüber informiert, wann und zu welchem Zeitpunkt sie zurück gestellt werden. Vorschlagsberechtigte nach § 10 RiWG können jederzeit ohne Angabe von Gründen über ihren Wahlvorschlag verfügen. Diese Praxis bietet keinen Schutz davor, aus möglicherweise sachwidrigen Gründen über einen Vorschlag zu verfügen.

Im vorliegenden Fall ist unstreitig der den Ast. betreffende Vorschlag nach Eröffnung der Sitzung und vor Durchführung der eigentlichen Wahl von der Justizministerin des Landes Schleswig-Holstein ohne Angabe von Gründen zurückgestellt worden. Dadurch ist die Chance des Ast. am Wahlverfahren nach § 12 RiWG teil zu nehmen, verhindert worden. Nach dieser den Ast. betreffenden Zurückstellung standen dem Richterwahlausschuss bei seiner Wahlentscheidung für die 14 zu vergehenden Stellen nur noch 14 Vorschläge zur Verfügung. Der Richterwahlausschuss hatte in dieser Sitzung keine Auswahlentscheidung mehr über verschiedene Kandidaten, auch nicht mehr über den Ast. zu treffen, sondern er konnte nur noch über die 14 verbliebenen Vorschläge abstimmen. Es war somit nur noch eine positive oder negative Entscheidung über die noch vorhandenen Kandidaten möglich. Die eigentliche Auswahlentscheidung über die ursprünglich 37 Vorgeschlagenen war schon vorher getroffen worden. Mit dem verfassungsrechtlichen Ziel, eine demokratische Legitimation für die Bundesrichter zu erreichen, ist ein derartiges Verfahren nicht zu vereinbaren.

Die Kammer ist deshalb zu dem Ergebnis gelangt, dass das Recht des Ast. auf Durchführung einer ordnungsgemäßen Wahl nach § 12 RiWG verletzt worden ist."

II. Anordnungsgrund

Der Anordnungsgrund liegt in der besonderen Eilbedürftigkeit der Sache:

"Nach dem Vortrag der Ag. steht die Ernennung des Beigel. zum Bundesrichter unmittelbar bevor. Vorläufiger Rechtsschutz ist nur durch den Erlass einer einstweiligen Anordnung möglich."

III. Glaubhaftmachung

Anordnungsanspruch und -grund sind glaubhaft zu machen, §§ 123 III VwGO, 920 II, 294 ZPO. Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte im Sachverhalt ist davon auszugehen, dass dies geschehen ist.

IV. Ermessen des Gerichts

Das Gericht bestimmt nach freiem Ermessen, welche Anordnung es erlässt, § 123 III VwGO, 938 ZPO. Streitig ist, ob neben diesem Auswahlermessen dem Gericht auch ein Entschließungsermessen zukommt. Diese Frage kann jedoch auf sich beruhen, da hier keinerlei Anhaltspunkte dafür ersichtlich sind, dass eine Anordnung trotz des Vorliegens eines entsprechenden Anspruchs und Grundes nicht ergehen könnte; ein mögliches Entschließungsermessen hätte ich also auf null reduziert. Gleiches gilt, da die Ernennung des Beigel. im gegenwärtigen Verfahresstand nur noch durch den Stopp der Vollziehung seiner Wahl unterbunden werden kann, für das Auswahlermessen. Der Antrag ist mithin auch begründet und damit insgesamt erfolgreich.

Standort: Kaufrecht Problem: Konkurrenz von c.i.c. zu § 434 BGB

BGH, URTEIL VOM 06.04.2001
V ZR 394/99 (NJW 2001, 2875)

Problemdarstellung:

In diesem Revisionsverfahren hatte sich der BGH mit den Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Anspruchs aus c.i.c. sowie seines Konkurrenzverhältnisses zur Rechtsmängelhaftung im Kaufrecht gem. §§ 434, 440, 320 ff. BGB auseinander zu setzen. Der beklagte Verkäufer eines Grundstücks klärte die klagenden Käufer nicht darüber auf, dass dem derzeitigen Mieter des Grundstücks eine (weitere) Verlängerungsoption von fünf Jahren für seinen befristeten Mietvertrag zustand. Die Kl. begehren deswegen Schadensersatz.

Ein Schadensersatzanspruch gem. §§ 434, 440 I, 326 I BGB war im vorliegenden Fall zu verneinen, da die Kl. dem Bekl. keine Frist zur Rechtsmängelbeseitigung mit Ablehnungsandrohung gesetzt hatten. Jedoch ist ein Anspruch wegen Verschulden des Bekl. bei Vertragsabschluss zu bejahen. Dabei ist zunächst festzustellen, dass ein solcher Anspruch aus c.i.c. nicht durch das Vorliegen eines Rechtsmangels gem. § 434 BGB ausgeschlossen wird. Zur Begründung verweist der BGH zum einen auf den divergierenden Anknüpfungspunkt dieser Haftung, der Verletzung unterschiedlicher vor- bzw. vertraglicher Pflichten. Zum anderen stellt die Rechtsmängelhaftung kein in sich abgeschlossenes System dar, das - im Gegensatz zur Sachmängelhaftung - keinen Anspruch auf Exklusivität erhebt.

Hinsichtlich der Rechtsfolgen stellt der Anspruch aus c.i.c. regelmäßig auf den Ersatz des negativen Interesses ab. Ausnahmsweise wird auch das positive Interesse ersetzt, wenn ohne das Verschulden ein Vertrag mit für den Geschädigten zu günstigeren Konditionen zu Stande gekommen wäre. Diese Tatfrage müsste allerdings vom Geschädigten bewiesen werden. Aber auch bloßem Ersatz des negativen Interesses kann der Geschädigte verlangen, so gestellt zu werden, als wäre es ihm bei Kenntnis der wahren Sachlage gelungen, den Vertrag zu günstigeren Bedingungen abzuschließen.

Prüfungsrelevanz:

Diese Entscheidung birgt examensrelevantes Potenzial, da klassische Themen des Allgemeinen und Besonderen Schuldrechts behandelt werden. Dieses Urteil verdeutlicht einerseits die Rechtsfolgen eines Anspruchs aus c.i.c. Grundsätzlich ist nur das negative Interesse zu ersetzen, d.h. der Gläubiger ist so zu stellen, wie er bei Offenbarung der fraglichen Umstände stehen würde. Wenn er dabei am Vertrag festhalten, so ist er so zu behandeln, als wäre es ihm gelungen, den Vertrag zu günstigeren Bedingungen abzuschließen. Im Extremfall kann der Gläubiger aber auch die Aufhebung des Vertrages verlangen.

Andererseits behandelt dieses Urteil die Konkurrenzproblematik zwischen kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht und den allgemeinen Leistungsstörungsrechten. Aber im Gegensatz zur Sachmängelhaftung gem. §§ 459 ff. BGB, die wegen ihres abschließenden Charakters, wegen § 463 BGB und der kurzen Verjährungsfrist gem. § 477 BGB eine Exklusivwirkung besitzt, ist bei der Rechtsmängelhaftung, die sich mit einem Verweis auf das Allgemeine Schuldrecht in § 440 I BGB begnügt, eine vollständige Anspruchskonkurrenz zu bejahen.

Vertiefungshinweis:

❑ Vgl. die Besprechung von: *Lorenz*, LM H. 9/2001 § 276 (Fa) BGB Nr. 63

❑ Vgl. zur c.i.c.: *BGH*, NJW-RR2000, 1576; *OLG*

Düsseldorf, NJW-RR 2000, 165; *OLG München*, NZG 1998, 592

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

Leitsätze:
1. Verletzt ein Verkäufer seine vorvertraglichen Aufklärungspflichten dadurch, dass er den Käufer über einen Umstand nicht ordnungsgemäß unterrichtet, der einen Rechtsmangel darstellt, so werden auf Ersatz des Vertrauensschadens gerichtete Schadensersatzansprüche wegen Verschuldens bei Vertragsschluss nicht durch die Gewährleistungsansprüche wegen des Rechtsmangels ausgeschlossen.
2. Ein Schadensersatzanspruch wegen Verschuldens bei Vertragsschluss kann ausnahmsweise auf Ersatz des Erfüllungsinteresses gerichtet werden, wenn feststeht, dass ohne das schädigende Verhalten ein Vertrag zu anderen, für den Geschädigten günstigeren Bedingungen zu Stande gekommen wäre. Lässt sich diese Feststellung nicht treffen, so kann der Geschädigte, der an dem Vertrag festhalten will, als Ersatz des negativen Interesses verlangen, so gestellt zu werden, als wäre es ihm bei Kenntnis der wahren Sachlage gelungen, den Kaufvertrag zu einem günstigeren Preis abzuschließen.

Sachverhalt:
Mit notariellem Vertrag vom 7. 9. 1993 kauften die Kl. und eine GmbH vom Bekl. zwei gewerblich genutzte Grundstücke zum Preis von 4 950 000 DM. Nach vollständiger Kaufpreiszahlung wurde das Eigentum am 26. 4. 1994 umgeschrieben. Eine etwa 4000 qm große Teilfläche eines der Grundstücke war durch Vertrag vom 21. 12. 1979 an die H-KG vermietet, die dort einen Auto- und Reifenservicebetrieb eingerichtet hatte. Die den Kl. vor Vertragsabschluss vom Makler übergebene Vertragsurkunde bestimmte unter § 3 eine Befristung des Mietverhältnisses bis zum 31. 12. 1994, wobei der Mieterin ein "Optionsrecht auf Verlängerung des Mietverhältnisses um einmal fünf Jahre" eingeräumt wurde. Die Kl. hatten das Grundstück erworben, um dort ein Boardinghouse zu errichten. Im Oktober 1993 verhandelten sie mit der H-KG über eine vorzeitige Aufhebung des Mietvertrags. Nach ihrem Vortrag erfuhren die Kl. erst jetzt, dass der Bekl. der Mieterin durch eine Vereinbarung vom Mai 1993 eine weitere Option auf Verlängerung des Vertragsverhältnisses um nochmals fünf Jahre nach dem 31. 12. 1999 eingeräumt hatte. Unter dem 22./30. 1. 1995 einigten sich die Kl. mit der Mieterin auf einen schriftlichen Nachtrag zum Mietvertrag. Danach wurde eine Hoffläche von etwa 1000 qm "entmietet" und von den Kl. für den Bau des Boardinghouses genutzt. Außerdem wurde das Mietverhältnis bis zum 31. 12. 2009 verlängert und der Mietzins reduziert. Die Kl. begannen noch im selben Jahr mit den Bauarbeiten, so dass das Boardinghouse im Oktober 1996 eröffnet werden konnte. Die Kl. verlangten von dem Bekl. die Zahlung von 300 000 DM als Schadensersatz, weil er mit der Option zur Verlängerung des Mietverhältnisses bis Ende 2004 einen Mangel des Grundstücks arglistig verschwiegen habe.

Hat diese Schadensersatzklage Aussicht auf Erfolg?

Lösung:
Die Schadensersatzklage ist erfolgreich, wenn sie zulässig und begründet ist. Gegen die Zulässigkeit einer solchen Klage sprechen mangels entgegenstehender Anhaltspunkte keine Bedenken, so dass es maßgeblich auf die Begründetheit und damit auf einen entsprechenden Anspruch der Kl. ankommt.

A. Schadensersatz wegen Rechtsmängelhaftung gem. §§ 434, 440 I, 326 I BGB
Die Kl. könnten gegen den Bekl. einen Schadensersatzanspruch in Höhe von 300.000,- DM aus Rechtsmängelhaftung gem. §§ 434, 440, 326 I BGB haben.
I. Abschluss eines wirksamen Kaufvertrages
Zwischen den Parteien müsste ein wirksamer Kaufvertrag abgeschlossen worden sein. Mit notariellem Vertrag vom 07.09.1993 kauften die Kl. vom Bekl. zwei gewerblich genutzte Grundstücke zum Preis von 4.950.000 DM. Aufgrund der notariellen Beurkundung wurde bei diesem Vertragsabschluss auch die gem. § 313 S. 1 BGB erforderliche Form beachtet. Ein wirksamer Kaufvertrag liegt damit vor.

II. Rechtsmangel gem. § 434 BGB
Das Kaufobjekt müsste unter einem Rechtsmangel leiden. Gemäß § 434 BGB liegt ein Rechtsmangel vor, wenn einem Dritten Rechte am Kaufgegenstand zustehen, die gegen den Käufer geltend gemacht werden können. Obligatorische Rechte stellen dabei nur dann einen Rechtsmangel dar, soweit sie dem

Dritten berechtigten Besitz verschaffen (Palandt/Putzo, BGB, § 434 Rz. 5). Vor allem gehören wegen § 571 BGB a.F. / §§ 566, 578 BGB n.F. Mietrechte eines Dritten zu diesen Rechtsmängeln, vor allem wenn sie zu einem späteren Zeitpunkt enden, als im Kaufvertrag vorausgesetz wurde (BGH NJW 1991, 2700, m.w.N.). Damit stellt das Mietrecht der H-KG insbesondere wegen seiner weiteren Verlängerungsoption bis Ende 2004 einen Rechtsmangel dar.

III. Verzug gem. §§ 440 I, 326 I BGB

Der bekl. Verkäufer hat seine Verpflichtung aus § 434 BGB (Verschaffung eines rechtsmangelfreien Kaufgegenstandes) nicht eingehalten, sodass sich die Rechte der kl. Käufer aus §§ 440 I, 320 ff. BGB ergeben. Bei behebbaren Rechtsmängeln, zu denen auch die Vermietung der Kaufsache gehört (Palandt/Putzo, §§ 440, 441 BGB Rz. 3; st. Rspr., vgl. BGH NJW 1991, 2700 und NJW-RR 1992, 201), kommt daher ein Schadensersatzanspruch nur unter den qualifizierten Verzugsvoraussetzungen von § 326 I BGB in Frage.

Der BGH stellt dazu fest:

"Zutreffend hat das BerGer. einen Schadensersatzanspruch aus §§ 440 I, 326 BGB verneint. Die weitere Verlängerungsoption zu Gunsten der H-KG als Mieterin, von der die Kl. nach den ihnen zugänglich gemachten Vertragsunterlagen nicht ausgehen konnten, stellt einen Rechtsmangel dar. Die Verpflichtung des Verkäufers aus § 434 BGB, den Kaufgegenstand frei von Rechten Dritter zu verschaffen, erstreckt sich bei einem Grundstückskauf auch auf ein bestehendes Mietverhältnis (Senat, NJW-RR 1992, 201 [202]; NJW 1992, 905 = LM H. 8/1992 § 440 BGB Nr. 10; NJW 1998, 534 = LM H. 4/1998 § 434 BGB Nr. 14). Da die Option auf Verlängerung eines Mietverhältnisses grundsätzlich als behebbarer Rechtsmangel anzusehen ist (vgl. Senat, NJW-RR 1988, 79; NJW 1998, 534 [535] = LM H. 4/1998 § 434 BGB Nr. 14), scheitert ein Schadensersatzanspruch aus § 440 I, 326 BGB aber daran, dass die Kl. dem Bekl. weder eine Frist zur Beseitigung des Rechtsmangels verbunden mit einer Ablehnungsandrohung gesetzt haben, noch besondere Umstände gegeben sind, die diese Voraussetzung entbehrlich machen. Das BerGer. hat eine offensichtliche Zwecklosigkeit der Fristsetzung nicht feststellen können. Dies ist frei von Rechtsfehlern und wird mit der Revision nicht angegriffen."

IV. Ergebnis

Die Kl. haben gegen den Bekl. keinen Schadensersatzanspruch gem. §§ 434, 440 I, 326 I BGB.

B. Schadensersatz wegen Verschulden bei Vertragsabschluss (c.i.c.)

Die Kl. könnten gegen den Bekl. einen Schadensersatzanspruch wegen Verschulden bei Vertragsabschluss - hier in Form eines Aufklärungsverschulden - haben.

I. Vorvertragliches Schuldverhältnis

Erste Voraussetzung zur Haftung aus c.i.c. ist das Bestehen eines Vertrauensverhältnisses zwischen den Parteien aufgrund eines vorvertraglichen oder vertragsähnlichen Schuldverhältnisses. Mit der Aufnahme der Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien zum Erwerb der fraglichen Grundstücke ist ein solches vorvertragliches Schuldverhältnis entstanden, das die Parteien zur gegenseitigen Rücksicht, Loyalität und Fürsorge anhält (Palandt/Heinrichs, BGB, § 276 Rz. 65; st. Rspr.; vgl. BGHZ 60, 226).

II. Verschuldete Pflichtverletzung

Im Rahmen dieses vorvertraglichen Schuldverhältnisses müsste der Bekl. schuldhaft i.S.d. § 276 BGB eine Pflicht verletzt haben. Eine solche Pflichtverletzung liegt z.B. darin, dass der Schädiger dem Geschädigten unrichtige oder unvollständige Informationen über den Vertragsgegenstand gegeben hat, sodass ein wirksamer, aber inhaltlich nachteiliger Vertrag zustande gekommen ist (Palandt/Heinrichs, BGB, § 276 Rz. 78). Der BGH führt dazu aus:

"Nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des BerGer. hat der Bekl. die Kl. unzutreffend über die mögliche Dauer des mit der H-KG geschlossenen Mietverhältnisses unterrichtet. Mit der Vereinbarung vom 13. 5./1. 7. 1993 hatten der Bekl. und die Mieterin den bestehenden Mietvertrag um ein Gestaltungsrecht ergänzt, das es der Mieterin erlaubte, bis zum 31. 12. 1998 durch eine entsprechende Erklärung das Mietverhältnis um weitere fünf Jahre zu verlängern. Diese Vertragsverlängerung ist durch die beiderseitig unterschriebene Urkunde nach § 566 BGB formwirksam vereinbart, weil auf die ursprüngliche Vertragsurkunde Bezug genommen und der im Übrigen unveränderte Fortbestand des dort Vereinbarten zum Ausdruck gebracht wird (vgl. BGH, NJW 1992, 2283 [2284] = LM H. 1/1993 § 305 BGB Nr. 58).

Durch das zumindest fahrlässige Verschweigen der zweiten Verlängerungsoption verletzte der Bekl. schuldhaft seine vorvertraglichen Pflichten. Macht nämlich der Verkäufer oder eine Person, deren er sich zur Erfüllung seiner vorvertraglichen Pflichten bedient, Angaben, die für den Kaufentschluss des anderen Teils von Bedeutung sein können, so müssen diese Angaben richtig sein (BGHZ 74, 103 [110] = NJW 1979, 1449 = LM § 676 BGB Nr. 20; Senat, NJW-RR 1988, 458 [459]; NJW 1998, 302 = LM H. 4/1998 § 249 [A] BGB Nr. 113). Dies gilt bei der Unterrichtung über das bestehende Mietverhältnis selbst dann, wenn der Bekl. von der beabsichtigten Umgestaltung des Anwesens durch Errichtung eines Boardinghouses nichts wusste. Bereits im Hinblick auf § 571 I BGB ist die Dauer eines Mietverhältnisses wegen der damit eingeschränkten Verfügungsmöglichkeit des Erwerbers grundsätzlich für dessen Kaufentschluss von Bedeutung."

III. Regelungslücke für diese Pflichtverletzung

Da es sich bei der Haftung wegen Verschulden bei Vertragsabschluss um ein gesetzlich nicht geregeltes, sondern gewohnheitsrechtlich anerkanntes Rechtsinstitut handelt, muss für die festgestellte Pflichtverletzung eine Regelungslücke im Gesetz bestehen. Daher stellt sich die Frage, ob ein Schadensersatzanspruch aus c.i.c. neben der gesetzlich geregelten Rechtsmängelhaftung zur Anwendung kommt oder von dieser verdrängt wird. Der BGH meint diesbezüglich:

"Ein solcher Anspruch ist nicht durch die Vorschriften der §§ 440 I, 326 I BGB ausgeschlossen (vgl. BGHZ 65,246 [2531 = NJW 1976, 236 = LM § 459 BGB Nr. 38; Senat, NJW 1985, 2697 [2698] = LM § 467 BGB Nr. 10; NJW 1991, 2700 = LM H. 5/1992 § 434 BGB Nr. 10; NJW-RR 1992, 91 [92]; NJW 1994, 2947 [2949] = LM H. 2/1995 § 362 BGB Nr. 21; NJW 2000, 803 [804] = LM H. 6/2000 § 434 BGB Nr. 15).

1. Unterschiede zwischen den beiden Anspruchsgrundlagen

Auch wenn das wegen Verschuldens bei Vertragsschluss zu ersetzende Vertrauensinteresse in bestimmten Fällen wirtschaftlich dem Erfüllungsinteresse entsprechen kann, liegen der Haftung aus culpa in contrahendo und der Schadensersatzpflicht wegen Nichterfüllung nach §§ 440 I, 326 I BGB die Verletzung unterschiedlicher Rechtspflichten zu Grunde (BGH, NJW 2001, 1065 L = LM H. 3/2001 § 276 [Fa] BGB Nr. 159 = WM 2000, 1840 [1841]; vgl. auch BGHZ 142, 51 [62, 64] = NJW 1999, 3335 = LM H. 11/1999 § 276 [Fa] BGB Nr. 154). Der Schadensersatzanspruch wegen Verschuldens bei Vertragsschluss folgt aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis, das mit der Aufnahme von Vertragsverhandlungen begründet wird, vom tatsächlichen Zu-Stande-Kommen eines Vertrags und seiner Wirksamkeit weit gehend unabhängig ist und zur verkehrsüblichen Sorgfalt sowie zu loyalem und redlichem Verhalten gegenüber dem Geschäftsgegner verpflichtet (BGHZ 6, 330 [333] = NJW 1952,1130 = LM § 37 DGO Nr. 1; BGHZ 49, 77 [82] = NJW 1968, 547 = LM § 195 BGB Nr. 10; BGHZ 66, 51 [54] = NJW 1976, 712 = LM § 328 BGB Nr. 52; BGH, NJW 2001, 1065 L = LM H. 3/2001 § 276 [Fa] BGB Nr. 159). Deshalb richtet sich der Anspruch nicht auf ordnungsgemäße Vertragserfüllung, sondern auf den Ausgleich der Nachteile, die durch die Verletzung des bei der Vertragsanbahnung in den Vertragspartner gesetzten Vertrauens entstanden sind (BGHZ 49, 77 [82] = NJW 1968, 547 = LM § 195 BGB Nr. 10; BGHZ 57,191 [197] = NJW 1972, 95 = LM § 195 BGB Nr. 13; BGH, NJW 1988, 2234 [2236] = LM § 252 BGB Nr. 37; NJW 2001, 1065 L = LM H. 3/2001 § 276 [Fa] BGB Nr. 159). Der Schadensersatzanspruch aus culpa in contrahendo ist nicht durch das Erfüllungsinteresse begrenzt, sondern kann dieses auch übersteigen (BGHZ 49, 77 [82] = NJW 1968, 547 = LM § 195 BGB Nr. 10; BGHZ 57, 191 [193] = NJW 1972, 95 = LM § 195 BGB Nr. 13; BGHZ 69,53 [56] = NJW 1977, 1536 = LM § 276 [Fc] BGB Nr. 5). Dagegen knüpft der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach §§ 440 I, 325 ff. BGB an die Verletzung von vertraglichen Hauptpflichten an, die erst durch den Vertragsschluss festgelegt werden (vgl. zu § 326 BGB: Senat, NJW 1957, 217 = LM § 766 BGB Nr. 1; BGH, NJW 1987, 251 [253] = LM § 326 [Ea] BGB Nr. 10). Der Geschädigte ist so zu stellen, wie er bei ordnungsgemäßer Erfüllung gestanden hätte (vgl. BGHZ 99, 182 [197] = NJW 1987, 831 = LM § 157 [Ga] BGB Nr. 33; Senat, NJW 1981, 45 [46 f.] = LM § 249 [Cb] BGB Nr. 27; NJW 2000, 1256 = LM H. 6/2000 § 325 BGB Nr. 32).

2. Vollständige Anspruchskonkurrenz im Gegensatz zur Sachmängelhaftung gem. §§ 459 ff. BGB

Erfüllt - wie hier - ein Lebenssachverhalt die Tatbestandsmerkmale mehrerer Anspruchsgrundlagen, ohne dass einer der Haftungstatbestände nach seinem Sinn und Zweck oder einer ausdrücklichen Regelung den Vorrang beanspruchen kann, so ist ein Fall der

Anspruchskonkurrenz gegeben, bei dem sämtliche Rechtsfolgen gleichrangig nebeneinander stehen (vgl. BGHZ 13, 88 [95] = NJW 1954, 993 = LM § 839 [E] BGB Nr. 5; auch BGHZ 17, 214 [217] = NJW 1955, 1314 = LM § 823 [Dc] BGB Nr. 22; BGHZ 66, 315 [319] = NJW 1976, 1505 = LM § 477 BGB Nr. 25; BGHZ 100, 190 [201] = NJW 1987, 2008 = LM § 823 [Be] BGB Nr. 29). Bei einem Zusammentreffen in der geschilderten Weise kommt einem Schadensersatzanspruch aus §§ 440 I, 326 I BGB gegenüber einem solchen aus culpa in contrahendo kein Vorrang zu. Im Unterschied zu den Regelungen für Sachmängel in den §§ 459 ff. BGB (vgl. hierzu BGHZ 60, 319 [321 ff.] = NJW 1973, 1234 = LM § 459 BGB Nr. 33) handelt es sich bei den Bestimmungen über die Rechtsmängelgewährleistung im Kaufrecht nicht um abschließende Sonderregelungen (vgl. Senat, NJW 1985, 2697 [2698] = LM § 467 BGB Nr. 10). Für Rechtsmängel verweist § 440 I BGB lediglich pauschal auf die §§ 320 bis 327 BGB; es fehlt nicht nur an Regelungen mit einer den §§ 459 ff. BGB vergleichbaren systematischen Geschlossenheit (BGHZ 110, 196 [203] = NJW 1990, 1106 = LM § 440 BGB Nr. 8), sondern auch an einer § 477 BGB entsprechenden besonderen Verjährungsbestimmung. Überdies kennt die Rechtsmängelhaftung keine dem § 463 S. 2 BGB (vgl. hierzu BGHZ 60, 319 [321] = NJW 1973, 1234 = LM § 459 BGB Nr. 33) vergleichbare, einschränkende Sonderregelung des Verschuldens bei Vertragsschluss. § 444 BGB, der den Verkäufer zur Aufklärung über die rechtlichen Verhältnisse der Kaufsache verpflichtet, erfasst nur die vertraglichen, nicht aber auch die vorvertraglichen Hinweispflichten (vgl. RGZ 52, 167 [168]; Soergel/Huber, BGB, 12. Aufl., § 444 Rdnr. 3)."

IV. Kein Mitverschulden der Kl. gem. § 254 II BGB

Fraglich ist allerdings, ob sich die Kl. ein Mitverschulden gem. § 254 II BGB anrechnen lassen müssen, weil sie dem Bekl. keine Chance zur Rechtsmängelbeseitigung gegeben haben.

Der BGH stellt diesbezüglich nur fest:

"Dass sie dem Bekl. keine Gelegenheit zur Beseitigung des Rechtsmangels gaben, begründet keinen Verstoß der Kl. gegen die ihnen obliegende Schadensminderungspflicht (§ 254 II BGB). Es bestehen keine Anhaltspunkte für die Annahme, die Kl. hätten mit der Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs wegen Verschuldens bei Vertragsschluss an Stelle des Erfüllungsanspruchs aus § 434 BGB gegen das Gebot des eigenen Interesses verstoßen. Überdies lässt sich dem Vortrag des Bekl. nicht hinreichend entnehmen, dass es ihm durch Leistungen, deren Wert hinter den von den Kl. geforderten 300 000 DM zurückbleibt, gelungen wäre, die Mieterin zum Verzicht auf die verlängerte Mietoption zu bewegen."

V. Schadensersatz als Rechtsfolge

Letztlich müsste noch ein Schaden bei den Kl. festzustellen sein, der dann in der Rechtsfolge des Anspruchs aus c.i.c. zu ersetzen ist. Fraglich ist aber, welche Art von Schaden durch eine Haftung wegen Verschulden bei Vertragsabschluss zu ersetzen ist.

1. Ersatz des positiven Interesses (sog. Erfüllungsschaden)

Ausnahmsweise gewährt der Anspruch aus c.i.c. den Ersatz auf das positive Interesse des Geschädigten , d.h. er ist so zu stellen, wie er bei ordnungsgemäßer Erfüllung gestanden hätte. Hierzu führt der BGH folgendes aus:

"Ein Schadensersatzanspruch wegen Verschuldens bei Vertragsschluss kann ausnahmsweise auf Ersatz des Erfüllungsinteresses gerichtet werden, wenn ohne das schädigende Verhalten mit einem Dritten oder auch demselben Vertragspartner ein Vertrag zu anderen, für den Geschädigten günstigeren Bedingungen zu Stande gekommen wäre (BGH, NJW 1998, 2900 [2901] = LM H. 11/1998 § 276 [Fc] BGB Nr. 25 m. w. Nachw.). Einen solchen Anspruch haben die Kl. mit dem Vortrag verfolgt, bei Kenntnis des weiteren Optionsrechts wäre ein um 300 000 DM niedrigerer Kaufpreis vereinbart worden. Der Ersatz des Erfüllungsinteresses setzt allerdings - was das BerGer. nicht verkannt hat - die Feststellung voraus, dass der Vertrag ohne das pflichtwidrige Verhalten zu anderen, für den Geschädigten günstigeren Bedingungen geschlossen worden wäre (BGH, NJW 1998, 2900 [2901] = LM H. 11/1998 § 276 [Fc] BGB Nr. 25). Dass das BerGer. diese Feststellung nicht hat treffen können, wird von der Revision hingenommen und lässt Rechtsfehler nicht erkennen. Nichts spricht dafür, dass sich der Bekl. auf einen um 300 000 DM geringeren Kaufpreis eingelassen hätte. Er hatte kein nachhaltiges Interesse an dem Grundstücksverkauf, war doch die Initiative zu diesem Geschäft nicht von ihm, sondern von dem Makler, den die Kl. beauftragt hatten, ausgegangen. Überdies erklärte der Bekl., nachdem die Kl. ihn auf die weitere Option angesprochen hatten, sogleich seine Bereitschaft den

Kaufvertrag rückgängig zu machen. Es kann daher offen bleiben, ob ein solcher auf das Erfüllungsinteresse gerichteter Anspruch neben den Vorschriften der Rechtsmängelhaftung (§§ 440 I, 326 I BGB) Anwendung finden kann."

2. Ersatz des negativen Interesses (sog. Vertrauensschaden)

Grundsätzlich aber gewährt die Haftung aus c.i.c. nur Ersatz des negativen Interesses, d.h. der Geschädigte ist so zu stellen, wie er bei Unterlassung der vorvertraglichen Pflichtverletzung stehen würde (Palandt/Heinrichs, BGB, § 276 Rz. 99). Der BGH nimmt dazu wie folgt Stellung:

a. Vertragsanpassung als Rechtsfolge

Der Anspruch aus culpa in contrahendo ist regelmäßig auf Ersatz des negativen Interesses gerichtet (BGHZ 114, 87 [94] = NJW 1991, 1819 = LM H. 1/1992 § 276 [Fb] BGB Nr. 57; BGHZ 142, 51 [62] = NJW 1999, 3335 = LM H. 11/1999 § 276 [Fa] BGB Nr. 154; BGH, NJW 2001,1065 L = LM H. 3/2001 § 276 [Fa] BGB Nr. 159). Danach sind die Kl. so zu stellen, wie sie bei Offenbarung der für ihren Kaufentschluss maßgeblichen Umstände stünden (vgl. Senat, NJW-RR 1994, 76 [77]). Wenn der Geschädigte, wie hier die Kl., an dem Vertrag festhalten will, obwohl dieser infolge der Pflichtverletzung zu für ihn ungünstigen Bedingungen zu Stande gekommen ist, so ist er so zu behandeln, als wäre es ihm bei Kenntnis der wahren Sachlage gelungen, den Kaufvertrag zu einem günstigeren Preis abzuschließen (BGHZ 69, 53 [58] = NJW 1977, 1536 = LM § 276 [Fc] BGB Nr. 5; BGH, NJW 1999, 2032 [2034] = LM H. 7/1999 § 768 BGB Nr. 18). Schaden ist danach der Betrag, um den die Kl. im Streitfall wegen der fehlenden Mitteilung über das weitere Optionsrecht der Mieterin das Grundstück zu teuer erworben haben (vgl. BGHZ 114, 87 [94] = NJW 1991, 1819 = LM H. 1/1992 § 276 [Fb] BGB Nr. 57; Senat, NJW-RR 1988, 10 [11]; NJW-RR 1994, 76 [77]; BGH, NJW 1981, 2050 [2051] = LM § 276 [Fc] BGB Nr. 12; NJW-RR 1989, 150 [151] = LM § 249 [E] BGB Nr. 11; NJW 1993, 1323 [1325] = LM H. 9/1993 § 276 [Ci] BGB Nr. 49). Dies erfordert - im Unterschied zur Geltendmachung des Erfüllungsinteresses (vgl. BGH, NJW 1998; 2900 [2901] = LM H. 11/1998 § 276 [Fc] BGB Nr. 25) - nicht den Nachweis, dass sich der Vertragsgegner auf einen Vertragsschluss zu einem niedrigeren Preis eingelassen hätte (vgl. BGHZ 69, 53 [58] = NJW 1977, 1536 = LM § 276 [Fc] BGB Nr. 5; BGHZ 114, 87, [94] = NJW 1991, 1819 = LM H. 1/1992 § 276 [Fb] BGB Nr. 57; BGH, NJW-RR 1989, 150 [151] = LM § 249 [E] BGB Nr. 11; Senat, NJW-RR 1996, 690). Entscheidend ist allein, wie sich der Getäuschte bei Kenntnis der ihm verheimlichten Umstände verhalten hätte; verbleibende Unklarheiten gehen zu Lasten des aufklärungspflichtigen Verkäufers (vgl. BGHZ 114, 87 [94] = NJW 1991, 1819 = LM H. 1/1992 § 276 [Fb] BGB Nr. 57).

b. Kein Ersatz der entgangenen Mieteinnahmen

Den Betrag, um den sie das Grundstück vom Bekl. zu teuer erwarben, haben die Kl. allerdings bislang nicht dargetan. Sie haben ihren Schaden vielmehr mit den Mieteinnahmen begründet, die ihnen in Höhe von 319 000 DM in der Zeit von Januar 1994 bis Dezember 1999 oder - in zweiter Linie - in Höhe von 307 501,49 DM in der Zeit von Januar 2000 bis Dezember 2004 wegen des Nachgebens gegenüber der H-KG in der Vereinbarung vom 22./25. 1. 1995 entgangen sein sollen. Diese Aufwendungen sind jedoch nicht zu ersetzen; denn sie unterfallen nicht dem Schutzzweck des Schadensersatzanspruchs wegen Verschuldens bei Vertragsschluss. Dessen Grundlage ist enttäuschtes Vertrauen (vgl. Senat, NJW 1981, 1035 [1036] = LM § 249 [E] BGB Nr. 6). Die von den Kl. mit der Mieterin getroffene Vereinbarung beruht jedoch nicht darauf, dass die Kl. weiterhin darauf vertrauten, zutreffend über die Dauer des Mietverhältnisses unterrichtet worden zu sein. Grund war vielmehr der Entschluss der Kl., trotz der als falsch erkannten Auskunft am Vertrag festzuhalten und das beabsichtigte Boardinghouse auch unter den gegebenen Bedingungen zu errichten. Dem Verschulden des Bekl. zurechenbare Folge des Vertrauens der Kl. war nur der Abschluss des Kaufvertrags, nicht aber die Nachteile, die sich erst aus der Entscheidung der Kl. ergaben, trotz der erkannten längeren Dauer des Mietverhältnisses keine Rückabwicklung des Vertrags zu fordern (vgl. Senat, NJW 1981, 1035 [1036] = LM § 249 [E] BGB Nr. 6; BGH, NJW 1980, 2408 [2410] = LM § 276 [Fc] BGB Nr. 9).

Die Kl. können die ihnen angeblich entgangenen Mieteinnahmen auch nicht mit der Begründung als Vertrauensschaden ersetzt verlangen, sie hätten davon ausgehen dürfen, über die Zahlung des vereinbarten Kaufpreises hinaus keine weiteren Investitionen tätigen zu müssen. Zwar kann das Vertrauen des Getäuschten, dass sein Gesamtaufwand für die vorgesehene Verwendung der Kaufsache den

Kaufpreis nicht übersteigen werde (vgl. BGHZ 111, 75 [82] = NJW 1990, 1659 = LM § 276 [Fc] BGB Nr. 18), geschätzt sein. Im vorliegenden Fall bestand für eine solche Annahme der Kl. indes keine dem Bekl. zurechenbare Grundlage. So behaupten die Kl. selbst nicht, den Bekl. über die von ihnen beabsichtigte Nutzung des Grundstücks informiert zu haben. Der Bekl. wusste aus dem Schreiben des von den Kl. beauftragten Maklers vom 13. 7. 1992 lediglich, dass "ein Investor" an dem Erwerb interessiert war. Waren aber die Pläne der Kl. weder Basis noch Gegenstand der Vertragsverhandlungen, so konnten die Kl. auf Grund des Verhaltens des Bekl. nicht darauf vertrauen, mit dem Kaufpreis sei auch die von ihnen beabsichtigte Änderung der Nutzung des Anwesens erkauft.

Selbst wenn sich die Kl. die Ausführungen des Sachverständigen aus dem im ersten Rechtszug eingeholten schriftlichen Gutachten zu Eigen gemacht hätten, wäre auch dies kein für die Ermittlung des Vertrauensschadens erheblicher Vortrag. Der Sachverständige hat mit dem "Nachteil ... aus der nicht realisierten Investition" nichts anderes als den Gewinn ermittelt, der den Kl. bei einer verspäteten Fertigstellung des Bauvorhabens entgangen wäre. Dieser ist aber für die Berechnung der - nicht durch eine Verzögerung verursachten - Vermögensnachteile, die die Kl. hier als Schadensersatz geltend machen können, ohne Belang.

Damit festgestellt werden kann, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang den Kl. ein Schaden dadurch entstanden ist, dass sie wegen der unzutreffenden Information über die Dauer des Mietverhältnisses das Grundstück zu teuer erworben haben, werden sie - bezogen auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses - vortragen und unter Beweis stellen müssen, welcher Minderwert des Grundstücks sich gegenüber einem Ende 1999 auslaufenden Mietverhältnis mit der H-KG durch die Verlängerungsoption bis Ende 2004 ergibt (vgl. Senat, NJW-RR 1988, 10 [11]; BGH, NJW-RR 1989, 150 [151] = LM § 249 [E] BGB Nr. 11).

Das bisherige Vorbringen der Kl. reicht nicht aus, um den für die Anpassung des Kaufpreises maßgeblichen Minderwert ermitteln zu können. Zwar haben die Kl. im ersten Rechtszug behauptet, durch ein Mietverhältnis von längerer Dauer sei der Verkehrswert eines zu Ausbau- oder Neubauzwecken erworbenen Grundstück um 10% gemindert. Die Parteien haben indes die Nutzung des Grundstücks für die Errichtung eines Boardinghouses oder auch nur für eine bauliche Umgestaltung nicht zum Vertragszweck gemacht. Es kann daher nur maßgeblich sein, welche Bedeutung der Geschäftsverkehr gewöhnlich einer Verlängerungsoption, wie sie hier vereinbart wurde, für die Wertermittlung beilegt. Den Absichten einzelner Interessenten, auf die der vom LG beauftragte Sachverständige bei der Erläuterung seines Gutachtens abgestellt hat, kommt unter den hier gegebenen Umständen keine entscheidende Bedeutung zu."

VI. Ergebnis

Die Kl. haben gegen den Bekl. einen Schadensersatzanspruch aus c.i.c., aber nicht auf 300.000 DM Mietzinsausfall, sondern auf den Minderwert des Grundstücks. Die Klage ist teilweise begründet.

Standort: Strafrecht — Problem: Parkschein als Urkunde

OLG KÖLN, BESCHLUSS VOM 10.08.2001
SS 264/01 (STRAFO 2001, 352)

Problemdarstellung:

Das OLG Köln hatte über die Strafbarkeit einer Angeklagten zu entscheiden, die, um Parkgebühren zu sparen und die kontrollierenden Politessen über die tatsächlich nicht entrichtete Gebühr zu täuschen, die Datumsangaben eines abgelaufenen Parkscheins manipuliert hatte. Der Senat sieht in dem Verhalten der Angeklagten ein Gebrauchen einer unechten bzw. verfälschten Urkunde, da es sich bei dem ausgelegten Parkschein um eine Urkunde handele.

Eine Strafbarkeit wegen versuchten Betrugs lehnt der Senat jedoch ab, da die auf die Ordnungswidrigkeit hin zu entrichtende Gebühr kein geschütztes Vermögen i.S. des § 263 I StGB sei und eine eventuell nachträglich zu entrichtende Parkgebühr nicht von den durch das Verhalten der Angeklagten allein getäuschten Politessen eingetrieben werde.

Prüfungsrelevanz:

Das Urteil gibt Anlass, sich anhand eines "alltäglichen" Falles mit zentralen Fragen der

Urkunden- und Vermögensdelikte zu beschäftigen. Im Rahmen der §§ 267 ff. StGB verdient die Bestimmung eines Parkscheins als Urkunde besondere Beachtung. Das OLG sieht die in dem Parkschein verkörperte Gedankenerklärung nicht in der Erklärung des Autofahrers, er habe einen gültigen Parkausweis erworben, sondern allein in dem Nachweis einer Parkberechtigung für einen bestimmten Raum und in einer gewissen Zeitspanne. Demzufolge sei auch nicht etwa der einzelne Autofahrer, sondern der Betreiber des Automaten der Aussteller der Urkunde.

Im Hinblick auf eine mögliche Strafbarkeit nach § 263 StGB bestätigt das OLG Köln die nahezu einhellige Ansicht, dass staatliche Sanktionen keinen Vermögenswert i.S. des Betrugstatbestandes besitzen. Zudem verneint es einen Betrug hinsichtlich der nachzuentrichtenden Parkgebühren mit der Erwägung, dass dieser Vermögenswert nicht stoffgleich dem durch das Verhalten der Politessen eingetretenen Nachteil sei.

Vertiefungshinweis:

❑ Zum fehlenden Vermögenswert der Geldstrafe: *OLG Karlsruhe*, NStZ 1990, 282

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Die Examensklausur"

Leitsatz:

Die Verwendung eines im ausgedruckten Parkzeitende abgeänderten Parkscheins erfüllt den Tatbestand der Urkundenfälschung, nicht aber denjenigen des (versuchten) Betruges.

Sachverhalt:

Die Angeklagte A parkte am 21., 22., 23. und 24.3.2000 ihren Pkw auf dem T-H-Ring in K jeweils im Bereich eines Parkscheinautomaten, wo das Parken an Werktagen nur gegen die Entrichtung einer Parkgebühr gestattet ist. Der Parkscheinautomat ist auf 24 Stunden eingestellt, wobei die Parkgebühr für diesen Zeitraum 5 DM beträgt. Der Parkschein zeigt das Ende der zulässigen Parkzeit mit Datum und Uhrzeit an ("Parkzeit endet:..."); darüber hinaus enthält er die Bezeichnung des Standorts ("T-H-Ring 866"). Um die Parkgebühr zu sparen und kontrollierende Politessen über die tatsächlich nicht erfolgte Zahlung zu täuschen, legte die Angeklagte jeweils einen abgelaufenen Parkschein hinter die Windschutzscheibe, wobei sie die Datumsangabe jeweils mit Ziffern in dem Druckbild des Parkschein so überklebt hatte, daß das aktuelle Datum ausgewiesen wurde. Die kontrollierende Politesse erkannte jedoch die Manipulationen und heftete an den ersten drei Tattagen jeweils Verwarnungen unter den Scheibenwischer des Pkw der Angeklagten; am 24. 3. 2000 wurde die Polizei hinzugezogen, die das Fahrzeug öffnete und den Parkschein sicherstellte.

Strafbarkeit der A?

Lösung:

A. Strafbarkeit der A wegen Herstellens einer unechten Urkunde in vier Fällen gem. § 267 I, 1. Fall StGB durch die Manipulationen an den Parkscheinen

I. Tatbestand

Zunächst müsste der Tatbestand des § 267 I, 1. Fall StGB erfüllt sein.

1. Urkunde

Urkunde ist jede verkörperte Gedankenerklärung, die zum Beweis im Rechtsverkehr bestimmt und geeignet ist und ihren Aussteller erkennen lässt.

a) Verkörperte Gedankenerklärung und Beweisrichtung

Zum Vorliegen einer verkörperten Gedankenerklärung und der maßgeblichen Beweisrichtung führt das OLG Köln aus: "Der Parkschein verkörpert allerdings nicht, wie Strafkammer und Generalstaatsanwaltschaft meinen, die Gedankenerklärung des jeweiligen Autofahrers, er habe an dem durch den Ausdruck ausgewiesenen Tag einen gültigen Parkschein erworben. Dies müßte zur Annahme einer - straflosen - schriftlichen Lüge führen, weil die Veränderung des Erklärungsinhalts von der Angeklagten vorgenommen wurde, bevor die Urkunde durch Auslegen im Fahrzeug in den Rechtsverkehr gelangte und ein Anspruch anderer auf ihren unversehrten Bestand entstehen konnte (vgl. dazu Gribbohm, in: Leipziger Kommentar, StGB, 11. Aufl., § 267 Rn. 161, 204 m. w. N.; Tröndle/Fischer, StGB, 50. Aufl., § 267 Rn. 18 a, 19 a m. w. N.). Der Parkschein besagt nichts darüber, wie er in den Besitz des Fahrzeugführers gelangt ist; er enthält keine Aussage darüber, ob der Besitzer ihn durch Lösen am Parkscheinautomaten erworben oder auf andere Weise - etwa durch Fund oder Wegnahme - erlangt hat. Der Parkschein bestätigt, daß - durch wen auch immer - eine

Parkgebühr entrichtet und damit die Berechtigung zur Benutzung von Parkfläche in einem bestimmten Bereich - nämlich demjenigen des ausgewiesenen Automaten - für eine bestimmte Zeitspanne - nämlich bis zu dem ausgedruckten Parkzeitende - erworben worden ist. Nur dadurch kann er seiner Zweckbestimmung, im Rechtsverkehr - gegenüber dem Parkraumüberwachungspersonal - Beweis zu erbringen, genügen. Nach § 13 Abs. 1 S. 1 StVO ist der von einem Parkscheinautomaten ausgegebene Parkschein gut lesbar anzubringen. Auf seinen Inhalt und nicht etwa auf eine eigene Erklärung des parkenden Verkehrsteilnehmers stützt die Überwachungskraft ihre Entscheidung, ob ein zulässiges Parken oder eine Ordnungswidrigkeit vorliegt. Denn die Urkunde schöpft ihren Beweiswert aus der Person des Ausstellers (Gribbohm aaO § 267 Rn. 44; Cramer, in: Schönke/Schröder, StGB, 25. Aufl., § 267 Rn. 16)."

b) Erkennbarkeit des Ausstellers

Auch die Erkennbarkeit des Ausstellers sieht das OLG Köln als gegeben an: "Daran anschließend ergeben sich durchgreifende Bedenken gegen die Bewertung des Parkscheins als Urkunde i. S. d. § 267 StGB auch nicht im Hinblick auf das Erfordernis der Erkennbarkeit des Ausstellers der verkörperten Gedankenäußerung. Dem steht weder der Umstand entgegen, daß die schriftliche Erklärung in einem automatisierten Verfahren hergestellt wird, noch die Tatsache, daß der Parkschein keinen konkreten Hinweis auf den Betreiber des Automaten, sondern lediglich die Bezeichnung des Standorts enthält.

Zur Ausstellereigenschaft i. S. d. § 267 StGB gehört nicht, daß der menschliche Gedanke, der in der Urkunde verkörpert wird, ein geistiges Produkt des Erklärenden ist. Der Aussteller kann sich als eigene Erklärung auch das Ergebnis einer Datenverarbeitung zu eigen machen, selbst wenn er sie nicht überprüft und (wegen der Art der maschinellen Verarbeitung) auch nicht selbst überprüfen könnte. Er kann das Ergebnis im voraus autorisieren (Gribbohm, aaO, § 267 Rn. 136; Tröndle/Fischer, aaO § 267 Rn. 3). Daß der Einrichter und Betreiber des Parkscheinautomaten den Inhalt des ordnungsgemäß gelösten Parkscheins als seine Erklärung im Rechtsverkehr gelten lassen will, begegnet keinem Zweifel.

Mit der Bezeichnung des Standorts des Parkscheinautomaten ist auch der Aussteller hinreichend bezeichnet. Denn es genügt, daß die Erkennbarkeit für Beteiligte und Eingeweihte gegeben ist (Tröndle/Fischer, aaO, § 267 Rn. 7). Sie kann sich dabei aus den begleitenden Umständen ergeben (Gribbohm aaO § 267, Rn 49). Diese wiederum können aus rechtlichen Beziehungen, aus Gesetz, Herkommen und Vereinbarung hergeleitet werden (Gribbohm aaO § 267 Rn. 50; Tröndle/Fischer aaO § 257 Rn. 7; BayObLG NJW 1980, 1057). Bezogen auf die vorliegende Fallgestaltung ist daher von Bedeutung, daß die Erhebung von Parkgebühren im Betrieb von Parkscheinautomaten in § 6 a Abs. 6 S. 2 StVG gesetzlich geregelt und für den Bereich von Ortsdurchfahrten den Gemeinden, im Übrigen dem Träger der Straßenbaulast zugewiesen ist. Von daher war im konkreten Fall als Aussteller des von der Angeklagten verwendeten Parkscheins die Stadt K als Betreiberin des Parkscheinautomaten T-H-Ring erkennbar."

2. Herstellen einer unechten Urkunde

Herstellen einer unechten Urkunde ist das Ausstellen mit dem Ansehen, als sei sie von einer anderen Person ausgestellt (Identitätstäuschung; Tröndle/Fischer, § 267, Rn. 20 m.N.). Dazu führt der Senat aus: "Schließlich ist im Ergebnis unbeachtlich, ob die Angeklagte jeweils einen noch unverfälschten - also echten - Parkschein verwendet hat oder ob die wiederholte Verfälschung (des gleichen Teils) eines zuvor bereits verfälschten Parkscheins vorgenommen worden ist, was nach den Urteilsfeststellungen offenbleibt. Im letzteren Fall wäre die Tatbestandsalternative des Herstellens einer unechten Urkunde gegeben (vgl. Cramer aaO § 267 Rn. 66 m. w. N.), was aber weder auf den Schuldspruch noch auf den Schuldumfang Auswirkungen hätte." Vorliegend soll vom Herstellen einer unechten Urkunde ausgegangen werden.

3. Vorsatz und Täuschungsabsicht

A handelte auch vorsätzlich und zur Täuschung im Rechtsverkehr. Sie hatte den zielgerichteten Willen das Überwachungspersonal zu täuschen, einen Irrtum zu erregen und so ein rechtserhebliches Verhalten zu erreichen (vgl. Tröndle/Fischer, § 267, Rn. 30).

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis

A hat sich jeweils wegen Herstellens einer unechten Urkunde gem. § 267 I, 1. Var. StGB strafbar gemacht, als sie die Parkscheine manipulierte.

B. Strafbarkeit der A wegen Gebrauchens einer unechten Urkunde in vier Fällen gem. § 267 I, 3. Var. StGB durch das Verwenden der manipulierten Parkscheine

Als sie den manipulierten Parkschein in ihrem Fahrzeug auslegte, hat die Angeklagte jeweils den Überwachungspersonen die Möglichkeit zur Kenntnisnahme der unechten Urkunde verschafft und diese damit zur Täuschung im Rechtsverkehr gebraucht. Da sie den Vorsatz hinsichtlich des Gebrauchens schon bei der Manipulation besaß, ist jeweils von einer einheitlichen Tat auszugehen. Die Angeklagte hat sich daher wegen Urkundenfälschung (§ 267 StGB) in 4 Fällen strafbar gemacht.

C. Strafbarkeit der A wegen versuchten Betrugs in vier Fällen gem. §§ 263 I, II, 22, 23 I StGB durch Verwenden der manipulierten Parkscheine

I. Vorprüfung

Die Tat ist bereits deshalb nicht vollendet, weil die Politessen die Manipulationen sofort bemerkten und insoweit keinem Irrtum unterlagen. Die Versuchsstrafbarkeit ergibt sich aus §§ 263, 22, 23 I StGB.

II. Tatentschluss

Mit Tatentschluss handelt, wer mit der Vorstellung und dem Willen zur Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes handelt. Es müsste der gesamte subjektive Betrugstatbestand gegeben sein. Dazu hat das OLG Köln ausgeführt: "Dagegen kann die Verurteilung der Angeklagten wegen tateinheitlich begangenen versuchten Betruges (§§ 263, 22 StGB) keinen Bestand haben. Insoweit ist vielmehr nach den - umfassend getroffenen - tatrichterlichen Feststellungen eine Strafbarkeit auszuschließen.

Zwar hatte die Angeklagte den Vorsatz, durch das Auslegen des Parkscheins die mit der Verfolgung von Parkverstößen betrauten Überwachungskräfte darüber zu täuschen, daß die Parkgebühr für die vorgesehene Parkzeit tatsächlich nicht gezahlt worden war und deshalb verbotswidrig geparkt wurde. Durch die irrige Vorstellung, es sei - wie durch den Parkschein ausgewiesen - die Parkgebühr bezahlt, sollten die kontrollierenden Überwachungskräfte davon abgehalten werden, die Verfolgung der Verkehrsordnungswidrigkeit durch Festsetzung von Verwarnungs- und Bußgeld zu veranlassen. In diesem Verhalten liegt indessen keine Verfügung, die zu einem Vermögensschaden der Verwaltungsbehörde (§ 35 Abs. 1 OWiG) bzw. der dahinterstehenden Gebietskörperschaft hätte führen können.

Es ist in Rechtsprechung und Schrifttum weitgehend anerkannt, daß die Abwehr einer Geldstrafe nicht zu einem Verrmögensvorteil bzw. -nachteil im Sinne des Betrugstatbestandes führt, da sie nicht zu dem durch § 263 StGB geschützten Vermögen des Staates gerechnet werden kann und es entsprechend bei dem Täter an dem subjektiven Merkmal einer auf einen rechtswidrigen Vermögensvorteil gerichteten Absicht fehlt. Die Strafe ist Vergeltung für begangenes Unrecht; sie wird um ihrer selbst Willen verhängt und ist daher ihrem Wesen nach nicht vermögensrechtlicher Natur, sondern ein Rechtsgut eigener Art (RGSt 71, 280 [281]; OLG Schleswig SchlHA 1978, 59 m. w. N.; OLG Stuttgart MDR 1981, 422; OLG Karlsruhe NStZ 1990, 282; BayObLGSt 1991, 61; Tiedemann, in: Leipziger Kommentar; StGB, 11. Aufl., § 263 Rn. 145; Cramer aaO § 263 Rn. 78 a; Tröndle/Fischer aaO § 263 Rn. 42).

Zudem scheidet die Einbeziehung in den Schutzbereich des § 263 StGB im Hinblick auf die Straflosigkeit der persönlichen Selbstbegünstigung nach § 258 StGB aus gesetzessystematischen Gründen aus (OLG Karlsruhe aaO; Graul JR 1991, 435 f.). Im Ergebnis ebenso verhält es sich für eine Geldbuße nach dem OWiG, die ebenfalls eine Unrechtsfolge für eine tatbestandsmäßige, rechtswidrige und vorwerfbare Handlung ist und repressiven Charakter hat (OLG Schleswig aaO; BayObLG aaO; Tiedemann, Cramer, Tröndle/Fischer jeweils aaO). Für die Verwarnung und die Erhebung eines Verwarnungsgeldes nach § 56 Abs. 1 0WiG kann schließlich nichts anderes gelten (BayObLG aaO; Tiedemann, Cramer, Tröndle/Fischer jeweils aaO; a. A. Wenzel, DAR 1989, 455 f), und zwar schon deshalb, weil sie als präventiv-polizeiliche Maßnahme zur Verkehrserziehung ebenfalls nicht dem Bereich des wirtschaftlichen Verkehrs zugerechnet werden kann. Hinzu kommt, daß die Möglichkeit, mit dem notwendigen Einverständnis des Betroffenen ein Verwarnungsgeld zu erheben, lediglich eine unbestimmte Aussicht auf eine Vermögensmehrung begründet, die noch keinen Vermögenswert i. S. d. § 263 StGB darstellen kann (BayObLG aaO m. w. N.).

Ob neben der Sanktion wegen der Verkehrsordnungswidrigkeit ein Anspruch der für die Parkraumbewirtschaftung gem. §§ 6 a Abs. 6 StVG, 13 StVO zuständigen Gebietskörperschaft auf Nachentrichtung der Parkgebühr gegeben ist (vgl. zum Wesen der Parkgebühr als Benutzungsgebühr

Gern/Schneider NZV 1988, 130; BayObLG aaO, Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., § 265 a Rn. 2), kann hier dahinstehen. Denn die Täuschung der Angeklagten war nicht darauf ausgerichtet, in dieser Hinsicht eine schädigende Vermögensverfügung - in Form des Absehens von der Geltendmachung dieses Anspruchs - herbeizuführen (vgl. dazu Lenckner/Perron aaO § 265 a Rn. 4). Die Täuschungshandlung galt den ordnungsbehördlichen Überwachungskräften, die bekanntlich allein die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten im Rahmen des ruhenden Verkehrs - und nicht die Erhebung geschuldeter Gebühren - betreiben (vgl. dazu OLG Saarbrücken DAR 1989, 233; Wenzel DAR 1989, 455). Soweit es nach den Urteilsfeststellungen der Angeklagten darauf ankam, etwaig kontrollierende Politessen [...] zu täuschen und so die Parkgebühren zu sparen, war der angestrebte Vermögensvorteil nicht stoffgleich dem durch das Verhalten der Politessen verursachten Vermögensnachteil auf Seiten der von ihr vertretenen Behörde."

A handelte demnach nicht mit dem erforderlichen Tatentschluss.

III. Ergebnis

A hat sich nicht wegen versuchten Betrugs strafbar gemacht.